الأساس الدستوري لمصدرية الإسلام في المجال التشريعي دراسة مقارنة في النظامين المصري والعراقي

The constitutional basis for the source of Islam in the legislative field A comparative study in the Egyptian and Iraqi systems

د. أحمد إسماعيل ربيع.

أ.د. سلمى طلال البدري

الكلمات الافتتاحية :
الاسلام، مبادئ الشريعة الاسلامية، مصدر أساس للتشريع، المصدر الرئيسي للتشريع.

Keywords :
Islam, principles of Islamic law, a fundamental source for legislation, the main source for legislation.

Abstract

Islam is considered according to Article (2 / First) of the Constitution of Iraq of 2005 (a fundamental source of legislation), as well as the principles of Islamic law (a main source of legislation); According to Article (2) of the Egyptian Constitution of 1971, before it was amended in 1980. These principles became after the amendment (the main

دور جودة التشريعات في الحد من التضخم التشريعي

source of legislation) by adding the, the topics in which the constitutional jurisprudence differed, which also continued to exist in the Egyptian Constitution of 2014, and this text is considered one of the topics on which constitutional jurisprudence differed. This difference in views of jurisprudence was preceded by a difference in any of the phrases used when writing the constitutional text in both countries. However, Islam and the principles of Islamic law, which have been modified in Egypt to become (the main source of legislation), are considered an objective and official source at the same time. However, they are not the only source, the legislator can take from other sources with the necessity to observe (restrict) the clause (constants) and the principles of Islamic law, according to what the constitutional judiciary has settled on in both Egypt and Iraq.

الملخص : يُعدُّ الإسلام الذي أتُخذ بموجب نص المادة (٢/أولاً) من الدستور العراق لعام ٢٠٠٥ (مصدر أساس للتشريع)، وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدر رئيسي للتشريع"؛ بموجب نص المادة (٢) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ قبل تعديلها عام ١٩٨٠، والتي أصبحت هذه المبادئ بعد التعديل "المصدر الرئيسي للتشريع" من خلال أضافة الالف واللام لهذه المصدرية، والذي استمر وجودة ايضاً في الدستور المصري

لعام ٢٠١٤، ويعتبر هذا النص من الموضوعات التي أختلف الفقه الدستوري بشأنها، وهذا الاختلاف في وجهات النظر الفقهية سبقه اختلاف ايضاً بشأن ايراد أيّ من العبارتين أو غيرهما عند كتابة النصّ الدستوري في كلا البلدين المذكورين؛ لكن مع ذلك ان الإسلام ومبادئ الشريعة الإسلامية التي جرى تعديلها في مصر لتصبح (المصدر الرئيسي للتشريع)، تعتبر مصدراً موضوعياً ورسمياً في آن واحد؛ لكنهما ليس المصدر الوحيد وإنما يحق للمشرِّع العادي أنّ يأخُذ من المصادر الأخرى مع وجوب مراعاة (قيد) فقرة (الثوابت) ومبادئ الشريعة الاسلامية، بحسب ما استقر عليه القضاء الدستوري في كل من مصر والعراق.

المقدمة:

أثار موضوع مصدرية الإسلام أو مبادئ الشريعة الإسلامية للتشريع، جدلاً واسعاً على الصعيد التشريعي والفقهي والقضائي، فيما يتعلق بنص المادة (٢/أولاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ التي جعلت من الإسلام مصدر أساس للتشريع، وكذلك نص المادة (٢) من الدستور المصري والتي كانت تشير قبل التعديل الدستوري الحاصل عام ١٩٨٠ إلى ان مبادئ الشريعة الإسلامية تُمثل مصدر رئيسي للتشريع، من دون الالف واللام؛ لكن بعد التعديل أصبحت هذه المبادئ تُعدُّ (المصدر الرئيسي للتشريع)، وإزاء ذلك أيّ من مصادر القانون التي قصدها المشرِّع الدستوري، إذا ما علمنا أن مصادر القانون – بصفة عامة – لها معانٍ متعددة، ابرزها معنيان: الأول (المصدر التاريخي) والذي يقصد به الأصل "التاريخي الذي أخذ عنه القانون القائم أحكامه"، فعلى سبيل المثال يعتبر القانون الفرنسي مصدراً تاريخياً لكثير من قواعد القانون المصري، كما أنّ القانون الروماني يُعدُّ مصدراً تاريخياً لكثير من قواعد القانون الفرنسي، وهكذا دواليك، أمّا المعنى الثاني: فهو (المصدر الرسمي) ويراد منه "السلطة التي تعطي

القواعد القانونية قوتها الملزمة" والذي يتصل بالمصدر التفسيري، الذي يُعدُّ "المرجع الذي يجلو غامض القانون ويوضح مبهمة".

أهمية البحث: تتأتى أهمية البحث بشأن الأساس الدستوري لمصدرية الإسلام في المجال التشريعي، في بيان وجهة نظر المشرِّع الدستوري الذي جعل من هذا الإسلام أو مبادئ الشريعة الاسلامية "مصدر رئيسي للتشريع" أو "المصدر الرئيسي للتشريع" أو "مصدر أساس للتشريع"، فضلاً عن الوقوف على وجهات النظر الفقهية وموقف القضاء الدستوري في كلا البلدين المصري والعراقي من هذه التعبيرات الدستورية، وما تُشكله من أهمية في تحديد نوع هذه المصدرية التي كانت تدور في خلد المشرِّع الدستوري عند وضع النص وانعكاسه على كافة أجهزة الدولة ومؤسساتها وعلى المنظومة التشريعية للمجتمع بأكمله.

إشكالية البحث: تتعلق إشكالية البحث في بيان ما إذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية أو الإسلام التي جعلها الدستور "مصدر رئيسي للتشريع" أو "المصدر الرئيسي للتشريع" أو "مصدر أساس للتشريع"، تُعدُّ مصدراً موضوعياً أم رسمياً للقانون أم كلاهما معاً؟ وهل تعتبر هي المصدر الرئيس الوحيد للتشريع؟ أم توجد مصادر رئيسه وثانوية أخرى إلى جانبها؟ وهل هناك اختلاف في المعنى ما بين تعبير (مصدر رئيسي) وبين (المصدر الرئيسي)؟.

منهجية البحث: اعتمدت الدراسة على منهجين، الأول: المنهج التحليلي، من أجل الوقوف على معنى المصدرية التي أوردتها الوثائق الدستورية من جعل الدين الإسلامي أو مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدر أساس للتشريع" أو "مصدر رئيسي للتشريع" أو "المصدر الرئيسي للتشريع"، باعتبارها تمثل قيداً يرد على سلطة التشريعية بان تستسقى تشريعاته من تلك المبادئ الإسلامية؛ أمّا المنهج الثاني

فهو المنهج المقارن وذلك من خلال بيان وجهات نظر المشرِّع الدستوري والفقهي، وما استقر عليه القضاء الدستوري في كل من مصر والعراق.

هيكلية البحث: ان هيكلية البحث جرى تقسمها إلى ثلاثة مباحث، فضلاً عن المقدمة والخاتمة التي تمثل النتائج والتوصيات التي خلصنا إليها. فالمبحث الأول يتناول وجهة نظر المشرِّع الدستوري من مصطلح (المصدر الرئيسي للتشريع)، واشتمل على مطلبين. الأول تناول وجهة نظر المشرِّع المصري من مصطلحي (مصدر رئيسي للتشريع) و (المصدر الرئيسي للتشريع). أمّا المطلب الثاني فتناولنا فيه وجهة نظر المشرِّع الدستوري العراقي من مصطلح (مصدر أساس للتشريع). وفي المبحث الثاني جرى تناول وجهة نظر الفقه الدستوري من مصطلح (المصدر الرئيسي للتشريع) ومثيلاته، وتم تناول وجهات النظر هذه في ثلاث مطالب، الأول يتعلق بان مبادئ الشريعة الإسلامية تُعد مصدراً موضوعياً فحسب. والثاني تناولنا فيه وجهة النظر الفقهية التي تعتبر بان وصف مبادئ الشريعة بانها "مصدر رئيسي" أو "المصدر الرئيسي" تمثل مصدراً مادياً ورسمياً في آن واحد. أمّا المطلب الثالث نتطرق فيه إلى امكانية وجود الاختلاف بين صيغتي "مصدر رئيسي" و "المصدر الرئيسي". أمّا المبحث الثالث يتناول موقف القضاء الدستوري من مصطلح (المصدر الرئيسي للتشريع) ومثيلاته، وايضاً اشتمل هذا المبحث على مطلبين، الأول تناولنا فيه موقف القضاء الدستوري المصري من مصطلحي "مصدر رئيسي للتشريع" و "المصدر الرئيسي للتشريع". والمطلب الثاني يتناول موقف القضاء الدستوري العراقي من مصطلح "مصدر أساس للتشريع".

المبحث الأول : وجهة نظر المشرِّع الدستوري من مصطلح (المصدر الرئيسي للتشريع)

: ان عبارة "مصدر رئيسي" أو "المصدر الرئيسي" أو "مصدر أساس"، كانت محل

نقاش واسع عند كتابة الدستور؛ لذلك سوف نقف على وجهات النظر الدستورية هذه، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول : وجهة نظر المشرِّع الدستوري المصري من مصطلحي (مصدر رئيسي للتشريع) و (المصدر الرئيسي للتشريع): أشارت المذكرة التفسيرية لنص المادة (٢) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ قبل تعديلها عام ١٩٨٠، إلى أن "وضع النصّ بهذه الصيغة توجيه للمشرِّع وجهة إسلامية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى، وفي أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تمشياً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن، بل ان في النصّ ما يسمح مثلاً بالأخذ بالقوانين الجزائية (الجنائية) الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الإسلامية، وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل: "الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع" إذ مقتضى هذا النصّ عدم جواز الأخذ عن مصدر آخر في أيّ أمر واجهته الشريعة بحكم، مما قد يوقع المشرِّع في حرج بالغ إذا ما حملته الضرورات العملية على التمهل في التزام رأي الفقه"[١]. في حين ورد في تقرير اللجنة الخاصة المشكلة للنظر في تعديل بعض أحكام الدستور، أنّ "...المادة (٢) من مشروع تعديل الدستور في الصيغة التي سبق وأنّ أقرّها المجلس تلزم المشرِّع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً فأن وسائل إستنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرِّع من التوصل إلى الاحكام اللازمة والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فمن المعلوم أنّ مصادر الشريعة الإسلامية هي الكتاب والسنة، والاجماع والقياس، وبجانبها توجد عدة مصادر يختلف الرأي فيها من مذهب إلى آخر مثل المصالح المرسلة والعرف والاستحسان...الخ"[٢]. أمّا دستور عام ٢٠١٤ فقد بيّن أعضاء اللجنة التي قامت بوضعه،

أنّ المادة (٢) من الدستور قد جرى التوافق عليها من قبل الجميع، ومن ثم يرى البعض[٣] ضرورة تنوع مصادر التشريع ودون قصرها على فئة أو بحق ما، وان تكون صياغة الدستور جامعة لكل المواطنين والمواطنات، ومن ثم ان المادة (١١) من الدستور التي تتحدث عن المساواة أو حقوق المرأة اقترنت بالشريعة الإسلامية وهذا الامر يضر بالشريعة ذاتها لا سيما ان الشريعة الإسلامية وضعت كمادة تأسيسية في المادة (٢) من الدستور. في حين وجد البعض[٤] بان كل ما يصدر من تشريعات متعلقة بالمرأة في مصر ستكون متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وبالتالي لا حاجة للتحفظ بحُجة الاعتراف بالحقوق والحريات، كون ان مبادئ الشريعة الإسلامية تُعدُّ مصدراً للحرية والمساواة والعدالة، وليست مصدراً لتقييد حقوقه وحرياته ولا سيما النساء المصريات. وتحدث البعض[٥] عن "مبادئ الشريعة الإسلامية" باعتبارها لفظاً منضبطاً في مصادر التشريع منذ عام ١٩٤٨ عندما تطرق القانون المدني إلى مصادر التشريع وهي (التشريع، العرف، مبادئ الشريعة الإسلامية)، ومن ثم صدر دستور عام ١٩٧١ الذي جعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسّاً للتشريع، وجرى تعديله لتصبح هذه المبادئ "المصدر الرئيسي للتشريع" حيث ان هذا المصطلح – كما يرى أصحاب هذا الاتجاه – له مدلولٌ ومعنىً باعتباره يختلف كلياً عن مصطلح "الشؤون الإسلامية"؛ لأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي التي تعنى بالتشريع. ونلاحظ ان المشرِّع الدستوري كان له وجهات نظر بشأن المادة قبل تعديلها وبعد التعديل، حيث كان المقصود من العبارة بان مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدر رئيسي للتشريع" من قبيل المصدر الموضوعي وليس مصدراً رسمياً، ودليل ذلك ما اشارت له المذكرة التفسيرية لدستور ١٩٧١ من عبارة (توجيه للمشرِّع) وهذه العبارة لا تفيد معنى الإلزام، بخلاف ما جاء في تقرير اللجنة من أنّه وبتعديل الدستور بعد إضافة الالف والام الى عبارة "مصدر رئيسي" قد أصبحت هذه المبادئ تُعدُّ مصدراً رسمياً فضلاً عن انها مصدراً موضوعياً،

وهذا من التعبيرات الواردة في تقرير اللجنة ومنها: (تلزم المشرِّع). كما ان تعبير (مصدر رئيسي للتشريع) – بحسب نية المشرِّع الدستوري - قبل تعديلها تفيد بأنها ليست المصدر الرئيس الوحيد للتشريع، وإنما توجد مصادر أخرى سواء أكانت رئيسة أم ثانوية يمكن للمشرِّع أنّ يستسقى الأحكام منها، وهذا ما أشارت إليه المذكرة التفسيرية من أن "وضع النصّ بهذه الصيغة توجيه للمشرِّع وجهة إسلامية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى". أمّا بعد تعديل النص لتصبح العبارة الواردة فيه بأن مبادئ الشريعة الاسلامية (المصدر الرئيسي للتشريع) أيّ بإضافة الالف واللام، والتي تفيد معنى التخصص الحصر (الاستغراق) بحسب المعنى اللغوي لها[٦]، مما يجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس[٧] الوحيد للتشريع وفقاً لهذا المعنى، وهذا ما عبرّ عنه تقرير اللجنة الخاصة بتعديل أحكام الدستور، بأنّ النص يفيد الزام المشرِّع "بعدم الالتجاء إلى غيرها"، فضلاً عن أنّه في حالة عدم وجود حكماً صريحاً في الشريعة الإسلامية فأن المشرِّع ملزم بالرجوع إلى وسائل إستنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية، للوصول إلى الأحكام اللازمة بما لا يخالف مبادئ وأصول الشريعة الإسلامية، ومن ثم نرى أن النص الدستوري وان كان يجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع إلاّ أنّه لا يمنع من وجود مصادر ثانوية أخرى.

