معايير المحكمة الاتحادية العليا في تحديد ثوابت الشريعة

أ.م عبد الباسط عبدالرحيم عباس(*)

الملخص

ان حداثة القضاء الدستوري في العراق والمتمثل بتشكيل المحكمة الاتحادية العليا ، وهي التجربة الاولى في هذا المجال ،مما هيأ ساحة واسعة للباحثين وقدمت على مدار الاعوام المنصرمة العديد من الدراسات والتي انصب جلها حول العوار الدستوري في قانون تشكيلها ، بدعي انه اصبح متعارضا ونصوص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ، وخصوصا ما تعلق منها باقحام خبراء الفقه الاسلامي ضمن هيأة المحكمة ، وقد تباينت تلك الدراسات ما بين مؤيد ومعارض ولكل فريق حججه واسانيده التي ساقها دعما للاراء المتبناة من قبله .ورغم كل ما تم طرحه استمرت المحكمة على ذات التشكيلة -اي من القضاة حصرا دون سواهم – حتى بعد التعديل الذي اصاب قانون تكوينها ، والذي اكسبته المحكمة الاتحادية غطاء دستوريا بقرارها المتخذ في دعوى الطعن بعدم دستوريته ، حاسمة بذلك الجدل الفقهي المثار بشأنه، رغم انه لم يلق استحسانا لدى الكثير من المختصين في القضاء الدستوري ،متخوفين من عجز المحكمة على التعامل مع هكذا دعاوى اذا ما ركنت الى خبرة قضاتها القانونية منفردين بها دون الاستعانة بفقهاء الشريعة الذين لديهم الخبرة الوافية باحكام الشريعة الاسلامية .

وانطلاقا من تلك المعطيات ؛ارتئينا ان نتعمق بالبحث بثوابت احكام الاسلام لاجل الوقوف على ماهيتها وصعوبات تحديدها ومعوقات الاجماع عليها في ظل التنوع المذهبي في العراق الذي انعكس على تباين طرق استنباط الاحكام الشرعية لاختلاف مشاربهم وتوجهاتهم، هذا من جانب ومن جانب اخر ،بدأنا في بحثنا من حيث انتهى الباحثون في دراساتهم المتعلقة بالمحكمة الاتحادية ، سعيا منا لتتبع مسارها القضائي في هذا الجانب والمعايير التي استندت اليها في استنباط الاحكام الشرعية في الدعاوى الدستورية المقامة امامها والمتعلقة بالطعن بالقوانين النافذة بدعي مخالفتها لاحكام ثوابت الاسلام ، محاولين الوقوف على كم ونوعية انجازاتها في ذلك ،لكي نتمكن من الوصول الى تقييم موضوعي لهذا المسار ،وبيان نقاط القوة والضعف واقتراح ما نراه ملائما متوخين في ذلك المساهمة في تجاوز اماكن الخلل للوصول بالتجربة الفتية الى حالة النضوج المرضي والتقرب من الكمال وملامسة التمام.

الكلمات المفتاحية: ثوابت الاسلام ، دستورية القوانين ، المحكمة الاتحادية العليا

(*) جامعة ديالى / كلية القانون والعلوم السياسية abdalbaset_abass@uodiyala.edu.iq

المقدمة

ان تقييم اي عمل حديث العهد يرتبط بعامل الزمن في ضوء مخرجاته او نتاجاته ، وعادتا ما ترافقه اثارة الكثير من الاشكالات والرؤى والتصورات القادحة والمادحة لحين الوصول الى حالة من الرضى او الاستقرار النسبي ، وهذا وينطبق على تجربة القضاء الدستوري في العراق ،والتي تختلف بطبيعة الحال عن القضاء العادي والاداري ،والتي كانت مدعاة للكثير الاشكالات وخصوصا ما تعلق منها بالعوار الدستوري في تشكيلة المحكمة واقتصاره على القضاة دون فقهاء الشريعة الاسلامية واساتذة القانون .الامر الذي شغل المختصين والباحثين في مجال القضاء الدستوري اخذين بعين الاعتبار مكانة ودور المحكمة الاتحادية العليا في حماية المشروعية الدستورية وتحقيق العدالة الدستورية في ظل مبادئ دستور ٢٠٠٥،الا ان الملاحظ على اغلب هذه الدراسات هو اتسامها بالطابع النظري ،بل حتى بعضها الاخر التي توصف بكونها دراسات تطبيقية الا انها اتسمت بالعمومية الشاملة لاختصاصات المحكمة ،بل حتى المتعلق منها بدستورية القوانين لم يتعمق بما يكفي للإحاطة بجزئية ثوابت الشريعة الاسلامية والتي عدها الدستور حاكمة لدستورية القوانين ووجوب عدم مخالفتها ، هذا من جانب ومن جانب اخر ؛ فان تقييم التجربة القضائية يتطلب تتبع دقيق للمسار القضائي ،وتحليل محتوى القرارات الصادرة بهذا الخصوص لتقديم ما نعتقد انه دعما للوصول الى التقرب من التمام او ملامسة الكمال .

وبما انه لا يخفى على المختصين ،ان مهمة القاضي تختلف عن مهمة خبير الفقه الاسلامي ،فالتساؤل الذي يثار في مدى امكانية الاستغناء عن خبرة فقهاء الشريعة وانفراد قضاة المحكمة الاتحادية في استنباط الاحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية ، وهنا تبرز اشكالية قدرة المحكمة الاتحادية العليا في تحديد ثوابت احكام الاسلام في مسالة ما في الطعون المقدمة امامها ؟ و المعايير التي اعتمدتها ضبطا لفحواها وتحريا لدلالتها ؟ وهل تمكنت من الجمع ما بين مهمة القاضي ومهمة الخبير الفقهي ؟وهل استطاعت ان تجتاز هذا الاختبار في الدعاوى الدستورية المنظورة من قبلها ؟ وهل ان مسارها القضائي بهذا الخصوص كان من الفاعلية التي تولد قناعة الاستغناء عن خبرة فقهاء الشريعة ؟.

وبناء لتلك المعطيات واعمالا لاهداف البحث وتحريا للوصول الى تقديم حلول لاشكالية الدراسة، اقتضى البحث وفقا للهيكلية الاتية : سنتناول في المبحث الأول ماهية ثوابت الشريعة الاسلامية ، وثوابت الاسلام بين الخيار التشريعي ومسار القضاء الدستوري في المبحث الثاني.

المبحث الأول

ماهية ثوابت الشريعة الاسلامية

اقام العلماء الادلة الكاملة التفصيلية على ان الاحكام الشرعية جاءت لتحقيق مصلحة للافراد، وحمايتهم من المفاسد ، وان الاحكام الشرعية انما انزلت لتأمين مصلحة ما ،او لدفع مفسدة، او لتحقيقهما معا ، وما من مصلحة في الحياة الدنيا والاخرة الا وقد رعاها الله سبحانه، وشرع لها من الاحكام الكفيلة بايجادها اولا ، وحمايتها من الاعتداء عليها ثانيا ، وان المشرع الحكيم لم يترك مفسدة في العاجل او الاجل الا

بينها للناس وحذرهم منها وارشدهم الى اجتنابها والابتعاد عنها[١].

ويتفق العلماء ان الاحكام في الاسلام مرتبة في امرين ، هما : الثوابت والمتغيرات ، وان لم يكن مصطلح الثوابت والمتغيرات معروفا في التراث الاسلامي ، الا ان اكثر الباحثين المعاصرين يستخدمونها لذكر الاحكام المتفق عليها والمختلف فيها[٢] .

هناك الكثير من المفاهيم التي كثر تداولها واستعمالها الى درجة اصبح معها واضحا وضوح المألوف من الاشياء ، ولكن من الصعوبة تحديدها وتعريفها . وثوابت احكام الاسلام من هذه المفاهيم ، اذ يتصور الكثيرين برؤية سطحية ان الثوابت تكمن في الاحكام الواردة في القران الكريم والسنة النبوية والاجماع دون التعمق في ثنايا الجدل الفقهي بشأن الاتفاق على تحديد صورها وخضوعها للاجتهاد ،وسوف نستعرض معنى الثوابت الاسلامية والجدل الفقهي بشأنها وفقا للاتي :

المطلب الأول

المقصود بثوابت الشريعة وعوائق تحديدها

درجت معاجم اللغة العربية على تعريف المصطلح بعده قائما لذاته ، وفي احيان كثيرة تعرفه من خلال بيان الشيء بذكر متضاده ، والثبات عكس الزوال ، يقال ثبت يثبت ثباتا، قال تعالى "يا أيها الذين امنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا "وقوله سبحانه "يثبت الله الذين امنوا بالقول الثابت في الحياة الدنيا " اي : تقويتهم بالحجج .وقوله سبحانه " ولو انهم فعلوا ما يوعظون به لكان خيرا لهم واشد تثبيتا "[٣]. واما التغيير: هو احداث شيء لم يكن قبله ، والتغير: هو انتقال الشيء من حالة الى حالة اخرى .

والتغيير ، عبارة عن تبديل صفة الى صفة اخرى[٤] ، وهو اما في ذات الشيء او جزئه او الخارج عنه[٥] . وغيرت الشيء فتغير .وتغايرت الاشياء اختلفت[٦].

ويستشف من ذلك ؛ ان الثبات هو الدوام والاستقرار في مقابل التحول والاختلاف .فالمتغير ، هو الذي لا يوصف بالثبات ، بمعنى له قابلية التحول والتبدل والاختلاف ، وكل ما لا يقبل التغيير فهو ثابت .

وما نريد الوصول اليه من ذلك ؛هو الوقوف على مبتغى اختيار واضعي دستور ٢٠٠٥ لمفردة " ثوابت " دون سواها ، على اعتبار وكما هو مسلم به ، ان الالفاظ التي يتم انتقاؤها في الدساتير لها دلالاتها في موضع الحاجة لها في النص الدستوري ، لوضع ارادته موضع التنفيذ بأكبر قدر ممكن من الوضوح ، والابتعاد بالنص الدستوري عن اشكالية الغموض والضبابية وتجنيبه قدر المستطاع التفسيرات التي تهوي به الى قاع المعاني المغايرة او ربما وضعه في مواقع لا يهدف المشرع الدستوري توخيها او اعمالها ،اذ ان الالفاظ التي يختارها واضعوا الدستور في الصياغة وتثبت في الوثيقة الدستورية يقصد منها معان محددة ،لذا اقتضى الانكفاء على معناه .

ويقصد بالثوابت ؛هي الاحكام القطعية ومواقع الاجماع الواردة حججها البينة في القران الكريم ، او على لسان النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) وهي غير قابلة للاجتهاد والتطوير[٧] .

