ورقة مقبولة للنشر في الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري، العدد القادم، 2019

بحث بعنوان:

الإشارة إلى الإسلام والشريعة في الوثائق الدستورية

وأثر ذلك على الحرية الدينية "دراسة مقارنة"

نوار بدير وعاصم خليل

قدم إلى مؤتمر "الدين والدولة" الذي تعقده المنظمة العربية للقانون الدستوري والجمعية التونسية للقانون الدستوري، بالتعاون مع "برنامج الدراسات القانونية الإسلامية: القانون والتغير المجتمعي" بكلية الحقوق بجامعة هارفرد.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

فهرس المحتويات

المقدمة.....3

1.الإطار العام للشريعة الإسلامية.....5

1.1 المفهوم الاصطلاحي للشريعة الإسلامية.....7

1.2 المفهوم القضائي للشريعة الإسلامية.....7

2. مكانة الشريعة الإسلامية في الهرم التشريعي وأثرها على الأقليات الدينية.....8

2.1 دلالة النص الدستوري 9

2.2 إلزامية النص الدستوري 23

الخاتمة.....26

المصادر والمراجع.....28

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

الملخص:

تسعى العديد من الدساتير الوطنية إلى تضمين معالم الدولة في النصوص الدستورية، ومن ضمنها طبيعة العلاقة بين الدين والدولة في ظل وجود تعددية دينية وثقافية. فاهتمت العديد من الدساتير العربية وبشكل صريح وقاطع بتضمين بعض النصوص التي تفيد بأن الإسلام دين الدولة ومبادئه مصدر رئيس للتشريع فيها، وما تبع ذلك العديد من الإشكاليات؛ بما تحتويه من دلالات ومعان حول مرتبتها ضمن القواعد القانونية في الدولة. وإن كانت ذات الدساتير تورد في بعض الأحيان بعض النصوص التي تفيد بالحرية الدينية – وإن كانت محصورة في ممارسة الشعائر الدينية – إلا أنها تؤثر بشكل أو بآخر على الممارسة الفعلية لهذه الحرية، وبالتحديد لبعض الطوائف الأخرى ومن ضمنها المسيحية، كما هو الحال في الحالة الفلسطينية؛ الأمر الذي يتطلب إعادة النظر في بعض النصوص والحقوق المنبثقة عنها.

المقدمة

تعد الوثيقة الدستورية إحدى مقومات دولة القانون القائمة على مبدأ سموّ الدستور، وتنبع أهمية هذا الدستور وضرورة تبنيه من تنظيمه الواقع السياسي في الدولة وسياستها الداخلية والخارجية، فضلًا عن تنظيم الحقوق والحريات وحمايتها، وإيضاح السلطات والعلاقة فيما بينهما. ويقصد بالدستور الوثيقة القانونية العليا في الدولة، التي تحتوي على مبادئ قانونية عامة تنظم نظام الحكم في الدولة، والسلطات والعامة واختصاصاتها والعلاقة بينها، وكذلك حقوق الأفراد الأساسية وحرياتهم، بما فيها الحرية الدينية (المحمصاني 1979، 38–39).

وتعاني الدول المستقلة حديثًا أو التي تتشكل بعد انتهاء مرحلة الاستعمار أو التي عاصرت مرحلة انتقالية من حكم إلى آخر من عدم قدرتها على تكييف الأنظمة السياسية ضمن حدود الدستور وانعكاساته؛ وتتميز الحالة

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

الفلسطينية بخصوصية عالية خلقت أزمة لديها؛ لتعدد الثقافات وتداخلها منذ نشأتها وحتى الوقت الحالي، نتيجة لما تعرضت له من احتلال واستعمار ووصاية واستيطان، وترسيخها لبعض المفاهيم المتعلقة بالدولة (عودة 2005، 35). وبالتالي فإن الدستور يشكل انعكاسًا للموروث السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي الذي عاصرته الدولة (الطماوي 1979، 13).

إن دراسة الوضع الدستوري الحالي في فلسطين يفرض علينا التعرض للعديد من القضايا المهمة، وتعد أكثرها إثارة للجدل طبيعة العلاقة بين الدين والدولة، خصوصًا في ظل وجود تعددية دينية وثقافية كما هو الحال في فلسطين. ولا بد من الإشارة إلى أن الآراء تنقسم حول طبيعة علاقة الدولة بالدين إلى توجه تقليدي يدعم سيطرة الدين على الدولة وهيمنتها، وجعله المصدر الأساسي بحيث يسمو على باقي القوانين؛ وآخر علماني ديمقراطي يدعو للفصل بينهما (سالم 2012، 17).

وتكمن إشكالية الدراسة في بحث مدى تأثير الصياغة الدستورية للشريعة الإسلامية على الحريات الدينية في الدولة وبالتحديد للطوائف المسيحية، وسنحاول في إطار ذلك الإجابة عن هذه الأسئلة:

1. ما التطورات الدستورية التي طرأت على الحالة الفلسطينية، بخصوص مكانة الإسلام في الدولة، وما الخيارات المتاحة أمامها في ظل وجود أغلبية مسلمة، ومقارنة ذلك بالتوجهات الدستورية في الحالة المصرية والتونسية؟
2. ما مدى توافق النص الدستوري الفلسطيني وكذلك المصري والتونسي، مع الفكر الليبرالي وأثره في ترسيخ حقوق الإنسان وحرياته، وبالتحديد الأقلية الدينية داخل الدولة؟
3. ما الوسائل المتاحة لحماية الأقليات الدينية من تجاوزات الأغلبية الدينية؟

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

وسيتم الاعتماد على المنهج التاريخي والوصفي والمقارن. ويهتم المنهج التاريخي بدراسة التطورات التاريخية والفكرية المؤثرة على صياغة النصوص الدستورية في فلسطين والدول المقارنة، أما المنهج الوصفي فسيعالج النصوص الدستورية ذات العلاقة بمكانة الدين في الدول وانعكاسها على الواقع العملي. وأخيرًا يخصص المنهج المقارن لمقارنة الحالة الفلسطينية مع المصرية والتونسية.

ولبلوغ ذلك المسعى، جرى تقسيم الدراسة إلى قسمين؛ الأول يتناول الإطار العام للشريعة الإسلامية ضمن بندين؛ يخصص الأول منهما لبحث المفهوم الاصطلاحي للشريعة الإسلامية، بينما يتعرض البند الثاني للمفهوم القضائي للشريعة الإسلامية. في حين يتناول القسم الثاني مكانة الشريعة الإسلامية في الهرم التشريعي وأثرها على الطوائف المسيحية ضمن بندين؛ الأول يتعرض لدلالة النص الدستوري الناظم لهذه المكانة، ويخصص البند الثاني لاستكشاف مدى إلزامية النص الدستوري المنظم لمكانة الشريعة في الهرم التشريعي بالتعرض لاتجاهات الفقهاء والقضاء الدستوري في ذلك.

1. الإطار العام للشريعة الإسلامية

مع استبعاد الدولة الدينية القائمة على نظرية الحق الالهي في الحالة الفلسطينية، نجد أن عملية تحضير القانون الأساسي الفلسطيني وتبنيه رافقه اختلاف بين موقفين رئيسين: فالبعض ينادي بضرورة اعتبار أن الإسلام دين الدولة الرسمي، واعتبار أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر تشريع رئيس فيها أو أساسي؛ على اعتبار أن الشعب الفلسطيني جزء من الأمة العربية الإسلامية، مع ضمان المساواة في الحقوق والواجبات بين المواطنين، بغض النظر عن الديانة أو العقيدة أو اللون أو الجنس. أما الفريق الآخر فيرى أن اعتماد أحكام الشريعة الإسلامية يتعارض بعض الأحيان مع الحقوق والحريات الواردة في المواثيق الدولية، وبالتالي مع مبادئ

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

الديمقراطية. ويؤكد أصحاب هذا الرأي ضرورة تبنّي نظام مدنيّ مستمد شرعيته من المواطنين المتساوين في الحقوق.