المطلب الثاني : وجهة نظر المشرِّع الدستوري العراقي من مصطلح (مصدرٌ أساس للتشريع) : اثارت مصدرية الاسلام للتشريع خلافاً داخل لجنة كتابة الدستور في بيّان المقصود منه، حيث أشتد هذا الخلاف حول العبارة التي ينبغي اعتمادها وهل هي "مصدر من مصادر التشريع" أو "المصدر الوحيد" أو "مصدر رئيسي للتشريع" أو "مصدراً للتشريع"؛ لذا بيّن رئيس لجنة كتابة الدستور في حينها، بأن "الدين الإسلامي هو المصدر الرئيسي وليس المصدر الوحيد للتشريع"[٨]. في حين رأى البعض بأن

القول بإن "الإسلام المصدر الوحيد للتشريعات" لا يمنع من إمكانية الرجوع إلى العرف وظروف الزمان والمكان، ولجملة من القضايا التي لا دخل لها بالإسلام، ومن ثم يرى أصحاب هذا الرأي أن القول "مصدر أساسي" أو "رئيسي" لن يكون من شأنه الإخلال بالعبارة، على اعتبار انها – كما يرى – من حيث المدى والتداعيات القانونية واحدة، وان الغاية من وضع هذه العبارة هو من أجل إرضاء أطياف الشارع وقطع ألسن الأصولين المتطرفين، الذين يستخدمون العبارة للنقد والقول بوجود ضغوط أمريكية أو يهودية، كما ان عدد من الدول العربية تستخدمها لذلك فان عبارة "مصدر أساسي للتشريع" يشكل نص توافقي بين جميع القطاعات ولا يوجد لها أيّ أثر قانوني آخر[٩]. كما ان البعض اعتبر ان عبارة (مصدراً للتشريع) لا تعطي أولوية للاسلام ومن ثم تؤدي إلى اطلاق العنان للقاضي – على حد وصفهم - عند النظر في التشريعات[١٠]. وتطرق البعض الآخر بعد عرضه لعدد من الدساتير العربية والإسلامية فيما يتعلق بعبارة "مصدر رئيسي للتشريع" إلى أنّ العبارة التي تكون أكثر ارضاءً هي (مصدر رئيس للتشريع)، وهو حل وسط ما بين "المصدر الوحيد" أو "مصدراً للتشريع"[١١]. كما ان البعض اقترح ذكر مصادر التشريع وهي (الدستور، والإسلام، والمواثيق الدولية وحقوق الانسان) [١٢]. كما بيّن البعض الآخر، بان كلمة (رئيس) كانت موجود في نسخة قانون إدارة الدولة العراقية لعام ٢٠٠٥ الأولى[١٣]. لكن البعض فضل أن يكون "المصدر الرئيسي" أو المصدر الأساسي"، باعتبار ان لفظ "الأساسي" يعطي الأفضلية على المصادر الأخرى، اما اذا كان النص يُشير إلى عبارة "أساسي" فلا يمنع المصادر الأخرى، ومن ثم لا ينبغي ان يتساوى الإسلام مع غيره من المصادر[١٤]. كما أكدّ البعض الآخر بأن يكون النصّ (مصدر أساسي)[١٥]. والبعص اصرّ على إضافة ان يكون "مصدر رئيس من مصادر التشريع"[١٦]. لكن البعض الآخر اعترض على هذا التعبير بقوله بأن النصّ هذا يفسر بان هناك أكثر من مصدر رئيس من مصادر التشريع ولا يعطي للاسلام

الافضلية[١٧]، كما بيّن البعض[١٨] الآخر في توضيحه لاحد الأعضاء (السيد محمود عثمان) من سبق وجود نصّ في القانون العراقي المدني، ووجود النصّ – يقصد النصّ الدستوري – لا يعني عدم الاستفادة من المصادر الأخرى.

وخلاصة ما طرح من نقاشات من قبل أعضاء لجنة كتابة الدستور بشأن مصدرية الإسلام، يتلخص بما يأتي:

- أن مصدرية الإسلام في تشريع القوانين ليست المصدر الرئيس أو الأساسي الوحيد للتشريع بل توجد إلى جانبه مصادر أُخر متنوعة.
- عدم وجود الفارق ما بين التعبيرين (مصدر أساسي للتشريع) أو (مصدر رئيسي للتشريع).
- ان الإسلام له الأولوية في ان يستسقي المشرِّع منه في عملية تشريع القوانين.

ونجد أنّ مشرِّع الدستور العراقي لم يكن موفقاً في صياغة المادة (٢/أولاً) من الدستور، ونصها: "الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدرٌ أساس للتشريع"؛ ذلك لان النصّ تحدث عن الإسلام بصورة عامة ومعلوم ان الإسلام يحوي على شقين، وهما: (عقيدة وشريعة)، نعم أن التشريع يتعلق بجانب الشريعة دون العقيدة التي تخرج عن سلطة المشرِّع في التنظيم؛ لكن أيضاً نقول ان الشريعة لها مبادئ ولها أحكام فأيّ من هذين الأمرين الذي جعله واضع النصّ الدستوري العراقي يستسقي منه المشرِّع العادي في عملية سنّ التشريع. ونعتقد هنا ان المشرِّع الدستوري قد قصد (مبادئ الشريعة الإسلامية) باعتبار انها قواعد قانونية محددة ومصدراً رسمياً ملزماً للتشريع، بخلاف اراء الفقهاء واجتهاداتهم بشأن تفسير نصوص القرآن وأحاديث الرسول 7 والتي لا تُعدُّ مصدراً رئيسياً رسمياً للقانون وإنما مصدراً تفسيرياً أو موضوعياً يرجع اليه المشرِّع بما له من سلطة تقديرية لتقنين ما يراه محققاً للمصلحة العامة[١٩]. والدليل على ما ذهبنا إليه ان المقصود بعبارة (الإسلام) الواردة في صدر

البند (أولاً) من المادة (٢) من الدستور - المتعلق بمصدرية التشريع - بانها مبادئ الشريعة الاسلامية، يتلخص فيما يأتي:

١- لو اراد المشرِّع الدستوري ان يجعل من أحكام الإسلام مصدراً للتشريع لما اعوزه التنصيص على ذلك، كما فعلها في الفقرة (أ) من البند (أولاّ) من المادة نفسها، التي صرحت بانه "لا يجوز سنّ قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام"، ومن ثم اكتفى بهذا النصّ ولم يورد نصاً مستقلاً يتحدث عن مصدرية التشريع، كما فعل ذلك في البند (أولاً) من المادة (٢) من الدستور.

٢- ورود النصّ الدستوري تحت الباب الأول (المبادئ الأساسية)، وهذا الباب تضمن من حيث الأساس مبادئ عامة (دستورية) وليست أحكاماً إلاّ ما ورد على سبيل الاستثناء.

٣- اشارت المحكمة الاتحادية العليا في أحد أحكامها إلى "مبادئ الشريعة الإسلامية"[٢٠]. رغم أنّ أساس الطعن كان منصباً على مخالفة النصّ الطعين للمادة (٢/ثانياً) من الدستور التي جعلت من الدستور ضامناً للحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، وبالمقاربة بين هذا النص ونص صدر المادة (٢/أولاً) من الدستور الذي جعل من الإسلام "مصدر أساس للتشريع"، يلاحظ بان مصدرية التشريع التي أرادها المشرِّع تتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية بشرط ان لا يكون التشريع المستمد من هذه المبادئ يخالف فقرة (الثوابت)، وكذلك حكمها الذي بيّنت فيه ان "القاعدة الفقهية تذهب إلى أن التعسف باستعمال الحق يستوجب تعويض المتضرر من هذا التعسف وهذا المبدأ لا يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام بل يكون في جانبها"[٢١].

٤- كما ان المحكمة الاتحادية العليا في حكم آخر لها، بيّنت في حيثياته بأنّ "... الشريعة السمحاء لا تقبل تشريد الزوجة والأولاد القاصرين بعد فقد معيلها وأن القاعدة الشرعية تذكر بأن درء المفاسد أولى من جلب المنافع..."[٢٢]. وفي حكم آخر للمحكمة

بيّنت ان المادة (٧٤٠) من القانون المدني "لم تحدد مدة الاجارة الطويلة بثلاثين سنة حيث أجاز لأحد طرفي العقد انهاءهُ بعد مضي مدة ثلاثين سنة في حالة ابرام العقد لمدة تزيد عن ذلك، وان فلسفة النصّ تأتي انسجاماً مع القاعدة الفقهية (لا ينكر تبدل الأحكام بتبدل الازمان)..." [٢٣]. وهذه القواعد هي قواعد فقهية وضعت تطبيقاً لمبادئ الشريعة المتمثلة بالعدالة والسماحة والرحمة والتعاون، ومنع الضرر، وصون الكرامة الإنسانية، والتي استندت اليها المحكمة في تبرير الاهلية الدستورية للنصوص الطعينة.

٥- قارب البعض من الأعضاء المشاركين في لجنة كتابة الدستور ما بين النصّ الدستوري وما هو مذكور في القانون المدني العراقي، وخلص إلى ان النصّ الدستوري لا يعني عدم الاستفادة من المصادر الأخرى، وبالرجوع الى القانون المدني العراقي نجده قد أخذ بمصادر احتياطية عند عدم وجود نصّ يحسم النزاع، ومن هذه المصادر (مبادئ الشريعة الإسلامية).

٦- استند البعض من أعضاء لجنة كتابة الدستور إلى أنّ النص له ما يماثله في عدد من البلدان العربية والإسلامية، وعند رجوعنا لعدد من دساتير الدول العربية نجد ان أغلبها قد اشارت إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، أو احياناً الى الشريعة ذاتها مع تفسيرها للمقصود بهذين التعبيرين في نفس الوثيقة الدستورية أو مذكرتها التفسيرية.

٧- كما مر علينا سابقاً بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي التي تبنى عليها الأحكام الشرعية، ومن ثم يصح القول والربط فيما خلصنا اليه سابقاً، من إنه وبموجب نص البند (أولاً) من الدستور العراقي فان مقصودة هو توجيه المشرِّع وجهة إسلامية أساسية دون منعه من استحداث أحكاماً من مصادر أخرى رئيسّة كانت أم ثانوية، - بحسب ما ورد في الاعمال التحضيرية - ، فاذا ما استسقى حكماً من مصادر أخرى غير الشريعة الإسلامية، يكون في هذه الحالة مقيداً بحكم الفقرة (أ) من البند (أولاً) من

المادة (٢) من الدستور الذي منع سنّ قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام، وثوابت أحكام الإسلام هذه، هي ما تكون محل اتفاق جميع المذاهب الإسلامية، ومن ثم فان المشرِّع غير مقيد بمذهب من المذاهب، وانما التقيد هو ما كان محل اتفاق بين هذه المدارس، وبالتالي فأن المشرِّع الدستوري قد جعل من الإسلام مصدراً موضوعياً بحكم البند (أولاً) من المادة (٢) ومصدراً رسمياً بحكم فقرة (الثوابت).

عليه نقترح على لجنة التعديلات الدستورية إعادة صياغة نص البند (أولاً) من المادة (٢) من الدستور، لتكون على النحو الآتي: (الإسلام دين الدولة الرسمي، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع)، اسوةً بنصوص دساتير الدول الأخرى. أو ان يكون النص على ان الفقه الإسلامي مصدر رئيس للتشريع، ومن ثم يكون للمشرِّع ان يستسقي احكامه من أحكام الشريعة من دون ان يخالف ثابت من ثوابت هذه الاحكام المجمع عليها.

