مجلة البحوث القانونية و السياسية، دورية علمية محكمة
تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة د.الطاهر مولاي سعيدة
العدد الثامن
جوان 2017

القضاء الدستوري بين النشأة الغربية و المرجعية الإسلامية

الدكتورة/ العلجة مناع،جامعة خميس مليانة

مقدمة:

لا يختلف اثنان من أنصار المنظومة القانونية الوضعية في كون الدستور بمفهومه الوضعي هو القانون الأسمى في الدولة، فهو المعبر عن وجدان الأمة وثوابتها من دين ولغة وثقافة ومبادئ حكم وحقوق الإنسان، مما يجعله لا ينسجم مع المساس به أو التعديل فيه أو التطاول عليه، لأجل هذه المكانة تأسست نظم الرقابة على دستورية القوانين من أجل ضمان الشرعية الدستورية لها وحتى لا يتحول الدستور إلى مجرد وثيقة صماء أو لغو إنشائي .

والرقابة تختلف باختلاف النظم السياسية والقانونية وكذلك المسوغات التاريخية والإيديولوجية، وهذه الرقابة هي المعيار الحقيقي في تقدير مدى النضج القانوني والسياسي لأي نظام سياسي مهما كان شكله وشعاره، بل أنها المرآة العاكسة لحقيقة ومكانة القضاء بوجه خاص، إذ أن القاضي بما له من معرفة بالقانون وما يمتاز به من مقومات الاستقلالية والحيادية يكون هو صاحب الأهلية في القيام بهذه الرقابة ومن خلالها تأمين حقوق الإنسان والحريات الأساسية من الخرق السافر الذي لطالما تكرر في كثير من النظم والممارسات التي تغلب عليها المراهقة السياسية والقصور القانوني والحقوقي، وكذلك التصور الملتبس لمفهوم الدولة.

إن القضاء ليس مجرد مكنات أوتوماتيكية مرصودة للفصل في المنازعات، كما أن القضاة ليسوا مجرد موظفين أو عمال أو منتدبين في ورشة من ورشات وزارة العدل، إنما العدالة تتطلب إشراك الأطر القضائية في الرقابة على أعمال السلطات العامة، ولاسيما الرقابة على دستورية القوانين، والحيلولة دون الانحراف التشريعي أو الدستوري.

واختيارنا لهذا الموضوع إنما مرده ضرورة من الاعتبار للقضاء في مجال الرقابة الدستورية، ولا يتأتى ذلك إلى من خلال الاعتراف بضرورة إنشاء ما يصطلح عليه ب " القضاء الدستوري" والتخلص من أية عقدة برلمانية أو حكومية من هذا الاعتراف، ولاسيما في ظل تواضع الأداء التشريعي للبرلمانات و امتداد اليد التنفيذية، للسطو على الحقوق و الحريات الأمر الذي يبعث على القلق في كثير من البلاد العربية، من انحسار و تحييد مكانة القضاء.

و إذا كان الأمر كذلك من زاوية القانون الوضعي،فإنه يكتسي أهمية أعظم من زاوية الشريعة الإسلامية التي كانت سباقة لدسترة الحقوق و الحريات،و التي تشكل المصدر الأساسي و المرجع الأول لأحكام القضاء في الإسلام و لكل أعمال السلطات و الأفراد،باعتبارها الدستور الأسمى الذي تستند عليه المنظومة القانونية و التشريعية في الإسلام.ومن هذا المنطلق تحاول الباحثة الوقوف عند

موضوع ، من الأهمية بما كان كشف معالمه، بغية ترسيخ القاعدة الأساسية للولوج إلى دولة العدل و القانون ، وهي قاعدة القضاء الدستوري.و تبيان مكانتها و أبعادها التأصيلية في النظام القضائي الإسلامي.

و ستحاول هذه الدراسة تناول الموضوع من خلال الإجابة على التساؤلات التالية:

1- ما هو مفهوم القاضي الدستوري؟وما موقعه من المنظومة القضائية للدولة؟
2- ما هي أسس القضاء الدستوري في القانون الوضعي و في الشريعة الإسلامية؟
3- كيف يكون القضاء الدستوري درعا واقيا لحقوق الأفراد و مصالح العباد؟

المبحث الأول :ماهية القضاء الدستوري و تطوره

يشكل القانون الدستوري للعدالة الدستورية le droit constitutionnel de la justice constitutionnelle في اليوم أهم فروع القانون الدستوري على الإطلاق ،وهو ما أكده الفقيه مورو كابلتي عندما قال أن القرن العشرين هو قرن العدالة الدستورية[1].فمنذ سنة 1945 أصبح ال(قضاء الدستوري ملازما لكل دستور جديد و أي تغيير للنظام السياسي،إذ أصبحت المحكمة الدستورية اليوم المؤسسة الدستورية الرابعة التي تتميز عن غيرها من المؤسسات باستقلاليتها و حيادها و ابتعادها المبدئي عن السياسة[2].

و قد قام الفقيه النمساوي كلسن و تلميذه الفرنسي أيسمن بجهود جبارة في طرح نظريتهما حول تدرج و تراتبية القواعد القانونية Hiérarchie des normes juridiques ،لإثبات أهمية الرقابة على دستورية القوانين و بالتالي القضاء الدستوري ،الذي راح ينتشر في العالم رغم الاعتراض الذي كان يلاقيه بحجة تعارضه مع مبدأ السيادة الشعبية،التي اتضح فيما بعد أنه أحد أهم وسائل حمايتها.

و نظرا لأهمية هذا النوع من القضاء،ستحاول الباحثة في هذا المحور الوقوف على تعريف القضاء الدستوري ثم النظر في نشأته و مراحل تطوره .

المطلب الأول:مفهوم القضاء الدستوري

أولا:تعريف الدستور

تعددت التعاريف للدستور باختلاف وجهات النظر إليه فهناك من ينظر إلى الدستور على أساس المعنى اللغوي لكلمة (دستور) بينما هناك من يعرف الدستور على أساس شكلي أو رسمي في حين

[1] - Dominique Rousseau : La justice constitutionnelle en Europe ,ed.Montcrestien,3 édition1998,p.8.

[2] -د.زهير شكر،النظرية العامة للقضاء الدستوري،الجزء الأول،دار بلال للطباعة و النشر،بيروت لبنان،الطبعة الأولى 2014،ص 5.

إن هناك من يركز على الناحية الموضوعية في تعريفه للدستور . في حين إن هناك من ينظر إليه من حيث الهدف من وجوده وذلك على أساس علاقته بفكرة السلطة والحرية.

من الراجح إن كلمة (دستور) هي كلمة ليست عربية الأصل بل أنها كلمة فارسية ، ومعناها بحسب المعجم المستدرك للعلامة الدكتور مصطفى جواد (الوزير الكبير الذي يرجع إليه في الأمور وأصله الدفتر الذي يجمع فيه قوانين الملك وضوابطه فسمي به الوزير لأن ما فيه معلوم له أو لأنه مثله في الرجوع إليه لأنه في يده أو لأنه لا يفتح إلا عنده)[1].