ولا بد من الإشارة إلى أن درجات التأييد والمعارضة تتراوح حول هذه النصوص، فالفريق المؤيد يتمسك بصياغة النص الوارد في القانون الأساسي الفلسطيني، باعتبار أن مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدر رئيس" للتشريع وليس "المصدر الرئيس"، ويقترحون إضافة نص يقيد المجلس النيابي بعدم اقرار مواد أو قوانين تتعارض مع روح الشريعة الإسلامية؛ ومنهم من يرى وفقًا لقناعتهم الدينية اعتبار الشريعة الإسلامية "المصدر الرئيس للتشريع" لتفوّقها على كافة القوانين وقدرتها على تنظيم الأمور الحياتية في مختلف المجالات. ويرى بعض مؤيدي هذا الفريق ضرورة تكوين المحكمة الدستورية العليا من عدد علماء من الشريعة الإسلامية، إلا أن نص المادة (4) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لم يشترط بأن يكون هنالك تمثيل لأي من علماء الشريعة الإسلامية. أما الفريق المعارض فيطالب بدولة حديثة تقوم على أساس الفصل بين السلطات الدينية والسلطة الدنيوية، ويرى بعضهم بضرورة أن تكون نصوص الدستور واضحة لا مجال للتأويل والتفسير فيها، وأما الآخرون من ذات الفريق المعارض وإن كان يعارض هذا النص إلا أنه لا يمانع من الاستفادة من الشرع الإسلامي في دراسة فلسفة صياغة القانون، دون أن يكون الحكم بين الفئات المتخاصمة (كايد 2000، 33-34).

وفي هذا القسم سنقوم ببحث الإطار العام للشريعة الإسلامية تمهيدًا لدراسة أثر صياغتها على الأقليات الدينية، من خلال بندين: يتناول الأول المفهوم الاصطلاحي للشريعة الإسلامية، ومن ثم ننتقل للمفهوم القضائي من تعريف الشريعة الإسلامية في البند الثاني من هذا القسم.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

1.1 المفهوم الاصطلاحي للشريعة الإسلامية

يثور التساؤل حول مفهوم الشريعة الإسلامية ونطاقها، فالمقصود بالشريعة الإسلامية من الناحية الاصطلاحية أحكام الدين، سواء المتعلقة بالعقيدة أو الأخلاق أو أفعال المكلفين بها، والمستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وتشكل المعنى الخاص للشريعة، وتختلف عن الفقه الإسلامي الذي يقتصر على أحكام الشريعة العملية المتعلقة بالتحديد بأفعال المكلفين بها، دون شمولها أحكام العقائد أو الأخلاق. وقد تخلط العديد من التشريعات بين هذه الألفاظ فيستعمل المشرع الشريعة الإسلامية ذات المعنى العام ويكون المقصود به الخاص "الفقه" (الشافعي 2003، 7–11).

وتشمل مبادئ الشريعة الإسلامية العقيدة والشريعة؛ فالأولى تهتم بالإيمان الوجداني والداخلي، أما الشريعة فتشمل أصول الأحكام المتعلقة بعلاقة الفرد بربه وعلاقة الفرد بغيره من الأفراد، وكذلك علاقته مع الكون (الشريف 1989، 334).

1.2 المفهوم القضائي للشريعة الإسلامية

لم يتعرض القضاء الدستوري في فلسطين لمفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية بشكل مباشرة، وكذلك لا تتوفر قضايا كافية تؤهلنا معرفة توجهات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بخصوص معالم مبادئ الشريعة الإسلامية أو حدودها. ولكن بسبب الشبه بين صياغة النص الدستوري المصري والفلسطيني المتعلق بمكانة الشريعة الإسلامية، وكذلك التشابه بين الاختصاصات المحددة للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ومقابلها المحكمة الدستورية العليا المصرية، نتوقع أن يكون للمحكمة الدستورية في فلسطين ذات التوجهات التي توصلت إليها المحكمة الدستورية في مصر؛ الأمر الذي يلزمنا الاحتكام إليها كلّما لزم الأمر.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

أما بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية فقد حسم القضاء الدستوري المصري مفهومها باقتصارها على المبادئ القطعية الثبوت دون الأحكام الظنية أو الاجتهادية، وجاء في حكمها رقم (5) لسنة 8 قضائية، بتاريخ 1996/1/6، وحكمها رقم (7) لسنة 8 قضائية، بتاريخ 1993/5/15، وكذلك الحكم رقم (16) لسنة 19 قضائية، بتاريخ 1998/6/6، ما يأتي: "إن قضاء المحكمة الدستورية العليا اطرد على اعتبار أن مبادئ الشريعة الإسلامية في المادة (2) بعد تعديل عام 1980، تعتبر المصدر الرئيسي للتشريع، ويتمخض عنه قيد يجب على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل، فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، ويقصد بالأحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية في إطارها العام وركائزها الأصلية، التي تفرض متطلباتها دومًا بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك انكارًا لما علم من الدين بالضرورة، ولا تشمل الأحكام الظنية غير الثابتة بدلالتها أو الآراء الاجتهادية في المسائل المختلف عليها" (حافظ 2008، الجزء الثالث، 1724-1735).

وبالتالي فإن اتجاه القضاء الدستوري المصري في تكييفه لمبادئ الشريعة الإسلامية يعتمد على الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها ومبادئها الكلية وأصولها الثابتة، التي لا تحتمل أي اجتهاد أو اختلاف فقهي، والنص التشريعي المخالفة لذلك يخضع للرقابة الدستورية.

2. مكانة الشريعة الإسلامية في الهرم التشريعي وأثرها على الأقليات الدينية

تبنت العديد من الدساتير وبشكل صريح وقاطع بعض النصوص التي تفيد بأن الإسلام دين الدولة ومبادئه مصدر رئيس للتشريع فيها، وتثير هذه النصوص العديد من الإشكاليات بما تحتويه من دلالات ومعان حول

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

مرتبتها ضمن القواعد القانونية في الدولة، ومدى تأثيرها على الحريات الدينية الأخرى في الدولة، ومدى إمكانية اعتبارها مرجعًا للرقابة الدستورية على التشريعات.

وفي هذا القسم سنقوم ببحث مكانة الشريعة الإسلامية في الهرم التشريعي الداخلي وأثرها على الحريات الدينية، من خلال بندين: يتناول الأول دلالة النص الدستوري، ومن ثم ننتقل لدراسة إلزامية النص الدستوري في البند الثاني من هذا القسم.

2.1 دلالة النص الدستوري

تضمنت الدساتير بشكل عام العديد من النصوص المتعلقة بالديانة المعتمدة لدى الدولة وكذلك مصادر التشريع المختلف فيها، واختلف الفقهاء في اعتماد النص الدستوري المتعلق باعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا رئيسًا للتشريع، واعتبروا أن أثره رمزي أكثر منه عملي؛ وذلك لأن النص يشير إلى كلمة "مبادئ" وليس "الشريعة الإسلامية"، وعلى الرغم من غموض هذا النص لعدم القدرة على تحديد ماهية "مبادئ الشريعة الإسلامية" إلا أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قررت بأنها تنحصر بالقواعد القطعية في الإثبات والدلالة فقط، كما أسلفنا سابقًا.