المبحث الثاني : وجهة نظر الفقه الدستوري من مصطلح (المصدر الرئيسي للتشريع) ومثيلاته : اختلفت الآراء الفقهية بشأن تحديد معنى (المصدر الرئيس للتشريع) ومثيلاتها، وانقسمت حيالها إلى مذاهب شتى وطرقاً قدداً، نبيّنها على النحو الآتي:

المطلب الأول : ان مبادئ الشريعة الإسلامية تُعد مصدراً موضوعياً فحسب : اعتبر البعض[٢٤] أن الحكم الوارد بنصّ المادة (٢) من الدستور المصري، هو حكم تخييري وليس حكماً وجوبياً، وبالتالي فان المشرِّع تكون له السلطة التقديرية في استنباط القواعد القانونية من أيّة مصادر أخرى يراها أكثر ملائمة للظروف والاحوال غير مقيد في ذلك بمبادئ الشريعة الإسلامية، التي لا تعدو إلاّ أن تكون مصدراً موضوعياً أو مادياً يستلهم منه المشرِّع قواعد التشريع. ويرى صاحب هذا الاتجاه انه لا يجوز الطعن بعدم الاهلية الدستورية بالنسبة للتشريعات لمجرد مخالفتها للشريعة الإسلامية؛ لأن

اختصاص المحكمة الدستورية العليا – حسب قولهم- لا يمتد لرقابة مطابقة التشريعات للمصادر الموضوعية أو المادية. كما وجد البعض[٢٥] أن المصدر الذي قصده قانون إدارة الدولة والدستور العراق الحالي، هو المصدر المادي أو الموضوعي وليس مصدراً رسمياً لأن الإسلام يُعدُّ مصدراً اساسياً للتشريع يأتي في مرحلة قبل التدوين في حين ان المصدر الرسمي وهو التشريع هو القانون المدون نفسه. أما البعض الآخر[٢٦] فقد اعتبر أن النص على عبارة "مصدر رئيسي" لا يجعل من الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً للقانون؛ لأنه لو كان المشرِّع الدستوري يقصد ذلك لعبر عن الشريعة الإسلامية بانها "مصدر رئيسي للقواعد القانونية"، وانما جعل الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً أو تاريخياً يستمد قواعد التشريع منها، ومن ثم تكتسب قواعد التشريع صفتها القانونية لا من واقع استمدادها من الشريعة وانما من مجرد وجودها في التشريع، كما ان النصّ لا يلزم المشرِّع باستمداد قواعد التشريع الوضعي من الشريعة الإسلامية فحسب، وانما هناك مصادر رئيسية أخرى بجوار الشريعة الإسلامية، وبالتالي لو كان واضع النصّ الدستوري يقصد جعل الشريعة الإسلامية المصدر المادي أو التاريخي الوحيد لقواعد التشريع لقال "المصدر الرئيسي للتشريع" بدلاً من "مصدر رئيسي للتشريع"، ومن ثم فان استمداد التشريع الوضعي من مصادر أخرى غير الشريعة، لا يجعله مشوباً بعيب عدم الدستورية.

المطلب الثاني : ان وصف مبادئ الشريعة بانها "مصدر رئيسي" أو "المصدر الرئيسي" تمثل مصدراً مادياً ورسمياً في آن واحد هناك من الفقهاء[٢٧] من دفعه حبه ووفائه للشريعة الإسلامية بان يقول من ان الشريعة الإسلامية تمثل في النصّ الدستوري نوعان من المصادر، وهي. أولاً- مصدراً موضوعياً أو مادياً، أو على وجه الخصوص مصدراً تاريخياً باعتبار ان الأخير داخل في اطار ما تسمى بالمصادر الموضوعية، حيث ان المصدر التاريخي هو "المصدر القانوني الذي أخذ عنه القانون

الوضعي بعض أحكامه". ثانياً- مصدراً رسمياً، حيث ان النصّ عليها في الدستور قد اسبغ عليها صبغة الالزام. ويعزز هذا الرأي أن لفظ (المصدر) الواردة في الدستور تفيد بأنه لفظ عام غير مخصص[٢٨]. لكن هذا الفقه مايز بين التشريعات القائمة وقت صدور الدستور وتلك التالية على صدوره وجعل الإلزام مقتصراً على الأخيرة دون الأولى منها[٢٩]. بل أكثر من ذلك فان بعض الفقه ومن خلال استقراءه لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية يجد بان مبادئ الشريعة الإسلامية تارة تكون مصدراً للقانون مباشراً أو غير مباشر، واحياناً تكون مصدراً تاريخياً يستعان بها في تفسير أو استجلاء معنى النصوص الوضعية، وتارة أخرى تكون مبادئ الشريعة الإسلامية على رأس المبادئ العامة للقانون التي ترسم معالم النظام القانوني باسره[٣٠]؛ لذا تمثل مبادئ الشريعة الإسلامية لدى البعض[٣١] مصدراً (موضوعياً وتاريخياً وتفسيرياً ورسمياً) في آن واحد لورود لفظ (المصدر) بشكل مطلق من دون تخصيص.

المطلب الثالث : وجود الاختلاف بين صيغتي (مصدر رئيسي) و (المصدر الرئيسي) :

يرى البعض[٣٢] ان نصّ المادة (٢) من الدستور المصري قبل تعديلها عام ١٩٨٠ التي كانت تشير الى ان مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدر رئيسي للتشريع"، لا تعني سوى ان هذه الشريعة هي أحد المصادر الرئيسية للتشريع، ومن ثم ان مصادر التشريع لم تعد متكافئة كما كانت من قبل، وانما أصبحت تتدرج فيما بينها الى درجتين على الأقل (مصادر رئيسية، وثانوية أو فرعية). ومع ذلك ان النصّ هذا جاء عديم الجدوى - كما يقولون – لأنّه لم يشر إلى أيّ مصادر مادية أو موضوعية أخرى رئيسية كانت أم فرعية. أمّا بعد تعديل النص ليكون "المصدر الرئيسي للتشريع" أصبح له أثره القانوني والمهم، حيث حوّل مبادئ الشريعة إلى مصدر رسمي للقانون وجعل له الأولوية بين المصادر الموضوعية، ومن ثم فان المشرِّع يكون ملزماً بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ابتداءً كلما همَّ بسنّ تشريع، فاذا وجد حكماً فيها قننه، اما اذا لم يجد بحث

عن ضالته في غيرها من المصادر، وبالتالي لا يجوز لتشريع لاحق لصدور التعديل الدستوري الذي جعل مبادئ الشريعة "المصدر الرئيسي للتشريع" أنّ يخالف حكماً قطعياً من أحكام الشريعة الإسلامية أو أحد مبادئها القطعية وإلاّ كان هذا التشريع مشوباً بعيب مخالفة الدستور، لإغفاله مبادئ الشريعة الإسلامية التي تمثل المصدر الأول بحكم الدستور، وتقديم مصدر موضوعي ثانوي عليها. كما أصرّ البعض[٣٣] على وجود الاختلاف بين التعبيرين "مصدر رئيس" و "المصدر الرئيسي"، حيث لا يمكن للتعبير الأول أنّ يكون متفقاً مع مضمونه بعد تعديله من خلال إضافة الألف واللام، وإلاّ كان التعديل عبثاً، وهذا الأمر منزه عنه المشرِّع الدستوري. ومن ثم يرى اصحاب هذا الاتجاه ان تعديل المادة الثانية من الدستور لتكون "المصدر الرئيسي" يُعدُّ خطوة للأمام في اتجاه التمكين للشريعة الإسلامية التي تُعدُّ مبادئها العامة اطاراً لكل اجتهاد تشريعي، ومن ثم تكون مبادئ الشريعة حاكمة على كل قاعدة قانونية يستنبطها المشرِّع من المصادر الاجتهادية، فان شرعية هذه القواعد القانونية تكون دائرة مع مبادئ الشريعة، فان خرجت عليها كانت مخالفة لحكم المادة الثانية من الدستور، وان التزمتها وتقيدت بالمبادئ الدستورية الأخرى، اعتبرت استمداداً صحيحاً من الشريعة الإسلامية، وبرئت من العيوب، والتزام المشرِّع هنا – كما يقولون – يكون بترديد الأحكام القطعية في ثبوتها ودلالتها، أو بالالتجاء في الأحكام الظنية إلى المصادر الاجتهادية المختلفة لاستخلاص الأحكام العملية منها في اطار مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو يُعدُّ أعلاءً لهذه المبادئ، وتقديمها على النصوص التشريعية التي يستنبطها المشرِّع، وخلص صاحب الرأي إلى تقدم مبادئ الشريعة على النصوص التشريعية، لكنها في ذات الوقت تكون مقيدة بالمبادئ الدستورية الأخرى كالمساواة، وحرية العقيدة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية التي تعبراً قيداً عليها، ومن ثم فان مبادئ الشريعة الإسلامية تحتل مرتبة وسطى بين الدستور والقانون. في

حين ميّز البعض[٣٤] بين معاني صياغات ثلاث وهي "المصدر الوحيد " و "المصدر الرئيسي" و "مصدر رئيسي"، فاما الأول فيعني عدم إمكانية اللجوء إلى مصادر أخرى للتشريع الوضعي، ويجب ان تتطابق جميع التشريعات مع الشريعة الإسلامية، أمّا التعبير الثاني، فان الدستور قد قرر أنّ المصادر الأخرى للتشريع هي مصادر ثانوية، وبالتالي لا يمكن اللجوء اليها إلّا إذا لم يوجد نصّ قطعي وصريح في الشريعة الإسلامية بشأن التشريع المراد سنه، حيث ينبغي ابتداءً اللجوء الى الشريعة أولاً لاستسقى التشريع منها. في حين العبارة الثالثة، تفيد بان الدستور قد أشار ضمناً إلى وجود أكثر من مصدر رئيسي وأن الإسلام يشكل أحد تلك المصادر الرئيسية، وبالتالي فأنه يفتح الباب لامكانية تبني تشريعات مدنية لا تتفق تماماً مع الشريعة الإسلامية. واعتبر البعض[٣٥] ان الشريعة الإسلامية لم تعد بعد التعديل الدستوري عام ١٩٨٠ – نص الدستور المصري – مجرد مصدر رئيسي من بين مصادر أخرى، وانما بعد إضافة الالف والام أصبحت العبارة (المصدر الرئيسي للتشريع) ومن غير الجائز الرجوع الى مصادر أخرى للبحث عن حكم مسألة من المسائل لها حكمها في الشريعة الإسلامية، اما القول بوجود مصادر ثانوية الى جانب الشريعة الإسلامية فهو غير صحيح إلّا في حدود المسائل الفرعية أو التفصيلية التي تبدو كما لو كان حكمها غير واضح في الشريعة.

في حين اعتبر البعض[٣٦] ان النصّ الدستوري بعد التعديل بإضافة الألف واللام، يجعل ما تقضي به مبادئ الشريعة الإسلامية من أصول عامة كلية وأحكام شرعية قطعية الثبوت والدلالة هي المصدر الرئيسي للتشريع، ومن ثم لا يجوز ان يوجد مصدر رئيسي آخر سواه، وان وجدت فهي من قبيل المصادر الثانوية التي متى تعارضت مع المصدر الرئيسي الذي هو "مبادئ الشريعة الإسلامية" جبَّها. كما عدَّ البعض[٣٧] ان المشرِّع الدستوري قد قصد من تعديل المادة الثانية اعلاء مبادئ الشريعة الإسلامية

وتغليبها على النصوص التشريعية التي تعارضها، لذا وجب على المشرِّع العادي ان يحترم هذه المبادئ عند سنّه للتشريعات المختلفة، فاذا خرج عليها كان عمله مخالفاً لها وبالتالي مخالفاً لنص المادة (٢) من الدستور. كما ان البعض[٣٨] وجد ان واضعي الدساتير في دول مجلس التعاون الخليجي، قد ادركوا الفارق ما بين تعبيريّ (مصدر رئيس) و (المصدر الرئيس)، وان التعبير الأول قصدوا به المعنى الشائع بأنّه توجد مصادر أخرى للتشريع إلى جانب الشريعة الإسلامية، ومن ثم لا إلزام على المشرِّع في البحث في الشريعة فقط عن أصول كل تشريع، بخلاف التعبير الثاني الذي قصدوا به معنى آخر له، ولهذا يقول أصحاب هذا الرأي ان الاختلاف في الصياغات لها معانٍ مقصودة ومحددة وأنها مستهدفة من قبل واضعي النصّ. إلاّ أنّ البعض[٣٩] قد شبّه أو قارب[٤٠] نص الدستور العراقي بالمصري ، حيث اعتبر ان النصّ العراقي وان جاء بدون "الف واللام" على عبارتي "مصدر" و "أساس"، إلاّ أنّ المشرِّع الدستوري العراقي قد الحق النصّ بفقرة (الثوابت)، ويرى أصحاب هذا الاتجاه بان هذا الفقرة تغني عن "الالف واللام" وتعطي نفس النتيجة، مع وجود الاختلاف في كيفية الرجوع إلى الشريعة، حيث لو كان النصّ ان الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس لتوجب على المشرِّع البحث فيها عن حكم فاذا تعذر عليه ذلك يصار إلى المصادر الأخرى بشرط ان لا تخالف الشريعة[٤١]. لكن البعض[٤٢] اعتبر ان جميع الاختلافات التي حصلت بشأن الإسلام ومصدرية القانون عند الشروع بسنّ الدستور العراقي من ان (الإسلام مصدر أساسي لتشريعاته) أو (المصدر الأساسي) أو (المصدر الأول) أو (المصدر الرئيسي) أو (مصدر من مصادر التشريع)، جميعها تدل على معنى واحد هو ان الإسلام هو المصدر المفضل من المصادر الأخرى مثل السوابق القضائية أو المبادئ العامة للقانون أو القانون الطبيعي أو قواعد العدالة، ويجب على المشرِّع احترامه ومراعاته. وإزاء هذه الآراء الفقهية القيمة والتي استند اصحابها الى ادلة منطقية في تعزيز

