

## المادة الثانية من الدستور

بقلم

دكتور سمير تناغو

أستاذ بحقوق الاسكندرية

### ١- الخلط وعدم الفهم للعلاقة بين الشريعة والقانون :

تتحدث المادة الثانية من الدستور عن مبادئ الشريعة الاسلامية . وهي لم تأت بجديد يذكر ، لأن حكمها موجود تقريبا ، منذ عام ١٩٤٩ ، في المادة الأولى من القانون المدني ، مع بعض وجوه التشابه والاختلاف بين المادتين ، وهو ما سنذكره بعد قليل .

والمقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية في المادة الواردة في الدستور ، والمادة الواردة في القانون المدني ، المبادئ العامة للشريعة الاسلامية ، وهي كما يقول الدكتور السنهوري ، المبادئ الكلية للشريعة التي لا خلاف عليها بين الفقهاء .

ولاشك في أن المبادئ العامة الكلية للشريعة الاسلامية ، تعتبر من المبادئ العامة للقانون المصري وتنبع عن الفكرة العامة للوجود السائدة في مصر .

ولو أن المشرع الدستوري أحسن صياغة النص ، ولم يخلط كما فعل ، بين المبادئ العامة للقانون وبين مصادر القانون ، لما أثارت هذه المادة كل هذه الضجة التي تثار حولها .

وقد أثارت المادة الثانية من الدستور التي كانت تنص عام ١٩٧١ على أن مبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي التشريع ، ثم أصبحت تنص بعد تعديل عام ١٩٨٠ على أنها المصدر الرئيسي للتشريع ، قلة ورفضاً شديدين ، من جانب أنصار الدولة المدنية . كما أنها سببت فرحا وابتهاجا والمطالبة بالمزيد من أنصار الدولة الدينية .

ونحن نقول للأولين : لا تحزنوا كثيرا ، ونقول للآخرين : لا تفرحوا كثيرا . فإن هذه المادة رغم العيوب الواضحة في صياغتها ، لا تهدد بأي حال الدولة المدنية القائمة في مصر منذ مائتي عام ، ولا تمهد بأي حال لإنشاء الدولة الدينية .

وهناك خلط شديد وعدم فهم مطلق للعلاقة بين الشريعة والقانون ، لدى العديد من المثقفين ، بما ورجال القانون أيضا . وقد قمنا بمحاولة إزالة هذا الخلط عن طريق طرح الأسئلة الصحيحة عن الشريعة والقانون .

## ٢- الأسئلة الصحيحة من الشريعة والقانون :

أصعب شيء في أي بحث هو معرفة الأسئلة الصحيحة فيه . ومعظم الأبحاث الفاسدة أو التافهة يرجع العيب فيها إلى طرح الأسئلة الخاطئة أو المغلوطة . ونحن نطرح في هذا المقال الأسئلة الصحيحة العميقة في الموضوع الهام جداً عن الشريعة والقانون .

وقد كثر الحديث في الآونة الأخيرة عن الدولة المدنية ، والدولة الدينية . ومعظم الاحاديث الجارية تدخل في نطاق الصراع السياسي ، أو الصراع من أجل القانون .

ونحن لا نريد أن ندخل في الجدل السياسي أو الصراع من أجل القانون . وسنتحدث في هذا الموضوع بطريقة علمية خالصة في نطاق نظرية المعرفة ، والنظرية العامة للقانون .

وأول الأسئلة هو ما الفرق بين المادة الأولى للقانون المدني المعمول به منذ عام ١٩٤٩ التي تنص على أن القاضي يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية إذا لم يجد الحكم في التشريع أو العرف ، والمادة الثانية من دستور ١٩٧١ التي تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع أو المصدر الرئيسي للتشريع ؟

والسؤال الثاني هو ما المقصود بمصادر القانون ، وما هو الفرق بين مصادر القانون ، وبين جوهر القانون ، والمبادئ العامة للقانون ؟

والسؤال الثالث هو ما المقصود بالفكرة العامة للوجود في مجتمع معين والتي تتبع منها المبادئ العامة للقانون؟

والسؤال الرابع هو هل تدخل الشريعة الإسلامية في نطاق المبادئ العامة للقانون ، أم في نطاق مصادر القانون ؟

والسؤال الخامس هو ما هي مصادر القانون بالنسبة للقواعد الموضوعية المنقولة من تشريع اجنبي، أو شريعة دينية ؟

والسؤال السادس هو هل الفصل بين الدين والقانون في الدولة المدنية فصل كامل ، أم أنه مثل الفصل بين السلطات هو فصل غير كامل ؟

والسؤال السابع هو هل صحيح أن الاحكام القانونية في الدولة الدينية ، أحكام إلهية ؟ أم أنها في جميع الاحوال أحكام بشرية وضعية ؟

والسؤال الثامن هو هل يوجد تعارض أو حتى مجرد امكانية تعارض بين المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ، وبين القانون الوضعي ؟ أم أن العلاقة بينهما هي علاقة انسجام وتكامل ؟

والسؤال التاسع هو هل يؤدي الأخذ بالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية إلى أي مساس بالدولة المدنية القائمة في مصر منذ مائتي عام ؟

والسؤال العاشر هو كيف سمحت دولة علمانية مثل ألمانيا وإيطاليا وأخيراً تركيا بوجود أحزاب دينية فيها ، ونحن لا نسمح بذلك في مصر ؟ أم أن العلمانية هي الحائط الذي يصد أبه تجاوزات محتملة من الأحزاب الدينية ؟

والسؤال الحادى عشر هو إذا كانت كل أحكام القاتون فى الدولة الدينية ، وكذلك الدولة المدنية ، هى أحكام وضعية من صنع البشر ، فما هو الفارق بين الدولتين إذن ؟  
وأظن أن القارئ يدرك أهمية هذا الموضوع ، وأن الخلط فيه أكثر من الفهم ، وأن الوقت قد جاء لإجلاء الحقيقة بشأنه ، وهو ما سنقوم به الآن .

