

السمو بين القاعدة الإسلامية والدستورية المشكلات والحلول

Transcendence between the Islamic and constitutional base problems and solutions

الدكتور/ إكرامي بسيوني خطاب

أستاذ مشارك القانون الإداري والدستوري، جامعة شقراء المملكة العربية السعودية، ومدرس القانون بالمعهد العالي للحاسب الآلي، كينج مريوط الإسكندرية - مصر

Email: dr.ekramykhatab82@gmail.com

الملخص

تنتظم القاعدة الإسلامية بمصدريها في شكل هرمي قمته القرآن الكريم وقاعدته السنة النبوية المشرفة وما يليها من قواعد أدنى مرتبة منها، والقواعد القانونية كذلك تتربع على قمته القواعد الدستورية يليها القوانين العادية ثم اللوائح؛ فلا يجوز للقاعدة الإسلامية أو القانونية الأدنى أن تخالف الأعلى منها.

وفي إطار التماثل المنطقي للترجيب بين القواعد الإسلامية والقانونية بعضها البعض - بالنظر إلى مصدر القاعدة الأعلى وما تنتظمه من موضوعات عامه تمنح من خلالها الإطار الموضوعي للقاعدة الأدنى منها - تبرز الإشكالية الحقيقية لإيجاد آلية لحسم التعارض بين القاعدة القانونية والدستورية من ناحية، وبينها وبين القاعدة الإسلامية من ناحية أخرى، فأَيُّ منهما يسمو على الآخر؟

ويعمق التساؤل السابق ما يفرزه الواقع القانوني بصفة عامة والدستوري بصفة خاصة؛ إذ حرصت الدساتير العربية في مجملها على إبراز أهمية القاعدة الإسلامية؛ فذهبت إحداها إلى كون الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع، وذهبت الأخرى إلى كونها الحاكمة على كافة القوانين فيها.

وتصطدم الأهمية السابقة مع التطبيق العملي؛ إذ نجد مخالقات قانونية عديدة للقاعدة الإسلامية في كل من النموذجين السابقين؛ بل وإن الكثير من القواعد القانونية تظل متفقه مع الدستور رغم مخالفتها للقاعدة الإسلامية، وهو ما يدعو للتساؤل حول جدوى التأكيد على أهمية القاعدة الإسلامية دستورياً من ناحية؟! وحسم سمو بينهما من ناحية أخرى؛

فإلى أي قاعدة نحتكم عند مخالفة القوانين للقواعد الإسلامية هل للقاعدة الإسلامية كونها تسمو على غيرها؟ أم للقاعدة الدستورية باعتبارها المصدر الرئيس والأسمى للقاعدة القانونية ذاتها؟
وتبدو أهمية هذا العمل البحثي في استجلاء حقيقة العلاقة بين النصوص الدستورية وقواعد الشريعة الإسلامية وسمو أحدهما على الأخرى في إطار الحرص على تغليف الدساتير بطابع ديني إسلامي،
فهل هذا الغلاف الإسلامي يعبر عن حقيقة إسلامية، أم أنه خلاف لمحتوى فارغ لا وجود حقيقي له على في الواقع القانوني الفعلي؟

ولقد اختار الباحث النظام الدستوري المصري والسعودي كمثالين على وجود مشكلات عميقة وذات أثر سلبي يعوق تطبيق القواعد الإسلامية محاولاً وضع حلولاً عملية لها؛ متبعاً منهجاً وصفيًا يقوم على تحليل ووصف النصوص القانونية والشرعية الإسلامية لفهم المقصود منها، مع اتباع المنهج المقارن كلما أتيح له فرصة لذلك.

الكلمات المفتاحية: القانون، الدستور، الإسلام، السمو، المشكلات، الحلول

Transcendence between the Islamic and constitutional base problems and solutions

Abstract

The Islamic base is organized by its exporters in the form of the pyramid of the Holy Koran, the Sunna of Prophet Mohamed and the subsequent inferior rules. Legal norms are also topped by constitutional rules, followed by ordinary laws and regulations; The lower Islamic or legal rule may not conflict with the higher.

Within the logical symmetry of the gradient between Islamic and legal norms, each other - given the source of the higher rule and the general subjects that regulate it - is granted the substantive framework of the lower rule- The real problem arises of finding a mechanism to resolve the conflict between the legal and constitutional norms on the one hand, between them and the Islamic rule on the other, So which one of them superiority to other?

The foregoing question deepens what results from legal and constitutional realities in general and in particular; The Arab constitutions as a whole highlighted the importance of Islamic rule; One went to the fact that Islamic law was a source of legislation and the other to the fact that it governed all its laws.

The earlier importance collides with practical application; We find numerous legal infractions of the Islamic base in each of the former; Indeed, many legal norms remain in conformity with the Constitution, even though they are contrary to the Islamic rule, which calls into question the usefulness of emphasizing the constitutional importance of the Islamic rule on the one hand? resolve their superiority on the other hand; To what rule do we challenge the violation of Islamic norms? Or of the constitutional rule as the supreme and supreme source of the same legal rule?

The importance of this research work seems to be to clarify the truth about the relationship between constitutional texts and Islamic Sharia norms and the name of each other in the context of the desire to encapsulate constitutions with an Islamic religious character.

The scholar has chosen the Egyptian and Saudi constitutional order as examples of deep-seated problems with a negative impact on the application of Islamic norms and attempts to develop practical solutions to them; Following a descriptive approach based on the analysis and description of Islamic legal texts and legitimacy to understand their meaning, the comparative approach is followed whenever it is given an opportunity to do so.

Keywords: Law, constitution, Islam, Superiority, problems, Solutions.

المقدمة / Introduction

القاعدة الإسلامية لا يماثلها أو يضاهيها تنظيم قانوني وضعي سواء من حيث الإحكام أو الوضوح أو الفاعلية في تنظيم السلوك الإنساني، ولكنها لا تجد مجالها كقاعدة تنظيمية داخل النظام القانوني المعاصر إلا من خلال النص القانوني الدستوري كأعلى قاعدة قانونية وضعية، فهذا الأخير يسمح لها بالنفوذ والتواجد الواقعي ضمن الإطار التشريعي الذي يلتزم القاضي بتنفيذه على الوقائع والمنازعات المعروضة أمامه.

وهذا النفاذ يطرح التساؤل حول سمو أي من القاعدتين هل القاعدة الإسلامية أم النص الدستوري الذي سمح لها بالتواجد في الإطار الواقعي التنظيمي كقاعدة قانونية معمول بها داخل الدولة؟

والتساؤل السابق يتعين أن يسبقه منطقيا تساؤلين لازمين: أحدهما: ما المقصود بالقاعدة الإسلامية هل يقصد بها كافة الأصول التشريعية الإسلامية من كتاب وسنة وإجماع وقياس... الخ، أم فقط الكتاب والسنة؟ وما المقصود بالقاعدة الدستورية؟

والآخر يتمثل في تحديد مدى ونطاق سمو بين القاعدتين، هل سمو بينهما شكلي؟ أم موضوعي؟، وما هي المشكلات التي يثيرها هذا سمو لا يهما على الآخر، وفي حال التعارض بين القاعدتين أيهما يطبق القاعدة الإسلامية أم القاعدة الدستورية؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها من التساؤلات الأخرى المرتبطة بها، قسم الباحث هذه الورقة البحثية إلى مبحثين أساسيين: يتحدث في أولهما عن: جوهر إشكالية سمو بين القاعدة الإسلامية والقاعدة الدستورية،

والآخر: الحلول القانونية لحسم إشكالية تنازع سمو بين القاعدتين في كل من النظام الدستوري السعودي والمصري على النحو الآتي:

المبحث الأول

جوهـر إشكالية سمو بين القاعدة الإسلامية والدستورية

المطلب الأول

تحديد المصطلحات

الحديث عن إشكالية التنازع حول سمو بين القاعدة الإسلامية والدستورية يتعين كمقدمة منطقية له أن نجيب عن عدة تساؤلات لعل أهمها ما المقصود بكل منهما في كل من النظام الدستوري المصري والسعودي؟

استخدام مصطلح الدستور السعودي كمصطلح قانوني يحتاج إلى إيضاح فكلمة دستور لا تحوز القبول بمعناها القانوني المعروف كأعلى قاعدة قانونية موجودة في البلاد، وبدل على ذلك الاستعاضة عن مصطلح القوانين بصفة عامة بمصطلح " الأنظمة "، ورغم معارضي لاستخدام مصطلح النظام كبديل عن مصطلح القانون، إلا ان هذا الجدل سيخرج بنا بعيدا عن الإطار الذي رسمه الباحث للحديث عن موضوع التنازع بين القاعدتين الإسلامية والدستورية.

ولعلنا نستخدم مصطلح الدستور السعودي هنا كمصطلح واقعي يعبر عن جوهر القواعد القانونية الأساسية في المملكة، وهي قواعد - فيما أرى - لا تجمعها وثيقة قانونية واحدة بل تشمل خمس وثائق أساسية: النظام الأساسي للحكم، ونظام مجلس الوزراء، ونظام مجلس الشورى، ونظام المناطق، ونظام هيئة البيعة، ومن ثم فالدستور السعودي يختلف عن الدستور المصري الذي يتكون من وثيقة واحدة تحمل مسمى قانوني واضح ومنضبط " دستور جمهورية مصر العربية الحالي 2014م".

ومن المنطلق السابق يمكن تعريف الدستور السعودي بأنه: مجموعة الوثائق القانونية الخمسة التي تبين نظام الحكم وشكل الدولة وسلطاتها المختلفة وعلاقة هذه السلطات ببعضها البعض وحقوق وحرريات الأفراد والتزام سلطات الدولة تجاههم.

أما الدستور المصري فيقصد به: الوثيقة التي تتضمن مجموعة القواعد القانونية المنظمة لشكل الدولة وسلطاتها المختلفة وعلاقة هذه السلطات ببعضها البعض وحقوق الأفراد وحررياتهم والتزام الدولة تجاههم.

وإذا كان مصطلح الدستور كما سبق القول يبين القواعد العامة العليا في كل من المملكة العربية السعودية ومصر على النحو السابق، فما هو المقصود بالقاعدة الإسلامية في كل منهما؟

إن تحديد المقصود بالقاعدة الإسلامية يثير مشكلة عميقة في مضمونها وتأثيرها على العلاقة بين القاعدة القانونية الدستورية والإسلامية،

وتلك المشكلة العميقة يكمن جوهرها في التوسع أو التضييق الحاصل في تبني مفهوم " القاعدة الإسلامية " بمعنى أن القاعدة الإسلامية قد يقصد بها كمصطلح عام وشامل الشريعة الإسلامية بكافة مصادرها وروافدها من الكتاب والسنة والإجماع والقياس... الخ، وقد يقصد بها معنى أكثر تضييقاً ينحصر فيما يرد في الكتاب (القرآن الكريم)، والسنة النبوية الشريفة من أحكام.

وقد تأخذ القاعدة الإسلامية مفهوماً قد يبدو واسعاً ولكنه أكثر تضييقاً من المعنيين السابقين ينحصر في " المبادئ العامة للشريعة الإسلامية": تلك التي لا تختلف في مضمونها ومعناها مع الشرائع السماوية الأخرى.

وباستطلاع النصوص الدستورية السعودية نجدتها تتأرجح في تبني مفاهيم مختلفة للقاعدة الإسلامية؛ إذ تتبنى مصطلح الشريعة الإسلامية في بعض الأحيان، والكتاب والسنة في أحيان أخرى، بل في نفس النص القانوني يرد المصطلحين معاً.

ويؤكد النظر السابق ما نصت عليه العديد من النصوص الواردة ضمن الوثائق الدستورية الأربعة في المملكة العربية السعودية على النحو الآتي:

نصت المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم في المملكة على أنه " المملكة العربية السعودية، دولة عربية إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولغتها هي اللغة العربية وعاصمتها مدينة الرياض ".

نصت المادة السادسة من النظام الأساسي للحكم في المملكة على أنه " يبايع المواطنون الملك على كتاب الله تعالى، وسنة رسوله، وعلى السمع والطاعة في العسر واليسر والمنشط والمكره ".

المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم " يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة ".

المادة الثامنة من النظام الأساسي للحكم " يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل، والشورى والمساواة، وفق الشريعة الإسلامية ".

المادة السابعة عشرة من النظام الأساسي للحكم " الملكية ورأس المال، والعمل، مقومات أساسية في الكيان الاقتصادي الاجتماعي، وهي حقوق خاصة تؤدي وظيفة اجتماعية وفق الشريعة الإسلامية " .

المادة السادسة والعشرون من النظام الأساسي للحكم " تحمي الدولة حقوق الإنسان، وفق الشريعة الإسلامية " .

المادة " السادسة والأربعين من النظام الأساسي للحكم " القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطة الشريعة الإسلامية " .

المادة الثامنة والأربعين من النظام الأساسي للحكم " 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 الخامسة والخمسين " يقوم الملك بسياسة الأمة سياسة شرعية طبقاً لأحكام الإسلام، ويشرف على تطبيق الشريعة الإسلامية، والأنظمة، والسياسات العامة للدولة، وحماية البلاد والدفاع عنها " .

