

مجلة القانون

علمية متخصصة محكمة

نصف سنوية تُعنى بنشر الأبحاث العلمية
والأحكام القضائية والقوانين واللوائح



العدد السادس

{خاص بالمؤتمر العلمي التكريمي الثاني}

2016 – 2015

تصدر عن كلية القانون - جامعة طرابلس

للمراسلات كلية القانون- جامعة طرابلس

للاتصال

فاكس: 021 462 62 94

هاتف: 021 462 62 94

~جميع الحقوق محفوظة لكلية القانون~



المؤتمر العلمي التكريمي الثاني

تحت شعار

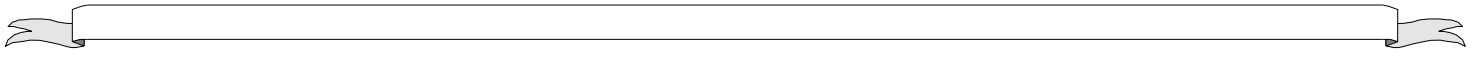
{تشريعات المرحلة الانتقالية الليبية في الميزان}



تكريماً ووفاء للأستاذ الدكتور سعيد محمد الجلدي

المنعقد في يوم الخميس الموافق 2016/11/ 17م

بكلية القانون – جامعة طرابلس



هيئة تحرير المجلة

رئيساً	أ.د. عبد الغني عمرو الرويمض
عضواً	د/ ضو مفتاح أبوغرارة
عضواً	أ.د. محمد رمضان بارة
عضواً	د/ عمران عبد السلام الصفرائي
عضواً	أ/ صالح أحمد الفرجاني

اللجنة الاستشارية

أعضاء هيئة التدريس بالكلية

ساهم في الإشراف على هذا العدد

أ. عصام عبد الله جاب الله

أ. سعاد الحسين عمر

المواد التي تنشرها المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها

اللجنة العلمية للمؤتمر العلمي التكريمي الثاني

رئيساً	أ/ د. الكوني على اعبوده
عضواً	أ/ د. امحمد معمر الرازقي
عضواً	د. عمران عبد السلام الصفراني
عضواً	د. محمد الصادق الخازمي
مقررأ	أ/ مصدق محمد علي الحافي

اللجنة التحضيرية للمؤتمر العلمي التكريمي الثاني

رئيساً	د/ ضو مفتاح أبوغرارة
عضواً	أ/ لؤي عبدالسلام أبو سعد
عضواً	أ/ عصام عبد الله جاب الله
عضواً	أ/ صالح أحمد الفرجاني
عضواً	أ/ سعاد الحسين عمر
عضواً	أ/ أحمد علي أبو مهارة
عضواً ومقرراً	أ/ مهند سالم الماوي

قواعد النشر

أولاً: ضوابط النشر

- 1/ تنشر الأبحاث والدراسات في المجلة باللغة العربية والإنجليزية والفرنسية
- 2/ يتعهد الباحث بعدم سبق نشر البحث أو الدراسة في أي مجلة علمية أخرى سواء داخل البلاد أو خارجها.
- 3/ أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإضافة.
- 4/ يلتزم الباحث بأصول وقواعد البحث العلمي، وخاصة الأمانة العلمية والتوثيق العلمي السليم لكافة جزئيات البحث.
- 5/ ألا يكون البحث أو الدراسة منسوخاً من رسالة دكتوراه أو ماجستير سبق للباحث أن تقدم بها لإحدى الجامعات.
- 6/ ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن ثلاثين صفحة، ويجوز عند الضرورة نشر الأبحاث التي تزيد عدد صفحاتها عن ذلك إذا كانت طبيعة الدراسة تقتضي ذلك، وبشرط أخذ الإذن من هيئة تحرير المجلة.
- 7/ يحق للباحث نشر البحث أو الدراسة في صورة كتاب بشرط صدور موافقة خطية من قبل هيئة تحرير المجلة.
- 8/ يتعرض الباحث للمساءلة القانونية إذا اتضح فيما بعد أن البحث كان حصيداً جهد باحث آخر أو أن أفكاره تتطابق جزئياً أو كلياً مع بحث آخر سبق نشره.
- 9/ تسليم البحث لا يعني الإقرار بنشره إلا بعد اعتماد نشره من قبل أعضاء هيئة تحرير المجلة.

10/ تمنح الأولوية في النشر للبحوث الأكثر جدية، ولا أهمية لتاريخ تقديمها ولا للأقسام العلمية التي تنتمي إليها.

ثانياً: متطلبات النشر

1/ تقدم ثلاث نسخ ورقية للأقسام العلمية كل بحسب تخصص البحث ونسخة إلكترونية في ملف (word) وملف (PDF) خالية من الأخطاء المطبعية واللغوية.

