كلية القانون- جامعة ميسان
كلية القانون

ثوابت احكام الاسلام والاثار المترتبة على الاخذ بها

The constants of the rulings of Islam and the consequences of adopting them

رسل ماجد حامد
Rusul Majed Hamed

الخلاصـــة :

الدستور القانون الأعلى في الدولة ،يضع الأصول ويحدد السلطات العامة ،ومن مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات ان تتوزع السلطة بين ثلاث هيئات تتولى احداها التشريع وتضطلع الاخرى بالشؤون التنفيذية والثالثة بالشؤون القضائية. والدستوريحدد لهذه السلطات الثلاث اختصاصاتها .وقدركزت الدساتيربضرورة تو افق احكامها مع التشريعات القانونية ولذا رتبت بعض الدساتير جزاء على مخالفة التشريعات لأحكامها .فقد نص دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ في المادة 13 ثانيا على أن «يعدّ باطلا كل نص يرد في دساتير الأقاليم او أي نص قانوني آخر يتعارض معه».حيث أن النصوص غير المتفقة مع احكام الدستور قد ينتج عنها آثار تمس المجتمع او الاسرة ، لذلك يسعى هذا البحث الى توضيح وبيان المحاور الاساسية لثو ابت احكام الاسلام على وفق مبحثين ،يتناول الاول ماهية هذه الثو ابت ويتناول الثاني الاثار المترتبة على ذلك بإعتبار ان ثو ابت احكام الاسلام هي المصدر الرئيس للتشريع.

Abstract

The constitution is the supreme law in the state. It lays down the principles and defines the public authorities. One of the requirements of the principle of separation of powers is that the authority is divided among three bodies, one of which undertakes legislation, the other undertakes executive affairs, and the third is judicial affairs. The constitution defines for these three authorities their competencies. Legal and therefore some constitutions have arranged a penalty for legislation violation of its provisions. The Constitution of the Republic of Iraq for the year 2005 in force in Article 13 secondly stipulates that "every text contained in the constitutions of the regions or any other legal text that contradicts it is considered null and void." Texts inconsistent with the provisions of the constitution may It results in effects that affect society or the family, so this research seeks to clarify and clarify the main axes of the constants of the provisions of Islam accord .ing to two sections.the international law or foreign element

المقدمـة

الدستور هو القانون الأساسي الأعلى في كل دولة، وهو الذي يضع القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة فيها، وان قواعده تستوي على القمة من البناء القانوني، وان من مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات كأحد ركائز الحكم في الدولة الديمقراطية الحديثة أن تتوزع السلطة بين ثلاث هيئات، فتتولى إحداها سلطة التشريع، وتناط بالأخرى سلطة التنفيذ، و الثالثة تناط بها جهة القضاء.

وهذه السلطات الثلاث إذ ينُشئها الدستور، فإنه أيضا يحدد لكل منها اختصاصاتها ويبين الأطر العامة لحدود كل من هذه السلطات، وإذا كان مبدأ المشروعية يفرض على السلطات الثلاث أن تعمل كل منها دوما في إطار من التزامها بنصوص الدستور، فإن هذا المبدأ يظل مبدأ نظريا مجرداً، ما لم يقترن هذا المبدأ بجزاء فعال وتنظيم يكفل التزام هذه السلطات لمضمونه وبالتالي يقيدها بحدوده بحيث تقوم على تنفيذه سلطة خاصة تكون مستقلة وتمارس ما اصطلح على تسميته بالـ (الرقابة القضائية على دستورية القو انين) .

وعلى هذا قيدت معظم الدساتير في العالم بأن التشريعات القانونية يجب ان تو افق احكام الدستور، هذا وقد رتبت بعض الدساتير جزاءً على مخالفة التشريعات لأحكامها، والذي يتمثل ببطلان النص القانوني المخالف لأحكام الدستور كالدستور الاماراتي و الدستور المصري

كذلك نص دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ في المادة (-13 ثانيا) على «... يُعد باطلاً كل نصٍ يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نصٍ قانونيٍ آخر يتعارض معه».

كما وقد تضمن الدستور العراقي مبدأً في المادة (2/اولاً/أ) بأنه « لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثو ابت احكام الاسلام «حيث وضع هذا النص قيدا دستوريا على سلطة المشرع العادي بعدم جواز الخروج عن ثو ابت احكام الشريعة الاسلامية والا اتصفت تلك التشريعات بعدم الدستورية وبالتالي تكون معرضة للبطلان بحكم الدستور.

غير ان هناك العديد من التشريعات بشكل عام والتشريعات الجنائية -بشكل خاص- غير متو افقة مع احكام الدستور وبالرغم من ان نص المادة (13/ثانيا) من الدستور العراقي لسنة 2005م والتي تم ذكرها سابقا دلت على ان اي نص قانوني يتعارض مع الدستور يعتبر باطلا، الا ان العديد من التشريعات الجنائية المخالفة للدستور ما زال العمل بها مستمراً للوقت الحاضر، وعليه فأن هذه النصوص غير المتفقة مع احكام الدستور قد ينتج عنها أثار تمس المجتمع او الاسرة، لذلك سنحاول توضيح بيان المحاور الاساسية لثو ابت احكام الاسلام وفق مبحثين, نتناول في المبحث الاول ماهية ثو ابت احكام الاسلام, اما الثاني فسنتناول فيه الاثار المترتبة على اعتبار ثو ابت احكام الاسلام المصدر الرئيسي للتشريع.

اهمية البحث

يحظى موضوع البحث بأهمية كبيرة فمن الناحية الموضوعية فأنه يسعى لتأسيس منظومة تشريعية سامية وصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان الشارع فيها هو الله جل وعلا خالق الاكوان ومثبت الاحكام قبل ان ينتجها الفكر الانساني, فهذه المنظومة تقتضي مطابقة التشريعات الوضعية مع التشريعات الالهية المدرجة في ثو ابت الشريعة الاسلامية .

اما من الناحية القانونية فأن هذه الدراسة تسعى الى خلق نظام قانوني سليم من خلال مو ائمة التشريعات الجنائية لأحكام الوثيقة الدستورية, وازالة العيوب او التعارض الذي قد يشوبها نتيجة لنفاذ دستور عراقي لاحق على تلك التشريعات في سنة 2005م .

إشكالية البحث

برزت اشكالية الدراسة بعد نفاذ دستور جمهورية العراق لسنة 2005م, والذي تضمن مبدأً في المادة (2/اولاً/أ)

بأنه « لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام «حيث وضع هذا النص قيدا دستوريا على سلطة المشرع العادي بعدم الخروج عن ثوابت احكام الشريعة الاسلامية والا اتصفت تلك التشريعات بعدم الدستورية وبالتالي تكون معرضة للبطلان بحكم الدستور, ومن هنا تبرز اهمية المشكلة في ان :

1. هناك تعارض صريح بين بعض النصوص الجنائية (الموضوعية) وبين ثوابت احكام الشريعة الاسلامية وبالتحديد (جرائم الحدود) وبالتالي التعارض يكون مع الدستور العراقي لعام 2005م.

2. هناك قصور تشريعي واضح من قبل المشرع الجنائي بعدم شموله بالتجريم لحالات مجتمعية خطيرة ذات نتائج وخيمة على المجتمع والاسرة بالأخص منها جرائم الزنا بين البالغين اذا تمت بإرادتهم ورضاهم حيث لم يشملها المشرع العراقي بالتجريم .

المبحث الاول
ماهية ثوابت احكام الاسلام

من أجل الوقوف على ماهية ثوابت احكام الاسلام سنسلط الضوء على مفهوم ثوابت احكام الاسلام لنستعرض فيما بعد مصادر ثوابت احكام الاسلام, ولبحث هذين الموضوعين سنخصص مطلبين مستقلين.