وقد أورد الدكتور منذر الشاوي عن طوبيا العنيسي في تفسير الألفاظ الدخيلة معنى آخر لكلمة الدستور على أساس إنها كلمة مركبة من كلمتي(دست) وتعني (يد) و(ور) وتعني صاحب ويراد بها قاعدة أساسية يرجع إليها كدفتر الجند أو مجموع قوانين الدولة[2].كما أن كلمة دستور تعني أيضا بالفارسية الأساس أو القاعدة أو الإذن أو الترخيص[3].أما في اللغتين الإنكليزية والفرنسية فإن المصطلح المستخدم للدلالة على الدستور هو مصطلح (Constitution) البناء أو التأسيس أما في اللغة الإيطالية فان المصطلح المستخدم هو(Constituzion) الذي يعني ذات المعنى المستخدم في اللغتين الإنكليزية والفرنسية.

وبموجب المدلول الشكلي يعرف الدستور بأنه ((الوثيقة التي تبين شكل الحكومة ونظام الحكم في الدولة))[4] كما يعرفه الدكتور عثمان خليل بأنه ((مجموعة القواعد الأساسية المنظمة للدولة التي صدرت في شكل وثيقة دستورية من السلطة المختصة بذلك))[5]. وعلى هذا الأساس أيضا يعرف بأنه ((الوثيقة التي تصدر بصفة رسمية من السلطة التأسيسية))[6]. كما يذهب الدكتور ثروت بدوي إلى إن الدستور هو ((مجموعة القواعد التي تنظمها الوثيقة المسماة بالدستور والتي لا يمكن أن توضع أو تعدل إلا بعد إتباع إجراءات خاصة تختلف عن تلك الإجراءات المتبعة في وضع وتعديل القوانين العادية))[7].

---

[1] - د. منذر الشاوي ,(نظرية الدستور) , منشورات مركز البحوث القانونية 4 بغداد 1981 , ص 9

[2] - د. منذر الشاوي المرجع نفسه ، ص 9.

[3] - د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، المبادئ الدستورية العامة ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1982 ، ص12.

[4] - د. احمد عبد القادر الجمال ، النظم الدستورية العامة في ضوء الاتجاهات الحديثة ، 1953، ص12.د.م

[5] - د. احمد عبد القادر الجمال ، النظم الدستورية العامة في ضوء الاتجاهات الحديثة ، 1953، ص12.د.م

[6] - د. إسماعيل مرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، 1960 ، ص32.د.م

[7] - د. ثروت بدوي ، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر ، 1971 ، ص20.د.م

أما من الناحية الموضوعية فيعرف الدستور بأنه ((مجموعة القواعد التي تنظم السلطات العليا في الدولة ،مهما يكن مصدرها وشكلها ، سواء كانت مكتوبة أم عرفية غير مدونة))[1]. كما عرفه الدكتور محسن خليل بأنه ((مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة))[2]. ويعرفه الدكتور كمال غالي بأنه ((مجموعة القواعد التي تنظم تأسيس السلطة وانتقالها وممارستها، أي تلك المتعلقة بالتنظيم السياسي))[3].

ثانيا: تعريف القضاء:

لا يستقيم شأن القضاء من دون تحديد ماهيته التعريفية وأسسه البنيوية والوظيفية، وكذلك الحسم الجاد والبريء في طبيعته ومكانته داخل النسيجين السياسي والاجتماعي، و التوطئة بالقضاء في عمومياته أمر يجد مبرره في كون فهم الكل يساعد على فهم الجزء، والقضاء الدستوري جزء أصيل في المنظومات القضائية التي اعتمدته.و لأن الدراسة تحاول رصد الفروق بين المنظومتين الوضعية و الشرعية فيتوجب الأمر الوقوف على المفاهيم و المبادئ التي يتحدد بها القضاء الدستوري في كليهما.

والقضاء لغة: انقضاء الشيء وإتمامه، والحكم بين الناس.

وشرعًا: هو فصل الخصومات وقطع المنازعات، وعرفه الشافعية بأنه فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى أي: إظهار حكم الشرع في الواقعة، وسمي القضاء حكمًا لما فيه من الحكمة التي توجب وضع الشيء في محله لكونه يكف الظالم عن ظلمه، والأصل في مشروعيته الكتاب، والسُّنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: {يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالحَقِّ ولا تَتَّبِعْ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ} [ص: 26] وقوله تعالى: {وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّه} [المائدة: 49] وقوله تعالى: {فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالقِسْط} [المائدة: 42] وقوله -عز وجل: {إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ} [النساء: 105] ونحوها من الآيات.

وأما السُّنة فما روي عمرو بن العاص عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر»، وقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا جلس الحاكم للحكم بعث الله له ملكين يسددانه ويوفقانه؛ فإن عدل أقاما -يعني: استمرا- وإن جار عرجا وتركاه»، وقد حكم النبي -صلى الله عليه وسلم- بين الناس، وبعث عليًّا وأبا موسى الأشعري إلى اليمن للقضاء في المنازعات، وبعث إليهما أيضًا معاذًا، وكان عتاب بن أُسيد أول قاضٍ لرسول الله -صلى الله عليه

---

[1] - د. إسماعيل مرزة نفس المرجع ، ص32 .

[2] - د.محسن خليل ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، 1987 ، ص33.د.م

[3] - د.كمال غالي ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية ، ط8 ، منشورات جامعة دمشق، ص110.

وسلم- ولأن الخلفاء الراشدين -رضي الله عنهم- حكموا بين الناس، وبعث عمر -رضي الله عنه- أبا موسى الأشعري إلى البصرة قاضيًا، وأرسل عبد الله بن مسعود إلى الكوفة قاضيًا، وتولى القضاء عمر، وعلي، ومعاذ، وأبو موسى، وغيرهم، وأجمع المسلمون على مشروعية تعيين القضاة، والحكم بين الناس لما في القضاء من إحقاق الحق، ولأنَّ الظلم متأصلٌ في الطباع البشرية، فلا بد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم.

ثالثا: تعريف القضاء الدستوري

يعرف فرانسيس هامون[1] العدالة الدستورية بأنها مؤسسة ينيط بها الدستور حل النزاع المتعلق بتطبيق أو تفسير نص له قيمة دستورية.

و يعطي البروفيسور روسو تعريفا أشمل باعتباره " العدالة الدستورية تلك السلطة المعطاة لأشخاص يعينون ليقيموا و يراقبوا و يعاقبوا عدم الملائمة الدستورية لأعمال صدرت عن السلطات العامة و بصورة خاصة القوانين التي يقرها النواب"[2]،فمن خلال الرقابة القضائية على دستورية القوانين يفصل القضاة الدستوريون في القوانين التي يقرها البرلمان بناءا على مراجعة يقدمها أفراد أو مؤسسات يحددهم الدستور.

و إذا كان تعبير النواب عن إرادة الأكثرية وجها جميلا للديمقراطية ،فإن الوجه الأكثر إشراقا هو خضوع ممثلي الشعب لرقابة على أعمالهم يمارسها القضاء الدستوري،الذي يعبر هو الآخر عن الإرادة الشعبية بقيم و مفاهيم أعمق،و هذا هو أساس شرعية العدالة الدستورية الذي قعد له الفقيه هانس كلسن في نظرية تدرج القواعد القانونية مثبتا التوافق الموجود بين العدالة الدستورية و السيادة الشعبية[3].