وجهة النظر التي يدعمها كل واحد منهم، رأينا أنّه يستوجب مناقشة بعض الآراء الفقهية – ان جاز لنا ذلك، من أجل الوصول إلى الإجابة الدقيقة بشأن سؤالنا فيما إذا كانت (مبادئ الشريعة الإسلامية) أو (الإسلام) تُعدُّ مصدراً موضوعياً أم رسمياً، وفيما إذا كانت تعتبر المصدر الوحيد للتشريع أم توجد الى جانبها مصادر أخرى يستطيع الأخذ منها -، معززين كلامنا ببعض الاسانيد والأدلة، وكما يأتي:

١) أنّ من ذهب بالقول إلى ان النصّ يشكل مصدراً موضوعياً فحسب دون ان تكون مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً، مردود كون ان مبادئ الشريعة الاسلامية أو الاسلام يُعدُّ مصدراً رسمياً ايضاً؛ لأن المشرِّع يكون ملزم بالرجوع لمبادئ الشريعة الاسلامية وهو بصدد وضع القوانين للمجتمع[٤٣] ودليل ذلك:

- ان المشرِّع الدستوري قد اعترف بالإسلام أو بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي في بعض مواد الدستور ومنها فقرة (الثوابت) الواردة في الدستور العراقي الحالي، وكذلك نص المادة (١١) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ التي بيّنت بان تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة فضلاً عن مساواتها بالرجل في جميع ميادين الحياة، دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية.
- مكانة الشريعة الإسلامية لدى نفوس المسلمين جميعاً يكسبها صفة الالزام، ومن ثم فان اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً موضوعياً للتشريع هو من الأمور البديهية التي لا تحتاج للتنصيص عليها في الدستور[٤٤].
- اعتراف القضاء الدستوري في الدول محل المقارنة بالزامية مبادئ الشريعة الإسلامية أو ثوابتها، وان اقتصر البعض منها على التشريعات اللاحقة للدستور أو التعديل الدستوري، لكن توجهها يؤكد - ومن دون ادنى شك - بان الشريعة الإسلامية أو مبادئها أو ثوابتها أضحت من المصادر الرسمية للقانون.

- ما ذكره تقرير اللجنة الخاصة للنظر في تعديل الدستور من ان المادة (٢) المعدلة "تلزم المشرِّع بالالتجاء الى أحكام الشريعة الإسلامية"، الأمر الذي يؤكد على ان الشريعة الإسلامية أصبحت مصدراً رسمياً وليس مصدراً موضوعياً فحسب.
- ان الصياغة التي أتى بها نص الدستور العراقي من جعل الإسلام "مصدر أساسي للتشريع"، تفيد معنى المخاطب بالنص، إذ وردت على سبيل الامر الموجه للمخاطب بالنصّ والمتمثلة بالجملة الخبرية المستخدمة لمعنى الجملة الطلبية التي تفيد معنى الطلب الملزم والواجب والالتزم بفعل المأمور به على وجه الحتم والإلزام[٤٥].

٢) أمّا من قال بأنّ مبادئ الشريعة الإسلامية اصحبت تمثل مصدراً مادياً ورسمياً في آن واحد - قول دقيق ونؤيده بحق -، غير أنّ البعض منهم ينتهي إلى التفرقة بشأن الزامية النصّ ما بين التشريعات القائمة وقت صدور الدستور وتلك التالية على صدوره، وهذا ما لا يمكن تأييده.

٣) أمّا ما ذهب البعض إليه من أصحاب الاتجاه الأخير[٤٦]، من ان التعديل الدستوري قد حول مبادئ الشريعة إلى مصدر رسمي للقانون وجعل له الأولوية بين المصادر الموضوعية، ومن ثم فان المشرِّع يكون ملزماً بالرجوع إليه، فهو قول دقيق، حيث ان نص المادة (٢) من الدستور المصري بعد تعديلها بإضافة الألف واللام اصبحت تفيد انحصار مصادر التشريع كافة في مبادئ الشريعة الإسلامية؛ لأن الالف واللام تفيد استغراق الجنس ومن ثم لن يبقى لهذه المصادر الثانوية شيئاً تشرعه[٤٧]. وهذا لا يعني بان مبادئ الشريعة الإسلامية تُمثل المصدر الوحيد، وانما يجوز تشريع القوانين من مصادر أخرى ثانوية بما يتفق مع مبادئ الشريعة نصاً وروحاً، ومن ثم يؤدي إلى تمكين الشريعة الإسلامية التي تُعدُّ مبادئها العامة اطاراً لكل اجتهاد تشريعي، وبالتالي تصبح مبادئ الشريعة حاكمة على كل قاعدة قانونية يستنبطها المشرِّع من المصادر الاجتهادية، وشريعة هذه القواعد القانونية تكون في دائرة مبادئ الشريعة،

فان خرجت عليها عُدَّت مخالفة لحكم المادة الثانية من الدستور،[٤٨]، لكن ذهاب أصحاب هذا الاتجاه إلى قصر هذا الحكم على التشريعات اللاحقة لتعديل الدستور بان لا يكون مخالف حكماً قطعياً من أحكام الشريعة، قول يعوزه الدليل. أمّا من شبّه النصّ الدستوري العراقي بالنصّ المصري وأوجد التشابه بينهما من خلال اعتبار فقرة (الثوابت) تساوي أو تحل محل الالف واللام لمصدرية الشريعة، فيكون الرد عليه بالقول بأنه لا وجه للتشابه والمقاربة ما بين النصين؛ ذلك لان مصدرية التشريع لها حكمها الخاص الذي دلت عليها الأعمال التحضيرية والتي اعتبرت ان اتخاذ الإسلام "مصدر أساس للتشريع" انما هو نص وسطي ما بين جعل الإسلام (المصدر الوحيد) أو (مصدراً للتشريع) كما عبرّ عنه البعض[٤٩]. رغم إصرار البعض على ان يكون النصّ (المصدر الرئيسي)[٥٠] أيّ بإضافة الألف واللام مع وجود فقرة (الثوابت)؛ لذا لو كانت فقرة (الثوابت) تغني او تحل محل الألف واللام لما كان الإصرار على ان يكون النص (المصدر الرئيسي)، ولذلك نحن نرى ان النصّ الدستوري العراقي الذي جعل من الإسلام (مصدر أساس للتشريع) اذا ما اريد له التشبيه فانه يشبه النصّ الدستوري المصري قبل تعديله عام ١٩٨٠ والذي جعل من مبادئ الشريعة الإسلامية (مصدر رئيسي للتشريع)، وبالتاي يمكن أنّ يكون إلى جانب الإسلام مصادر أخرى رئيسّة أو ثانوية. أمّا من قال بان جميع المصطلحات التي أثيرت بشأن الدستور العراقي من أنّ (الإسلام) "مصدر أساسي" أو "المصدر الأساسي" أو "المصدر الأول" أو "المصدر الرئيسي" أو "مصدر من مصادر التشريع"، تدلُ على معنى وأحد، لا يتفق مع وجود الفارق والاختلاف ما بين التعبيرات الدستورية المذكورة من الناحية اللغوية، فضلاً عن أنّ المصطلحات كانت محل نظر ومناقشة من قبل المشرِّع الدستوري في الدول محل المقارنة، وكذلك القضاء الدستوري المقارن. ولهذا وقدر تعلق الأمر بالنصّ الدستوري العراقي فنحن نؤيد البعض[٥١] بأن المقصود من لفظ (مصدر) الواردة في الدستور

العراقي لعام ٢٠٠٥ جاء بصيغة العموم غير مخصص، ومن ثم فان الإسلام أو مبادئه تُعدُّ مصدراً موضوعياً ورسمياً في آن واحد، لكن ليس مصدراً رئيساً وحيداً وإنما مصدراً له الأولوية على بقية المصادر الأخرى، بالإضافة إلى أنّ المشرِّع يكون ملزماً بالرجوع اليها، بحكم التنصيص عليها دستورياً، لكنه ليس ملزماً بالأخذ منها وانما يمكن له الاستفادة من المصادر الأخرى المتنوعة، بشرط ان يكون المشرِّع العادي مقيداً فيما يستسقي من مصادر ان لا تخالف فقرة (الثوابت) وإلاّ وصم عمله بمخالفة المادة (٢/أولاً/أ) من الدستور.

عليه يمكن ان نخلص للإجابة على سؤلنا بما يأتي:

١- أن مبادئ الشريعة الإسلامية التي جرى تعديلها في مصر لتصبح (المصدر الرئيسي للتشريع)، وكذلك تعبير (الإسلام) الذي جعله الدستور العراقي الحالي (مصدر أساس للتشريع) تعتبر جميعها مصدراً موضوعياً ورسمياً في آن واحد، وهذا ما جرى تبيانه سلفاً.

٢- ان إضافة الالف واللام إلى نص المادة (٢) من الدستور المصري، لتصبح مبادئ الشريعة الإسلامية "المصدر الرئيسي للتشريع"، قد جعل - بحسب وجهة نظر المشرِّع الدستوري وكذلك المعنى اللغوي – من تلك المبادئ المصدر الرئيس الوحيد للتشريع ولا توجد مصادر رئيسه أخرى إلى جوارها؛ ومن ثم لا يحق للمشرِّع اللجوء إلى غيرها من المصادر لكي يستسقي منها الأحكام؛ لكن لا يمنع ذلك من قيام المشرِّع بأن يستسقى الأحكام من مصادر أخرى ثانوية في حال عدم وجود حكمٍ صريحٍ في الشريعة الاسلامية لها، بشرط أن لا تخالف مبدأً من مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣- أن (الإسلام) أو (مبادئ الشريعة الإسلامية) بحسب اختلاف صيغة النصّ الواردة في الدساتير محل المقارنة لا تُعدُّ المصدر الوحيد وانما يحق للمشرِّع العادي أنّ يأخُذ من المصادر الأخرى مع وجوب مراعاة (قيد) عدم مخالفة ثابت من ثوابت أحكام الإسلام

(متفق عليه) أو مبدأً من مبادئها، ومن ثم ليس بالضرورة ان تكون المصادر الأخرى التي يستسقي منها المشرِّع متطابقة تماماً مع مبادئ الشريعة الإسلامية أو أحكامها، وانما ان لا تكون متعارضة أو مخالفة للقيد المذكور وإلاّ وصمت بعدم الدستورية، وهذا ما استقر عليه القضاء الدستوري في الدول محل المقارنة، والذي سوف نتطرق له حالاً.

المبحث الثالث : موقف القضاء الدستوري من مصطلح (المصدر الرئيسي للتشريع) ومثيلاته : لقد كان موقف القضاء الدستوري مختلفاً في بيّان المقصود من مفهوم "مصدر رئيسي" أو "المصدر الرئيسي" الواردة في المادة (٢) من دساتير الدول محل المقارنة، وخصوصاً في جمهورية مصر العربية بعد ان جرى تغيير العبارة من "مصدر رئيسي" إلى "المصدر الرئيسي" في عام ١٩٨٠؛ لذلك سوف نبيّن موقف القضاء الدستوري من هذا المفهوم، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول : موقف القضاء الدستوري المصري من مصطلحي (مصدر رئيسي للتشريع) و (المصدر الرئيسي للتشريع) كان للمحكمة العليا (الدستورية) وكذلك هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا، فضلاً عن المحكمة الدستورية العليا موقفاً من مصطلح "مصدر رئيسي للتشريع" و "المصدر الرئيس للتشريع"؛ بعد إضافة الألف واللام بموجب التعديل الدستوري لعام ١٩٨٠ لعبارة النص لتصبح "المصدر الرئيسي للتشريع". حيث تعرضت المحكمة العليا إلى مفهوم "مصدر رئيسي للتشريع" في حكمها المتعلق بالطعن بعدم دستورية نص المادة (٢٠) من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، ونصّ المادة (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١، حيث خلصت المحكمة إلى أنّ "...المادة الثانية فيما تنصّ عليه من أنّ مبادئ الشريعة الإسلامية

