مجلة بنها للعلوم الإنسانية الترقيم الدولي الموحد للطباعة:(2537-0170)
العدد (1) الجزء (2) السنة (2022) , (358-331) الترقيم الدولي الموحد الإلكتروني : (2537-0189)
https://bjhs.journals.ekb.eg

أثر النص الدستورى على مبادىء الشريعة الإسلامية فى تطور قوانين الأسرة

مايسة محمد مصطفى عبدالله – أحمد محمد بغدادى

قسم فلسفة القانون وتاريخه– كلية الحقوق–جامعة بنها

الملخص:

نصت الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور 1971 م وحتى الآن على أن مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع– أو أيا كانت الصياغة– وفى بحثنا هذا حاولنا دراسة أثر ذلك النص على تطور قوانين الأسرة وذلك من خلال دراسة ماهية الشريعة الاسلامية وماذا نعنى بكلمة المبادئ والتشريع؛ ثم مصادر التشريع المصري ومكانة الشريعة الاسلامية منها. ثم النطاق الزمنى والموضوعي لتطبيق النص الدستوري، وما هو تطور قوانين الأسرة بعد النص وقبله وما أثره عليها وانتهينا، لعدة نتائج منها:1– لتطبيق المادة الثانية من الدستور المصري نطاق زمنى وهو القوانين الصادرة بعد تاريخ التعديل الذى أدخل على المادة الثانية عام 1980، ونطاق موضوعي هو القوانين العادية دون الدستورية وبالتالي تخضع قوانين الأسرة الصادرة بعد هذا التاريخ لهذين النطاقين. 2.معالجة المشرع المصري لقوانين الأسرة معالجة متسلسلة وفقهية بشكل شامل ومتكامل محاولا الالتزام بأحكام الشريعة. 3.وقفت المحكمة الدستورية العليا حارسا أمينا على النص الدستوري أمام أى قانون يصدر مخالفا له وفى القلب قوانين الأسرة، وإن اختلف الكثيرون مع المحكمة في مدى تفسيرها للنص الدستوري– وأمثلة ذلك دفاعها عن سن الحضانة ومسألة الخلع وقانون الوصية الواجبة. قضائها بعدم دستورية المادة21 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وهو ما يحتاج تدخل المشرع للتعديل.

وقد انتهي البحث الى عدة توصيات منها: التوسع في تطبيق الشريعة الاسلامية مما يحقق المصلحة العامة للأسرة والمجتمع. مع اعادة فتح باب الاجتهاد فى الفقه الإسلامي. حتمية التعاون بين فقهاء الشريعة ورجال القانون على النهوض بالشريعة الاسلامية نهضة تعيد لها جدتها حتى تساير أحكامها ما استجد من الحاجات.

الكلمات المفتاحية:

شريعة اسلامية – نص دستوري – محكمة دستورية عليا– قوانين أسرة

دار المنظومة DAR ALMANDUMAH الرواد في قواعد المعلومات العربية
PGHSC 2022 1st Annual Conference of Postgraduate Studies for Humanities Science - Benha University المؤتمر السنوي الأول للدراسات العليا للعلوم الإنسانية بجامعة بنها
BJHS Benha Journal of Humanities Science مجلة بنها للعلوم الانسانية

مقدمة:

ليست الشريعة أو القانون مصطلحين متباعدين وانما هما لفظان متكاملان فمن الثابت من الدراسات التاريخية للعائلات القانونية المختلفة أنها فى مراحل تطورها قد تأثرت بالدين إلى حد ما. وقد تميزت الشريعة الإسلامية بأنها لا تفصل بين الدين والدولة فهى تتضمن نظاما للدين والدولة للفرد وللجماعة صالحة لكل زمان ومكان، بحر واسع لكل من ينهل من علمه

فالتزم المشرع المصري بأصول ومبادئ الشريعة الاسلامية وأحكامها القطعية الثبوت والدلالة. منذ زمن بعيد فتارة بموجب النص بدستور 1971م وما بعده – أيا كانت الصياغة– وتارة أخرى باعتبار الشريعة الاسلامية القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، مستلهما من المذاهب الفقهية والاجتهادات المختلفة دون التقيد بمذهب معين وبخاصة بعد النص الدستورى.

ولما كانت تلك القوانين عمل بشر يخطئ ويصيب فكانت المحكمة الدستورية العليا هى الحارث الأمين لمراقبة المشرع في التزامه بتطبيق الشريعة فكانت بأحكامها بعدم دستورية بعض مواد قوانين الأسرة (مثل القضاء بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من القانون رقم 25 لسنة 29 والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م بتعديل سن الحضانة، والطعن الصادر بعدم دستورية المادة 20 من قانون1 لسنة 2000) قد ألقت على عاتق المشرع من الناحية السياسية مسئولية المبادرة إلى تنقية نصوص هذه التشريعات من أية مخالفة للنص الدستوري، وهو ما قام به بالفعل بإصداره للقانون رقم 4 لسنة 2005بشأن سن الحضانة أو بإصداره للقانون رقم 1لسنة 2000 بشأن تنظيم بعض اجراءات وأوضاع التقاضي أو اصداره للقانون رقم 10 لسنة 2004 بشأن انشاء محاكم الأسرة، فضلا عن واجبه في تعديل القوانين والتي ثبت عدم دستوريتها والمطالبات المجتمعية والسياسية الراهنة بوجوب تدخله الأمر الذى يؤدى وبحق لتطور قوانين الأسرة بفعل النص الدستوري.

أهمية البحث:

تعتبر الأسرة النواة الحقيقية لأى مجتمع، وصلاحها صلاح للمجتمع، وتنظم قوانين الأسرة كل ما يخصها من زواج وطلاق ونفقة وولاية وحضانة وغيرها. وكانت الدساتير المصرية قد نصت على أن الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع وتطور قوانين الأسرة مستمر نظرا لما يطرأ على الأسرة والمجتمع من مستجدات والتى لابد ألا تصدر معيبة بعدم الدستورية خاصة أن الشريعة الاسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق عليها أى أنها المصدر الوحيد وبحق لقوانين الأسرة.

أهداف البحث:

هو يتجسد الهدف من البحث في دراسة أثر النص الدستوري على مبادئ الشريعة الاسلامية على تطور قوانين الأسرة وبيان هل أثر ذلك النص منذ 1971 حتى الآن على موقف المشرع عند سن قوانين الأسرة أو حتى تعديلها ومواكبة ما استجد من احداث.

اشكالية البحث:

الوقوف على أثر النص في الدساتير المصرية المتعاقبة على أن الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على تطور قوانين الأحوال الشخصية .

منهج البحث:

اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج الوصفى من خلال وصف وتحديد مشكلة البحث بعد دراسة القوانين المختلفة وأحكامها وعقد المقارنات بين تلك القوانين قبل وبعد النص التشريعى. ثم استخدمنا المنهج التحليلي، في نقد و تحليل النصوص القانونية واستنتاج أثر النص الدستورى علي تطورها.

خطة البحث:

المبحث الأول : ماهية مبادئ الشريعة الاسلامية واشكالية دلالة الصياغات المتعددة لاعتبارها مصدر من مصادر التشريع في الدستور المصري

المطلب الأول: ماهية الشريعة الاسلامية ومبادئها وما هو الفقه الإسلامي؟

المطلب الثانى: مكانة الشريعة الاسلامية بين مصادر التشريع في القانون المصري.

المطلب الثالث: الصياغات المختلفة لاعتبار الشريعة مصدر من مصادر التشريع.

المبحث الثانى: نطاق تطبيق النص الدستوري على مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر للتشريع

المطلب الأول: موقف بعض فقهاء القانون الوضعي وفقهاء الشريعة الاسلامية

المطلب الثانى: موقف المحكمة الدستورية العليا

المبحث الثالث: أثر النص الدستوري علي تطور قوانين الأسرة

المطلب الأول: تطور قوانين الأسرة قبل النص الدستوري.

المطلب الثانى: تطور قوانين الأسرة بعد النص الدستوري.