المطلب الثاني: الأصول التاريخية للعدالة الدستورية:

يمكننا أن نميز في مسألة الصول و المصادر التاريخية للعدالة الدستورية بين المصادر القديمة التي ترتبط بالفكر السياسي و الفلسفة القانونية ، و بين المصادر الحديثة التي يعود الفضل فيها للدولة التي لازالت ترفض إقرار الرقابة على دستورية القوانين وهي المملكة المتحدة،و التي ترجمت النظرية السياسية للعدالة الدستورية بممارسة عملية عمدت خلالها المحاكم البريطانية على إبطال قوانين وضعية لمخالفتها لمبادئ القانون العرفي Common Löw ،و الذي يعني القوانين الأساسية للمملكة و

---

[1] - Francis Hamon et Céline Wiener :La justice constitutionnelle en France et a l'étranger ,L.G.D.J.,Paris,2011,p9.

[2] - Dominique Rousseau :La justice constitutionnelle en Europe,p10.op cit

[3] - د.زهير شكر،النظرية العامة لل(قضاء الدستوري،المرجع الساب(ق.ص16.

السوابق القضائية les antécédents judiciaires،حتى أن الثوار الأمريكيين ارتكزوا على القانون العرفي الإنجليزي الذي كان مطبقا في المستعمرات الأمريكية التابعة لبريطانيا،ليرفضوا قانون الرسوم و التعريفة الجمركية باعتباره مخالفا للقانون العرفي البريطاني.

أولا: المصادر القديمة:

الأصول الأولى للعدالة الدستورية نجدها في الفكر الإغريقي ،و في الفكر الروماني ميز شيشرون بين الدستور أو القواعد الأساسية و بين قواعد القانون العادي التي يجب أن تكون متوافقة مع القواعد الأساسية،و قد شكل القانون الكنسي و القانون الطبيعي عند مفكري القرون الوسطى و بدايات العصر الحديث دساتير تتضمن قواعد قانونية أساسية سواء كانت إلهية أو طبيعية يتوجب على المجتمع و السلطة السياسية احترامها و عدم تجاوزها و إلا اعتبرت باطلة،و قد هدفت هذه القواعد إلى تأمين احترام حقوق الله على الإنسان و حقوق الإنسان على الحاكم في الفكر الكنسي،و احترام حقوق الإنسان الطبيعية و غير القابلة للتصرف عند آباء مدرسة القانون الطبيعي أمثال غروسيوس و بافندروف[1].

ففي الفكر الكنسي و تحديدا في الفلسفة السياسية للقديس توما الأكويني،القانون الوضعي يجب أن لا ينتهك قواعد القانون الإلهي،و قد بلغ هذا التوجه ذروته عندما سيطرت الكنيسة الكاثوليكية على المجتمعات السياسية المسيحية و كانت السلطة السياسية تستمد شرعيتها من الكنيسة التي كانت تملك حق الرقابة المطلقة على أعمالها التشريعية ،التي لابد و أن تتوافق مع مبادئ و قواعد القانون الكنسي،و هي القواعد المتعلقة بحقوق الله و بحقوق الإنسان وفق النظرية المسيحية لحقوق الإنسان.

و قد استمر التأكيد على أولوية القانون الكنسي على القانون الوضعي حتى في المرحلة التي اعتمدت فيها الكنيسة نظرية السلطتين الروحية و الزمنية،و بالتالي سمو سلطة البابا على سلطة الملوك،فالحاكم يستمد سلطته من الله عبر الشعب الذي يمثل الإرادة الإلهية،أما الكنيسة فهي الممثل المباشر للسلطة الإلهية،و عندما ينتهك الحاكم الدستور الإلهي فإن قوانينه تصبح باطلة و تصبح الثورة عليه واجبا مقدسا على المسيحيين.

و إن كنا سنتناول أصول العدالة الدستورية في الإسلام في المبحث الموالي،و نفردها بالدراسة،إلا أننا نستبق تسجيل فرق هام بين المسيحية و الإسلام في الفكر الدستوري،حيث استطاعت الكنيسة كمؤسسة دينية مرجعية أن تفرض ضوابطها على السلطة الحاكمة و قوانينها ،و مازال لموقف

[1] - د.زهير شكر،النظرية العامة لل(قضاء الدستوري،نفس المرجع.ص45.

الكنيسة من بعض القوانين الوضعية كوسائل منع الحمل و الإجهاض الإرادي و الطلاق و الزواج المدني تأثيرا فاعلا على على موقف المسيحيين في العالم.

و لا يختلف دعاة المدرسة الطبيعية في الفكر الوسيط كثيرا عن دعاة القوانين الإلهية إلا من خلال اعتبار الطبيعة و ليس الله مصدرا أساسيا للحقوق التي يتوجب على الحاكم احترامها و الالتزام بها.

ثانيا: المصادر الحديثة

نتيجة لعدم وجود دستور وضعي ،و نظرا لأهمية وجود قوانين أساسية لضبط العملية التشريعية ،ظهر القانون العرفي في بريطانيا كما ظهرت القوانين الأساسية للمملكة،و التي عدت ذات أهمية كبيرة في التأسيس للعدالة الدستورية في أوروبا.

و القانون العرفي هو مجموعة القواعد القانونية العليا و الأعراف و العادات المستقرة في مختلف الميادين التشريعية،و تلك التي يستنبطها القاضي أثناء النظر في نزاع و يبت فيه و التي تسمو على التشريعات الوضعية.أما القوانين الأساسية للمملكة المتحدة فهي تشكل ذلك الجزء من الدستور العرفي المتعلق بأمور تنظيم الحكم و الصلاحيات و حقوق الإنسان التي نصت عليها مختلف الإعلانات الصادرة عن ملك بريطانيا بدءا من الماكناكارتا لعام1215 و انتهاء بشرعة الحقوق لعام 1686 مرورا بعريضة الحقوق 1628 و بالهابياس كوربس1679[1].

و تتميز بريطانيا بنظرتها إلى القضاء و دور القاضي الذي يجب عليه استكشاف القانون العرفي باستخدامه العقل و المنطق البسيط،فمهمة القاضي البريطاني لا تقتصر على إحقاق الحق و العدل بل تتعداها إلى إنشاء القانون و تطويره،مما جعل القانون البريطاني قانونا اجتهاديا بدأ بالتكون منذ القرن الحادي عشر،و كرس أهمية قاعدة السوابق القضائية التي تفسر الدور المميز للقضاة،و لازال القانون العرفي الإنجليزي الذي عرف مسيرة توحيد تدريجي منذ عهد هنري الثاني،لازال يغذي من مبادئه مواد القانون الجزائي و قانون العقود و المسؤولية.

و إلى جانب القانون العرفي، و في حالة إثارة مسالة غير واضحة في القانون العرفي أمام القضاء تلجأ المحاكم العليا إلى مفهوم العدالة،و قد ظهرت مبادئ العدالة منذ القرن الخامس عشر كمجموعة قواعد مستخرجة و مطبقة من قبل المحاكم التي يترأسها قاضي القضاة Chancellor،فالمواطنون الذين كانوا

[1]- للتوسع في ال(قانون العرفي افنجليزي يمكن الرجوع إلى:

-Jacqueline Dutheil De la Rochere : Le Royaume –Uni , L.G.D.J ,Paris 1979.

- Monica Charlot : Le système politique britannique,Armand Colin , Paris 1976

يعتبرون أنفسهم مظلومين من قرارات المحاكم العرفية،توجهوا إلى الملك طالبين العدالة وفقا "لمتطلبات الضمير"،و قد عهد الملك بهذه المهمة لقاضي القضاة الذي فوضها بدوره للمحاكم الاستشارية[1].