### ٣- المجالات المختلفة لكلمة قانون ، والاصطلاحات الفنية الدقيقة التى تعبر عن كل مجال منها :

عندما نتحدث عن كلمة القاتون ، ومن باب أولى عندما نقوم بصياغة قاعدة قانونية ، ينبغى أن نكون مدركين تماماً للفروق الكبيرة بين المجالات المختلفة للقاتون ، وأن نكون عارفين المعنى الحقيقى للاصطلاحات الفنية الدقيقة التى تعبر عن كل مجال من هذه المجالات .  
فهناك أولاً جوهر القاتون ، وهناك المبادئ العامة للقاتون ، وهناك مصادر القاتون ، وهناك مضمون القاتون ، وهناك القاتون الطبيعى ، وهناك القاتون الوضعى .  
وعندما نخلط بين هذه الاصطلاحات ، ونخلط بالتالى بين المجالات المختلفة للقاتون ، فإتسنا ندخل فوراً فى دائرة الجهل وعدم الفهم .

وإذا أردنا أن نفهم فهما صحيحاً ، ما هو المقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية المشار إليها فى المادة الثانية من الدستور ، والمادة الأولى من القاتون المدنى ، فيجب علينا أن نفهم أولاً حقيقة المقصود بالمجالات المختلفة للقاتون ، والمعنى الفنى الدقيق للاصطلاحات التى تعبر عن كل مجال منها . ولكننا سنشير أولاً باختصار إلى وجوه الاتفاق والاختلاف بين المادة الثانية من الدستور ، والمادة الأولى من القاتون المدنى .

### ٤- التشابه والاختلاف بين المادة الثانية من الدستور ، والمادة الأولى من القاتون المدنى :

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى للقاتون المدنى المعمول به منذ عام ١٩٤٩ "فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية . فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القاتون الطبيعى وقواعد العدالة " .

وتنص المادة الثانية من دستور ١٩٧١ على أن "الاسلام دين الدولة ... ومبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع " . ويعد تعديل عام ١٩٨٠ أصبحت الشريعة الاسلامية "المصدر الرئيسى" .  
للتشريع . ووجه الاختلاف بين المادتين ، أن مادة القاتون المدنى تخاطب القاضى فى نطاق القاتون المدنى . أما مادة الدستور فتخاطب المشرع بالنسبة لكل القواتين .

ويوجد اختلاف آخر فنى بين المادتين ، فبينما لا يشوب نص المادة الأولى من القاتون المدنى أى عيب فى الصياغة ، وواضع هذا النص هو عميد الفقه العربى الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، فإن نص المادة الثانية من الدستور يشوبه عيب كبير فى الصياغة لأنه يخلط بين مصادر القاتون ، والمبادئ العامة للقاتون ، فى جملة واحدة من خمس كلمات . ويقال أن واضع هذا النص هو الدكتور صوفى أبو طالب رئيس مجلس الشعب الأسبق .

وبالرغم من الاختلافات السابق ذكرها ، فإن التشابه بينهما ، بل قل التطابق بينهما ، يغلب ويحجب

هذه الاختلافات . فكل من النصين يتعلق بالمبادئ العامة للقانون المصرى ، وليس بمصادر القانون . وكل من النصين يتحدث عن مبادئ الشريعة الإسلامية وليس عن أحكامها التفصيلية . والمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ، كما قال الدكتور السنهورى ، أمام مجلس الشيوخ أثناء مراجعة نص المادة الأولى من القانون المدنى ، المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية ، التى لا يوجد خلاف بشأنها بين الفقهاء .

ولذلك فنحن نقول بكل ثقة واطمئنان ، أن المادة الثانية من الدستور لا تستحق كل الضجة التى أثارت بشأنها ، فهى لم تحدث انقلابا فى النظام القانونى فى مصر ، وهى لا تهدد الدولة المدنية القائمة فى مصر منذ نحو مائتى عام ، ولا تمهد لإنشاء الدولة الدينية ، لأنها فى الواقع لم تأت بجديد فحكمها موجود فى القانون المدنى منذ عام ١٩٤٩ . ومع ذلك فمن الواجب اصلاح العيب فى صياغتها بما يودى إلى تحقيق القصد الحقيقى للمشرع الدستورى منها . والعيب فى صياغتها يرجع كما ذكرنا إلى أنها تخلط فى جملة واحدة بين المبادئ العامة للقانون ، وبين مصادر القانون . وهو خلط لا يليق الإبقاء عليه عندما تسنح فرصة تعديل الدستور .

وللمزيد من الايضاح نقوم الآن بالترفة بين مصادر القانون وموضوع القانون .

#### **٥- لا يصح الخلط بين مصادر القانون وموضوع القانون :**

الترفة بين مصادر القانون وموضوع القانون ، هى ترفة فلسفية عميقة جداً ، أول من أبرزها بوضوح كامل ، الفيلسوف الألمانى الكبير كانت\* ، واستخدمها لإزالة الخلط بين القانون الوضعى ، والقانون الطبيعى ، وهو ما سنعود إليه فيما بعد .