المطلب الثالث: أهم الملاحظات الواردة على تطور قوانيين الأسرة بعد النص الدستوري

- خاتمة البحث
- النتائج والتوصيات

قائمة الكتب والمراجع

المبحث الأول

ماهية مبادئ الشريعة الاسلامية واشكالية دلالة الصياغات المتعددة لاعتبارها مصدر من مصادر التشريع في الدستور المصري

يقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب الأول نتعرف فيه على ماهية الشريعة الاسلامية ومبادئها والفقه الإسلامي ثم المطلب الثانى عن مصادر التشريع في القانون المصري ومكانة الشريعة الاسلامية منها، أما المطلب الثالث فعن الصياغات المتعاقبة والمتعددة لاعتبار الشريعة مصدر من مصادر التشريع

المطلب الأول: ماهية الشريعة الاسلامية ومبادئها وما هو التشريع؟

الشريعة في اللغة: تعددت المعانى اللغوية لكلمة شريعة ولكنها في مجملها انقسمت إلى معنيين، أما المعنى الأول فهو مورد الماء الذي يقصد للشرب، والمعنى الثاني فهو الطريقة المستقيمة. ويدل ذلك قوله تعالى: "**ثُمَّ جَعَلْنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ**" (1)

وفي اصطلاح الفقهاء: هى مجموعة الأحكام التي أوحاها الله إلى رسول من رسله ليعمل بها عباده. أما الشريعة الاسلامية فهى: مجموعة الأحكام التى نزل بها الوحى على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم من أحكام عقائدية وأحكام عملية وأخلاق.

ويتبين لنا من هذا التعريف للشريعة أمران:

1. أن مصدر الشريعة وواضعها الله سبحانه وتعالى سواء وضعت في القرآن أو السنة.
2. أنها جاءت جامعة لكل أحكام الدين والدنيا من أحكام عقائدية ؛ أحكام خلقية؛ أحكام عملية.[2]

وفى ذات المعنى يقول ابن تيمية عن معنى الشريعة: " أنها مستخدمة في كلام الناس على ثلاثة أنحاء: شرع منزل، وهو ما شرعه الله ورسوله. وشرع متأول، وهو: ما ساغ فيه الاجتهاد، وشرع مبدل،

---

(1) (سورة الجاثية ، رقم 18)

[2]) (الحسينى، بدون سنة نشر، ص 7)

وهوما كان من الكذب والفجور الذى يفعله المبطلون بظاهر من الشرع أو الضلال الذى يضيفه الضالون إلى شرع الله". [1]

وكما قسمها علماء الفقه الإسلامي قسمين: قسم الأحكام قطعية الثبوت والدلالة، وهى التى لا اجتهاد معها، لثبوتها بالنصوص الواضحة في القرآن والسنة كالصلاة وقسم الأحكام غير قطعية الثبوت وتحتمل أكثر من تفسير وتعتبر معظم أحكام الشريعة الاسلامية وهى دليل على شمول الشريعة لكل زمان ومكان.[2]

مبادئ الشريعة الاسلامية:

المبادئ لغة مفردها مبدأ وهو مبدأ الشيء اوله أو أساسه ومادته التى يتكون منها كالنواة مبدأ الكلام او يتركب منه اما المعنى الاصطلاحي هى القواعد الأساسية التى يقوم عليها ولا يخرج عنها.[3]

وقد كان الدكتور السنهوري لا يفرق بين مصطلحي الأحكام والمبادئ ويستخدمها كمفردات لبعضهما البعض ولكنه يفرق بين مصطلحي المبادئ أو الأحكام الشرعية الكلية القطعية التى مصدرها الأصول (القرآن والسنة) وهى المبادئ العامة التى لا يجوز مخالفتها وبين المبادئ والأحكام التى مصدرها مذاهب الفقه الإسلامي والتي لا يشترط التقيد بمذهب معين كما يمكن الرجوع إلى مذاهب أخرى كالزيدية والامامية. [4]

أما عن الفقه الإسلامي فيعرف اصطلاحا بأنه: هو العلم بالأحكام الشرعية العلمية المكتسب من أدلتها التفصيلية، أو هو مجموعة الأحكام الشرعية العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية.[5]

علاقة الشريعة الإسلامية بالفقه الإسلامي:

الشريعة أعم من الفقه وليست مساوية له، فالفقه جزء من كل، ولقد حوت الشريعة ومازالت تتضمن مجموعة من المبادئ الكلية والقواعد العامة ما تصلح لأن تؤسس عليه العديد من النظريات القانونية المعاصرة، أما الفقه الإسلامي في عصر من العصور فيقصد به ما انتهى إليه فقهاء المسلمين من أحكام تتوافق مع عصرهم وقاموا بتدوينه[6].

---

[1])(بوشناق، الغرة ، 2017، ص271)

3)(الزرقا،1967، ص31)

[3]) (المعجم الوجيز،2006، ص39)

[4]) (السنهورى ، بدون سنة نشر،ص48ومابعدها)

[5]) (الشيخ، 2004، ص11)

[6]) (شلبى،1985، ص33)

وللمقارنة بين معنى الشريعة والفقه نجد أن الشريعة هى الأحكام التى سنها الله سبحانه وتعالى على عباده وتشمل الأحكام الواردة في الكتاب والسنة أما الفقه فهو فهم هذه الأحكام سواء كانت اعتقادية أو أخلاقية أو عملية، ولعل الفرق الأبرز في ثلاثة أمور هى:[1]

1- فالشريعة والفقه يختلفان من حيث الأحكام التى وردت في كل منهما فالشريعة تشمل جميع الأحكام الاعتقادية والأخلاقية والعملية بينما مجال الفقه هو الأحكام العملية فقط

2- اختلافهما من حيث المنشئ فمنشئ الشريعة هو الله سبحانه وتعالى أما الفقه فمنشئه هم مجتهدي وعلماء المسلمين

3- أن الاختلاف بين فقهاء المسلمين هو اختلاف في الفقه أى الفهم ولا يوجد أى اختلاف في الشريعة وثوابتها من أحكام عامة وقواعد كلية موجودة في القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة.

ولابد أن نشير هنا أن نطاق هذا البحث هو الشريعة الاسلامية وليس الفقه الإسلامي وهو ما نص عليه الدستورمنذ دستور 1971 حتى الدستور الحالى وتعديله الأخير عام 2019م في المادة الثانية منه بأن: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

المطلب الثانى

مكانة الشريعة الاسلامية بين مصادر التشريع فى القانون المصري

للشريعة الاسلامية أثر مزدوج كمصدر للتشريع في القانون المصري، حيث توجب المادة الأولى من القانون المدنى المصري على القاضى حين يفصل في نزاع أن يرجع أولا الى النصوص التشريعية فإن لم يجد نص يطبقه يرجع للعرف؛ فإن لم يجد فيرجع الى الشريعة الاسلامية؛ ثم الى القانون الطبيعى وقواعد العدالة ومن هذه المادة نجد ان الشريعة الاسلامية تحتل المركز الثالث بين المصادر الرسمية للقانون وهو خطاب وجه للقاضى عند عرض نزاع عليه وتعرضه لحالة مما نصت عليه المادة سالفة الذكر، وتعتبر الشريعة الاسلامية عند شراح القانون المدنى هى مصدرا عاما وتاريخيا ورسميا احتياطيا للقانون.[2]

---

[1]) (الحسينى، بدون سنة نشر، ص12)

[2]) (الحنفى،2003، ص159)

وهنا لابد من الاشارة أن الشريعة الاسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية وهى بذلك تعد مصدرًا رسميًا احتياطيًا ويطبق القاضى أحكامها مباشرة ولو تعارضت مع العرف.

أما الأثر الثانى للشريعة الاسلامية على التشريع المصري وهو صلب هذا البحث يأتى في نص المادة الثانية في دساتير مصر المتعاقبة على أن الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع. وما تركه من أثر عند سن التشريعات المختلفة بما لا يخالف هذه المادة.

ويقصد بالتشريع هو وضع القواعد القانونية في نصوص بواسطة صاحبة التشريع في البلاد سواء كانت هذه السلطة هو الحاكم او هيئة نيابية وهو أهم مصدر للقانون الحديث.[1]

المطلب الثالث

الصياغات المختلفة لاعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع

النص الدستورى:

نص دستور 1971 في مادته الثانية: "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع" ثم عام 1980 عدلت إلى "المصدر الرئيسي للتشريع" وهو ما سارت عليه الدساتير المتعاقبة بعد ذلك.