المطلب الاول: مفهوم ثوابت احكام الاسلام

لتوضيح مفهوم ثوابت احكام الاسلام بصورة متكاملة ينبغي تحليل المركب اللفظي للنص وتبيان معنى كل مصطلح على حدة بتعريفه، اولا لغوياً وثانيا اصطلاحاً

أولا : تعريف ثوابت أحكام الأسلام اللغوي :

الثوابت لغة : تأتي من الفعل ثَبت أو تَثَبَتت او أُثبتتْ, ثباتٌ، ثبوت : بمعنى استقر، داوم، واضب ويراد بها الديمومة والاستقرار(1)

وهناك من عرف الثبات بالضد من الزوال لقوله تعالى « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ « (2)

أما مفهوم احكام لغويا :

مفردة (حُكم) من الفعل (حَكَمَ)، حكمت وأحكمت، أُحكِمت، بمعنى منعت و وردت، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع الظالم من الظلم، فنقول حكم حُكماً بمعنى قضيَ قضاه، ومنه قوله تعالى « وَكَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِندَهُمُ التَّوْرَاةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِن بَعْدِ ذَٰلِكَ وَمَا أُولَٰئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ « (3)

اما عن الاسلام في اللغة : هو الانقياد والاذعان، يقال اسلمَ لله، اي إنقاد له وصار مسلما (4) ، مأخوذة من مادة (تسلم)، سلامة وسلاماً من عيب أو أفة

ومنه قوله تعالى « وَ أَنِيبُوا إِلَىٰ رَبِّكُمْ وَأَسْلِمُوا لَهُ مِن قَبْلِ أَن يَأْتِيَكُمُ الْعَذَابُ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ « (5)

قال ابن فارس : السين واللام والميم..... وهو الانقياد، لأنه يسلم من الإباء والامتناع (6)

ثانيا: تعريف ثوابت أحكام الأسلام اصطلاحا

تُعرف الثوابت بأنها : القطعيات ومواضع الإجماع التي اقام الله بها الحجة البينة في كتابه، أو على لسان نبيه (ص) ، ولا مجال فيها لتطوير أو اجتهاد، و ابرز مصاديقها العقائد والعبادات والاخلاق (7)، أو هي الاحكام التي دلت عليها أدلة قطعية الثبوت والدلالة، أو الاجماع الصحيح وعُريت عن بناءٍ على متغير(8)

اما الثابت في البعد الفلسفي فهو الاصل او القاعدة التي توجه مسيرة الامة الى السعادة والفلاح، وتوحد الامة

اعتقادا وقيماً، وتطرد الحيرة من العقل البشري، وتضبط السلوك والتصرفات، وهي ليست مجال مساومة ولا مراجعة، ولا تحتمل تبديلاً ولا تغييراً (9)

وتعرف الثوابت بالنسبة الى أدلة قطعية الثبوت : القطعيات ومسائل الاجماع والمواضيع المتفق عليها والمحكمة والتي لا تقبل التفسير أو التأويل والاجتهاد واقيمت الحجة القاطعة من الكتاب الكريم والسنة الصحيحة وبذلك تخرج عن نطاقها الظنيات وموارد الاجتهاد وكل ما لم يقم عليه دليل قاطع من نص صريح او اجماع صريح وما يقع في منطقتي (الفراغ التشريعي) والنصوص المحتملة (10).

وبتعريف اخر فان الثوابت تعني قيم التشريع الاسلامي ومبادئه، اذ ان أنسانية قيمه تمتاز بالسمو والشمول والثبات لان هذه القيم تضمنتها نصوص قاطعة الدلالة تجعلها من الثوابت لتعلقها بمصالح انسانية ثابتة (11).

والقطعي من الاحكام هو التي جاءت به نصوص محكمة واجمعت عليه الامة وتلقتها بالقبول, وهي ما علم من الدين بالضرورة بحيث لا يسع مسلماً الجهل به، فلا يقبل الاجتهاد فيها ومجال المجتهد فيها هو التطبيق كما وردت، وهنا يقال لا اجتهاد في مورد النص، كفرضية العبادات الخمس وتحريم الربا والزنا وشرب الخمر وسفور المرأة امام الرجال الاجانب... وكتحديد عُدد الوفاة والطلاق وأنصبة المواريث، فكل هذه الاحكام من الثوابت لا تتبدل بمرور الزمان ولا تخضع للاجتهاد والنقاش والتعطيل بذرائع مشبوهة كتعطيل فريضة الزكاة او الحج او اباحة الزنا والخمر والربا والعري (12).

اما عن مفهوم الثوابت بالنسبة للزمكان فهي الاحكام الثابتة لاتتغير عن حالة واحدة هي عليها لا بحسب الازمنة ولا الامكنة ولا اجتهاد الائمة، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم، ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق اليه تغيير، ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه، وهو بعكس المتغير الذي يتغير بحسب اقتضاء المصلحة زمانا ومكانا وحالا كمقادير التغريرات واجناسها وصفاتها، فأن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة، فيعرف المتغير – وهو عكس الثابت – بأنه الاحكام الظنية والفروع الجزئية والوسائل المتجددة (13) وهذه الظنيات والفروع والوسائل تحظى بمساحة كبيرة من المرونة وقابلية الاجتهاد البشري، وهذا ما اكسب الاسلام صلاحيته في كل زمان ومكان، وطبقاً لهذا عرف جانب اخر من الفقه المتغيرات بأنها موارد الاجتهاد، وكل ما لم يقم عليه دليل قاطع من نص صريح او اجماع صريح (14).

المطلب الثاني : مصادر ثوابت احكام الاسلام

ان مصادر ثوابت احكام الاسلام ثلاث هي القران الكريم والسنة النبوية وهما المصدران الرئيسيان، ثم يأتي الاجماع وهو المصدر الثالث وهذا ما سنبحث فيه بشيء من التفصيل على النحو الاتي :

اولا : القران الكريم

القران الكريم اساس الدين ومصدر التشريع وحجة الله البالغة على جميع خلقه في كل عصر، والمصدر الاول من مصادر التشريع الاسلامي، والفرقان بين الحلال والحرام وبين الحق والباطل والهدى والضلال، وقد حوى القران الكريم كل من اصول الشريعة وقواعدها من الحلال والحرام واشار الى مقاصد الشريعة ليأخذ بيد الائمة المجتهدين ويدلهم على طرق الاستنباط في كل زمان ومكان، بعض آياته جاءت بأحكام تفصيلية لا تحتاج الى شرح منها الذي يتعلق بأصول العقائد وتحديد الجرائم وبعض العقوبات واحكام المواريث لان مثل هذه الاحكام تتعلق بمصالح ثابتة لا تتغير مع تغير الزمان والاعراف، واسلوب القران الكريم يضع الاسس والقواعد الكلية ولا يتناول فروع الاحكام وجزئياتها الا قليلاً.

وسيتركز البحث في المصدر الاول وهو القران الكريم وفق المحاور الاتية :

1. تعريف القران الكريم

القران الكريم هو كلام الله تعالى المنزل على نبيه محمد (ص) باللفظ العربي المتعبد بتلاوته, المتحدي بأقصر سورة فيه، المنقول الينا بالتواتر (15)، المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس، فالقول بأنه

كلام الله تعالى تميزاً له عن سائر كلام المخلوقين من الناس فهو المعجزة الخالدة التي نصر الله بها نبيه الكريم محمد (ص) وعجزت البشر عن مجاراته في البلاغة والفصاحة والمعارف والحقائق تحديا، اذ يقول تعالى « قُلْ لَئِنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَالْجِنُّ عَلَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَٰذَا الْقُرْآنِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا « (16)، وقول النبي محمد (ص) بحق القران الكريم « كتاب الله فيه نبأ ما قبلكم وخبر ما بعدكم، وحكم ما بينكم. هو الفصل ليس بالهزل، هو الذي من تركه من جبار قصمه الله، ومن ابتغى الهدى في غيره أضله الله، فهو حبل الله المتين، وهو الذكر الحكيم، وهو الصراط المستقيم، وهو الذي لا تزيغ به الأهواء، ولا تلتبس به الألسنة ، ولا يشبع منه العلماء، ولا يخلق عن كثرة الرد، ولا تنقضي عجائبه... « (17)

2. خصائص التشريع في القران الكريم

ان دراسة نظرية التشريع من شأنها ايجاد معالجات للإشكاليات التي تظهر في مجال ثو ابت ومتغيرات احكام الاسلام اذ ان المنظومة التشريعية التي يتضمنها ترتكز الى عناصر بنيوية قادرة على استيعاب متغيرات الو اقع (18)، بالنظر الى عظمة التشريع الذي جاء به القران الكريم فأن خصائصه متعددة بتعدد وتنوع المطلعين وليست قابلة للحصر لأن بنائية القران مطلقة, و ابرز خصائص التشريع في القران الكريم :

أ – الشمول والثبات :

التشريع القر آني شامل لجميع المصالح الدنيوية و الاخروية، الفردية والجماعية فالفرد جزءٌ وعضو والجماعة كلٌ وجسد، و ليس للجسد دون الروح، حيث نلحظ ان النصوص التشريعية لم ترد بصيغة اوامر جافة بل خاطبت في الانسان قلبه واحاسيسه، وحركت كوامن الايمان فيه كقوله تعالى (ان كنتم مؤمنين، لعلكم تذكرون) فمثل هذا الخطاب يحرك جذوة الايمان في النفس فيكون ادعى للاستجابة و اقرب للالتزام، كما وان عمومه لايقتصر على زمن معين بل هو تشريع واجب الاتباع من وقت بعث النبي (ص) الى قيام الساعة فلا ينافسه تشريع او نظام وهذا هو عمومه الزماني اما عن عمومه المكاني فهو تشريع للارض بما فيها من بشر اجمع، لقوله تعالى « إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ إِلَّا آتِي الرَّحْمَٰنِ عَبْدًا « (19).