المادة السابعة والستين من النظام الأساسي للحكم " تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، وتمارس اختصاصاتها وفقاً لهذا النظام ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى " .

ومما لا شك فيه أن الإضراب الحاصل في استخدام المصطلحات السابقة للقاعدة الإسلامية سيؤثر بلا شك في إنزال أحكام الشريعة الإسلامية على الوقائع والمنازعات في ظل وجود آراء فقهية مذهبية مختلفة تحكم بعض المسائل الخلافية في الشريعة الإسلامية وجميعها يدخل في باب الاجتهاد الإسلامي كأحد الأبواب الواسعة للتشريع الذي لا يتعارض مع الكتاب والسنة، فنجد على سبيل المثال أحد القضاة قد يقضي في مسألة وفقاً للمذهب الشافعي وآخر وفق المذهب الحنبلي، وثالث وفق المذهب الحنفي، ورابع وفق المذهب المالكي.

ورغم أن المذهب الحنبلي هو الغالب في المملكة العربية السعودية إلى أن حدوث التنازع والاختلاف في حل المنازعات القضائية قد يكون أمراً حتمياً في العديد من المسائل والتي تندرج جميعها تحت إطار الشريعة الإسلامية، هذا فضلاً عن وجود الأحكام الظنية الدلالة في كل من الكتاب والسنة النبوية الشريفة.

ولا يمنع - فيما أرى - من إمكانية وجود تعارض أو حتمية الاختلاف بين الأحكام القضائية في تطبيق الشريعة الإسلامية اختصاص الإفتاء في المملكة العربية السعودية وهيئة كبار العلماء وفقاً لنص المادة الخامسة والأربعين من النظام الأساسي للحكم؛ لسبب منطقي وعملي وهو استحالة الإمكانية العملية لمراجعة جميع الأحكام القضائية من قبل هذه الهيئة ناهيك عن قدرتها على مراجعة جميع النصوص القانونية الصادرة أو القائمة للتحقق من مطابقتها للشريعة الإسلامية من عدمه.

وحلا لتلك الإشكالية الكامنة في اضطراب هذا المصطلح في النصوص الدستورية السعودية، أقترح إضافة مادة إلى النظام الأساسي للحكم تقرر أن المقصود بالشريعة الإسلامية حيثما وردت " القرآن الكريم وصحيح السنة النبوية الشريفة، وإجماع الأمة، واجتهاد جمهور الفقهاء المسلمين غير المتعارض مع الكتاب والسنة " .

وإذا كانت القاعدة الإسلامية على النحو السابق في المملكة اتسمت في مجال تحديد المصطلح بالإضراب، فالأمر في النظام الدستوري المصري، قد أخذ منحى يقوم على الاعتماد على " المبادئ العامة للشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر رئيسي للتشريع "، وليست في ذاتها تشريع قائم يمكن للقاضي ان يفضي به من تلقاء نفسه، أو يستنبط منها المشرع قواعده القانونية.

ورغم أن دساتير مصر المتعاقبة أكدت على أن الدولة المصرية دينها الإسلام - منذ دستور عام 1923 م¹، وحتى الدستور الحالي 2014م وفق ما نصت عليه المادة الثانية مقررة أن " الإسلام دين الدولة واللغة العربية هي اللغة الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع " - إلا أن المقصود بالقاعدة الإسلامية ترك - عمدًا - في يد المحكمة الدستورية العليا ؛ رغم ما يستوجبه المنطق القانوني السليم من ضرورة إيضاح المقصود بها في صلب الدستور نفسه، أو تركه إلى جهة دينية إسلامية متخصصة ولتكن الأزهر الشريف لتقرر ما المقصود بها.

ولقد تصدت المحكمة الدستورية العليا لبيان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية مقررة أن المقصود بها " الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها، وهي 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.... " ².

ورغم ان المشرع الدستوري المصري بدا واضحاً في استخدام مصطلح " مبادئ الشريعة الإسلامية " كمصدر من مصادر التشريع، ولم يتبنى اعتبار الشريعة كنصوص حاكمة للتشريعات القانونية في الدولة ولقواعد الحكم فيها، او لتنظيم الحياة العامة والخاصة على السواء كما فعل النظام الدستوري السعودي؛ إلا أن المصطلح السابق لم يحقق هذا الوضوح على أرض الواقع العملي فلم يتعرض نص دستوري للجدال القانوني والشعبي مثلما تعرض هذا النص الدستوري حتى وقتنا الحاضر.

وقد يرى البعض أن هذا المصطلح بما تضمنه من عبارات يضمن تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية في النظام القانوني المصري باعتبارها مصدراً للتشريع سواء التشريع الدستوري أو التشريع العادي، وخصوصاً ما تتضمنه الشريعة من مبادئ عامة لا تحتمل التأويل أو التفسير، ولكن الناظر بقليل من التعمق في هذا النص يبين له أن استخدام مصطلح " مصدر رئيسي من مصادر التشريع " يشير إلى أن المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ليست المصدر الرئيسي الوحيد بل تتساوى مع مصادر رئيسية أخرى، فاستخدام كلمة " مصدر " نكرة تدل على وجود مصادر أخرى قد تتعارض أو تتفق مع الشريعة الإسلامية ؛ كما أن الشريعة الإسلامية لا تتمتع - فيما أرى - وفق هذا النص بأولوية بين تلك المصادر بل يقف الجميع على قدم المساواة ينتقي منها المشرع ما يشاء.

(1) نصت م/ 149 من دستور عام 1923 على أن " دين الدولة هو الإسلام واللغة العربية لغتها الرسمية " واستمر النص على ذلك في الدساتير المتعاقبة عام 1930م ، 1956م ، 1971م باستثناء دستور 1958م الذي وضع في أعقاب الوحدة بين مصر وسوريا حيث تم حذف هذه المادة وأعيدت مرة أخرى في ظل دستور 1971م.

(2) يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 7 لسنة 8 ق . د جلسة 15 مايو 1993م.

وهذا النص أيضًا لمن يمنح المبادئ العامة للشريعة الإسلامية كقواعد دينية الإلزام القانوني للمشرع؛ بل بدت عبارات النص وكأنها توجه دعوته للمشرع أن يستقي منها، أو من غيرها من تشريعات، وليس أدل على ذلك من استمرار العديد من التشريعات المخالفة للمبادئ العامة للشريعة الإسلامية والأحكام القطعية الثبوت والدلالة حتى تاريخ كتابة هذه الورقة البحثية، ولم يول المشرع القانوني أو المحكمة الدستورية العليا الاهتمام بتتقية تلك النصوص المخالفة للمبادئ العامة للشريعة الإسلامية من النظام القانوني المصري.

وأرى أن النظامين الدستوريين المصري والسعودي سارا كل منهما في اتجاه متعارض مع الآخر، رغم كون الإثنين معًا من الدساتير التي تعلو من شأن الدين الإسلامي، فالنظام الدستوري السعودي حرص على كون الشريعة الإسلامية هي الحاكمة لكافة القواعد القانونية بما فيها النظام الأساسي للحكم نفسه، الذي سمح للشريعة الإسلامية بتبوء هذه المكانة، وهذا هو اتجاه محمود ومستحسن ولكن يعيبه الاضطراب في تحديد المصطلح، الذي يؤثر حتمًا على اضطراب التطبيق العملي في مجال تطبيق القواعد القانونية، أو إصدار الأحكام القضائية، وهو ما اقترحت ضرورة استحداث مادة في النظام الأساسي للحكم تبين المقصود بالشريعة الإسلامية أو القاعدة الإسلامية.

ونحن النظام الدستوري المصري اتجاها مغايرا إذ استخدم مصطلحًا يمتاز بالعمومية؛ معتبرًا أن القاعدة الإسلامية التي يجوز تطبيقها إنما تنحصر في المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، ومنح المحكمة الدستورية العليا سلطة تفسير المقصود منها لتفرغها من مضمونها، ولتضحى القاعدة الإسلامية في النظام الدستوري المصري بمفهومها الحالي مجرد ضيفًا قد يبدو مرحبًا به، إذا تعطف المشرع القانوني دعاه إلى الحضور إلى جانب غيره من النصوص القانونية، التي قد يكون البعض منها متصفًا بالعداء ومنتشًا بعباءة المخالفة الصريحة للإسلام، وإن شاء لم يستدعه أبدًا ويتركه قابلاً بين نصوص دستورية عتيقه لا حياة فيها ولا جدوى من وجودها إلا لأهداف سياسية تغازل بها السلطة أهواء المستضعفين من أصحاب القلوب المتئمة بحلم الحضارة الإسلامية غير المسموح بتحقيقه إلا افتراضيا في الخيال الممزوج بنصوص قانونية شكلية مفرغة من مضمونها بعيدة عن الواقع الحقيقي التطبيقي.

وإذا كنا قد تناولنا مصطلحا " الدستور " و"القاعدة الإسلامية " على التفصيل السابق في النظامين الدستوريين المصري والسعودي فهل معنى ذلك أن " الدستور " والقاعدة الإسلامية " مصطلحان منفصلان، أو بمعنى آخر هل يمكن للمصطلحين معًا أن يندمجا ليكونا معا مصطلحًا واحدا أم لا؟

يرى البعض إمكانية الاندماج بين المصطلحين مقررًا أن دساتير الدول يمكن تصنيفها إلى دول صاحبة دساتير علمانية (مثل تركيا وفرنسا)، وأخرى دينية محايدة (الولايات المتحدة الأمريكية)، الدساتير الدينية التعددية (كندا) ، والدساتير الدينية الصارمة (المملكة العربية السعودية، إيران)، ويصنف الدستور المصري كونه دستور ديني ولكنه يتسم بطابع خاص فلا هو ديني صارم، ولا هو علماني أو محايد، ولا بالدساتير المتعددة،

إذ يعد دستوراً دينياً صارماً ولكنه يفتقر إلى وجود مؤسسة دينية تتولى مهمة التحقق من كون القواعد القانونية متفقة مع الشريعة الإسلامية من عدمه، فتلك المهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا المصرية¹.

ولا أتفق مع الرأي السابق في إمكانية وصف دستور ما بأنه ديني وآخر علماني... الخ، فالدستور كنص قانوني ما هو إلا انعكاس للمفاهيم والرؤى المجتمعية في جوانبها المختلفة الاقتصادية وثقافية وسياسية، فالدولة قد تتبنى طابع علماني كانعكاس لطبيعة المجتمع أو على العكس تماماً، كما أن الدستور قد يحتوي على نص أو أكثر يتبنى من خلاله فكرة إعلاء الدين وتقديس أحكامه، وفي الواقع العملي التطبيقي لا نجد للدين أي تواجد حقيقي على أرض الواقع.

خلاصة القول في هذا الصدد أن لكل من القاعدة الإسلامية والدستورية انفصالهما عن بعضهما البعض وهو انفصال مع التعاون إذا لا نستطيع أن ننكر أن الدين كفطرة تتقبله الطبيعة الإنسانية وترغب دائماً في التزام قواعده والسير على هداه، ولا ينكر عاقل فضل وأهمية القواعد الإسلامية في تنظيم السلوك الإنساني كهدف مشترك تسعى إلى تحقيقه كل من القاعدتين الإسلامية والقانونية على السواء، ومن ثم فلا مجال للقول - فيما أرى - بوجود قاعدة دستورية دينية، أو قاعدة دينية دستورية، فالاختلاف يظل دائماً بينهما في المصدر والإلزام والطبيعة.

ومن بين جوانب الانفصال بين القاعدة الإسلامية والقانونية ما يمثله جانب العبادات في القاعدة القانونية، فالصوم والحج، والصلاة على سبيل المثال، لا مجال للحديث عن تنظيمها بقواعد قانونية، إلا في مجال التنظيم الخارجي عن مضمونها كقواعد تعيين الأئمة أو تنظيم بناء المساجد، أو تشريعات تنظيم الحج... الخ.

ومن بين جوانب التعاون التام حالات استنساخ النص القانوني للنص الديني والتعامل معه كقاعدة قانونية، مثل قوانين الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقه..... الخ، وفي هذه الحالة لا يمكن القول - فيما أرى - بوجود اندماج تام بين القاعدتين، وإنما تظل القاعدة الإسلامية متمتعة بقدر من الخصوصية فعلى سبيل المثال قد يطلق الرجل زوجته دون الحصول على حكم قضائي، ويتراضى الطرفان على الانفصال تطبيقاً للقواعد الإسلامية دون اللجوء إلى القضاء كالتزام بتطبيق القواعد الإسلامية بينهما، أما في حال الخلاف فهنا تدخل القاعدة القانونية لحل هذا التنازع والاختلاف، ومن ثم تظل القاعدة الإسلامية مرتبطة بالتزام ديني وقانوني في حالات التعاون التام، بينما يقتصر دور السلطة القانونية على جانب الإيجاب القانوني في نفس الحالة دون الإلزام الديني.

