مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: نسخ التشريع بالثابت من أحكام الإسلام (قراءة في ظلال دستور جمهورية العراق لعام 2005)
اسم الكاتب: د. وليد مرزة المخزومي
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/library/683
تاريخ الاسترداد: 2026/11/22 18:54 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

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

الدكتور وليد مرزة المخزومي
استاذ القانون العام المساعد
كلية القانون
جامعة بغداد
البريد الالكتروني
رقم الهاتف

DR.walleed. m.almakzomy
Assistant Professor of Public Law
COLLAGE OF LAW
BAGHDAD UNIVERSITY
alarindas@yahoo.com
07812396528

الملخص:

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 ا لقضاءعند 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 .

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

applying these texts and implementing their provisions.ف

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 اقيلمها 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.

أولا : 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 الإعمال 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

تنبع 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 .

ثالثاً:أهداف البحث

يهدف البحث من خلال هذه المحاولة المتواضعة أساسا 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 تحريما قاطعا سن اي تشريع يتعارض مع ثوابت الاسلام وذلك كله على وفق ما جاءت به النصوص وما جرت عليه سيرة القضاءعند تطبيقه لتلك النصوص وتنفيذها لأحكامها.

الهدف الثاني: استظهار معنى التعارض الحاصل بين النص الدستوري المحرم للتشريع المخالف لثوابت الاسلام ونصوص التشريع النافذة حاليا 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 ألاساس القانوني لهذا التعارض ومواضع منشئه في النظام القانوني العراقي.

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

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 تبعا لمدى توافق هذا النص معها او خروجه عنها .

رابعاً: مسائل البحث

يرتكز هذا البحث إلى جملة من الفرضيات الرئيسة الآتية:

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

المسألة الثانية:وجوب تعيين الأسباب الموجبة لقيام النسخ بحق النص القانوني تعيينا واضحا نافيا للجهالة .

المسألة الثالثة:وجوب تعديل أحكام التشريع بمختلف فروعه التي تحوي نصوصا 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 فأننا 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 أولا وعرض نصوص التشريع العراقي النافذ عليها ثانيا للتحقق من مدى تعارض أو تناقض تلك النصوص مع تلك الثوابت وصولا الى تقرير التعارض او التناقض ومحاولة رفعه وذلك

كله من خلال منهج تحليل النصوص ومقارنة بعضها بالبعض الاخر.

ولتحقيق غاية هذا البحث واهدافه وما تيسر لنا من ادوات بحثية ومراجع سنتبع خطة تقوم على مبحثين اولهما مبحث نظري يشكل مدخلا اساسا لموضوع هذا البحث نعرض فيه للنسخ تفصيلا ولثوابت الاسلام تحقيقا وثانيهما مبحث تطبيقي عملي نخوض فيه في اساس النسخ في القانون العراقي وابرز تطبيقاته التي نجدها محققة لغاية البحث وعلى النحو الاتي:

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 الاسلام وشروط تحققها في الاحكام على تعددها واختلافها وشواهدها الحية من جهة ثانية وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول: في معنى النسخ وبيان شروطه ووجوهه

نعرض في هذا المطلب –بالقدر الذي نجده مفيدا لبحثنا - التعرض في معنى النسخ والشروط الواجبة لتحققه وحكمه ووجوهه وسبب وقوعه في التشريع وذلك على خمس مسائل وفقا للبيان الاتي:

المسألة الاولى : معنى النسخ

عرف لفظ النسخ اصطلاحا 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 بآخر لاحق عليه حقيقة أو حكما كلا أو جزءً لمصلحة اقتضاها المشرع في هذا الشأن [١] .