فالقران لا يميز بين البشر على اختلاف اجناسهم او اعر اقهم او قومياتهم اذ قال تعالى « قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا... « (20)

فضلا عن شموله الموضوعي فالقران الكريم نظم شؤون الحياة بأكملها الدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والمعاملات والمواريث وحقوق الاحياء وحتى الاموات راعى ما بعد موتهم من حرمة مقابرهم و اجسادهم، هذا ولم يقتصر تنظيمه على البشر بل والحيو انات ايضا من رفق وعناية وعطف.

ب – نصوص القران قطعية :

نقل القران الينا بطريق التو اتر كتابة ومشافهة, والتو اتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول, ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود، فمن المقطوع به انها وردت الينا عن طريق الرسول (ص) كما انزلت عليه من ربه (21)، لذلك لم يختلف في حرف او لفظ على تعدد البلاد واختلاف الاجناس.

ج – مرونة التشريع الالهي :

مع كون احكام القران ثابتة لا تبديل لها الا انها تتسم بالمرونة لتحقيق مصلحة الافراد مهما اختلفت احوالهم وظروفهم، وتتحقق مرونتها بعدة امور، كإتيانها باحكام عامة دون ان تتعرض للتفاصيل والجزئيات لتترك باباً لاجتهاد العلماء بما يحقق المصلحة العامة وكما في احكام القضاء ونظام الحكم و والسياسة الشرعية، كذلك اهتمامها بجلب المصالح ودرء المفاسد رحمة بالعباد ورفع الحرج عنهم، قال تعالى « وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ « (22)، وقوله تعالى «... هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ... « (23).

د – خلود التشريع الالهي :

حفظ القران وخلوده هو الاصول الاسلامية التي تعهد بها الله تعالى بقوله «إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَوَ إِنَّا لَهُۥ لَحَٰفِظُونَ"(24)

3. حجية احكام القران الكريم :

لا يوجد خلاف ببين المسلمين في ان القران الكريم من عند الله, و انه سبحانه وتعالى تجب له الطاعة, فالقران حجة على كل مسلم ومسلمة وعلى ان احكامه واجبة الاتباع اياً كان نوعها و صنفها.

ثانيا : السنة النبوية الشريفة

سنبحث في السنة النبوية الشريفة باعتبارها المصدر الثاني لثو ابت احكام الاسلام ثلاث محاور كالاتي :

1. مفهوم السنة النبوية

السنة في اللغة : الطريقة, او هي الطريق او المسلك او المنهج، يقال لفلان امض على سننك اي على وجهك، وقيل هي الطريقة المعتادة سواء كانت حسنة او سيئة كما في الحديث الصحيح « من سن في الاسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها الى يوم القيامة « (25)

اما السنة في الاصطلاح : فهي ما ثبت عن النبي (ص) من قول او فعل او تقرير (26)، هذا باتفاق المذاهب الاسلامية – عدا الامامية – فقد وسع فقهاء الامامية لما ثبت لديهم ان المعصوم من ال البيت عليهم السلام يجري قوله مجرى قول النبي (ص) من كونه حجة على العباد واجب الاتباع، لذلك توسعوا في اصطلاح السنة الى ما يشمل المعصوم او فعله او تقريره فكانت السنة عندهم قول المعصوم او فعله او تقريره

والسر في ذلك ان الائمة من ال البيت عليهم السلام ليسوا هم من قبيل الرواة عن النبي والمحدثين عنه، ليكون قولهم حجة من جهة انهم ثقاة في الرو اية، بل لانهم هم المنصبون من الله تعالى على لسان النبي (ص) لتبليغ الاحكام الو اقعية، فلا يحكمون الا عن الاحكام الو اقعية عند الله تعالى كما هي، وذلك عن طريق الالهام كالنبي عن طريق الوحي او من طريق التلقي من المعصوم، كما قال مولانا امير المؤمنين علي عليه السلام (علمني رسول الله (ص) الف باب من العلم ينفتح لي من كل باب الف باب) (27)

2. اقسام السنة النبوية :

تنقسم السنة النبوية الى ثلاثة اقسام على النحو الاتي :

أ- السنة القولية

هي الاحاديث التي نطق بها النبي (ص) ونقلت الينا بلفظه والاحاديث كثيرة نذكر منها قوله (ص) (المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده) (28)، وقوله (ص) (ان احبكم الي و اقربكم مني مجلساً يوم القيامة احسنكم اخلاقا، وان ابغضكم الي و ابعدكم مني مجلسا يوم القيامة الثرثارون والمتشدقون والمتفيهقون...، قالوا يا رسول الله قد علمنا الثرثارين والمتشدقين فما المتفيهقون ؟ قال : المتكبرون)، وقوله (ص) (من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فأن لم يستطع فبلسانه فأن لم يستطع فبقلبه وذلك هو اضعف الايمان)، وقوله (ص) (لا يؤمن احدكم حتى يحب لاخيه ما يحب لنفسه) (29).

ب- السنة الفعلية :

هي كل ما صدر عن النبي (ص) من افعال تشير الى احكام شرعية، اي انها تسمى فعلية نسبة الى الفعل وهو السلوك العملي الذي قام به النبي (ص)، فالحج والصلاة كما قال (ص) : (صلوا كما رأيتموني أُصلي) (30).

ج- السنة التقريرية :

كل فعل او قول رأه النبي (ص) و أقر فاعله او قائله او لم ينكر عليه، فسكوته يعتبر اقراراً لأنه (ص) لا يسكت على امر غير مشروع، وليس كل قول عن النبي (ص) او فعل اقره او سكت عنه يعتبر سنة فعلية او تقريرية بل فيما يتعلق بالتشريع فقط.

3. حجية السنة النبوية

اجمع جمهور العلماء من السلف والخلف في سائر العصور على حجية السنة النبوية واعتبارها مصدراً للتشريع

الاسلامي بعد كتاب الله – عزوجل – والادلة على حجية السنة كثيرة منها قوله تعالى « وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَى * إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى » (31)

واذا كان قول النبي (ص) مصدره الوحي فهو واجب الاتباع كالقران، بدليل قوله تعالى «... فَآمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ الَّذِي يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَكَلِمَاتِهِ وَاتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ » (32)، وقوله تعالى « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلً » (33).

ثالثا : الاجماع

هو المصدر الثالث من مصادر التشريع المتفق عليها، فمحور البحث فيه حول ثلاث نقاط :

1. تعريف الاجماع :

الاجماع لغة : يعني العزم، ويقال اجمع فلان على كذا، اذا عزم عليه بدليل قوله تعالى « فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ » (34)

كما يأتي معنى الاتفاق، يقال : اجمع القوم على كذا، اي اتفقوا عليه.

اما الاجماع في الاصطلاح فقد اختلف علماء الاصول في تعريفه بناء على اختلافهم في بعض شروطه, ومن هذه التعاريف هو اجماع امة محمد (ص) خاصة على امر من الامور الدينية(35)

وفقا لهذا التعريف فأنه يعد الاجماع من جميع الامة سواء كانوا عوام او مجتهدين على امر ديني كوجوب الصلاة وعددها وصوم رمضان.

ومن تعريفاته « اتفاق مجتهدي عصر من امة محمد (ص) على امر شرعي » (36).