أما الولايات المتحدة الأمريكية التي كانت لغاية 1776 عبارة عن مستعمرات بريطانية فقد تبنت التوجه البريطاني في ممارستها القضائية و اعتمدته كأساس للمطالبة باستقلالها، حتى أصبحت المحكمة العليا أحد أهم السلطات الدستورية الأمريكية،بل السلطة الأهم على حد تعبير الفقيه جاك لامبير الذي وصف النظام السياسي و الدستوري الأمريكي بحكومة القضاة.[2]

المطلب الثالث: مرتكزات القضاء الدستوري

تثار مسالة شرعية القضاء الدستوري عندما لا يقتصر دور القاضي على تطبيق القانون بل يتعداه إلى تفسيره بحيث يتحول بهذا التفسير إلى منشئ للقانون و منافس لنواب الشعب في عملية التشريع إن لم نقل مشاركا لهم.فشرعية القاضي الدستوري تستند إلى المرتكزات التالية:

أولا: أساس التفسير

يستلزم عمل القاضي الدستوري مقارنة نص القانون مع الدستور،و هو ما يتطلب وجود معيار واضح للإسناد،فأن تحاكم معناه أن تقوم بحركة ميكانيكية تفرض عليك تطبيق نص له معنى موضوعي،و القاضي هنا هو فم الدستور Le juge la bouche de la constitution،فهو لا يخلق القواعد مما يجعل الرقابة حيادية،ومن هذه الزاوية لا تطرح مسالة شرعية العدالة الدستورية،و هذا التوجه يتوافق مع الاعتقاد القائل بأن القواعد الدستورية هي أحكام لها معنى في حد ذاتها.

غير أن هناك من يرى أن الأحكام الدستورية ليس لها معنى موضوعي يحدد مسبقا محتوى القانون و بالتالي محتوى قرار القاضي،فكل قاعدة دستورية يمكن أن يتناولها التفسير و تتعدد معانيها،ومن هنا تثار مسألة شرعية القضاء الدستوري لأن القاضي يصبح بوضع المنشئ للقواعد[3].

---

[1]- راجع: د.زهير شكر،الوسيط في ال(قانون الدستوري العام،الفصل الخاص بالنظام الدستوري البريطاني ،ص 320-349

[2]- د.زهير شكر،النظرية العامة للقضاء الدستوري،المرجع السابق.ص52.

[3]- يمكننا التدليل على تعدد المعاني بتفسير معنى مبأ العدالة في المعاملة بين الرجال و النساء،فهو يعني في فرنسا الإعتراف للنساء بح(قو(ق خاصة تمنع العمل في الصناعات اثناء الليل، و نفس المبدأ تفسره محكمة عدل المجموعة الأوربية على أنه خضوع الرجال و النساء لنفس شروط العمل.

و تفسير النص يعني إعطاءه الحياة القانونية وجعله قابلا للتطبيق،و هذا ما يقوم به القاضي الدستوري خالق القانون créateur du droit،بتحويله المبدأ الدستوري إلى قاعدة دستورية مطبقة بعدما كانت مبدأ فلسفيا أو أخلاقيا طامحا[1].

ثانيا: أساس التشريع

أثناء عملية مطابقة القانون للدستور يمكن للقاضي الدستوري إذا وجد أن هذا القانون لا يتوافق مع مضمون الدستور أن يلغيه أو يسحبه من التداول أو أن يمتنع عن إصدار حكم في القضية إذا كانت الرقابة عن طريق الدفع،كما يمكن للقاضي أن يقوم برقابة جزئية بحيث يقر بدستورية بعض أحكام القانون و يلغي البعض الآخر،و يمكنه في حالة أخرى أن يعتبر القانون متطابقا مع الدستور مفسرا النص الدستوري المطابق في قراره،و كل هذه الحالات تعني أن القانون ليس كاملا و لم يكن ليعبر عن الإرادة العامة إلا بعد مروره بمحاكمة أمام القاضي الدستوري[2].

و إذا كان القضاة الدستوريون في غالب البلاد الأوربية يتجنبون إبطال القانون و يعمدون إلى القرارات التفسيرية أو الشرطية بما يجعل نص القانون دستوريا،فإن القانون هنا لم يعد نفسه الذي كان مطبقا ، بل قانون القضاء الدستوري الذي جعله قابلا للتطبيق،مما يجعل من القاضي الدستوري مشرعا فرعيا يشارك النواب في عملية إنتاج القواعد القانونية.

ثالثا: أساس الرقابة

كثيرا ما نتساءل بشأن الإشكال الذي أثاره الفقه بالنسبة للقضاء الدستوري رغم أن نشاطه مضاه للنشاط المهني للقضاة العاديين،ولعل الأمر يكمن في الصورة المتميزة لكل نوع من القضاة،فرقابة القاضي العادي على أعمال الإدارة ينظر ليها من زاوية خدمة القانون و السهر على احترام إرادة المشرع،مما يؤمن خضوع الإدارة للسلطة التشريعية و بالتالي خضوع القاضي العادي لهذه السلطة،غير أن الأمر مختلف بالنسبة للقاضي الدستوري الذي ينظر إليه على أنه أعلى و أرفع مرتبة لأن القاضي الدستوري يتجاوز القاضي العادي الذي يحرس القانون بحراسته للدستور من إمكانية اعتداء القانون عليه،ممارسا بذلك دورا رقابيا على عمل المشرع.

---

[1] - د.زهير شكر،النظرية العامة للقضاء الدستوري،المرجع السابق.ص32.33.

[2] - القاضي رحيم حسن العكيلي – الرقابة على دستورية القوانين – دراسة منشورة في الموقع الالكتروني لجريدة الصباح الجديد sanday.julay.11

www.newsapah.com

المبحث الثاني :القضاء الدستوري في الإسلام

المطلب الأول: مفهوم الدستور الإسلامي و خصائصه

أولا : تعريف الدستور في الإسلام :

ويمكن أن يعرف الدستور في الإسلام بتعريفين : أحدهما عام ، والآخر خاص : [1]

أ - التعريف العام : الدستور في الإسلام هو مجموعة القواعد والأحكام العامة الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية ، التي تنظم المبادئ الرئيسة التي يقوم عليها الحكم في الإسلام . فالدستور الإسلامي بهذا التعريف العام ثابت على مدى الزمن ، لا يمكن تعديله ، أو تغييره ، أو إلغاؤه بحال ؛ لأنه وحي من الله وليس لبشر أن يغير في الوحي أو يبدل .

ب - التعريف الخاص : الدستور في الإسلام هو مجموعة القواعد والأحكام الأساسية في الدولة المسلمة ، التي تبين نظام الحكم وشكل الدولة ، والسلطات العامة فيها ، والأشخاص والهيئات التي تتولى هذه السلطات ، وارتباطها ببعضها ، وبيان حقوق الأفراد ، وواجباتهم ، صادرة في ذلك عن مبادئ الإسلام العامة ، وتنظيماته في الشؤون الدستورية .

وتعريف الدستور بهذا المعنى ، يمكن أن يسمى (التعريف الفني أو القانوني) ، وهو لا يعني الأحكام الشرعية الثابتة ، والمبادئ الأساسية لنظام الحكم في الإسلام ، وإنما يعني الدستور في دولة إسلامية - مهما اختلف زمان وجودها ومكانها - الذي يبين التنظيمات الأساسية في تلك الدولة حسب ظروفها وأحوالها ، وقد يختلف عن دستور دولة إسلامية عن أخرى ، باختلاف مكانها أو زمانها .