مصدر رئيسي للتشريع تستهدف توجيه الشارع إلى استلهام قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، أمّا تخير المشرِّع مذهباً دون مذهب أو أرجح الأقوال في مذهب من المذاهب وإلزام القضاء التقيد به – فهو من المسائل التي يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقاً لما يراه ملائماً لظروف المجتمع بلا معقب عليه في تقديره..."[٥٢]. ونرى ان المستفاد من هذا الحكم بان المراد من عبارة "مصدر رئيسي للتشريع" – بحسب فهم المحكمة – ان مبادئ الشريعة الإسلامية تُعدُّ مصدراً موضوعياً وليس مصدراً رسمياً، ولا ادل على ذلك من ان المحكمة الموقرة في حكمها المذكور قد بيّنت بأنّ نصّ المادة الثانية يستهدف (توجيه) الشارع إلى (استلهام) قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، وهذه العبارتين (التوجيه) و (الاستلهام) لا تطلق إلاّ على المصدر المادي دون المصدر الرسمي الذي يتصف بعنصر الالزام. وواضح ان المحكمة العليا وان كانت لم تشر الى ما تضمنته المذكرة التفسيرية لدستور ١٩٧١ لكنها ذهبت بذات المضمون. كما نجد ان المحكمة استعملت كلمة غير موفقة، وهي (الشارع) من دون ان تلحقه بوصف معين، لان التعبير هذا لا يطلق لغير الله ورسوله، لذا كان عليها ان تلحق هذه الكلمة بوصف (الوضعي)[٥٣]. أمّا هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا فإنها ترى بأنّ "...النصّ على ان مبادئ الشريعة الإسلامية بانها (مصدر رئيسي للتشريع) أو (المصدر الرئيسي للتشريع) تجعل من التشريع الذي يخالف تلك المبادئ مشوباً بعيب عدم الدستورية، وكل ما في الأمر بان العبارة الأولى – في ظل المادة ٢ من الدستور قبل تعديلها – كانت مصدراً رئيسياً للتشريع ولكن المشرِّع الدستوري لم ينفِ وجود مصادر رئيسية أخرى للتشريع، أمّا بعد تعديل المادة (٢) من الدستور فقد أصبحت مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع من دون وجود مصادر رئيسية غيرها؛ لكن لا ينفي ذلك بوجود مصادر ثانوية غير رئيسية للتشريع يستمد المشرِّع منها بعض الأحكام، ومن ثم فإن التعديل قد ترتب عليه زيادة أهمية مبادئ

الشريعة الإسلامية في النظام القانون المصري إذ أصبحت هي المصدر الرئيسي الوحيد للتشريع، ولا يتعارض ذلك من أن النص الدستور الحالي للمادة (٢) والنص السابق قبل تعديله تُعتبر مخالفة التشريع له سبباً للحكم بعدم الدستورية..."[٥٤].

ونحن إذ نتفق مع ما ذهبت إليه هيئة مفوضي المحكمة الاتحادية العليا المذكور، بشأن التفرقة ما بين عبارتي "مصدر رئيسي للتشريع" و "المصدر الرئيسي للتشريع" حيث جاء رأيها منسجماً مع وجهة نظر المشرِّع الدستوري المصري بشأن الغاية المتوخاة من التعديل الدستوري. في حين يمكن لنا اجمال ما خلصت إليه المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها في بيان المقصود من عبارة (المصدر الرئيسي) الواردة في الدستور وأثر إضافة الألف واللام عليها بعد ما كان النص يشير إلى (مصدر رئيسي)، إلى مبدأين أساسيين، وهما:

- أن نص المادة الثانية من الدستور واعتباراً من تاريخ العمل بالتعديل – أي بإضافة الالف واللام -، قد الزم السلطة التشريعية فيما تُقرّه من النصوص التشريعية بعد العمل به بأنّ تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية.
- ان هذا الإلزام لا ينصرف سوى إلى التشريعات اللاحقة على التعديل الدستوري دون تلك السابقة عليه، والتي تبقى قائمة ولو خالفت مبادئ الشريعة الإسلامية طالما لم يتدخل المشرِّع لتعديلها.

حيث ان المبدأ الأول يحتاج الى شيء من التفصيل في هذا المقام، مما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية، والذي سوف نوضحه على النحو الآتي:

- ما جاء في حيثيات احد قراراتها، من انه (...يبين من العبارة الأخيرة للمادة الثانية من الدستور – بعد تعديلها– من أن المشرِّع الدستوري أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه الزام هذه السلطة – وهي بصدد وضع التشريعات – بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع، وهو ما أشارت اليه

اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور في تقريرها إلى مجلس الشعب والذي أقرّه المجلس بجلسة ١٩ يوليه ١٩٧٩، وأكدّته اللجنة التي أعدت مشروع التعديل وقدمته إلى المجلس فناقشه ووافق عليه بجلسة ٣٠ أبريل ١٩٨٠، إذ جاء في تقريرها عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بأنها تلزم المشرِّع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع الزامه بعدم الالتجاء الى غيرها، فاذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فان وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرِّع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتي لا تخالفه الأصول والمبادئ العامة للشريعة. ولما كان مفاد ما تقدم، أن سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو ١٩٨٠ أصبحت مقيدة فيما تسّنه 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. فهي التي يتحدد بها – مع ذلك القيد المستحدث – النطاق الذي تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات...)[٥٥].

- وجاء في حيثيات حكم آخر لها من أنّ (...الدستور – واعتباراً من تاريخ العمل بهذا التعديل – قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداها تقيدها – فيما تقره من النصوص القانونية – بمراعاة الأصول الكلية للشريعة الإسلامية، إذ هي جوهر بنيانها وركيزتها، وقد اعتبرها الدستور أصلاً ينبغي أنّ ترد إليه هذه النصوص، فلا تتنافر مع مبادئها المقطوع بثبوتها ودلالتها، وإن لم يكن لازماً استمداد تلك النصوص مباشرة منها، بل يكفيها ألاّ تعارضها...)[٥٦].

- كما جاء في حيثيات احد احكامها ايضاً أنّ (...قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد كذلك، على أنّ ما نصّ عليه الدستور في مادته الثانية – بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ – من أنّ مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أنّ تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل...وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها، على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أنّ المادة الثانية من الدستور، تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام، وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أيّة قاعدة قانونية على خلافها، وإلاّ اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما علم من الدين بالضرورة، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معاً، ذلك أنّ دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها...على أنّ يكون الاجتهاد واقعاً في اطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحرياً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال...)[٥٧].
- كما جاء في حيثيات حكم آخر لها أنّ (...المادة الثانية من دستور سنة ١٩٧١، بعد تعديلها في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠، يدل على أنّ الدستور، واعتباراً من تاريخ العمل بهذا التعديل، قد ألزم السلطة التشريعية فيما تقره من النصوص التشريعية بعد العمل به أنّ تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية، بعد أنّ اعتبرها الدستور أصلاً يتعين أنّ ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه، ودونما إخلال بالضوابط الأخرى التي فرضها الدستور على السلطة التشريعية وقيدها بمراعاتها والنزول عليها في ممارستها لاختصاصاتها الدستورية...)[٥٨].

ونجد ان أحكام المحكمة الدستورية قد جعلت من التعديل الدستوري المنصب على إضافة الألف واللام إلى عبارة "مصدر رئيسي" لتصبح "المصدر الرئيسي" مصدراً موضوعياً ورسمياً في ذات الوقت، بعدما كان مصدراً موضوعياً غير ملزم للمشرِّع بان يأخذ من مبادئ الشريعة بحسب توجه المحكمة العليا (الدستورية)، ومن ثم يكون الحال هذا بان مبادئ الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى انها مصدر موضوعي لكنها تُعدُّ في الوقت ذاته مصدراً رسمياً يتقدم على بقية المصادر الرسمية الأخرى الذي يتعين على المشرِّع ان يستمد تشريعاته منها، ودليل ذلك ان التعبيرات التي أوردتها المحكمة باختلاف صياغتها وهي: (تلزم المشرِّع، يجب على السلطة التشريعية، الزام السلطة التشريعية) تفيد صفة الالزام بالرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية وجعلها مصدراً موضوعياً ورسمياً في الوقت ذاته؛ لكن هذه المبادئ - بحسب موقف المحكمة الدستورية العليا – وان كانت لها الصدارة والاولوية في التشريع إلّا انّها لا تُعدُّ مصدراً وحيداً للتشريع وإنما يحق للمشرِّع ان يأخذ من مصادر أخرى طالما ان ما يأخذه من هذه المصادر لا تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا الكلام يدلل على ان عبارة "المصدر الرئيسي" – بحسب فهم المحكمة - تفيد بوجود مصادر ثانوية أخرى إلى جانب مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا ما يفهم من بعض العبارات التي أشارت اليها المحكمة في حيثيات بعض أحكامها ومنها: (فاذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً)، أو (إن لم يكن لازماً استمداد تلك النصوص مباشرة منها، بل يكفيها ألاّ تعارضها).

المطلب الثاني : موقف القضاء الدستوري العراقي من مصطلح (مصدر أساس للتشريع) : بعد الرجوع إلى جميع الأحكام التي أصدرتها المحكمة الاتحادية العليا من تاريخ انشائها ولغاية كتابة هذه السطور، لم نجد أيّ قرار تفسيري أو حتى إشارة في حيثياتها أو منطوق أحكامها التي أصدرتها يبيّن المقصود من عبارة "مصدر أساس

للتشريع" الواردة في المادة (٢/أولاً) من الدستور، حيث كان قضاء هذه المحكمة الموقرة عند النظر في دستورية القوانين والأنظمة النافذة يعتمد على مراجعة مدى موافقتها لفقرة (الثوابت) فحسب، من دون أن تعطي المحكمة أيّ أهمية لحكم البند (أولاً) من المادة (٢) من الدستور المتعلقة بمصدرية الإسلام، بخلاف القضاء الدستوري المصري الذي جعل من النصّ على مصدرية التشريع نطاق يتحدد فيها دور القضاء الدستوري في كلا البلدين لإعمال رقابته الدستورية؛ لكن ومع عدم البوح الصريح من قبل محكمتنا الموقرة بشأن بيان المقصود من جعل الاسلام "مصدر أساس للتشريع" فإنه وفي نفس الوقت يستشف من بعض أحكامها بصورة ضمنية المراد من هذا التعبير، وعلى النحو الآتي:

- "ان هدف المشرِّع من وضع نصّ المادة (٥/٤٠) من قانون الأحوال الشخصية لغرض تنظيم الزواج بأكثر من زوجة، ومن حق الشارع تقييد المباح اذا وجد في ذلك مصلحة المجتمع ومراعاة لتماسكه. لذلك فلا تعارض بين نص المادة المذكورة وثوابت الإسلام ولا مع النصوص الدستورية"[٥٩].
- "ان تقديم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا هو خيار تشريعي ثبت للمشرِّع وان ذلك جاء منسجماً مع العدالة السمحاء ولا تخالف الدستور"[٦٠].
- "ان قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠١ المتضمن تشديد العقوبات لجرائم نصّت عليها قوانين سابقة وجرمت أفعالها وحددت لها عقوباتها ورغم ذلك جاءت نصوص القرار موضوع الطعن مشددة في تلك الجرائم والتي تتعارض وقيم ومبادئ المجتمع فان ذلك التشديد جاء خياراً تشريعياً ولا تخالف أحكامه نص المادتين (٢/أ،ب،ج) و (١٤) من الدستور"[٦١].
- ما جاء في احد حيثيات أحكامها بأن ((...المساواة بين المرأة والرجل حق كفله الدستور في المادة (١٤) منه إلاّ أنّ طلب المدعي بالحكم بعدم دستورية المادة

القانونية موضوع الطعن للسبب المتقدم يعني حرمان الزوج من العذر المخفف للعقوبة، وهذا يتعارض مع توجه المشرِّع بتشريع المادة القانونية موضوع الطعن والذي راعى واقع المجتمع واعرافه في هذا المجال. وإذا شاء المدعي ان يشمل الزوجة بما شمل الزوج بالعذر المخفف للعقوبة، فبالأمكان التوجه إلى طلب تشريع نصّ قانوني بذلك أو تعديل النصّ موضوع الطعن بما طلب بمساواة الزوجة بالزوج في الحالة المعروضة موضوع المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات وليس بإقامة الدعوى أمام هذه المحكمة للطعن بعدم دستوريته...))[٦٢].

- "ان طلب إيقاع الطلاق بالوكالة والمنع الوارد بالقانون يتطلب دراسة أراء المدارس الإسلامية كافة عند الصيرورة لتشريع قانون جديد للأحوال الشخصية واشعار للسلطة التشريعية بذلك"[٦٣].
- ما جاء في حيثيات عدد من أحكامها بأن ((...المشرِّع في المادة (٤٣/أولاً-ب) قد علق كيفية إدارة الأوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية على تشريع قانون يأخذ بنظر الاعتبار آراء كافة المدارس الإسلامية في شؤون والوقف وان القانون المذكور لم يشرِّع لحد الان فتكون الدعوى بالطعن أقيمت قبل أوانها ولم تكن مؤسسة على قانون لم يصدر بعد...))[٦٤].

ويلاحظ من حيثيات قرارات المحكمة الاتحادية العليا المذكورة آنفاً بان الإسلام مصدراً موضوعياً ورسمياً في آن واحد، حينما قررت المحكمة الأخذ باراء المدارس الإسلامية عند وضع تشريعات معينة، لكنه ليس المصدر الرئيس الوحيد للتشريع، ومن ثم يحق للمشرِّع العادي أنّ يسنّ القواعد القانونية من مصادر أخرى بشرط ان لا تخالف هذه القواعد ثابت من ثوابت أحكام الإسلام المجمع عليها بحسب ما هو مقرر بموجب فقرة (الثوابت)، كما اننا نؤكد على ان النصّ الدستوري بجعل "الإسلام مصدر أساس للتشريع" جاء بصيغة توافقية بين من يريد ان يكون الاسلام المصدر الوحيد من خلال

إضافة الالف واللام الى عبارة "مصدر أساسي" ومن يريد ان تكون مصدراً من مصادر التشريع أو مصدراً للتشريع، ومن ثم يكون المشرِّع حر بان يستسقي أحكامه من مصادر أخرى لم تضع الشريعة الإسلامية حكماً لها بشرط مراعاة فقرة (الثوابت).