ونحن لا نريد أن نبدأ بالفلسفة العميقة حتى لا نرهقكم ، ولذلك سنشرح هذه الفلسفة ، عن طريق الأمثلة التشريعية الواقعية التى يعرفها الجميع .

فالجميع يعرف أن مصر تبنت فى عام ١٨٧٥ ثم فى عام ١٨٨٣ ، التقنينات الفرنسية الكبرى . وكلمة تقنين Code ، تعنى القانون الشامل الذى ينظم فرعاً بأكمله من فروع القانون ، كالتقنين المدنى ، أو القانون التجارى ، أو القانون الجنائى ، أو تقنين المرافعات ... الخ .

وعندما صدرت التقنينات المختلطة عام ١٨٧٥ ثم التقنينات الأهلية عام ١٨٨٣ ، كانت معظم أحكامها الموضوعية منقولة تماماً عن الأحكام الموضوعية للتقنينات الفرنسية الكبرى . فهناك تطابق إذن من حيث الموضوع بين التقنينات المصرية والتقنينات الفرنسية .

ومع ذلك فإن التقنينات المصرية لا ترجع فى مصدرها إلى إرادة الدولة الفرنسية ، بل ترجع إلى إرادة المشرع المصرى الذى نقل مضمونها من التقنينات الفرنسية .

ونظراً للاختلاف فى المصدر ، رغم تطابق الموضوع ، فإن هذه التقنينات ، هى قوانين مصرية صادرة عن المشرع المصرى ، لاشك فى ذلك ، ولا يجادل أحد فى ذلك .

وسأعطى مثلاً تشريعياً آخر حدث فى منتصف القرن العشرين . فبعد أن وضعت مصر للتقنين المدنى الجديد ، عام ١٩٤٨ . والذى تم العمل به عام ١٩٤٩ . وهو التقنين الذى وضعه كما أسلفنا الأستاذ السنهورى ، نقلا عن التقنين المدنى القديم ، وعن تجربة القضاء المصرى الأهلى والمختلط فى ظل القانون

القديم ، وعن القانون المقارن ، خاصة التقنينات السويسرية والألمانية ، وكذلك بعض أحكام الشريعة الإسلامية في الشفعة ، وخيار الرؤية في عقد البيع ... الخ ، قامت العديد من الدول العربية بتبني معظم أحكام هذا التقنين في قوانينها الوطنية . ومن هذه الدول العراق وليبيا وسوريا والجزائر ... الخ . وبهذا فإن المشرع المصري أحدث وحده قانونية عربية ، وهي الوحدة التي عجز عن تحقيقها رجال السياسة . وأنا لي تجربة شخصية مع القانون المدني الجزائري ، فقد اشتركت في تحكيم قضائي في قضية مالية كبرى تزيد قيمتها على عشرين مليار دولار ، بين الشركة الوطنية الجزائرية للبترول (سوناتراك) ، وبين إحدى أكبر شركات البترول الأمريكية . وكان القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع هو القانون المدني الجزائري . وقد اختارني أحد طرفي هذا النزاع لإبداء الرأي القانوني فيه ، لأن القانون الجزائري مطابق للقانون المصري ومنقول عنه ، ولأنني أستاذ القانون المدني المصري الذي سيؤخذ رأيه القانوني مأخذ الجد أمام هيئة التحكيم كما قيل لهم .

والذي أريد أن أقوله الآن هو أنه عندما أمدني الطرف الذي استعان بي ، بنسخة من القانون المدني الجزائري ، وجدت أن هذا القانون قد صدر في الجزائر أولاً باللغة الفرنسية ، عقب استقلال الجزائر ، وأنه صورة طبق الأصل للترجمة الفرنسية للقانون المدني المصري ، وهي الترجمة التي نشرتها وزارة العدل المصرية بعد العمل بهذا القانون عام ١٩٤٩ .

والسؤال الذي أطره الآن هو هل القانون الجزائري المطابق في مضمونه للقانون المصري ، هو قانون جزائري أم قانون مصري ؟ الإجابة الصحيحة بالطبع هي أنه قانون جزائري صادر عن المشرع الجزائري ، ويختلف في المصدر عن القانون المصري ، حتى ولو كان المضمون واحداً .

وبالمثل فعندما أخذ المشرع المصري ببعض أحكام الشريعة الإسلامية في الزواج ، والطلاق ، والميراث ، والوصية ، والشفعة ، وخيار الرؤية في البيع ... الخ . فإنه تخير أحسن الآراء ، في نظره ، من المذاهب المختلفة للشريعة الإسلامية . وهو قد وضع قانوناً مصرياً وضعياً مصدره إرادة المشرع المصري في لحظة تاريخية معينة ، وإن كان مضمونه مأخوذاً من بعض أحكام الشريعة الإسلامية .

ولهذا فعندما تنص المادة الثانية من الدستور في صياغتها المعيبة ، على أن المشرع يرجع في التشريعات التي يضعها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن ما يضعه المشرع بعد ذلك هو قانون وضعي مصري ، مصدره إرادة الدولة ، وإن كان مضمونه مطابقاً أو مستلهماً من المبادئ العامة للشريعة الإسلامية . وكذلك عندما تنص المادة الأولى من القانون المدني ، على أن القاضي عندما لا يجد نصاً في القانون ، فإنه يرجع إلى العرف ، فإن لم يجد ، فيرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية . فإن القاضي عندما يصدر حكمه مستوحياً بمبادئ الشريعة ، فإنه يضع حلاً للنزاع ، وهو حل بشري وضعي . فهو ينطق بحكمه هو وليس بالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية ، لأن مصدر الحكم هو إرادة القاضي وحده دون غيره .

