

نسخ التشريع بالثابت من أحكام الاسلام

(قراءة في ظلال دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥)

Revoking legislation for violating the principles of Islam

Reading in accordance with the 2005 Constitution of the Republic of

Iraq

DR.walleed. m.almakzomy

Assistant Professor of Public Law

COLLAGE OF LAW

BAGHDAD UNIVERSITY

alarindas@yahoo.com

07812396528

الدكتور وليد مرزة المخزومي

استاذ القانون العام المساعد

كلية القانون

جامعة بغداد

البريد الالكتروني

رقم الهاتف

Abstract:

The research aims to clarify the course of the legislator, in the Constitution of the Republic of Iraq for the year 2005 in force and the legislations against him in determining the status of Islam from the legal system and to indicate its effect on the provisions of the legislation in that he categorically prohibited the enactment of any legislation that contradicts the constants of Islam, It has a history of execution when

المخلص:

يهدف البحث الى بيان مسلك المشرع في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ والتشريعات المعاضدة له في تحديد مكانة الاسلام من النظام القانوني وبيان اثره على احكام التشريع فيه سيما وانه حرم تحريما قاطعا سن اي تشريع يتعارض مع ثوابت الاسلام وذلك كله على وفق ما جاءت به النصوص وما جرت عليه سيرة القضاء عند تطبيقه لتلك النصوص وتنفيذها لأحكامها. كما يهدف البحث بالمثل الى اثبات نسخ احكام التشريع بنص الدستور بسبب تناقض وليس تعارض هذه الاحكام مع ثوابت الاسلام التي جعلها المشرع الدستوري المقياس الذي يقيس به بطلان النص القانوني او صحته تبعا لمدى توافق هذا النص معها او خروجه عنها .

أولاً : مشكلة البحث

لعلنا لا نجانب الصواب بالقول أن ما من زمن شهد وسيشهد ثورة قانونية مثل الزمن الذي نعيشه اليوم بسبب صدور دستور سنة ٢٠٠٥ النافذ وما انطوت عليه نصوصه من احكام ملزمة يفترض فيها ان قيض لها الاعمال والتطبيق ان تغير بنية النظام القانوني العراقي وتجنح بفلسفته نحو الطابع الديني المتجسد في الاسلام اساسا اذ ترتب عليها بطلان ونسخ وتعديل الأغلب الأعم من احكام التشريعات القائمة قبل نفاذه ولعل اهم حكم جاء به هذا الدستور هو عده الاسلام دين الدولة الرسمي والمصدر الاساس للتشريع فيها وتحريم تشريع اي قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام ، فما هي اثار هذا الحكم على النظام القانوني العراقي عموما وعلى التشريع خصوصا وهنا تكمن وتتلخص المشكلة التي وضع هذا البحث لأجل كشفها وتسليط الضوء عليها إن لم نقل الإسهام في حلها ما أمكننا مثل هذا الإسهام.

ثانياً : أهمية البحث

تتبع أهمية هذا البحث من أهمية الموضوع الذي يتناوله والمتمثل بالتعارض الواقع بين هذا الحكم الدستوري من جهة واحكام التشريع الفعلي الحاكم لشؤون الناس وسلطات الدولة على حد سواء من جهة ثانية وكيفية رفعه او حله على مستوى النظرية والتطبيق سيما شواهد النصوص المخالفة لثوابت الاسلام في المشهد القانوني العراقي كثيرة قبل وضع دستور عام ٢٠٠٥ وحتى بعد وضعه .

applying these texts and implementing their provisions.□

In addition, aims to prove the cancellation of the provisions of the Constitution by the text of the Constitution because of contradiction and does not contradict these provisions with the constants of Islam, which made the constitutional street measure by which the invalidity of the legal text or validity depending on the compatibility of this text with it or release it.

المقدمة

من الحقائق الثابتة في عالم القانون ان التشريع هو الاداة الرئيسة التي تستعملها الدولة في تنظيم شؤون الحياة في اقليمها لما يتميز به من خصائص تجعله اهلا للقيام بمثل هذه الوظيفة ولكن ماذا لو خالف هذا التشريع ثابتا من ثوابت المجتمع في تلك الدولة فهل تبقى له ذات المكانة ام تهدر لمخالفته لذلك الثابت كأن يكون هذا الثابت سياسيا او اجتماعيا او دينيا كما هو الحال مع العراق الذي يشهد نظامه القانوني مثل هذا الامر وهو ما سنتولى دراسته في هذا البحث.

ثالثاً: أهداف البحث

يهدف البحث من خلال هذه المحاولة المتواضعة أساساً الى تحقيق الأهداف الآتية:

الهدف الأول: بيان مسلك المشرع في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ والتشريعات المعاضدة له في تحديد مكانة الاسلام من النظام القانوني وبيان اثره على احكام التشريع فيه سيما وانه حرم تحريماً قاطعاً سن اي تشريع يتعارض مع ثوابت الاسلام وذلك كله على وفق ما جاءت به النصوص وما جرت عليه سيرة القضاء عند تطبيقه لتلك النصوص وتنفيذها لأحكامها.

الهدف الثاني: استظهار معنى التعارض الحاصل بين النص الدستوري المحرم للتشريع المخالف لثوابت الاسلام ونصوص التشريع النافذة حالياً في العراق وبيان ما اذا كنا امام تعارض ام تناقض بين النصوص .

الهدف الثالث: تحديد حكم التعارض الواقع بين ثوابت الاسلام وبين نصوص التشريع المخالفة لها وبيان الأساس القانوني لهذا التعارض ومواضع منشئه في النظام القانوني العراقي.

الهدف الرابع: تعيين أسباب التعارض بين ثوابت الاسلام وبين نصوص التشريع المخالفة لها وبيان كيفية حله ورفعها.

الهدف الخامس: دراسة تطبيقات التعارض بين ثوابت الاسلام وبين نصوص التشريع المخالفة لها في النظام القانوني العراقي .

الهدف السادس: اثبات نسخ احكام التشريع بنص الدستور بسبب تناقض وليس تعارض هذه الاحكام مع ثوابت الاسلام التي جعلها المشرع الدستوري المقياس الذي يقيس به

بطلان النص القانوني او صحته تبعاً لمدى توافق هذا النص معها او خروجه عنها .

رابعاً: مسائل البحث

يرتكز هذا البحث إلى جملة من الفرضيات الرئيسية الآتية:

المسألة الأولى: وجوب تحديد معنى النسخ وبيان حكمه لما يعتبر هذا المعنى والحكم من غموض.

المسألة الثانية: وجوب تعيين الأسباب الموجبة لقيام النسخ بحق النص القانوني تعييناً واضحاً نافياً للجهالة .

المسألة الثالثة: وجوب تعديل أحكام التشريع بمختلف فروعها التي تحوي نصوصاً تتناقض مع حكم النص الدستوري وابدالها باخرى متوافقة معه .

خامساً: عينة البحث.