وتباينت دساتير الدول العربية والإسلامية فيما إطار تنظيم الدستور لمكانة التشريع؛ فمنها تنص على أن الشريعة الإسلامية هي "المصدر الرئيس للتشريع" ومن الأمثلة عليها دستور كل من مصر وقطر، وأخرى تستخدم صياغة مختلفة بالنص على أن الشريعة الإسلامية هي "مصدر رئيس للتشريع" كدستور الكويت، والبحرين والإمارات العربية المتحدة، وكذلك القانون الأساسي الفلسطيني، وبعض الدساتير من ناحية أخرى لم تتطرق لهذه المسألة واقتصرت على اعتبار أن الإسلام دين الدولة دون التعرض للشريعة الإسلامية ومنها الدستور التونسي، والمغربي والجزائري.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

وفي الحالة الفلسطينية أشار القانون الأساسي والمسودة الثانية والثالثة والرابعة ضمن نصوصه أن "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع" في فلسطين، أما المسودة الأولى لمشروع الدستور الفلسطيني فقد أضافت لها "ال" التعريف، بحيث تصبح "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع"، وعادت المسودة الرابعة لتتخذ ذات الاتجاه المتبع في القانون الأساسي، باعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا رئيسًا للتشريع، بل وأضافت بعض الضمانات المتعلقة بحقوق الأقليات الدينية في فلسطين وبالتحديد الطائفة المسيحية، وذلك حين نصت المادة (13) على: "للمسيحين ولأتباع الرسالات السماوية تنظيم أحوالهم الشخصية وشؤونهم الدينية وفقًا لشرائعهم ومللهم الدينية في إطار القانون، وبما يحفظ وحدة الشعب الفلسطيني واستقلاله"، ولم تخصص المسودات الثلاث الأولى بنودها للحديث عن الطائفة المسيحية كما هو الحال في المسودة الرابعة، وإنما شملت كل الرسالات السماوية، وبالتالي تفترض هذه النصوص تطبيق قانون ديني في قضايا الأحوال الشخصية تسنّه السلطة التشريعية وفقًا لكل مذهب ديني معتمد. واعتبر البعض أن إضافة مصطلح في "إطار القانون" يقترب من جعل القانون الديني تابعًا للقانون العلماني، ويقيد ضمان ممارسة الحقوق للأقليات الدينية (براون 2003، 6-7).

ويصف البعض هذه القيود بأنها "نصوص استرداد" بموجبها تمارس السلطات صلاحية استرداد الحقوق الدستورية، ومنها المتعلقة بحرية ممارسة العقيدة، واحترام الديانات المختلفة وبالتحديد المتعلقة بالديانة المسيحية، بتبني تشريعات تخالف كل المقاصد من هذه الحقوق أو تحدد إطارها (المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 2014، 14).

وما تجدر الإشارة إليه خلو نصوص المسودة الثالثة من مشروع الدستور الفلسطيني من أي نصوص تتعلق بإقامة محاكم دينية منفصلة شرعية وأخرى نظامية، كما هو الحال في القانون الأساسي والمسودات السابقة،

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

فالقانون الأساسي اقتصر النص على: "المسائل الشرعية والأحوال الشخصية تتولاها المحاكم الشرعية والدينية وفقًا للقانون". وبالتالي تتمتع هذه الطوائف المعترف بها باستقلاليتها، ويمنحها القانون تنظيم شؤون رعاياها في قضايا الأحوال الشخصية، كل حسب انتمائه الديني، إلا أن هذه الاستقلالية مرتبطة بالاعتراف بالطائفة المنتمي إليها الأفراد (خليل 2012، 19–22).

وعليه فإن المسودة الثالثة من شأنها أن تفتح المجال لإلغاء المحاكم الدينية المنفصلة، ودمج عملها ضمن النظام القضائي النظامي، كما هو الحال في مصر (براون 2003، 6–9)، إلا أن المسودة الرابعة تداركت الأمر، وذلك بالنص صراحة على إنشاء قضاء ديني كنسي للطوائف الدينية غير المسلمة، على أن ينظم اختصاصات هذا القضاء أحكام قوانين تتبناها السلطة التشريعية، وجاء في نص المادة (244) من المسودة الرابعة للدستور: "ينشأ بقانون قضاء ديني، وبما لا يتعارض مع أحكام المادة (13) من هذا الدستور. ويختص القضاء الديني بمسائل الأحوال الشخصية، والمسائل المتعلقة بالأوقاف الدينية، ومسائل الدّية على النحو الآتي: 1. المحاكم الدينية الشرعية وتفصل وحدها وفق القوانين الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وفي الأمور المتعلقة بالأوقاف الإسلامية وقضايا الدّية، وفقًا لما تحدده القوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية. وينشئ القانون مجلسًا أعلى للقضاء الشرعي ويحدد طريقة تشكيله واختصاصاتها. 2. القضاء الديني الكنسي للطوائف الدينية لغير المسلمين والمؤسسة مجالسها الطائفية في دولة فلسطين أو تعترف بها دولة فلسطين. وينظم القضاء الديني الكنسي وفقًا لأحكام القوانين الفلسطينية التي تصدر خاصة بها. 3. تحدد القوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية للمسلمين والقوانين الخاصة بمحاكم مجالس الطوائف الدينية لغير المسلمين اختصاصات تلك المحاكم وشروط تعيين قضاتها وأصول المحاكمات أمامها"، وهذا قد يعرض تلك الحقوق إلى تقييدات أو

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

اعتداءات، كما أسلفنا سابقًا؛ لتحديد القانون الأساسي وكذلك مسودة الدستور لإطار تنظيمها بموجب قانون، دون إيراد الحد الأدنى من القيود الحامية لهذه الطوائف.

أما بالنسبة إلى الدستور المصري فالمتتبع لتاريخه يرى أنها نصت على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدرًا رئيسًا للتشريع" في دستور عام 1971، إذ كانت السلطة الحاكمة في ذلك الوقت تحاول مواكبة التطورات السياسية واستعمال الدين لأغراض سياسية، وغطاء لتبرير هذه السياسية، على اعتبار أنها نصوص شكلية لا تأثير لها على التشريعات، واعتبار أن مبادئ الشريعة الإسلامية بمنزلة مبادئ إنسانية عامة (الطويل 2012، 202). وتم تعديله في عام 1980 ليصبح "المصدر الرئيس للتشريع" وتم تقديم العديد من الاقتراحات حول مشاريع بعض القوانين لتنسجم مع الشريعة الإسلامية، إلا أن المشاريع لم تظهر إلى الآن، وكذلك دستور العام 2012 و2014 اعتبر نص المادة (1) منه على أن "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع فيها". وأضافت نصوص الدستور لعام 2012 في المادة (219): "إن مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتبرة في مذاهب أهل السنة والجماعة". في حين خلت نصوص الدستور لعام 2014 من هذا النص.

يدعي البعض بعدم وجود اختلاف بالصياغات المستخدمة سواء أكانت "مصدر" أو "المصدر"؛ لأن وصف الدستور لأحد المصادر الموضوعية للتشريع بأنه مصدر رئيس يدل على أنه يعتبر المصدر الرئيس الوحيد، طالما لم ينص الدستور على مصادر أخرى، فسواء أكانت "مصدر" أو "المصدر" فهي تحتل مرتبة عليا بالنسبة للمصادر التي لم يذكرها الدستور. وآخرون يؤكدون اختلاف أثر صياغة كل منهما، و"المصدر" يعتبر أنها أحد المصادر الرئيسة للتشريع وليس وحدها (الشريف 1989، 345). بينما مصطلح "المصدر" بموجبه تعتبر هذه المبادئ مصدر رسمي للتشريع له الأولوية بين كافة المصادر الموضوعية، وبالتالي لا يجوز للتشريع

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

الوضعي اللاحق لصدور الدستور مخالفة أحد الأحكام القطعية الواردة بالشريعة الإسلامية وإلا حكم بعدم دستوريته، ويعتبر لاغيًا، فالمشرع ملزم عند تبينه للتشريعات الاحتكام للشريعة الإسلامية دون غيرها، وإذا خلت من الأحكام القاطعة في الثبوت والدلالة يتم اللجوء إلى وسائل استنباطها من المصادر الاجتهادية، وبالتالي فإن المشرع ملزم بكل الأحوال الاستناد على مصادر الشريعة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة (شلبي 1980، 38). وهو ما تبنته المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي للعام 1962، التي جاء فيها: "أن وصف الرئيس يترتب عليه عدم جواز الأخذ من مصدر آخر غير الشريعة الإسلامية مما لها حكم فيه".