ومما يوضح التعريفين السابقين ، أن الأحكام والقواعد الدستورية في النظام الإسلامي تنقسم إلى قسمين : ثابتة ، وغير ثابتة ، فالثابتة هي ما ورد صريحا من قواعد عامة في نصوص القرآن والسنة وما كان محل إجماع علماء المسلمين منها ، في الشؤون الدستورية كالشورى ، والعدالة ، والمساواة ، والتعاون . وغير الثابتة هي الأحكام المستنبطة عن طريق الاجتهاد والرأي، مما يتعلق بالأساليب والأنظمة، والتفصيلات التي تختلف تبعا لاختلاف ظروف الزمان والمكان[2].

ثانيا:خصائص الدستور في الإسلام:

---

[1] - الأستاذ توفيق بن عبد العزيز السديري،الدستور في البلاد الإسلامية و مشكلاته في ضوء الإسلام،رسالة ماجستير مقدمة لقسم الثقافة الإسلامية بكلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،1407 ه،ص 58.

[2] - د.عبد الحميد متولي ،القانون الدستوري و الأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية،الجزء الأول،الطبعة الخامسة،منشأة المعارف بالإسكندرية،،ص22-24.

للدستور في الإسلام خصائص تميزه عن غيره من دساتير العالم ، فالدساتير المعاصرة تختلف من حيث طبيعتها ونشأتها ، عن الدستور في الإسلام ، وذلك أن هذه الدساتير نشأت في بيئة تختلف اختلافا كبيرا عن البيئة الإسلامية ، وهذا الاختلاف ليس اختلافا شكليا أو فرعيا ، ولكنه اختلاف ممتد إلى الجذور والأسس والمنطلقات ، فبينما يرتكز الدستور في النظم الغربية والشرقية على منطلقات فكرية بشرية هي نتاج الفكر البشري المتأثر بخليط من الحضارات الوثنية والدينية المحرفة والمادية ، نجد في المقابل

الدستور في الدولة الإسلامية يتكئ على قاعدة صلبة من الإيمان، والوحي بما فيه من أصالة وصفاء منبع ، صحيح أن الدستور في أي دولة لا يختلف كثيرا عن الدستور في دولة أخرى من الناحية الشكلية ، ومن ناحية مواضيع الدستور ، ولكن الاختلاف يكمن في كيفية معالجة هذه المواضيع ، فدستور الدولة الإسلامية يعالج هذه المواضيع معالجة منطلقة من أسس ومنطلقات مرتكزة على الوحي الرباني ، والدساتير في الدول الأخرى تعالج هذه المواضيع معالجة منطلقة من فكر بشري ومؤثرات بيئية وتاريخية أرضية.

فالحقوق مثلا عالجها دستور الدولة المسلمة ، وكذلك هي في دساتير الدول الأخرى ، ولكن المعالجة التي تتم لها تختلف في هذه الدساتير عن بعضها البعض ، والمرجع لهذه الحقوق في دستور الدولة المسلمة ، غير المرجع لها في الدساتير الوضعية.

و لعلنا نتفق هنا مع ما ذهب إليه الباحث توفيق بن عبد العزيز السديري[1] في تميزه و جمعه للخصائص التي تميز دستور الدولة المسلمة عن غيرها من الدساتير الوضعية،و التي نوردها هنا على ذات النحو:

1- إلهية المصدر و النشأة:

من المعروف أن الدساتير نشأت إما عن طريق المنحة من الحاكم للمحكومين ، أو عن طريق الاكتساب المباشر من المحكومين لحقوقهم في وضع الدستور ،تلك الطرق كلها نشأت نشأة بشرية صرفة ، أما في ظل النظام الإسلامي فإن الحقوق الدستورية والقواعد الدستورية الأساسية وردت قواعد شرعية ، فهي ربانية المصدر ، ليس للبشر الحق بأن يمنحوا بعضهم أو يمنحوا أنفسهم هذه القواعد والحقوق ، فهي ليست تفضلا من الحاكم للمحكومين ، وليست كذلك منتزعة من الحكام عن طريق كفاح المحكومين ، فالحكام والمحكومين أمامها سواء ، وما كان من هذه الأحكام متروكا لهم يتم اجتهادهم فيه حسب الأحوال والملابسات ، فإن وسيلة وضع هذه الأحكام هو الاجتهاد الشرعي

[1] - الأستاذ توفيق بن عبد العزيز السديري،المرجع السابق،ص 100 و ما بعدها.

والشورى الشرعية ، في إطار التوجيهات الربانية . والنظام الإسلامي يجعل الحكام والمحكومين أمام الشرع سواء ، وأمام القضاء سواء ، وأمام الحدود سواء .

و من المعروف أن الدستور عبارة عن مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة ، ونظام الحكم فيها ، ومدى سلطتها إزاء الأفراد ، وحقوقهم وحرياتهم ، وبالتالي فإن هذه الأمور تختلف حسب الوجهة السائدة في الدولة التي تنشأ فيها ، فالدستور الناشئ في النظام الإسلامي غير ذلك الدستور الناشئ في ظل النظم الوضعية ؛ لأن الإسلام يصدر عن أصل واحد لا عن خليط من العناصر ، وهذا الأصل ليس بشري المصدر كما هو الحال بالنسبة للنظم الأخرى ، فهو إلهي المصدر ، هذا الأصل هو الوحي وما انبثق منه من مصادر لا تخرج بحال عن حدوده ونطاقه ، وبالتالي فإن القواعد الدستورية الإسلامية نظمت الكيان الشرعي للهيئات الحاكمة في النظام الإسلامي ، وحددت الإطار القانوني لنشاط هذه الهيئات مبينة الحقوق والحريات ، وهي محددة بما في القرآن الكريم والسنة المطهرة ، والتطبيقات الدستورية في العهود الإسلامية ، واجتهاد المجتهدين فيما كان محلا للاجتهاد ، مكونة بذلك ميراثا حضاريا إسلاميا ضخما في مجال التشريع الدستوري.

2- السمو الشكلي و الموضوعي:

يتميز الدستور في النظام الإسلامي عنه في النظم الوضعية باختلاف درجة السمو لقواعده وأحكامه ونصوصه ، فمن المعروف أن الدستور في النظم الوضعية له المكانة الأولى بين القوانين ، وأن قواعده تسمو على كافة القواعد القانونية الأخرى السائدة في الدولة ، وأنه لا يجوز لأي قاعدة قانونية أن تخالف نصا دستوريا ؛ لأن القواعد القانونية تتدرج من الأعلى للأسفل مبتدئة بقواعد الدستور ، ثم قواعد التشريع العادي أو القانوني ، ثم قواعد التشريع الفرعي أو اللوائح ، فلا يجوز لقاعدة أدنى أن تخالف قاعدة أعلى أو تبطلها ، والعكس فإن القاعدة الأعلى إذا صدرت وهي مخالفة لقواعد أدنى فإن قواعد الأدنى تبطل وينسخ حكمها.