المسألة الثانية: شروط النسخ

هذا ولا محل للقول بوقوع النسخ بين النصوص المتناقضة الا اذا استوفت الشروط الاتية:

الشرط الاول : التساوي بين النصوص المتعارضة : يشترط لثبوت النسخ بين النصوص ، ثبوت تساويها في القوة الملزمة ، وتكافؤها في الالزام ، بان تكون تلك النصوص على المستوى ذاته في مجال المدارج القانونية كان تكون كلها ذات طبيعة دستورية او تشريعية عادية ، او تنظيمية لائحية وذلك باعتبار ان النصوص القانونية المشكلة للبنيان القانوني للدولة ، تتدرج فيما بينها من حيث القوة والالزام ، بدءاً بالقمة حيث الدستور وحتى اخر قاعدة قانونية في ذلك البناء [٢]، ومن ثمة فلا تعارض بين قاعدة عليا واخرى دنيا لعدم تكافئها في القوة الالزامية ، حيث تهمل الدنيا بالعليا او تلغى بها ولا يكون للنسخ محل الا اذا تساوت النصوص المتنازعة في القوة القانونية وهو امر يستلزم القول (ان التشريع لا يلغى الا بتشريع لاحق مماثل له ،فلا يجوز لسلطة ادنى في مدارج التشريع ان تلغي او تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة اعلى ،او ان تضيف اليها احكاما جديدة الا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا او القانون) [٣].

والحكمة من هذا التدرج من حيث النفاذ ، وقوة الالزام ، واضحة جلية ، اذ ان صنع النصوص القانونية ، لا يقتصر على هيئة واحدة في الدولة ، مما يجعل وقوع التعارض بين هذه النصوص الصادرة عن الهيئات

العامة، 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 المتراصة جنباً الى جنب بل هو تركيب تدرجي ، تتنوع سننه ، ووتتوزع على طبقات مختلفة ، موضوعة 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 والتنافي بين احكام النصوص بحيث يقتضي كل منها من الاحكام ما يغاير 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 موضوعً 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 احداهما متضمناً بياناً لحكم القاعدة الاخرى ، كبيان الخاص للعام ، وبيان المقيد 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 الناسخ عن المنسوخ:لا محل للقول بالنسخ بين النصوص المتعارضة الا اذا تراخى النص الناسخ في صدوره عن النص المنسوخ تراخيا زمانيا بصرف النظر عن طول او قصر زمنه[٧].

المسألة الثالثة : حكم النسخ واساسه

لعل من البداهة 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 الناسخ وترك العمل بالقانون المنسوخ **ودليل مثل هذا** الحكم انما يتجسد في امرين هما:

النص:القاضي بالنسخ صراحة او ظمنا اذ جرت سنة المشرعين على تضمين ما يشرعونه من قوانين نصا يقضي بنسخ القانون الجديد للقانون القديم على وجه الخصوص تارة وبنسخ 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

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 تبعا 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 طريقين اولهما سن تشريع جديد يقضي فيه صراحة بالنص على نسخ التشريع السابق له وإبطال العمل بما فيه من أحكام كلا أو بعضا ولهذا الوجه صورتان أولهما إتيان الشارع بأحكام مغايرة لأحكام التشريع المنسوخ لتنزل محلها في الإعمال 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 معينا ويقضي بنسخه بانقضائه وانتهاء مدته[٨].

الوجه الثاني :النسخ الضمني

ويقع حين يسن الشارع من دون أن يصرح فيه بنسخ الأول للثاني انما يكتفي بالاشارة الى رغبته في النسخ من خلال سنه تشريعا جديدا تتناقض أحكامه كلية مع أحكام ذلك التشريع النافذ مما يوجب القول بنسخ التشريع الجديد لسابقه على وفق قاعدة السبق واللحوق ألزماني باعتبار أن التشريع الجديد هو المجسد للإرادة املشرع الحاضرة[٩].

المسالة 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 قانونا، اذ لا موجب للقول بوقوع التناسخ بينها ان كان في المقدور المستطاع من الادارة القائمة على تنفيذها او القاضي المكلف بتطبيقها على ما يعرض عليه من خصومات الجمع بين تلك النصوص اوالترجيح 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 لابد 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.