## ٦- لا يصح الخلط بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي (الخلط بين النسبي والمطلق) :

بعد الأمثلة التشريعية السابق ذكرها ، فإن التفرقة الفلسفية العميقة بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي تصبح سهلة للغاية . والقانون الطبيعي هو العدل المطلق أو العدل في ذاته حسب تعبير أرسطو ، أو

الأمر الأخلاقي المطلق حسب تعبير كانت" ، أو القاتون العتلى الصادر عن العقل السليم ، أو العقل المجرّد عن الأهواء حسب تعبير أرسطو أيضاً ، أو الصادر عن العقل الراجح المستقيم حسب تعبير أكبر الفلاسفة المسيحيين ، توماس الأكويني ، الذى عقد الصلح بين فلسفة أرسطو وبين الفلسفة المسيحية . وقد استعان توماس الأكويني بأراء المعتزلة من الفلاسفة الإسلاميين فى مسألة الحسن والقبح العقليين ، وقال أن الله لا يأمر بشيء إلا لأنه حسن بحسب العقل ، ولا ينهى عن شيء إلا لأنه قبيح فى نظر العقل . بل أن الله جلست قدرته لا يستطيع أن يجعل الحسن قبيحا ، والقبح حسنا .

وقد انهزم المعتزلة فى التاريخ الإسلامى ، بينما انتصر توماس الاكويني الذى نقل عنهم ، وتصالح مع أرسطو والفلسفة اليونانية ، واتجهت الحضارة الغربية بعد ذلك إلى عصر النهضة القائمة على احترام العقل.

وبالرغم مما قاله البابا بنديكت السادس عشر ، من أن الإسلام لم يحترم العقل أو ما يشبه هذا القول، فإن التاريخ يشهد على أنه وجدت فى التاريخ الإسلامى إشراقات عقلية باهرة منذ بدايته ، وأن أنصار العقل لم ينهزموا بصفة نهائية حتى الآن ، رغم أنهم تهزموا فى معظم الأحيان . وقد جعلنا الأخ الصديق الدكتور حازم الببلاوى نتذكر معه أن الخليفة العظيم عمر بن الخطاب أوقف العمل بنص قطعى الثبوت والدلالة وارد فى القرآن الكريم عن حق المؤلفه قلوبهم فى الزكاة ، لأن الله أعز الإسلام ، ولم يعد فى حاجة إلى تأييد هؤلاء ، أخذنا منه بالحكمة من النص . وكذلك فإن الخليفة عمر بن الخطاب نفسه أوقف العمل بحد السرقة فى عام المجاعة . وقد تساءل الدكتور الببلاوى فى مقالات له فى الأهرام . هل هذا الاجتهاد العتلى الكبير هو حق عمر بن الخطاب وحده ، أم انه يحق لنا أيضا فى العصر الحديث أن نرجع إلى الحكمة من النص ، ولا نتوقف فقط عند العلة التى يقال أن الحكم يدور معها وجودا وعدما ؟ والعلة تشبه ما يسميه الفرنسيون الفرض فى القاعدة . فكل قاعدة تتحلل إلى فرض وحل ، فإذا تحقق الفرض أى تحققت شروط انطباق القاعدة ، انطبق الحكم فورا . فالقول بالعلة دون الحكمة هو قول بعدم الخروج من النص إلى ما وراء النص . ولم يحصل الدكتور الببلاوى على إجابة على سؤاله .

وفى تاريخ الفكر الإسلامى أيضا قال أبو العلاء المعرى ، لا إمام إلا العقل . ولكنه وجد من يتهمه بالكفر . وعندما قال المعتزلة بالحسن والقبح العقليين ، انهزموا امام الأشاعرة . ولكن الفلسفة الغربية نقلت عنهم وسارت فى طريق العقل . وعندما نادى بن رشد بحكم العقل ، أحرقوا كتبه ، وانتصر من قال بتهافت الفلاسفة .

ومع ذلك فإن العصر الحديث يشهد على وجود العديد من أنصار العقل الأقوياء أمثال محمد عبده ، ولطفى السيد ، وطه حسين ، والشيوخ شلتوت ، والدكتور حازم الببلاوى ، وكذلك الإمام الأكبر الدكتور محمد سيد طنطاوى الذى أفتى بدون خوف أو تردد ، بعدم تحريم فوائد البنوك . ولكن المعركة لازالت قائمة ، بينما انتهت فى الغرب إلى انتصار حاسم ، لأنصار العقل والعلم التجريبي .

ونعود إلى موضوعنا وهو التفرقة بين القاتون الطبيعى ، والقاتون الوضعى .

ويوجد فى الفلسفة اتجاهان : أحدهما خاطئ تماما يخلط بين القاتون الوضعى والقاتون الطبيعى أو

ناتون العقلى . وهو خلط فى المصدر ، وهو اتجاه هوبز وهيجل وأنصار الحاكمية لله . ويوجد اتجاه آخر ححيح وهو الاتجاه السائد الذى يفرق بكل وضوح بين القانون الوضعى ، والقانون الطبيعى على أساس تفرقة فى المصدر أيضا .