نبذة تاريخية:

في حقيقة الأمر أن النص الدستوري ليس بدعا ولم يخلق وضعا جديدا ولكنه أعاد حقا مسلوبا للشريعة الاسلامية في كونها المصدر الرئيسى للتشريع، ففى عهد محمد على وما قبله كانت الشريعة هى مصدر قوانين الأسرة والروابط المالية على حد سواء، إلى أن جاء عهد اسماعيل وتغلغل القانون الفرنسى وانشئت المحاكم المختلطة عام 1876م، ثم أحل القانون الفرنسى محل الشريعة الاسلامية ماعدا مسائل الأحوال الشخصية وبعض المسائل في القانون المدنى والتى تعتبر مصدرها التاريخى كالشفعة والغبن.[2]

كما خلت الوثائق الدستورية السابقة على دستور 1971م من الحديث عن دين الدولة أو إلى الشرائع الدينية كمصدر للتشريع وينطبق ذلك على لائحة تأسيس مجلس شورى النواب 1866م. والأمر العلى

---

[1]) (السنهورى ،1950، ص163)

[2]) (السنهورى ، مرجع سابق، ص105ومابعدها)

للائحة مجلس النواب الصادر في 1882والقانون النظامى المصرى الصادر في 1883والقانون رقم 29لسنة 1913المختص بالجمعية التشريعية المصرية. ولأول مرة تنص المادة 149 من دستور 1923م على أن الاسلام دين الدولة ولكنها لم تنص على أن الشريعة الاسلامية مصدرا للتشريع. وتبعتها غيرها من الدساتير حتى جاء دستور 1971[1] والذى جاءت المادة الثانية منه باعتبار الشريعة الاسلامية مصدرًا للتشريع.

وبملاحظة التطور التاريخي للنظام القانونى المصري نجد أن هذه أول مرة في التاريخ القانونى المصري الحديث يتم الربط دستوريا بين النظام القانونى والشريعة الاسلامية منذ عام 1883م.

دلالة تعدد صياغات المادة الثانية وأثرها:

جاء ت المادة الثانية من دستور 1971أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع والتى عدلت عام 1980 بالنص على أن الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع وهو ما سارت عليه الدساتير المتعاقبة منذ ذلك التاريخ حتى يومنا هذا ومنها الاعلان الدستورى الصادر عام 2011 وما تلاها من دساتير بعد ثورة يناير 2011م.

ولكن هل تختلف الصياغات المختلفة في الأثر القانونى الذى ترتبه المادة الثانية من الدساتير المتعاقبة؟

وللإجابة على هذا السؤال وباستقراء آراء الفقه نجد أنهم انقسموا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يقلل أنصار هذا الاتجاه من أهمية النص الدستورى أيا كانت صياغته

1. يرى مؤيدوه أنه لا أثر في التفرقة بين استخدام المشرع الدستورى لمصطلح مصدر رئيسى سواء في صيغة التنكير أو المعرفة فالحكم واحد في الحالتين وهو جعل الشريعة الاسلامية مصدرًا للتشريعات.
2. ويرى الآخرون أنه سواء نص أو لم ينص على أن الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسى فلا أثر من جعلها مصدرًا رئيسيًا على سند من قول أن التشريع يستمد مادته الأولية من القيم السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع وكان المجتمع المصري يدين أغلبه بالإسلام فمن المنطق أن تأتى القيم مستمدة من الشريعة الاسلامية[2] .

الاتجاه الثانى: أنصار هذا الاتجاه يعظمون النص الدستورى وفكرة الشريعة الاسلامية

---

[1]) (فرحات، دون سنة نشر، ص2)

[2]) (البراوى ، 2013، ص7)

1. يرى أنصاره: أن خيرا فعل المشرع الدستوري بهذا التعديل حيث يفهم من النص الأول "**مصدر رئيسى**" أنه توجد مصادر أخرى رئيسية غير الشريعة الاسلامية بينما استخدام لفظ "**المصدر الرئيسى**" يقطع بأن الشريعة هى المصدر الأساسي الذى يستقى منه التشريع ويترتب على ذلك النص أن يجعل من مبادئ الشريعة الاسلامية مبادئ دستورية وهو ما يعنى عدم جواز مخالفة التشريع لمبادئ الشريعة الاسلامية.[1]
2. وفق هذا الرأى لا يمكن للسلطة التشريعية أن تستند إلى مصدر آخر غير الشريعة الاسلامية ويقع على عاتق السلطة التشريعية الالتزام بتنقية التشريعات السابقة من أى مخالفة للشريعة كما أن الشريعة تعلو على سائر المصادر الأخرى فقد وصفت وحدها بأنها مصدر رئيسى يكون ما عداها مصادر ثانوية لا يجوز أن يستمد منها ما يتعارض مع مبادئ الشريعة وإلا عد غير دستوريا. [2]
3. كما يتوسع أصحاب هذا الرأى بالقول أن بالنص الأخير تعتبر الشريعة هى المصدر الوحيد للتشريع [3]

وقد حسمت اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور المصري عام 1980 هذا الأمر بأن هذه المادة تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الاسلامية للبحث عن بغيته فيها، مع إلزامه بعدم الالتجاء لغيرها، فاذا لم يجد فيها حكما صريحا، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الاسلامية اللازمة التى لا تخالف الأصول والمبادئ العامة في الشريعة.[4] وهوما قرره الكثير من علماء المسلمين ومنهم ابن القيم الذى قال : "الأحكام على نوعين نوع لا يتغير عن حاله واحدة هو عليها والثانى ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة زمانا ومكانا وحالا".[5]

وهو ما تؤيده الباحثة باعتبار الشريعة الاسلامية بحر واسع من العلوم زاخر بالعديد والعديد من الأحكام منزل من الله تعالى الذى هو أعلم بنا وبأحوالنا فهى صالحة لكل زمان ومكان. كما أن الواقع العملى منذ1971 يدل على أن الشريعة الاسلامية ليست المصدر الوحيد فالبرلمان لم يمتنع من اللجوء إلى مصادر أخرى عند سنه للقوانين منذ هذا التاريخ ولكن بما لا يخالف الشريعة الاسلامية.

المبحث الثانى

---

[1])(متولى، بدون تاريخ نشر، ص15)

[2]) (بوشناق، الغرة، مرجع سابق ،277)

[3]) (عبد، محمد ، 2012، ص294)

[4]) (نجيدة، 1990، ص42)

[5])(بوشناق ،الغرة، مرجع سابق، 287)

نطاق تطبيق النص الدستوري على مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر للتشريع

المطلب الأول: موقف بعض فقهاء القانون الوضعي وعلماء الشريعة

انقسم فقهاء القانون الوضعى ورجال وفقهاء الشريعة إلى فريقين الأول يقلل من أهمية النص الدستورى ويفسره في أضيق الحدود وفريق آخر انتصر لتطبيق الشريعة وجعلها فرضا واجبا وتوسع فيها لتشمل جميع مناحي الحياة وذلك على النحو التالى:

الفريق الأول: يرى هؤلاء ضرورة فصل الدين عن الدولة ويدعون عدم صلاحية الشريعة الاسلامية كمصدر للتشريع وحججهم في ذلك:

1- أن تحكيم الشريعة قعد عن ملاحقة التطور والوفاء بمقتضياته إذ أن الشريعة أساسها الدين وهو ثابت لا يتغير.[1]

2- يرون أن الإسلام دين فحسب مجرد معتقدات وعبادات تؤدى في المساجد أما نظام الدولة والمجتمع وحياة الناس ومعاملاتهم من قوانين يجب أن يرجع للناس حسب ما تقتضيه مصالحهم وأحوالهم وأزمانهم .إلا أنهم لا يمانعون إرضاء للإسلامين أن تكون غير ملزمة للمشرع العادى[2]

3- قال البعض أن النص الدستورى لا يعدو أن يكون سوى خطاب من المشرع الدستورى إلى المشرع العادى أن يستلهم فيما يسنه من تشريعات أحكام الشريعة الاسلامية وإلا كان عدوان على مبدأ استقلال السلطات حيث يصبح القاضى مشرعا والفرض فيه أنه مطبقا للتشريع وليس صانعا له.[3]

4- جانب من هذ الفريق يعيب على الشريعة القول بأنها غير مقننه وأن العديد من القضايا لها أكثر من رأى وأكثر من مذهب.