المطلب الثاني

القاعدة الواجبة التطبيق في حال التعارض

إذا كان النظام الدستوري المصري والسعودي على التفصيل السابق قد اختلفا في تحديد مصطلح القاعدة الإسلامية والقاعدة الدستورية على التفصيل المتقدم فما هو الحل في حال إذا ما تعارض نص قانوني مع القاعدة الإسلامية أيهما نطبق؟ وأيها يسمى على الآخر؟

(1) د. محمد عبد العال، العلاقة الدستورية بين الدين والدولة، دراسة مقارنة حول مدى تدين الدساتير الوطنية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع2، المجلد الأول، 2016م، جامعة الإسكندرية، مصر، ص 278 وما بعدها.

وإذا كانت هناك قاعدة قانونية تتفق مع الدستور وتتعارض مع القاعدة الإسلامية هل يمكن إلغاء القاعدة القانونية لمخالفتها للقاعدة الإسلامية أم تظل القاعدة القانونية سارية ودستورية رغم مخالفتها للقاعدة الإسلامية؟

بادئ ذي بدء علينا أن نستبعد السمو الشكلي والموضوعي عند الحديث عن العلاقة بين القاعدة الإسلامية والدستورية، إذ مجال هذه المصطلحات - فيما أرى - تنحصر في العلاقة بين القواعد القانونية العادية ونصوص الدستور، فتلك الأخيرة هي التي تتمتع بسمو شكلي يتمثل في عدم جواز تعديل النص الدستوري بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية، بل يخضع لإجراءات مشددة في التعديل والإلغاء، أما السمو الموضوعي فهو أيضا يتعلق بتناول الدستور لموضوعات عامه تسمو عن الموضوعات التي تتناولها القوانين العادية.

ولا مجال للحديث عن السمو بهذا المعنى في مجال القاعدة الإسلامية فهي لا تخضع للتعديل أو التبديل كما أن السمو الموضوعي فيها ذو طابع ذاتي لا يعتمد على ما تتناوله من موضوعات؛ إذ أنها تنظيم إلهي يتميز بالكمال والتنزه عن النقص والتقصير.

ويمكن القول إن السمو والعلو الذي نتحدث عنه في هذا الصدد هو سمو القوة الإلزامية التي بمقتضاها تخضع القواعد القانونية في البلاد لها، وهذا السمو لا يثار الحديث عنه - فيما أرى - إلا في حالتين إحداهما: التعارض بين القاعدة الإسلامية والقاعدة الدستورية، وهو ما يمكن أن أسميه " التعارض أو التنازع الأفقي "، والأخرى: التعارض بين القاعدة الإسلامية أو القاعدة الدستورية والقاعدة القانونية، وهو ما يمكن أن أسميه " التعارض أو التنازع الرأسي".

وسوف أتناول هذا التعارض أو التنازع بشقّية في كل من النظام الدستوري السعودي والمصري على النحو الآتي:

أولاً: التنازع أو التعارض في السمو بين القاعدة الدستورية والقاعدة الإسلامية في المملكة العربية السعودية

(1) التعارض أو التنازع الأفقي:

(أ) استحالة التنازع أو التعارض المباشر:

لا يوجد إمكانية للتعارض أو التنازع الظاهر والمباشر أفقيًا بين القاعدة الإسلامية ونصوص الوثائق الدستورية في المملكة العربية السعودية، حيث جاءت غالبية النصوص الواردة في الوثائق الدستورية السعودية تعلن حاكمية الشريعة الإسلامية - رغم الاضطراب في استخدام المصطلح - معلنة ذلك صراحة المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم فيما قررته من أنه " يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة ".

فالنص السابق يعلن بوضوح السمو الأفقي للقاعدة الإسلامية ممثلة في كتاب الله وسنة رسوله الكريم على كافة القواعد القانونية في المملكة، ومنها النظام الأساسي للحكم كأعلى وثيقة دستورية في البلاد.

وقد يعترض البعض على القول السابق معتمداً على تساؤل قد يبدو منطقيًا إلى حد كبير كيف تكون القاعدة الدستورية أدنى من القاعدة الإسلامية وهي التي منحت القاعدة الإسلامية الحق في الظهور داخل التنظيم القانوني الدستوري للدولة؛ أي كيف يكون المصدر المنشئ في مرتبة أدنى من القاعدة التي أنشأها؟

الإجابة على هذا التساؤل قد تبدو واضحة وسهلة إذا ما علمنا أن الشريعة الإسلامية لا يجوز إنشائها أو خلقها، فهي منزلة وحيًا من الخالق الأعظم، لذا لا يجوز عقلا أو منطقا أن ينشئ أو يسمو عمل المخلوق (الإنسان) المتمثل في القانون الوضعي دستورًا كانا أم نصًا قانونيًا عاديًا على فعل الخالق (الله عز وجل وحيًا في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة).

وإذا كانت الإجابة السابقة تتسم بالطابع الديني العقائدي، فهناك أيضا دلائل عقلية على صدق ما نقول يمكن أن نذكر منها أن القاعدة الإسلامية لا تحتاج إلى استدعاء من المشرع الدستوري كي تجد لها مكانًا في التطبيق العملي بل هي موجودة فعلاً وحقا على أرض الواقع يطبقها الأفراد في علاقاتهم الشخصية ومعاملاتهم اليومية في الدولة الإسلامية، فضلا عن كونها لا تحتاج إلى سلطة لإقرارها.

ورغم الأدلة العقلية والعقائدية على سمو القاعدة الإسلامية على قواعد القانون الدستورية أو العادية، إلا أننا لا نستطيع أن ننكر أهمية النص الدستوري الذي يسمح للقاعدة الإسلامية بالتواجد في الإطار التنظيمي القانوني للدولة؛ إذ بدونه لا يمكن أن يكون للقاعدة الإسلامية وجود ضمن هذا النظام، ولا يستطيع القاضي أن يفصل في المنازعات المعروضة أمامه بناء على ما ورد بها من أحكام، فالقواعد الدستورية إذا هي لازمة لتأكيد وجود القاعدة الإسلامية واعتراف مؤسسات الدولة وسلطاتها والحكام والمحكومين بها، وليست لازمة للتأكيد على سموها؛ فسمو القاعدة الإسلامية ذاتيًا لا يحتاج إلى سلطة مهما كانت أن تمنحها هذا السمو أو تحرمها منه؛ إذ من الضروري للمجتمع أن يقوم أصل ثابت، والقاعدة الإسلامية هي الممثل الحقيقي لهذا الأصل الثابت¹.

(ب) إمكانية التنازع أو التعارض غير المباشر

قد يحدث التعارض غير المباشر بين القاعدة الإسلامية ونصوص الوثائق الدستورية السعودية، ولعل أهم الأدلة على إمكانية هذا التعارض، عدم الانضباط في تحديد المقصود بالقاعدة الإسلامية بين مفهومها العام أو الخاص داخل نصوص الوثائق الدستورية السعودية ذاتها، فتارة تستخدم النصوص مصطلح الشريعة الإسلامية، وتارة تستخدم مصطلح "الكتاب والسنة" - على التفصيل المتقدم - ويستتبع ذلك بالضرورة إمكانية تحقق التعارض الحقيقي مع نصوص القواعد الإسلامية.

ويدعم هذه الإمكانية انعدام وجود جهة رقابية دستورية تتولى منفردة آلية التوافق بين نصوص القانون بصفة عامة، والدستور بصفة خاصة مع القواعد الإسلامية الثابتة².

(1) يراجع في هذا المعنى "مونتسكيو" حيث قال.... ومن الضروري للمجتمع أن ينطوي على شيء ثابت، والدين هو الشيء الثابت"، شارل لويس مونتسكيو، روح القوانين، ترجمة عادل زعبيتر، القاهرة، دار المعارف، 1953م، ص 226.

(2) لا تكفي رقابة الامتثال من قبل القاضي عن تطبيق النص المخالف للقاعدة الإسلامية لتحقيق هذه الرقابة، حيث أن الامتناع هو أمر ذاتي داخلي قد يقتنع القاضي به وقد لا يقتنع ومن ثم تصبح الرقابة على دستورية القوانين في المملكة للتحقق من تطابقها مع القاعدة الإسلامية رهينة للأهواء والإرادة الذاتية، وهو ما يجعلها رقابة هشة لا تحقق الغرض المطلوب منها.

(2) التعارض أو التنازع الرأسي:

(أ) التعارض الرأسي بين القانون ونصوص الوثائق الدستورية

قد يحدث تعارض بين القانون ونصوص الوثائق الدستورية السعودية، فالقوانين ليست سوى أعمالاً بشرية تحتمل دائماً الصواب والخطأ؛ بل إن الخطأ فيها يعد هو الأكثر احتمالاً في أحيان كثيرة، ومن بين النصوص التي يمكن الإشارة إليها في هذا الصدد نصوص " قانون الضريبة على القيمة المضافة "، التي تفرض بنسبة 15% كنسبة ثابتة على قيمة كل ما يقوم الشخص بشرائه من سلع أو خدمات بالمخالفة لنص المادة العشرين من النظام الأساسي للحكم والتي قررت أنه " لا تفرض الضرائب والرسوم إلا عند الحاجة، وعلى أساس من العدل... الخ ".

ومن المعروف في الأنظمة الاقتصادية المرتبطة بقوانين وتشريعات الضرائب المنظمة للمالية العامة للدولة أن فرض ضريبة نسبية ثابتة على الأوعية التي لا تدر دخلاً يجعل هذه الضريبة غير عادلة، وما يناقض العدالة يناقض حتماً القاعدة الإسلامية.

(ب) التعارض الرأسي بين القانون ونصوص القواعد الإسلامية

يحدث كثيراً التعارض بين نصوص القانون بمعناه العام الذي يشمل اللوائح والقرارات التنظيمية أو الفردية، والأحكام القضائية التي يطلب تنفيذها في المملكة، ويقرر القضاء السعودي الغائها لمخالفتها للقواعد الإسلامية.

وأهم ما يتعين الإشارة إليه في هذا الصدد أن حق القاضي السعودي في الامتناع عن تطبيق النص القانوني أو اللائحي هو حق ثابت له بطريق غير مباشر من قبل النصوص الدستورية التي اعتبرت الشريعة الإسلامية هي الحاكمة على كافة الأنظمة، ومن ثم على كافة التصرفات القانونية، وهي رقابة يمكن -ظاهرياً- تصنيفها دستورياً كرقابة " امتناع " ¹، ولكن المتفحص لطبيعة ما يمارسه القاضي السعودي من رقابة للتحقق من مخالفة ما يعرض عليه من منازعات للشريعة الإسلامية يجدها لا تقف عند حد الامتناع عن تطبيق النص المخالف للشريعة الإسلامية؛ بل تتعدى ذلك لإلغاء كل ما يخالف القاعدة الإسلامية.

وأورد فيما يلي عدداً من الأحكام القضائية التي مارس فيها القاضي السعودي سلطته في إلغاء تنفيذ الأحكام الأجنبية والتراخيص الصادرة عن الجهات الحكومية والقرارات والنصوص اللائحة، لخالفها للقاعدة الإسلامية.

قرر ديوان المظالم ما نصه " ومن حيث الثابت أن المدعي وكالة قدم أصل الحكم لموكلته من محكمة شمال القاهرة والمزبل بصور حكم الاستئناف رقم (5/485/350 ق) في 2002/4/29م القاضي بتأييد الحكم المستأنف كما ذيل بالصيغة التنفيذية،... وحيث يتعين قبل الحكم بتنفيذ الحكم المطالب بتنفيذه التأكد من عدم مخالفته لشيء من نصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة،

(1) الرقابة على الدستورية قد تكون رقابة قضائية تمارسها جهة قضائية متخصصة تقضي بدستورية أو عدم دستورية النص المعروض عليها، وقد تكون رقابة امتناع يقتصر فيها دور القاضي المعروض عليه على تطبيق النص المخالف للدستور.