ثبت لنا بأستقراء ما امكن استقراءه من تشريعات جمهورية العراق النافذة الحديثة والقديمة التي صدرت قبل وضع دستور عام ٢٠٠٥ والتي وضعت بعد وضعه وجود الكثير منها وهي على تعارض وتناقض مع ثوابت احكام الاسلام ولصعوبة تناول كل تلك التشريعات فأنا آثرنا نقصر البحث وحد حدوده على عينة واحدة منها وبالشكل الذي يحقق اهداف البحث وغايته.

سادساً: منهج البحث وخطته

يتلخص منهج البحث في هذا الموضوع بتحقيق معنى ثوابت الاسلام وحصرها ما امكن الحصر أولاً وعرض نصوص التشريع العراقي النافذ عليها ثانياً للتحقق من مدى تعارض أو تناقض تلك النصوص مع تلك الثوابت وصولاً الى تقرير التعارض او التناقض ومحاولة رفعه وذلك

حقيقة أو حكماً كلاً أو جزءاً لمصلحة اقتضاها
المشرع في هذا الشأن^(١).

المسألة الثانية: شروط النسخ

هذا ولا محل للقول بوقوع النسخ بين
النصوص المتناقضة إلا إذا استوفت الشروط
الآتية:

الشرط الأول: التساوي بين النصوص
المتعارضة: يشترط لثبوت النسخ بين
النصوص، ثبوت تساويها في القوة الملزمة،
وتكافؤها في الالتزام، بأن تكون تلك النصوص
على المستوى ذاته في مجال المدارج القانونية
كان تكون كلها ذات طبيعة دستورية أو
تشريعية عادية، أو تنظيمية لأئحية وذلك
باعتبار أن النصوص القانونية المشكلة للبيان
القانوني للدولة، تتدرج فيما بينها من حيث
القوة والالتزام، بدءاً بالقيمة حيث الدستور
وحتى آخر قاعدة قانونية في ذلك البناء^(٢)،
ومن ثمة فلا تعارض بين قاعدة عليا وأخرى
دنيا لعدم تكافئها في القوة الإلزامية، حيث
تهمل الدنيا بالعليا أو تلغى بها ولا يكون
لنسخ محل إلا إذا تساوت النصوص المتنازعة
في القوة القانونية وهو أمر يستلزم القول (أن
التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له
، فلا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن
تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة
أعلى، أو أن تضيف إليها أحكاماً جديدة إلا
بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو
القانون)^(٣).

والحكمة من هذا التدرج من حيث النفاذ،
وقوة الالتزام، ووضوحه جلية، إذ إن صنع
النصوص القانونية، لا يقتصر على هيئة
واحدة في الدولة، مما يجعل وقوع التعارض
بين هذه النصوص الصادرة عن الهيئات

كله من خلال منهج تحليل النصوص
ومقارنة بعضها ببعض الآخر.

ولتحقيق غاية هذا البحث واهدافه وما تيسر
لنا من أدوات بحثية ومراجع سنتبع خطة
تقوم على مبحثين أولهما مبحث نظري
يشكل مدخلاً أساساً لموضوع هذا البحث
نعرض فيه للنسخ تفصيلاً ولثوابت الإسلام
تحقيقاً وثانيهما مبحث تطبيقي عملي
نحوض فيه في أساس النسخ في القانون
العراقي وبرز تطبيقاته التي نجدها محققة
لغاية البحث وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول

مدخل إلى فقه النسخ والثوابت

وهو مبحث نظري لا غنى لنا عن
الخوض فيه تم عقده لتحقيق معنى النسخ
وبيان شروطه ووجوه وقوعه وحكمه وسببه
من جهة ولتحقيق معنى ثوابت الإسلام
وشروط تحققها في الأحكام على تعددها
واختلافها وشواهدا الحيثية من جهة ثانية
وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: في معنى النسخ وبيان شروطه ووجوهه

نعرض في هذا المطلب -بالقدر الذي
نجده مفيداً لبحثنا - التعرض في معنى النسخ
والشروط الواجبة لتحقيقه وحكمه ووجوهه
وسبب وقوعه في التشريع وذلك على خمس
مسائل وفقاً للبيان الآتي:

المسألة الأولى: معنى النسخ

عرف لفظ النسخ اصطلاحاً عند أهل القانون
بتعريفات عديدة مختلفة الألفاظ تكاد تكون
متفقة المعاني وقطب الرحى في تلك التعريفات
هو أن النسخ ليس سوى لفظ يدل على قيام
المشرع بإزالة حكم قانوني بأخر لاحق عليه

للمطلق ، اذ ان الحكم المبين لا ينسخ الحكم المبين ، ما دام ان احدهما تناول ما تناوله الثاني بدليل العموم او الاطلاق ، والاخر تناوله ما تناوله الاول بدليل الخصوص او التقييد.

الشرط الخامس: تراخي النسخ عن المنسوخ: لا محل للقول بالنسخ بين النصوص المتعارضة الا اذا تراخى النص المنسوخ في صدوره عن النص المنسوخ تراخيا زمانيا بصرف النظر عن طول او قصر زمنه^(٧).

المسألة الثالثة: حكم النسخ واساسه

لعل من البدايات القول ان ما من قانون مهما طال امد نفاذه وامتد زمان سريانه الا ولا بد يوما من ان يطاله النسخ كلا او بعضا تبعا لتغير الازمان والاحوال مصداقا للقاعدة الاصولية التي قضت (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان) وهو امر لا يفضي الا الى القول بحكم واحد هو وجوب العمل بالقانون المنسوخ وترك العمل بالقانون المنسوخ ودليل مثل هذا الحكم انما يتجسد في امرين هما:

النص: القاضي بالنسخ صراحة او ضمنا اذ جرت سنة المشرعين على تضمين ما يشرعونه من قوانين نصا يقضي بنسخ القانون الجديد للقانون القديم على وجه الخصوص تارة وينسخ كل نص يتناقض مع حكمه تارة اخرى.

العقل: اذ يقضي العقل بوقوع النسخ بين النصوص المتناقضة وان لم يصرح المشرع بمثله فيها ما دام قد تناول بالمعالجة والتنظيم في القانون الجديد ما تناوله القانون القديم من موضوع كلا او جزءا لكن باحكام جديدة مختلفة تناقض ما احتواه القانون احكام، فالعقل يحكم ان النسخ لا يترتب على

العام، امر لا مناص من الوقوع فيه ، الامر الذي اوجب خلق مبدأ عام يحقق في ان واحد الترابط بين النصوص القانونية الصادرة عن تلك الهيئات كافة، تجسد في مبدأ تدرج النصوص القانونية الذي يجعل من النظام القانوني في الدولة ، ليس مجرد مجموعة من السنن المترابطة جنباً الى جنب بل هو تركيب تدرجي ، تتنوع سننه ، ووتتوزع على طبقات مختلفة ، موضوعات فوق بعضها البعض ، على نحو يجعل انشاء السنة وبالتالي صحتها محددة بانشاء سنة اخرى ، هي بدورها منشأة بسنة ثالثة ، وهكذا صعوداً لغاية السنة الاساسية التي تعتمد عليها صحة النظام القانوني برمته^(٤).