الخاتمة:

بعد الانتهاء من هذه البحث، يحسن بنا أن نشير إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات التي ترشحت عنه، وكما يأتي:

أولاً- الاستنتاجات:

١- ان وجهات نظر المشرِّع الدستوري المصري كانت مختلفة بشأن مصدرية مبادئ الشريعة الإسلامية الواردة في المادة (٢) من الدستور، قبل تعديلها وبعد التعديل الذي طرأ عليها عام ١٩٨٠، حيث كانت قبل التعديل تُعدُّ من قبيل المصادر الموضوعية فحسب؛ لكن بعد تعديل الدستور جرى إضافة الالف والام إلى عبارة "مصدر رئيسي" لتصبح (المصدر الرئيسي) ومن ثم أصبحت تمثل مصدراً رسمياً وموضوعياً في آن واحد، فضلاً عن جعل تلك المبادئ المصدر الرئيس الوحيد للتشريع وهذه التفرقة سار عليها القضاء الدستوري المصري المتمثل بالمحكمة العليا (الدستورية) والمحكمة الدستورية العليا، وكذلك هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا.

٢- ان تعبير (مصدر رئيسي للتشريع) – بحسب نية المشرِّع الدستوري المصري والمعنى اللغوي للعبارة- قبل تعديلها لا تُعدُّ المصدر الرئيس الوحيد للتشريع، وإنما

توجد مصادر أخرى سواء أكانت رئيسة أم ثانوية إلى جانبها يمكن للمشرِّع أنّ يستسقي الأحكام منها، أمّا بعد إضافة الألف واللام التي تفيد التخصيص والحصر إلى عبارة النص بعد التعديل لتصبح العبارة الواردة فيه بأن مبادئ الشريعة الاسلامية (المصدر الرئيسي للتشريع)، يجعل من هذه المبادئ المصدر الرئيس الوحيد للتشريع، ومن ثم لا يحق للمشرِّع اللجوء إلى غيرها من المصادر لكي يستسقي منها الأحكام؛ لكن لا يمنع ذلك من قيامه بالأخذ من مصادر أخرى ثانوية في حال عدم وجود حكمٍ صريحٍ في الشريعة الاسلامية لها، بشرط أن لا تخالف مبدأً من مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣- عدم وجود التفرقة ما بين مصطلحي (مصدر أساس للتشريع) أو (مصدر رئيسي للتشريع)؛ لكن يُمثل الإسلام في الدستور العراقي مصدراً لهُ الأولوية في ان يستسقي المشرِّع منه الأحكام، إلاّ أنّه ليس بالمصدر الرئيس الوحيد، وإنما بإمكان المشرِّع الأخذ من المصادر الأخرى بشرط أنّ لا يخالف ثابتاً من ثوابت أحكام الإسلام (المجمع عليها) ومن ثم فان المشرِّع غير مقيد بمذهب من المذاهب، وانما التقيد هو ما كان محل اتفاق بين المذاهب الإسلامية المعتبرة عرفاً، وبالتالي فأن المشرِّع الدستوري قد جعل من الإسلام مصدراً موضوعياً بحكم البند (أولاً) من المادة (٢) ومصدراً رسمياً بحكم فقرة (الثوابت)، وهذا ما سارت عليه المحكمة الاتحادية العليا في أغلب أحكامها.

٤- أنّ المشرِّع الدستور العراقي لم يكن موفقاً في صياغة نص المادة (٢/أولاً) من الدستور، حيث جعل من (الإسلام) مصدر أساس للتشريع من دون بيّان المقصود منه بصورة أكثر دقة؛ لأن لفظ الإسلام يحوي على شقين، هما: (عقيدة وشريعة)؛ وان مقصود المشرِّع الدستوري هنا هو مبادئ الشريعة الإسلامية.

٥- ان النصّ على مبادئ الشريعة الإسلامية وثوابت أحكامها دستورياً، تُشكل مصدراً موضوعياً ورسمياً في آن وأحد.

٦- ان النصّ الدستوري العراقي الذي جعل من الإسلام (مصدر أساس للتشريع) يشبه النصّ الدستوري المصري قبل تعديله عام ١٩٨٠ والذي جعل من مبادئ الشريعة الإسلامية (مصدر رئيسي للتشريع).

ثانياً- التوصيات:

- نوصي لجنة التعديلات الدستورية بإعادة صياغة نص البند (أولاً) من المادة (٢) من الدستور، لتكون على النحو الآتي: (الإسلام دين الدولة الرسمي، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع)، اسوةٌ بنصوص دساتير الدول الأخرى. أو أن يكون النص على النحو الآتي: (الإسلام دين الدولة الرسمي، والفقه الاسلامي مصدر رئيس للتشريع)؛ ليتسق النص وحكم فقرة (الثوابت)، أيّ بمعنى يحق للمشرِّع العادي ان يستسقي أحكامه من هذا الفقه من دون أن يخالف ثابتٌ من ثوابتُ الأحكام الإسلامية.

<u>مصادر البحث:</u>

أولاً- كتب اللغة:

١. د. مصطفى جواد، قل ولا تقل، ج ١، ط١، دار المدى للثقافة والنشر، سوريا/ دمشق، ٢٠٠١.

ثانياً- الكتب القانونية:

١. أ.م. حسين عذاب السكيني، الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي (دراسة قانونية ورؤية سياسية) (٢) العلاقة بين الدين والدولة، ط، ١، للغدير للطباعة- البصرة، ٢٠٠٨.

٢. د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣.

٣. د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط٦، دار الفكر العربي، ١٩٩٦.

٤. د. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، تقديم الأمام الأكبر د. عبد الحليم محمود، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، من دون سنة طبع.

٥. د. عصام أنور سليم، دور القضاء في تفعيل ثوابت الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤.

٦. د. علي حسين نجيده، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٧. د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، مكتبة السنهوري، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.

٨. د. ماجد راغب الحلو، الدولة في ميزان الشريعة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.

٩. د. ماجد راغب الحلو، من دستوريات القرآن (سلطة الدولة – حريات الأفراد)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥.

١٠. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، ط٤، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

١١. د. محمد علي سويلم، الدستور الانتقالي في ضوء الفقه والقضاء الدستوري دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة للإعلان الدستوري والاعلان الدستوري المكمل، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٣.

١٢. د. محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٣.

١٣. د. مصطفى محمد عرجاوي، النظرية العامة للقانون، دار الازهر للطباعة، ١٩٨٥.

١٤. د. وائل محمد يوسف، نطاق تطبيق المحكمة الدستورية العليا للمادة الثانية من الدستور (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، من دون دار نشر، ٢٠٠٩.

١٥. د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

ثالثاً- المجلات والمقالات والمؤتمرات العلمية:

١. د. أحمد زكي الشيتي، عدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدفع بعدم دستورية القوانين لمخالفتها للشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة، ع ١ و٢، س ٦٦، يناير وفبراير ١٩٨٦.

٢. د. أحمد شرف الدين، مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية (تعليق على حكمين للمحكمة الكلية في ٧٩/٤/٢١)، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة/جامعة الكويت، ع١، س٤، يناير ١٩٨٠.

٣. د. جاسم علي الشامسي، دور الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الحقوق، ع ١، س ٢٣، جامعة الكويت، ١٩٩٩.

٤. د. حسن الياسري، شبهات وردود حول الدستور العراقي الدائم – قراءة قانونية -، ط١، المعهد العراقي لحوار الفكر، ٢٠١٣.

٥. د. سمير داود سلمان وعودة يوسف سلمان، الحماية الدستورية لثوابت الإسلام وأثرها على التشريع الجنائي العراقي، مجلة القانون المقارن، ع ٦٦، جمعية القانون المقارن العراقية، ٢٠٠٩.

٦. عبد الرضا علي الأسيري، الإسلام في دساتير دول مجلس التعاون الخليجي، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع الجمعية العربية للعلوم السياسية، بيروت، ع ١٣، ٢٠٠٧.

٧. د. علي عيسى اليعقوبي، البُعد المدني والبُعد الإسلامي في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ – رؤية تحليلية، مجلة حوار الفكر، ع ٢٥-٢٦، المعهد العراقي لحوار الفكر، ٢٠١٢.

٨. د. فاروق عبد الكريم، الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع بحث منشور في مؤلف: الدساتير العراقية ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية، ط١، المعهد الدولي لحقوق الانسان، كلية الحقوق بجامعة دي بول، ٢٠٠٥، منشور على الرابط الالكتروني:
https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/publications/Documents/Iraqi%20Constitutional%20Studies%20Basic%20Principles%20for%20the%20New%20Iraqi%20Constitution.pdf

٩. د. محمد أحمد مفتي، د. محمد السيد سليم، الإسلام في دساتير الدول الإسلامية (دراسة مقارنة)، جامعة الملك سعود/ كلية العلوم الإدارية، البحوث الفائزة بجائزة دلة في العلوم الإدارية، ١٤٠٨/١٤٠٩ هـ، متاح على شبكة الالوكه الآتي: https://www.alukah.net.

١٠. المستشار د. مصطفى أحمد سعفان، تطبيق الشريعة الإسلامية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، ع ٦، س ٢، أكتوبر- ٢٠٠٤.

١١. نادر جلبي، إشكالية الدين في الدستور السوري المقبل، مركز حرمون للدراسات المعاصرة، الدوحة/ قطر، ٢٠١٦، منشور على موقع المركز الآتي: https://www.harmoon.org.

١٢. د. وليد المخزومي، الاحكام القانونية المستنبطة من قاعدة الإسلام مصدر أساس للتشريع (قرأءة موازنة في الدستور العراقي والمقارن)، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا الآتي:https://www.iraqfsc.iq .

١٣. د. يسري محمد العصار، مقارنة بين دستور ٢٠١٢ ودستور ٢٠١٤ في مصر، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، "عدد خاص بالأوراق النهائية التي قدمت في مؤتمر الكلية الأول "المتغيرات القانونية المعاصرة في الوطن العربي"، ع (٤) س١، ديسمبر ٢٠١٣.

رابعاً- الرسائل والاطاريح:

١. أحمد محمد أمين محمد، حدود السلطة التشريعية (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي)، أطروحة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة للحصول على شهادة الدكتوراه، ٢٠٠١.

٢. حيدر حسين علي الكريطي، التوفيق بين أحكام التجريم والعقاب وثوابت أحكام الإسلام (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٥.

٣. سميرة مسلم محمد الجهني، أساليب الاختصاص والاستغراق في اللسان العربي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية اللغة العربية، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، ١٤٠٦/١٤٠٧ هـ.

٤. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية "القضاء الدستوري في مصر"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٨.

٥. عبد الحميد عبد اليمه جعفر، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠١٩.

٦. مسعد محمد علي خطاب، الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في الفقه الإسلامي والنظم الدستورية المعاصرة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق/ جامعة بنها، ١٩٩٩.

خامساً- الاعمال التحضيرية للدساتير وتقارير وأحكام القضاء الدستوري:

١. أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١١، جمعية القضاء العراقي، المجلد ٤، اذار ٢٠١٢.

٢. أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢، القاضي جعفر ناصر حسين، فتحي الجواري، إصدارات مجلة التشريع والقضاء، المجلد ٥، آذار ٢٠١٣.

٣. أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٨، المجلد ٩، ط١، دار الرافدين، لبنان- بيروت، ٢٠١٩.

٤. أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعامين ٢٠١٤ - ٢٠١٥، جمعية القضاء العراقي، المجلد ٧، ٢٠١٧.

٥. أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعامين ٢٠١٦ و ٢٠١٧، القاضي جعفر ناصر حسين، إصدارات المحكمة الاتحادية العليا، المجلد ٨، كانون الثاني/ ٢٠١٨.

٦. تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية رقم (٢٦) لسنة ٢ ق، إعداد المستشار عبد الرحمن نصير، فبراير ١٩٨٤، غير منشور.

٧. حكم المحكمة العليا (المصرية) في القضية رقم (١٠) لسنة ٥، ق، جلسة ١٩٧٦/٧/٣، غير منشور.

٨. المحامي حسام محفوظ، الموسوعة الدستورية الشاملة لجميع أحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها بالتفسير منذ انشاء المحكمة وحتى اخر مايو ١٩٩٨، الحضري للطباعة، الإسكندرية.

٩. المستشار رجب عبد الحكيم سليم: المحكمة الدستورية العليا، ج ١٤، الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ٢٠١٢ حتى آخر يونيو ٢٠١٣، جمهورية مصر العربية.

١٠. المستشار رجب عبد الحكيم سليم، الموسوعة الدستورية المصرية، ج١، ط١، ٢٠١١.

١١. محاضر اجتماعات لجنة كتابة الدستور العراقي ٢٠٠٥، المجلد الأول، ط١، ٢٠١٨.