أما في ظل النظام الإسلامي فإن درجة السمو هذه تختلف ؛ لأن التشريع الإسلامي من عند الله ، فقد يرد نص قاطع في مسألة ما وهي ليست دستورية ، وبالتالي فإن على واضع الدستور في الدولة الإسلامية ألا يخالف هذا النص ولو كان محله التشريع العادي أو الفرعي ؛ لأن النص يعلو على غيره ، ولا مانع في الإسلام من أن ندرج القواعد القانونية على الشكل المتدرج في القانون الوضعي ؛ لأن ذلك من باب الوسائل والأمور الاجتهادية ، ولكن السمو للقاعدة القانونية ليس مرتبطا بمكان وجود القاعدة أو درجتها من درجات القانون ، إنما هو مرتبط بالقاعدة القانونية نفسها ، فإذا كانت القاعدة من الأمور الثابتة التي ورد فيها نص من الكتاب أو السنة أو كانت محل إجماع فإنها تسمو على غيرها بغض النظر عن درجتها القانونية ، فهذا التدرج في ظل النظام الإسلامي تدرج شكلي فقط ،

وإذا كانت القاعدة تدخل ضمن الأمور الاجتهادية التي لم يرد فيها نص والتي يختلف حكمها باختلاف الظروف فإنها والحالة هذه تسمو على القواعد الاجتهادية الأدنى منها درجة ، لكنها لا تسمو على القواعد المبنية على نصوص أو التي ورد فيها حكم شرعي ولو كانت في التدرج القانوني أعلى منها.

و نتاجا لهذا السمو تتميز القواعد الدستورية في النظام الإسلامي بالثبات والمرونة في الوقت نفسه ، الثبات في الأسس والمبادئ الكلية كالشورى والعدل ، والمرونة في الأمور الاجتهادية الوقتية التي تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فالإسلام لم يأت فيما يتعلق بالأمور الدستورية بأمور تفصيلية صرفة ، وإنما جاء بالمبادئ الدستورية الأساسية ، ولم يحدد التفاصيل والجزئيات التي تختلف من عصر لآخر حسب اختلاف الزمان المكان ، إذن فالقواعد الدستورية في النظام الإسلامي تنقسم إلى قسمين : قواعد ثابتة لا يمكن أن تتغير بتغير الأوضاع والأزمان والأمكنة ، وأخرى متغيرة حسب الأزمان والأحوال وهي ما يتعلق بالوسائل والجزئيات ، وهذا التقسيم يكسب النظام الدستوري في الإسلام ميزة الثبات في الكليات ، والتطور والمرونة في إطار هذه الكليات لما هو ليس بكلي ، وهذه الميزة تميز النظام الدستوري الإسلامي عن غيره من الأنظمة

فالنظام الدستوري الإسلامي حين يتميز بهذه الخاصية ليس مستقلا بها دون غيره من النظم الإسلامية ، إنما استمد ذلك من الشريعة الإسلامية التي تتميز بهذه الخاصية ، حيث إنها تحوي أحكاما ثابتة وأخرى متغيرة وبهذا يتبين أن خصائص الدستور الإسلامي هي خصائص التشريع الإسلامي والتشريع الإسلامي رباني المصدر ، رباني التوجيه ، ذو صبغة إنسانية عالمية ، يحرص على رفع الحرج عن الناس والتيسير عليهم.

و لعل هذه الميزة في الدستور الإسلامي هي التي دفعت بعدم الالتزام بالتدوين لقواعده وأحكامه ، أو عدم التدوين ، لأن الأحكام الثابتة للنظام الدستوري الإسلامي معروفة ومستقرة في الكتاب والسنة والإجماع ، والأحكام المتغيرة قد تدون في وثيقة أو عدة وثائق ، أو تكون عرفية في حالة استقرار العرف الدستوري على جريان هذه الأحكام والقواعد. فالدستور في الدولة الإسلامية منطلق من أسس الإسلام ومنطلقاته ومحدود بها ولا تتحدد هي من خلاله.

المطلب الثاني: القضاء الدستوري في الإسلام و مفهوم الشرعية

أولا:أصول القضاء الدستوري في الإسلام:

يعد القرآن في الإسلام دستورا للأمة الإسلامية و مصدرا أساسيا لتشريعاتها،مما يعني ضرورة التزام الحاكم في مختلف العصور الإسلامية لهذا النص المقدس و السامي، و بالتالي الالتزام بسن قوانين مستوحاة و منسجمة و غير متناقضة مع الدستور الإلهي،و إلا اعتبرت لاغيه و غير ملزمة.

و لعل هذا الأمر يجعل من مسالة البحث في تأصيل القضاء الدستوري في الإسلام غاية في الأهمية،سيما و أن الشريعة الإسلامية السمحة،قد أثبتت حفظها و صلاحيتها على حساب كل الشرائع السماوية الأخرى،مما يجعل منها بحق أصلا تشريعيا و قانونا دستوريا بالمعنى الدقيق يرتقي بخصائصه التي سبق و تناولناها بالشرح و التوضيح.

غير أن غياب الرقابة الشرعية و عدم مأسسة الشورى و الاجتهاد،أدى إلى انتهاك الكثير من نصوص القانون الوضعي في معظم البلاد الإسلامية للتعاليم و القواعد الشرعية،و بالتالي انحراف أحكام القضاء عن تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية و إقامة العدل الذي أراده الله بالعباد.

كما أن الكثير من التشريعات التي استمدت من التشريع الإسلامي كتشريعات الأسرة مثلا،تضمنت من التناقضات ما نأى بها عن روح ألإسلام في حماية الأعراض و الأنساب و الحقوق.ناهيك عن استبعاد الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريع في الكثير من البلاد العربية و الإسلامية،و التي اعتبرت بها مصدرا احتياطيا يرجع إليه على سبيل الاستئناس.

و لكن ذلك لم يحل دون إقدام بعض الفقهاء و القضاة الشرعيين على رفض القواعد القانونية الوضعية الغير متوافقة مع القرآن و الامتناع عن تطبيقها في القضايا التي عرضت عليهم، و دعوا إلى رفضها لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

وقياسا إلى ذلك طرحت فكرة الشرعية مقابل الدستور [1]، إذ توصف الأحكام والأوضاع والمراكز والتصرفات الموافقة للدستور بالدستورية ، وذلك في النظم الوضعية ؛ لأن الدستور يعتبر هو الأصل والمرجع لكافة القوانين في هذه النظم ، ويشترط لكافة الأمور القانونية أن تلتزم بأحكام الدستور وألا تخالفه ، أما في ظل النظام الإسلامي فإن هذا الوصف يمكن أن يطلق عليه اسم الشرعية ، وذلك نسبة لأحكام الشرع ، لأنه في ظل النظام الإسلامي لا بد لكافة الأوضاع والمراكز والتصرفات ، الدستورية وغيرها ، في الدولة الإسلامية أن تخضع للشريعة والإسلامية وأحكامها ، ولا تعطي أحكام دستور أية دولة إسلامية ، هذه الهيبة وهذا الاحترام دون الشريعة ، بل هي المختصة بها ويجب أن يكون الدستور - بمعناه الفني والخاص - تبعا لها في ذلك ، في حالة مخالفته للشريعة ، يوصف بعدم الشرعية وكذلك من باب أولى سائر القوانين واللوائح التي يجب أن تتمشى مع أحكام الشريعة ، وإلا وصفت بعدم الشرعية وتم إلغاؤها ، أو الدفع بعدم الشرعية ، وتوجب على القضاء أيا كان نوعه أن لا يقبل هذه الأحكام ، ولو وردت في الدستور ، في حالة مخالفتها للأحكام الشرعية ، وذلك لأن الشريعة الإسلامية هي الأصل والمرجع لكافة القوانين مبتدئة

[1] - الأستاذ توفيق بن عبد العزيز السديري،الدستور في البلاد الإسلامية و مشكلاته في ضوءالإسلام،رسالة ماجستير م(قدمة ل(قسم الث(قافة الإسلامية بكلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،1407 ه،ص101 و ما بعدها

بالدستور إلى القوانين العادية ،واللوائح التشريعية ، والقرارات الإدارية ، فكلها يجب أن لا تخرج ولا تخالف حكما شرعيا ، وذلك في ظل النظام الإسلامي. مما يقتضي وجود قضاء شرعي يهتم بمطابقة كل الأحكام مع الشريعة الإسلامية.