وبالرجوع إلى الدستور التونسي- كمثال على دول المغرب العربي- نجد أنه لا يتضمن أي نص لاعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع، أو على ضرورة امتثال القوانين والتشريعات لها، سواء قبل الثورة أو بعدها. ومنذ اعتماد دستور عام 1959 اقتصرت نصوصها على اعتبار أن الإسلام دين الدولة، كأثر رمزي فقط؛ للتخفيف من حدة المعارضة الشعبية المحتملة لنصوص الدستور، ويرجح البعض أن السبب الرئيس في عدم تضمين دساتير دول المغرب العربي اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع فيها هو تأثّرها بما أفرزته أوروبا وبالتحديد فرنسا، وقيام نظامها على أساس نموذج كلسن، كما وتجنب الرئيس "الحبيب بورقيبه" الإشارة -ضمن نصوص الدستور التونسي- الاعتماد على النظام القانوني الإسلامي؛ لاعتقاده أن التخلف في مجالات التنمية في دول المغرب العربي، مقارنة بأوروبا، يرجع في إطار منه إلى مقاومة القوى الإسلامية للحداثة (ايبلارد 2012، 162-165).

ووفقًا لاتجاهات بعض الفقهاء فإن الإشارة فقط إلى اعتبار "الإسلام دين الدولة" كما هو الحال في الدستور التونسي، لا يكفي وحده للالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريعات، ويهدف بشكل أو بآخر إلى اعتبار أن الدولة لا تتبنى العلمانية، وأن معظم شعبها أو كله يعترف بهذه الديانة (سامي الدين 1986، 123).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

ولا يمكن إلزام المشرع بها، ولكن تلجأ محاكمها بالعادة إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند انعدام النصوص القانونية (حسن 2017، 5).

ومع ذلك يبقى النص الفلسطيني والمصري أخف حدة، مقارنة مع نصوص أكثر خطورة من حيث الحرية الدينية، كما هو الحال في السعودية التي تعتبر أن "الشريعة مصدر للدستور"؛ حيث نصت في المادة (1) على: "ودستورها كتاب الله وسنة رسوله". هذا ويقوم النظام الأساسي في السعودية على الشريعة والقرآن والسنة كمصدر للتشريع ويعود ذلك للاتفاق بين الشيخ محمد بن عبد الوهاب والأمير محمد بن سعود، على إنشاء إمارة دينية وسط الجزيرة العربية، تطبق الإسلام وفقًا لمنهج الشيخ محمد بن عبد الوهاب، واستمر في ذلك حتى أسس الملك عبد العزيز المملكة، وأكد اعتماد الشريعة الإسلامية في الحكم والمعاملات والأنظمة، وبالإضافة إلى فرضها الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية في كافة مناحي الحياة، بدون التعرض للآليات التي تتيح ذلك، وتمنح الملك المرجعية الأساسية للسلطات في الدولة، وتمنحه الصلاحيات المطلقة بالتعيين والعزل. (الطويل 2012، 191-198)

إضافة إلى ذلك، فإن بعض الأقليات الدينية وبالتحديد "الشيعة" في المملكة العربية السعودية قد يواجهون التمييز في الممارسات الدينية والتعليم أو حتى في تولي الوظائف، كما لا يوجد لهم نظام تقاضي خاص بهم وفقًا لمذهبهم، وإنما يحاكمون أمام المحاكم الشرعية للمذاهب المعترف بها. وانطلاقًا من ذلك لا يجوز لغير المسلمين ممارسة أي شعائر لعبادتهم الدينية فيها. (الطويل 2012، 206) كما ونصت في المادة (7) على: "الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله. وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة".

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

ويعتقد جانب من الفقهاء أن إيراد مثل هذه النصوص الواردة في القانون الأساسي الفلسطيني والدستور المصرية والمتعلقة بمكانة مبادئ الشريعة الإسلامية "كمصدر" أو "مصدر" للتشريع لا يؤدي بشكل تلقائي إلى تحويل الدولة من مدنية إلى دينية، أو حتى الانتقاص من حقوق الأقلية الدينية الأخرى في الدولة، وإنما جاءت هذه الصياغات للتناسب مع الظروف السياسية المرتبطة بعملية الصراع السياسي بين النظم الحاكمة وجماعات الإسلام، وتجاوز الأنظمة الاستعمارية التي عاصرتها مسبقًا، ولتأكيد الخصوصية الثقافية والدينية لكل دولة، وما يدلل على ذلك بأن لكل طائفة دينية في الدولة أحكامها المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية وفقًا لشرائعهم الدينية وتعدد مذاهبهم وطوائفهم. (فرحات 2012، 137–139).

وبالتالي فإن هذا الادعاء يفيد بأن اختصاص الشريعة الإسلامية يحدده القانون الوطني، وبمعنى آخر أن الطابع الإلزامي للشريعة الإسلامية يتأتى من الإرادة العلمانية وفكرها وفقًا لادعائهم، إلا أن هذه النصوص الدستورية غير المحددة لمكانة الشريعة الإسلامية ذات أثر على حقوق الإنسان وحرياته، سواء للمسلمين أو غير المسلمين؛ فالقاضي يستخدم الشريعة الإسلامية ويفسرها في القضايا المعروضة عليه وفقًا لمعتقداته ورؤيته للحالة المعروضة عليه (خليل 2013، 46–47). وكما أشرنا سابقًا بأنه لا يشترط في عضوية قضاة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية توفر علماء من الشريعة الإسلامية، وبالتالي تكون مهمة تفسير النص المتعلق بمكانة الشريعة الإسلامية في فلسطين مهمة قضاة المحكمة أنفسهم كما هو الحال في مصر.

وفي اتجاه معاكس يرى جانب من الفقهاء أن اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للدستوري يستهدف استبعاد احتكام غير المسلمين لأحكامهم أو شرائعهم الدينية، وإن كان لكل طائفة أو أقلية دينية داخل الدولة المصرية قوانين أحوال شخصية خاصة بها، ويعتقد البعض أن الهدف من ذلك إحداث ضغوط مستقبلية لتعديل هذه القوانين الخاصة بالطوائف الدينية، وتحويل الدستور لخدمة أهداف ومصالح معينة لهذه الطائفة (الفتاح

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

2013، 413). كما أن إلزام السلطة التنفيذية عند إصدارها للقوانين الاستناد إلى المبادئ التشريعية – القطعية في الإثبات والدلالة – يقابلها معضلة أساسية في تطبيقه تتعلق بعدم القدرة على إثبات اعتماد القانون على هذه المبادئ من عدمها؛ لأنها غير مقننة، ولعدم وجود جهة قانونية مختصة بتفسيرها (براون 2003، 6). وتلزم هذه النصوص السلطة التشريعية بعدم مخالفة القوانين لهذه المبادئ، وقد تبنت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذا الرأي على اعتبار أن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للسلطة التشريعية، وأي قانون مخالف لها يحكم بعدم دستوريته، وأضافت أن مبادئ الشريعة الإسلامية لا تعد قوة إلزامية إلا إذا تدخل المشرع وقننها (الطويل 2012، 220).