وطبقا لهذه التعاريف لا يعد من الاجماع اتفاق غير المجتهدين من العوام، كما ولا يعد اجماع اتفاق عدد من المجتهدين وليس جميعهم، فالاتفاق هو الاشتراك وهذا يعم القول والفعل والسكوت والتقرير، اما المجتهدين فهم العلماء واهل الحل والعقد الذين توفرت فيهم شروط الاجتهاد، واما العصر فهو الزمن اي اتفاق المجتهدين في عصر واحد ولا يشترط اتفاقهم في جميع العصور لانه مستحيل، وامة محمد (ص) هو تقييد للاجماع في امته، فلا يدخل ضمن نطاق الاجماع اتفاق امم اخرى كأتفاق اليهود او النصارى، واما الامر الشرعي فهو الامر الذي لا يدرك لولا خطاب الشارع سواء قولا او فعلا او تقريراً او اعتقادا (37).

وبتعريف اخر هو اتفاق من يعتبر قوله بالفتاوى الشرعية على امر من الامور الدينية، قولا كان او فعلا، وهو ممكن الوقوع (38)

ومن تعريفاته الاخرى : اتفاق جماعة يكشف اتفاقهم عن رأي المعصوم (ع) (39)

2. انواع الاجماع

للإجماع انواع عديدة وفقا لمعاييرها، من ابرزها :

أ- الاجماع من حيث التصريح

وفقا لهذا المعيار ينقسم الاجماع الى اجماع صريح ويقصد به ان يعبر المجتهدون كلهم عن رأيهم في الحكم تعبيراً صريحاً اما بالكلام او بالفعل الصريح (40).

والنوع الاخر هو الاجماع السكوتي (اذا قال الصحابي قولا وظهر ذلك في علماء الصحابة و انتشر ولم يعرف له مخالف وكان ذلك اجماعا مقطوعا به)(41).

ب- الاجماع باعتبار الدلالة

بحسب هذا التقسيم فان الاجماع ينقسم الى نوعين الاول هو الاجماع القطعي ويعني الاجماع الذي اجمعت عليه الامة بالضرورة كالاجماع على تحريم الزنا وتحريم السرقة، فهذا اجماع قطعي لانه لا يحتاج الى استنباط او استقراء ولا دقة نظر في الادلة.

اما النوع الاخر فهو الاجماع الظني وهو الذي يحتاج الى استقراء وتتبع واجتهاد ودقة نظر بالأدلة (42)، اي انه على العكس من الاجماع القطعي.

ج- الاجماع من حيث التحصيل :

بدوره ينقسم الى قسمين الاول هو الاجماع المحصل والمقصود به (الاجماع الذي يحصله الفقيه بنفسه بتتبع اقوال اهل الفتوى)، والاخر هو الاجماع المنقول ويعني الاجماع الذي لم يحصله الفقيه بنفسه و انما ينقله له من حصله من الفقهاء سواء اكان النقل بواسطة ام بوسائط (43)، ثم النقل اذا وقع على نحو التواتر يأخذ حكم المحصل من جهة الحجية.

3. حجية الاجماع

اتفق الفقهاء جميعا – عدا الامامية – على كون الاجماع حجة قاطعة كونه يستند الى القران والسنة، و اتفقوا ايضا على انه حجة شرعية ومصدر من مصادر التشريع الاسلامي في بيان الاحكام الشرعية، و انه لا تجوز مخالفته (44)، اي انه دليلا مستقلا عن القران والسنة، واستندوا على ذلك بالقران الكريم والسنة النبوية منها قوله تعالى « وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا « (45)، فهذه الاية تدل على حجية الاجماع بوضوح لالحاق الوعيد بكل من يتبع غير سبيل المؤمنين (46).

اما الامامية فعندهم الاجماع حجة بانضمام (المعصوم) فلو خلا المائة من فقهائهم عن قول المعصوم لما كان حجة، ولو اتفق اثنان لكان قولهما حجة لا باعتبار اتفاقهما بل باعتبار قول المعصوم (عليه السلام)(47) , اي انه يصح الاعتماد عليه اذا كشف عن رأي المعصوم، فاذا كشف على نحو القطع عن قوله فالحجة في الحقيقة هو المنكشف لا الكاشف فيدخل حينئذ في السنة ولا يكون دليلا مستقلا في مقابلها، وعلى هذا فان الاجماع عند الامامية انما يكون حجة اذا علم بسببه – على سبيل القطع – قول المعصوم، فما لم يحصل العلم بقوله وان حصل الظن منه فلا قيمة له ولا دليل على حجية مثله (48).

وخلاصة القول ان ثوابت الشريعة الاسلامية هي « الاحكام القطعية التي لا تتغير بتغير الزمان وتطوره والتي يكون فيها الشارع هو الله تعالى, ولا مجال للاجتهاد فيها «, وان مصادر الثوابت هي كتاب الله (جل وعلا), وسنة نبيه (ص), واجماع الفقهاء،اما عن شروط الثوابت فهي ان تكون قطعية السند وقطعية الدلالة وهذا ما سارت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: « لا يجوز لنص تشريعي، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً "(49).

والثوابت او ما تسمى بـ (اصول الدين الكلية) بهذا المعنى تشمل « الحدود والقصاص والديات « والفرق بينهم هو تعلق الحق لله وحده او لله والعبد معاً وهذه هي الحدود, اما تعلق الحق بالعبد فهذه هي القصاص والديات.

والحد هو « العقوبة المقدرة شرعا حقا لله" (50)

جرائم الحدود : فهي الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة خاصة تتعلق بأيلام بدن المكلف بواسطة تلبسه بمعصية خاصة عين الشارع كميتها في أفراد الحد. والحد حق الله تعالى لا يقبل الاسقاط(51).

وجرائم الحدود هي تلك الجرائم التي فرض الشارع لها عقوبة محددة تجب حق الله تعالى ، رغبة منه في دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم(52).

والاسانيد الشرعية للحدود كثيرة في القرآن الكريم, منها « وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا «

وقوله تعالى « تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ۚ وَذَٰلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴿١٣﴾ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ ﴿١٤﴾ «(53).

والحدود في التشريع الإسلامي هي سبع : الزنا ، والسرقة ، والقذف ، وشرب الخمر ، وقطع الطريق الردة ، والبغي,

ولذا فالجرائم التي لم يقدر الشارع لها عقوبة ، كالغصب ، لا تعد جرائم حدية ، وكذلك التي تجب عقوبتها حقا للعبد ، كالقصاص لا تعد جرائم حدية وإن كانت عقوبتها مقدرة, وفي الجرائم الحدية لم يترك المشرع أمر تقدير العقوبة لأحد ، كما أنه لا يجوز القياس عليها ، وعلى القاضي المطروح أمامه إحدى هذه الجرائم أن يقضي بالعقوبة المقررة لها دون أية زيادة أو نقصه ، لأي ظرف من الظروف سواء ما تعلق منها بالجريمة أو ما تعلق منها بالمجرم نفسه(54).

اما القصاص فهو: عقوبة مقدرة شرعا حقا الله تعالى ، وللعبد.

وجرائم القصاص هي الجرائم التي قرر الشارع الحكيم القصاص عقوبة لها, وهذه الجرائم هي الجرائم المعاقب عليها بقصاص أو دية ، حقا للعبد, وهي خمس, القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، والجناية على ما دون النفس عمداً أو خطأ. ولابد في هذه الجرائم من الدعوى ، ويصح العفو عنها من المجني عليه أو وليه ، وتجوز فيها الشفاعة ، والتقادم لا يمنع من الشهادة فيها بالقتل(55) , وهي جرائم الدم العمدية ، أي جرائم الاعتداء على الحياة ، والاعتداء على سلامة الجسم، ما يميز القصاص أنه يفترض أن ينزل بالجاني من الأذى مثل ما أنزله بالمجني عليه : فإذا كانت الجريمة قتلا قتل الجاني ، وإذا كانت إيذاء بدنيا ، انزل بالجاني من الأذى مثل ما أنزله بالمجني عليه(56) .

وقد ثبتت مشروعية القصاص في الكتاب والسنة والإجماع(57) .

قال الله تعالى في محكم كتابه « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى» (58), وقوله تعالى « وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا « (59).

وقال تعالى « وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ « (60).

ومن ادلة السنة النبوية المطهرة انه « مر النبي صلى الله عليه و آله بقتيل فقال: من لهذا؟ فلم يذكر له أحد، فغضب ثمَّ قال: (و الذي نفسي بيده لو اشترك فيه أهل السماء و الأرض لأكبهم الله في النار) «, وعنه صلّى الله عليه و آله « لو اجتمعت ربيعة و مضر على قتل امرئ مسلم قيدوا به « (61).

وشرعية القصاص في عالم الثبوت و الإثبات مسلّمة و مفروغ عنه، انما الاختلاف في الشرائط و ما شابه ذلك(62) .