فى عبارة هامة للغاية فى تاريخ الفكر الاساتى ، وضعناها على غلاف كتابنا فى النظرية العامة قاتون، قال أرسطو نحن نبحث عن التفرقة بين العدل فى ذاته ، والعدل داخل المجتمع . " (الاخلاق ٥ ، ٤) .

ومنذ الأزل أدرك الانسان أن العدل الذى يراه داخل المجتمع هو عدل بشرى ناقص ، وأن هناك نوعا ن العدل اسمى من العدل الوضعى البشرى ، وهو ما يسميه أرسطو العدل فى ذاته . وهو العدل المطلق . هو يؤكد ضرورة التفرقة بين النوعين من العدل وعدم الخلط بينهما ، لأن الخلط بينهما يؤدى إلى الطغيان الاستبداد ، وتقديس العدل البشرى ، بما لا يجوز .

ولابد بالطبع من الاستعانة بالبشر لتحقيق العدل داخل المجتمع . وأهم الوسائل البشرية لتحقيق لعدل هى التشريع ، وأحكام القضاء ، والعقود .

ولهذا يقول أرسطو أن التشريع ينبغى أن يصدر عن عقل الانسان المجرد عن العواطف ، والأهواء، والصراع الطبقي ، وصراع المصالح . وينبغى أن يكون العدل عاما بالنسبة للجميع ولا يصدر لحالات خاصة . ولذلك ينبغى أن يكون القانون عاما مجردا . ونتيجة لذلك نقول أن التشريع هو العدل العام . ولكنه يبقى مع ذلك عدلاً بشرياً وضعياً ، من صنع البشر .

والدولة تسلم القانون للقاضى ليحكم بالعدل ، أى ليحكم بمقتضى القانون ، ويكمل ما فيه من نقص عندما لا يجد نصا فى القانون بالرجوع إلى جوهر القانون الذى استقى منه المشرع أحكامه وهو العقل المجرد عن الأهواء . أى أنه يرجع إلى القانون الطبيعى أو العقلى ، ليقوم بما كان سيقوم به المشرع نفسه لو أنه واجه مثل هذا النقص . هذا ما قاله أرسطو وما نقله عنه حرقيا القانون السويسرى ، وما نقله عنه تقريبا القانون المدنى المصرى فى مادته الأولى . والقاضى لا ينطق بالقانون الطبيعى ، ولكنه ينطق بحكمه البشرى لحل النزاع للمعروض عليه مستوحيا القانون الطبيعى أو العدل فى ذاته ، أو مبادئ القانون الطبيعى، أو مبادئ الشريعة الاسلامية . فهو يجتهد ليصدر حكما بشرياً وعدلاً بشرياً .

وكذلك العقود فهى أهم وسائل تحقيق العدل فى المجتمع ، لأن كل متعاقد يسعى لتحقيق مصلحته ولا يرضى الظلم لنفسه . ومن قال عدلاً فقد قال عدلاً . ولكنه عدل بشرى ، وقد ينتج عن العقد نتيجة لعدم المساواة فى القدرة الاقتصادية مثلا ، عقد ظالم لا يحقق العدل الحقيقى . وهنا يمكن أن يتدخل القاضى بإذن من المشرع ، فيقوم بتعديل العقد الظالم ، ويرده إلى شيء من العدل ، مستوحيا فى ذلك العدل المطلق الذى يرشده إليه عقله المجرد عن العواطف والأهواء ، ويضع بذلك حلا عادلا للنزاع ، ولكنه فى آخر الأمر عدل بشرى من صنع القاضى نفسه .

وقد أخطأ بعض شراح القانون المدنى فى مصر ، عندما قالوا أن المادة الأولى من القانون المدنى، جعلت القانون الطبيعى مصدرا احتياطيا ثالثا للقانون المدنى بعد العرف ، ومبادئ الشريعة الاسلامية.

والصحيح أن القانون الطبيعي هو جوهر القانون ، وليس من مصادر القانون .

وتأكيداً لضرورة التفرقة التي قال بها أرسطو بين القانون الطبيعي أو العدل المطلق ، وبين القانون الوضعي ، فإن الفيلسوف الكبير "كانت" زاد هذه التفرقة وضوحاً ، فقال أنه في الفرض الجدلي نادر الحدوث الذي يمكن أن يتطابق فيه مضمون القانون الطبيعي مع مضمون القانون الوضعي ، فإن الفارق بينهما يظل قائماً ، وهو فارق يرجع إلى مصدر كل منهما . فبينما مصدر القانون الطبيعي هو العقل الخالص . فإن مصدر القانون الوضعي هو إرادة الانسان . وفي هذا الفرض الجدلي الذي يتطابق فيه القانونان من حيث المضمون ، فإن إرادة المشرع تكون "صليحة الالتزام بالتصرف حسب القانون الطبيعي ، ولكنها ليست مصدر القانون الطبيعي ذاته " . (كانت ، نظرية القانون ، الترجمة الفرنسية بواسطة بارني ، باريس ، ١٨٥٤ ، ص ٣٨)

ورغم الأهمية البالغة لضرورة التفرقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ، ووضوح هذه التفرقة على أساس عدم الخلط بين مضمون القانون وبين مصدره ، وعدم الخلط بين مصدر القانون الطبيعي ومصدر القانون الوضعي ، فإن بعض الفلاسفة ذهبوا إلى الخلط بينهما على أساس الخلط في المصدر ، ومن هؤلاء هوبز وهيجل .