وإضافة إلى ذلك تضمنت العديد من النصوص الدستورية ما يفيد بتحديد الدين المتبع في الدولة، وانتهجت معظم الدساتير العربية باعتماد الإسلام الدين الرسمي للدولة، واعتبر البعض أن منح الإسلام هذه المرتبة يعد أمرًا طبيعيًا في دول العالم العربي؛ لأنه يشكل عنصرًا ثابتًا في النصوص العربية منذ مطلع القرن العشرين، كما ويدحض أي حجج بشأن عدم الاعتراف بالدين الإسلامي (براون 2003، 6). ولا يترتب بالضرورة على ذلك أن تتحول الدولة من مدنية إلى دينية؛ لأنها لا تؤدي إلى إحداث انقلاب في النظام التشريعي (الخطيب 2012، 289)، وتعتمدها الدساتير كنوع من الاعتراف الدستوري بالإرث الإسلامي للأكثرية (الخالدي 2004، 99–112). ومن جانب آخر اعتبره البعض بأنه نهاية الدولة العلمانية وبداية "أسلمة" المجتمعات، مشار إليه في: (خليل 2015، الإطار، 209). ومع ذلك فإن اعتبار الإسلام دين الدولة لا يشكل أي خطورة بحدّ ذاته، طالما تم معاملة المواطنين دون تمييز، مع السماح لهم بممارسة شعائرهم الدينية، والوصول إلى أماكن العبادة لهم (خليل 2015، عملية، 124). وتنص بعض الدساتير العالمية – دون اقتصارها على الإسلامية – على العديد من النصوص الدينية أو المذهبية، فالمادة الأولى من الدستور اليوناني ورد فيها "أن المذهب الرسمي

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

لأمة اليونان هو مذهب الكنيسة الأرثوذكسية والشرقية"؛ أما المادة الأولى من الدستور الدنماركي فتنص على: "أن الكنيسة الإنجيلية اللوثرية هي الكنيسة المعترف بها في الدنمارك" (الخطيب 2012، 219).

وتتنوع صياغة الدساتير العربية الناظمة للعلاقة بين الدولة والدين في الدول ذات الأغلبية المسلمة؛ فمنها من تنص بشكل صريح على اعتبار أن "الدولة إسلامية" أو أن "الإسلام دين الدولة" كما هو الحال في الأردن ومصر والكويت والمغرب واليمن والإمارات العربية المتحدة وغيرها كثيرة؛ وأخرى تخلو من الإشارة إلى أي طابع ديني، ومن الأمثلة عليها الدستور اللبناني وكذلك السوري.

وبالتالي تختلف الصياغات المنظمة للإسلام بصفته دينًا، فالمادة (4/1) من القانون الأساسي الفلسطيني أكدت اعتبار أن الإسلام الدين الرسمي في فلسطين، ولسائر الديانات السماوية احترامها وقدسيتها. في حين أضافت المسودة الرابعة لمشروع الدستور الفلسطيني بعض الضمانات التي تفيد حماية الديانات الأخرى في فلسطين، وبالتحديد المتعلقة بالطوائف المسيحية، وجاء نص المادة (12) منها، على ما يأتي: "الإسلام هو الدين الرسمي في فلسطين. وللمسيحية وسائر الرسالات السماوية قدسيتها واحترامها، ويكفل الدستور للفلسطينيين أيًا كانت عقيدتهم الدينية المساواة في الحقوق والواجبات. وتكفل الدولة حرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية، وتلتزم بنشر قيم الاعتدال والتسامح، وتعمل على حماية المقدسات ودور العبادة".

وتجدر الإشارة إلى أن المتتبع لتاريخ الوثائق الدستورية الفلسطينية يجد أن الميثاق الوطني الفلسطيني لعام (1968) وإعلان الاستقلال لعام (1988)، وحتى النسخ الأولى للقانون الأساسي؛ قد خلت من النص على أن الإسلام دين الدولة؛ ويرى البعض أن السبب في هذا التغيير لما عرف عن حركة فتح ومنظمة التحرير بشكل عام كونها "علمانية". (خليل 2015، الإطار، 208).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

وكذلك اتبع النص في الدستور المصري ذات النهج المعتمد في القانون الأساسي الفلسطيني، فالمادة (2) من دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014، وذات المادة من دستور عام 2012، تنص على أن: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع". وسبقتها كذلك المادة (1) من الإعلان الدستوري المصري لعام 2011، بالنص على: "جمهورية مصر العربية دولة نظامها ديموقراطي يقوم على أساس المواطنة، والإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتبرة في مذاهب أهل السنة والجماعة، المصدر الرئيس للتشريع"، وبذلك نجد أن المادة (1) من الإعلان الدستوري المصري وضحت مفهوم الشريعة الإسلامية ومبادئها بشكل محدد ضمن نصوص الدستور، وبالمجمل فإن هذه النصوص قد تعرض الحريات الدينية من غير ذي الطائفة المسلمة للانتهاك والتقييد.

ونود التأكيد بأن النصوص الدستورية والوثائق القانونية المصرية بدأت بالنص على اعتبار أن الإسلام دين الدولة عند صدور دستور عام 1923، وما تبعه من دساتير لاحقة حتى عام 2014، وتم إغفال النص عليها في دستور الجمهورية العربية المتحدة المؤقت لعام 1958 والإعلان الدستوري لعام 1962 (فرحات 2012، 135-136).

بينما وردت في المملكة السعودية بأنها: "المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله"؛ وكذلك الأمر المادة (2) من دستور الكويت لسنة 1962، المنشور بتاريخ 1962/11/11، على: "دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع". أما الدستور التونسي "الإسلام دينها" حين نصت على: "تونس دولة حرة مستقلة ذات سيادة الإسلام دينها والعربية لغتها والجمهورية نظامها" وأضافت "لا يجوز تعديل هذا الفصل".

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

ونلاحظ أن النص الوارد في القانون الأساسي الفلسطيني والدستور المصري يعترف بشكل ضمني بوجود أديان أخرى غير رسمية وفقًا لظروف مجتمعاتها، في حين أن صيغة النص في السعودية تدل على الشمول والحصر والتقييد. وبهذا تعتبر الإشارة للإسلام في فلسطين من بين الصياغات المقبولة والتي لا يكون لها – بالضرورة – أثر سلبي على الديانات الأخرى في فلسطين.

وفي ذات السياق تضمنت نصوص القانون الأساسي الفلسطيني حرية ممارسة العقيدة والشعائر الدينية وحرية العبادة والضمير (الخطيب 2012، 308)، إلا أنها حصرت ممارستها بالديانات التوحيدية الثلاث فقط، الإسلامية والمسيحية واليهودية (خليل 2013، 48)، وفي إحدى القضايا تم فسخ عقد زواج شرعي لزوجين فلسطينيين بدعوى "الردة"؛ لكونهما ينتميان للطائفة الأحمدية، والتي اعتبرها القاضي طائفة خارجة عن الديانة الإسلامية، بالتالي فإن ممارسة الشعائر الدينية محصورة فقط بالديانات السماوية الثلاث، ولا يجوز الاعتراف بغيرها.