اما عن الديات, فالدية هي « هي المال المفروض في الجناية على النفس أو الطرف أو الجرح أونحو ذلك «(63) , او هي « المال الواجب بالجناية على النفس أو ما في حكمها « (64).

والدية عقوبة مقدرة ، قدرها الشارع ، ولم يجعل تقديرها معتمدا على مقدار الضرر، فهي لا تختلف - في الأصل - باختلاف ظرف المجني عليه ، إذ يتساوى الناس من حيث مقدار الحماية التي تكفلها لهم الشريعة الإسلامية.

وجرائم الدية كل جريمة أوجب الشارع الدية عقوبة لها, والدية عقوبة مالية ، بل إنها تجمع بين العقوبة والتعويض، ولذلك لا يحق للمجني الذي حصل على الدية ان يطالب بتعويض يضاف إليها(65) .

والدية مشروعة ومتفق عليها في الفقه الإسلامي والأصل في ذلك القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع, والاسانيد القرآنية للدية عديدة منها قوله جل وعلا « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ۚ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ۚ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ۖ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ۖ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا « (66).

وسند السنة النبوية قوله (ص) «... أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم, قالوا : لا, قال : أفتحلف لكم يهود, قالوا: ليسوا بمسلمين, فوداه رسول الله (ص) من عنده مائة ناقة حتى ادخلت الدار, قال سهل فركضتني منها ناقة « (67)

لم يختلف الفقهاء في وجوب الديات لصراحة الأدلة فيها, وأما الإجماع فهو محكي من أكثر من واحد أنه أجمعوا على وجوب الديات إنما الخلاف في التفاصيل(68) .

المبحث الثاني
الاثار المترتبة على اعتبار ثوابت احكام الاسلام المصدر الرئيسي للتشريع

إذا كان الدستوريحدد وظيفة كل سلطة من السلطات وما يدخل في ولايتها، فإنه يضع كل ذلك في صيغة مرنة تسمح بقدر من الحرية في التصرف يختلف ضيقاً و اتساعاً بحسب الأحوال، وبحسب طبيعة كل سلطة، ومرجعية تكوينها، ودور الشعب في هذا التكوين، مما دعا بعض الفقه إلى التحدث عن السلطة التقديرية للسلطة التأسيسية، والسلطة التشريعية والسلطة القضائية، وكيفية مر اقبة هذا التقدير ومداه.

والسلطة التشريعية تأتى في مقدمة السلطات التي تتمتع بحرية واسعة في ممارسة اختصاصاتها، لكنها ليست مطلقة.

فالمشرع يتقيد بما ورد بالدستور من قواعد، ويتقيد على الراجح بالمبادئ الطبيعية العامة التي تستمد وجودها من وجود الإنسان وأدميته(69)، والتي اعترف القضاء في مصر وفرنسا بوجودها وبإلزامها للمشرع حتى ولو لم يرد بشأنها نص خاص في دستور الدولة , لكن مهما كانت تلك القيود فإنها تترك للمشرع حرية واسعة، يستطيع بمقتضاها أن يضع من القواعد ما يشاء, فالأصل هو حرية السلطة التشريعية، والاستثناء هو القيود التي يضعها الدستور، وهي قيود فضفاضة عادة, والسلطة التشريعية – في نطاق الحرية التي يتركها لها الدستور– تختار بمطلق إرادتها، ودون معقب التنظيم الذي يتفق والصالح العام.

وهذا الكلام ينطبق على جميع التشريعات العادية ما لم يوجد نص يقيد سلطة المشرع عند سنه للتشريعات, الا ان كل من دستور مصر والعراق قد وضعوا قيداً على السلطة التشريعية وهو وجوب اتباع ثو ابت الشريعة الاسلامية عند التشريع, والا عُد عملها مخالفة دستورية وكان التشريع عرضة للإلغاء.

وسنقوم في هذا المبحث بتوضيح اثار مخالفة التشريعات لثو ابت احكام الاسلام, و دور المحكمة الاتحادية العليا في ارساء المشروعية الدستورية, وفق مطلبين وكالآتي :

المطلب الاول : اثار مخالفة التشريعات لثوابت احكام الاسلام

القانون الاسمى في الدولة هو الدستوروله الصدارة في الهرم القانوني للدولة، وفيه يحدد المشرع التأسيسي للحقوق والحريات قيمتها الدستورية، ثم تأتي النصوص التشريعية لتنظم ممارسة هذه الحقوق والحريات اما عن القانون الجنائي فيحميها عن طريق تجريم الاعتداء عليها أو التجاوز في ممارستها(70) .

وتسن النصوص التشريعية العادية ومنها النص الجنائي سواء اكان موضوعيا ام اجر ائيا لتحقيق هدف معين، ولكي لا يوسم النص بعدم الدستورية يجب يسن في ضوء الهدف المراد تحقيقه، كما ان النص يسن على وفق مبدأ من المبادئ الدستورية أو نص من نصوص الدستور، فيجب على المشرع ان يسن النص في ضوء ذلك المبدأ او النص الدستوري(71) .

واما عن ثو ابت احكام الاسلام اوكما يُسميها الدستور المصري (مبادئ الشريعة الاسلامية) فأنها تشكل قيد دستوري على سلطة المشرع العادي عند سنه للتشريعات بعدم جواز مناقضتها, ففي حكم للمحكمة الدستورية العليا المصري اكدت المحكمة على عدم جواز مخالفة التشريعات لمبادئ الشريعة الاسلامية حيث جاء نص الحكم كالأتي» إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة 1980 - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ، إنما يتمخض عن قيد يجب على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القرار رقم 113 لسنة 1994 ، المفسر بالقرار رقم 208 لسنة 1994 المطعون عليهما - فلا يجوز لنص تشريعي ، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها ، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية

مبادئها الكلية ، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلا «(72) .

اما في العراق فعدم جواز مخالفة احكام الاسلام جاء بنص دستوري صريح وهو نص المادة (-2اولاً- أ) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005م والتي نصت على « لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام «، كذلك المادة (-13 ثانياً) من نفس الدستور بقولها « لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم او اي نص قانوني اخر يتعارض معه «, مما يعني وجوب مطابقة التشريعات العادية لأحكام الوثيقة الدستورية.

هذا وان مخالفة الدستور تكون بصورتين: الاولى هي المخالفة الموضوعية وتظهر بشكل واضح في التشريع الذي يصدر خلافاً لنص صريح في الدستور(73) .

والصورة الثانية هي المخالفة الشكلية للدستور وتعني ان يصدر التشريع خلافاً للإجراءات الشكلية التي نص عليها الدستور لتشريع القوانين, وتتكون من عيوب شكلية خارجة لا تمس مضمون التشريع(74) .

اما عن الأثر الذي يرتبه التشريع المخالف لثوابت احكام الاسلام فيكون على عدة اوجه اهمها :

اولاً : المخالفة تهدم مبدأ المشروعية

ان مبدأ المشروعية يشكل عنصراً مهماً ورئيساً من عناصر الدولة القانونية حيث تسري فيها أحكام القانون على الحكام والمحكومين على حد سواء، فهذا المبدأ يفرض خضوع الكل للقانون في جميع الأعمال والتصرفات والنشاطات، لذلك فإنه يوجب على جميع السلطات العامة في الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية الخضوع للقانون بالمعنى العام والرضوخ لأحكامه (75). ومن الاسس المهمة التي يقوم عليها مبدأ المشروعية هو مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يعني خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى شكلا وموضوعاً في الهرم القانوني، ومن ثم فإن جميع الأعمال التي لا تنقيد بذلك المبدأ تعد أعمالاً غير مشروعة تستوجب الإلغاء(76) .

ثانيا : المخالفة تمس حقوق الأفراد وحرياتهم

الأصل في عمل المشرع الحرص على صيانة حقوق الأفراد وحرياتهم وعدم النيل منها متخفياً وراء ستار من حدود ولايته المنصوص عليها في الدستور (77)، ذلك لأن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم والتي يعتبر إنفاذهما شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي صورلها الدستور نطاقاً فاعلاً.

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات، وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً لتنفسها في مجالاتها الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها التى لها شأن فى حماية قيمتها العملية(78) وضمان التمتع بها على أوسع مدى.