والمـراد من القطعيات ، هي قطعي الثبوت والدلالـة ، وذلك اما من القران الكريم او السنة النبويـة المتواترة ، والاجماع هو ثوابت مطلقة لا تحـل المنازعة فيها وكل ما لم يقم عليه دليل قاطع من نص صريح او اجماع صريح فهو من المتغيرات[٨] .

وتبعا لذلـك فان المتغيرات هـي : " اقوال الفقهـاء المتنوعة ليس مـن الواجب اتباعها ولا يأثم من يخالفها ، فأن اصحابها لم يدعوا ان ذلك مـا امر الله او رسوله ، انمـا هو رأي اجتهادي قابل للأخذ والرد والقبول والرفض "[٩].

وفي ذلك يقول الامام الشافعي :" ان الحجة البينـة في كتاب الله او على لسـان نبيه لا يحل للمسلـم القول بخـلاف واحد منهـا ". وما كان مـن ذلك يحتمل التأويل ويـدرك قياسا ، فذهب المتـأول او القائس الى معنـى يحتمله الخبر او القياس وان خالفه في ذلك غيره ، ولا يعني ذلك انه يضيف عليه ضيف الخلاف في المنصوص، ومثالـه (الاقراء) واحتمـال تفسيرها بالاطهار والحيض[١٠]

ودائـرة الثوابـت انمـا تكـون فـي كليات الشريعـة واغلب مسائـل الاعتقـاد ، واصول المحرمـات واصـول الفرائـض ، واصـول الفضائـل والاخـلاق ، وابرز ميادينهـا العقائد والعبادات والاخلاق واصول المعاملات[١١] .

ان العقائـد (مسائل الايمـان)، والعبادات (اركـان الاسـلام) والاخـلاق ،او مجموعـة الفضائل الخلقية،هي ثوابت الدين التي لا يجوز فيها الاجتهاد والاضافة ، فصفات الله عز وجل ، والملائكـة واليوم الاخر وعذاب القبر والجنة والنار وغيرها من الغيبيات ، لا يمكن ان تقبل ايـة اضافة جديدة ، لان ذلك يعني الوصول الى علم جديد عن طريق وحي ، ولا وحي بعد خاتم الانبياء والمرسلين، كما لا جديد بالعبادات ايضا ، لا جديـد في الصـلاة والصوم والحج والزكاة ،ولا يجـوز تغييـر موازيـن الاخـلاق وتربية النفـس والا اختل نظام الاخـلاق وانقلب الحق باطـلا والباطل حقا .فهـذه الثلاثة تكمن الحاجة في ثباتها واستقرارها ،لتطمئن القلوب والعقول وتستقر معها الحياة وليس تغيرها[١٢] .

ومـا كان محل نظر وظـن ، والظن ادراك الطرف الراجح ، والنظر ترتيب امور معلومة للتوصـل بهـا الـى مجهـول ، فهو مكـون من مقدمات قـد تكون ظنية تحتاج الـى اقامة دليل وبيـان جهـة دلالته ، ومـن هنا يمكـن مناقشة الدليـل، ويمكـن مناقشـة دلالته علـى المدلول وكـل ذلك يخرج المسألة من حد الثبات الى حد التغير[١٣] .

وفي ذلك يـرى الشيخ يوسف القرضاوي ؛ ان احكام الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه، تنظـم شؤون الحياة المتنوعـة كنظام المواريث والاسـرة ونحوها ، ونظـام المعاملات ،تكون علـى مستوييـن : يمثل الأول بمستـوى الثبات المتعلـق بالمبـادئ والاسس والاحكـام العامة المنظمـة بنصوص قطعيـة الثبـوت وادلالة ، ولا تتعـدد بشأنها الاجتهـادات ولا تتأثر بتغير المكان والزمان . ومستوى ثاني يتصف بالغير والمرونـة ، وهو ما تعلـق بتفصيل الاحكام في شتى مجالات الحياة ، وبالاخص ما اتصل منها بالاجراءات والكيفيـات ، وهذه نادرا تأتي فيها نصوص قطعية ، بل انها اما ان تكون نصوص احتمالية او متروكة للاجتهاد[١٤] .

ان قطعي الثبت والدلالة ، اما من القران الكريم او السنة المتواترة وكذلك الاجماع ، وان مفهوم المتغيرات لها علاقة متينة بمسألة الترجيح عند اهل الاصول ، وهو تغليب احد الدليلين على الاخر ، وليس خافيا عند اهل الاصول ان الظنيات هي محل الترجيح ، فأينما وجد التعرض كان الترجيح ، لكون الظن متفاوت ، ويكون على المجتهد الاخذ بالظن الراجح وترك المرجوح ومن هذه المعطيات ،فان المتغيرات هي منابع الاجتهاد[١٥] .

ان من خصائص الاسلام ؛ الجمع بين الثبات والمرونة معا في تناغم وتوازن محكم دون الميل الى جانب الفريق القائل بالثبات المطلق ، الذي تتجمد معه الحياة والانسان ، ولم ينحاز الى الفريق القائل بالتغير المطلق ،والذي لم يجعل لشئ ما خلودا او ثباتا ،بل هو وسطا بين الاثنين ، فهناك ثبات وخلود للاصول الكلية ،واما الفروع الجزئية فهي مرنة ومتغيرة قبلة للتطور شأنها في ذلك شأن ما في الحياة والكون من متغيرات جزئية ،ضرورية لحركة الانسان وحركة الحياة[١٦].

ويذهب اخرون؛ الى ان تقسيم الدين الى ثوابت ومتغيرات امرا غير دقيق، لكون الدين كله ثوابت فالله سبحانه وتعالى اكمل دينه في حياة الرسول محمد صلوات الله وسلامه عليه واستقرت الاحكام دون تغير ولا تبدل الى قيام الساعة ، ولا يمكن لاحد بعد الرسول ان يعدل او يغير لقوله عز وجل ((اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا))، فالدين بكل رخصه وعزائمه ثبت واستقر عند وفاة الرسول ،وان مصطلح الثوابت والمتغيرات التي يستخدمها بعض الكتاب والباحثين ؛ ربما تكون الغاية منها تبديل بعض الاحكام التي تتناغم مع اهوائهم ورغباتهم والتي وصفها الباري عز وجل بقوله ((ولو اتبع الحق اهواءهم لفسدت السموات والارض ومن فيهن بل اتيناهم بذكرهم فهم عن ذكرهم معرضون)) ، وان المحمل الصحيح لهذا الاستخدام فالمراد به اجتهاد الفقهاء في حال عدم وجود نصوص قطعية ، وانها قد تتغير من وقت لاخر وفقا للادلة التي تظهر له في كل حين وفي حق كل واقعة ، وهي تعبر عن رأي المجتهد ولا يقال : انه حكم الله ، بل قد يوافق احكام الشارع وقد يخالفها ،وكل قول بين الاخذ والرد الا قول نبي الله ، فاجتهادات الفقهاء لا تنقسم الى ثوابت ومتغيرات ، لكونها ممكنة التغيير ، اما احكام الله فهي غير قابلة للتبديل والتغيير[١٧] .

المطلب الثاني

صعوبات الاجماع على صور محددة لثوابت الشريعة

تختلف الدراسات المعاصرة في تحديد مصطلح الثابت ومنهج التعامل معه ، نظرا الى عدم تحديد ضابط معين يمكن من خلاله فرز الثوابت ، ومن ثم ايجاد معنى جامع لها [١٨].

ومن المتفق عليه ان ماهية ثوابت الشريعة الاسلامية ، هي الاحكام الواردة في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة والاجماع ، لكن الوقوف على هذه الثوابت الثلاث لا زال محل جدل فقهي ولم يحدد لها الفقه صور محددة ، وانما تخضع للرأي والاجتهاد ، وهذا ما سوف نسلط الضوء عليه وفقا للاتي :

اولا: القران الكريم

هو كتاب الله المبين، وقد عني الأصوليون بتعريف القرآن فقالوا: "القرآن الكريم المنزل على سيدنا محمد -صلى الله عليه وسلم- ما بين دفتي المصحف باللفظ العربي المنقول بالتواتر المبدوء بسورة الفاتحة، المختوم بسورة الناس وهو المنزل على محمد -صلى الله عليه وسلم- لفظًا ومعنى وأسلوبًا". وبذلك فأن لا يدخل ضمن نطاقه الاحكام التي انزلها الله سبحانه وبلغها النبي بأسلوبه ،وكذلك ما ثبت بالاحاديث القدسية ، ونصوص القران قطعية من حيث ورودها وثبوتها المنزلة من الله والمبلغة من نبيه الى الناس[١٩].

ومن حيث الدلالة ، فان هناك نصوص قرانية قطعية الدلالة ، ولا فهما مخالفا او تاويلا مغايرا كما في قوله تعالى ((ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد)) ، ففي هذا النص دلالة قطعية على ان فرض الزوج هو النصف لا غير ، ومثال ذلك ايضا ، قوله تعالى ،((الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة)) ، اي ان حد الزنا مائة جلدة بدون زيادة او نقصان ، وكذلك الحد في العقوبات ومقدار الارث .

وبالمقابل هناك نصوص تحتمل التأويل وتدل على معنى مغاير للمعنى الاول وهذه تسمى ظنية الدلالة ،كما في قوله تعالى ((والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء))، فلفظ (قرء)مشترك بين معنيين ؛ فهو يطلق على الحيض وعلى الطهر ايضا ،والنص دل على تربص المطلقات ثلاثة قروء ويحتمل المراد به ثلاثة اطهار او ثلاث حيضات ،فهو نص ليس قطعي الدلالة على معنى محدد لاحتمال قيام المعنيين ولذلك اختلف الفقهاء في عدة المطلقة ذات القرء، فيما لو كانت ثلاثة اطهار ام ثلاثة اطهار ، فالنص ظني الدلالة يكون محل نظر من قبل المجتهدين في كونه استعمل على الحقيقة ام على المجاز ،وفيما اذا كان مشتركا بين معنيين او اكثر ، ومدى تخصيصه بنص اخر اذا كان نصا عاما ،وفيما اذا قيد بنص اخر ان كان نصا مطلقا ،فالنص الظني يدل على معنى مع احتمال الدلالة على غيره[٢٠] .