وكذلك قيدت ممارسة تلك المشاعر بمصطلحات فضفاضة، وحصرتها بعدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة، الأمر الذي يمنح الإدارات التنفيذية والأجهزة المختلفة صلاحية التدخل في ممارسة هذه الشعائر الدينية، لدرجة قد تصل إلى الاعتداء عليها، في ظل غياب دور فاعل لقضاء فلسطيني مستقل، يتولى أولًا تفسير هذه النصوص وما فيها من غموض، وحماية الحقوق الواردة في الدستور ثانيًا، وندعم ذلك بأن المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية في الحكم رقم (2010/2)، والصادر بتاريخ 2011/3/14، حكمت برد الدعوى التي تقدم بها الزوجان اللذان حكم القاضي بفسخ عقد زواجهما بدعوى "الردة"؛ لعدم صحة الخصومة في الدعوى الدستورية السابقة الذكر.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

وبالتالي ما زالت الحرية الدينية محصورة في حرية ممارسة الشعائر الدينية والمعتقد، ويُراد بحرية المعتقد حماية حق الإنسان في اعتناق دين أو عقيدة معينة أو اتخاذ موقف سلبي من الأديان وعدم الإيمان بأي دين (شطناوي 2002، 337–338)، وكذلك حق الإنسان في ممارسة الشعائر الدينية الخاصة به.

أما على المستوى الدولي، فقد تعرضت العديد من المواثيق والإعلانات الدولية للحرية الدينية، ونظمتها بموجب أحكامها، ومنها ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وكذلك الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، واتفاقيات منظمة العمل الدولية، واتفاقيات أخرى متعددة. وقد صادقت فلسطين على العديد من الاتفاقيات ذات العلاقة بالحرية الدينية، وفي مقدمتها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؛ الأمر الذي يترتب عليه تحمّل الالتزامات الدولية بموجبها. إلا أننا نلاحظ بأن صياغة هذا الحق في المواثيق الدولية بشكل عام، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بشكل خاص جاءت بنطاق شامل وعام وموسع؛ لضمان ممارستها من كافة الديانات أو الطوائف، دون اقتصارها على الديانات السماوية الثلاث، فالمادة (18) من العهد نصت على: "1. لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة. 2. لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره"، بينما نجد أن القانون الأساسي الفلسطيني _كما أشرنا سابقًا_ قد حصر ممارسة حرية المعتقد بالديانات السماوية الثلاث، بما يخالف النص السابق. وكذلك أجازت المواثيق الدولية، ومنها المادة (18) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وكذلك المادة (18) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أجازت للفرد تغير دينه كإحدى صور الحرية الدينية، وهو غير وارد في فلسطين بالنسبة للمسلم الذي يود تغير ديانته إلى

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

المسيحية، بل ويعتبر مرتدًا عنها. وبالتالي يمكن القول بأن النصوص الدستورية الفلسطينية المتعلقة بالحرية الدينية غير موائمة للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها فلسطين؛ الأمر الذي يخلق إشكالية في تطبيقها، في ظل عدم وضوح مكانة هذه الاتفاقيات في النظام القانوني الفلسطيني؛ حيث خلت نصوص القانون الأساسي من التعرض لمرتبتها، باستثناء المادة (10) التي تنص على: "1- حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام. 2- تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان".

ولا بد من الإشارة إلى أن نصوص القانون الأساسي تضمنت العديد من البنود التي تؤكد احترام الديانات السماوية وقدسيتها، وأن معنى "الاحترام" غير كافٍ في بلد تنوي معاملة مواطنيها بالمساواة دون تمييز (خليل 2005، 15-16)، على الرغم من اقتصارها على الديانات الثلاث.

ونضيف إلى ذلك أن نصوص القانون الأساسي، وبالتحديد في المادة (9) منه، تقول: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"، فهذا النص يؤكد ضرورة المساواة وعدم التميز بين الرجل والمرأة أو بين دين وآخر، بما يتفق مع المواثيق الدولية، ومنها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وغيرها كثيرة، التي شددت على ضرورة المساواة دون التمييز لأي سبب. إلا أن بعض النصوص التشريعية الفلسطينية ذات العلاقة بالحرية الدينية تجسد تمييزًا بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بديانة الطرف الآخر، فمثلًا المادة (33) من قانون الأحوال الشخصية الأردنية للعام 1976 والمطبق في الضفة الغربية، اعتبر أن زواج المسلمة بغير المسلم باطل، بينما لم يعتبر زواج المسلم من غير المسلمة كذلك، فالنص ميّز بين زواج المسلمة من غير مسلم وزواج المسلم من غير المسلمة، واعتبر الأول باطلًا، بينما اعتبر الثاني صحيحًا، وبالتالي لا

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

تستطيع المرأة المسلمة أن تسجل زواجها في حال انعقاده على غير مسلم. فهذا النص يخالف القانون الأساسي الفلسطيني، وكذلك يخالف الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها فلسطين؟؟؟ الالتزامات الدولية المترتبة عليها، ومن غير المتوقع أن تتجه المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، إن تعرضت في إحدى قضاياها المستقبلية لإحدى هذه المواضيع، أن تحكم بما يخالف النص الوارد في المادة (33) من قانون الأحوال الشخصية، الأمر الذي يؤدي إلى انتهاك حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية.

أما بالنسبة للدستور المصري فقد نصت المادة (43) من دستور عام 2012 على: "حرية الاعتقاد مصونة. وتكفل الدولة حرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة للأديان السماوية، وذلك على النحو الذي ينظمه القانون"، والمادة (44) نصت على: "تحظر الإساءة أو التعريض بالرسل والأنبياء كافة". أما دستور عام 2014 وإن اتفق بتنظيم حرية ممارسة الشعائر الدينية وفقًا لحدود القانون، إلا أنه جاء بصيغة أخرى مختلفة عن سابقه، ونص على: "حرية الاعتقاد مطلقة وحرية ممارسة الشعائر الدينية؟؟؟؟ إقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية حق ينظمه القانون" (حافظ 2008، الجزء الثالث، 1715–1724). وأكدت المادة (53) على المساواة بين المواطنين في الحقوق والحريات والواجبات دون أي تمييز بينهم، ومن ضمنها عدم التمييز بسبب الدين أو العقيدة.

أما الدستور التونسي فقد نظم حرية العقيدة في النص الآتي: "تضمن الجمهورية التونسية الحريات الأساسية حقوق الإنسان في كونيتها وشموليتها وتكاملها وترابطها. تقوم الجمهورية التونسية على مبادئ دولة القانون والتعددية وتعمل من أجل كرامة الإنسان وتنمية شخصيته. تعمل الدولة والمجتمع على ترسيخ قيم التضامن والتآزر والتسامح بين الأفراد والفئات والأجيال. الجمهورية التونسية تضمن حرية الفرد وحرية المعتقد وتحمي حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام"، وتم تعديلها في دستور عام 2014 بالفصل السادس،

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

لتصبح كالتالي: "الدولة راعية للدين كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية ضامنة لحياد المساجد ودور العابدة عن التوظيف الحزبي، وتلتزم الدولة بنشر قيم الاعتدال والتسامح وبحماية المقدسات ومنع النيل منها، ما تلتزم بمنع دعوات التكفير والتحريض على الكراهية والعنف والتصدي لها".