الشرط الثاني: التضاد في الاحكام : لا بد لثبوت النسخ من قيام التضاد والتناقض بين احكام النصوص بحيث يقتضي كل منها من الاحكام ما يغير ما تقتضيه الاخرى منها على نحو اشتمالها في الوقت عينه على احكام الصحة والبطلان والوجود والعدم والاباحة والتجريم والاثبات والنفي وسواها ما شئت من المتناقضات^(٥).

الشرط الثالث: وحدة الموضوع: ثبوت النسخ بين النصوص رهين بوحدة الموضوع الذي تتولى امر تنظيمه ومعالجته ، اذ لو اختلفت فيه فلا يمكن القول بالنسخ ، لانه عندها سيكون لكل منها موضوعاً للحكم يختلف عن نظيره ، فلا نسخ الا حين تتحد النصوص المتعارضة في الموضوع^(٦).

الشرط الرابع: انعدام التكامل بين الاحكام: ينعدم التناسخ بين النصوص حين يجيء حكم احدهما متضمناً بياناً لحكم القاعدة الاخرى ، كبيان الخاص للعام ، وبيان المقيد

تتناقض أحكامه كليتة مع أحكام ذلك التشريع النافذ مما يوجب القول بنسخ التشريع الجديد لسابقه على وفق قاعدة السبق واللحوق الأزمانى باعتبار أن التشريع الجديد هو المجسد للإرادة المشرع الحاضرة^(٩).

المسألة الخامسة: سبب النسخ

يتجسد سبب نسخ النصوص القانونية المشرعة احكام بعضها البعض الاخر في النقاط الآتية:

النقطة الأولى: التناقض الحاصل بين نصوص القانون الناسخ من وجه والقانون المنسوخ من وجه ثان فيما اشتملا عليه من احكام اذ يجيء كل واحد منهما باحكام قانونية مناقضة لما ياتي به نظيره منها من قبيل النفي والاثبات والحل والحرمة وما اليها من متناقضات الاحكام على الرغم من وحدة الموضوع الذي جاء كل منهما لمعالجته وتنظيمه.^(١٠)

النقطة الثانية: تعذر الجمع بين تلك النصوص المتقابلة والأحكام المتناقضة أو حتى الترجيح بينها بمرجح مقبول قانوناً، اذ لا موجب للقول بوقوع التناسخ بينها ان كان في المقذور المستطاع من الادارة القائمة على تنفيذها او القاضي المكلف بتطبيقها على ما يعرض عليه من خصومات الجمع بين تلك النصوص او الترجيح لحكم على اخر مما اشتملت عليه من احكام^(١١).

وجرياً وراء هذا المنطق المفضي لاقرار وجود التناقض بين النصوص التي يضعها المشرع واستحالة الجمع بينها او الترجيح كان لا بد من القول بالنسخ اي نسخ احدها للاخر حتى يتبين للناس من حكام ومحكومين القانون الواجب التطبيق من سواه بما يقره لهم من حقوق وما يضعه عليهم من موجبات.

فرض وقوعه محال وكل ما هو كذلك يكون جائزا عقلا باعتبار ان حكم القانون اما معلل بالمصالح او معلل بالفلسفة السياسية او الاقتصادية او الاجتماعية للسلطة وما دامت هذه المصلحة وتلك الفلسفة من المتغيرات فان المنطق العقلي يقضي بتغير القوانين تبعاً لما يصيبها من تغير .

المسألة الرابعة: وجوه النسخ

ثبت بالاستقراء أن للنسخ وجهين باعتبار اسلوب المشرع في الدلالة على وقوعه وهذان الوجهان هما :

الوجه الأول : النسخ الصريح

ويقع هذا الضرب من النسخ حين يعبر المشرع عن رغبته صراحة في نسخ قانون مشرع قائم ويقع ذلك منه باحد طريقتين اولهما سن تشريع جديد يقضي فيه صراحة بالنص على نسخ التشريع السابق له وإبطال العمل بما فيه من أحكام كلا أو بعضاً ولهذا الوجه صورتان اولهما إتيان الشارع بأحكام مغايرة لأحكام التشريع المنسوخ لتزل محلها في الأعمال والتطبيق أما ثانيهما فيتجسد في اكتفاء الشارع بوضع حكم فرد يقضي بنسخ التشريع السابق فحسب من دون سن أحكام جديدة بدلا عنها وهو ما جرت عليه سنة المشرع عندنا اذ جرت على ختم ما يضعه من قوانين بإيراد نص يقضي بإلغاء سابقها أو بإلغاء كل نص يتعارض مع أحكامها ، وثانيهما حين يضرب لنفاذ التشريع أجلا معيناً ويقضي بنسخه بانقضائه وانتهاء مدته^(٨).

الوجه الثاني: النسخ الضمني

ويقع حين يسن الشارع من دون أن يصرح فيه بنسخ الأول للثاني انما يكتفي بالإشارة الى رغبته في النسخ من خلال سنه تشريعا جديدا

المطلب الثاني

بيان معنى ثوابت احكام الاسلام وتحديد

شروطها

سنعرض في هذا المطلب لتحديد معنى ثوابت الاسلام وصورها والشروط الواجبة التوافر في الاحكام الاسلامية حتى تضاف الى زمرة الثوابت او ترفع منها تبعا لتوافر تلك الشروط او عدمه وعلى الوجه الاتي:

المسألة الاولى معنى الثوابت^(١٢):

عبارة وضعها المشرع الدستوري مثلها مثل غيرها العبارات من دون ان يكلف نفسه عناء بيان معناها على الرغم من اهمية هذا البيان اذ سكت المشرع الدستوري عما لا يحسن السكوت عنه تاركا الامر عرضة للخلاف على معناها والاختلاف في مدلولها ولعله قد قصد بها على القدر المتيقن منها الدلالة على الاحكام الشرعية الاسلامية الثابتة التي دلت عليها الأدلة القطعية في ثبوتها ودلائلها على المعنى المراد من وراء تشريعها من غير حاجة الى تخصيص او تاويل فهي بهذا المعنى تصدق على كل حكم شرعي لا يداخل مراد المشرع منه ظن او شك او خلاف ولا يسع المخاطبين باحكامه تعديله او تبديله محوه او الزيادة عليه او الانتقاص منه^(١٣).

وجرياً وراء سنة الفقه واهل اصوله يحسن القول ان هذه الاحكام الشرعية تنتظم تبعا لطبيعتها خطابها التشريعي في ثلاثة اقسام هي :

القسم الاول : الاحكام التكليفية

اصطلاح اصولي درج الاغلب الاعم من اصوليين على صرفه الى (خطاب الشارع المقتضي ، طلب الفعل من المكلف او الكف عن

الفعل _ الترك- او التخيير بي فعل الشيء وتركه على حد سواء)^(١٤).

القسم الثاني : الاحكام الوضعية مصطلح اصولي عرف بتعاريف عديدة تكاد تتطابق لفظا ومعنى محورها صرف معناها الى (مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات لانسان او الوقائع الشرعية على وجه الوضع ،اي جعل شيء سببا لشيء اخر او شرطا له او مانعا منه)^(١٥)

القسم الثالث : الاحكام التخييرية

مصطلح جرت عادة الاصوليين على ادخاله تحت مدلول الاحكام التكليفية بالرغم من تنافيه _ باعتباره تخييرا _ مع جوهر التعبير بالاحكام التكليفية مما يجعله قسيما للحكم التكليفي لا قسما منه^(١٦) بدليل اتساقهم على تعريفه بالحكم الذي خير المكلف شرعا بين فعله وتركه من دون ترجيح احدهما على اخر بثواب او عقاب^(١٧).