١٢. محاضر الاعمال التحضيرية لدستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤، منشورة على موقع منشورات قانونية الآتي:https://manshurat.org

١٣. محاضر جلسات لجنة اعداد الدستور احدى لجان الجمعية الوطنية الانتقالية، اعداد قسم الوثائق/ الدائرة البرلمانية، من دون سنة طبع.

سادساً- المواقع الالكترونية:

١. موقع الألوكة: https://www.alukah.net.

٢. موقع المحكمة الاتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq.

٣. موقع المكتبة العربية لحقوق الانسان/ جامعة منيسوتا: http://hrlibrary.umn.edu/arabic/.

سابعاً- المصادر الأجنبية:

1- Oday Talal Mahmood, The Basis for Judicial Review in the Federal Supreme Court in Iraq: Mediating between Democracy and Human Rights through Islam's Settled Rulings. Diss. University of Pittsburgh, 2019.

الهوامش

(١) أشار إلى هذه المذكرة التفسيرية، د. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، تقديم الأمام الأكبر د. عبد الحليم محمود، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، من دون سنة طبع، ص ١٥ وما بعدها؛ د. علي حسين نجيده، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٨.

(٢) ينظر: المستشار رجب عبد الحكيم سليم، الموسوعة الدستورية المصرية، ج١، ط١، ٢٠١١، ص ٤٢ وما بعدها.

(٣) ينظر: حديث الأستاذ نهاد أبو القمصان، محضر اجتماع (لجنة الخمسين) رقم (٥) المنعقد في يوم الأربعاء ١١ ديسمبر ٢٠١٣، ص ٢١. محاضر الاعمال التحضيرية منشورة على موقع منشورات قانونية الآتي: https://manshurat.org تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٢٨.

(٤) ينظر: حديث الأستاذة منى ذو الفقار (نائب رئيس اللجنة)، محضر اجتماع (لجنة الخمسين) رقم (١٠) المنعقد في يوم الأربعاء ٩ اكتوبر ٢٠١٣، مرجع سابق، ص ٣٩ وما بعدها.

(٥) ينظر: حديث د. جابر جاد نصار (المقرر العام)، محضر اجتماع (لجنة الخمسين) رقم (١٩) المنعقد في يوم الاحد ٣ نوفمبر ٢٠١٣، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٦) ينظر: سميرة مسلم محمد الجهني، أساليب الاختصاص والاستغراق في اللسان العربي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية اللغة العربية، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، ١٤٠٧/١٤٠٦ هـ، ص ٨٤ وما بعدها.

(٧) ذهب البعض من أصحاب اللغة إلى ضرورة حذف الياء النسبية من الصفة (الرئيسي)؛ لأنها ليست من الاستعمالات العربية، على اعتبار ان عبارتي (الرئيس) و (الرئيسة) من الصفات المصوغة على وزن فعيل، ومؤنثة فعيلة، كالشريف والشريفة، والنجيب والنجيبة، ومن ثم لا يمكن ان يُقال للشريف شريفي، للمزيد من التفاصيل ينظر: د. مصطفى جواد، قل ولا تقل، ج ١، ط١، دار المدى للثقافة والنشر، سوريا/ دمشق، ٢٠٠١، ص ١٤٧- ١٤٩ لكن نجد ان مجمع اللغة العربية في القاهرة قد قرر صحة استعمال الياء إلى كلمة (رئيس) لتصبح (رئيسيّ)، ينظر: ما الفرق بين الرئيسة والرئيسية، موضوع منشور على موقع الالوكه الآتي: https://www.alukah.net/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٣.

(٨) ينظر: حديث د. همام حمودي (رئيس لجنة كتابة الدستور)، محضر جلسة يوم الاحد ١٠/تموز/٢٠٠٥/الجزء الأول/ اللجنة الدستورية، محاضر اجتماعات لجنة كتابة الدستور العراقي ٢٠٠٥، المجلد الأول، ط١، ٢٠١٨، ص ٢٠٣.

(٩) ينظر: حديث جلال الدين الصغير (عضو لجنة كتابة الدستور/ عضو لجنة المبادئ الاساسية)، محضر جلسة يوم الاحد ١١/تموز/٢٠٠٥/الجزء الأول/ اللجنة الدستورية، المرجع نفسه، ص ٣٢١. وقد أيدّ كلامه السيد د. محسن القزويني (عضو لجنة كتابة الدستور/ عضو لجنة المبادئ الاساسية)، معتبراً بان عبارة "مصدر رئيسي للتشريع" مخففة أكثر من عبارة "مصدر وحيد للتشريع"، المرجع نفسه، ص ٣٢٢. كما تحدث جلال الدين الصغير في رده على مسألة الفرق ما بين عبارة "مصدر رئيسي" و "مصدر رئيسي من مصادر التشريع" من ان كلا العبارتين على المستوى القانوني واحد، فعبارة (من) تفيد التبعيض، المرجع نفسه، ص ٣٢٤.

(١٠) ينظر: حديث جلال الدين الصغير (عضو لجنة كتابة الدستور/ عضو لجنة المبادئ الاساسية)، محضر جلسة يوم الاحد ١١/تموز/٢٠٠٥/الجزء الأول/ اللجنة الدستورية، مرجع سابق، ص ٣٢٧. كما اصرّ في مورد آخر على الإبقاء على عبارة (مصدر أساسي) أو (مصدر رئيسي) أما اذ وضع النصّ بصيغة (مصدر من مصادر التشريع) أو (مصدراً للتشريع) ففيه تضعيف للإسلام، وهي عبارة عامة، المرجع نفسه، ص ٣٣١.

(١١) ينظر: حديث السيد د. محسن القزويني (عضو لجنة كتابة الدستور/ عضو لجنة المبادئ الاساسية)، محضر جلسة يوم الاحد ١١/تموز/٢٠٠٥/الجزء الأول/ اللجنة الدستورية، مرجع سابق، ص ٣٣٠ وما بعدها. كما كان له رأي في مورد آخر، بضرورة الأخذ بأوسط التعبيرين وهو (مصدر أساسي)، ومن ثم يمكن إضافة تكملة العبارة (ولا يجوز سنّ قانون...)، اما ذكر مصدراً وحيداً فلا حاجة لعبارة (ولا يجوز سنّ...)، محضر جلسة يوم الثلاثاء ١٢/تموز/٢٠٠٥/الجزء←

→الثالث/اللجنة الأولى/ لجنة المبادئ الأساسية، محاضر اجتماعات لجنة كتابة الدستور العراقي ٢٠٠٥، المجلد الأول، مرجع سابق، ص ٤٢٩ وما بعدها.

(١٢) ينظر: حديث السيد ضياء الشكرجي (عضو لجنة كتابة الدستور/ عضو لجنة المبادئ الاساسية)، محضر جلسة يوم الاحد ١١/تموز/٢٠٠٥/الجزء الأول/ اللجنة الدستورية، مرجع سابق، ص ٣٣١.

(١٣) ينظر: حديث السيد أحمد الصافي (عضو لجنة كتابة الدستور/ رئيس لجنة المبادئ الاساسية)، محضر جلسة يوم الثلاثاء ١٢/تموز/٢٠٠٥/لجنة المبادئ الأساسية/ اللجنة الأولى، محاضر اجتماعات لجنة كتابة الدستور العراقي ٢٠٠٥، المجلد الأول، مرجع سابق، ص ٣٣١.

(١٤) ينظر: حديث السيد اياد السامرائي (ممثل عن المكون السني)، محضر جلسة يوم الثلاثاء ١٢/تموز/٢٠٠٥/ لجنة المبادئ الأساسية/ اللجنة الأولى، مرجع سابق، ص ٣٧٨. وحديثه في محاضر جلسات لجنة اعداد الدستور احدى لجان الجمعية الوطنية الانتقالية، اعداد قسم الوثائق/ الدائرة البرلمانية، من دون سنة طبع، ص ٢٤٧. حيث طالب بان يكون النصّ (المصدر الرئيس للتشريع) بإضافة الالف واللام، لتكون اقوى من مصدر رئيس وأكثر تحصيناً. لكن السيد محمود عثمان (عضو لجنة كتابة الدستور/ عضو لجنة المبادئ الاساسية) تحفظ على إضافة الالف واللام، محضر جلسة يوم الثلاثاء ١٢/تموز/٢٠٠٥/ لجنة المبادئ الأساسية/ اللجنة الأولى، المرجع نفسه، ص ٣٨٣.

(١٥) ينظر: حديث السيد د. فؤاد معصوم (عضو لجنة كتابة الدستور/ النائب الأول لرئيس لجنة كتابة الدستور)، محضر جلسة يوم الاثنين ٢٠٠٥/٨/١، محاضر جلسات لجنة اعداد الدستور احدى لجان الجمعية الوطنية الانتقالية، مرجع سابق، ص ٢٤٥. كذلك حديث السيد ديندا شفيق (عضو لجنة كتابة الدستور)، المرجع نفسه، ٢٤٥.

(١٦) ينظر: حديث السيد محمود عثمان (عضو لجنة كتابة الدستور/ عضو لجنة المبادئ الأساسية)، محضر جلسة يوم الثلاثاء ١٢/تموز/٢٠٠٥/لجنة المبادئ الأساسية/ اللجنة الأولى، مرجع سابق، ص ٣٨٠. وحديثه في محضر جلسة يوم الاثنين ٢٠٠٥/٨/١، محاضر جلسات لجنة اعداد الدستور احدى لجان الجمعية الوطنية الانتقالية، مرجع سابق، ص ٢٤٦. وحديث د. وائل عبد اللطيف (عضو لجنة كتابة الدستور/ عضو لجنة الحقوق والحريات)، المرجع نفسه، ص ٢٤٧.

(١٧) ينظر: حديث السيد اياد السامرائي (ممثل عن المكون السني)، محضر جلسة يوم الثلاثاء ١٢/تموز/٢٠٠٥/لجنة المبادئ الأساسية/ اللجنة الأولى، مرجع سابق، ص٣٨٠. وقد ايدّ كلامه السيد أحمد الصافي (عضو لجنة كتابة الدستور/ رئيس لجنة المبادئ الاساسية)، بالقول من "ان هذا الاعمام مسكوت عن بقية المصادر، يعني نحن عرفناه رئيس بهذا التعبير فقد امنا جانبه، يعني أقول رئيس من مصادر التشريع، عشرة مصادر عندنا لكنها غير رئيسية، فكيف تكون مسكوت عنها ونعبر عنها رئيسية"، المرجع نفسه، ص٣٨٠.

(١٨) ينظر: حديث السيد حسن الياسري (خبير)، محضر جلسة يوم الثلاثاء ١٢/تموز/٢٠٠٥/الجزء الثالث/اللجنة الأولى/ لجنة المبادئ الأساسية، محاضر اجتماعات لجنة كتابة الدستور العراقي ٢٠٠٥، المجلد الأول، مرجع سابق، ص٤٣٢.

(١٩) ينظر: د. يسري محمد العصار، مقارنة بين دستور ٢٠١٢ ودستور ٢٠١٤ في مصر، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، "عدد خاص بالأوراق النهائية التي قدمت في مؤتمر الكلية الأول "المتغيرات القانونية المعاصرة في الوطن العربي"، ع (٤) س١، ديسمبر ٢٠١٣، ص٥٨.

(٢٠) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٩/اتحادية/اعلام/٢٠١٥) في ٢٠١٥/٥/٤، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعامين ٢٠١٤ - ٢٠١٥، جمعية القضاء العراقي، المجلد ٧، ٢٠١٧، ص ١٩٠ وما بعدها.

(٢١) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٥٤/اتحادية/٢٠١٩) في ٢٠١٩/٧/٢٩، https://www.iraqfsc.iq/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٤/٦.

(٢٢) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٢٩/اتحادية/٢٠١٨) في ٢٠١٨/٣/١١، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٨، المجلد ٩، ط١، دار الرافدين، لبنان- بيروت، ٢٠١٩، ص٩٣- ٩٦.

(٢٣) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٥٥/اتحادية/٢٠١٦) في ٢٠١٦/٨/٢٣، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعامين ٢٠١٦ و ٢٠١٧، القاضي جعفر ناصر حسين، إصدارات المحكمة الاتحادية العليا، المجلد ٨، كانون الثاني/ ٢٠١٨، ص٣٥ وما بعدها.

(٢٤) ينظر: د. أحمد زكي الشيتي، عدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدفع بعدم دستورية القوانين لمخالفتها للشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة، ع ١ و٢، س ٦٦، يناير وفبراير ١٩٨٦، ص ٤٧.

(٢٥) ينظر: د. فاروق عبد الكريم، الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع بحث منشور في مؤلف: الدساتير العراقية ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية، ط١، المعهد الدولي لحقوق الانسان، كلية الحقوق بجامعة دي بول، ٢٠٠٥، ص ٣٠٧، منشور على الرابط الالكتروني:
https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/publications/Documents/Iraqi%20Constitutional%20Studies%20Basic%20Principles%20for%20the%20New%20Iraqi%20Constitution.pdf تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/٧؛ د. سمير داود سلمان وعودة يوسف سلمان، الحماية الدستورية لثوابت الإسلام وأثرها على التشريع الجنائي العراقي، مجلة القانون المقارن، ع ٦٦، جمعية القانون المقارن العراقية، ٢٠٠٩، ص ١٣٤ وما بعدها.