أما أنصار الاتجاه الآخر يتوسعون في تطبيق الشريعة إلى أقصى مدى باعتبارها شريعة الله التي تصلح لكل زمان ومكان وتنظم جميع أحوال الناس وذلك وفقا لما يأتى:

1- أفتى شيخنا الجليل عبدالوهاب خلاف أن قهر المسلمين على القوانين الوضعية ضياع لاستقلالهم التشريعى حيث فرضت الامتيازات الأجنبية القوانين الغربية حرصا على رضاء الأجانب وأهملت الأمة الاسلامية في التشريع لها ووضعت قوانين أجنبية عن شريعتها وعرفها وبيئتها"[1]

---

[1])(حسين، 1999م، ص122)
[2])(حسين، المرجع السابق ص123ومابعدها)
[3]) (مرقس، 1987م، ص446 وما بعدها)

2- وهناك قول أيضا للإمام محمد أبو زهرة يقول فيه "القوانين الوضعية ضلالة وجاهلية؛ فمن يتبنى حكم العقل والقسطاس لا يمكن أن يتولى عن حكم القرآن؛ إنما يتولى من يريد حكم الهوى والشهوة وهما نقيضان لا يجتمعان ولا وسط بين حكم الجاهلية والقرآن، أن حكم القرآن هو العدل والنظام وهو المساواة في الحقوق والواجبات.[2]. كما رد الشيخ الغزالى على مقولة الاسلام دين فقط بالقول أن الاسلام دين ودولة فهو عقيدة وشريعة وعبادات ومعاملات وإيمان ونظام ودين ودولة وقد ذكرت هذا المعنى الآية (89) من سورة النحل: "**وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ**". وقوله سبحانه وتعالى: **(أَفَغَيْرَ ٱللَّهِ أَبْتَغِي حَكَمًا وَهُوَ ٱلَّذِيٓ أَنزَلَ إِلَيْكُمُ ٱلْكِتَٰبَ مُفَصَّلًاۚ وَٱلَّذِينَ ءَاتَيْنَٰهُمُ ٱلْكِتَٰبَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُۥ مُنَزَّلٌ مِّن رَّبِّكَ بِٱلْحَقِّۖ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ ٱلْمُمْتَرِينَ)**

فالإسلام دين شامل لم تنفصل فيه السلطة الزمنية عن المعانى الروحية، وقد جاءت النصوص متشابهة في ايجابها لشتى الأركان فمثلا الآيات: "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**" **(183: سورة البقرة).** " **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ**" **(الآية: 178: سورة البقرة). (والآية 216 من سورة البقرة): "كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ ۖ**"، فالأولى عبادة شخصية والثانية عبادة جنائية والثالثة عبادة دولية فالعبارة واحدة وان اختلفت اتجاهات التشريع كما أن أطول آية في القرآن تنظم الدين وهى عبادة اقتصادية. يستمر الشيخ بالقول بالإحصاء والاستقراء نجد الاسلام دين للفرد والمجتمع والدولة وأنه لم يترك شيئا إلا وتحدث فيه مادام هذا الشيء يتصل بنظام الحياة وشئون الناس وأخيرا يقول سيادته أن الدفاع عن تطبيق الشريعة فريضة واجبة.[3]

3- أما الشيخ محمد رجب البيومي يرد على من يقولون أن الشريعة الاسلامية شريعة روحية محضة لا علاقة لها بالحكم والتنفيذ في أمور الحياة الدنيا ..أن كل قارئ أو سامع يعلم ما يتحدث به القرآن في جل سوره؛ عن شئون هذه الحياة فكيف تكون روحية وكتاب الله يأمر بالحكم بما أنزل الله ويتحدث عن أحكام البيع والربا والرهن والدين والوصية والزواج والطلاق والميراث والقصاص وغيرها.. ويتساءل

---

[1])(فتاوى كبار علماء الأزهر(8)،2011،ص54)

[2]) (فتاوى كبار علماء الأزهر(8)، مرجع سابق، ص75)

[3])(فتاوى كبار علماء الأزهر(8)،مرجع سابق،ص101)

سيادته هل جاءت هذه الأحكام ليرمي بها في الطريق دون تنفيذ؟! كذلك ما جاءت به السنة من أحكام وما أعظمها وأكثرها.[1]

4- أما شرط التقنين فقد رد عليه الشيخ عبدالستار فتح الله بقوله: "إن شريعة الله تعالى واجبة التطبيق على كل حال حين كانت نصوصا محفوظة في الصدور في عهد النبوة والخلفاء الراشدين، ثم حين كتبت بعد ذلك في السطور كما في عهد التدوين ثم حين وضعت لها بعض القواعد والأصول الاصطلاحية ثم حين فصلت في كتب الفقهاء أبوابا وفصولا ومسائل... ويتساءل سيادته هل أوقفت الشريعة حتى دونت؟ هل عطلت حتى أسس الامام الشافعى علم الأصول؟ هل استعار المسلمون قوانين فارس والروم إلى أن يقوم أبو حنيفة ومحمد أبو الحسن وأضرابهم بهذه الجهود الفقهية البالغة؟!"[2]

كما أن الواقع الحديث يدل على أن التدوين حجة واهية فالملاحظ أن كتب الفقه تزخر بالعديد من الأحكام في أغلب موضوعات الحياة ولأكثر من رأى فتعدد الآراء ليس عيبا بل هى ثروة كبيرة بذل فيها كثير من العلماء أعمارهم بالبحث والدراسة، فعلى المشرع أن ينتقى الرأي الذى يناسب الوقائع وأحوال الناس، وأن هناك الكثير من حالات التقنين للشريعة الاسلامية فمثلا مجلة الأحكام العدلية تعد أول تقنين للفقه الإسلامي في عام 1293هـ، والتي تضمنت جملة من أحكام البيوع والدعاوى والقضاء في 1851مادة مستمدة من الفقه الحنفي. ثم تأتى محاولات محمد قدري باشا ومنها مرشد الحيران في المعاملات على مذهب أبو حنيفة، وتضمن 1045 مادة وغيرها[3] وكذلك مجلة الأحكام الشرعية لأحمد بن القارئ واقتصر فيها على المذهب الحنبلي واحتوت على 2382مادة ، كذلك عام 1915أعدت لجنة برئاسة وزير الحقانية في مصر مشروع قانون الأحوال الشخصية تضمن الزواج والطلاق والمسائل المتعلقة بها واستمد أحكامه من المذاهب الأربعة ولكنه لم يصدر ولكن بعد ذلك توالت قوانين الأحوال الشخصية في مصر مصدرها الأساسي والوحيد الشريعة الاسلامية.[4]

ولعل أهم مراحل التقنين مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل وقد وافق عليه مجمع البحوث الاسلامية بتاريخ 1967/3/8م وكذلك في عام 1978م، وإبان حكم الرئيس

---

[1]) (فتاوى كبار علماء الأزهر(8)، مرجع سابق، ص128)
[2]) (فتاوى كبار علماء الأزهر(8)،مرجع سابق، ص144)
[3]) (شلبى، مرجع سابق، ص150)
[4]) (شلبى، مرجع سابق، ص151ومابعدها)

السادات وتحت سمع واشراف البرلمان برئاسة الدكتور صوفى أبوطالب شكلت سبع لجان لإنجاز مشروع قانونى/ سياسى/ ثقافى بتقنين الشريعة الاسلامية والتى استغرقت حوالى أربع سنين وأعلن وزير الأوقاف حينئذ أن اللجنة أنجزت 95% من المطلوب منها ولكن تجمد المشروع وطوته أدراج النظام السابق إلى يومنا هذا لغياب الارادة السياسية لتطبيق الشريعة الاسلامية[1]

المطلب الثانى: موقف المحكمة الدستورية العليا

المحكمة الدستورية العليا هيئة مستقلة تختص دون غيرها من خلال دورها الأساسى بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتكتسب أحكامها وقرارتها أهمية خاصة في جانبين هما:

- **أولًا:** تعد الأحكام والقرارات الصادرة منها نهائية غير قابلة للطعن بأى أسلوب أو أمام أى جهة وملزمة لجميع جهات وسلطات الدولة وللكافة.
- **ثانيًا** يترتب على صدور حكم بعدم دستورية قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لتاريخ نشر الحكم فى الجريدة الرسمية.[2]. **ويتحدد موقف المحكمة الدستورية من النص الدستورى من خلال:**

- لمن يوجه الخطاب للقاضي أم المشرع:
- من المستقر في أحكام المحكمة الدستورية أن النص الدستورى موجه إلى المشرع العادى وليس المشرع الدستورى وليس القاضى العادى؛ حيث فرض عليه النص التزام قانونى بعدم اصدار قوانين تخالفه وإلا عدت تشريعاته مخالفه للدستور وآخر التزام سياسى فيما يخص تنقية القوانين السابقة على النص من مخالفة النص الدستورى[3]

(راجع الحكم الصادر في 1985/5/4م فى القضية رقم 20لسنة 1ق دستورية)

- ما المقصود بالشريعة الاسلامية فى أحكام المحكمة الدستورية: قصرت المحكمة مبادئ الشريعة في الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها؛ باعتبارها هى الأحكام التى يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تمثل مبادئ الشريعة الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل التأويل أو التبديل، وهى التى لا تتغير

[1]) (الأعمال الكاملة تقنين الشريعة الاسلامية في مجلس الشعب،2012، ص7)

[2]) (الحنفى، مرجع سابق، ص177)

[3]) (عبد، محمد، مرجع سابق، ص360)

بتغير الزمان والمكان. ولكن تقدير ما اذا كان الحكم الشرعى قطعى الثبوت من عدمه يرجع إلى محض تقدير المحكمة دون رقابة من أحد.

(راجع القضية رقم 29 لسنة 11 ق دستورية، جلسة 26 /1994/3، والقضية رقم 6 لسنة 9 ق دستورية، جلسة 3/18/ 1995، القضية رقم 14 لسنة21 ق دستورية، جلسة 5/11/ 2003)

- **النطاق الموضوعى:** انحصر النطاق الموضوعى للنص الدستورى في القوانين العادية دون القوانين الدستورية وحتى خضوع تلك القوانين كان متذبذبا بحجة عدم وجود تقنين رسمى يرجع له عند تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ولأن المادة الثانية لم تنص على أن الشريعة الاسلامية المصدر الوحيد للتشريع والتي تؤدى إلى الأثر المطلق من الناحية الموضوعية. [1]
- **النطاق الزمنى:** تبنت المحكمة الدستورية نطاقا زمنيا لتطبيق المادة الثانية بعد تعديل 1980 حيث جاء الحكم الصادر بجلسة 1985/5/4فى القضية رقم 20 لسنة1ق أن إلزام المشرع باتخاذ الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع لا ينصرف سوى للتشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه الالزام بحيث اذا وجد تعارض وقع عيب عدم الدستورية أما التشريعات السابقة عليه فلا يتأتى إنفاذ حكم الالزام لصدورها من قبله، وتكون تلك التشريعات بمنأى عن إعمال هذا القيد وهو مناط الرقابة الدستورية.

(راجع القضية رقم 47لسنة 4ق دستورية والصادر بجلسة 1985/12/21م، و القضية رقم 141لسنة 4ق دستورية، والصادر بجلسة 1987/4/4م)

المبحث الثالث

تطور قوانين الأسرة بعد النص الدستوري وأثره

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين أحدهما يتناول تطور قوانين الأسرة قبل النص الدستورى والثانى تطور قوانين الأسرة بعد النص الدستورى وأثر النص على هذا التطور.

المطلب الأول: تطور قوانين الأسرة قبل النص الدستوري.

---

[1]) (عبد، محمد، مرجع سابق، ص358)

تحكم مصر منذ الفتح الإسلامي بالشريعة الاسلامية ومذاهبها الفقهية المختلفة وذلك حتى تولى محمد على حكم مصر والذى احتكم وفى سابقة جديدة وخطيرة إلى القوانين الفرنسية رويدًا رويدًا فبدأ بقانون التجارة وبعض قواعد القانون الجنائى؛ وبقى نفوذ القانون الفرنسى يتزايد ونفوذ الشريعة الاسلامية يتناقص إلى عام 1876 م وفى عهد اسماعيل أنشئت المحاكم المختلطة ثم وفى عهد الخديوي توفيق أنشئت المحاكم الأهلية عام 1883م وهو ما انتهى إلى أن حل القانون الفرنسى محل الشريعة الاسلامية ماعدا الأحوال الشخصية وبعض مسائل القانون المدنى.[1]

وهنا ترى الباحثة تقسيم أنواع القوانين والمرسوم بقوانين إلى نوعين يكمل كل منهما الآخر الأول قوانين اجرائية أما الثانى فقوانين موضوعية

أولا القوانين الاجرائية وهى القوانين التي تنظم أنواع المحاكم والاجراءات أمامها ومنها:

1- أنشئت المحاكم المختلطة عام 1876 م وهى المحاكم التي عانى منها المصريون أشد المعاناة
2- أنشئت المحاكم الأهلية عام 1883م وهى على غرار سابقتها تطبق أمامها القوانين الأجنبية
3- بقانون رقم 78لسنة1931م والمشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها والتي جاء بمادته رقم 280 أن الأحكام تصدر لأصح الأقوال على مذهب الامام أبو حنيفة
4- تم الغاء المحاكم المختلطة في عام 1948م
5- صدور القانون رقم 462لسنة 1955م بتوحيد جهات القضاء وبه ألغيت المحاكم الشرعية والمجالس المحلية التي كانت تقضى بين غير المسلمين في الأحوال الشخصية وأضيفت اختصاصاتها جميعا إلى القضاء المصري العام.

ثانيًا: القوانين الموضوعية قبل النص الدستورى فتشمل:

1- القانون رقم 25 لسنة1920م والخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية
2- المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929م بخصوص بعض أحكام الأحوال الشخصية, والاجراءات المتعلقة بها،
3- قانون المواريث رقم 77لسنة 1943م

[1]) (بلتاجى، 2006، ص7)

4- قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946م

5- القانون رقم 118لسنة 1952م بتقرير حالات سلب الولاية على النفس

6- القانون رقم 119 لذات السنة بأحكام الولاية على المال

وهكذا أصبح القضاء في مصر موحدا وهى خطوة كبيرة حينئذ واستقر العمل به فيما يتصل بالأحوال الشخصية للمسلمين على ما جاء بالقانونين القانون رقم 25 لسنة1920م والمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929م وفيما لم ينص فيه على حكم مخالف لمذهب أبى حنيفة فإن الحكم فيه يبقى على مذهبه أو الأرجح فيه عند تعدد الأقوال. وقد أخذت مواد القانون الأول من بعض أقوال مذهب الامام مالك[1] أما القانون الثانى فقد أخذت مواده من فقه المذاهب الأربعة السنية وغيرها – كما جاء في مذكرته التفسيرية – مادام يؤدى إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام بناء على ما هو الحق من أراء علماء أصول الفقه، ولكن كل ذلك في غير توسع في ظل إعمال المادة 280 من القانون رقم 78 لسنة1931م.

المطلب الثانى: تطور قوانين الأسرة بعد النص الدستوري

بعد المطالبات المتعددة بتعديل قوانين الأحوال الشخصية وفى يوم 1979/6/21 صدر القرار الجمهوري بالقانون رقم 44لسنة 1979م بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية والذى قضى بعدم دستوريته بتاريخ 1985/5/4 في الدعوى رقم 28 لسنة 2ق دستورية ولكن من الملاحظ على حكم عدم الدستورية لم يكن بسبب النص الدستورى "مخالفة الشريعة الاسلامية "ولكن لصدوره من رئيس الجمهورية وفي غيبة مجلس الشعب وفى غير حالة الضرورة. ومخالفا لنص المادة 147 من دستور 1971م.