ومن الجدير بالذكر ، ان استنباط الاحكام الشرعية متباين بين فقيه واخر وفقا لقراءته للنصوص القرانية وفهمه لها ، ، بل ان بعض ائمة المذاهب اختلفت احكامة في واقعة واحدة بين مكان واخر كما هو الحال في فقه الامام الشافعي ما بين العراق ومصر ،والاكثر من ذلك ظهر ما يطلق عليه فقه المسكوت عنه ، فهناك حالات لم تتعرض لها النصوص الشرعية صراحة او ضمنا لاختلاف الظروف المحيطة بها ،وبذلك فأن هناك اختلاف في الاستدلال بالنصوص القرانية ،وتباين الطرق بين مذهب واخر ،ويدل ذلك على عدم وجود الاجماع في طريقة الوصول الى الاحكام القرانية الذي انعكس على الاثراء الفكري لدى المجتهدين[٢١] .

ثانيا: السنة النبوية

تعمل السنة النبوية على توضيح البيان اللغوي لالفاظ القران الكريم ، كما توضح المفاهيم الاجتماعية والانسانية والاخلاقية،وتحدد السلوك الواجب الاتباع المبني على المفاهيم القرانية[٢٢].

فالقـران الكريم جـاء باحكـام مجملة دون تفصيـل ،وتولـت السنـة النبويـة التفصيـل والبيان،ويتضـح ذلك من قوله تعالى ((وانزلنا اليك الذكر لتبيـن للناس ما نزل اليهم))، لعدم تفصيل التكاليـف العملية التفصيلية ،فضلا عن عدم بيان المعاني المقصودة لاغلب الالفاظ التي تحوي هذه التكاليـف ،بالاضافة الى بيان معان جديـدة لم تعرفها العرب قبل ذلك ، وابرز مثال علـى ذلك لفظ الزكاة والحـج والصلاة ونحوها ،فالسنـة النبوية بينـت كيفية الصـلاة واوقاتها وفصلت الاسس والقواعـد الواجب اتباعها في اداء الزكاة وجبايتها وحالات صرفها[٢٣] .

ومـن الثابـت في فقـه الحديـث ؛ان الاخذ بالاحاديـث النبويـة يعتمد علـى حجية سندها والـذي ادى الى تصنيفها الـى عدة انواع ، مما نتج عنه غياب اجماع ائمة المذاهب على اغلبها سواء كان ذلك ما بين المذاهب الاربعة او بينها وبين المذهب الجعفري ،وهنا تكمن صعوبة عد الحديـث النبوي من ثوابـت الشريعة الاسلامية واستنباط الاحكام المقـررة فيه ، لكونه مقرون بتوافر الاجماع عليه .

ثالثا : الاجماع

يقصـد بالإجمـاع ، هـو "اتفـاق جميـع المجتهدين من امة محمد (صلى الله عليه وسلم) في عصر من العصور على حكم شرعي"[٢٤] .

ويكـون الاجتهاد اما قولـي ،وهو تصريح المجتهـد بالحكـم الشرعي ، واما سكوتي في حال نطق بعـض المجتهديـن بالحكم الشرعي وسكوت البقية دون ان يبدوا اعتراضا عليه .

والثابـت هـو الاجمـاع على المعلـوم من الدين،ويطلـق العلمـاء الثابـت علـى الاجماع واحيانا اخرى على المعلوم من الدين بالضرورة، وحقيقـة المعلوم من الدين بالضرورة هي ذاتها الاجماع الاصولي ،وهو القدر الذي يمثل الدين الاسلامـي ،ويمثل حقيقته وهويته، بما لا يمكن تصـور اسلام بدونه، ولكون هـذا القدر ملازم لحالـة وصورة واحدة لدى كـل افراد الامة في كل زمان ومكان ،لـذا يمكن ان يطلق على هذا القدر بالثابت[٢٥].

لقـد اتفـق المسلمـون على الاجمـاع وعلم المجتهديـن به ،وصحة نقله للامـة بقدر ما هم معلـوم من الديـن بالضرورة ،ويسميـه الامام الشافعـي اجماع الامة ،ومن امثلة ذلك الاجماع علـى وجـوب الصـلاة والحج والصيـام . اما اجماع الخاصة ؛ فهناك اختلاف في امكانه وفي صحته والنـوع المقبول منـه ،فاجماع صحابة رسـول الله واجمـاع اهل البيـت ونحوهما فهو اجماع لـه حجيته واحكامه لكن يكثر الاختلاف فـي دعواه ، وفي ذلك يقول الامام احمد (كذب مـن ادعى الاجمـاع)، وبذلك فـان هناك حالة تردد حيـال الثابت والمتغير، فـان صدق بانه اجماع عده ثابتا وان انكر جعله من المتغير[٢٦].

واما عند الجعفرية ، فأن الاجماع هو اتفاق مجموعـة علماء مـن بينهم المعصـوم ،فاصل الاجمـاع هو الكشـف عـن راي المعصوم في مسالة ما ، ،فان كـان المعصوم احد المجمعين علـى الحكم عد هـذا الاتفاق اجماعـا شرعيا ، وبخلاف ذلك لا يكون اجماعا شرعيا [٢٧].

وعنـد فقهـاء الجعفرية يقسـم الاجماع الى ثلاث انـواع : فهناك اجماع يحصل عليه الفقيه بنفسـه من خـلال تتبع اقـوال الفقهـاء ويسمى اجمـاع محصل ، وفي حال اتفاق مجموعة من الفقهـاء علـى قولين فـي مسالة مـا دون القول

بثالـث فهو اجماع مركب ، واما النوع الثالث مـن الاجماع ، فهـو الاجماع الـذي لم يحصل عليـه الفقيـه بنفسه ، وانما نقلـه اليه من حصل عليه من الفقهاء الاخرين ويطلق عليه الاجماع المنقول [٢٨].

ويلحـظ من ذلـك ؛ صعوبـة الوصول الى اجماع فـي مسائل كثيرة نظرا لاختلاف الآراء الفقهية حولها بين المذاهب المختلفة وفي احيان كثيره بيـن المذهب الواحد ،وبالتالي نكون امام صعوبـة التوصـل الى حكم لمسالـة ما لانعدام الاجمـاع عليهـا ، والـذي ربما تجـد المحكمة الدستورية نفسها امام خيار الاخذ برأي المذهب الواحد .

المبحث الثاني

ثوابت الاسلام بين الخيار التشريعي ومسار القضاء الدستوري

افتقـر العـراق منـذ تأسيسه الى وجود قضاء دستوري يضمن احترام مبادئ ونصوص الدستـور ويحـول دون مخالفـة السلطتيـن التشريعية والتنفيذية لهـذه المبادئ والنصوص الدستوريـة ، ولـم يتمكـن القضـاء العادي من الفصـل في دستورية القرانيـن على اعتبار ان ذلك لا يدخل ضمن مهامه التي تنحصر بتطبيق القوانين الـى ان تم تشكيـل المحكمة الاتحادية العليا بعدها التجربة الاولى في العراق[٢٩].

الا ان قانون تشكيـل المحكمة المعدل شابه عـوارا دستوريا مما قد ينعكس ذلك على اليات المحكمة فـي اداء مهامها ، ومنها تحديد ثوابت الشريعـة ومتغيراتها والبت في مخالفة القوانين المطعـون بهـا من عدمـه ، وهذا مـا سنحاول تسليط الضوء عليه في مطلبين وفقا للاتي :

المطلب الاول

العوار الدستوري في عضوية خبراء الفقه الاسلامي

مـن النادر ان تشـرع الدساتيـر في افضل الاوقـات[٣٠] ، ومـن النادر ايضـا ، ان تصمم الدساتيـر طبقا لفكـرة او رؤيـة متماسكة[٣١] . وهذا ينطبق على دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥،الذي كتب في اقل من سنة ، بعد ان شهد العراق في ٣١ / ١ / ٢٠٠٥ ، انتخابات برلمانية نتج عنها جمعية وطنية ، كلفت بصياغة دستور للعراق ، وقـد وصفت ظروف صياغته ، بانها اجواء سادها عدم الثقة بين الاطراف المشاركة فـي كتابة الدستور[٣٢] . وما زالت تلك الاجواء هـي السائـدة في المشهـد العراقي حتـى يومنا هـذا على الرغم من مضي هـذه الفترة الزمنية الطويلـة على نفاذ الدستـور ، وخير دليل على ذلك هو تعثر اعمال لجان تعديل الدستور خلال الـدورات البرلمانية المتعاقبة ، والتي بدأت من ١٥ / ١١ / ٢٠٠٦ صعودا.

ومن مواد الدستـور التي بحاجة الى تعديل كـي تصبح متناغمة مع تطور المجتمع والدولة علـى حد سـواء ،وايجاد حـل للإشكاليات التي اثارتها هي المادة (٩٢/ ثانيا) المتعلقة بتكوين المحكمـة الاتحادية العليـا والتي اوجبت ادخال خبـراء الفقه الاسلامي ضمن عضوية المحكمة الـى جانب القضاة وفقهاء القانون والتي جاءت بالنـص " تتكون المحكمـة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء الفقه الاسلامي ، وفقهاء القانون ، يحدد عددهم ، وتنظم طريقة اختيارهم ، وعمـل المحكمة ، بقانون يسـن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب ".ويبدو واضحا ان سبب ادخـال خبراء الفقه الاسلامي لمباشرة المحكمة

باختصاصاتها المحددة في المادة (٩٣) من الدستور ،واعمالا لنص المادة (٢/ اولا /أ) " لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام ".على اعتبار ان تحديد ثوابت الاسلام بحاجة الى اشخاص مختصين في الفقه الاسلامي بإمكانهم تحديد ما يدخل ضمن هذه الثوابت وما يعد من المتغيرات ، في حال اذا ما عرض على المحكمة الطعن بدستورية قانون ما بدعوى مخالفته لا حكام ثوابت الاسلام ، ولما كانت المحكمة الاتحادية العليا قد تشكلت وفقا للأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥استناداً الى احكام مادة الرابعة والاربعين من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية والقسم الثاني من ملحقه، والتي حددت المادة الثالثة منه اعضاء المحكمة بالنص على انه "

تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية اعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الاعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة (هـ) من مادة رقم (الرابعة والاربعين) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية " .وحينئذ اصبح وجود المحكمة الاتحادية محاط بهالة من اللامشروعية الدستورية ،لان هيئة المحكمة على هذا النحو تتقاطع وما اوجبه الدستور كما بينا في اعلاه .