ومن حيث الثابت وبعد إطلاع الدائرة على العقد الذي اتفق الطرفان عليه وقوعه على تزويد الشركة المدعية للمدعي عليه بإسطوانات ودسكات مشتملة على أغاني وموسيقى وأنه بدراسة العقد بين الطرفين تبين أن حقيقة العقد وقوعه على ما اشتملت عليه الأسطوانات من برامج غنائية وموسيقية بحيث لو قامت المدعية بتزوير الدعي عليه بإسطوانات خالية من البرامج أو بها برامج غير غنائية فإنها تكون قد خالفت العقد،

ومن حيث إن الغناء والموسيقى تعتبر من المحرمات شرعاً لقوله تعالى " ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم ويتخذها هزواً أولئك لهم عذاب مهين "، وقال ابن مسعود رضي الله عنه في تفسير هذه الآية : هو والله الغناء وقال الحسن البصري - رحمه الله - نزلت هذه الآية في الغناء والمزامير وقال صلى الله عليه وسلم (ليكونن من أمتي أقوام يستحلون الحر والحرير والخمر والمعازف) رواه البخاري، ومن حيث أن النظام الأساسي للحكم الصادر عام 1412 هـ نص على أنه " تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة "، وحيث إن الغناء سبق بيانه محرماً شرعاً وحيث إن الدائرة سبق وأن اجتهدت وحكمت بعدم قبول طلب تنفيذ الحكم وحيث أن النظام الأساسي للحكم قد نص في المادة السابعة منه على أن الحكم في المملكة العربية السعودية يستمد سلطته من كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة " ... وقد أجابت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء برئاسة سماحة مفتي المملكة العربية السعودية بالفتوى رقم (3719) في 1401/6/10 هـ على تحريم استماع الأغاني ومع ذلك فإن الحكم بتنفيذ هذا الحكم قد يترتب عليه مفساد عظيمة وهو القول بجواز الغناء وهذا على خلاف المفتي به في المملكة ولأن درئ المفساد أولى من جلب المصالح ... ولأنه لا يلزم شرعاً من عدم الأمر بتنفيذ الحكم ضياع الحوق لأن الحق لا يكون حقا محترما ومقبولا إلا إذا كان جائزاً شرعاً، وتأسيساً على ما تقدم فإن الدائرة لا يسعها الحكم بخلاف ما تعتقد لأنها ترى أن ذلك محرماً ديانة، ما تنتهي معه الدائرة إلى التمسك بما حكمت به الدائرة سابقاً بحكمها رقم (17/د/ف/2) لعام 1426 هـ، وهو عدم جواز قبول طلب تنفيذ الحكم محل الدعوى" ¹.

وفي حكم آخر يقول ديوان المظالم أنه " ... من حيث إن غاية ما تطالب به المدعية هو تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر من محكمة دبي برقم (1991/1331م) في 1991/5/9م، ومن حيث إن دفاع المدعى عليها ينصب على مخالفة الحكم المطلوب تنفيذه للشريعة الإسلامية، فإنه بالنظر في ذلك والرجوع إلى قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم فإن المادة السادسة منه تنص على أن (ترفع دعاوى المطالبة بتنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً لإجراءات رفع الدعاوى الإدارية المنصوص عليها في المادة الأولى من هذه القواعد، وتصدر الدائرة المختصة حكمها بعد استكمال وثائق الدعوى وسماع أقوال طرفي الخصومة أو وكلائهم إما برفض الدعوى أو بتنفيذ الحكم الأجنبي على أساس مبدأ المعاملة بالمثل، وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية) ومن حيث إنه بالإطلاع أيضاً إلى تعميم معالي رئيس ديوان المظالم رقم (7) وتاريخ 1405/8/15 هـ بشأن اختصاص ديوان المظالم بالفصل في طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية حيث جاء في البند (ثالثاً) ما نصه : خولت اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول جامعة الدول العربية للسلطة القضائية المختصة

(¹) قضية رقم 1/3375/ق لعام 1424 هـ ، جلسة 1430/1/16 هـ ، مجموعة الأحكام الإدارية لعام 1430 هـ ، ص 3560 : 3565 .

بالدولة المطلوب إليها التنفيذ الحق في رفض تنفيذ الحكم إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الدولة والمطلوب إليها التنفيذ وأن الدولة المطلوب إليها التنفيذ هي صاحبة السلطة في تقدير ذلك الأمر.

ويتصل بهذا الحكم أن أهم ما يتعين الالتزام به لدى النظر في طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية أنه لما كانت الشريعة الإسلامية هي الدستور والمرجع الأعلى للقضاء والحكم بالمملكة العربية السعودية، فإنه لا يجوز بحال من الأحوال تصور إمكان إقرار تنفيذ أي حكم أجنبي إذا كان مخالفاً لأصل من الأصول العامة للشريعة، وأنه قد استقر ديوان المظالم على ذلك، ومن حيث إنه باطلاع الدائرة على الحكم المطلوب تنفيذه الصادر من محكمة دبي والذي طلبت فيه المدعية... المصادقة على قرار التحكيم الصادر بتاريخ 1991/11/21م والذي تمت المصادقة عليه فعلا من المحكمة، ومن حيث إنه بالرجوع إلى حكم المحكمين الذي تمت المصادقة عليه اتضح للدائرة أن المبالغ المالية التي تطالب بها الشركة المدعية المحكوم بها بموجب حكم المحكمين بالأغلبية والمشار إليه هو عبارة عما فات الشركة من أرباح ... والحكم بالفائدة القانونية على المبالغ المحكوم بها بواقع (9%) من تاريخ الحكم وحتى السداد التام، وعمّا لحق المدعية من أضرار معنوية نتيجة الخلاف بين طرفي الدعوى مخالف لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية لأن الربح الذي تدعي المدعي أنه فاتها ليس مؤكداً، وإنما هو محتمل فهو أمر غيبي دائر بين الوجود والعدم، وفي فقه الشريعة الإسلامية لا يجب الضمان أو التعويض إلا حيث يتأكد موجباً، فذكرت الهيئة الموقرة أن هذا الكلام جاء بألفاظ عامة وعبارة مرسلة، وأنه كان يتعين على الدائرة أن تدلل على مخالفة الحكم الأجنبي محل التدقيق للشريعة الإسلامية بأدلة وبراهين مستمدة من الإجماع أو فتاوى صادرة من المجمعيات الفقهية أو هيئة كبار العلماء تؤكد أن الربح الفائت والتعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي مخالف للشريعة الإسلامية،... فإن الدائرة (الاستئناف الإدارية) في سبيل إيضاح وجهة نظرها حول ذلك تفيد أنها تقف على أدلة وبراهين مستمدة من الإجماع أو فتاوى صادرة من المجمعيات الفقهية أو هيئة كبار العلماء تبين أن الربح الفائت والتعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي مخالف للشريعة الإسلامية، ولكن الربح الفائت والضرر المعنوي والأدبي يدخل والله أعلم في مضمون قول الله تعالى " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " قال الجصاص في تفسير هذه الآية قال ابن عباس ولا حسن أن يأكله بغير عوض، والتعويض عما يسمى بالربح الفائت والضرر الأدبي والمعنوي أخذ مال بلا عوض، وقد قال القرافي في الفروق (اعلم أن القاعدة الشرعية بالأكثرية أنه لا يجوز أن يجمع العوضان لشخص واحد؛ فإنه يؤدي إلى أكل المال بالباطل وإنما يأكله بالسبب الحق إذ خرج من يده ما أخذ العوض بإزائه فيرتفع الغبن والضرر عن المتفاوضين) والحكم بالربح الفائت والضرر المعنوي يوقع بأحد الطرفين الضرر بأكل ماله بلا سبب حق بل لربح لم يتحقق بل يتوقع حصوله، وقد عاجت الشريعة الإسلامية جريمة الغصب والسرقة ووضعت لهما أحكاماً وعقوبات دون أي تعويض مالي يضاف إلى المال المسروق أو المغصوب عند استيفائه مع أن السارق والغاصب قد فوتا على صاحب الحق الربح المتوقع فيما لو كان المال المسروق أو المغصوب في يده، وهذا يدل على أن مبدأ الربح الفائت لا تقره الشريعة الإسلامية...¹

(1) قضية رقم 1783 لعام 1413هـ، جلسة 1417/6/30هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1417هـ، ص 176: 187.

وفي حكم آخر ورد النص على أنه " وحيث إن نظام التحكيم نص في مادته التاسعة والأربعين على أنه " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا النظام الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، عدا رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في هذا النظام"، وقد حددت المادة الخمسون من ذات النظام الحالات التي تقبل فيها دعوى البطلان على سبيل الحصر. ولما كان ذلك، وكان المدعي يستند في دعواه إلى بطلان الحكم لخالفته أحكام الشريعة الإسلامية، وبالنظر إلى ما أورده إنما يتعلق بإجراءات النظر ووسائل الإثبات، وكذا عدم الأخذ بما ذكره من صلح يدعي اتفاق الأطراف عليه وكل ذلك لا يعد مخالفة شرعية؛ إذ إن المقصود بالمخالفة هو مصادمة نص شرعي قطعي ومخالفته مخالفة صريحة؛ كإباحة محرم أو تحريم مباح. وما لم يكن كذلك فلا ينطبق عليه ذلك الحكم، ولما لم يكن ما أورده المدعي من ذلك القبيل فلا مجال لإجابة طلبه، ... ولما كان الأمر ما ذكر فإن دعوى البطلان غير صحيحة جديرة بالرفض؛ مما يتعين معه الحكم وفقاً لذلك..¹

وفي حكم آخر قرر ديوان المظالم أنه "... وحيث إن العلامة المطلوب تسجيلها تتضمن رسماً لصورة امرأة تتوسط كلمة فرحانه بالعربية واللاتينية، وحيث نصت الأدلة الشرعية على تحريم رسم الصور ذات الأرواح، ومنها ما أخرجه البخاري ومسلم رحمهما الله عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن أشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون...) وروي مسلم بسنده عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (يا عائشة إن أشد الناس عذاباً يوم القيامة الذي يضاھون بخلق الله) وفي الحديث الآخر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن أصحاب هذه الصور يعذبون يوم القيامة ويقال لهم أحيوا ما خلقتم) . وأخرج الإمام مسلم عن أبي الهياج الأسدي قال: قال لي علي رضي الله عنه: (ألا أبعتك بما بعثتني عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تدع صورة إلا طمستها ولا قبراً مشرفاً إلا سويته). كما نصت فتوى اللجنة الدائمة للإفتاء رقم (2036) بتحريم ذلك، كما ورد في بيان اللجنة بشأن الضوابط الشرعية للإعلانات التجارية، ومنها الا يشتمل الإعلان على شيء من صور نوات الأرواح من إنسان أو حيوان أو طير، وحيث نصت الفقرة الثانية والثالثة من المادة الثانية من نظام العلامات التجارية على أنه لا تعتر علامة تجارية في تطبيق أحكام هذا النظام كل تعبير أو إشارة أو رسم مخل بالشعائر الدينية أو يكون مطابقاً أو مماثلاً لرمز ذي صبغة دينية بحته، وكذلك كل تعبير أو إشارة أو رسم مخالف للنظام العام أو الآداب العامة (مما يتعين مع ذلك كله إلغاء القرار محل الدعوى " ² .

وفي قضاء آخر لديوان المظالم ورد ما نصه " ... وحيث تبين وجود الاختلاط إلى ساعات متأخرة من الليل في موقع المدعية وإشهار الموسيقى التي آذت المسلمين عامة والجيران خاصة، واتحاد المدخل للرجال والنساء وعدم الفصل بينهم داخل الموقع وتناولهم للشيشة والمشروبات بشكل مختلط وإقامة الحفلات واستخدام مكبرات الصوت دون الحصول على تصريح.... واستقبالها الفتيات في أوقات متأخرة من الليل وتقديم الشيشة والمعسل لهن لشربها وإقامتها للحفلات المختلطة بين الرجال والنساء وفق أصوات الموسيقى بواسطة مكبرات الصوت واستمرارها في العمل إلى أوقات متأخرة وعدم وجود سواتر بين الطاومات.... وحيث إن الترخيص الذي حصلت عليه المدعية كان لصيف عام 1427 هـ

(1) قضية رقم 2/5854/س لعام 1437 هـ، جلسة 1438/4/11 هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام 1438 هـ، ص 148، 149.

(2) قضية رقم 1/232/ق لعام 1423 هـ، حكم هيئة التدقيق رقم 136/ت/5 لعام 1423 هـ جلسة 1423/10/25 هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1423 هـ ص 280 ، 281

حسبما هو موجود في المستندات المرفقة في القضية ؛ بينما التعهد بالمخالفة ومحضر الدورية حصل في شهر رمضان من العام 1427هـ، وليس في إجازة الصيف ؛ مما يدل على مخالفة المدعية لتعاليم الشريعة الإسلامية وآدابها وعدم الالتزام بها ومخالفتها لأنظمة الدولة ؛ وإقامتها للمهرجانات في الفترة المرخص فيها (صيف عام 1427هـ) "...
أولاً يلاحظ على الأحكام القضائية السابق الإشارة إليها بعالية ما يلي: -

(1) التأكيد على ما سبق التنويه إليه من الاضطراب في استخدام المصطلحات المعبرة عن القاعدة الإسلامية وهذا ما انعكس على الأحكام القضائية المشار إليها فتارة يشار إلى مخالفة تعاليم الشريعة الإسلامية دون بيان لوجه المخالفة وتارة أخرى يشار إلى مخالفة آراء الفقه الإسلامي أو الفتوى الصادرة عن جهات الاختصاص، وتارة ثالثة يشير القاضي إلى مخالفة موضوع النزاع للكتاب والسنة والإجماع وآراء الفقه الإسلامي والفتوى الصادرة من جهات الاختصاص ونصوص القانون ذات الصلة، وهو ما سبق أن أشرنا إلى الحاجة إلى ضبط المقصود بالشريعة الإسلامية داخل النظام الأساسي للحكم.