- ثم صدر القانون رقم 100 لسنة 1985بتعديل أحكام القانون
- القانون رقم 1لسنة 2000بشأن تنظيم بعض اجراءات وأضاع التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية
- ثم القانون رقم 10لسنة 2004بشأن انشاء محاكم الأسرة ، والقانون رقم 11لسنة 2004بشأن انشاء صندوق تأمين الأسرة
- ثم القانون رقم 4 لسنة 2005 بشأن مد سن حضانة بدون أجر.

---

[1]) (بلتاجى، مرجع سابق، ص8)

وبملاحظة هذه القوانين نجد بعضها قوانين ذات طبيعة اجرائية في المقام الأول؛ كالقانون رقم 1 لسنة 2000؛ والقانون رقم 10 لسنة 2004 والبعض الآخر ذو طبيعة موضوعية كالقرار بالقانون رقم 44 لسنة 1979م والقانون رقم 100 لسنة 1985م. كما أن هناك وحدة نوعية لقوانين الأحوال الشخصية فقد جمعت غالبا في اطار قانونى موحد وكانت معالجة القانون المصري للأحوال الشخصية معالجة متسلسلة وفقهية بشكل شامل وإن اعتمدت هذه القوانين وبشكل عام على أكثر من مذهب عبر التوفيق مع بعضها البعض وذلك انطلاقا من النص الدستورى.

المطلب الثالث: أهم الملاحظات الواردة على تطور قوانين الأسرة بعد النص الدستوري

فبعد أن كانت قوانين الأحوال الشخصية مستمدة غالبا من مذهب الامام أبو حنيفة أصبحت جميع مبادئ الشريعة الاسلامية (وتشمل الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها؛ باعتبارها هى الأحكام التى يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تمثل مبادئ الشريعة الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل التأويل أو التبديل) المصدر الرئيسى الذى يستقى منه المشرع قوانين الأحوال الشخصية والتى يقع عليه التزام قانونى لتغيير وتعديل أى قانون يثبت عدم دستوريته في اطار مخالفته لمبادئ الشريعة سالفة الذكر وذلك من خلال أداة قانونية صادقة تنير الطريق أمامه لاتخاذ اجراء لازم نحو ذلك وهى المحكمة الدستورية العليا وأحكامها التى توسم بعض القوانين أو المواد بعيب عدم الدستورية فهى تقف وبحق كحارس أمين لصيانة الدستور والقوانين المختلفة .

صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 فيما يخص الخلع بموجب المادة 20:

لعل أهم تطبيق للنص الدستورى هو صدور القانون رقم 1لسنة 2000م في مادته العشرين مقررا ومنظما لأحكام الخلع.

تعريف الخلع لغة: النزع، وتخالع الزوجان: اتفق على الطلاق بفدية[1]

الخلع شرعاً: الخلع بضم الخاء وسكون اللام في اصطلاح الفقهاء هو إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالإبراء والافتداء في مقابل بدل.

[1])(المعجم الوجيز ، مرجع سابق، ص208)

وقد نصت المادة 20 على :" للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فان لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي دفعه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض. ولا يصح ان يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو أي حق من حقوقهم. ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن. ويكون الحكم- فى جميع الأحوال- غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن."

بالرغم من أن نظام الخلع الذى تقرره الشريعة الاسلامية قد ورد ذكره في المادتين،24،6 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78لسنة 1931م إلا أنه لم يقنن في تنظيم تشريعي يبين كيفية تطبيقه حتى صدور القانون الحالي.

وقد استند المشرع في الخلع المقام الأول على ما قررته الشريعة الغراء فى شرعية الخلع من خلال أهم مصدرين للأحكام القطعية الدلالة وهما القرآن والسنة:

أولهما: القرآن الكريم حيث ورد في سورة البقرة قوله تعالى: "**ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ**". **وثاني المصدرين** هو السنة النبوية الشريفة الثابتة وهو ما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس:

" أن جميلة بنت عبد الله بن أبي- امرأة ثابت بن قيس، أتت رسول الله صلي الله عليه وسلم قالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام ما أطيقه بغضًا- وكان قد أصدقها حديقة، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم وزيادة، فقال لها أما الزيادة فلا، وقال لثابت: إقبل الحديقة وطلقها تطليقة" فأختلعت فيه بمهرها فقط . كذلك يجد الخلع مشروعيته في القاعدة الشرعية أنه "لا ضرر ولا ضرار"

وقد ردت المحكمة الدستورية في الطعن على هذه المادة بعدم الدستورية بالقول "إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها في سنة 1980 – إذ نصت على أن مبادئ الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسي للتشريع فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز لنص تشريعى يصدر في ظله يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التي يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تمثل من الشريعة ثوابتها التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، ومن هذه الأدلة القطعية في هذا المقام الآية القرآنية والحديث سالفى الذكر وهو ما استندت اليهم المحكة الدستورية.

(راجع حكم المحكمة رقم 201لسنة 23قضائية دستورية وبجلسة 2002/12/15)

وقد نعى على المادة فيما يخص التراضي على الخلع عند الامام أبو حنيفة بالقول أن الإمام يوجب التراضي على الخلع سواء بعقد مكتوب أو شفاهة وقد حاد المشرع في بعض أحكامه سالفة البيان عن الراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان وهو المذهب الذي لا يجيز الحكم بالخلع إلا بتراضي الزوجين وقبولهما لبدل الخلع، كما أن الخلع على هذا النحو المتوافق عليه بين الزوجين لا يمنع الزوجة من استحقاق نفقة العدة ونفقة السكنى، وغير ذلك من الأحكام، التي تتضح جلية من مطالعة أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة.[1] وقد ردت المحكمة الدستورية على هذا النعى بالقول:-

"أن الأحكام الظنية في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معا فتتسع دائرة الاجتهاد فيها تنظيما لشئون العباد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان ، وهو الاجتهاد وإن كان جائز أو مندوبا من أهل الفقه فهو اوجب وأولى لولى الأمر ببذل جهده في استنباط الأحكام من الدليل التفصيلي ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه، توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته ....."

وقد اختلف الفقهاء في وجوب التفريق جانب منهم ذهب إلى لزوم موافقة الزوج على الخلع استنادا للحديث وانه كان من قبيل الندب والارشاد، وقد ذهب فريق آخر أن الأمر بالمفارقة كان أمر وجوب فيقع الخلع إما برضاء الزوجين أو بدون موافقة الزوج وذلك بحكم ولى الأمر أو القاضى وذلك أخذا بمذهب المالكية اذا ما بغضت الزوجة الحياة مع زوجها وعجز الحكمان عن الصلح بينهما على أن تدفع إلية ما

1)(موقع الراية https://alrayacls.net)

قدمه من عاجل الصداق وليس ذلك إلا إعمالا للعقل بقدر ما تقتضيه الضرورة بما لا ينافى الشريعة الاسلامية لنه يحقق مصلحة الطرفين معا" (راجع حكم الدستورية العليا سالف الذكر)

من كل ذلك يتضح أن المشرع قد أصدر قانون الخلع بمرجعية كاملة للنص الدستورى من حيث سن المادة والتى لم تكن موجودة من قبل؛ ومن حيث أحكامها واستنادها لشريعة الاسلامية بأدلتها القطعية الثبوت في تشريع الخلع ذاته، وفى أدلتها الظنية وأراء المذاهب المختلفة في المسائل التفصيلية مرجحا مذهب الامام مالك وهو تطبيق صريح للنص الدستورى، وبذلك يكون النص قد شارك في تطور قوانين الأسرة في هذا المقام.