ان النص على عضوية خبراء الفقه الاسلامي ضمن هيأة المحكمة الاتحادية العليا ، اثار رؤى متباينة من لدن المختصين في القضاء الدستوري ، فهناك من يرى ؛عدم ادخال فقهاء الشريعة الاسلامية ضمن هيأة المحمة الدستورية لكون اختصاصها قانون صرف وتنظر في دعاوى دستورية مختلفة دون الاقتصار على الطعون بعدم دستورية القوانين . وذهب البعض الى ابعد من ذلك ؛ عندما عد هذه التشكيلة للمحكمة تعطي فرصة لرجال الدين بالتمثيل في هذه المحكمة وممارسة دورها بفرض نوع من الوصاية على الدستور ، والتمكن من الوقوف ضد العديد من القوانين التي يصدرها البرلمان[٣٤] . بينما يرى اخرون؛ ان هناك العديد من الاسس التي توجب اشتراك خبراء الفقه الاسلامي في عضوية المحكمة الاتحادية ، اهمها المادة (٢ / اولا) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥، والتي تقضي بان "الاسلام دين الدولة الرسمي ويعد مصدرا اساسيا للتشريع ، ولا يجوز اصدار او سن أي قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام "، وان اشتراك خبراء الفقه الاسلامي له ما يبرره من الواقع النظري ، في ضوء الواجب الدستوري المتعلق بثوابت الاسلام واحكامه[٣٥] .

اما بخصوص طبيعة عمل خبراء الفقه الاسلامي في تشكيل المحكمة ، فقد ظهرت عدة اتجاهات في تحديد هذه الطبيعة والتي تتلخص بالاتي :

الاتجاه الاول : ان دور خبراء الفقه الاسلامي يتمثل باعطاء الراي في الدعوى المنظورة من قبل المحكمة وينتهي دورهم عند هذا الحد ، وهو رايا استشاريا غير ملزم للمحكمة وليس للخبير التدخل بالقرار الذي يصدر عن المحكمة عند حسم الدعوى[٣٦].

الاتجاه الثاني : يرى اصحاب هذا الاتجاه، ضرورة ان يكون راي خبراء الفقه مساويا لراي القضاة من حيث التأثير بالقرار اثناء المناقشة والتصويت ، مع ضرورة مشاركتهم في هياة المحكمة[٣٧].

الاتجـــاه الثالث : يـرى ان تحديـد طبيعة عضوية خبراء الفقه الاسلامي من خلال النظر الـى اختصاصـات المحكمة ، اذ يمكـن تقسيم اختصاص المحكمة الى قسمين هما :

أ-اختصاصات قضائية :

تمارس هذه الاختصاصات الهيئة القضائية حصـرا دون المستشاريـن ، كتقديـم المشورة واراي دون المشاركـة فـي اتخـاذ القـرار او التصويت عليـه ، وهنا يكون رايهم للاستئناس فقط .

ب-اختصاصات غير قضائية :

وتتمثـل هـذه الاختصاصـات فـي تفسير نصـوص الدستور ونصـوص القوانين ، وهنا يكـون من حق خبراء الفقه الاسلامي المشاركة في اتخاذ القرار من خلال المناقشة والتصويت عليه ، أي ان دورهم يكون مساويا لدور القضاة في ذلك[٣٨] .

لقـد عجـز الساسة واللاعبـون الكبار من قـادة الكتـل السياسيـة الرئيسيـة (الشيعـة – السنة – الكـورد) ، من تشريع قانون المحكمة الاتحادية العليا لتجاوز الطعن الموجه لشرعية المحكمـة واساسها القانونـي ، وان المتبحر في صلب الخـلاف وحقيقته يجـد ان المسألة اكبر مـن تلك الملاحظات الظاهرية المطروحة على طاولة النقاش ، فقـد اخفى المتفاوضون ما دار في خلدهم وما حملوه من قادتهم وما اعتقدوه ان يحقـق مطامحهم ويوقف زحف الاخرين ، فكل الخلاف لا جله انحصر في دور خبراء الاسلام فـي عضوية المحكمة فقد ارتـاب وفد التحالف الكورد ستانـي من دور الخبـراء في المحكمة واتجهـوا الى جعل عضويتهـم شرفية أي عدم منحهم صيغة العضوية العادية الممنوحة لباقي اعضـاء المحكمة ، وهذا يقتضـي عدم منحهم حق التصويـت او الاشتراك في اتخـاذ القرار واصـدار الحكم ، وهذا يتعـارض ونص المادة (٩٢/ ثانيـا) مـن الدستور ورؤيـة المرجعية الدينيـة العليا في النجف الاشرف التي رأت ان يكـون لهم حق الاعتراض على كل التشريعات التي تتعارض وثوابت الاسلام [٣٩].

والملاحـظ ان كـل مفصـل مـن مفاصـل مشـروع قانون المحكمـة الاتحادية كانت محل خـلاف بيـن الكتل الثـلاث الكبـار (الشيعة – السنة – الكـورد) ، ويبدو جليا ابتداء من تعدد مشاريـع القوانين المرسلة الى مجلس النواب ، فقد ارسلت رئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء في الوقـت ذاته ، مشروعيـن مستقلين للقانون ذاتـه ، مـا يؤكد عدم وضوح الرؤيـا والتهافت فـي تثبيـت الآراء الخاصة بلحـاظ ان مشروع رئاسـة الجمهوريـة يعكس اساسـا وجهة نظر التحالـف الكردستانـي ، بينمـا يعكس مشروع القانون المرسل من مجلس الوزراء وجهة نظر التحالف الشيعي بلحاظ الاغلبية العددية[٤٠] .

ويرى البعـض ؛ ان السكوت الضمني من ممثلـي الشعب على تشكيلـة المحكمة يفهم منه ان ارادتهـم قد اتجهـت الى الابقـاء على ذات التشكيلة الواردة في الامر ٣٠ لسنة ٢٠٠٥[٤١]. وقـد خـرج مجلس النـواب عن صمتـه بسبب الاشكـالات التـي رافقـت مشـروع القانـون ،وافصح عن موقفه تجاه تشكيلة المحكمة بشكل صريح بصدور قانون التعديل الأول(للأمر رقم ٣٠ لسنـة ٢٠٠٥) رقـم ٢٥ لسنة ٢٠٢١[٤٢]. والـذي حصرهـا بالقضـاة دون خبـراء الفقه الاسلامـي واساتذة القانون على خلاف ما نص عليه دستور ٢٠٠٥ .

ويتضح من ذلك ان السلطة التشريعية لجأت الى خيارها التشريعي ضمن السلطة التقديرية الممنوحة لها ،وهي خيارات لحلول متاحة للسلطة التشريعية ، الا ان ينبغي ان تكون تلك الخيارات في حدود السلطة التقديرية ،فاذا كانت السلطة التشريعية لا تملك السلطة التقديرية ولديها بدائل وحلول عدة لمعالجة حالة ما ،فحينئذ ينعدم الخيار التشريعي ولا يتحقق، فالضوابط والمحددات التي يقررها الدستور تعد تخوما لا يجوز اقتحامها او تخطيها[٤٣] . وفي الدستور لا يمكن التمييز بين موضوع واخر من حيث الاهمية ، فيقال هذا موضوع مهم واخر اقل اهمية ، فكل موضوعات الدستور وتناولاته وتنظيماته مهمة ، والا لما تناولها المؤسس تنظيما ، بلحاظ ان الدستور يتناول الاسس والمباني ويترك التفريعات والمعاني للتشريعات الاساسية والفرعية[٤٤] .

وقد دافعت المحكمة الاتحادية عن شرعية تكوينها؛ بموجب الدعوى الدستورية ٢١/ اتحادية / ٢٠٢٢ المقامة على رئيس مجلس النواب العراقي اضافة لوظيفته والمتضمنة الطعن بدستورية المادة الاولى من قانون التعديل المشار اليه في اعلاه بنعي مخالفتها للمادة (٩٢ / ثانيا) من الدستور ، الا ان المحكمة الاتحادية ترى ان تكوين المحكمة من القضاة حصرا جرى بموجب الامر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ استنادا للمادة الرابعة والاربعين من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، ومع صدور دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ المتضمن في مواده (٩٢ – ٩٤) الخاصة بالمحكمة الاتحادية العليا ،ومع الابقاء على العمل بالتشريعات النافذة مادام انها لم تلغى او تعدل استنادا للمادة (١٣٠) منه ، فان الامر ١٣٠ لسنة ٢٠٠٥ لازال نافذا وان التعديل الوارد بشأنه وفقا لما جاء بالقانون ٢٥ لسنة ٢٠٢١ قد صدر وفقا للأطر الدستورية ووفقا لاختصاصات مجلس النواب المنصوص عليها في المادة (٦١) من الدستور وبالتالي فانه لا يوجد تعارض بين التعديل المشار اليه انفا وبين الدستور . وان المادة (٩٢ / ثانيا) من دستور ٢٠٠٥،لم توجب اشتراك الخبراء في العمل القضائي المعقود للمحاكم دون الخبراء والفقهاء بسبب طبيعة عملهم .ويبدو من ذلك ؛ان الاسانيد التي ركنت اليها المحكمة الاتحادية غير مقنعة وان هناك مخالفة صريحة لنص دستوري واجب الاتباع ، اذ ان علو الدستور وانعقاد السيادة لأحكامه قاعدة لنظام الدولة القانوني ومحور بناء اساس الحكم فيها على ما تقضي به المادة الثالثة عشر من الدستور ، التي اكدت على علو وسمو الدستور وبطلان كل نص يتعارض معه .ورغم العوار الدستوري تبقى الكلمة الفصل للمحكمة الاتحادية وان ما تراه في قرارتها باتا وملزما للسلطات كافة وفقا لنص المادة (٩٤) من الدستور .

ومن كل تلك المعطيات نرى ؛ ان توجه مجلس النواب في حصر اعضاء المحكمة الاتحادية العليا بالقضاة فقط - بموجب القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١ – هو توجه اكثر واقعية من النص الدستوري ، لكون هلامية النص الدستوري بإقحام فقهاء الشريعة ضمن تشكيلة المحكمة نصا تتخلله الاستحالة في التطبيق لعدة اسباب ؛ منها ، التعددية الاثنية في العراق من حيث اختلاف الرؤى الفقهية في اغلب المسائل الشرعية بين المذاهب المتعددة يحول دون حصول الاجماع على اغلب ثوابت الاسلام، سواء بين المذاهب السنية الاربعة او بينها

وبيـن المذهب الجعفري ، هـذا من جانب ومن جانـب اخر ، فـان المعطيات التـي حالت دون تشريع قانون المحكمـة الاتحادية لسنين طوال بدءا مـن نفاذ دستـور ٢٠٠٥ ، والمتمثلة بعدم التوافق بين الكتـل السياسية داخل قبة البرلمان على المركز القانوني لفقهاء الشريعة بين عدهم اعضاء فـي هيئة المحكمة ام خبـراء للمشورة ظلت عالقـة دون تغيير ، فضلا عن ذلك ، فان اقحـام رجـال الدين ضمن القضـاء الدستوري هـو امرا مستحدثـا جاء به دستـور ٢٠٠٥ اذا مـا قورن ذلـك بما سارت عليـه اغلب تجارب القضـاء الدستوري في الـدول العربية ،كما ان محاولـة التشبـه بمجلـس صيانـة الدستور في ايـران ، هو امـرا لا يستقيم والحالـة العراقية لاختلاف البنية المجتمعية والعقائدية بين البلدين ، اذ ان حالة التعددية المذهبية في العراق تنعدم فـي ايـران لاقتصارهـا علـى مذهـب الشيعة الامامية ، وبالتالي فان حالة عدم الاجماع على اغلب ثوابت الاسلام بيـن المذاهب قد لا يكون لها وجـودا داخل مجلس صيانـة الدستور وان وجدت تكون بدرجة ضئيلة جدا[٤٥].