(2) القاضي السعودي في نظره لمخالفة الوقائع للشريعة الإسلامية، لا يستخدم قواعد التدرج في الإسناد القانوني بصورة دائمة، ففي بعض الأحيان يشير إلى مخالفة الواقعة للقاعدة الإسلامية مباشرة، وفي أحيان أخرى يبدأ بوجود مخالفة للتعاميم الصادرة من رئيس الديوان (وتعد بمثابة لوائح ملزمة للقاضي)، ثم يشير إلى مخالفة الواقعة للأنظمة (القوانين)، ثم النظام الأساسي للحكم، ثم القاعدة الإسلامية.

ويثير المسلك السابق التساؤل حول تدرج تلك القواعد في القوة الإلزامية لدى القاضي السعودي أثناء نظرة لمخالفة الوقائع أو التصرفات القانونية المعروضة أمامه للقاعدة الإسلامية، هل تأتي القاعدة الإسلامية في المرتبة الإلزامية الأولى له، أم في مرحلة تالية لالتزامه باللوائح الداخلية القضائية؟

التساؤل السابق قد يبدو في ظاهرة سطحية أو بسيطة ولكنه سؤال جد متعمق، فمن المعروف أن القواعد القانونية في دول العالم كافة تدرج مع بعضها البعض في شكل هرمي قمته الدستور ويليه القانون العادي، ثم اللوائح والقرارات الإدارية، أما في المملكة العربية السعودية فالقاضي يلتزم بما يصدر إليه من لوائح وتعاميم قضائية ثم نصوص القانون التي تحدد ولايته القضائية في مجال اختصاصه بالنزاع المعروض أمامه فقط، أما عند فصله في الدعوى فالقواعد الإسلامية وعلى رأسها الكتاب والسنة هي الحاكمة والتي ينظر إليها دائماً، فإن وجد ما يدعم قضاءه بنصوص قانونية فلا ضير، وإن لم يجد يكتف بالنصوص الإسلامية، ولكن يؤخذ عليه أنه لا يهتم في بعض الأحيان ببيان تفاصيل النصوص الإسلامية التي تبرر قضاؤه وعلى وجه الخصوص إذا استند إلى رأي في الفقه الإسلامي.

(3) رقابة القاضي السعودي على التحقق من موافقة الوقائع والتصرفات القانونية للقواعد الإسلامية هي رقابة دستورية كاملة لا تقف عند حد الامتناع عن تطبيق القرار المخالف للشريعة الإسلامية؛ بل تتعدى ذلك إلى الغاؤه.

(1) قضية رقم 5/2/2382 لعام 1428هـ، حكم الاستئناف رقم 362/س/ 8 لعام 1430هـ من جلسة 1430/4/3هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1430هـ، ص 3342 ، 3343.

ثانياً: التنازع أو التعارض في سمو بين القاعدة الدستورية والقاعدة الإسلامية في مصر

(1) التعارض الأفقي

يوجد تعارض واضح وصريح بين نصوص الدستور والقواعد الإسلامية التي أعلن الدستور نفسه اعتبار جمهورية مصر العربية دولة دينها الإسلام وهذا التعارض يمكن رصده من خلال النقاط الآتية:

(أ) سمو القاعدة الإسلامية تعني أن تكون هي القاعدة الأعلى التي تعلق على النصوص القانونية كافة، ومنها النص الدستوري ذاته، ومن ثم فإذا قرر النص الدستوري أن تكون المبادئ العامة للشريعة الإسلامية مصدر رئيسي من مصادر التشريع وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور المصري، فهو بذلك لا يعترف بهذا السمو للقواعد الشرعية الإسلامية، بل يجعلها مصدر من بين المصادر التي يدعو المشرع الوضعي أن يستقي أحكامه منها دون أن تكون المصدر الوحيد أو الأعلى من بين المصادر الأخرى.

(ب) يوجد تعارض بين النص الدستوري المنظم لشروط تولي رئيس الجمهورية الحكم مع قواعد الشريعة، إذ أن الأخيرة تشترط أن يكون رئيس الدولة مسلماً وذكراً، وهذا ما لم يشترطه الدستور المصري الحالي 2014م، إذ ورد بنص م/141 " يشترط فيمن يترشح رئيساً للجمهورية أن يكون مصرياً من أبوين مصريين، وألا يكون قد حمل، أو أي من والديه أو زوجه جنسية دولة أخرى، وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، وأن يكون قد أدى الخدمة العسكرية أو ألقى منها قانوناً، وألا تقل سنه يوم فتح باب الترشح عن أربعين سنة ميلادية، ويحدد القانون شروط الترشح الأخرى ".

(2) التعارض الرأسي

إذا كنا قد تحدثنا عن المقصود بالتعارض الرأسي هو ذلك التعارض الذي يمكن أن يحدث بين القاعدة القانونية والدستورية، أو بين القاعدة القانونية والقاعدة الإسلامية، إلا أنني في هذا الصدد سأقتصر على بيان المخالفات القانونية للقواعد الإسلامية، إذ أن التعارض الرأسي بين القواعد القانونية والدستورية من سلطة المحكمة الدستورية العليا تتولاها بمفردها، ومن بين المخالفات القانونية للقواعد الإسلامية، أذكر ما يلي على سبيل المثال لا الحصر:

نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري المعمول به منذ عام 1949م وحتى الآن فيما قرره من أنه " ... فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ".

ويتضح من النص السابق أن القاضي المدني المصري ملتزم أولاً بنصوص التشريعات التي يتعين تطبيقها على النزاع، فإن لم يجد حلاً للنزاع في نصوص التشريعات القانونية فإنه يلجأ إلى العرف، فإن لم يجد فإنه يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فهذا النص الدستوري لا شك يعلي من النصوص القانونية على القواعد الإسلامية التي تأتي مبادئها في باب التزام القاضي المدني بها في مرحلة تالية لنصوص القانون والعرف.

ولا يقتصر الأمر على النص السابق بل يشمل العديد النصوص القانونية التي تجيز التعامل بالربا المحرم، والحصول على فوائد ربوية، بعض نصوص القانون الجنائي في باب الزنا المحرم، والحدود، وقانون التصالح في مخالفات البناء رقم 17 لسنة 2019م فيما قرره من فرض غرامات وعقوبات على مخالفتي البناء بأثر رجعي، وهدم لمنازل المواطنين في مخالفة واضحة وصريحة لمقاصد الشريعة الإسلامية التي تسعى لحماية مال المسلم وعرضه، وتسعى لتأمين المأكل والملبس والسكن للمسلم.

المبحث الثاني

الحلول القانونية لحسم إشكالية تنازع سمو بين القاعدة الإسلامية والدستورية

المطلب الأول

الحلول القانونية المقترحة في النظام الدستوري السعودي

يعد النظام الدستوري السعودي من أفضل الأنظمة الدستورية العربية التي تعلي من قيمة القواعد الإسلامية وتسمو بها إلى حد الإلزام في مواجهة الكافة حكامًا ومحكومين؛ ولكن ضمانًا لحسن تنظيم تلك المكانة اقترح ما يلي:

(1) استحداث نص دستوري داخل النظام الأساسي للحكم يبين بشكل واضح المقصود بالشريعة الإسلامية

ومن شأن هذا النص أن يمنع التعارض والتضارب بين المقصود بها في مجال التحقق من تطابق النصوص والوقائع والتصرفات القانونية لها، بدلا من تضييق المقصود منها في بعض الأحيان وقصرها على الأحكام القطعية الثبوت والدلالة، أو التوسع في بيان مفهومها بالاعتماد على الضعيف غير الموثوق به من أحكامها.

(2) ضرورة اتباع القاضي السعودي منهج علمي قانوني واضح في تسبيب أحكامه القضائية بصفة عامة، وعند تناوله للقواعد الإسلامية، وبحيث يبدأ بتأصيل مشروعية ولايته القضائية في المسألة المعروضة عليه وفقا للتعاميم واللوائح والقوانين المنظمة لاختصاصه، وهو ما يعرف بقواعد القبول الشكلي للدعوى، أما في الموضوع فعليها أن يقدم الأدلة والحجج الكافية في إطار ما يسببه من أسباب، وما يقدمه من حيثيات تتعلق بنصوص القواعد الإسلامية، والإشارة إلى التفسير المرجح لنصوص القرآن الكريم من جمهور الفقهاء على سبيل المثال، أو الرأي المرجح من جمهور الفقه الإسلامي، والابتعاد عن الآراء المنفردة أو الضعيفة فيه.

(3) إيجاد آلية دستورية لتنقية النصوص القانونية السعودية مما قد يشوبها من مخالفات للقواعد الإسلامية، في إطار منهج شامل لتفعيل الرقابة على الدستورية؛ وخصوصًا في ظل التطورات القانونية والاقتصادية والثقافية والسياسية التي تمر بها المملكة الآن في إطار رؤية 2030م.

(4) تطبيق القاضي السعودي للقواعد القانونية عند الفصل في النزاع المعروض أمامه قبل البحث في مدى اتفاق النص المطبق أو الواقعة مع الشريعة الإسلامية، أو عندما يكتفي بالفصل في النزاع وفق القواعد القانونية فقط، لا يتعين فهمه في إطار تقديم القواعد القانونية على قواعد الشريعة الإسلامية، إذ أن الأصل اتفاق الإثنين معا وعدم مخالفة القواعد القانونية السعودية للشريعة الإسلامية،

وتقديم القواعد القانونية غالباً ما يتعلق بإثبات ولاية القضائية ضمن إطار التحقق من اختصاصه بنظر النزاع؛ فمن غير المنطقي أن يلجأ القاضي إلى البحث في القرآن والسنة ولديه نص قانوني أو لائحي لا يتعارض معهما، والأصل أن يطبق النص القانوني أو اللائحي مباشرة طالما كان غير مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية، وعلى فرض حدوث مثل هذا التعارض فيتعين على القاضي السعودي أن يستطلع رأي جهات الاختصاص الشرعية ليستوثق من مطابقة النصوص القانونية لقواعد الشريعة الإسلامية (من أمثلة هذه النصوص القوانين الضريبية التي سبق الإشارة إليها)، وهنا يستطيع القاضي السعودي أن يطمئن إلى تطبيق النص القانوني إذا تبين له من فتوى جهات الاختصاص اتفاهه مع القواعد الإسلامية، أو يمتنع عن تطبيقه على النزاع إذا تبين له غير ذلك.

(5) الاهتمام بالتأهيل القانوني للقضاة باعتبار أنه الوسيلة الوحيدة إلى جانب التأهيل الشرعي، لاستعادة وتطوير التأصيل الشرعي لقواعد الشريعة الإسلامية، والمزج والاندماج بينها وبين النصوص القانونية الوضعية بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

الحلول المقترحة في النظام الدستوري المصري

من خلال ما سبق بيانه من وجود تعارض وتنازع للسمو بين قواعد الشريعة الإسلامية ونصوص الدستور المصري، أو بين القواعد القانونية والقواعد الإسلامية؛ وهو ما يؤكد حقيقة أن سمو الأخيرة في النظام الدستوري المصري سمو شكلي وظاهري، ولا وجود له في الواقع التطبيقي العملي، وتحقيقاً لتفعيل سمو الحقيقي لقواعد الشريعة الإسلامية في النظام الدستوري المصري أقترح الحلول الآتية:

(1) إيجاد إرادة سياسية حقيقية لتفعيل سمو للقواعد الإسلامية

ارتبطت نشأت القاعدة الدستورية التي تقر بأن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر بالدوافع السياسية إذ تم النص عليها في دستور 1971م من قبل الرئيس الراحل أنور السادات لاسترضاء المسلمين ولتجنب التهديدات والمخاطر التي بدت منهم ولإستخدامهم حلفائهم اليساريين الموالين للرئيس الراحل جمال عبد الناصر والمعارضين لسياساته، وما زالت - فيما اعتقد- هذه المادة لا وجود حقيقي لها إلا لذلك الغرض؛ وهذا ما يدل عليه موقف الفقه والقضاء المصري من قصر مدلولها على مجرد توجيه الدعوة إلى المشرع لاستلها مبادئ الشريعة الإسلامية عند إصداره للنصوص القانونية، وهو الأمر الذي لا وجود له على أرض الواقع القانوني، إلا في مجال الأحوال الشخصية.

وهذه الإرادة السياسية إذا كانت محقة في تغليب قواعد الشريعة الإسلامية لكان نص المادة الثانية من الدستور المصري متماشياً مع نص صدر المادة الثانية من الدستور نفسها ليؤكد على أن الدولة "دينها الإسلام"، فالنص في الدستور على أن دين الدولة الإسلام - لا يعني - كما يتصور البعض - مجرد إبراز طابع ديني يميز شعبها أو سواه، وليس هذا النص خال وفارغ من المعنى وشبيهه بالنص على شعار الدولة ونشيدها الوطني ولون علمها،

بل هو نص يترتب عليه الكثير من الآثار؛ فالإسلام ليس مجرد عقيدة وشعائر، بل هو نظام كلي شامل يواجه شؤون الحياة على اختلاف صورها ويتناولها بالتفصيل وإذا كان واضعوا النص في الماضي لم يريدوا به إلا تملق الجماهير وخداعها، فإن الجماهير لم تتخدع لأنها لا تطلب شعاراً دينياً؛ بل تطلب نظاماً إسلامياً أصيلاً، ولهذا أصرت ولا تزال تصر على الرجوع إلى أحضان الشريعة الإسلامية¹.