فيقول هوبز وباختصار شديد أن مصدر القانون الطبيعي هو عقل الدولة ، فالذي يخلق القانون الطبيعي هو "عقل ذلك الرجل المصطنع وهو الكومولث" . وغنى عن الذكر أن نظرية هوبز عن عقل الدولة أو عقل الكومولث ، هي نظرية منحرفة غير صحيحة ، وهي ترفع بغير حق من شأن المشرع الانسان ، فتجعله مصدر العدل المطلق أو العدل في ذاته . وهي تؤدي بذلك إلى تقديس القوانين الوضعية ، وتؤدي بالضرورة إلى الاستبداد . ولهذا وصفها الفيلسوف ماكس شيلر بأنها من قبيل اللغو "absurde" . (راجع كتابنا في النظرية العامة للقانون والمراجع المشار إليها ص ١٨٤ وما بعدها) .

أما هيجل وباختصار شديد أيضاً ، فهو يطلق على القانون الطبيعي أو العقلي : العقل المطلق ، أو الإرادة العالمية في ذاتها ومن أجل ذاتها ، أو روح العالم . وهو يرى أن الدولة هي تجسيد للإرادة العالمية "فهى مجئ الله على الأرض ، ولذلك تجب عبادتها باعتبارها التجسيد الإلهي على الأرض" . ولكن هيجل لا يتكلم عن كل دولة كما يفعل هوبز ، بل يقصد فقط الدولة السائدة في عصرها ، فهى وحدها التي تعتبر "تجسيماً للروح العالمي" ، وتعتبر بالتالي "شيئاً معقولاً في ذاتها ومن أجل ذاتها" . وفى مواجهة هذه الدولة فإن "الشعوب الأخرى لا يكون لها أى حق" (راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، ص ١٨٦ وما بعدها) .

ونظرية هيجل تعنى للمطابقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ، فى دولة واحدة فقط ، هى الدولة السائدة فى عصرها . ومن حق هذه الدولة أن تستبد بمواطنيها ، وبجميع شعوب الدول الأخرى . ويشهد العالم من وقت لآخر تطبيقات لهذه الدولة السائدة فى عصرها ، لعل أبرزها هى ألمانيا النازية . ونتمنى ألا تكون الولايات المتحدة قد أصبحت فى الوقت الحاضر تطبيقاً لهذه الأفكار المجنونة . وتشبه نظرية هوبز فى عقل الدولة ، ونظرية هيجل فى عقل الدولة السائدة فى عصرها ، نظرية الحاكمية



التي قالت بها بعض النظريات المتطرفة في الفكر الاسلامي .

ومن المؤكد أن الله لم يتجسد في الدولة كما يقول هيجل . ولم ينزل ليحكم في الأرض كما يقول  
ار الحاكمية لله . وإنما هم البشر الذين يريدون أن يسبقوا على حكمهم صفات التقديس والأوهية ،  
عون أن قوانينهم الوضعية ، هي أحكام ألهيبة مطلقة .

### **مبادئ الشريعة الاسلامية ليست مصدرا في القانون المدني أو الدستور :**

توجد نظرية هامة في القانون ، نادى بها أرسطو ، وهي نظرية النقص في التشريع ، ومعناها  
اطة أن التشريع غير كامل . فقد توجد حالات ومنازعات ليست لها حكم في التشريع .  
ونمواجهة هذا النقص فإن المشرع يصدر تشريعات جديدة يسد بها هذا النقص ، أو يعالج عيوب  
بريعات القائمة بالإلغاء والتعديل والتطوير . وكذلك القاضي عندما لا يجد حلا للنزاع في التشريع ، فإن  
، المادة الأولى من القانون المدني يأمره بأن يبحث بنفسه عن حل لهذا النزاع عن طريق الرجوع إلى  
ف، فإن لم يجد بحث في مبادئ الشريعة الاسلامية باعتبارها من المبادئ العامة للقانون ، ثم بعد ذلك  
مبادئ القانون الطبيعي وهو جوهر القانون .

وهذا النص لا يعنى كما فهم البعض ، أن مبادئ الشريعة الاسلامية هي مصدر احتياطي ثان  
نون. فهذا النص لم يقل هذا ، وهذا النص لم يخلط بين مصادر القانون وبين جوهر القانون ، أو المبادئ  
مة للقانون . وواضع هذا النص هو الأستاذ السنهوري الذي لا يعقل أبداً أن يخلط بين مصادر القانون  
ن جوهر القانون ، أو المبادئ العامة للقانون .

ولذلك نقول بكل ارتياح أن صياغة المادة الأولى من القانون المدني ليس فيها أى عيب فى  
صياغة .

أما نص المادة الثانية من الدستور فقد شابهه عيب فى الصياغة ذكرناه من قبل ، لأنه خلط فى جملة  
حدة بين المبادئ وبين المصدر . إذ يقرر أن مبادئ الشريعة الاسلامية هي مصدر رئيسى للتشريع ، أو  
صدر الرئيسى للتشريع . والصحيح أن التشريع هو المصدر الأول للقانون ، أما المبادئ العامة للشريعة  
سلامية ، فهي من المبادئ العامة للقانون التي يجب أن يستلهمها المشرع عندما يحاول أن يسد نقصا فى  
شريع ، أو يعمل على تطويره وتعديله . ولا يجوز أبداً فى صياغة قانونية صحيحة أن نخلط بين المبادئ  
نامة للقانون ، وبين مصادر القانون .