المطلب الثاني

تحري المحكمة الاتحادية العليا لثوابت الشريعة

ان تتبـع مسـار المحكمـة الاتحاديـة العليا في تصديهـا لحالات عـدم دستوريـة القوانين لمخالفتهـا ثوابت احكـام الاسلام ، يستشف منه ان معاييـر المحكمة في التحقـق من ذلك ، مر بحقبتين متباينتين ، امتـدت الاولى منذ تأسيس المحكمة ولغاية التعديـل الذي طرأ على قانون تشكيـل المحكمـة الاتحادية بالقانـون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١، بينما تمثلت الحقبة الثانية بفترة ما بعد التعديل ، ولدى الوقوف على مضامين تلك الاحكـام وتحليلها ، وجدنـا ان المعايير المتبعة من المحكمة بهذا الشأن تمثل بمعيارين : الاول ويتمثـل بالمصلحـة المعتبرة والاخـر الاحكام الشرعية ،وهو ما سنحاول تفصيله وفقا للاتي :

اولا: معيار المصلحة المعتبرة

لـدى تفحـص الدعـاوى الدستوريـة المتضمنة الطعـن بعدم دستورية القوانين بنعي مخالفتهـا لثوابـت الاسـلام ، و التـي نظرتها المحكمـة الاتحاديـة العليـا للفتـرة مـن بداية تأسيسهـا ولغاية التعديل الـذي طرأ على قانون تشكيلهـا ، والذي يمكن ان نسميه الحقبة الاولى ، نجـد انها بتت في هذه الدعاوى المستشف من تسبيب القـرارات التي اصدرتهـا ، بانها بنيت علـى المصلحـة المتوخاة من النـص القانوني والتـي تقع ضمـن مقاصد الشريعـة الاسلامية و النابعـة مـن جانـب عقائـدي لـدى اعضاء هيئة المحكمة دون الغـوص في اعماق الآيات القرآنيـة الكريمة او السنـة النبوية المطهرة او اجمـاع فقهاء المسلمين على عد الامر المنظور موافقا لثوابت الشريعة من عدمه، ففي الدعوى (٤٥/ اتحاديـة / ٢٠١٢) والدعـوى (٣٢ / اتحاديـة / ٢٠١٤)، نجـد ان المحكمـة اكتفت بتسبيب قرارها بـان الشريعة الاسلامية تسعى الى تحقيـق العدالة ، وذلك فـي مستهل نظرها دعـوى الطعـن بقـرار (مجلـس قيـادة الثورة المنحـل المرقم ١٢٧ لسنة ١٩٩٩) والقاضي " تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق مقومـا بالذهب بتاريـخ عقد الـزواج " ورات المحكمة بعدم تعارض القرار وثوابت الشريعة الاسلاميـة على اعتبار ان ذلـك ينصف المرأة

لكونــه يتلافى متغيــرات التــوازن الاقتصادي بفرق العملة ما بين نشوء الدين واستحقاقه. دون ان تعــزز المحكمة قرارها بدليل شرعي ،وكما هــو ثابت ومعلوم ان عدالة الشريعة الاسلامية هي مبدأ يؤمن به المسلمين جميعهم.

واستمــرت المحكمــة بالاستناد علــى مبدأ العدالــة؛ في قراراتهــا الصادرة فــي الدعاوى (١١٣ / اتحاديــة / ٢٠١٤)و (٩/ اتحاديــة / ٢٠١٥) و (١٣٤ وموحدتهــا ١٣٥ / اتحاديــة / ٢٠١٨) والمتضمنــة الطعن بعــدم دستورية المــادة (٣٩/ ثالثــا) مــن (قانــون الاحــوال الشخصيــة رقم ١٨٨ لسنــة ١٩٥٩)[٤٦]. والتي تلزم التعويض عن الطلاق التعسفي ، وقررت المحكمة برد الطعن على اعتبار ان نص المادة لا يتعــارض مع ثوابت احكــام الاسلام ، لكون مبــادئ الشريعــة الاسلامية تسعــى الى تحقيق العدالة والذي يتحقق من خلال تعويض الزوجة عمــا اصابها جراء الطــلاق التعسفي وفيه جبر لذلك الضرر. وكنا نأمل من المحكمة الدستورية الا تكتفــي بهــذا الايجــاز المقتضــب وان تبين موقف الفقــه الاسلامي من ذلك ، اذ انقسم الفقه بشــأن ذلك الى فريقين ؛ فهنــاك اتجاه في الفقه يــرى ان من استعمل حقه فــي ايقاع الطلاق لا يكون مسؤولا عما يترتب عن ذلك من ضرر ، لان الطــلاق حق ، ومن استعمل الحق لا يسأل عمــا يصيب الغير من جراء استعمال هذا الحق ، خاصــة وان الزوجة قبلت الــزواج والطلاق حــق لزوجهــا .وهنــاك رأي يقــول ان الطلاق الواقــع على الزوجة بغيــر مبرر شرعي يعتبر طلاقــا تعسفيا اذا وقع بسببه ضرر للزوجة كان المطلق مسؤولا عن هذا الضرر[٤٧].

وفــي قــرار اخر ، اخــذت المحكمــة على عاتقهــا تفسير الآية (١١) من سورة النساء[٤٨]، دون الرجوع الى مراجــع التفسير المعتمدة،او تبيان اراء ائمــة فقهاء المسلمين بشأنها ، وذلك عند نظرها الدعوى (١٢١ / اتحادية / ٢٠١٣) والمتضمنــة دعوى الغــاء (الفقــرة الثانية من المــادة (٧٤) مــن قانــون الاحــوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩)[٤٩]. وترى المحكمة ان النص القرآني اعلاه جاء مطلق وان المشرع لجــأ الــى خيــاره التشريعي في تقديــم الوصية الواجبة على سواهــا من الوصايا ، والذي ثبت بموجبــه حصول الحفيد علــى نصيبه من تركة الجد او الجدة عند وفاة امه او ابيه قبل وفاة جدته او جده ، وهو تفسير يخالف ما اجمع عليه ائمة المسلمين في جميــع المذاهب ، وان الجمع بين آيات الميراث واية الوصية تبناه الفقيه ابن حزم الظاهــري[٥٠] ، مع العرض عدم شيوع مذهب الظاهرية بصورة عامة وفي العراق على وجه الخصــوص. وكان من الأحــوط على المحكمة ان تبين التقيد بمذهب فقهي محدد وعدم الاكتفاء ببيــان المصلحة المتوخاة من ذلك ، على غرار ما ســارت عليم المحكمة الدستوريــة العليا في مصــر ،عند نظرهــا الدعــوى الدستورية رقم ١٠ لسنــة ١٩٧٦ ؛والذي بينت فيه ، ان للسلطة التشريعيــة سلطة تقديريــة باختيار مذهب دون ســواه ، وترجيح احــد الاقوال فــي مذهب من المذاهــب وفقا لما تراه ملائما لظروف المجتمع والزام القضاء بــه ، سعيا لاستقرار المعاملات وتحقيــق العــدل والمســاواة وثبــات الاحكام ، وليــس صحيحــا الادعاء بان المشــرع لا يملك سلطــة تقييد القضاء بمذهــب دون سواه ، اذ ان لولي الامر سلطة جمــع الناس على راي واحد لرفــع الخــلاف وان طاعة ولــي الامر في ذلك واجبة من دون معصية او مخالفة للشرع[٥١] .

بل نجد ان المحكمة ذهبت الى ابعد من ذلك في قرارها الصادر في الدعوى (٥٤ / اتحادية / ٢٠١٦) بمناسبة الطعن بعدم دستورية المادة (٤٠ / ٥) من (قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩)[٥٢]، اذ ايدت المشرع في تقييد المباح شرعا اذا توافرت مصلحة المجتمع والحفاظ على تماسكه، والذي اجاز للزوجة طلب التفريق عن زوجها في حال زواجه بزوجة ثانية من غير حصوله على اذن من المحكمة. في حين ان صلاحية ولي الامر في تقييد المباح في الشريعة الاسلامية مشروط بعدة شروط والتي لم تتطرق اليها المحكمة جملة وتفصيلا. على خلاف ما سارت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر ، بخصوص تقييد المباح ، اذ اوضحت عند نظرها الدعوى الدستورية رقم ٨ لسنة ١٩٩٦، ان المصالح المعتبرة متلاقية مع مقاصد الشريعة ومناسبة لها ، وهي مصالح غير متناهية الجزئيات ولا ينحصر تطبيقها ، لكن يتحدد مضمونها ونطاقها في ضوء تغير الاوضاع ومصداق ذلك ،ان الصحابة والتابعين والائمة المجتهدين قرروا كثيرا من الاحكام متوخين في ذلك تحقيق مصالح العباد ، سعيا لمنفعة او دفعا لضرر او رفعا لحرج ، على اعتبار ان مصالح المجتمع تتطور في ضوء متغيرات اوضاع المجتمع ، على ان لا يكون هناك دليلا شرعيا على اعتبارها او الغائها[٥٣] .

ويتضح من هذا الاستعراض لمسار المحكمة الاتحادية العليا خلال هذه الحقبة ؛ انها ركنت الى معيار المصلحة المعتبرة دون الخوض بما امتازت به الشريعة الاسلامية من بيان العلل والاسباب والاحكام والغايات الكامنة وراء كل حكم شرعي سواء اكان ذلك في العبادات او المعاملات وسواء تعلق ذلك بالسلوك الانساني الفردي او الجماعي ، فالفعل ان خلا من مقصده وغايته يكون عبثا والله عز وجل منزه عن ذلك .