المسألة الثانية شروط الثوابت : وجرياً وراء ما سلف من بيان يمكن القول انه ثبت بالاستقراء ان كل حكم شرعي من احكام الشريعة الاسلامية لا يدخل تحت لفظ ثوابت احكام الاسلام الا اذا اقترن بشروط هي:

الشرط الاول: شرط قطعية الثبوت : لا يستهل الحكم الشرعي صفة القطعية والثبات ما لم يكن قطعي الثبوت مجزوما بصدوره على وجه اليقين، والثبات سواء ثبت بالنقل المتواتر الذي جاء به جمع من الناس الذين يتعذر اقرار تواطنهم على الكذب او ثبت بصدوره بالعقل القطعي او بالنقل والعقل معا.^(١٨)

الشرط الثاني : شرط قطعية الدلالة: وبالمثل كما يشترط في النص ثبوت وقطعية صدوره فانه يشترط فيه قطعية دلالة على الاحكام

الناس الحاكمة لعلاقتهم بعضهم مع البعض الآخر والقائمة على اساس حرمة الظلم ووجوب العدل وحماية الانفس والاموال والاعراض لا يتصور الا ثباتها وبقائها وعدم تعديلها لثبات المصالح التي قامت لحمايتها .

الشرط الرابع: شرط الاجماع: اجماع سائر المذاهب الاسلامية على قطعيتها ثبوت صدورها وبالمثل قطعيتها دلالتها على الاحكام المستفادة منها^(١٩)، فهي بهذا المعنى من ضرورات الدين التي لا يختلف بشأنها اهله لاجماعهم على النزول عند حكمها واتفاقهم على المراد من وراء سننها كالنصوص التي تكون دلالتها على الاحكام واضحة سواء وردت في القران أو السنة، وجرى الاجماع عليها ومثل هذه الاحكام في الاسلام كثيرة، ومن الشواهد المقامة في هذا المقام على سبيل الدلالة لا على سبيل الحصر الشواهد الاتية التي نضعها بين مزدوجتين: (حرمة المحرمات من النساء^(٢٠))، وجوب الوفاء بالعهود^(٢١)، وجوب كتابة الدين وتوثيقه^(٢٢)، وحرمة القتل^(٢٣)، وحرمة العدوان على المال^(٢٤) وحرمة الخمر والميسر والانصاب والازلام^(٢٥) وحرمة الزنا^(٢٦) ووجوب القصاص في القتل^(٢٧)، وحرمة الربا^(٢٨)، وحرمة البيع، وحرمة الربا^(٢٩).

فسائر هذه الشواهد تجسد احكاما ثابتة قطعيتها دلالتها على وجوب نزول الكافة عند مقتضياتها أمرا كانت أم نهيا.

المبحث الثاني

أساس النسخ في التشريع العراقي وبعض

تطبيقاته

سنخصص هذا المبحث لبيان الاساس القانوني الذي يمكن بناء النسخ الواقع على التشريع عليه ثم نحاول استقراء تطبيقات ذلك النسخ في التشريع العراقي متخذين من

المستفادة منه وعلى نحو يكون معه هذا النص دالا على حكم واحد معين محدد فحسب من دون ان يحتمل حكما آخر سواه او من دون ان يحتاج الى تفسير او تخصيص او تأويل او اجتهاد ما لم يقم دليل معتبر شرعا على خلاف ذلك.^(١٩)

ومثل هذا الأمر يترتب عليه بالضرورة جملة آثار لعلنا لا نجانب الصواب بالقول أن أهمها يكون على وجهين هما:

الوجه الاول: عدم جواز الاجتهاد في هذا النص لان دلالته على الحكم ليست محالا للاجتهاد نزولا عند قاعدة (لا اجتهاد في مورد النص) والمراد بالنص هنا هو النص الخاص قطعي الدلالة على الحكم المراد منه والذي يفهم ويستفاد منه من دون عناء او حاجة لتسير او تأويل او اجتهاد.^(٢٠)

الوجه الثاني: عدم جواز ادخال الاحكام الشرعية ذات الدلالة الظنية في دائرة ثوابت احكام الاسلام باعتبار عدم قطعيتها ووقوع الاختلاف في حجيتها او شروط وموارد تطبيقها وذلك سواء اكانت قطعيتها الثبوت ام لم تكن فهي احكام ظنية صالحة للتفسير والتأويل والاجتهاد والاختلاف فيها وعليها وهو ما يجعلها خارجة عن معنى الثوابت باعتبار ان الثابت لا يصدق الا على النص القطعي في حكمه المانع من الاختلاف فيه.

الشرط الثالث: شرط الدوام والتأبيد: وهو شرط مقتضاه وجوب كون تلك الاحكام من الثوابت التي تتميز بالتأبيد والدوام فلا يلوحها التغيير او التبديل في الزمان او المكان المصلحة التي بينت عليها او الحكمة المرادة منها وذلك لدوام تلك المصلحة والحكمة وعدم تصور تغييرها او تبديلها فالاحكام المنظمة لسلوك

النص اذ حرم سن القوانين المناقضة لثوابت الاسلام بطريق اولي كما حرم سن المتعارض منها معها.

الحكم الرابع : خلعه وصف المصدر الرسمي على الاحكام الاسلامية الثابتة القاطعة بدليل تحريمه سن اي قانون يتعارض معها والقانون من المعلوم اعم من التشريع فهو يصدق على كل قاعدة قانونية ايا كان مصدرها التشريع ام سواه من مصادر القانون الاخرى كالعرف.

ويتجسد سبب النسخ في في التعارض بل التناقض بين نصوص التشريع من جهة وثوابت احكام الشريعة الاسلامية من وجه ثان تعارض لا ينفع معه جمع او ترجيح بين النصوص بل تقرير نسخ ثوابت الشريعة لاحكام التشريع باعتبارها النص الاحدث وفقا لقاعدة السبق واللحوق الزماني.

المطلب الثاني

شواهد النسخ في التشريع العراقي

ثبت لنا باستقراء ما امكن اسقراءه من نصوص التشريعات العراقية النافذة وجود الكثير منها والتي يتصور لحوق النسخ بها ولصعوبة تناولها جميعا فقد آثرنا اخذ عينت منها لتكون موضوع هذا البحث ومصادقا لفكرته وعلى النحو الاتي:

الشاهد الاول : الاحكام المنظمة لمعاملات الانسان المالية وحقه في العمل

نظم المشرع العراقي هذه الاحكام بمنظومة متكاملة من التشريعات المتعددة المختلفة ولعل اهمها القانون المدني ذي الرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ميلادية الذي صدر بارادة ملكية بعد موافقة

مجلسي النواب والاعيان من ١٣٨٣ مادة بعد أن كان قد تم وضعه وصياغة نصوصه واستمداد احكامه من مصدرين هما:

بعض التشريعات امودجا لوقوع النسخ عليها وعلى وفق البيان الاتي:

المطلب الاول

اساس النسخ وسببه

يتجسد اساس النسخ في نص الفقرة ١/اولا /من المادة ٢ من الباب الاول الموسوم بباب المبادئ الاساسية من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ التي قضت (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام).