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 الادلة القطعية في ثبوتها ودلالتها 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 لطبيعة خطابها التشريعي في ثلاثة اقسام هي :

القسم الاول : الاحكام التكليفية

اصطلاح اصولي درج الاغلب الاعم من الاصوليين 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 اتفاقهم 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 الثبوب مجزوما بصدوره على وجه اليقين، والثبات سواء ثبت بالنقل المتواتر الذي جاء به جمع من الناس الذين يتعذر اقرار تواطئهم على الكذب او ثبت صدوره بالعقل القطعي او بالنقل والعقل معا.[١٨]

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

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 تاؤيل 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 اهمها يكون على وجهين هما:

الوجه الاول: عدم جواز الاجتهاد في هذا النص لان دلالته على الحكم ليست محلا 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 قطعية الثبوت ام لم تكن فهي احكام ظنية صالحة للتفسير والتاؤيل 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 بالتابيد 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 تغيرها او تبدلها فالاحكام المنظمة لسلوك الناس الحاكمة لعلاقاتهم بعضهم مع البعض الاخر 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 قطعية ثبوت صدورها وبالمثل قطعية دلالتها على الاحكام المستفادة منها[٢١] ، فهي بهذا المعنى من ضرورات الدين التي لا يختلف بشانها اهله لاجماعهم على النزول عند حكمها واتفاقهم على المراد من وراء سنها 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[٢٢] ،وجوب الوفاء بالعهود[٢٣] ، وجوب كتابة الدين وتوثيقه[٢٤] ، وحرمة القتل[٢٥] ، وحرمة العدوان على المال[٢٦] وحرمة الخمر والميسر والانصاب والازلام[٢٧] وحرمة الزنا[٢٨] ووجوب القصاص في القتلى[٢٩] ، ، وحلية البيع ،وحرمة الربا[٣٠]).

فسائر هذه الشواهد تجسد احكاما ثابتة قطعية الدلالة 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

بعض التشريعات انموذجا 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 المبادىء 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] وهوما 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 ودلالتها 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 اولى بالتحريم من التعارض مع تلك الثوابت وهو ما يدل عليه النص اذ حرم سن القوانين المناقضة لثوابت الاسلام بطريق اولى 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 عينة منها لتكون موضوع هذا البحث ومصداقا 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:

المصدر الاول : التجارب التي مرت بها دول أخرى 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 : تفيد 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 مبادى 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 قواعد العدالة.

٣ – وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه 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 التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة غير المخالفة لثوابت الاسلام.

٣ – وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه 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 ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.

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

الموضع الاول: اباحة الربا قبل المدين المتاخر في الوفاء:

يتجسد حكم اباحة الربا في هذا الموضع في نص المادة (١٧١) من القانون المدني النافذ التي قضى المشرع 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 فوائد قانونية قدرها أربعة 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 مالم ينص القانون على غيره)،وعليه بالمثل فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت إعذاره.

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 فوائد 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 مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغيره).

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 (اذا أخذ الشريك مبلغا من مال الشركة أو احتجزه لزمته فوائد 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 لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُواْ إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ

وَأَمْرُهُ إِلَى اللّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ)[٣٥].

الدليل الثاني - قوله عز من قائل (يَمْحَقُ اللّهُ الْرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللّهُ لايُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ)[٣٦].

الدليل الثالث - (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُواْ اللّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ)[٣٧].

وظاهر للعيان مدى التناقض الواقع بين حكم القانون في الربا وحكمه في الاسلام فحكمهما فيه على طرفي 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 .).

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 اوالتوفيق 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.

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 اوشرط مصداقا لقوله تعالى (وان خفتم الا تقسطو في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة) اذ إن هذا المشرع خالف هذا الثابت غير مرة ومنها :

المخالفة الاولى : تقييد التعدد ورهنه باذن القاضي الذي لايمنح 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 اولي الشان ذاتهم بل الى القاضي وفي هذا الحكم قضى المشرع بقوله (اذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي)[٤٠] وهو حكم مثل سالفه مخالف لثابت الحكم الشرعي اذ ان الاخير لم يحرم على الزوج التعدد عند الخوف من عدم العدل بل اباحه له ونصحه بواحدة عند وجود مثل ذلك الخوف او الخشية وان كان الواقع يشير الى غير ذلك بأعتبار 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 لايكون 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 اجرى 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 إن تضررت 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

الطلاق على اختلاف فيما بينها في شروط التوريث.[٤٣].