ثانيا : معيار الادلة الشرعية التفصيلية

ان المتتبع لقرارات المحكمة الاتحادية العليا بحلتها الجديدة ، يلحظ مدى التغير الكبير الذي طرأ على الية تعامل المحكمة مع حالات الطعن بدستورية القوانين بنعي مخالفتها لثوابت احكام الاسلام ، اذ انها بدأت تبحث بشكل اكثر اتساعا وعمقا دون الاكتفاء بعموميات مقاصد الشريعة ، وذلك من خلال اتباع المنهج التحليلي للأدلة الشرعية للوقوف على حقيقة مخالفة النص القانوني لثوابت الشريعة من عدمه، معززتا قراراتها بتفسير الآيات القرآنية الكريمة ذات الصلة والاحاديث النبوية المطهرة ومراجعة اراء فقهاء المذاهب الاسلامية ،وهذا الغوص في ادق الجزئيات المسطر في قراراتها يوضح ان المحكمة لجات الى امهات كتب التفسير واصول الفقه الاسلامي ودون الاكتفاء بعموميات المفاهيم التي كثر تداولها واستعمالها الى درجة انها اصبحت واضحة وضوح المألوف من الاشياء ،ولكن من الصعوبة تحديدها وتعريفها .منطلقة من ادراكها لمفهوم الثوابت الذي عبرت عنه في قرارها بالدعوى الدستورية (١٤٧ / اتحادية / ٢٠٢٣) والذي اكدت من خلاله بان المقصود بثوابت احكام الاسلام (ينصرف الى المبادئ المستقرة والمجمع عليها في جميع المذاهب والتي لا يمكن مخالفتها شرعا).وهو ذات المفهوم الذي استندت اليه المحكمة الدستورية في مصر ولكن بشيء اكثر تفصيلا ؛ اذ بينت في القضية رقم ٧ لسنة ١٩٩٣ ،عدم جواز

مخالفة النص التشريعي للأحكام الشرعية قطعية الثبوت والدلالة ، لكونها تمثل المبادئ الكلية للشريعة الاسلامية واصولها الثابتة التي لا تقبل التبديل والتأويل ، وهي ليست حلا للاجتهاد ، ولا يتصور تغير مفهومها بتغير الزمان والمكان ولا يمكن الخروج عنها او تعديلها ، وبذلك تنحصر ولاية القضاء الدستوري برصد التقيد بها وتفوقها على كل قاعدة قانونية تتعارض معها ، وبذلك فأن الاجتهاد ينحصر في دائرة الاحكام الظنية في ثبوتها او دلالاتها او كليهما معا ، لكونها تتغير بتغير الزمان والمكان ، لحيويتها ومرونتها بما يكفل مواجهة مختلف الوقائع وبما يجاوز حدود الاصول الكلية للشريعة الاسلامية ، وهذا القدر من المرونة تحتويها الشريعة الاسلامية في احكامها الفرعية القابلة للتطور ، سعيا لربطها باحتياجات ومصالح الافراد المتجددة ، وعاداتهم المتغيرة ، التي لا تعارض حكما قطعيا ، وهي مرونة تتنافى وتقيد المشرع بأراء محددة لا يحيد عنها ، او ان يجمد اجتهاده عند نقطة زمنية تكون المصالح المعتبرة شرعا قد غادرتها ، فهي شريعة مرنة يتولى الاجتهاد الوصول الى حكم لا نص عليه في ضوابطها الكلية وبما لا يخل بمقاصدها ، وبذلك يصح القول ان لولي الامر الاجتهاد في الاحكام الظنية مع مراعاة المصلحة التي ينهض برهانها من ادلة شرعية(٥٤).

لقد برهنت المحكمة الاتحادية العليا على قدرتها باستجلاء الادلة الشرعية للتحقق من حالة الاجماع ،من خلال قرارتها العديدة في مستهل نظرها في دعاوى الطعون بدستورية بعض القوانين بنعي مخالفتها لثوابت الشريعة ، من دون حاجتها للاستعانة بخبراء الفقه الاسلامي وقدمت اسانيد شرعية محكمة ومقنعة لا غبار عليها ،كتسبيب للقرارات التي اتخذتها حيال تلك الطعون ، ومنها على سبيل المثال لا الحصر؛ الدعوى ٢٣٠ / اتحادية / ٢٠٢٢، وكان الطاعن محكمة الاحوال الشخصية في حلبجة والنص المطعون بعدم دستوريته ، المادة (١٨) من القانون رقم (١٥ لسنة ٢٠٠٨) (قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في اقليم كوردستان العراق ، والتي نصت على انه " يوقف العمل بالفقرة (٥) من المادة الاربعين من القانون ويحل محلها ما يلي : ٥- اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية يحق للزوجة الاولى طلب التفريق"، وحينئذ بينت المحكمة طبيعة الرابطة بين الرجل والمرأة وساقت آيات قرآنية عديدة للتأكيد على ان الاسلام وضع للزواج نظاما محكما يقوم على مجموعة من الاحكام الشرعية ، وان الشريعة الاسلامية تناولت احكامه بالتفصيل وفقا لما جاء بالقران الكريم والسنة النبوية، معززة ذلك بالعديد من الآيات القرآنية والاحاديث النبوية الشريفة ،ثم استطردت بقرارها لتأكد على مشروعية تعدد الزوجات وعددهن تحت عصمة الرجل المسلم وساقت لذلك العديد من النصوص القرآنية والاحاديث النبوية الشريفة ، ثم اخذت على عاتقها الربط بين اية واخرى من باب آيات القان الكريم يفسر بعضها البعض واحكامها تكمل بعضها البعض الاخر وصولا الى تحقيق افضل المصالح للعباد ،واعقبت ذلك بسرد راي جمهور فقهاء المسلمين في اباحة التعدد حتى اربع نساء المشروط بالعدل ، وبرهنت على ان المقصود بالعدل ؛ هو العدل المادي وليس المعنوي المشروط بعدم الافراط بالجفاء

حسب رأي جمهـور الفقهاء، ثم انتقلت الى الى السنــة النبوية الشريفة لتقدم لنا واقعة من تفسير البيــان بشأن اسلام الصحابي (غيلان بن سلمة الثقفــي) ، وكــان بعصمتــه عشر نســوة، فأمر النبي ان يختار اربعا ويفارق البقية .وقد وجدت المحكمــة ان فقهــاء المسلميــن علــى اختلاف مذاهبهــم وضعــوا احكاما مفصلــة بخصوص تعــدد الزوجات بكل تفاصيلهــا مشيرتا في ذلك الى المبسوط للسرخســي في المذهب الحنفي ، وبدايــة المجتهد لابن رشد في المذهب المالكي، وكتــاب الام للأمــام الشافعي ، وكتــاب المغني لابن قدامة في الفقه الحنبلي واما بالنسبة للشيعة الامامية فقــد استدل على حكم تعــدد الزوجات هو الشيخ الطوسي ،واضاف العلامة الحلي بعد الشيخ الطوسي فضلا عن للأجماع والسنة دليلا اخر؛ وهو الاستدلال بالآية ((فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع)) .ومن كل ذلك وجدت المحكمة الاتحادية العليا ، ان النص المطعون بعدم دستوريته يبيح للزوجة الحق في طلب التفريق متى تزوج زوجها بزوجة اخرى ، بصــرف النظر عما اذا كــان باذن او بدونه ، وان لــم يصبها ضرر من ذلك ، ويلزم القاضي بالتفريق بمجرد ثبوت الزواج ، بناء على طلب الزوجــة ،مما يمثــل ذلك منعا لجــواز شرعي ،وعليــه قررت المحكمة بعــدم دستورية النص لتعارضه وثوابت احكام الاسلام[٥٥] .

وفــي ذات المســار ؛ قرارها بشــأن الطعن بعــدم دستوريــة (قرار مجلــس قيــادة الثورة المنحــل رقم ١٧٥٠ لسنة ١٩٨٠ / الفقرة ٢/ أ) التــي نصت على " تملك الدار او الشقة السكنية التي يمتلكها الشهيد قبــا استشهاده باسم زوجته واولاده ، ويطفــأ القرض العقاري سواء كان قد استلــم قبل استشهاد الشهيد او بعد استشهاده " ، وبشأنه قررت المحكمة الاتحادية العليا ان الفقرة المشــار اليهــا في اعلاه تشكــل مخالفة لدستور جمهوريــة العــراق لسنــة ٢٠٠٥ لتعارضهــا مع ثوابــت احكام الاسلام في الميــراث لكونها تحــرم الابوين مــن ارثهما المحدد فــي القران الكريم (ســورة النساء / الآية ١١) فهما يرثان باتفــاق جميع فقهاء المسلميــن وان الاب والام مــن اصحاب الفــروض ولا يمكــن حجبهم من الميــراث ، مشيرتا المحكمة الى اشتمال القران الكريــم علــى امهــات المسائل الارثيــة وترك التفصيــل للسنــة الشريفــة ، ومن ثــم خاضت المحكمــة بشكل مفصل ببيــان موجبات الارث باستقــراء المسائل الفقهية في ابوابها المختلفة ، ومن بعد ذلك تطرقت الى موانع الميراث وبيان اتفــاق فقهاء المسلمين على ثلاثــة موانع هي : القتل واختلاف الدين بيــن المسلم وغير المسلم والــرق ، موضحة بشكــل دقيق موقف المذهب الحنفي والشافعي والمالكي والجعفري والحنبلي بتفاصيل كل مانع من هذه الموانع الثلاثة . ومما يلحــظ في هــذا القرار ان المحكمــة اعربت ان المسائــل الارثيــة تتطلب عنــاء التخصص في استنباطها وفهمها ، وانها من اهم واعقد مسائل الفقه الاسلامي.

ويتضــح من نمــاذج القــرارات اعلاه ؛ ان المحكمــة الاتحادية العليا قــد اينعت واحترفت الرقابة علــى دستورية القوانين بشكل عام وفي مسالــة ثوابــت الاسلام على وجــه الخصوص ، والــذي انعكس بدوره علــى اصالة القرارات الصدارة عنها مــن دون الاستعانة بخبرة فقهاء الشريعة الاسلامية ، مع الاشارة انه لا يوجد ما يمنــع الاستعانة بهم بصفة خبراء لا اعضاء في

قـادم الدعاوى الدستورية فيما لو رات المحكمة حاجة لذلك

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث في موضوع معايير المحكمـة الاتحاديـة العليـا فـي تحديـد ثوابت احكام الشريعة ، توصلنـا الى جملة من النتائج والمقترحـات ، والتي سـوف نستعرضها وفقا للاتي :

اولا- النتائـج :من بين اهـم النتائج التي توصل اليها البحث تمثلت بالاتي :

١-ان الاسانيـد التي ركنت اليهـا المحكمة الاتحاديـة فـي الدفـاع عـن شرعيـة تكوينها مـن القضاة حصـرا دون اشراك خبـراء الفقه الاسلامـي ،غيـر مقنعـة وان هنـاك مخالفـة صريحـة لنص دستوري واجب الاتباع ، اذ ان علـو الدستـور وانعقاد السيـادة لأحكامه قاعدة لنظام الدولة القانوني ومحور بناء اساس الحكم فيهـا على ما تقضي به المـادة الثالثة عشر من الدستور ، التي اكدت على علو وسمو الدستور وبطـلان كل نص يتعارض معه .ورغم العوار الدستـوري تبقـى الكلمـة الفصـل للمحكمـة الاتحادية وان ما تـراه في قرارتها باتا وملزما للسلطـات كافـة وفقا لنـص المـادة (٩٤) من الدستور .