اذ يفيد تحليل عبارة هذا النص بمنطوقها ومفهومها الدلالة على جملة احكام نسطرها في الاتي من القول :

الحكم الاول : ان النص يدل بمنطوقه الصريح على ان الحكم هنا هو تحريم سن أي قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام بدليل تصدير عبارة النص بالفعل المضارع الموجه الى المخاطب المصدر بحرف (لا) الناهية^(٣١) وهو ما يفيد النهي والتحريم المطلق لتشريع مثل هذا القانون.

الحكم الثاني : وبالمثل يدل النص من باب مفهوم المخالفة على ان الشارع اباح للمشرع سن ما يشاء من قوانين تعارض المتغير من احكام الاسلام^(٣٢)، والمتغير من الاحكام في هذا المقام يتحدد بالاحكام الشرعية الظنية في ثبوتها ودلائلها فله والحال هذه ان يجتهد في نطاقها فحسب فياخذ بها او يعدلها او يستبدل بها غيرها من احكام ليجعلها قانونا مشرعا تبعا لما يقتضيه الصالح العام.

الحكم الثالث: ويستفاد هذا الحكم من المفهوم الموافق للنص او بالاحرى من فحوى عبارته^(٣٣) ومؤداه حرمة سن قانون يناقض الثابت من اجكام الاسلام باعتبار انه اولي بالتحريم من التعارض مع تلك الثوابت وهو ما يدل عليه

ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.

٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

وهو امر لم يعد يستقيم مع نصوص الدستور المحرمة لاي نص يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام لذا نرى نسخ النص بالقدر المتعارض مع احكام هذه الثوابت واعادة صياغة النص على الوجه الاتي:

١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها، شريطة الا تتعارض مع ثوابت احكام الاسلام.

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى ثوابت احكام الاسلام فاذا لم توجد فبمقتضى العرف الموافق لها فإذا لم يوجد فبمقتضى احكام الشريعة الاسلامية الظنية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة غير المخالفة لثوابت الاسلام.

٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية ما لم تخالف ثوابت احكام الاسلام.

المأخذ الثاني: اباحة الربا المشروط ثبت لنا باستقراء نصوص القانون المدني النافذ ان

المصدر الاول: التجارب التي مرت بها دول اخرى سبقت العراق في مجال التشريع المدني، وأخصها مصر وفرنسا.

المصدر الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية التي استمد المشرع منها الكثير من احكام القانون المدني.

ولعل من البداهة القول عند أهل الشرع وأهل القانون أنه بالرغم من ان نصوص القانون المدني قد استقت الكثير من أحكامها من الشريعة الإسلامية إلا أنها في الوقت عينه قد خرجت عن أحكامها في نصوص أخرى كثيرة بعضها خرج على احكام شرعية ظنية وبعضها خرج عن احكام شرعية قطعية وهذه الاحكام الاخيرة الخارجة عن ثوابت الشريعة تتجسد في عدد من الاحكام لعل من اهمها اقرار المشرع لبعض العقود التي تنطوي على فكرة المقامرة او تحمل شبهتها وبالمثل اقراره التعامل بالربا تحت عنوان الفوائد القانونية وهو ما سيكون شاهدنا في هذا البحث باعتبارها من المآخذ التي تؤخذ على المشرع العراقي وعلى النحو الاتي:

المأخذ الاول: تقييد قراءة نص المادة الاولى من الفرع الاول فرع الاحكام العامة من الفصل الاول فصل تطبيق القانون من الباب التمهيدي من القانون المدني النافذ ان المشرع فيه قد قدم حكم التشريع والعرف على مبادئ الشريعة الاسلامية كلها بدليل عموم اللفظ واطلاقه اي باحكامها القطعية منها والظنية، اذ قضى المشرع فيها بالقول (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها).

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر

الموضع الرابع: اباحة الربا قبل الشريك المنتفع من مال الشركة: يتجلى بحكم اباحة الربا الذي جاء به نص الاولى من المادة (٦٤٢) من القانون المدني النافذ على الرغم من ألغائها بقولها (إذا أخذ الشريك مبلغا من مال الشركة أو احتجزه لزمته فوائده هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه دون حاجة الى انذار وذلك من غير اخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء).

هذا كله على الرغم من ان حرمة الربا في الاسلام تعد من ثوابت الاحكام وقطعياتها ولبيان هذا الامر واستجلائه بصورة اوضح نحاول بيان الامر ببيان حكم الربا في الاسلام بالقول في أمرين هما:

الامر الاول: معنى الربا: الربا اصطلاح شرعي يفيد عند اهل الدين الدلالة على الزيادة المالية التي يتحصل عليها الدائن من مدينه على رأس ماله مندون عوض مشروع.^(٣٤)

والربا كما هو معلوم بالضرورة للكافة من الحرام المطلق بنص الكتاب والسنة والاجماع اذ لا خلاف بين المسلمين في أن حكم الربا هو الحرمة.

الامر الثاني: ادلة تحريم الربا: وسنكتفي هنا أن نكون مع ما جاء من ذلك في القرآن الكريم من الآيات النازلة في تحريم الربا ومنها:

الدليل الاول - قوله جل جلاله (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ

المشروع فيه اباح الربا تحت مسمى الفائدة القانونية في اربعة مواضع هذا بيانها:

الموضع الاول: اباحة الربا قبل المدين المتأخر في الوفاء:

يتجسد حكم اباحة الربا في هذا الموضع في نص المادة (١٧١) من القانون المدني النافذ التي قضى المشروع فيها بهذا الحكم بقوله (إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائده القانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها. وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره)، وعليه بالمثل فوائده ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت إعداره.

الموضع الثاني: اباحة الربا قبل الوكيل الذي استعمل مال موكله لصالح نفسه: يتمثل هذا الموضع بحكم اباحة الربا الذي جاء به نص المادة (٩٣٧) بقوله (ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه وعليه فوائده المبالغ التي أستخدمها لصالحه من وقت استخدامها).

الموضع الثالث: اباحة الربا قبل المشتري: يتبين هذا الامر بحكم اباحة الربا الذي جاء به نص الفقرة الأولى من المادة (٥٧٢) من القانون المدني النافذ بقولها (لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الاداء الا اذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى وذلك ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغيره).

ولكن ماهو حكم الميسر في المقامرة والرهان في الاسلام؟

لعل من البداهة القول ان حرمة الميسر في الاسلام تعد من ثوابت احكام الاسلام التي اجمعت عليها سائر المذاهب مصداقا لقوله تعالى (يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون)^(٣٩).

وجريا وراء هذا المنطق وظهور التناقض القائم بين النص القانوني والنص الشرعي يكون من البداهة القول بنسخ النص الشرعي لنظيره القانوني لاستحالة الجمع والتوفيق بينها من وجه ولما بينهما من تناقض ظاهر من وجه ثان.