### **- الفكرة العامة للوجود التي تنبع منها المبادئ العامة للقانون :**

فى كل مجتمع توجد فكرة عامة سائدة للوجود . وإذا أردنا أن نحدد النظرة العامة للوجود السائدة  
، مصر ، أمكن القول أنها نظرة تؤمن بوجود الله ، وبالعدل المطلق ، والرسالات السماوية ، وتؤمن  
جود اخلاق طبيعية مطلقة ، وتؤمن بقوة العقل الانسانى ، وقدرته على اكتشاف المبادئ السامية للأخلاق .  
يوجد لدى الناس فى مصر إحساس عام بالتقارب بين المبادئ الاخلاقية فى الديانات السماوية المختلفة ،  
إحساس عام بالتقارب بين ما تقضى به هذه المبادئ وبين ما يقضى به العقل .

والرأى الراجح فى فهم المقصود بالمبادئ العامة ، يذهب إلى أن هذه المبادئ ليست قواعد قانونية

بالمعنى الفنى المقصود بكلمة قاعدة قانونية ، وإنما هى أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العام للوجود السائدة فى المجتمع ، كما يمكن كذلك استقراءها من القواعد القانونية الوضعية الموجودة فى هـ المجتمع . والمبادئ العامة تكاد تقف فى مركز متوسط بين الفكرة العامة للوجود ، وبين القواعد الوضـ المعمول بها فى مجتمع معين . فالمبادئ العامة تعبر تعبيراً كلياً عن الفكرة العامة للوجود . ثم تأتى القوا القانونية فتعبر تعبيراً جزئياً عن الأفكار التى تضمنتها المبادئ الأساسية المذكورة .

والمبادئ العامة للقانون المعترف بها فى مصر ، هى مبادئ حقوق الانسان ، والمبادئ العام للشريعة الاسلامية . أما حقوق الانسان ، فهى الحقوق التى لا يجوز التنازل عنها فى أى عقد اجتماعى و أصبح هذا العقد باطلا حسب فلاسفة العقد الاجتماعى . وهو عقد عقلى وليس عقداً إرادياً . فهو مجرد تعـ جديد أو تبسيط لنظرية القانون الطبيعى .

وهى الحقوق التى سبق الاعتراف بها فى الاعلانات القديمة ، كالإعلان الانجليزى لسنة ١٦٨٨ والإعلان الأمريكى لسنة ١٧٧٦ ، والإعلان الفرنسى لسنة ١٧٨٩ ، والإعلان العالمى لسنة ١٩٤٨ . وقد نصت على هذا الحقوق كل الدساتير المصرية منذ دستور ١٩٢٣ إلى دستور ١٩٧١ .

والمبادئ العامة للقانون ، سواء تلك التى عبر عنها الاعلان العالمى لحقوق الانسان ، أو المباد العامة الكلية للشريعة الاسلامية ، حسب تعبير الدكتور السنهورى ، تختلف عن مصادر القانون فى أنها تخلق قواعد قانونية وضعية ، بل تسبق خلق هذه القواعد . فالمصدر الوحيد للقانون هو ارادة الدولة التـ تعبر عن نفسها بطرق مختلفة فى مصادر متعددة هى التشريع والعرف والقضاء . أما المبادئ العام للقانون فهى لا تصدر عن ارادة الدولة ، ولكنها تمهد لهذه الارادة الطريق الذى تعبر به عن نفسها والفرق هنا فى المصدر .

#### ٩- تحديد مصادر القانون طبقاً لمبدأ السبب المنشى :

مصادر القانون هى الأسباب المنشئة للقواعد القانونية فى مجتمع معين . فالقاعدة كأى شىء آخـ فى الوجود لا يمكن أن تنشأ من العدم ، بل لابد من وجود سبب منشى لها ، وذلك طبقاً لقانون السببية الذـ يقرر أنه "لا يوجد شىء بلا مصدر ، ولا توجد نتيجة بلا سبب" .

وقد عُرف هذا المبدأ بطريقة عامة منذ القدم ، ولكنه وُضع فى صياغة علمية دقيقة لأول مرة ، ف القرن السابع عشر بواسطة الفيلسوف Leibniz . ومنذ إعلان هذا المبدأ ، أصبح هو كما يقول الفيلسوف هيدجر "المبدأ الأسمى للمعرفة" ، أو هو "مبدأ المبادئ كلها" .

والمواقع أنه لا تعارض بين الطبيعة التقويمية لقواعد القانون ، وبين الوجود الواقعى لهذه القواع فى مجتمع معين . فإذا كانت قاعدة السلوك التقويمية تحدد ما ينبغى أن يكون Devoir - être ، إلا أن ذلـ لا يمنع أن القاعدة فى ذاتها موجودة ETRE ، فى مجتمع معين فى وقت معين .

#### ١٠- علم الاجتماع القانونى يقول لنا ما هى مصادر القانون فى مجتمع معين :

والعلم التقريرى الذى يبحث فى وجود القاعدة ويحدد مصدرها ، هو علم الاجتماع القانونى

والتشريع قد يلعب دوراً في تحديد مصادر القانون ، ولكنه لا يحسم هذا الأمر أبداً . فالكلمة النهائية عن وجود قاعدة قانونية وعن مصدرها ، ليس هو نص التشريع ، ولكن ما يكشف عنه علم الاجتماع القانوني . وعلى سبيل المثال فإن المادة الأولى من القانون المدني لا تنص على أن القضاء من مصادر القانون . وهناك فرق بالطبع بين القضاء أى تواتر الأحكام القضائية إلى حين استقرار القاعدة القانونية ، وبين الحكم القضائي المنفرد . ومع ذلك فقد قرر علم الاجتماع القانوني سواء فى فرنسا أو فى مصر أن القضاء مصدر للقانون . وكما يقول أحد كبار الفقهاء الفرنسيين فإن واقعة أن القضاء مصدر للقانون هى واقعة معترف بها من الجميع . وتوقفوا عند كلمة "واقعة" فالمقصود بها أن القاعدة هى أمر واقع من حيث وجودها ، وإن كانت تحدد ما ينبغى أن يكون من حيث مضمونها .