٢-هلاميـة النص الدستـوري بإقحام فقهاء الشريعـة ضمـن تشكيلة المحكمة نصـا تتخلله الاستحالة في التطبيق بسبب التعددية الاثنية في العـراق ،من حيث اختلاف الـرؤى الفقهية في اغلب المسائل الشرعيـة بين المذاهب المتعددة يحول دون حصول الاجماع على اغلب ثوابت الاسـلام ، سـواء بين المذاهـب السنية الاربعة او بينهـا وبين المذهـب الجعفري ، وان حصر اعضـاء المحكمة الاتحاديـة العليا بالقضاة فقط - بموجـب القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١ – هو توجه اكثر واقعية من النص الدستوري.

٣-ان المعاييـر التـي اعتمدتهـا المحكمـة الاتحادية العليا لدى نظرها في دعاوى الطعن بعدم دستورية القوانين المخالفة لثوابت الاسلام انحصـرت بمعياريـن :تمثـل المعيـار الاول بالمصلحـة المعتبـرة من خلال بنـاء قراراتها علـى المصلحـة المتوخاة من النـص القانوني والتـي تقع ضمـن مقاصد الشريعـة الاسلامية و النابعـة مـن جانـب عقائـدي لـدى اعضاء هيئة المحكمة دون الغـوص في اعماق الآيات القرآنيـة الكريمة او السنـة النبوية المطهرة او اجماع فقهاء المسلمين . واما المعيار الثاني فهو الادلة الشرعية التفصيليـة والذي تبلور بحلتها الجديدة ، اذ انها بدأت تبحث بشكل اكثر اتساعا وعمقا دون الاكتفاء بعموميات مقاصد الشريعة ، وذلك من خلال اتبـاع المنهج التحليلي للأدلة الشرعيـة التفصيلية، معززتـا قراراتها بتفسير الآيات القرآنية الكريمة ذات الصلة والاحاديث النبوية المطهرة ومراجعة اراء فقهاء المذاهب الاسلاميـة ،مـن ودون الاكتفـاء بعموميـات المفاهيم .

٤-ان المحكمـة الاتحادية العليـا في حلتها الجديـدة ،اضحـت اكثر احترافيـة ونضجا في الرقابـة علـى دستوريـة القوانين فـي دعاوى الطعـن بمخالفة ثوابت الاسلام ، والذي انعكس بدوره على جودة القرارات الصادرة عنها، من

دون الاستعانة بخبرة فقهاء الشريعة الاسلامية.

ثانيـــا – المقترحات: بناء على ما توصل اليه البحث من نتائج ،فان المقترحات توزعت بين الثبات والعدول والخبرة والتعديل وفقا للاتي :

١- ندعـو المحكمة الاتحاديـة العليا الى المحافظة على النضوج القضائي الذي وصلت اليـه ، والثبـات على معيـار الادلـة الشرعية التفصيليـة ، للحيلولـة دون الرجوع الى معيار المصلحة المعتبرة كـي لا تهوي بقراراتها الى درك السطحيـة التـي اتسمـت بها فـي حقبتها الاولى .

٢- ندعو المحكمة الـى عدم العدول عن قرارتهـا فـي هـذا الشـأن ، وان كـان نظامها الداخلـي يبيح لها ذلك ، لان ذلك يتنافى وطبيعة ثوابـت الاسـلام التـي لا تتغير بتغيـر الزمان والمكان .

٣- لا يوجد مـا يمنع قانونا من الاستعانة بفقهاء الشريعة بصفة خبراء على ان يكون ذلك فـي اضيق نطاق وفي المسائل التي تشكل على المحكمة استنبـاط الاحكام الشرعية في المسالة المعروضة امامها .

٤- نرى من الاصوب ،تعديل نص المادة (٩٢ / ثانيا) لتصبح بالصيغة الاتية : " تتكون المحكمة الاتحاديـة العليا ، من عدد من القضاة ، يحـدد عددهم وتظم طريقة اختيارهم ، وعمل المحكمـة ، بقانـون يسن باغلبيـة ثلثي اعضاء مجلس النواب ".

الهوامش

(١) محمـد الزحيلـي ، حقـوق الانسـان فـي الاسلام ، دار ابن كثيـر للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق – بيروت ، ط٥ ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٣- ٢٤.

(٢) محمد عبدالملك واخرون ، الثوابت والمتغيرات في قضيـة الـولاء والراء عند صلاح الصـاوي ، متاح علـى الموقـع : http:ejounal.undiq.gontor.ac.id/index.tsaqafahتاريـخ الزيارة ٢٥/ ٧ / ٢٠٢٣

(٣) الراغـب الاصفهاني ، المفـردات في غريب القران ، دار القلم ، دمشق – بيروت ، ١٩٩١، ص ١٧١.

(٤) التعريفـات ، للجرجانـي ، دار الكتـب العلميـة ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٧.

(٥) الكليات – معجم في المصطلحات والفروقات اللغوية ، لابـي البقاء الكفوي ، مؤسسـة الرسالة ناشرون ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، ١٩٩٨، ص ٢٩٤.

(٦) مختـار الصحـاح ، محمـد بـن ابي بكـر الرازي، المكتبـة العصرية ، بيروت ، صيدا ، ط٥، ١٩٩٩، ص ٢٣٢.

(٧) صـلاح الصاوي، الثوابـت والمتغيرات في مسيرة العمـل الاسلامـي المعاصـر ، اكاديميـة الشريعة بأمريكا ، ٢٠٠٩، ص ٥١.

(٨) محمـد عبدالملـك واخرون ، الثوابـت والمتغيرات فـي قطعية الـولاء والبراء عند صـلاح الصاوي ، بحث منشـور على الموقع الالكترونـي : https://ejournal.unida.gontor.ac.id/index

(٩) ابـن القيم الجوزية ، الـروح ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٢، ص ٣٦٠.

(١٠) الرسالـة للأمام الشافعي ، مكتبة الحلبي ، مصر ، ١٩٤٠، ص ٥٧٢و ص ٥٦٠.

(١١) صلاح الصاوي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٣.

(١٢) نفس المصدر ، ص ٥٦- ٦٠.

(١٣) رائـد نصـري جميـل ابـو مؤنـس ، الثوابـت والمتغيـرات فـي التشريـع الاسلامـي ، اطروحة دكتوراه قدمـت الى مجلس كليـة الدراسات العليا ، الجامعة الاردنية ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٠ .

(١٤) يوسف القرضاوي ، بينات الحل الاسلامي ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٩٣ ، ص ٧٠ – ٧٢.

(١٥) محمد عبدالملك واخرون ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٧٣ – ٣٧٥.

(١٦) المصدر نفسه ، ص ٧٢.

(١٧) شيماء جعفر محمد و عصام سعيد عبد ، دور القضاء الدستوري في تطبيق احكام الشريعة الاسلامية ، مجلة الرافدين ، جامعة الموصل ، المجلد ١٧ ، العدد ٦١ السنة ١٩ ،ص ٢٩٨-٢٩٩

(١٨) جواد احمد البهادلي ، الثابت والمتغير في الشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير قدمت الى مجلس كلية الفقه ، جامعة الكوفة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٠٢.

(١٩) نادية شريف العمري ، اضواء على الثقافة الاسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠١ ،ص ١١٧-١١٨.

(٢٠)المصدر نفسه ، ص ١٣٣-١٣٥,

(٢١)القاضي سالم روضان الموسوي ،اشكالية نقض الخبراء لأحكام القضاء الدستوري، مقال منشور على الموقع : https://annabaa.org/nbanews/images/bnar02.jpg

(٢٢)محمد قلعجي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٨، ص ٢٤ .

(٢٣)المصدر نفسه ، ص ٢٣.

(٢٤)المصدر نفسه ، ص ٤٣.

(٢٥)رائد نصري جميل ابو مؤنس ، مصدر سبق ذكره، ص ٢٠ .

(٢٦)رائد نصري جميل ابو مؤنس ، ص ٢٠ .

(٢٧) احمد فتح الله ،معجم الفاظ الفقه الجعفري ، مطابع المدوخل – الدمام ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٥ ، ص ٣٨.

(٢٨)المصدر نفسه ، ص ٣٩.

(٢٩) مدحت المحمود ، القضاء في العراق – دراسة استعراضية للتشريعات القضائية في العراق ، دار ومكتبة الامير ، بغداد ، ط٢ ، ٢٠١١ ، ص ٨١.

(30) Jon Elster,»Forces and Mechanism in the Constitution –Making Process»,Duke Law Journal 45,no.364(1995).

(31)Suzette Hemberger ,»What Did They Think They Were Doing When They Wrote the u.s constitution ,and Why Should we Care?»,in constitutional polititics :Essays on constitution Making ,Maintenance and change ,eds.Barber A .Sotirious and George P.Robert (Princeton university press,2001):128-61.

(٣٢)اثير ادريس عبد الزهرة ، مستقبل التجربة الدستورية في العراق ، دار ومكتبة البصائر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١١، ص٢٨٣.

(٣٣)حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص ١٨٢.

(٣٤) دولة احمد عبدالله و بيداء عبدالجواد ، دور المحكمة الاتحادية في حماية حقوق الانسان في العراق ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٣ ، العدد ٤٩ ، السنة ١٦ ، ص ٣٧٦..

(٣٥) مصدق عادل ، القضاء الدستوري العراق ، دراسة تطبيقية لدور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور العراقي ٢٠٠٥ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٥.

(٣٦)عباس هادي العقابي ، المحكمة الاتحادية العراقية بين الدور القانوني والتأثير السياسي ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠١٩ ، ص ١٨.

(٣٧)عباس هادي العقابي ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٩.