وزيادة على ما سلف من نصوص حفل بها القانون المدني فلنا ان نستشهد بشواهد اخرى ضمها التشريع في العراق ومنها :

الشاهد الثاني : الاحكام المنظمة لحق الانسان في تكوين الاسرة.

تولى المشرع العراقي هذا الحق وما يستتبعه من آثار في قانون الاحوال الشخصية ذي الرقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ النافذ في ٣٠ كانون الاول من سنة ١٩٥٩ والذي نشر في الوقائع العراقية بعددها (٢٨٠) في سنتها الثانية من مقدمة وثمانية ابواب اذ عرضت المقدمة لبيان الاحكام العامة فيما نظم الباب الاول منه شؤون الخطبة والزواج والثاني افصح عن المحرمات من النساء وحكم زواج الكتابيات وخص الثالث منه بامر تنظيم الحقوق الزوجية وعالج في الباب الرابع انحلال عقد الزواج واتبعه بمعالجة امر العدة في الباب الخامس وقصر السادس على معالجة الولادة واثارها والسابع عن نفقة الاصول والفروع والاقارب واخيرا عقد الباب الثامن لتنظيم امر الوصاية.

وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ^(٣٥).

الدليل الثاني - قوله عز من قائل (يَمَحَقُ اللَّهُ الرَّبَّاءَ وَيُرِيي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ)^(٣٦).

الدليل الثالث - (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ)^(٣٧).

وظاهر للعيان مدى التناقض الواقع بين حكم القانون في الربا وحكمه في الاسلام فحكمهما فيه على طريفي نقيض عند اولها الحلال وعند ثانيهما الحرام ورفع هذا التناقض لا يكون الا بالقول بنسخ حكم القانون بحكم الشريعة اعمالا للنص الدستوري الحاكم بعدم جواز سن قانون يتعارض مع احكام الاسلام الثابتة.

المأخذ الثالث : اباحة الميسر في المقامرة والرهان : ثبت لنا باستقراء احكام القانون المدني اباحة المشرع فيه المقامرة والرهان شريطة ان يكون من النوع الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا في الالعاب الرياضية واوراق النصيب اذ قضت الفقرتين الاولى والثانية من المادة ٩٧٦ من الفصل الاول الموسوم بفصل المقامرة و الرهان من الباب الرابع المعروف بباب العقود الاحتمالية من القانون المدني النافذ اباحة الميسر والرهان في المباريات الرياضية واليانصيب استثناء من تحريمها لاتفاقات المقامرة والرهان في المادة ٩٧٥^(٣٨) بقولها الصريح (١- يستثنى من احكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا في الالعاب الرياضية.....٢- ويستثنى ايضا ما رخص فيه من اوراق النصيب).

يشير الى غير ذلك باعتبار أن عبارة (لا يجوز) الواردة في النص تفيد النهي المقتضي للتحريم.

المخالفة الثالثة: تحريم المرأة الثانية على زوجها ما دام القاضي لم ياذن له بالزواج منها اذ جعل المشرع من (الزواج باكثر من واحدة دون اذان القاضي)^(٤١) سببا من اسباب التحريم خلافا لثوابت الشرع التي بينت المحرمات من النساء على وجه الحصر مما لا يكون معه لاحد ان يزيد عليها او ينقص منها .

المخالفة الرابعة: لم يكتف المشرع بما سبق من احكام انما جرم مخالفتها وسن لها العقاب من دون موجب مما يفيد حتما خروجه عن ثابت التعدد الشرعي بقوله بعد عرضه ما سلف من احكام (كل من اجري عقدا خلافا لما تقدم يعاقب بالحبس مدة عام او بغرامة قدرها مئة دينار).^(٤٢)

وخلاصة القول هو بطلان هذا النص ونسخه لخروجه عن ثوابت احكام الاسلام باعتبار انه تقييد وتحريم وتجريم لما أباحه الله من غير ضرورة، اذ ان من حق الزوجة ان تضرت بوجود زوجة أخرى أن تطلب الطلاق او الفرقة ان كان قصد المشرع من النص هذا انصافها ورعاية جانبها.

الموضع الثاني: ابطال طلاق المريض مرض الموت

قضى الشارع في الفقرة ٢ من المادة ٣٥ من قانون الاحوال الشخصية النافذ بعدم وقوع طلاق (المريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة.....) خلافا لاجماع المذاهب الاسلامية التي افتت بوقوعه صحيحا ووراثتها له بالرغم من انفصال عرى الرابطة الزوجية بهذا

الموضع الاول : تقييد المباح الثابت في الشريعة وتحريمه والعقاب عليه :

يفيد تحليل نص الفقرات الرابعة والخامسة والسادسة من المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية النافذ المنظمة لامر تعدد زوجات ان المشرع فيها قد خرج عن ثابت من ثوابت احكام الاسلام والمتجسد في اباحة تعدد الزوجات من دون قيد او شرط مصداقا لقوله تعالى (وان خفتم الا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة) اذ ان هذا المشرع خالف هذا الثابت غير مرة ومنها :

المخالفة الاولى : تقييد التعدد ورهنه باذن القاضي الذي لا يمنح الا بشرطي الكفاية المالية والمصلحة المشروعة بقوله (لا يجوز الزواج باكثر من واحدة الا باذن القاضي ويشترط لاعطاء الاذن تحقق الشرطين التاليين:

أ-ان تكون للزوج كفاية مالية لاعالة اكثر من زوجة واحدة.

ب-ان تكون هنالك مصلحة مشروعة.) وهو خروج صريح عن حكم الثابت الشرعي القاضي بالاباحة غير المقيدة بهذا الاذن.

المخالفة الثانية: تحريم التعدد عند الخوف من عدم العدل بين الزوجات وعهد امر التثبت منه لا الى اولى الشان ذاتهم بل الى القاضي وفي هذا الحكم قضى المشرع بقوله (اذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي)^(٤٣) وهو حكم مثل سالفه مخالف لثابت الحكم الشرعي اذ ان الاخير لم يحرم على الزوج التعدد عند الخوف من عدم العدل بل اباحه له ونصح به بواحدة عند وجود مثل ذلك الخوف او الخشية وان كان الواقع

الامر الثاني: وجوب النسخ

لعل من البداهة القول ان التناقض الحاصل بين تلك النصوص وما حوته من أحكام يوجب اثار مهمة لعل اهمها:
الاثار الاول: استحالة الجمع بينها في العمل أو الترجيح بينها بمسوغ مقبول لتعذر اجتماع الاضداد في وقت واحد كما يقول المناطقة من اهل المنطق .

الاثار الثاني: يفضي القول بالتناقض واستحالة الجمع والترجيح بين النصوص المتناقضة بالضرورة الحتمية إلى تقرير وقوع النسخ بينها على اساس قاعدة السبق واللحق الزمني اذ بها ينسخ النص اللاحق النص السابق له ولما كان النص الدستوري هو نص لاحق على نصوص القانون فهو بهذا الاعتبار ناسخ لأحكامها حتما هذا من وجه ومن وجه ثان فان النسخ واقع بالتصريح كما هو واقع بالتضمن ودليل ذلك أن المشرع الدستوري عينه قد قضى ببطلان كل قانون مخالف له والقانون المخالف للشريعة هو بالطبع مخالف للدستور باعتبار أن الدستور قضى بحرمة تشريع أي قانون يخالف ثوابت الإسلام كما جاء في المادة ١٣ من الدستور ذاته، مما يعني أن النسخ واقع في التشريع العراقي بكلتا صورتيه الصريح منها والضمني.