وكذلك فإن علم الاجتماع القانوني يقرر لنا أن المصدر الرئيسي للقانون الإداري فى مصر ، هو القضاء الإداري . ويقرر علم الاجتماع القانوني على لسان الدكتور السنهورى ، أن نصف قواعد القانون المدني الجديد ، مأخوذ مما قرره القضاء المصرى فى ظل القانون المدني القديم .

ويقرر كذلك علم الاجتماع القانوني ، أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تنطبق بذاتها ، وأن الأحكام القليلة التى انتقاها ونقلها عنها المشرع المصرى فى الزواج ، والطلاق ، والميراث ، والوصية ، وغير ذلك ، هى أحكام تشريعية وضعية مصدرها إرادة المشرع وان تطابقت فى مضمونها مع بعض الأحكام أو الآراء الفقهية . فلا ينبغى الخلط أبداً بين المصدر والمضمون كما أوضحنا من قبل .

أما المبادئ العامة للشريعة التى نصت عليها المادة الأولى للقانون المدني ، والمادة الثانية من الدستور ، فهى من المبادئ العامة للقانون المصرى ، مثل مبادئ حقوق الانسان . ولكنها ليست من مصادر القانون . فلا ينبغى الخلط أبداً بين المبادئ العامة للقانون ، ومصادر القانون .

وكذلك فإن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ، هى كما يقول الأستاذ السنهورى ، المبادئ الكلية للشريعة وهى ليست محل خلاف بين الفقهاء . وعندما يستلهمها المشرع وهو يضع تشريعا ، فإن هذا التشريع هو عمل بشرى وضعى مصدره إرادة المشرع .

فالمشرع لا ينطق بالمبادئ الكلية للشريعة ، ولكنه ينطق بما يراه هو من حكم بشرى . ونفس الأمر يصدق أيضاً على القاضى عندما يستلهم هذه المبادئ الكلية ، فى العثور على حل للنزاع المعروض أمامه . فهو يحكم بإرادته هو ولا ينطق بحكم المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية .

ويقرر لنا علم الاجتماع القانوني ، أن نص المادة الثانية من الدستور لم يطبق إلا فى أضيق الحدود ، لأن الجانب الأكبر من آلاف التشريعات المصرية مأخوذ من التقنينات الأجنبية ، والقانون المقارن ، والقضاء المصرى ، وما يقتضيه العقل ، فى إدارة شؤون البلاد .

ونحن لا نرى مانعا من الإبقاء على ما قصدت إليه المادة الثانية من الدستور ، بعد تعديلها بما يزيل عيوب الصياغة التى لحقت بها ، وأهمها الخلط بين المبادئ وبين المصادر . فلاشك أن المبادئ العامة الكلية للشريعة الإسلامية تنبع عن الفكرة العامة للوجود السائدة فى مصر ، ويمكن أن يستلهمها المشرع وكذلك القاضى دون أن يؤدى ذلك إلى المساس بالدولة المدنية فى مصر ، التى تقوم على أن الأمة هى

مصدر السلطات ، وأن كل ما يجرى على الأرض هو عمل بشري وعدل بشري ، سواء كان ذلك فى صورة تشريع ، أو حكم قضائى ، أو قرار ادارى ، أو عقد من العقود . فالعدل على الأرض هو عدل بشرى مصنوع ، وان كان يجب أن يستلهم المبادئ العامة لحقوق الانسان ، والمبادئ الكلية للشريعة الاسلامية ، التى لا تختلف فى شىء عن المبادئ الكلية للشرائع الدينية الأخرى ، ويستلهم كذلك العدل المطلق أو العدل فى ذاته أو القانون الطبيعى وهو جوهر القانون ، دون أن تخلط أبداً بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى، أن بين مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون ، أو بين مصادر القانون ومضمون القانون .

#### ١١- الصياغة الصحيحة المقترحة لنص المادة الثانية من الدستور :

والصياغة الصحيحة المقترحة للمادة الثانية من الدستور ينبغى أن تكون معبرة بصدق عما يقصده المشرع الدستورى ، وألا تكون معيبة تخلط بين مصطلحات دقيقة لا يجوز الخلط بينها ، وإلا فاتها تفقد كل قيمة لها حتى ولو جاءت فى الدستور . ويجب ألا تغرق هذه المادة فى بحر العواطف والانفعالات ، كما فعلت المادة الأولى من الدستور الصينى التى تنص على أن لتصين دولة ديمقراطية ديكتاتورية !! وهى تقصد بذلك أنها ديمقراطية شعبية تحكمها ديكتاتورية البروليتاريا . وكل هذا خلط لا يجوز أن يقع فيه المشرع الدستورى .

والنص المقترح الصحيح فى صياغته ، هو أن "على المشرع أن يستلهم المبادئ العلمية الكلية للشريعة الاسلامية" . فهذا هو المعنى الصحيح للمقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية ، الذى قال به الاستاذ السنهورى ، أثناء مناقشة المادة الأولى من القانون المدنى أمام مجلس الشيوخ . ولا يصح إلا الصحيح كما يقولون .

سمير تناغو

عزما عن