المطلب الثاني : دور المحكمة الاتحادية العليا في ارساء المشروعية الدستورية

تبرز اهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين من حيث انها تتم من قبل جهة قضائية عليا واحدة ومتخصصة في ممارسة تلك الرقابة، كما انها تصدر حكمها بشأن تشريع معين سلبا او ايجابا ولا يمكن اثارة مسألة دستورية ذلك القانون ثانيةً، لان قراراتها تتمتع بحجية مطلقة كونه يسري تجاه الكافة(79) , وبالتالي يؤدي ذلك الى وحدة واستقرار كل من التشريعات والمراكز القانونية والحقوق.

الا ان السؤال الذي يثور من هذا المنطلق هو اي دستور جدير بالحماية عند اعمال الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير!

وفي الاجابة عن ذلك انقسم الفقه الدستوري بصدد تحديد النطاق الزمني للرقابة على دستورية القوانين إلى اتجاهات أربعة، حيث قرر الأول أن العبرة في الرقابة على دستورية القوانين بالدستور النافذ وقت صدور القانون، أما

الاتجاه الثاني فذهب الى أن العبرة في الرقابة على دستورية القوانين بالدستور الجديد، بينما اتجه الثالث الى ان العبرة في الرقابة على دستورية القوانين بالدستورين معا، أي بالدستور القديم الذي صدر في ظله القانون، والدستور الجديد الذي حركت في حياته الرقابة على دستورية القانون، وأما الاتجاه الاخير: فيذهب إلى التفرقة بين العيوب الموضوعية والعيوب الشكلية، حيث تخضع مراقبة دستورية القانون في حالة وجود عيب شكلي أو إجرائي مناقض للدستور الذي صدر في ظله القانون، أما مراقبة العيوب الموضوعية فتخضع للدستور الجديد لا الدستور الذي صدر في ظله القانون(80) .

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر مع الاتجاه الرابع حيث قررت المحكمة بأن الدستور محل الحماية في ظل تعاقب الدساتير هو الدستور القائم لا الدستور الذي صدر القانون في ظله, وعليه تكون مراقبة دستورية القوانين من الناحية الموضوعية طبقاُ للدستور النافذ، اما من الناحية الشكلية فتكون طبقاً للقواعد الشكلية التي قررها الدستور الذي صدر في ظله القانون لا الدستور القائم, فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في حكماً لها بأن « إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا- تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط وقيود ، ومن ثم فانه يتعين عند الفصل فيما يثار في شأن التشريعات من نقض الدستورية- استظهار ضوابط والقيود وتحديدها وذلك للتعرف على مدى مخالفة تلك التشريعات لها(81) « .

اما عن الية الرقابة القضائية على دستورية القوانين, فأنها تتم بطريقين وفقا لوسائل ممارستها(82) , إذا تمارس الرقابة القضائية اما عن طريق الدعوى الأصلية وهنا تسمى بـ (رقابة الإلغاء), او انها تتم عن طريق الدفع بعدم الدستورية وهنا تسمى هذه الرقابة بـ (رقابة الامتناع)(83) .

وتمارس الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر من قبل المحكمة الدستورية العليا بحسب نص المادة (192) من دستور جمهورية مصر لسنة 2014م المعدل(84) , وتتم بثلاث وسائل حددتها المادتين (29,27) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (48) لسنة 1979م المعدل, حيث نصت المادة (27) على انه « يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية «.

والمادة (29) على « تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

(أ) إذا تراءى لأحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن «.

اذاً وسائل تحريك الرقابة على دستورية القوانين أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر هي ثلاث وسائل: أولها الإحالة من المحكمة التي تنظر موضوع النزاع، ثم التصدي من جانب المحكمة الدستورية العليا من تلقاء نفسها، كما أن القانون أتاح الفرصة للأفراد العاديين في تحريك الرقابة على دستورية القوانين وذلك بالدفع بعدم الدستورية(85).

اما عن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق فقد عهد بها الى المحكمة الاتحادية العليا في دستور العراق لسنة 2005م, فقد نظم الدستور النافذ السلطة القضائية الاتحادية في الفصل الثالث من الباب الثالث (السلطات الاتحادية), وقد بينت المادة (92) من الدستور ماهية وتكوين المحكمة الاتحادية(86) , بينما حددت المادة (93) اختصاصات المحكمة الاتحادية, وكانت اولى هذه الاختصاصات هي مراقبة دستورية القوانين والانظمة

النافذة(87) , كذلك نصت المادة (2) من قانون المحكمة الاتحادية العراقي رقم (30) لسنة 2005م المعدل على ان تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي : « اولاً : الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة(88) « ,

اما عن الجهات التي يمكنها اثارة الطعن بعدم دستورية التشريعات او القرارات او التعليمات امام المحكمة الاتحادية العليا فهي :

اولاُ : الجهات الرسمية والمحاكم

كفل الدستور العراقي لسنة 2005م حق الجهات الرسمية في الطعن بدستورية التشريعات امام المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة (93/ثالثا) اذ نصت على انه «... ويكفل حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة «, اما عن اجراءات رفع الدعوى من قبل الجهات الرسمية فقد بينتها المادة (5) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي(89) .

كما اوضح النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في الفصل الثاني - تحت عنوان النظر في شرعية التشريعات – اجراءات رفع الدعوى من قبل المحاكم من خلال قضاء الموضوع ويكون إمّا بإحالة المسألة الدستورية مباشرة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الاتحادية العليا على وفق المادة (3) من نظام المحكمة الداخلي، أو بطريق الدفع الفرعي على وفق المادة (4) منه(90) وفي كلتا الحالتين يتم عرض الخصومة الدستورية محل النظر على المحكمة الاتحادية العليا من خلال قضاء الموضوع(91) .

ثانيا : الافراد ذوي المصلحة

اجاز الدستور العراقي لسنة 2005م للأفراد حق الطعن المباشر بدستورية القوانين امام المحكمة الاتحادية العليا (92), حيث نصت المادة (93/ثالثاً) منه على «... وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة «, وبناءاً عليه يكون بمقدور كل مواطن بناء على رغبته وارادته المنفردة ان يجند للعمل سلطة عليا وهي المحكمة الاتحادية العليا لبحث موضوع دعواه والتحقيق في دستوريتها(93) , كما واكد حق الافراد برفع دعوى مباشرة امام المحكمة الاتحادية العليا في المادة (2/ثالثاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005م المعدل.

نستنتج مما ذُكر اعلاه انه ليس للمحكمة الاتحادية العليا العراقية ان تقوم بفحص دستورية القوانين من تلقاء نفسها, وبدون طلب يقدم لها من الجهات التي خولها الدستور للطعن بدستورية تشريع, على عكس المحكمة الدستورية العليا المصرية التي اجاز لها قانونها بموجب المادة (27) - سالفة الذكر- ان تقوم بمراقبة دستورية القوانين من تلقاء نفسها والبت بمشروعيته الدستورية من عدمه, وقد كانت هذه خطوة موفقة من المشرع المصري باعتبارها اكثر ضماناً لدستورية التشريعات, ذلك لأنه لا يمكن حماية الدستور من الانتهاكات التي تطاله من قبل البرلمان او السلطة التنفيذية في ظل سكوت الجهات المعنية بأثارة الطعن بعدم الدستورية, وتبقى المحكمة الاتحادية العليا عاجزة عن فرض الحماية للدستور.

الا اننا نعتقد انه بأمكان المحكمة الاتحادية العليا ان تبت بدستورية القوانين من تلقاء نفسها او اذا ما عُرض امامها قانون غير دستوري اثناء نظرها اعمالها, وسبب اعتقادنا يعود الى نص المادة (93/اولاً) من الدستور العراقي لسنة 2005م, حيث جعل النص الدستوري الاختصاص الاول والاساس للمحكمة هو الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة, وبما ان المشرع الدستوري قد نص على ذلك صراحة وبصورة مطلقة, فباعتقادنا انه ليس هناك ما يمنع المحكمة من ممارسة الرقابة من تلقاء نفسها, كما انه من الافضل لو يُضمّن المشرع العراقي نصاً في قانون المحكمة الاتحادية العليا يبين دور المحكمة التلقائي في الرقابة على دستورية التشريعات والانظمة, كي يمنع اي تفسير اخر قد يثيره البعض, لتحقيق مبدأ الدولة القانونية التي ينبغي فيها احترام النصوص الدستورية باعتبارها القانون الأعلى في الدولة من خلال قيام القضاء بإلغاء أي تشريع من شأنه ان يصدر مخالفا للدستور.