ثانيا: التوصيات :

التوصية الاولى: وجوب حصر النصوص التشريعية النافذة المخالفة لثوابت الاسلام في النظام القانوني العراقي حصرا تاما سواء اكانت تلك النصوص مشرعة قبل وضع دستور عام ٢٠٠٥ أم بعد وضعه.

التوصية الثانية: تشكيل لجنة مختصة من فقهاء القانون واهل الشريعة ورجال القضاء

الطلاق على اختلاف فيما بينها في شروط التوريث. (٤٣).

الموضع الثالث: ميراث البنات

قضى المشرع في الفقرة الثانية من المادة ٩١ من قانون الاحوال الشخصية النافذ باستحقاق البنات او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الاخر نصيبهم منها وتستحق التركة كاملة عند عدم وجود اي منهم وهو خلاف ما اتفق عليه الاغلب الاعم من فقهاء الشريعة على اختلاف مذاهبهم (٤٤).

هذا نزر يسير من احكام التشريع العراقي التي خرج فيها على ثوابت احكام الاسلام خروجا يقدر في مشروعيتها تلك الاحكام ويسبغ عليها وصف عدم الدستورية باعتبار ان خروجها على تلك الثوابت الشرعية يشكل مخالفة دستورية في ظل دستور ٢٠٠٥ النافذ في جمهورية العراق.

الخاتمة

هذا وقد خالص البحث في ضوء معطياته الى مجموعة من النتائج والتوصيات نضع لها كشافا رمزيا وعلى النحو الاتي :

أولا: النتائج :

ويمكن لنا جمعها في الامرين الاتيين:

الامر الاول : ثبوت التناقض

ثبوت وجود التناقض بين نصوص التشريع بمختلف فروعها سيما ما تصدى البحث له وثوابت احكام الشريعة الاسلامية فما تحله نصوص القانون محرم فيها والثابت فيها منفي في احكام تلك النصوص اي ان العلاقة بينهما من قبيل علاقة الاضداد بعضها ببعض.

تتولى حصر النصوص السابقة وجمعها ورفعها للسلطات المختصة .

التوصية الثالثة: رفع التناقض الواقع بين احكام التشريع وثوابت احكام الاسلام التي تم حصرها سابقا لعدم جواز بقائها في النظام القانوني العراقي باعتبار عدم دستوريته ويكون ذلك بتشريع يصدر مجلس النواب ينقي النظام القانوني من تلك الاحكام بنسخها او الغائها او تعديلها بما يوافق ثوابت احكام الاسلام.

الهوامش:

١- النسخ هو اللفظ الاثير عند اهل الشريعة في هذا المقام ويردون به على الاجمال رفع الشارع حكما شرعيا بدليل شرعي آخر فله أن يحرم الشيء اليوم ويحلله غدا حسب ما سبق في علمه الأزلي من المصالح الناتجة عن النسخ وتبديل الأحكام، ينظر في ذلك الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم، للقاضي أبو بكر المعروف بـ "ابن العربي"، ط١، منشورات محمد علي بيضون - دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧ م، ص ٣، ومثله كتاب الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم، لأبي جعفر محمد بن أحمد بن اسماعيل المعروف بـ "النحاس"، ط٢، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م، ص ١١-١٢.

هذا في حين جرت سنة اهل القانون على استعمال اصطلاح الالغاء عوضا عن النسخ في هذا المقام انظر في مثل هذه التعاريف د. سعيد عبد الكريم مبارك، اصول القانون، ط ١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢، ص (١٦٣)، د عبد الرحمن البزاز، مبادئ اصول القانون، ط ٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨، ص ٢٨٥.

(٢) انظر في تدرج النصوص القانونية على وجه العموم - د. سامي جمال الدين - تدرج النصوص القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٧٧.

(٣) ينظر حكم محكمة النقض المصرية في ١٨/١٢/١٦٦/نقض مدني/٢٥/مايو/١٩٦٧، المنشور في مجموعة الاحكام الصادرة عنها، السنة ١٨، العدد ٣، ١٩٦٧، ص ١١٢٢.

(٤) انظر - هانز كلسن - النظرية المحضة في القانون

- ترجمة اكرم الوتري - مركز البحوث القانونية - بغداد - ١٩٨٦ - ص ١١٧.

(٥) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية ص ٣١٣.

(٦) د عبد الرحمن البزاز، مبادئ اصول القانون، ط ٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨، ص ٢٨٥. د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - ط ٦ - ١٩٨٧ - ص ٢٢٩/١.

(٧) انظر - د. زياد حمد عباس - التعارض بين النصوص وطرق رفعه في ضوء اصول الفقه الاسلامي - اطروحة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، - بغداد - ٢٠٠١ - ص ٢٠٠.

٨- انظر د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، ص ١٤٥-١٤٩.

٩- انظر د. عبد الله مصطفى، علم اصول القانون، ط ١، شركة الفكر للتصميم والطباعة، بغداد، ١٩٩٥، ص ١٨٤-١٨٥.

١٠- انظر في معنى التناقض وصوره د. مصطفى ابراهيم الزلي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٧، ص ٨٤-٨٥.

١١- انظر د. عبد الودود يحيى، دنعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، ط ١، جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٣٥.

(١٢) الثوابت في اللغة جمع ثابت والثابت مصدر مشتق من الفعل ثبت يفيد بالاستقراء الدلالة على معاني وصفات الدائم، المستقر، الملازم للشيء، المستمر، غير الزائل انظر في ذلك ابن منظور، لسان العرب، ج ١، ص ٤٦٧، محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، ص ٦١.

(١٣) الحكم اصطلاح شرعي تواضع اهل الفقه والاصول على استخدامه ويقابله اصطلاح القاعدة القانونية عند اهل القانون انظر ا.د. صلاح الدين الناهي في كتابه نصوص قانونية وشرعية، الطبعة الثانية، مطبعة الايمان، بغداد، ١٩٧١، ص ١٠-١١.

(١٤) الشيخ عمر عبدالله، سلم الوصول لعلم الاصول، مؤسسة المطبوعات الحديثة، ١٩٥٩ م، ص ٣٢.

(١٥) ا.د. مصطفى ابراهيم الزلي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، الطبعة الخامسة عشرة، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ٢٣٦.

(١٦) سيف الدين علي بن محمد الامدي في كتابه الاحكام في اصول الاحكام، الجزء الاول، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ١٣٥٧ هـ، ص ١١٤-١١٥، محمد تقى محمد سعيد الحكيم، الاصول العامة للفقه المقارن، الطبعة الاولى، دار الاندلس، بيروت، ١٩٦٣ م، ص ٥٧-٥٨.

(١٧) ابن د. صلاح الدين الناهي في كتابه نصوص قانونية وشرعية، الطبعة الثانية، مطبعة الايمان، بغداد، ١٩٧١، ص ١٠-١١.