2.2 إلزامية النص الدستوري

البعض يرى بأن المادة المتعلقة باعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع بموجبها يتعين على المشرع الالتزام بها والتقيد بأحكامها، وإلا اعتبر منتهكًا للدستور، وآخرون يعتبرون بأنها تشكل خطابًا للمشرع فقط دون القضاء؛ لإجراء مراجعة على التشريعات القائمة ومتابعة مدى ملاءمتها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وضرورة صدور التشريعات الجديدة بما يتفق معها، أي أن هذه المبادئ غير ملزمة بذاتها ولا تتمتع بقوة القواعد القانونية، إلا إذا تدخل المشرع ونظمها بموجب قوانين (الشريف 1989، 230). ويستند أنصار هذا الرأي إلى قرار المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري، الذي جاء فيه: "تنص المادة الثانية من الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع، ولا جدال في أن الخطاب في هذا النص موجه إلى السلطة التشريعية، فعليها دراسة الشريعة الإسلامية دراسة شاملة، ومراعاة الإبقاء على ما ورد فيها من مبادئ عامة شاملة وأحكام تشريعية كلية، مع بيان إجراءات الإثبات المتعلقة بها ووسائل تنفيذها وما إلى ذلك، وفي إطار هذه الأسس العامة تتولى بتنظيم الأحكام التفصيلية مدنية كانت أو جنائية أو اقتصادية أو دولية وغيرها، وإلى أن ينبثق هذا النظام التشريعي الكامل ويستكمل قوته الملزمة، فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة؛ بحيث يتعين على المحاكم تطبيقها توصلًا للفصل في المنازعات التي ترفع إليها، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى تضارب الأحكام واضطراب ميزان العدالة مع المساس في ذات الوقت بأحد المبادئ الدستورية الأصلية وهو مبدأ الفصل بين السلطات" (البر 2003، 136). وبالتالي يظل العمل بنصوص التشريعات وإن كانت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية حتى يتم تبني قوانين جديدة متفقة معها، والقول بغير ذلك سيرتب فراغًا

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

تشريعيًّا وانهيار المنظومة القانونية؛ لعدم وجود قواعد قانونية للاحتكام إليها. واتجاه آخر يرى بأن مبادئ الشريعة الإسلامية تعد مصدرًا موضوعيًا ليس أكثر؛ وبموجبها يتمتع المشرع بسلطة تقديرية على استنباط القواعد منها أو من أي مصادر أخرى، وغير مقيدة في ذلك بمبادئ الشريعة الإسلامية، ولا يجوز الطعن بعدم دستورية التشريع المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية (الشريف 1989، 341).

ويذهب اتجاه ثالث إلى أن نص المادة المتعلقة باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع ملزمة، وعلى المشرع أن يلتزم بأحكامها عند إصداره التشريعات اللاحقة على صدور الدستور. واتجاه أخير اعتبر أن هذا النص ملزم للمشرع، سواء بالنسبة للتشريعات اللاحقة على تبني الدستور أو السابقة لها ولكافة أنواع التشريعات، سواء أكانت عادية أو فرعية، ويتمسك أنصار هذا الاتجاه بأن النصوص الدستورية تعتبر من النظام العام، وتسري بأثر فوري ومباشر وبشكل مطلق، على كافة التشريعات القائمة أو المستجدة اللاحقة على تبني الدستور؛ وبالتالي يحكم بعدم دستورية المخالف منها (البر 2003، 195–196). بالإضافة إلى ذلك يرى البعض أن هذه الصياغة تشكل تعبيرًا عن إرادة عامة بأن يكون الإسلام دين الدولة قولًا وعملًا دون اعتباره المصدر الوحيد للتشريع، وإن احتلت مرتبة أعلى من كافة النصوص التشريعية، وكذلك التقييد بالمبادئ العامة الواردة بالدستور، كالمساواة وحرية العقيدة التي تشكل وحدة متكاملة مع نصوص الدستور. (الشريف 1989، 343)

وبالتالي فقد اختلف الفقهاء على تحديد مدى إلزامية النص الدستوري وأثره المستقبلي والرجعي باختلاف حججهم القانونية وأسانيدهم في ذلك، إلا أن القضاء الدستوري المصري استقر ضمن أحكامه على تبني رأي الاتجاه الثالث، الذي يعتبر أن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة بالنسبة إلى التشريعات اللاحقة على صدور النص الدستوري ذات العلاقة بالموضوع. وجاء في عدة أحكام للمحكمة الدستورية العليا المصرية، ما يأتي: "ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية بخصوص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها بتاريخ

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

1980/5/22 يدل على أن الدستور من تاريخ العمل فيه بالتعديل الوارد فيه قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداه إلزامها فيما تقره من النصوص التشريعية أن تكون متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وأن مرجعية مبادئ الشريعة الإسلامية التي أقرها الدستور معيار للقياس في مجال الشرعية الدستورية، وتفترض لزامًا بأن تكون النصوص التشريعية المدعى إخلالها بمبادئ الشريعة الدستورية – والتي تمارس المحكمة رقابتها عليها – صادرة بعد نشوء قيد المادة الثانية والصادرة بعد نفاذ التعديل الدستوري" (البر 2003، 201). وكذلك جاء ضمن قراراتها ". يتبين من صياغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية بعد تعديلها أن السلطة المختصة بالتشريع أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية" (سامي الدين 1986، 135).

وفي سياق ذلك جاء في أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، ما يدعم تفسيرها للنطاق الزمني والموضوعي لنص المادة الثانية والمتعلقة بمكانة الشريعة ضمن مصادر التشريع، بأنها تتفق مع اتجاهات اللجنة العامة في مجلس الشعب الذي اقترح التعديل الدستوري، ومنها الحكم رقم (20) لسنة (1) قضائية، بتاريخ 1985/5/4، وجاء فيه: "يؤيد هذا النظر ما أوردته اللجنة العامة في مجلس الشعب بتقريرها المقدمة بجلسة 15 سبتمبر سنة 1981، والذي وافق عليه المجلس من أنه كان دستور سنة 1971 أول دستور في تاريخ مصر الحديث ينص صراحة على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع، ثم عدل الدستور عام 1980 لتكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع؛ وهذا يعني عدم جواز إصدار أي تشريع في المستقبل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، كما يعني ضرورة إعادة النظر في القوانين القائمة قبل العمل بدستور 1971، وتعديلها لما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، ولكن الانتقال من النظام القانوني القائم حاليًا في مصر والذي يرجع إلى أكثر من مئة سنة إلى النظام الإسلامي المتكامل يقتضي الأناة والتدقيق العملي. ومن هنا فإن تقنين

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي لم تكن مألوفة أو معروفة، وكذلك ما جدّ في عالمنا المعاصر، وما يقتضيه الوجود في المجتمع الدولي من صلات وعلاقات ومعاملات، كل ذلك يستأهل الروية ويتطلب جهودًا، ومن ثم فإن تغيير النظام القانوني جميعه ينبغي أن يتاح لواضعيه والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تجمع هذه القوانين متكاملة في إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء" (حافظ 2008، الجزء الرابع، 2285–2292)، وأضافت في بعض أحكامها أن على المشرع من الناحية السياسية مسؤولية بمتابعة نصوص التشريعات السابقة لهذا التاريخ؛ لجعلها متناسقة مع التشريعات اللاحقة.

فالمحكمة الدستورية المصرية اعتبرت أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع، وقيد على كافة التشريعات التي تصدر بعد تاريخ النص الدستوري عليها وبالتحديد منذ 1980/5/22، دون نفاذها على التشريعات السابقة لهذا التاريخ، وبالتالي خروجها من إطار الرقابة الدستورية، ولكن هذا لا يعفي المشرع من بحث مدى اتساقها وتعديلها.