الطلاق للضرر بسبب الزواج باخرى :

تعد هذه الحالة صورة أخرى وأثر آخر من آثار النص الدستورى وذلك على النحو التالى:

1) أنه وبملاحظة تطور هذا الأمر نجد– أولا المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929قررت مبدأ الطلاق للضرر بحكم القاضى طلقة بائنة اذا ثبت إضرار الزوج بها بما لا يستطع معه دوام العشرة بين أمثالها وعجز القاضى عن الاصلاح بينهما. وأصل ذلك في النص القرآنى في الآية 35 من سورة النساء
2) فبصدور القانون رقم 44 لسنة1979م وفى مادته السادسة مكرر فقرتها الثانية جاء بها" ...ويعتبر اضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك اخفاء الزوج على الزوجة الجديدة أنه متزوج عليها وقد وردفى المذكرة الايضاحية أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب الامام مالك ومثله أوضحه ابن القيم تخريجا على قواعد الامام أحمد وقواع فقه أهل المدينة. وقد خالف المبدأ الامام أبو حنيفة و الشافعى وهو ما يعد تطبيق للنص الدستورى .
3) إلا أنه وبصدور الحكم بعدم دستورية القانون 44 لسنة79 19 صدر القانون100 لسنة 1985م وفى مادته الحادية عشر مكرر فى فقرتها الثانية أعطت للزوجة التي يلحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة الحق في طلب الطلاق للضرر.. والفرق بين القانونين أن القانون الأول اعتبر مجرد الزواج بأخرى ضررا بالزوجة أم القانون الثانى فألزم الزوجة اثبات ضرر مادى أو معنوى يلحقها من

الزواج بأخرى حتى يحكم لها القاضى بالطلاق. وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون ان سند هذا الحكم مذهب الإمام مالك وما توجبه القاعدة الشرعية في الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) والتخريج على مذهب الإمام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة.وهو ما يتضح به أثر النص الدستورى في اصدار مثل هذا القانون.

ولما كانت المحكمة الدستورية العليا هى المنوط بها القضاء بدستورية القوانين من عدمه فكانت أحكامها مرآة حقيقية لذلك ومن هذه الأحكام:-

مسالة اثبات الطلاق:

إن الطلاق وقد شرع رحمة من الله بعباده، وكان الطلاق هو من فرق النكاح التى ينحل الزواج الصحيح بها بلفظ مخصوص صريحاً كان أم كناية، ولذلك حرص المشرع فى القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية وتعديلاته –وفقاً لما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية – على عدم وضع قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة طرق الإثبات المقررة، غير أن المشرع قد انتهج فى نهجًا مغايرًا فى خصوص إثبات الطلاق في المادة الخامسة مكرر من القانون 44لسنة79أنه على المطلق متى أوقع الطلاق أو رغب في إيقاعه أن يبادر إلى توثيقه بإثباته بإشهاد لدى الموثق وقد أبقى المشرع على تلك المادة في القانون 100 لسنة 1985 فلم يعتد فى هذا المجال بغير طريق واحد هو الإشهاد والتوثيق معًا، بحيث لا يجوز الإثبات بدليل آخر، على الرغم من تسليم المشرع فى ذات الوقت –كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 1 لسنة 2000 المشار إليه– بوقوع الطلاق ديانة فقد جاء نص المادة الحادية والعشرين من القانون 1 لسنة 2000 تنص على أن "لا يعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق" .وقد واجه هذا النص انتقادا عنيفا في حصره طرق العلم بالطلاق في الاشهاد والتوثيق فقط دون وسائل العلم الأخرى .

وهو ما حدا بالمحكمة الدستورية العليا استمرارا لدورها في الدفاع عن دستورية القوانين بإصدار حكمها رقم 113لسنة26بتاريخ 2000/1/15 والقاضى بعدم دستورية المادة 21 من القانون 1 لسنة

2000 فيما تضمنه من قصر الاعتداد في اثبات الطلاق عند الانكار على الاشهاد حيث جاء في أسباب الحكم" وحيث إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حكم المادة الثانية من الدستور– بعد تعديلها فى 22 من مايو سنة 1980– يدل على أن الدستور أو ردها ليفرض بمقتضاها – واعتبارًا من تاريخ العمل بهذا التعديل– قيداً على السلطة التشريعية يلزمها فيما تقره من النصوص القانونية ، بألا تناقض أحكامها مبادئ الشريعة الإسلامية فى أصولها الثابتة –مصدراً وتأويلاً– والتى يمتنع الاجتهاد فيها، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معًا" .... وهذا النص وإن وقع فى دائرة الاجتهاد المباح شرعاً لولى الأمر، إلا أنه فى حدود نطاقه المطروح فى الدعوى الماثلة – يجعل المطلقة فى حرج دينى شديد، ويرهقها من أمرها عسرًا، إذا ما وقع الطلاق وعلمت به وأنكره المطلق، أو امتنع عن إثباته إضراراً بها، مع عدم استطاعتها إثبات الطلاق بالطريق الذى أوجبه النص المطعون فيه، وهو ما يتصادم مع ضوابط الاجتهاد، والمقاصد الكلية للشريعة الإسلامية".

ويجدر الاشارة إلى أنه ومن تاريخ هذا الحكم يمتنع تنفيذ نص تلك المادة ويضع الحكم على كاهل المشرع التزاما بصدور تشريع جديد يعالج اثبات الطلاق وطرق العلم به وهو ما يؤدى بالضرورة إلى تطور قوانين الأسرة بسبب النص الدستورى موضوع البحث.

تحديد سن الحضانة:

المقرر فى الفقه الحنفى، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن أولى الناس بحضانة الصغير أمه بالإجماع ولو كانت غير مسلمة، لأنها أشفق وأقدر على الحضانة. ولكن الحديث هنا يقتصر على سن الحضانة فحسب.

حيث كان النص فى المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أن: "للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك" وقد كان ذلك مذهب الامام أبى حنيفة وبعد النص الدستورى عدل عن ذلك أخذا بمذهب الامام مالك، فصدر القانون رقم 100 لسنة 1985 نص في المادة (20) على أن: "ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن إثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة و

الصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك. وأخيرا جرى نص المادة الأولى من القانون رقم 4 لسنة 2005 على "ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشر ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذا السن في البقاء في يد الحاضنة وذلك حتى يبلغ سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة "وهذه صورة أخرى من تطور قوانين الأسرة ومازلنا نأمل في اصدار قانون أحوال شخصية جديد لعلاج مشاكل الأسرة.

قصر حق الرؤية للأجداد في حالة عدم وجود الآباء:

استمرارًا لدور المحكمة الدستورية في مراقبة مخالفة القوانين للدستور قضت المحكمة في حكمها رقم 37 لسنة 33 قضائية دستورية: "بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة لسنة1929الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية والمستبدلة بالقانون رقم 10 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية فيما تضمن من قصر حق الأجداد في رؤية أحفادهم على حالة عدم وجود الأبوين" .

وجاء في أسباب الحكم "...حيث إن قضاء هذه المحكمة مطرد على أن ما نص عليه دستور عام 1971 في مادته الثانية بعد تعديلها سنة1980 والمقابلة للمادة 2 من دستور 2012 أن مبادئ الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع.....ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية حق لأهل الاجتهاد فأولى أن يكون الحق ثابتا لولى الأمر يستعين به في كل مسالة بخصوصها وبما يناسبها, أن أى قاعدة قانونية تصدر في هذا الإطار لا تحمل في ذاتها ما يعصمها من العدول عنها وابدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيا .... وكان حق الرؤية من ثوابت الشريعة الاسلامية ارتكانا إلى صلة الرحم وبر الوالدين إلا أنه حق أصيل لمصلحة الصغير ولصالح أصوله على حد سواء تلبية للفطرة الطبيعية التى فطر الله الناس عليها...."

وتستطرد المحكمة في حكمها بالقول ومؤدى ذلك أنه يتعين ألا يكون تنظيم مباشرة هذا الحق محددا بقواعد جامدة صارمة لا تأخذ في اعتبارها تغير الزمان والمكان بل ينبغى أن يتسم دوما بقدر من المرونة التى تتسع لها الأحكام الفرعية المستجيبة دوما للتطور..... وكان الثابت أنه ليس هناك نص قطعى الثبوت والدلالة في شأن تنظيم حق الرؤية، فإن تنظيم المشرع بتنظيم هذا الحق لا يعدو أن يكون واقعا في دائرة الاجتهاد ويتعين أن يكون محققا لمقاصد الشريعة، وكان النص المطعون عليه بقصره حق

الاجداد في رؤية الأحفاد على حالة عدم وجود الأبوين قد أخل بما يتطلبه الحفاظ على صلة الرحم والبقاء على الروابط الأسرية وما يحمله هذا وذاك من قيم عليا تحقق للنفس البشرية تكاملها الذى تهدف إليه مقاصد الشريعة الغراء فإنه يكون مخالفا لأحكام الشريعة الاسلامية ومن ثم المادة الثانية من الدستور....."