(١٨) د. مصطفى ابراهيم الزلي، مرجع سابق، ص ٤٣٦-٤٣٧.

(١٩) عدنان البكاء، في كتابه الحكم والحق بين الفقهاء والاصوليين، الطبعة الاولى، مطبعة الغري الحديثة، النجف، ١٩٧٦، ص ١٤٣.

(٢٠) ينظر للمزيد في هذه القاعده د. أحمد ياسين الضراة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، الاكاديميون للنشر والتوزيع، ص ٣٢٥-٣٣٠.

(٢١) يعد الاجماع من مصادر الاحكام الرئيسية في الاسلام بجميع مذاهبه، انظر في ذلك محمد بن علي الشوكاني في كتابه ارشاد الفحول الى تحقيق الحق في علم الاصول، ط١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٣٧، ص ٨٨، شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي في كتابه شرح تنقيح الفصول في إختصار المحصول، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٣، ٣٢٢، جمال الدين الحسن بن يوسف الحلبي في كتابه مبادئ الوصول الى علم الاصول، ط١، مطبعة الاداب، النجف، ١٩٧٠، ص ١٩٠، علي بن احمد بن حزم الظاهري في كتابه الاحكام في اصول الاحكام، ط١، مكتبة الخانجي، مصر، ١٣٤٥، ص ٦٤١/١، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني المعروف بامام الحرمين في كتابه البرهان في اصول الفقه، ط١، دار الانتصار، القاهرة، ١٤٠٠، علاء الدين السمرقندي في كتابه ميزان الوصول في نتائج العقول، ط١، مطبعة الخلود، بغداد، ١٩٨٧.

(٢٢) (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخْوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ) سورة النساء الآية ٢٣.

(٢٣) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) سورة المائدة: الآية ١

(٢٤) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ آجَلٍ مَّسْمُومٍ فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٢٥) (وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) سورة الاسراء الآية ٣٣.

(٢٦) (وَالسَّارِقِ وَالسَّارِقَةِ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) سورة المائدة الآية ٣٨.

(٢٧) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) سورة المائدة الآية ٩٠.

(٢٨) (وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ❖ يَضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا ❖ إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ❖ وَمَنْ تَابَ وَعَمِلَ صَالِحًا فَإِنَّهُ يَتُوبُ إِلَى اللَّهِ مَتَابًا) سورة الفرقان الايات ٦٨-٧١.

(٢٩) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٣٠) (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَخْبِطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) يَمَحِقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ) سورة البقرة الايات ٢٧٥-٢٧٦.

(٣١) (لا) وتعرف عند اهل اللغة بالنهاية وهي من أدوات جزم الفعل المضارع، وصيغتها (لا تفعل)، وهذه الصيغة هي حقيقة في التحريم، بمعنى أنها تفيد تحريم الفعل المنهي عنه على وجه الحتم فهي تفيد التحريم والنهي والمنع وهي كثيرة الاستعمال في القرآن الكريم للدلالة على النهي والتحريم ينظر محمد عبد الخالق عضيمة، دراسات لاسلوب القرآن الكريم، القسم الاول، الجزء الثاني، دار الحديث، القاهرة، ص ٥٢٣-٥٣٥.

(٣٢) انظر في المتغير هزاع الحوالي، محاولات التجديد في اصول الفقه، ص ٦٠٥، عابد السيفاني، الثبات والشمول، ص ٤٤٨.

(٣٣) ينظر في المفصود بمفهوم الموافقة او ما يعرف بدلالة النص او فحوى الكلام د.عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مؤسسة قرطبة، ١٩٨٧، ص ٣٦١-٣٦٣.

(٣٤) انظر للمزيد في ذلك د. سعيد بن وهف القحطاني، الربا اضراره واثاره في ضوء الكتاب والسنة، الجزء الاول، مطبعة سفير- الرياض.

(٣٥) الآية ٢٧٤، من سورة البقرة.

(٣٦) الآية ٢٧٦، من سورة البقرة.

(٣٧) الآية ٢٧٤، من سورة البقرة.

(٣٨) اذ نصت هذه المادة على (١-يقع باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة او رهان.....).

(٣٩) الآية ٩٠ من سورة المائدة.

(٤٠) انظر الفقرة ٥ من المادة ٣ من قانون الاحوال الشخصية النافذ.

(٤١) انظر المادة ١٣ من قانون الاحوال الشخصية النافذ.

(٤٢) انظر الفقرة ٦ من المادة ٣ من القانون ذاته.

- ١٠- ا.د. صلاح الدين الناهي، في كتابه نصوص قانونية وشرعية، ط ٢، مطبعة الايمان، بغداد، ١٩٧١.
- ١١- د. عبد الله مصطفى، علم اصول القانون، ط ١، شركة الفكر للتصميم والطباعة، بغداد، ١٩٩٥.
- ١٢- د. عبد الودود يحيى، د. نعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، ط ١، جامعة القاهرة، ١٩٩٥.
- ١٣- عدنان البكاء، في كتابه الحكم والحق بين الفقهاء والاصوليين، ط ١، مطبعة الغري الحديثة، النجف، ١٩٧٦.
- ١٤- د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ اصول القانون، ط ٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨.
- ١٥- علاء الدين خروفه شرح قانون الاحوال الشخصية، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٢.
- ١٦- عمر عبدالله، سلم الوصول لعلم الاصول، مؤسسة المطبوعات الحديثة، ١٩٥٩.
- ١٧- محمد تقى محمد سعيد الحكيم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ط ١، دار الاندلس، بيروت، ١٩٦٣.
- ١٨- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، بدون سنة او مكان طبع.
- ١٩- ا.د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسجه الجديد، الطبعة الخامسة عشرة، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ٢٠٠٢.
- ٢٠- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الصلوة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٧.

- (٤٣) انظر في عرض هذه الآراء مثلاً علاء الدين خروفه شرح قانون الاحوال الشخصية، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٢، ص ٤٤٤-٤٤٦.
- (٤٤) انظر في هذه الآراء د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، بدون سنة او مكان طبع، ص ٣٤-٣٥.

المراجع

- ١- ابن منظور محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، ج ١، دار لسان العرب، بيروت، ١٩٧٠.
- ٢- د. توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية، ط ٢، مكتبة مكاوي، بيروت، ١٩٧٥.
- ٣- د. جميل الشرقاوي، دروس في اصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢.
- ٤- د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، ١٩٨٢.
- ٥- د. زياد حمد عباس - التعارض بين النصوص وطرق رفعه في ضوء اصول الفقه الاسلامي - اطروحة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة النهدين، - بغداد - ٢٠٠١.
- ٦- د. سامي جمال الدين - تدرج النصوص القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٧٧.
- ٧- د. سعيد عبد الكريم مبارك، اصول القانون، ط ١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢.
- ٨- د. سليمان مرقس - الواي في شرح القانون المدني - ط ٦ - ١٩٨٧ - .
- ٩- سيف الدين علي بن محمد الامدي، في كتابه الاحكام في اصول الاحكام، الجزء الاول، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ٥١٣٥٧.