الموضع الثالث: ميراث البنت

قضى المشرع في الفقرة الثانية من المادة ٩١ من قانون الاحوال الشخصية النافذ باستحقاق البنت 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 يقدح في مشروعية 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 خلص البحث في ضوء معطياته الى مجموعة من النتائج والتوصيات نضع لها كشفا رمزيا وعلى النحو الاتي :

أولا:النتائج :

ويمكن لنا جمعها قي الامرين الاتيين:

الامر الاول : ثبوت التناقض

ثبوت وجود التناقض بين نصوص التشريع بمختلف فروعه 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.

الامر الثاني :وجوب النسخ

لعل من البداهة القول ان التناقض الحاصل بين تلك النصوص وما حوته من أحكام يوجب اثار مهمة لعل اهمها:

الاثر الاول :استحالة الجمع بينها في العمل أو الترجيح بينها بمسوغ مقبول لتعذر اجتماع الاضداد في وقت واحد كما يقول المناطقة من اهل المنطق .

الاثر الثاني : يفضي القول بالتناقض واستحالة الجمع والترجيح بين النصوص المتناقضة بالضرورة الحتمية إلى تقرير وقوع النسخ بينها على اساس قاعدة السبق واللحوق الزماني 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 بالتضمين 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

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 دستوريتها 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 وتبدل 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 ،ص٣ ، 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 - ١٩٩٦م ،ص١١-١٢.

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،مبادىء اصول القانون، ط٢، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٥٨، ص٢٨٥.

(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 ١٨/١١٢١/١٦٦/نقض مدني/٢٥/مايو /١٩٦٧،المنشور فيمجموعة الاحكام الصادرة عنها،السنة١٨،العدد ٣.١٩٦٧،ص١١٢٢ .

(٤) انظر – هانز كلسن – النظرية المحضة في القانون – ترجمة اكرم الوتري – مركز البحوث القانونية – بغداد – ١٩٨٦ – ص١١٧.

(٥) د. توفيق حسن فرج ،المدخل للعلوم القانونية ص٣١٣.

(٦) د عبد الرحمن البزاز،مبادىء اصول القانون، ط٢، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٥٨، ص٢٨٥.،د. سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – ط٦ – ١٩٨٧ – ص١/٢٢٩.

(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 –ص٢٠٠.

٨- انظر د.سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية ،الدار الجامعية للطباعة والنشر،مصر،ص١٤٥-١٤٩.

٩- انظر د .عبد الله مصطفى،علم اصول القانون ،ط١، شركة الفكر للتصميم والطباعة ، بغداد ،١٩٩٥، ص ١٨٤-١٨٥.

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

١١ انظر د .عبد الودود يحيى ،دنعمان جمعة،دروس في مبادىء القانون ،ط١، 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،ج١،ص٤٦٧،محمد بن ابي بكر الرازي،مختار الصحاح،ص٦١.

(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 ١٩٥٩م ،ص٣٢.

(١٥)ا.د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، 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 ، ١٣٥٧ه ، ص ١١٤-١١٥،محمد تقي محمد سعيد الحكيم ،الاصول العامة للفقه المقارن،الطبعة الاولى ،دار الاندلس،بيروت،١٩٦٣م،ص٥٧-٥٨.

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

(١٨) ا.د.مصطفى ابراهيم الزلمي ،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 القاعدة د. أحمد ياسين القرالة،القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية ،الاكاديميون للنشر والتوزيع ،ص٣٢٥-٣٣٠ .

(٢١) يعد الاجماع من مصادر الاحكام الرئيسة في الاسلام بجميع مذاهبه ،انظر في ذلك محمد بن علي الشوكاني في كتابه إرشاد 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 الحلي في كتابه مبادىء 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 ،١٣٤٥ه،ص ٦٤١/١،عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني المعروف بامام الحرمين في كتابه البرهان في اصول الفقه ط١،دار الانتصار ،القاهرة ،١٤٠٠ه، علاء الدين السمرقندي في كتابه ميزان الوصول في نتائج العقول ،ط١،مطبعة الخلود ،بغداد ،١٩٨٧.

(٢٢) (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ) سورة النساء الاية ٢٣.