(٢٦) ينظر: د. أحمد شرف الدين، مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية (تعليق على حكمين للمحكمة الكلية في ٧٩/٤/٢١)، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة/جامعة الكويت، ع١، س٤، يناير ١٩٨٠، ص ١٩٨ وما بعدها.

(٢٧) ينظر: د. عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص٢١ وما بعدها. ويرى ان التعبيرين (مصدر رئيسي) أو (المصدر الرئيسي) لا يختلفان مغزىً ومعنىً وان اختلفا خلافاً يسيرى لفظاً ومعنىً، ويخلص، ان النقاش والخلاف الحاصل حولهما لا يعدو ان يكون كمسدس يطلق في الفضاء لا يحدث إلاّ بعض الضوضاء ولكن آثاره هباء في هباءً، المرجع نفسه، ص ١٦. وقد ايده في ذلك د. جاسم علي الشامسي، دور الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الحقوق، ع ١، س ٢٣، جامعة الكويت، ١٩٩٩، ص١٦٦.

(٢٨) ينظر: د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، مكتبة السنهوري، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١، ص ١٢١.

(٢٩) حيث يرى د. عبد الحميد متولي، ان القول بأن ما يخالف الشريعة الإسلامية من التشريعات السابقة على صدور الدستور تعدُّ باطلة أو ملغاة، فان مثل هذا التفسير لنص المادة الثانية من الدستور يتعارض مع روح التشريع الإسلامي التي تتطلب اتباع روح الاعتدال، وسنة التدرج، ومراعاة مبادئ المصلحة والضرورة، ونفي الحرج. مرجع سابق، ص ٢٢.

(٣٠) ينظر: المستشار د. مصطفى أحمد سعفان، تطبيق الشريعة الإسلامية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، ع ٦، س ٢، أكتوبر- ٢٠٠٤، ص ٣٦.

(٣١) ينظر: أحمد محمد أمين محمد، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٣٢) ينظر: د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص١٨٩؛ د. محمد علي سويلم، الدستور الانتقالي في ضوء الفقه والقضاء الدستوري دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة للإعلان الدستوري والاعلان الدستوري المكمل، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٣، ص٦٤ وما بعدها. في حين يرى د. سليمان محمد الطماوي، ان تجريد عبارة (مصدر) من الالف واللام يجعل النصّ بلا فائدة، لأنه يضع الشريعة الإسلامية على قدم المساواة مع مصادر القاعدة القانونية الأخرى. ينظر: مؤلفه: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط٦، دار الفكر العربي، ١٩٩٦، ص٣٤٨.

(٣٣) ينظر: عادل عمر شريف، قضاء الدستورية "القضاء الدستوري في مصر"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ص٢٣٢- ٢٣٧؛ أحمد محمد أمين محمد، حدود السلطة التشريعية (دراسة مقارنة

بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي)، أطروحة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة للحصول على شهادة الدكتوراه، ٢٠٠١، ص١٩٥ ؛ مسعد محمد علي خطاب، الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في الفقه الإسلامي والنظم الدستورية المعاصرة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق/ جامعة بنها، ١٩٩٩، ص٤٠٦ وما بعدها. وقد ايد هذا الرأي د. محمد علي سويلم، لكن خالفه فيما خلص إليه من تقدم مبادئ الشريعة على النصوص التشريعية ومقيدة بالمبادئ الدستورية الأخرى في وقتاً واحد، حيث يرى د. محمد علي سويلم، ان الشريعة تعلو ولا يعلى عليها، ومن ثم تعتبر الشريعة قيداً على التشريع بصفة مطلقة، فالمساواة والحريات يجب أن تكون في ضوء أحكام ومبادئ الإسلام، فالمبادئ الدستورية لا يجوز تفسيرها بمعزل عن مبادئ الشريعة الإسلامية بل يجب ان تفسر هذه النصوص جميعها باعتبارها وحدة متكاملة ومتجانسة، الدستور الانتقالي، مرجع سابق، ص٥٩ وما بعدها. كذلك مؤلفه: الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٣، ص٢٣٧ وما بعدها.

(٣٤) ينظر: د. محمد أحمد مفتي، د. محمد السيد سليم، الإسلام في دساتير الدول الإسلامية (دراسة مقارنة)، جامعة الملك سعود/ كلية العلوم الإدارية، البحوث الفائزة بجائزة دلة في العلوم الإدارية، ١٤٠٨/١٤٠٩ هـ، ص ١٧، متاح على موقع شبكة الالوكه المشار إليه سابقاً ؛ د. علي عيسى اليعقوبي، البُعد المدني والبُعد الإسلامي في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ – رؤية تحليلية، مجلة حوار الفكر، ع ٢٥-٢٦، المعهد العراقي لحوار الفكر، ٢٠١٢، ٦٠ وما بعدها؛ نادر جلبي، إشكالية الدين في الدستور السوري المقبل، مركز حرمون للدراسات المعاصرة، الدوحة/ قطر، ٢٠١٦، ص ٥-٧. منشور على موقع المركز الآتي: https://www.harmoon.org، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/١.

(٣٥) ينظر: د. ماجد راغب الحلو، الدولة في ميزان الشريعة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ٣٠ وما بعدها؛ ومؤلفه ايضاً: من دستوريات القرآن (سلطة الدولة – حريات الأفراد)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص١٩١.

(٣٦) ينظر: د. عصام أنور سليم، دور القضاء في تفعيل ثوابت الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤، ص٢٦.

(٣٧) ينظر: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، ط٤، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص٣٣١.

(٣٨) ينظر: عبد الرضا علي الأسيري، الإسلام في دساتير دول مجلس التعاون الخليجي، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع الجمعية العربية للعلوم السياسية، بيروت، ع ١٣، ٢٠٠٧، ص١٣٠.

(٣٩) ينظر: عبد الحميد عبد اليمه جعفر، ، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠١٩، ص٤٠.

(٤٠) ينظر: حيدر حسين علي الكريطي، التوفيق بين أحكام التجريم والعقاب وثوابت أحكام الإسلام (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٥، ص٥٩.

(٤١) ينظر: أ.م. حسين عذاب السكيني، الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي (دراسة قانونية ورؤية سياسية) (٢) العلاقة بين الدين والدولة، ط، ١، للغدير للطباعة- البصرة، ٢٠٠٨، ص٣٦.

(٤٢) See: Oday Talal Mahmood, The Basis for Judicial Review in the Federal Supreme Court in Iraq: Mediating between Democracy and Human Rights through Islam's Settled Rulings. Diss. 47.University of Pittsburgh, 2019. P.

(٤٣) ينظر: د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص٢٢٥.

(٤٤) ينظر: د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص١٨١.

(٤٥) ينظر: د. وليد المخزومي، الاحكام القانونية المستنبطة من قاعدة الإسلام مصدر أساس للتشريع (قراءة موازنة في الدستور العراقي والمقارن)، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا المشار إليه سابقاً.

(٤٦) ينظر: د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص١٨٩.

(٤٧) ينظر: د. وائل محمد يوسف، نطاق تطبيق المحكمة الدستورية العليا للمادة الثانية من الدستور (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، من دون دار نشر، ٢٠٠٩، ص ٣١١؛ ماجد راغب الحلو، الدولة في ميزان الشريعة، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها؛ ومؤلفه ايضاً: من دستوريات القرآن (سلطة الدولة – حريات الأفراد)، مرجع سابق، ص١٩١.

(٤٨) ينظر: عادل عمر شريف، مرجع سابق، ص٢٣٢- ٢٣٧؛ أحمد محمد أمين محمد، مرجع سابق، ص١٩٥؛ مسعد محمد علي خطاب، مرجع سابق، ص٤٠٦ وما بعدها. د. محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، مرجع سابق، ص ٢٣٧ وما بعدها؛ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص٣٣١.

(٤٩) ينظر: حديث السيد د. محسن القزويني (عضو لجنة كتابة الدستور/ عضو لجنة المبادئ الاساسية)، محضر جلسة يوم الاحد ١١/تموز/٢٠٠٥/الجزء الأول/ اللجنة الدستورية، مرجع سابق، ص ٣٣٠ وما بعدها. وحديثه في محضر جلسة يوم الثلاثاء ١٢/تموز/٢٠٠٥/الجزء الثالث/اللجنة الأولى/ لجنة المبادئ الأساسية، محاضر اجتماعات لجنة كتابة الدستور العراقي ٢٠٠٥، المجلد الأول، مرجع سابق، ص٤٢٩ وما بعدها.

(٥٠) ينظر: حديث السيد اياد السامرائي(ممثل عن المكون السني)، محضر جلسة يوم الثلاثاء ١٢/تموز/٢٠٠٥/لجنة المبادئ الأساسية/ اللجنة الأولى، مرجع سابق، ص ٣٧٨. وحديثه في محاضر جلسات لجنة اعداد الدستور احدى لجان الجمعية الوطنية الانتقالية، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

(٥١) ينظر: د. علي هادي عطية الهلالي، مرجع سابق، ص ١٢١؛ د. حسن الياسري، شبهات وردود حول الدستور العراقي الدائم – قراءة قانونية -، ط١، المعهد العراقي لحوار الفكر، ٢٠١٣، ص ٦٧- ٧٠.

(٥٢) ينظر: حكم المحكمة العليا في القضية رقم (١٠) لسنة ٥، ق، جلسة ١٩٧٦/٧/٣، غير منشور.

(٥٣) ينظر: د. مصطفى محمد عرجاوي، النظرية العامة للقانون، دار الازهر للطباعة، ١٩٨٥، ص ١٦٢. كذلك أشار قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٥٤/اتحادية/٢٠١٦) الصادر في ٢٠١٦/٨/٢٣، إلى مصطلح (الشارع). ينظر: أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعامين ٢٠١٦ و ٢٠١٧، مرجع سابق، ص ٣٧ وما بعدها.

(٥٤) ينظر: تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية رقم (٢٦) لسنة ٢ ق، إعداد المستشار عبد الرحمن نصير، فبراير ١٩٨٤، غير منشور، ص ٧٣.

(٥٥) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٠ لسنة ١ ق. د، جلسة ٤/ مايو/١٩٨٥، منشور على موقع المكتبة العربية لحقوق الانسان/ جامعة منيسوتا: http://hrlibrary.umn.edu/arabic/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٤/٢١.

(٥٦) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق. د، جلسة ١٩٩٧/٣/١، مشار إليه في مؤلف: المحامي حسام محفوظ، الموسوعة الدستورية الشاملة لجميع أحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها بالتفسير منذ انشاء المحكمة وحتى اخر مايو ١٩٩٨، الحضري للطباعة، الإسكندرية، ص٤٨٢- ٤٨٧.

(٥٧) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥ لسنة ٨ ق. د، جلسة ٦/ يناير/١٩٩٦، المرجع السابق، ص ٤٧١-٤٨١.

(٥٨) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤ لسنة ٢٢ ق. د، جلسة ٢/ يونيو/٢٠١٣، المستشار رجب عبد الحكيم سليم: المحكمة الدستورية العليا، ج ١٤، الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ٢٠١٢ حتى آخر يونيو ٢٠١٣، جمهورية مصر العربية، ص٦٠٣- ٦٠٩.

(٥٩) ينظر: قراري المحكمة الاتحادية العليا رقم (٥٤/اتحادية/٢٠١٦) في ٢٠١٦/٨/٢٣؛ (٦٩/اتحادية/٢٠١٢) في ٢٠١٢/١٢/٤، القرار الأول سبق الإشارة إليه، أما القرار الثاني منشور في مؤلف: أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢)، القاضي جعفر ناصر حسين، فتحي الجواري، إصدارات مجلة التشريع والقضاء، المجلد ٥، آذار ٢٠١٣، ص ٧٠ وما بعدها.

(٦٠) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٢١/اتحادية/٢٠١٣) في ٢٠١٤/٥/٥، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعامين ٢٠١٤-٢٠١٥، مرجع سابق، ص ١٤ وما بعدها. ويلاحظ ورد الخطأ في سنة صدور قرار المحكمة بطريق السهو في هذا المؤلف بان تاريخه هو ٢٠١٣/٥/٥، في حين ان سنة صدور القرار (الأصل) كما هو منشور على موقع المحكمة والذي جرى اعتماده هو ٢٠١٤/٥/٥؛ لذا اقتضى التنويه.

(٦١) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٢٩/اتحادية/٢٠١٩) في ٢٠١٩/١١/١١، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا المشار إليه سابقاً.

(٦٢) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٣٢/اتحادية/٢٠١٧) في ٢٠١٨/٢/٥، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٨، مرجع سابق، ص٢٣- ٢٦.

(٦٣) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٥٩/اتحادية/٢٠١١) في ٢٠١١/١١/٢١، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١١، جمعية القضاء العراقي، المجلد ٤، اذار ٢٠١٢، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٦٤) ينظر: قرارات المحكمة الاتحادية العليا المرقمة: (١٨/اتحادية/٢٠١٢)؛ (١٩/اتحادية/٢٠١٢)؛ (٢٠/اتحادية/٢٠١٢) في ٢٠١٢/٥/٢٠، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢، مرجع سابق، ص ٤٦ – ٤٩.