الخاتمة

تعرضت العديد من الدساتير العربية والإسلامية إلى الإشارة لمكانة الإسلام والشريعة في وثائقها الدستورية، بما تحتويه من دلالات، تختلف مع تعدد الصياغات المتعلقة بها، وإن أوردت بعض النصوص الدستورية الناظمة لموضوع الحرية الدينية – وإن كانت محصورة في ممارسة الشعائر الدينية – إلا أنها تبقى حبرًا على ورق، تتطلب حمايتها وضع آليات لممارسة تلك الحماية لتلك المبادئ، من خلال تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا وضمان التعددية الدينية والفكرية فيها، حيث ستكون مسؤولة بشكل رئيس عن ضمان المساواة في فلسطين دون

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

تمييز بسبب الدين. واختلفت الصياغات الدستورية في إطارها العام لهذه المكانة، فمنها من اعتبرت أن الشريعة "مصدر للتشريع" وأخرى قيدتها باعتبار أن "الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة المصدر الرئيس للتشريع" وأخيرًا انتهجت بعض الدساتير باعتبار أن الشريعة مصدر للدستور.

وبخصوص الحالة الفلسطينية نرى بضرورة إعادة النظر في طبيعة النظام القانوني الفلسطيني الذي يربط ممارسة بعض الحقوق بالدين، وبناء دستور قائم على المساواة بين الجميع، بغض النظر عن الدين أو اللون أو الجنس، مع إعادة النظر في مساهمات الديانات كافة، والمسيحية خاصة، في تعزيز قيام الدين بدوره للشأن العام، وتجسيد هذه المساواة التي ينادي بها القانون الأساسي والمسودات المختلفة في الحياة العامة، حتى في تولي المناصب العامة بالدولة، دون منح المسيحيين مقاعد معينة كنوع من التمييز الايجابي، بل مساواتهم مع الآخرين.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

المصادر والمراجع

المصادر:

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، المنشور في صفحة 8 من الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز رقم (2) بتاريخ 2003/3/19.
- قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) للعام 2006، المنشور في صفحة 93، من الوقائع الفلسطينية، العدد (62)، بتاريخ 2006/3/25.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لسنة 1976، المنشور في صفحة 551، من الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (2668)، بتاريخ 1976/12/1.
- الدستور الكويتي المعدل للعام 1992، تاريخ الاسترداد 2017/2/2:

https://www.constituteproject.org/constitution/Kuwait_1992?lang=ar

- دستور الامارات العربية المتحدة للعام 2011، تاريخ الاسترداد 2017/2/2:

https://www.constituteproject.org/constitution/United_Arab_Emirates_2009?lang=ar

- الدستور التونسي للعام 2014، تاريخ الاسترداد 2017/2/2:

https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014?lang=ar

- الدستور المغربي للعام 2011، تاريخ الاسترداد 2017/2/2:

https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011?lang=ar

- الدستور اليمني للعام 2001، تاريخ الاسترداد 2017/1/21:

https://www.constituteproject.org/constitution/Yemen_2001?lang=ar

- الدستور المصري للعام 2014، تاريخ الاسترداد 2017/2/2:

https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014?lang=ar

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

- حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية، رقم (2010/3)، بتاريخ 2011/3/14.

المراجع

- أحمد الخالدي. *الإسلام في مشروع الدستور وطبيعة الدولة في التنيظم السياسي*. رام الله: المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، 2004.
- أحمد الشافعي ورمضان الشرنباصي وجابر الشافعي. *المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة*. الإسكندرية: منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- إسماعيل البدوي. *دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة الحقوق والحريات العامة*. القاهرة: دار النهضة العربية، 1994.
- المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات. *المحاور الرئيسة في العملية الدستورية الليبية*. السويد: المؤسسة الدولية للديقراطية والانتخابات، 2014.
- أنور الطويل. "النص في الدستور على مرجعية الدين كمصدر للتشريع، دراسة حول تجربة السعودية والإيرانية والمصرية، وحالة مسودة الدستور الفلسطيني." تأليف *الدين وحقوق الإنسان في الدساتير*، 190-220. رام الله: جامعة بيرزيت- معهد الحقوق، 2012.
- باستيان آيبلارد. "الثورة والدين وحقوق الإنسان: المشهد التونسي، مشروع الدستور بين التأكيد على الهوية والغموض الذي يكتنف حقوق الإنسان." تأليف *الدين وحقوق الإنسان في الدساتير: تجارب مقارنة*، 160-170. رام الله: جامعة بيرزيت- معهد الحقوق، 2012.
- جمال الخطيب. "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع في الإطار الدستوري." تأليف *الدين وحقوق الإنسان في الدساتير: تجارب مقارنة*. رام الله: جامعة بيرزيت: معهد الحقوق، 2012.
- سامي الدين. *تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية*. الاسكندرية: منشأة المعارف، 1986.
- سليمان الطماوي. *السلطات الثلاث*. دمشق: دار الفكر العربي، 1979.
- سمير تناغو. "المادة الثانية من الدستور." *الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية*، 2007.
- صالح حسن. "النص على مكانة التشريع الإسلامي في الدستور إشكاليات وحلول." *مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث*، 2017.
- صبحي المحمصاني. *أركان حقوق الإنسان بحث مقارن في الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة*. بيروت: دار العلم للملايين، 1979.
- عادل الشريف. "مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى إمكانية اعتبار هذه المبادئ مرجعًا للرقابة الدستورية." *مجلة الحق*، 1989: 332-333.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128

- عاصم خليل. *"قانون" التشريع و "قانون" الحرية: هل الديمقراطية بديل عن حكم القانون؟* رام الله: المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية - مواطن، 2013.
- عاصم خليل. "الإطار الدستوري للدولة الفلسطينية المستقبلية: مراجعة وتوثيق لوجهات النظر الفلسطينية." تأليف *دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني*، بقلم عاصم خليل. رام الله: جامعة بيرزيت- كلية الحقوق والإدارة العامة، 2015.
- عاصم خليل. "المحاكم الكنسية في فلسطين." تأليف *القضاء الشرعي والكنسي في فلسطين*، 19-29. فلسطين: معهد الحقوق، 2012.
- عاصم خليل. "عملية تحضير الدستور الفلسطيني وطريقة تبنيه: لماذا؟ وكيف ولماذا الآن؟" تأليف *دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني*، بقلم عاصم خليل. رام الله: جامعة بيرزيت- كلية الحقوق والإدارة العامة، 2015.
- عزيز كايد. *قراءة في مشروع الدستور الفلسطيني المؤقت*. رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، 2000.
- فاروق عبد البر. *دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات*. القاهرة: دار النسر الذهبي للطباعة، 2003.
- فيصل شطناوي. *مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري في الأردن*. الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، 2002.
- كريم كشاكش. *الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة*. الإسكندرية: دار المعارف، 1987.
- مجدي حافظ. *موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا- الجزء الثالث*. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع والمكتبة القانونية للنشر، 2008.
- ـــــ. *موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا- الجزء الرابع*. القاهرة: محمود للنشر والتوزيع والمكتبة القانونية، 2008.
- محمد شلبي. *تطبيق الشريعة الإسلامية بين المؤيدين والمعارضين*. القاهرة: دار النهضة العربية، 1980.
- محمد فرحات. "الدين والدستور في مصر." *مجلة فصول*، 2012: 130-140.
- ناثان براون. *مسودة الدستور الفلسطيني- المسودة الثالثة*. رام الله: المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، 2003.
- نبيل عبد الفتاح. *النخبة والثورة والدولة والإسلام السياسي والقومية الليبرالية*. القاهرة: دار العين للنشر، 2013.
- نرمين مرمش وجميل سالم. *علاقة جدلية عبر محطات تاريخية مختلفة*. فلسطين: معهد الحقوق، 2012.
- يحيى أبو عودة. "تطور المجتمع الفلسطيني بين الدين والعلمانية في السياق التاريخي." *مجلة تسامح*، 2005: 35.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3475128