دستورية قانون الوصية الواجبة:

قضت المحكمة الدستورية العليا فيما يخص قانون الوصية الواجبة بحكمين الأول صادر بجلسة 1987/4/4فى الدعوى رقم 46لسنة 7ق دستورية والثانى بجلسة2021/5/8م فى الدعوى رقم 216 لسنة30 ق دستورية؛ وقد قضت المحكمة في الحكمين اعمالا للنطاق الزمنى للنص الدستورى والذى شرح من قبل في اطار هذا البحث.

وأسست المحكمة حكمها على أساس أن القيد المقرر بمقتضى النص الدستورى والصادر بتاريخ 1980/5/22م والمتضمن إلزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الاسلامية لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه وكانت المادة 76 من قانون الوصية الواجبة رقم 71 قد صدر في عام 1946 وهو تاريخ سابق على النص الدستورى كما أن الوصية الواجبة تستند إلى المذهب الجعفرى وهو ما يعد دستوريا بعد النص الدستورى لما فتح من باب الاجتهاد في أراء الشريعة الاسلامية .

خاتمة البحث:

بعد الإنتهاء من كتابة البحث توصلت الباحثه إلى عدد من النتائج والتوصيات يمكن عرضها فيما يلى:

نتائج البحث:

1. معالجة المشرع المصري لقوانين الأسرة معالجة متسلسلة وفقهية بشكل شامل ومتكامل محاولا الالتزام بأحكام الشريعة الاسلامية. وأدلتها الكلية قطعية الثبوت والدلالة وبما لا يغلق باب الاجتهاد الفقهى
2. ساهم النص الدستورى مساهمة مباشرة مشاركا بأثر مباشر في تطوير قوانين الأسرة ولعل أهم الأمثلة على ذلك هو اصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية وتشريعه في المادة 20 للخلع استنادا للشريعة الاسلامية ، كذلك صدر القانون100 لسنة 1985م وفى مادته الحادية عشر مكرر فى فقرتها الثانية أعطت

للزوجة التي يلحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة الحق في طلب الطلاق للضرر.

3. وقفت المحكمة الدستورية العليا حارسا أمينا على النص الدستوري أمام أى محاولة لوسم أى قانون بعيب عدم الدستورية دون حق وفى القلب قوانين الأسرة وأمثلة ذلك دفاعها عن سن الحضانة ومسألة الخلع وقانون الوصية الواجبة.
4. قضاء المحكمة بعدم دستورية المادتين 18،21 من القانون رقم1لسنة2000 ونص الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية والمستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وهو ما يحتاج تدخل المشرع للتعديل وهو ما يعد بابا واسعا لتطوير قوانين الأسرة وطريقا أنارت المحكمة دربه.
5. لتطبيق المادة الثانية من الدستور المصري نطاق زمنى وهو القوانين الصادرة بعد تاريخ التعديل الذى أدخل على المادة الثانية عام 1980، ونطاق موضوعي هو القوانين العادية دون الدستورية وبالتالي تخضع قوانين الأسرة الصادرة بعد هذا التاريخ لهذين النطاقين.

توصيات البحث:

وقد انتهي البحث الى عدة توصيات منها:

1. ضرورة التوسع في تطبيق الشريعة الاسلامية مما يحقق المصلحة العامة للأسرة والمجتمع استنادًا لقوله تعالى: "فَغَيْرَ ٱللَّهِ أَبْتَغِي حَكَمًا وَهُوَ ٱلَّذِيٓ أَنزَلَ إِلَيْكُمُ ٱلْكِتَٰبَ مُفَصَّلًاۚ وَٱلَّذِينَ ءَاتَيْنَٰهُمُ ٱلْكِتَٰبَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُۥ مُنَزَّلٌ مِّن رَّبِّكَ بِٱلْحَقِّۖ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ ٱلْمُمْتَرِينَ" مع اعادة فتح باب الاجتهاد فى الفقه الإسلامي ليواكب التطور الحالى وبما لا يخالف ثوابت الدين والشريعة الاسلامية.
2. حتمية التعاون بين فقهاء الشريعة و رجال القانون على النهوض بالشريعة الاسلامية نهضة تعيد لها جدتها حتى تساير أحكامها ما استجد من الحاجات.
3. اضطلاع المشرع بدوره المنوط به والقيام بالتزامه السياسى والقانونى الذى فرضه عليه النص الدستورى أولا بتعديل القوانين السابقة على النص، ثم اصدار قوانين جديدة بعد اصدار أحكام بعدم دستورية بعض المواد من قبل المحكمة الدستورية العليا ثم الالتزام بالنص الدستورى وعدم اصدار قوانين جديدة لا تخالف النص الدستورى.
4. ضرورة توافر الرغبة السياسية والتشريعية للتطبيق الكامل للنص الدستورى.

مراجع البحث:

أولا الكتب:

1. الشيخ، عبدالفتاح حسيني. (2004). تاريخ التشريع الإسلامي. سلسلة البحوث الاسلامية السنة الخامسة والثلاثون. الكتاب الأول. مجمع مطابع الأزهر الشريف. القاهرة.
2. الحنفي، عبدالحميدعثمان.(2003). المدخل لدراسة العلوم القانونية. الجزء الأول. المنصورة. مصر.
3. الحسيني، ابراهيم. (بدون سنة نشر). أصول الفقه الإسلامي. المنصورة . مصر.
4. السنهوري، عبدالرزاق، وحشمت، أحمد.(1950). أصول القانون. مطبعة لجنة التأليف والترجمة. القاهرة.
5. السنهوري، عبدالرزاق .(1985). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. الجزء الأول. دار روز اليوسف . القاهرة .
6. الزرقا ، مصطفى .(1967) . المدخل الفقهي العام. الجزء الأول. الطبعة التاسعة . دار دمشق. دمشق.
7. بلتاجي، محمد. (2006). الأحوال الشخصية بحوث فقهية مؤصلة. دار السلام للطباعة . القاهرة .
8. حسين ، محمد عبد الظاهر. (1999). الفقه الإسلامي المصدر الرئيسي للتشريع . دار النهضة العربية. القاهرة.
9. خلاف، عبدالوهاب . (1990) أصول الفقه. دار القلم . القاهرة .
10. شلبى، محمد مصطفى. (1985).المدخل في الفقه الإسلامي .الطبعة العاشرة . الدار الجامعية . بيروت .
11. متولى، عبدالحميد .(1990) . الشريعة الاسلامية كمصدر أساسى للدستور. الطبعة الثالثة . منشأة المعارف .
12. مرقس، سليمان. (1987) . الوافى في شرح القانون المدني . الطبعة السادسة. المنشورات الحقوقية صادر. القاهرة.

13. نجيدة، على حسين. (1990) . مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع المصدر الرئيسي للتشريع في مصر . دار النهضة العربية . القاهرة.

14. سعيد، عبدالستار فتح الله.(2011) . سلسلة فتاوى كبار علماء الأزهر(8). دار اليسر. الطبعة الأولى . القاهرة .

ثانيا الأبحاث:

1. حسين حسن، البراوى.2013. " تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني في قطر"
2. دراسة مقارنة. المجلة الدولية للقانون: البند 2-http://dx.doi.org/10.5339/irl.2013.cl .
3. بشناق، باسم صبحى، والغرة، فارس عبدالكريم .2017. " دلالة النص على مبادئ الشريعة الاسلامية فى مشروع الدستور الفلسطينى وأثره فى تنظيم وعمل السلطة التنفيذية" . مجلة جامعة الأزهر، غزة: المجلد 19 العدد 1
4. عبد، عصام سعيد، و محمد، شيماء جعفر. بدون سنة نشر." دور القضاء الدستورى في تطبيق أحكام الشريعة". مجلة الرافدين: المجلد17، العدد (61) السنة (19)

ثالثا المعاجم:

- المعجم الوجيز . 2006، وزارة التربية والتعليم . مصر.

رابعا المراجع الالكترونية:

- فرحات، نور. (بدون سنة نشر). "الدين والدستور". ورقة بحثية على شبكة الانترنت موقع الراية: https://alrayacls.net