(2) تعديل الفقرة الثانية من نص م/ 1 من القانون المدني

وجود الفقرة الثانية من القانون المدني المصري الحالي في ظل وجود المادة الثانية من الدستور المصري 2014م فيما قررته من كون مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وتأكيد الأولى على كون مبادئ الشريعة الإسلامية تأتي في مرتبة تالية لمرتبة التشريعات الوضعية والعرف - تثير العديد من التساؤلات حول الإبقاء على هذا النص المعمول به اعتباراً من 16 يوليو عام 1948م وحتى الآن؛ رغم تعاقب العديد من الدساتير على نص هذه المادة وسنوح العديد من الفرص لإلغائها؟!!

ولا أرى مبرراً منطقياً للإبقاء على نص هذه الفقرة حتى الآن سوى التأكيد على أن هذه المرتبة المتأخرة لمبادئ الشريعة الإسلامية هي المكانة المعترف بها في ظل النظام القانوني والدستوري المصري.

(3) إهدار كل المحاولات الفقهية لتدعيم النصوص الدستورية المؤيدة لسمو الدستور على القواعد الإسلامية.

إذا أردنا العودة إلى الهدف الرئيس من النص على كون الدولة المصرية دينها الإسلام، يتعين علينا أن نتخلص من جميع الآراء الفقهية الفاسدة التي كان الغرض الرئيس منها - فيما أرى - تأييد النهج السياسي في تفريغ سمو القاعدة الشرعية الإسلامية من مضمونها وجعل نص المادة الثانية من الدستور المصري مجرد مسخ لا وجود له في جانب التطبيق العملي القانوني الواقعي، وأرى أن الآراء الفقهية التي دافعت عن وجود نص المادة الثانية من الدستور والمادة الأولى من القانون المدني وغيرها من المواد يتعين مراجعتها والرد عليها على النحو الآتي :

(أ) العلاقة بين المادة الأولى من القانون المدني والمادة الثانية من الدستور

ذهب رأي في الفقه المصري إلى القول بأن "الاختلاف بين المادتين، أن مادة القانون المدني تخاطب القاضي في نطاق القانون المدني، أما مادة الدستور فتخاطب المشرع بالنسبة لكل القوانين، كما أن نص المادة الأولى من القانون المدني لا يشوبها أدنى عيب في الصياغة، أما نص المادة الثانية من الدستور فيشوبها عيب كبير في الصياغة لأنه يخلط بين مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون في جملة واحدة من خمس كلمات، وبالرغم من الاختلافات السابق ذكرها فإن التشابه بين النصين، بل التطابق بينهما يغلب ويحجب هذه الاختلافات فكل من النصين يتعلق بالمبادئ العامة للقانون المصري، وليس بمصادر القانون،

(1) د. محمود حلمي مصطفى، مبدأ سمو الشريعة الإسلامية والطريق إلى تحقيقه، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلد 67، ع 363، عام 1976م، ص 116.

وكل من النصين يتحدث عن مبادئ الشريعة الإسلامية وليس عن احكامها التفصيلية، والمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية، كما قال الدكتور السنهوري أمام مجلس الشيوخ أثناء مراجعة نص من الأولى من القانون المدني المبادئ الكلية للشريعة التي لا يوجد خلاف بشأنها بين الفقهاء، ولذلك فنحن نقول بكل ثقة واطمئنان، أن المادة الثانية من الدستور لا تستحق كل الضجة التي أثيرت بشأنها، فهي لم تحدث انقلابا في النظام القانوني في مصر، وهي لا تهدد الدولة المدنية القائمة في مصر ولا تمهد لإنشاء الدولة الإسلامية، لأنها في الواقع لم تأت بجديد فحكمها موجود في القانون المدني منذ عام 1949م، ومع ذلك فمن الواجب إصلاح العيب في صياغتها بما يؤدي إلى تحقيق القصد الحقيقي للمشروع الدستوري منها،

والغيب في صياغتها يرجع إلى أنها تخلط في جملة واحدة بين المبادئ العامة للقانون، وبين مصادر القانون، وهو خلط لا يليق بالإبقاء عليه عندما تسنح فرصة تعديل الدستور¹.

وردًا على الرأي السابق يمكن القول إنني أتفق معه تمامًا في وجود عيب في صياغة نص المادة الثانية من الدستور المصري ولكنه أعترض على ما أورده من أفكار على النحو الآتي:

القول بأن الدستور يخاطب المشرع، والقانون يخاطب القاضي هذا قول يجانبه الصواب؛ لأن القاضي لا يُخاطب فقط بالقانون بل يخاطب بالقانون والدستور في آن واحد، لسبب منطقي وهو أن الدستور في حقيقته قانون أعلى في البلاد، وللتدليل على ذلك يمكن القول إن القاضي إذا حكم بتطبيق نص قانوني على نزاع وتبين أن النص القانوني محكوم بعدم دستورية فلا اعتبار لقضائه على الإطلاق ويعد قضائه كأن لم يكن.

أما القول بوجود تطابق بين نص المادة الأولى من القانون المدني والمادة الثانية من الدستور على اعتبار أن كل منهما يتعلق بالمبادئ العامة للقانون فهذا قول يجانبه الصواب بشكل كبير فلو أن المادتين متطابقتين وأن كل منهما يعتبران من المبادئ العامة للقانون لماذا جاءت المبادئ العامة للشريعة الإسلامية في نص المادة الأولى من القانون المدني على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أليست مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من المبادئ العامة للقانون؟! ولماذا لم يضعهما المشرع القانوني المدني في عبارة واحدة، أليس ذلك دليلا على الاختلاف والتغاير بينهما.

والقول الفقهي السابق هو يمثل الطعنه الحقيقية والتعبير الصادق عن الغرض من تحييد الشريعة الإسلامية والحرص على ذكر مصطلح " المبادئ العامة للشريعة " كبديل عن القاعدة الشرعية الإسلامية ؛ فحقا كما يقول هذا الرأي في موضع آخر² أن المبادئ العامة ليست قواعد قانونية بالمعنى الفني المقصود بكلمة قاعدة قانونية، وإنما هي أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العامة للوجود السائدة في المجتمع، كما يمكن استقراءها من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في المجتمع، وهي تقف في مركز متوسط بين الفكرة العامة للوجود وبين القواعد الوضعية حيث تأتي الأخيرة لتعبر جزئياً عن الأفكار التي تضمنتها المبادئ الأساسية.

(1) د. سمير السيد تناغو ، المادة الثانية من الدستور ، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، 2007م ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ص 359.

(2) د. سمير السيد تناغو، المرجع السابق ، ص 367

ولكن غاب عن الرأي السابق أن المبادئ العامة للشريعة الإسلامية هي قواعد ملزمة وإن لم تكن قواعد قانونية بالمعنى المعروف فالفرق الرئيس والجوهري بينها وبين المبادئ العامة للقانون يدور حول كون الأخيرة لا تتمتع بالإلزام إلا إذا تبنها الحكم القضائي فتمتع بالإلزام الذي يتمتع به هذا الأخير، أما المبادئ العامة للشريعة الإسلامية فهي ملزمة بذاتها ولا تحتاج إلى حكم قضائي أو نص يؤكد أو يصرح لها بهذه المكانة.

وتأكيدا لما ذكرته من تمتع المبادئ العامة بالإلزام الذاتي ما قررته نص الأولى من الدستور باعتبار أن الدولة دينها الإسلام، ومن ثم فالقاضي المسلم في الدولة التي دينها الإسلام لن يقدم العرف أو النص القانوني على المبادئ والقواعد الإسلامية الثابتة لديه والتي يدين بها في الغالب جميع المتقاضين، والقول بأن المبادئ العامة للشريعة الإسلامية يجعل النص على أن الدولة دينها الإسلام لا جدوى منه.

وردا على الإشارة إلى موضوع الدولة الدينية والمدنية، فسوف أتناوله تفصيلا في السطور التالية عند الحديث عن فزاعة الدولة الدينية.

واستطرد الرأي السابق قائلا " أنه عندما تنص المادة الثانية من الدستور في صياغتها المعيبة، على أن المشرع يرجع في التشريعات التي يضعها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فإن ما يضعه المشرع بعد ذلك هو قانون وضعي مصدره إرادة الدولة، وإن كان مضمونه مطابقا أو مستلهما من المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، وكذلك عندما تنص المادة الأولى من القانون المدني، على أن القاضي عندما لا يجد نصا في القانون فإنه يرجع إلى العرف فإن لم يجد، فيرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن القاضي عندما يصدر حكمه مستوحيا مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن يضع حلا للنزاع، وهو حل بشري وضعي فهو ينطق بحكمه هو وليس بالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، لأن مصدر الحكم هو إرادة القاضي وحدة دون غيره " ¹.

الرأي السابق يمهّد لفكرة خطيرة جداً تتمثل في أن القاضي إنما يضع حلا بشريا بإرادته، فالقاضي لا يملك حتى في الدول العلمانية أن يتمتع بسلطة مطلقة في الفصل في القضايا؛ بل يظل مقيدا بحدود الدستور والقانون؛ ويدعي الرأي السابق أن الإرادة إذا كانت مستوحاه من المبادئ العامة للشريعة الإسلامية فهي لا ترجع إلى الشريعة بل ترجع إلى إرادة القاضي، ومن ثم يكون تطبيق الشريعة الإسلامية على النزاع المعروف أمام القاضي رهين إرادته وهذا ما سبق أن انتقده في الفقرات السابقة وهو ما يؤكد انعدام الاتفاق بين المبادئ العامة للشريعة والمبادئ العامة للقانون، فالقاضي عند أعمال الشريعة الإسلامية على النزاع لا يكون مختاراً بل ملزماً تطبيقاً لنص صدر المادة الثانية من الدستور المصري الحالي 2014م التي قررت بوضوح أن الدولة المصرية دينها الإسلام.

وأضاف الرأي السابق أن مبادئ الشريعة الإسلامية ليست مصدرا في القانون المدني أو الدستور مستندا إلى النظرية التي نادى بها أرسطو والمعروفة بنظرية "النقص في التشريع"، ومعناها أن التشريع غير كامل، فقد توجد حالات ومنازعات ليست لها حكم في التشريع، ولمواجهة هذا النقص فإن المشرع يصدر تشريعات جديدة يسد بها هذا النقص، أو يعالج عيوب تشريعات قائمة بالإلغاء أو التعديل والتطوير،

(1) د. سمير السيد تناغو، المرجع السابق، ص 366.

وكذلك القاضي عندما لا يجد حلا للنزاع في التشريع فإن المادة الأولى من القانون المدني تأمره بأن يبحث بنفسه عن حل لهذا النزاع عن طريق الرجوع إلى العرف، فإن لم يجد يبحث في مبادئ الشريعة الإسلامية وأسسها أي أن التشريع هو المصدر الأول للقانون،

أما المبادئ العامة للشريعة الإسلامية فهي من المبادئ العامة للقانون التي يجب أن يستلهمها المشرع عندما يحاول أن يسد نقص في تشريع أو يعمل على تطويره وتعديله،

ولا يجوز أبدًا في صيغة قانونية صحيحة أن نخلط بين المبادئ العامة للقانون وبين مصادر القانون والمبادئ العامة سواء تلك التي عبر عنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أو المبادئ العامة الكلية للشريعة الإسلامية... تختلف عن مصادر القانون في أنها تخلق قواعد قانونية وضعية، بل تسبق خلق هذه القواعد فالمصدر الوحيد للقانون هو إرادة الدولة التي تعبر عن نفسها بطرق مختلفة في مصادر متعددة هي التشريع والعرف والقضاء أما المبادئ العامة للقانون فهي لا تصدر عن إرادة الدولة، ولكنها تمهد لهذه الإرادة الطريق الذي تعبر به عن نفسها والفرق هنا في المصدر¹.

وردا على القول السابق يمكن القول وبحق أن التشريع الوضعي يواجه دائما " النقص "، ولكن التساؤل لماذا لا نقطع دابر هذا النقص وننشد الكمال بتطبيق النص الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، فهو من صنع الخالق الأعظم، فحقا القاضي لا يطبق مباشرة القرآن أو السنة وإنما يطبق النص القانوني، ولكن هذا الأخير إذا كان موافقا للكتاب والسنة والقواعد الإسلامية الأخرى التي لا خلاف عليها فهنا نكون قد عالجتنا ما يصيب القانون الوضعي من نقص، ولا يمكننا أن نستخدم النقص لنبرر لجوء القاضي إلى العرف أو غيره في حين أن لدينا الحل الناجع لمواجهته.