الخاتمــة

بعد الانتهاء من البحث توصلنا الى خلاصة من الاستنتاجات والتوصيات نسردها بالآتي:

الاستنتاجات:

اولاً- إن نظرية ثو ابت أحكام الإسلام تعد من النظريات فائقة الأهمية في الدراسات الإسلامية كونها تندرج ضمن منهجية تقسيم الأحكام إلى ثابتة ومتغيرة, مما يرتب آثار عديدة على هذا التقسيم, تنعكس على مجمل المنظومة التشريعية, وعلى الرغم من اهمية هذه النظرية الا انها لم تحظ بأبحاث شاملة ومعمقة.

ثانياً- تبين ان ثو ابت احكام الاسلام هي (الحدود والقصاص والديات) باتفاق جميع فقهاء الشريعة الاسلامية, ورأي المحكمة الدستورية العليا المصرية, وهي بهذا المعنى تمثل القطعيات ومسائل الاجماع والمواضيع المتفق عليها والمحكمة والتي لا تقبل التفسير أو التأويل و الاجتهاد, وهي ما كان مصدرها القرآن الكريم, السنة النبوية والاجماع.

ويخرج عن نطاق الثو ابت (الظنيات وموارد الاجتهاد وكل ما لم يقم عليه دليل قاطع من نص صريح او اجماع صريح وما يقع في منطقتي الفراغ التشريعي والنصوص المحتملة).

ثالثاً- اكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية ان الدستور الجدير بالحماية في ظل تعاقب الدساتير هو الدستور النافذ, وان الرقابة على دستورية القو انين من الناحية الموضوعية تخضع للقانون القائم اما من الناحية الشكلية فتكون طبقاً للقواعد الشكلية التي قررها الدستور الذي صدر في ظله القانون.

المقترحات:

اولاً- اجراء مراجعة شاملة لجميع التشريعات النافذة من قبل السلطة التشريعية, لمعرفة مدى انسجامها واحكام الدستور ومن ثم الغاء المتعارضة معه, وذلك من خلال تشكيل لجان متخصصة بدراسة و اقع تلك التشريعات.

ثانياً- توسيع دائرة الاخطار لكل باحث او مهتم, للإبلاغ عن التشريعات الغير دستورية, كما ونقترح النص صراحة على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في البت بدستورية التشريعات من تلقاء نفسها, طالما كان هدفها الاساس حماية الدستور.

ثالثاً- بيان مفهوم ثو ابت احكام الاسلام على وجه التحديد من قبل المحكمة الاتحادية العليا العر اقية, كما بينتها المحكمة الدستورية العليا المصرية, لمنع اي اختلاف في التفسير بشأنها سواء من قبل الطاعن او من قبل المحكمة التي تنظر الموضوع.

الهوامش

1. ابن منظور، اللسان، دار صادر، ط 2003، ج2، مادة ثبت، ص 19
2. سورة الانفال، الاية 45
3. سورة المائدة، الاية 43
4. ابن منضور, معجم لسان العرب، ج1, مادة حكم, دار المعارف للنشر, مصر, 2007, ص 78.
5. سورة الزمر،.الاية 54.
6. ينظر: معجم مقاييس اللغة، دار الجبل، ط2، 1430 ه، ص 90-3
7. صلاح الصاوي، الثوابت والمتغيرات في مسيرة العمل الاسلامي المعاصر، ط1، اكاديمية الشريعة، امريكا، 2009، ص38-37
8. شير علي ظريفي، الثوابت والمتغيرات بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي، اطروحة دكتوراه، الجامعة الاسلامية، اسلام اباد، 2006، ص17.
9. محمد طاهر حكيم، الثوابت والمتغيرات في الشريعة الاسلامية، مؤتمر مكة (13)، 1433هـ/ أ.د فاضل عبد العباس النعيمي، الثابت والمتغير في الاعجاز التشريعي، بحث منشور في مجلة بابل للدراسات الانسانية، 2019، مجلد 9، العدد 2، ص 5
10. د. محمد حسن الربايعة، تاريخ مدرسة الثابت والمتغير في الفقه الاسلامي، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.attarikh_alarabi.ma / حيدر حسين علي الكربطي، التوفيق بين احكام التجريم والعقاب وثوابت احكام الاسلام (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة بابل، 2015، ص 9.
11. رائد نصري جميل ابو مؤنس، الثوابت والمتغيرات في التشريع الاسلامي، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الاردنية، 2004، ص 32
12. مروان عبد الرحمن القادري، الشريعة الاسلامية بين الثوابت والمتغيرات، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني www.islamsyria.com، تاريخ اخر زيارة 30/12/2020 م
13. الشيخ فايز الصلاح، الثابت والمتغير في الشريعة الاسلامية، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.islamicsham.org، تاريخ اخر زيارة 31/12/2020م
14. ينظر: صلاح الصاوي، الثوابت والمتغيرات في مسيرة العمل الاسلامي المعاصر، مصدر سابق, ص40.
15. اكرم الدليمي، جمع القرآن – دراسة تحليلية، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2006، ص 19
16. سورة الاسراء، الاية 88
17. السيد ابو القاسم الخوئي، البيان في تفسير القران، ط4، دار الزهراء للنشر والطباعة والتوزيع، لبنان، ص 19
18. حيدر حسين علي الكربطي, التوفيق بين احكام التجريم والعقاب وثوابت احكام الاسلام (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص 26
19. سورة مريم، الاية 93
20. سورة الاعراف، الاية 158
21. عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الاسلامي، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا سنة نشر، ص 165
22. سورة الانبياء، الاية 107.
23. سورة الحج، الاية 78.
24. سورة الحجر، الاية 9.
25. ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج4، دار الفكر، ص 176 / حيدر حسين علي الكربطي، مصدر سابق، ص 28
26. السيد محمد تقي الحكيم، السنة في الشريعة الاسلامية، ج1، بلا دار نشر ومكان وسنة، ص 7
27. ينظر: العلامة المجلسي، بحار الانوار، ج 26، المكتبة الشيعية الالكترونية، ص 29
28. د. عباس شومان، مصادر التشريع الاسلامي، الدار الثقافية للنشر، ط 1، 2000م، ص 52
29. ابو جعفر احمد بن محمد بن خالد البرقي، المحاسن، ج 1، دار الكتب الاسلامية، بلا مكان وسنة نشر، ص10
30. محمد فتح الله كولن، السنة النبوية، تقييدها ومكانتها في الشريعة الاسلامية، دار النيل للطباعة والنشر، ط 3، القاهرة، 2005، ص20
31. سورة النجم، الاية 3 – 4.
32. سورة الاعراف، الاية 158
33. سورة النساء، الاية 59
34. سورة يونس، الاية 71
35. ابي حامد محمد الغزالي، المستصفى من علم الاصول، ج1، بلا دار طباعة ومكان وسنة نشر، ص 244
36. محمد امير باد شاه، تيسير التحرير، ج 3، دار الفكر، بيروت، 1996، ص 224
37. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه، ج1، دار الخير للطباعة والنشر، ط2، سوريا، 2006، ص 228
38. المحقق الحلي، معارج الاصول، ط1، مؤسسة ال البيت (ع) لاحياء التراث، ايران، 1403هـ، ص 125