ثانيا: تطبيقات العدالة الدستورية في الدولة الإسلامية[1]:

مما يُورَد مثالاً للرقابة الدستورية في عهد الخلفاء الراشدين: ما روي من أنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه صعد المنبر ثم قال: (أيها الناس ما إكثاركم في صداق النساء وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه الصدقات فيما بينهم أربعمائة درهم فما دون ذلك ولو كان الإكثار في ذلك تقوى عند الله أو كرامة لم تسبقوهم إليها فلأعرفن ما زاد الرجل في صداق امرأة على أربعمائة درهم، قال: ثم نزل فاعترضت امرأة من قريش، فقالت: يا أمير المؤمنين نهيت الناس أن يزيدوا في مهر النساء على أربعمائة درهم؟ قال: نعم فقالت: أما سمعت ما أنزل الله في القرآن، قال: وأي ذلك قالت أما سمعت الله يقول الآية، قال: فقال: اللهم غفرا كل الناس أفقه من عمر ثم رجع فركب المنبر، فقال: أيها الناس إني كنت نهيتكم أن تزيدوا النساء في صدُقاتهن على أربعمائة درهم فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب، قال أبو يعلى: وأظنه قال: فمن طابت نفسه فليفعل..)

و هذه القصّة لو ثبتت لصحّت مثالاً للعدول عن قرار رئاسي نتيجة الطعن الدستوري عليه؛ غير أنَّ الرواية متكلم في سندها ومتنها عند جمع من أهل العلم بالحديث!

والثابت المشهور عن الفاروق رضي الله عنه أنَّه من أشدّ النّاس حفاظا على الشرعية (الدستورية) وهو الوقّاف عند حدود الله، رضي الله عنه وأرضاه..

---

[1]- راجع في هذا الشأن :

- د. نصر فريد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، الطبعة الثانية 1982م مطبعة الأمانة مصر.
- د. محمود بن عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، المطبعة المصرية الأهلية.
- الخريطلي، د. علي حسن الخريطلي، (الإسلام وأهل الذمة), لجنة التعريف بالإسلام, يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية, كتاب رقم 49 لسنة 1969.
- د. فاروق محمد، الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب.
- العدوي، د. إبراهيم العدوي، النظم الإسلامية.
- د. محمد كرد علي، الإدارة الإسلامية في عز العرب.
- د. حسن إبراهيم، النظم الإسلامية.
- الأستاذ جورجي زيدان، (تاريخ التمدن الإسلامي)، طبعة 1902 مطبعة الهلال مصر.

ومما ذكر من أمثلة الرقابة الدستورية في الدولة الأموية: قضية أهل سمرقند، وذلك أنَّهم بعثوا خطاباً مع وافدٍ لهم إلى الخليفة الزاهد الراشد : عمر بن عبدالعزيز -رحمه الله- يتضمن دعوى بعدم الدستورية لما جرى لهم من الجيش الإسلامي الذي فتح مدينتهم، جاء فيها: أنَّ القائد قتيبة بن مسلم الباهلي دخل مدينتهم (سمرقند) وأسكنها المسلمين على غدر- دون أن يدعوهم للإسلام أو الجزية! أي أنّه لم يلتزم بالدستور الذي ينصّ على وجوب دعوتهم إلى (الإسلام) قبل قتالهم، فإن لم يقبلوا الدخول فيه، فدعوتهم إلى الدخول في الحكم الإسلامي مع بقائهم على دينهم ويتأكّد ذلك بقبول دفع الجزية! وهذا مقتضى النصّ الدستوري الصريح في قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا أمّر أميراً على جيش أو سريّة: (فإذا لَقِيتَ عَدُوَّكَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فادْعُهُمْ إلى ثلاثِ خِصَالٍ (أو خِلاَلٍ) فأيّتهن ما أجَابُوكَ فاقْبَلْ مِنْهُمْ وكُفَّ عنْهُمْ: ثم ادْعُهُمْ إلى الإسلامِ فإن أجَابُوكَ فاقْبَلْ مِنْهُمْ...فإنْ هم أبَوْا فاسألهم الجِزْية، فإن هم أجَابُوكَ فاقْبَلْ مِنْهُمْ وكُفَّ عنْهُمْ، فإنْ هم أبَوْا فَاسْتَعِنْ بالله وَقَاتِلْهُمْ) رواه مسلم. ولا شكّ أنَّ هذا الحكم لا يخفى على الخليفة العالم عمر بن عبد العزيز رحمه الله؛ ولذلك بادر بالكتابة إلى عامله يأمره أن ينصب لهم قاضيا لينظر في مدى تحقق صحة الطعن الذي تقدم به وفد أهل سمرقند على عمليات الجيش الإسلامي هناك، فإن تحقق من صحة ما قال الوفد السمرقندي، قضى بإخراج المسلمين فأُخرجوا؛ فنصب لهم جُمَيْع بن حاضر الناجي "الذي فحص الطعن وأصدر حكما بعدم دستورية (شرعية) دخول الجيش الإسلامي للمدينة" كما يقول د. أحمد أمين؛ لعدم تطبيق القائد شروط الهجوم والاقتحام، وهو خلل دستوري؛ فحَكَم القاضي جُمَيع بن حاضر-رحمه الله- بإخراج المسلمين؛ فَكَرِه أهل مدينة سمرقند الحرب، وأقرُّوا المسلمين، فأقاموا بين أظهرهم.

ومما ذُكِر من أمثلة الرقابة الدستورية في أوائل الدولة العبّاسية: تصدّي القاضي يحيى بن أكثم للدستورية بنفسه، حين علم بقرار الخليفة المأمون –لشبهة عرضت له- إصدار قراراً يجيز نكاح المتعة [الذي تحدد مدته أو أمده وينتهي بانتهائه] مع أنَّ نكاح المتعة محرّم وباطل بالإجماع الصحيح؛ فقد جاء في طبقات الحنابلة أنَّ المأمون كان في طريق الشام، فأمر فنودي بتحليل المتعة [نكاح المتعة] ، فعلم بذلك القاضي يحيى بن أكثم، فجاء إلى مجلس المأمون، فقال: المأمون ليحيى مالي أراك متغيراً؟

فقال: هو غم يا أمير المؤمنين لما حدث في الإسلام!

قال: وما حدث فيه؟

قال: النداء بتحليل الزنا!!

قال: الزنا ؟!

قال: نعم! المتعة زنى..

قال: ومن أين قلت: هذا؟

قال: من كتاب الله وحديث رسوله -صلى الله عليه وسلم- قال الله تعالى:) قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ * الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ * وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ * وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ* وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاء ذَلِكَ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ[، يا أمير المؤمنين: زوجة المتعة ملك يمين؟

قال: لا.