ويستطرد الرأي الفقهي السابق قائلا: "أن علم الاجتماعي القانوني الذي يبحث في وجود القواعد القانونية ويحدد مصدرها يقرر أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تنطبق بذاتها، وأن الأحكام القليلة التي انتقاها عنها المشرع المصري في الزواج، والطلاق، والميراث... الخ هي أحكام تشريعية وضعية مصدرها إرادة المشرع وإن تطابقت في مضمونها مع بعض الأحكام أو الآراء الفقهية فلا ينبغي أن نخلط بين المصدر والمضمون فمصدر القاعدة القانونية التشريع الوضعي أما المضمون فقد يكن مستوحى من القانون الطبيعي، ونص المادة الثانية من الدستور لم يطبق إلا في اضيق الحدود لأن الجانب الأكبر من الاف التشريعات المصرية مأخوذ من التقنيات الأجنبية والقانون المقارن، والقضاء المصري، وما يقتضيه العقل في إدارة شؤون البلاد، ونحن لا نرى مانعا من الإبقاء على ما قصدت إليه المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها بما يزيل عيوب الصياغة التي لحقت بها، وأهمها الخلط بين المبادئ وبين المصادر، فلا شك أن المبادئ العامة الكلية للشريعة الإسلامية تنبع عن الفكرة العامة للوجود السائدة في مصر ويمكن أن يستلهمها المشرع وكذلك القاضي دون أن يؤدي ذلك إلى المساس بالدولة المدنية في مصر التي تقوم على أن الأمة هي مصدر السلطات، وأن كل ما يجري على الأرض هو عمل بشري وعدل بشري سواء كان في صورة تشريع أو حكم قضائي أو قرار إداري... فالعدل على الأرض هو عدل بشري مصنوع، وإن كان يجب أن نستلهم المبادئ العامة لحقوق الإنسان،

(1) د. سمير السيد تناغو، المرجع السابق، ص 367.

والمبادئ العامة الكلية للشريعة الإسلامية التي لا تختلف في شيء عن المبادئ الكلية للشرائع الدينية الأخرى، والصياغة الصحيحة للمادة الثانية من الدستور " على المشرع أن يستلهم المبادئ العامة الكلية للشريعة الإسلامية " ¹.

يمثل الجزء السابق منهجًا خطيرًا إذ يقرر أن القانون هو الذي يسمح للقاعدة الشرعية الإسلامية بالإنفاذ داخل التنظيم القانوني في الدولة، وهذا قول ظاهره صحيح، ولكنه لا يمنحها الإلزام ولا يتمتع بميزة سمو عليها فاستدعاء القانون للقاعدة الشرعية الإسلامية لا يقف عن حد السماح لها بالدخول داخل التنظيم القانوني بل يتعين أن يتعدى ذلك إلى الانصياع الكامل لأحكامها وإعدام كل نص قانوني يتعارض معها، فالعبد وإن أذن لسيدة بالدخول إلى غرفته الحقيبة لا يعنى البتة أنهما يتمتعان بنفس القدر والشرف والسمو؛ بل إن المعنى الحقيقي لهذا الإذن ينبغي أن ينحصر في ترتيب الغرفة (البيئة القانونية) لاستقبال السيد الذي يحكم ويأمر وعلى الجميع السمع والطاعة.

والدليل على ما نقول إن القاعدة الشرعية الإسلامية تطبق في مصر حتى في ظل انعدام النص الدستوري الذي يسمح لها بالإنفاذ داخل التنظيم القانوني للدولة، فالقاضي المصري وإن كان غير مسلم لا يستطيع أن يحكم في قضية تتعلق بالأحوال الشخصية للمسلمين إلا وفق الشريعة الإسلامية، كذلك يطبق الشريعة الإسلامية على الأحوال الشخصية لغير المسلمين المختلفين في الملة.

(ب) فزاعة الدولة الدينية

استخدم البعض فزاعة الدولة الدينية ليبرر ضرورة تفسير المادة الثانية من الدستور المصري تفسيراً ضيقاً فذهب رأي إلى القول بأن " تفسير المادة الثانية على نطاق واسع يعنى أن جميع القوانين يجب أن تكون متنسقة مع أحكام الشريعة الإسلامية²، فعبارة " الإسلام دين الدولة " يصف الدولة على أساس كونها دولة دينية إلى حد القول بأن الدولة كلها سواء في جوانبها الحكومية أو الاجتماعية، ستكون خاضعة لسيطرة رجال الدين الإسلامي، غير أن هذا التفسير غير مرجح كون فكرة الدولة الدينية هي ضد الشريعة الإسلامية في الأصل لأن هذه الفكرة تفترض وجود وسيط بين الناس والله وهو ما يتعارض مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية حيث إن وجود هذا الوسيط هو ضد مفهوم التوحيد ³.

وردًا ما روجه الفكر السابق من حقائق كون الشريعة الإسلامية لا تعترف بوجود وسيط بين الناس والله تعالى ومسلمات التوحيد، إلا أنها تحاول أن تصور الدولة الدينية الإسلامية في صورة كهنوتية يحكم فيها رجال الدين ويلبسون ثياب الكهنة ليجمعوا القرايين للآلهة، وهذا قول باطل ولا صحة له على الإطلاق فالدولة الإسلامية في عصورها الأولى كانت تقوم على دعائم الإسلام فقط؛ ورغم ذلك ملئت الدنيا وسطرت للبشرية أسمى معان الحرية والعدل والمساواة، بل إن غير المسلمين عاشوا وما زالوا يعيشون في الدول الإسلامية أفضل حالاً من أقرانهم المسلمين في الدول العلمانية أنصار الدولة المدنية.

(1) د. سمير السيد تناغو، المرجع السابق، ص 370.

(2) Mona Elghobashy, The Metamorphosis of the Egyptian Muslim Brothers, international journal Middle East studies, 2005, p.373-377.

(3) تهناني الجبالي، الإطار الدستوري لتطبيق المادة الثانية من الدستور، ورقة بحثية تم تقديمها في محاضرة بمكتبة الإسكندرية، 9 يونيو 2007م

ولا أرى أن الشريعة الإسلامية تخلو من الأحكام المستجدة؛ إذ أنها شريعة عالمية تتسم بالمرونة والتطور ولا يمكن وصفها بالجمود، وفي ذلك يقول الإمام الشافعي كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم، وعلى سبيل الحق فيه دلالة موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم وجب اتباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد، أو القياس¹. وهذه المرونة والتطور دفعت دعاة العلمانية والمدنية إلى الاعتراف الكامل بأن الشريعة الإسلامية ليست مجرد شريعة دينية بل يمكن اعتبارها نظاماً قانونياً ناضجاً اعترف به مؤتمر القانون المقارن في لاهاي عام 1937م، كأحد النظم القانونية المعاصرة التي تقوم على صنعة قانونية رفيعة².

والحقيقة التي لا ينكرها منصف أنه لا خلاف بين الشريعة الإسلامية والدولة المدنية كما يزعم البعض ويروج، حيث لا تعارض الشريعة الإسلامية الأخذ بكل دعائم المدنية الحديثة ولكنها دعائم ووسائل يتعين ان تتم في إطار أخلاقي منضبط لا يتعارض مع الفطرة الإنسانية السليمة، أما دعاة الدولة المدنية بمعناها القائم على إشاعة الفسق والدعارة والإلحاد والحرية غير المسؤولة فهؤلاء لا يريدون دولة في الأصل لا مدنية ولا دينية؛ بل يروجون لشيوع العلاقات الإنسانية والقضاء على القيم الإنسانية والحضارية والأخلاقية، فهؤلاء ليسوا دعاة تقدم وتحضر كما يدعون بل دعاة تخلف وانحدار أخلاقي يعود بالإنسانية إلى عصور سحيقة يأكل فيها القوي الضعيف وتسيطر على الإنسان ملذاته وشهوته الحيوانية التي لا رادع ولا ضابط لها.

(4) تشكيل لجنة شرعية وقانونية لمراجعة النصوص القانونية المخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية

أقترح تشكيل لجنة مشتركة من القانونيين وعلماء الأزهر الشريف لتنقية ومراجعة جميع النصوص القانونية المخالفة للشريعة الإسلامية وعلى رأسها نص م/ 2 من الدستور المصري الحالي ونص المادة الأولى من القانون المدني ونص م/ 274 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937م فيما قرره من أن " كل زوج زني في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازي بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور"، ونص م/ 275 من قانون العقوبات المصري التي قررت أيضاً عقوبة الحسب للمرأة الزانية حيث قررت أن " المرأة المتزوجة التي ثبت زناه يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ولزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت"، وكذلك ما ورد المواد أرقام 311، حتى 318 المقررة لعقوبات القتل والسرقه، وغيرها من النصوص التي تبيح بيع وشراء الخمر خلافاً للأحكام القطعية في الشريعة الإسلامية .

هذا فضلاً عن وجود نصوص من الدستور المصري نفسه تتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية ومنها نص م/ 141 التي لم تشترط أن يكون رئيس الجمهورية مسلماً في دولة دينها الإسلام أو أن يكون رجلاً رغم اتفاق الفقه الإسلامي على ذلك حيث قررت أنه " يشترط فيمن يترشح رئيساً للجمهورية أن يكون مصرياً من أبوين مصريين،

(1) الإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطليبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، الرسالة، ص 477.

(2) د. محمد نور فرحات، الدين والدستور في مصر، الهيئة المصرية العامة، للكتاب، القاهرة، مصر، 2012م، أشار إليه د. محمود حلمي مصطفى، مرجع سابق، ص 117.

وألا يكون قد حمل، أو أي من والديه أو زوجه جنسية دولة أخرى، وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، وأن يكون قد أدى الخدمة العسكرية أو أعفي منها قانوناً، وألا تقل سنه يوم فتح باب الترشح عن أربعين سنة ميلادية، ويحدد القانون شروط الترشح الأخرى

وواضح فساد ومخالفة النصوص السابقة لقواعد الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وغيرها من النصوص الأخرى التي تحتاج إلى مراجعة، والتي تتعارض جلياً مع الطابع الديني للدستور المصري، ووجودها يعد بمثابة تحد واضح للقواعد الشرعية الإسلامية التي أعلنتها الدولة المصرية في المادة الأولى من دستورها أنها دولة دينها الإسلام، فهل الدولة التي دينها الإسلام تخالف قوانينها القواعد الشرعية الإسلامية الثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة؟

(5) تعديل نص م/ 2 من الدستور المصري الحالي 2014م.

أثارت صياغة نص م/ 2 من الدستور المصري العديد من التناقضات منذ إقرارها عام 1949م وبعد تعديلها عام 1980م، ومع صدور الدستور المصري الحالي 2014م مقرر أن "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

ونظراً لما أصاب هذه المادة من تأويلات وتفسيرات دفعت البعض إلى منحها مفهوماً واسعاً واضطر البعض الآخر تبني مفهوم ضيق لها ليحيد بها ويفرغها من كل فائدة عملية، لذا أقترح أن يتم تعديل هذه المادة لتصبح على النحو الآتي:

"قواعد الشريعة الإسلامية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة وجماع جمهور الفقه الإسلامي الموافق للكتاب والسنة هي الحاكمة على كافة القواعد القانونية في الدولة، ويعتبر كل نص قانوني يخالفها كأن لم يكن".

(6) تفعيل دور الأزهر الشريف في الرقابة على مدى اتفاق النصوص القانونية الحالية والتي يتم إصدارها في المستقبل

نصت م/7 من الدستور المصري الحالي على أن "الأزهر الشريف هيئة إسلامية علمية مستقلة يختص دون غيره بالقيام على كافة شؤونه، وهو المرجع الأساسي في العلوم الدينية والشؤون الإسلامية، ويتولى مسئولية الدعوة ونشر علوم الدين واللغة العربية في مصر والعالم.

يتعين وفق النص السابق تفعيل دور الأزهر الشريف في إبداء الرأي القانوني الملزم في مدى اتفاق النصوص القانونية الحالية والمستقبلية مع قواعد الشريعة الإسلامية

(7) تبني منهج موحد في مجال الرقابة الدستورية على مخالفة القوانين لقواعد الشريعة الإسلامية

تبنت المحكمة الدستورية العليا منهجاً مزدوجاً في تعاملها مع القواعد القانونية المخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية، وهذا المعيار المزدوج يقوم على الحكم بعدم دستورية بعض النصوص وخصوصاً تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية لمخالفتها للأحكام القطعية الثبوت والدلالة للشريعة الإسلامية، وتارة أخرى لا تقضي بعدم دستورية نصوص أخرى،

إذا كانت بعيدة عن نطاق الأحوال الشخصية رغم مخالفتها للأحكام قطعية الثبوت والدلالة في الشريعة الإسلامية على النحو الآتي:

ومن بين الأحكام التي قضت فيها المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية لمخالفة النص القانوني للأحكام قطعية الثبوت والدلالة في الشريعة الإسلامية حكمها بعدم دستورية نص م/21 من القانون رقم 1 لسنة 2000 فيما قرره من أن " الطلاق في حالة إنكاره لا يمكن أن يثبت إلا بحكم الشهود والتوثيق "، وأسست المحكمة قضائها على سند من القول بأن " قصر طرق اثبات الطلاق حالة ما إذا أنكر أحد الزوجين حدوثه في شهادة الشهود والتوثيق فقط ينتهك الأحكام الشرعية القطعية للشريعة الإسلامية حيث أن الأصل المقرر شرعاً هو جواز إثبات الطلاق بكافة طرق الإثبات من بينه إقرار ويمين " ¹.