39. الميرزا القمي، قوانين الاصول، بلا مكان وسنة نشر، ص 346 نقلا عن / حيدر حسين علي الكربطي، مصدر سابق، ص 32
40. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ط1، نشر احسان للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، 2014، ص 101
41. الشيرازي، التبصرة في اصول الفقه، شرح وتحقيق د. محمد حسن هيتو، دار الفكر، سوريا، 1980، ص 391
42. محمد حسن الغفار، تيسير اصول الفقه للمبتدئين، محاضرات صوتية تم تفريغها كتابة بواسطة موقع الشبكة الاسلامية، ج9، ص6
43. الشيخ محمد رضا المظفر، اصول القه، ج 3، مكتب الاعلام الاسلامي، 1370، ايران، ص 102
44. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه، مصدر سابق، ص 230
45. سورة النساء، الآية 115.
46. الشيرازي، التبصرة في اصول الفقه، مصدر سابق، ص 249
47. ينظر: المحقق الحلي، المعتبر في شرح المختصر، ج 1، مؤسسة سيد الشهداء العلمية، بلا مكان نشر، 1364 هـ، ص 31
48. محمد رضا المظفر، اصول الفقه، ج2، مصدر سابق، ص 96
49. (8/ لسنة 17 قضائية)، المحكمة الدستورية العليا في مصر، منشور على الموقع الالكتروني www.hrlibrary.umn.edu، تاريخ الزيارة، تاريخ الزيارة 3/3/ 2021م، الساعة 9:05 p.m
50. د وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ط4، ج7، دار الفكر، سوريا، 1997، ص 5275
51. محمد علي التسخيري، نظرة في نظام العقوبات الاسلامية، دار التبليغ الاسلامي، ايران، 1978، ص 10.
52. د.سمير صبحي، جرائم الحدود في الشريعة الاسلامية، ط1، المركز القومي للأصدارات القانونية، مصر، 2015، ص 7.
53. سورة الاسراء، الآية 14-13.
54. عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1955، ص40.
55. د.سمير صبحي، جرائم الحدود في الشريعة الاسلامية، مصدر سابق، ص9
56. د.محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الاسلامي، ط2، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2018، ص37
57. محمد الهواملة، حرق الانسان بالنار بدعوى القصاص، حث منشور على موقع دار الافتاء العام الالكتروني، www.aliftaa.jo، تاريخ الزيارة 3/3/2021 م، الساعة 10:00 am
58. سورة البقرة، الاية 178
59. سورة الإسراء، الآية 33.
60. سورة المائدة، الآية 45.
61. اية الله العظمى سيد شهاب المرعشي، القصاص على ضوء القرآن والسنة، بقلم عادل العلوي، ط1، ج1، مكتبة اية الله المرعشي النجفي، ايران، 1415 هـ.ق، ص33.
62. اية الله العظمى سيد شهاب المرعشي، المصدر السابق، ص32.
63. السيد الخوئي، تكملة منهاج الصالحين، ط28، مطبعة مهر، ايران، 1410، ص 95.
64. أ.د وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، مصدر سابق، ص 298.
65. د.محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الاسلامي، مصدر سابق، ص 44-43.
66. سورة الاسراء، الآية 92.
67. محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، البخاري، ط3، دار ابن كثير، لبنان، 1407هـ، تحقيق الدكتور مصطفى ديب البغا، 1987م، ص 2630.
86. احمد بن محمد الخليل، شرح زاد المستنقع، ج6، بلا مكان وسنة نشر، ص92.
69. د. عبد العزيز سالمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، بحث منشور في مجلة المحكمة الدستورية العليا، عدد خاص، القاهرة- مصر، 2019م، ص137.
70. د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات- القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت- لبنان، 2002م، ص 45.
71. ينظر: د. اشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون الاجراءات الجنائية، مطبعة اكتوبر الهندسية، ط4، مصر، 2015م، ص8.
72. دعوى رقم 8 لسنة 17 قضائية المحكمة الدستورية العليا، قرار منشور على الموقع الالكتروني، www.hrlibrary.umn.edu تمت اخر زيارة بتاريخ 17/7/2021م، الساعة 10:00 a.m.
73. ينظر: د. اشرف عبد القادر قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، 2012م، ص130 وما بعدها.
74. ينظر: علي حسين فليح الحسيني، محالفة القانون الموضوعية للدستور، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية حقوق جامعة النهرين، بغداد- العراق، 2015م، ص10.
75. ينظر: د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الاداري، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، ط2، النجف الاشرف- العراق، 2012م، ص17.

76. د. نجيب خلف احمد ود. محمد علي جواد كاظم, القضاء الإداري، الغفران للخدمات الطباعية، بغداد- العراق، 2010م, ص3.

77. ينظر: د. احمد كمال أبو المجد : الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري, مكتبة النهضة العربية, القاهرة- مصر, 1960م, ص592.

78. ينظر: د. عوض المر, الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية, مركز رينيه – جان دبوي للقانون والتنمية، بدون سنة نشر, ص 1352 وما بعدها.

79. ينظر: د. احسان حميد المفرجي واخرون, النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق, جامعة بغداد, بغداد- العراق, 1990م, ص181.

80. د. احمد السنتريسي, اشكاليات الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير, ج3, دار النهضة العربية, القاهرة- مصر, 2016م, ص1255.

81. القضية رقم 20 لسنة 1قضائية, بتاريخ 4/5/1985م, دستورية, منشور على موقع المحكمة الدستورية المصرية العليا الرسمي على الرابط الالكتروني www.sccourt.gov.eg تاريخ اخر زيارة 20/10/2021م, الساعة 9:00 p.m..

*هناك احكام احدث للمحكمة الدستورية العليا بخصوص الرقابة على دستورية القوانين من الناحية الموضوعية, للتفصيل ينظر الحكم في القضية رقم 37 لسنة 33 قضائية, دستورية, بتاريخ 12/5/2013م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا نفسه.

82. ينظر: د. عمر العبد الله, الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة), بحث منشور في مجلة جامعة دمشق, المجلد السابع عشر, العدد الثاني, سوريا, 2001م, ص10.

83. رقابة الإلغاء تعني إبطال القانون غير الدستوري في مواجهة الجميع وعده كأنه لم يكن، وذلك برفع دعوى امام القضاء من قبل كل ذي مصلحة يطعن فيها بعدم دستورية قانون ما قبل ان يطبق هذا القانون, وهذه الرقابة يمكن أن تكون سابقة على إصدار القانون او لاحقة على اصداره ودخوله حيز التنفيذ. أما رقابة الامتناع فتكون دائما لاحقة على إصدار القانون وتعني امتناع القاضي عن تطبيق القانون غير الدستوري في القضية المعروضة عليه اذا ما دفع أحد الأطراف بعدم دستوريته دون أن يكون لحكمه أثر في نطاق القضية التي صدر فيها, أي أن حكم القاضي لا يحول دون استمرار نفاذ القانون بالنسبة للمنازعات الأخرى سواء أكانت هذه المنازعات معروضة عليه ام على محكمة اخرى./ للتفصيل ينظر: د. طعيمة الجرف, نظرية الدولة والاسس العامة للتنظيم السياسي, مكتبة القاهرة الحديثة, ط4, مصر, 1966م, ص122-120.

84. المادة 192 دستور جمهورية مصر لسنة 2014م المعدل " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، واللوائح ، وتفسير النصوص التشريعية ، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها ، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء ، والهيئات ذات الاختصاص القضائي ، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء ، أو هيئة ذات اختصاص قضائي ، والآخر من جهة أخرى منها والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها ، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة ، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها ".

85. ينظر: د. محمد رفعت عبدالوهاب ود. ابراهيم شيخا, النظم السياسية والقانون الدستوري, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت- لبنان, 2004م, ص528.

86. المادة(92) " اولاً المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة ماليا واداريا.ثانياً: تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب ".

87. المادة (93) " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي:

أولاً. الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة.

ثانياً. تفسير نصوص الدستور.

ثالثاً. الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة.

رابعاً. الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية... "

88. عُدلت المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005م, وحلت محلها المادة (2) بالتعديل رقم (25) لسنة 2021م لقانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي.

89. " اذا طلبت احدى الجهات الرسمية، بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة اخرى، الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات او امر، فترسل الطلب بدعوى الى المحكمة الاتحادية العليا، معللا مع اسانيده، وذلك بكتاب بتوقيع الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ".

90. المادة (3) " اذا طلبت احدى المحاكم من تلقاء نفسها، اثناء نظرها دعوى، البت في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللا الى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه، ولا يخضع هذا الطلب الى الرسم ". المادة (4) " اذا طلبت احدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات او امر بناء على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى. وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فاذا قبلتها ترسلها مع المستندات الى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية، وتتخذ قرارا باستخار الدعوى الاصلية للنتيجة. اما اذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلا للطعن امام المحكمة الاتحادية العليا ".

91. ينظر: محمد عباس محسن, اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين (دارسة مقارنة), اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهرين, العراق, 2009م, ص71.

92. ينظر: ياسر عطيوي الزبيدي, المحكمة الاتحادية العليا العر اقية ودورها في حماية نصوص الدستور(دراسة مقارنة), بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية جامعة كربلاء, المجلد 1, العدد 3, العراق, 2010م, ص221.

93. د سعد عبد الجبار علوش ، مثاقفة في الرقابة على دستورية القو انين ، بحث منشور في مجلة دراسات دستورية عر اقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد, المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية, ص 297, منشور على الموقع الالكتروني www.law.depaul.edu، تاريخ اخر زيارة 20/3/2021م, الساعة 9:00 a.m..