(٣٨)عباس هادي العقابي ، مصدر سبق ذكره ، ، ص ١٩.

(٣٩)علي يوسف الشكري ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد، ٢٠١٦، ص ٣٩٣ – ٣٩٤.

(٤٠) المصدر ذاته ، ص ٣٨٧.

(٤١)مصدق عادل ، المحكمة الاتحادية العليا بين الواقع النظري والافاق المستقبلية ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨ ، ص ٦٨.

(٤٢) «المادة الاولى» يلغى نص المادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا ويحل محله ما يأتي :

المادة – ٣ – أولا : أ – تتكون المحكمة الاتحادية

العليا من رئيس ونائب للرئيس وسبعة أعضاء أصليين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (١٥) خمس عشرة سنة .

ب – للمحكمة أربعة أعضاء احتياط غير متفرغين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (١٥) خمس عشرة سنة .

ثانيا : يتولى رئيس مجلس القضاء الأعلى ورئيس المحكمة الاتحادية العليا ورئيس جهاز الادعاء العام ورئيس جهاز الإشراف القضائي اختيار رئيس المحكمة ونائبه والأعضاء من بين القضاة المرشحين مع تمثيل الأقاليم في تكوين المحكمة وترفع أسماؤهم إلى رئيس الجمهورية لإصدار المرسوم الجمهوري بالتعيين خلال مدة أقصاها (١٥) خمسة عشر يوما من تاريخ اختيارهم» .

منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٦٣٥ في ٧ / ٦ / ٢٠٢١

(٤٣) سالم روضان الموسوي ، دراسات في القضاء الدستوري العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٩ ، ص ١٥٠.

(٤٤)علي يوسف الشكري ، الزمان والمكان في النص الدستوري – دراسة مقارنة ، العلمين للنشر ، النجف الاشرف ، العراق ، بدون سنة نشر ، ص ١٥.

(٤٥)تأسس مجلس صيانة الدستور عام ١٩٨٠ ، ويتكون من اثنا عشرة عضوا ، ستة منهم من رجال الدين يتم تعيينهم من قبل المرشد الاعلى للثورة الاسلامية ، والستة الاخرين من القانونيين يعينهم مجلس الشورى بتوجيه من رئيس السلطة القضائية ، ويتراس المجلس اية الله احمد جنتي منذ عام ١٩٩٣،وهو احد فقهاء الحوزة العلمية في قم ومرجعا تقليديا للشيعة الامامية .

(٤٦)(إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وإن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة

بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة علىحقوقها الثابتة الأخرى).

(٤٧)احمد نصر الجندي ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١١، ص ١٠١-١٠٢.

(٤٨) ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ۚ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۖ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ ۚ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ۚ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا ۚ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾

(٤٩)المادة الرابعة والسبعون(اذا مات الولد، ذكراً كان أم أنثى، قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكوراً كانوا أم إناثاً، حسب الأحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة، على أن لا تتجاوز ثلث التركة. ٢ -تقدم الوصية الواجبة، بموجب الفقرة (١ (من هذه المادة، على غيرها من الوصايا الأخرى وفي الاستيفاء من ثلث التركة).

(٥٠)مصطفى ابراهيم الزلمي ، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، شركة الخنساء للطباعة ، بغداد ، بدون سنة نشر ، ص ٤٣.

(٥١) متاح على الموقع : http://hrlibrary.umn.edu/arabic

(٥٢)المادة الأربعون (لكل من الزوجين، طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: ...٥ -إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة ...).

(٥٣)متاح على الموقع : http://hrlibrary.umn.edu/arabic

(٥٤)متاح على الموقع : http://hrlibrary.umn.edu/arabic

(٥٥) للاطلاع على نص القرار زيارة موقع المحمة الاتحادية العليا على الرابط : https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php

قائمة المصادر والمراجع

القران الكريم

اولا- المعاجم:

١-الكليات – معجم في المصطلحات والفروقات اللغوية ، لابي البقاء الكفوي ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، ١٩٩٨.

٢-الراغب الاصفهاني ، المفردات في غريب القران ، دار القلم ، دمشق – بيروت ، ١٩٩١.

٣-التعريفات ، للجرجاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، ٢٠٠٣.

٤-مختار الصحاح ، محمد بن ابي بكر الرازي، المكتبة العصرية ، بيروت ، صيدا ، ط٥، ١٩٩٩.

٥-احمد فتح الله ،معجم الفاظ الفقه الجعفري ، مطابع المدوخل – الدمام ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٥.

ثانيا- الكتب:

١-احمد نصر الجندي ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١١.

٢-ابن القيم الجوزية ، الروح ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٢.

٣-اثير ادريس عبد الزهرة ، مستقبل التجربة الدستورية في العراق ، دار ومكتبة البصائر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١١.

٤-الرسالة للأمام الشافعي ، مكتبة الحلبي ، مصر، ١٩٤٠.

٥-سالم روضان الموسوي ، دراسات في القضاء الدستوري العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٩.

٦-صلاح الصاوي، الثوابت والمتغيرات في مسيرة العمل الاسلامي المعاصر ، اكاديمية الشريعة بأمريكا، ٢٠٠٩.

٧-عباس هادي العقابي ، المحكمة الاتحادية العراقية بين الدور القانوني والتأثير السياسي ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠١٩ .

٨-علي يوسف الشكري ، الزمان والمكان في النص الدستوري – دراسة مقارنة ، العلمين للنشر ، النجف الاشرف ، العراق ، بدون سنة نشر.

٩-حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٣ .

١٠-مصدق عادل ، المحكمة الاتحادية العليا بين الواقع النظري والافاق المستقبلية ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨ .

١١-مصدق عادل ، القضاء الدستوري العراق، دراسة تطبيقية لدور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور العراقي ٢٠٠٥ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ .

١٢-محمد الزحيلي ، حقوق الانسان في الاسلام، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق – بيروت ، ط٥ ، ٢٠٠٨ .

١٣-مصطفى ابراهيم الزلمي ، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، شركة الخنساء للطباعة ، بغداد ، بدون سنة نشر .

١٤-مدحت المحمود ، القضاء في العراق – دراسة استعراضية للتشريعات القضائية في العراق ، دار ومكتبة الامير ، بغداد ، ط٢ ، ٢٠١١.

١٥-نادية شريف العمري ، اضواء على الثقافة الاسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠١.

ثالثا: الرسائل والاطاريح

١-جواد احمد البهادلي ، الثابت والمتغير في الشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير قدمت الى مجلس كلية الفقه ، جامعة الكوفة ، ٢٠٠٧ .

٢-رائد نصري جميل ابو مؤنس ، الثوابت والمتغيرات في التشريع الاسلامي ، اطروحة دكتوراه قدمت الى مجلس كلية الدراسات العليا ، الجامعة الاردنية، عمان ، ٢٠٠٤.

رابعا: البحوث

١-شيماء جعفر محمد و عصام سعيد عبد ، دور القضاء الدستوري في تطبيق احكام الشريعة الاسلامية ، مجلة الرافدين ، جامعة الموصل ، المجلد ١٧ ، العدد ٦١ السنة ١٩ .

خامسا: القرارات القضائية

١-الدعوى الدستورية ٤٥/ اتحادية / ٢٠١٢

٢-= =٣٢/ اتحادية / ٢٠١٤

٣-== ١١٣ / اتحادية / ٢٠١٤ وموحدتها ٩/ اتحادية / ٢٠١٥

٤-== ٥٤/ اتحادية / ٢٠١٦

٥-= =١٣٤ وموحدتها ١٣٥/ اتحادية / ٢٠١٨

٦-= =١٤٧/ اتحادية / ٢٠٢٣

٧-== ٢٣٠ / اتحادية / ٢٠٢٣.

٨-قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٩٧٦.

٩-== = رقم ٧ لسنة ١٩٩٣.

١٠-=== رقم ٨ لسنة ١٩٩٦.

سادسا : المصادر الاجنبية

1-Jon Elster,»Forces and Mechanism in the Constitution –Making Process»,Duke Law Journal45,no.364(1995).

2-Suzette Hemberger ,»What Did They Think They Were Doing When They Wrote the u.s constitution ,and Why Should we Care?»,in constitutional polititics :Essays on constitution Making ,Maintenance and change ,eds.Barber A .Sotirious and George P.Robert (Princeton university press,2001):128-61

سابعا : المواقع الالكترونية

1-http://hrlibrary.umn.edu/arabic

2-https://ejournal.unida.gontor.ac.id/index

Standards of the Federal Supreme Court in determining the principles of Sharia

Assist.Prof. Abdul Bassit Abdul Raheem Abbas(*)

Abstract

The novelty of the constitutional judiciary in Iraq, represented by the formation of the Federal Supreme Court, which is the first experience in this field, has created a wide arena for researchers and has provided over the past years many studies, most of which focused on the constitutional flaw in the law of its formation, claiming that it has become inconsistent with the provisions of the Constitution of the Republic of Iraq. For the year 2005, especially those related to the inclusion of Islamic jurisprudence experts within the court. These studies varied between supporters and opponents, and each group had its own arguments and supports that it presented in support of the opinions adopted by it. Despite everything that was proposed, the court continued with the same composition - that is, exclusively of judges. And no one else - even after the amendment to its formation law, which

he Federal Court gave constitutional cover with its decision taken in the case challenging its unconstitutionality, thereby decisively concluding the jurisprudential controversy raised regarding it, even though it was not well received by many specialists in the constitutional judiciary, fearing the court's inability to Dealing with such claims if they rely solely on the legal experience of their judges without seeking the assistance of Sharia jurists who have sufficient experience with the provisions of Islamic Sharia.

(*)Dayala University/ College of Law & political science

Based on these data, we decided to delve into research into the constants of the Islamic rulings in order to determine their nature, the difficulties of defining them, and the obstacles to consensus on them in light of the sectarian diversity in Iraq, which was reflected in the differences in the ways of deriving the legal rulings due to their different sects and orientations. On the one hand, and on the other hand, we began our research from The researchers concluded their studies related to the Federal Court, seeking to trace its judicial path in this aspect and the standards it relied upon in deriving the legal rulings in the constitutional cases brought before it related to challenging the laws in force on the grounds that they violate the provisions of the principles of Islam, trying to determine the quantity and quality of its achievements in this regard, in order to We are able to arrive at an objective assessment of this path, point out the strengths and weaknesses, and suggest what we deem appropriate, aiming to contribute to overcoming the areas of deficiency and bringing the young experience to a state of satisfactory maturity and approaching perfection and touching completeness.

Keywords: constants of Islam, constitutionality of laws, Federal Supreme Court