وعلى العكس تماماً قضت المحكمة الدستورية العليا بدستورية نص م/226 من القانون المدني فيما قرره من أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من المال وكان معلوم المقدار وقت الطلب، وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملتزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره ".

ومن المستغرب عقلاً وقانوناً أن المحكمة الدستورية العليا أقرت دستورية النص المشار إليه رغم تسليمها بمخالفة المادة المذكورة لما استقر عليه الفقه الإسلامي من حرمة لتقاضي فوائد الديون، وأقامت حكمها على دعائم واهية منها الاعتماد على قاعدة سريان نصوص الدستور بأثر مباشر وعدم جواز سريانها بأثر رجعي أو إيزاء المعاملات التجارية المحتملة، حيث قررت المحكمة أن " الفقه الإسلامي قد استقر على حرمة تقاضي فوائد على الديون فيما سمي بالربا في التعاملات المدنية والتجارية غير أنها قد استقر على حرمة تقاضي فوائد على الديون فيما يسمى بالربا في التعاملات المدنية والتجارية إلا أن تطبيق هذا المبدأ بصرامة قد يكون من شأنه إيزاء المعاملات التجارية المحلية والدولية، الإدارة المالية للشركات، والخدمات المصرفية الحديثة ... وانتهت المحكمة إلى أن الزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية وفقاً لما تقضي به المادة الثانية من الدستور لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد العمل بتعديل المادة الثانية من الدستور دون غيرها من التشريعات السابقة على ذلك التاريخ، والتي لا يتأتى انفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة عليها لصدورها فعلاً في وقت لم يكن فيه هذا القيد قائماً وواجب الأعمال " ²

(8) إهدار كل المحاولات القضائية من قبل محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا لتحديد دور القواعد الشرعية الإسلامية وإفراجها من مضمونها داخل النظام الدستوري المصري.

ومن بين تلك المحاولات ما قرره محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1/23/1982م مقررته أنه (لما كان ما نص عليه الدستور في المادة الثانية منه من أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ليس واجب

(1) تراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 113 لسنة 26 قضائية، جلسة 15 يناير 2006م.

(2) تراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 20 لسنة 1 ق جلسة 4 مايو 1985م.

الإعمال بذاته، إنما هو دعوة للشارع بأن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس فيما يشرعه من قوانين، ومن ثم فإن المناط في تطبيق الشريعة الإسلامية استجابة للشارع لدعوته وإفراغ مبادئها السمحاء في نصوص محددة، ويلتزم القضاء بالحكم بمقتضاها بدءاً من التاريخ الذي تحدده السلطة التشريعية لسريانها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية الذي يتأبى مع حدود ولايته، فضلاً عن أن تطبيق الشريعة الإسلامية يقتضى تحديد المعين الذي يستقي منه الحكم الشرعي من بين مذاهب الأئمة المتعددة، والمتباينة في القضية الشرعية الواحدة، ويؤكد هذا النظر أنه لما كان الدستور المصري قد حدد السلطات الدستورية وأوضح اختصاص كل منها، وكان الفصل بين السلطات هو قوام النظام الدستوري بما لازمه أنه لا يجوز لإحداها أن تجاوز ما قرره الدستور باعتباره القانون الأسمى، وكان من المقرر وفقاً لأحكام أن وظيفة السلطة القضائية أن تطبق القانون، وتختص محكمة النقض بالسهر على تطبيقه فغنه يتعين على السلطة القضائية، وغيرها من السلطات النزول على أحكامه، فضلاً عن ذلك... كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً وناظراً، ومع ذلك يجوز الغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور¹.

حكم المحكمة الدستورية في 12/21/1985 في الدعوى رقم 47 لسنة 4 قضائية حيث قضت برفض الغاء حكم الربا من القانون المدني المصري بحجة أن القانون المدني أسبق من حيث الإصدار من الدستور وذكرت أنه "لما كان مبنى الطعن مخالفاً م/277 من القانون المدني المصري للمادة الثانية من الدستور تأسيساً على أن القواعد التي أجازت تلك المادة الاتفاق عليها تعد من الربا المحرم شرعاً طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي جعلتها المادة الثانية من الدستور المصري المصدر الرئيس للتشريع، وإذا كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة بعد تعديلها بتاريخ 22 مايو 1980م والمتضمن الزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه ومنها م/277 الصادرة في عام 1948م، لم يلحقها أي تعديل بعد التاريخ المشار إليه".

ومما لا شك فيه أن الموقف القضائي كانعكاس للموقف الفقهي المصري وهو موقف يمثل فيما أرى انعكاساً للمذاهب السياسية التي تفصل بين الدين والقانون مقررة أن الدين يخاطب القلب، وأن العقل يخاطب العقل أن تنعم بقواعد لا تنصب على النصائح مطلقاً وعلى الدين الذي يشرع لمخاطبة القلب أن ينعم بكثير من النصائح وبقليل من القواعد، فلا يقضى بالقوانين الإلهية في ما يجب أن يقضى فيه بالقوانين البشرية، ولا أن ينظم بالقوانين البشرية ما يجب أن ينظم بالقوانين الإلهية².

وتناسبت تلك المواقف أن أنصار الفصل المطلق بين الدين والقانون أكدوا على أنهما متكاملات في الوظيفة مع تمايزهما وأنهم يعترفون بسمو القواعد الإسلامية على القوانين المدنية، وأن القانون البشري إذا كان يقضي بالحسن الذي له وجوه متعددة، فإن الدين يقضي بالأحسن الذي له وجه واحد، والمجتمع لا بد أن يقوم على شيء ثابت والدين هو الشيء الثابت³.

(1) حكم نقض مدني 1982/1/23 في الطعن رقم 237 لسنة 51 ق ، منشور بالمدونة الذهبية للقواعد القانونية العدد الثاني مجلد 2 ، ط 1984م ، ص 1582.

(2) مونتسكيو ، روح الشرائع ، مرجع سابق ، ص 224 ، 225.

(3) مونتسكيو ، روح الشرائع ، مرجع سابق ، ص 226.

أهم النتائج

- (1) تحديد المقصود بالقاعدة الإسلامية يمثل واحدة من أهم المشكلات الدينية العميقة في مضمونها وتأثيرها على العلاقة بين القاعدة الدستورية والإسلامية وتكمن في تبني مفهوم واسع لها يشمل ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع، وأقول الفقه الإسلامي، وهو ما تبناه النظام الدستوري السعودي أو مفهوم ضيق يحصرها في المبادئ العامة للشريعة الإسلامية التي تجتمع عليها جميع الشرائع السماوية وهو ما تبناه النظام الدستوري المصري.
- (2) تبني النظام الدستوري السعودي للمفهوم الواسع لقواعد الشريعة الإسلامية، صاحبة اضطراب في استخدام المصطلحات فتارة تستخدم الشريعة الإسلامية، وتارة القرآن والسنة، وتارة أخرى أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها.
- (3) رغم تبني النظام الدستوري المصري للمفهوم الضيق للقاعدة الإسلامية، إلا أنه كان أكثر وضوحاً في استخدام المصطلح الذي يعبر عن الهدف المقصود من وراء استخدامه ليعبر عن نيته بشكل واضح في عدم منح القاعدة الشرعية الحاكمة على كافة القواعد القانونية وحصرها في إطار المبادئ العامة الملزمة للمشرع القانوني فيما يسنه من قواعد قانونية.
- (4) القاعدة الإسلامية تسمو على كافة القواعد الدستورية والقانونية في النظام الدستوري السعودي بخلاف نظيره المصري الذي أفرغ الطابع الديني للدستور من مضمونه ومحتواه، وأعلى من شأن القاعدة الدستورية على حساب القواعد الإسلامية إذا لم يكون الغرض من الأخيرة سوى المساومات السياسية دون أن يكون لها وجود قانوني حقيقي إلا في مجال الأحوال الشخصية.
- (5) تبني النظام الدستوري السعودي لمبدأ الحاكمة والسمو للقواعد الإسلامية لم يمنع واقعيًا من وجود بعض التعارض والتنازع الأفقي والرأسي بين القواعد الدستورية والقانونية من ناحية والقواعد الإسلامية من ناحية أخرى، وهو ما يتعين أن ينتبه إليه النظام الدستوري السعودي في ضوء ما تشهده المملكة الآن من تطورات على كافة الأصعدة، وهو ما سينعكس حتمًا على تطور القواعد القانونية فيها.
- (6) النظرة السريعة للنظام الدستوري المصري تبين بجلاء التعارض الأفقي والرأسي بين القاعدة الإسلامية والدستورية والقانونية في مصر، وهو ما يتعين أن ينتبه إليه المشرع الدستوري فإما أن يعلن الغاء نص المادة الثانية من الدستور كلية ويحتفظ بالقواعد القانونية المخالفة للشريعة الإسلامية، أو يصحح الأوضاع الخاطئة ويقوم بإلغاء جميع النصوص القانونية المخالفة للقواعد الإسلامية إعلاء للنصوص الدستور التي أكدت أن الدين الإسلامي هو دين الدولة.
- (7) لعبت الإرادة السياسية والفقه والقضاء المصري دورًا هامًا في إفراغ نصوص الدستور - التي حاولت استدعاء قواعد الشريعة الإسلامية داخل النظام القانوني للدولة - من مضمونها والهدف من ورائها؛ لذا فإن الإصلاح الحقيقي للعلاقة بين القاعدة الإسلامية والدستورية والقانونية المصرية يتعين أن يبدأ بتغيير العوامل والوسائل التي أدت إلى انهيار العلاقة بينهما.

المقترحات

- (1) أقترح إضافة مادة إلى النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية تحسم الاضطراب الحادث في استخدام المصطلحات المعبرة عن معنى القاعدة الإسلامية ولتكن " المقصود بالشرعية الإسلامية: القرآن الكريم وصحيح السنة النبوية الشريفة، واجماع الأمة، واجتهاد جمهور المسلمين غير المتعارض مع القرآن والسنة ".
(2) استحداث الية دستورية لتنقية النصوص الدستورية السعودية مما قد يشوبها من مخالفات للقواعد الإسلامية في ظل التطورات القانونية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية المصاحبة لرؤية المملكة 2030م.
(3) اقتراح تشكيل لجنة مصرية مشتركة من القانونيين وعلماء الأزهر الشريف لتنقية النصوص القانونية الحالية المخالفة للقواعد الإسلامية.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

1. الإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، الرسالة في أصول الفقه، المحقق: أحمد شاكر الناشر: مكتبة الحلبي، مصر الطبعة: الأولى، 1358هـ/1940م القاهرة، مصر.
2. محمد نور فرحات، الدين والدستور في مصر، الهيئة المصرية العامة، للكتاب، القاهرة، مصر، 2012م .

ثانياً: المراجع الأجنبية

- (1) Mona Elghobashy, The Metamorphosis of the Egyptian Muslim Brothers, international journal Middle East studies, 2005،

ثالثاً: الكتب المترجمة

- ، شارل لويس مونتسكيو، روح القوانين، ترجمة عادل زعيتر، القاهرة، دار المعارف، 1953م .

رابعاً: الدساتير والتشريعات

1. الدستور المصري الحالي 2014م وفق آخر تعديلاته في 2019م
2. الدستور المصري لعام 1923
3. النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية الصادر عام

رابعاً: الموسوعات والأحكام القضائية

1. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 113 لسنة 26 قضائية، جلسة 15 يناير 2006م.

2. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 20 لسنة 1 ق جلسة 4 مايو 1985م.
3. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 7 لسنة 8 ق. د جلسة 15 مايو 1993م.
4. حكم نقض مدني 1982/1/23م في الطعن رقم 237 لسنة 51 ق، منشور بالمدونة الذهبية للقواعد القانونية العدد الثاني مجلد 2، ط 1984م، ص 1582.
5. مجموعة الأحكام الإدارية لعام 1430هـ.
6. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1417هـ.
7. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1423هـ ي.
8. مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام 1438هـ.

خامسا: الدوريات

1. تهناني الجبالي، الإطار الدستوري لتطبيق المادة الثانية من الدستور، ورقة بحثية تم تقديمها في محاضرة بمكتبة الإسكندرية، 9 يونيو 2007م.
2. سمير السيد تناغو، المادة الثانية من الدستور، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، 2007م، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.
3. محمد عبد العال، العلاقة الدستورية بين الدين والدولة، دراسة مقارنة حول مدى تدين الدساتير الوطنية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع2، المجلد الأول، 2016م، جامعة الإسكندرية، مصر.
4. محمود حلمي مصطفى، مبدأ سمو الشريعة الإسلامية والطريق إلى تحقيقه، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلد 67، ع 363، عام 1976م.

جميع الحقوق محفوظة © 2021، الدكتور/ إكرامي بسيوني خطاب، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي.

(CC BY NC)