قال: فهي الزوجة التي عنى الله عز وجل ترث وتورث ويلحق بها الولد ولها شرائطها؟

قال: لا.

قال: فقد صار متجاوز هذين من العادِين، وهذا الزهري يا أمير المؤمنين روى عن عبد الله والحسن ابني محمد بن الحنفية عن أبيهما محمد عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- قال: أمرني رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن أنادي بالنهي عن المتعة وتحريمها بعد أن كان أمر بها.

فالتفت المأمون إلى بعض من حولَه، فقال: أمحفوظ هذا من حديث الزهري؟ فقال بعض من حوله: نعم يا أمير المؤمنين رواه جماعة منهم مالك، فقال: أستغفر الله نادُوا بتحريم المتعة فنادَوا بها.

قال د.أحمد أمين معلقاً على هذه الواقعة: "هذه دعوى شرعية أو ما يُعرف في عصرنا دعوى دستورية، تصدّى فيها القاضي للدستورية من تلقاء نفسه؛ فحضر مجلس الخليفة، وناقش الخليفة في مدى شرعية هذا(التشريع)! وانتهت المناقشة بأن أصدر القاضي حكماً بعدم شرعية(التشريع) -الذي أباح زواج المتعة- وإلغاءه ، وعلى الفور سارع الخليفة أمير المؤمنين-أي رئيس الدولة- إلى تنفيذ حكم القضاء بإلغاء(تشريعه)؛ حيث أمر المنادي بأن ينادي بتحريم المتعة.".

و في التاريخ الإسلامي نماذج كثيرة لا يتسع المجال لذكرها،و إن كانت تفتقر إلى الطابع المؤسساتي الذي تسعى هذه الدراسة لتكريسه.

خاتمة:

لفترة طويلة من الزمن سيطر العقل الوضعي Raison positive على الفكر البشري بمختلف فروعه،و أدلى بظلاله على الفكر القانوني الذي راح يهتم بالوسائل و الممكن تقنيا متخليا عن كل الأهداف و القيم و معاني الإنسان و المجتمع و تطوراته[1]،و ما الدولة -الإله كما تسمى اليوم Etat providence إلا تعبير عن هذا العقل العلمي الذي أصبح يعيش أزمة في الغرب أضعفت عصمة الدولة- الإله التي أدت إلى قيام أنظمة تفتقر للبعد الإنساني.

إن هذا المصير المأساوي لا يدين العقل كأساس للفكر الإنساني، و لكنه يدين الإنسان الذي اعتقد أن العقل يكفي وحده كأساس للدولة و المجتمع و الفرد،وعلى فلاسفة و فقهاء القانون اليوم أن يوجدوا تعريفا يقوم على العقل المتقبل لمحدودية الإنسان و ذلك هو العقل الأخلاقي و المنطقي الذي يتلازم مع إعلاء شأن المؤسسة القضائية المكلفة بالتحقق من ملائمة الأعمال مع القيم و المبادئ الأساسية لنشوء و تطور و رقي أي مجتمع ،و هي مهمة ليست بالهينة تقع على عاتق ما يصطلح عليه بالقاضي الدستوري من منظور القانون الوضعي أو القاضي الشرعي من منظور الشريعة الإسلامية.

إننا لتشوق إلى نظام قانوني وقضائي يعبر عن شخصيتنا الحضارية وهويتنا الإسلامية، مثلما يعبر عن عقليتنا ونفسيتنا وذاكرتنا الجماعية. لقد كان من السباقين عبد الرزاق السنهوري وعلال الفاسي، للدعوة إلى الاستقلال القانوني؛ الفقهي والقضائي انطلاقا من إيمانهم الراسخ بصلاحية الشريعة الإسلامية ومرونتها وقابليتها للتطور.

وهو الإيمان الذي يتأسس على حقيقة أن "في الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها، لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي والشمول، وفي مسايرة التطور، عن (أرقى) النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث"، وأن الفقه الإسلامي "لا تقل عراقته في ذلك عن عراقة الفقه الروماني، وهو لا يقل عنه في دقة منطقه وفي متانة الصياغة وفي القابلية للتطور. وهو مثله صالح لأن يكون قانونا عالميا بل كان بالفعل قانونا عالميا.."[2].

غير أن يقيننا في صلاحية الشريعة لا ينفك عن إيماننا بضرورة الاجتهاد والتجديد الذي بهما تتحقق هذه الصلاحية وتكون. وفي هذا السياق نضم هذا المسعى لمساعي الزمرة القليلة المواجهة للفئة الكثيرة المترددة، بل والمناوئة للاجتهاد والتجديد على هدي الشريعة ومقاصدها سعيا لاستعادة

---

[1] -Dominiaue Rousseau : La justice constitutionnelle en Europe,op.cit,p151.

[2] - عبد الرزاق السنهوري، نقلا عن المستشار طارق البشري: "الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، القاهرة: دار الشروق، ط1، 1996، ص24.

المبادرة الحضارية في إنتاج الأفكار والنظم والمؤسسات المنبثقة من الإسلام ومنظومة قيمه في انفتاح راشد على الكسب الإنساني في غناه وتعدد مصادره.

قائمة المراجع:

- د.زهير شكر،النظرية العامة للقضاء الدستوري،الجزء الأول،دار بلال للطباعة و النشر،بيروت لبنان،الطبعة الأولى 2014.
- د. منذر الشاوي , نظرية الدستور, منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد 1981 .
- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، المبادئ الدستورية العامة ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1982.
- د. احمد عبد القادر الجمال ، النظم الدستورية العامة في ضوء الاتجاهات الحديثة ، 1953.
- د. إسماعيل مرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، 1960 .
- د. ثروت بدوي ، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر ، 1971 .
- د.محسن خليل ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، 1987 .
- د.كمال غالي ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية ، ط8 ، منشورات جامعة دمشق.
- 9-الأستاذ توفيق بن عبد العزيز السديري،الدستور في البلاد الإسلامية و مشكلاته في ضوء الإسلام،رسالة ماجستير مقدمة لقسم الثقافة الإسلامية بكلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،1407 هـ.
- د.عبد الحميد متولي ،القانون الدستوري و الأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية،الجزء الأول،الطبعة الخامسة،منشأة المعارف بالإسكندرية.
- د. نصر فريد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، الطبعة الثانية 1982م مطبعة الأمانة مصر.
- د. محمود بن عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، المطبعة المصرية الأهلية.

- الأستاذ جورجي زيدان، (تاريخ التمدن الإسلامي)، طبعة 1902 مطبعة الهلال مصر.
- عبد الرزاق السنهوري، نقلا عن المستشار طارق البشري: "الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، القاهرة: دار الشروق، ط1، 1996.

القاضي رحيم حسن العكيلي – الرقابة على دستورية القوانين – دراسة منشورة في الموقع الإلكتروني لجريدة الصباح الجديد www.newsapah.com، sanday.julay.11

- Dominique Rousseau : La justice constitutionnelle en Europe ,ed.Montcrestien,3 édition1998.
- Francis Hamon et Céline Wiener :La justice constitutionnelle en France et a l'étranger ,L.G.D.J.,Paris,2011.
- 18-Jacqueline Dutheil De la Rochere : Le Royaume –Uni , L.G.D.J ,Paris 1979.
- 19- Monica Charlot : Le système politique britannique,Armand Colin , Paris 1976.