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

(٢٤) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ) سورة البقرة الاية ٢٨٢.

(٢٥) (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) سورة الاسراء الاية ٣٣.

(٢٦) (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) سورة المائدة الاية ٣٨.

(٢٧) (يا أيُّها الذينَ ءامنوا إنّما الخمرُ والميسرُ والأنصابُ والأزلامُ رجسٌ مِنْ عملِ الشيطانِ فاجتَنِبوهُ لعلَّكُم تُفلِحون) سورة المائدة الاية ٩٠.

(٢٨)(وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ❖ يُضَاعَفْ 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 الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ) سورة البقرة الاية ١٧٨.

(٣٠)(الَّذين يأكلونَ الرِّبا لا يقومونَ إلاَّ كما يقومُ الَّذي يتَخبَّطُهُ الشَّيطانُ من المَسِّ ذلك بأنَّهم قالوا إنَّما البيعُ مثلُ الرِّبا وأحلَّ الله البيعَ وحرَّمَ الرِّبا فمن جاءهُ مَوعظةٌ من ربِّهِ فانتهى فلهُ ما سَلفَ وأمرُهُ إلى الله ومن عادَ فأولئك أصحابُ النَّارِ هم فيها خالدونَ يَمحَقُ الله الرِّبا ويُربي الصَّدقاتِ والله لا يُحبُّ كلَّ كفَّارٍ أثيم) سورة البقرة الايات ٢٧٥-٢٧٦.

(٣١) (لا) وتعرف عند اهل اللغة بالناهية 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 المقصود 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) أنظر للمزيد في ذلك د. سعيد بن وهف القحطاني، الربا أضراره وأثاره في ضوء الكتاب والسنّة،الجزء الاول،مطبعة سفير- الرياض.

(٣٥) الاية ٢٧٤،من سورة البقرة.

(٣٦) الاية ٢٧٦،من سورة البقرة.

(٣٧) الاية ٢٧٤، من سورة البقرة.

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

(٣٩) الاية 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.

(٤٣) انظر في عرض هذه الاراء مثلا علاء الدين خروفه شرح قانون الاحوال الشخصية،ج١،مطبعة العاني،بغداد،١٩٦٢، ص ٤٤٤-٤٤٦.

(٤٤) انظر في هذه الاراء 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 على، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعى الإفريقى، لسان العرب،ج١، دار لسان العرب ، بيروت ١٩٧٠.

٢- د.توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية ،ط٢ ،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 النهرين ،– 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 – الوافي في شرح القانون المدني – ط٦ – ١٩٨٧ –.

٩- سيف الدين علي بن محمد الامدي ،في كتابه الاحكام في اصول الاحكام ،الجزء الاول،مطبعة محمد علي صبيح ، مصر ، ١٣٥٧ه .

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 ،ط١، شركة الفكر للتصميم والطباعة ، بغداد ،١٩٩٥.

١٢-د .عبد الودود يحيى ، د.نعمان جمعة، دروس في مبادىء القانون ،ط١، جامعة القاهرة ،١٩٩٥.

١٣-عدنان البكاء ، في كتابه الحكم والحق بين الفقهاء والاصوليين ،ط١ ،مطبعة الغري الحديثة ،النجف ،١٩٧٦.

١٤- د عبد الرحمن البزاز،مبادىء اصول القانون، ط٢، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٥٨.

١٥-علاء الدين خروفه شرح قانون الاحوال الشخصية،ج١،مطبعة العاني،بغداد،١٩٦٢، .

١٦-عمر عبدالله ،سلم الوصول لعلم الاصول ،مؤسسة المطبوعات الحديثة ١٩٥٩.

١٧- محمد تقي محمد سعيد الحكيم ،الاصول العامة للفقه المقارن،ط١ ،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 نسيجه الجديد ،الطبعة الخامسة عشرة ،شركة الخنساء للطباعة المحدودة ،بغداد ،٢٠٠٢.

٢٠- د .مصطفى ابراهيم الزلمي ،الصلة بين علم المنطق والقانون ،مطبعة شفيق ،بغداد ،١٩٨٧.