2/ يلتزم الباحث باستخدام خط نوع (Simplified) وبحجم (16) للعناوين و(14) للمتن و(12) للهامش وبيوابع مسافة 1.0.

3/ يرفق مع البحث سيرة ذاتية عن مسيرة الباحث العلمية والعملية.

4/ يرفق الباحث مع بحثه ملخصاً في حدود عشرة أسطر باللغة العربية إذا كان البحث مكتوباً بلغة أجنبية.

5/ يمنح الباحث وثيقة تفيد سبق نشر البحث في المجلة من قبل هيئة التحرير.

المحتويات

- 1 كلمة الرئيس الشرفي للمؤتمر العلمي التكريمي الثاني أ.د. المدني أبوالقاسم دخيل
- 2 كلمة اللجنة التحضيرية للمؤتمر أ. مهند سالم الماوي
- 5 كلمة اللجنة العلمية للمؤتمر أ.د. الكوني علي اعبوده
- 7 السيرة الذاتية للدكتور سعيد محمد الجلدي أ. د سعيد محمد الجلدي
- 23 كلمة وفاء أ.د. محمد هاشم ماقورا
- 28 التواضع سمة العلماء - سيرة وشهادة في حق الفقيه سعيد الجلدي د.أبوجعفر عمر المنصوري
- 30 قصيدة شعرية بعنوان : حُماة القانون أ.د. عبدالمولى البغدادى
- 33 قصيدة شعرية بعنوان : ثلثة في القبة الخضراء د. محمد أحمد شحاتة
- 35 قراءة في كتاب الزواج والطلاق وآثارهما (القيمة العلمية والمميزات) أ. لؤي عبدالسلام أبو سعد
- 61 السياسة التشريعية فى ليبيا فى المرحلة الانتقالية أ.د. الكوني علي اعبودة
- 83 ضوابط التشريع ومدى التزام المشرع بها فى المرحلة الانتقالية أ. علي محمد أبوراس
- 97 الخصوصية الموضوعية للتشريع فى المرحلة الانتقالية (ليبيا نموذجاً) أ. صالح أحمد الفرجاني
- 138 القانون رقم 46 لسنة 2012م بشأن الصيرفة الإسلامية "السياسة والآليات" أ.د. الحبيب خليفة جبودة
- 167 القانون رقم 1 فى شأن تحريم المعاملات الربوية فى الميزان د. ضو مفتاح أبوغرارة
- 207 قراءة فى تعديل القانون رقم 14 - 2015م أ.د. الهادي علي زبيدة
- 238 أهمية المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق أ. أفراح مختار العاتى
- 259 الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى وجهان لعملة واحدة أ. د. امحمد معمر الرزقى
- 284 وضع الشريعة الإسلامية فى الدستور الليبي المرتقب أ.د. مصطفى مصباح ديارة
- 298 حرية المعتقد الدينى فى دول مجلس أوروبا.قراءة فى أحكام المحكمة الأوروبية د. عمران عبدالسلام الصفرانى
- 337 التغيرات السياسية والدستورية وأثر ذلك على نفاذ المعاهدات الدولية د. ناصر فرج الغيظة



بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على سيدنا محمد أكرم الأنبياء والمرسلين

المسؤولية الاجتماعية للجامعة نحو الوطن ليس تلقين الطلبة العلوم بشتى فروعها داخل قاعات الدراسة بل تتعداها لأن تكون أداة للتغيير داخل المجتمع من خلال المساهمة في اقتراح حلول لمعالجة قضايا ومخنتقاته. والوطن اليوم، وهو ينزف دماً ويمر بمنعطف تاريخي خطير، في أمس الحاجة إلى رأي العقل السديد الذي يستند إلى العلم وتغذيه المعرفة الحقيقية بعيداً عن الغوغائية وفرض الواقع بالقوة.

جامعة طرابلس، انطلاقاً من إحساسها بهذه المسؤولية التاريخية، حاولت رغم ما يعترض طريقها من عثرات، أن تحس بقضايا الوطن وتسعى لأن تكون شريكاً في تضميد جراحه ووضع بوصلته على الطريق الصحيح من خلال تقديمها لمسودة مشروع الدستور الذي قدم إلى وتفعيلها للعديد من البرامج والمناشط على أمل أن تكون فاعلة في إرساء قواعد رصينة لتنمية مستدامة داخل الوطن.

كما أن هذا المؤتمر الذي يحمل عنوان: (تشريعات المرحلة الانتقالية الليبية في الميزان) والذي هو ضمن برنامج تكريم للأستاذ الدكتور سعيد محمد الجليدي سيكون له دور مهم في تقييم أداء التشريعات في هذه المرحلة المفصلية من تاريخ الوطن.

أثمن عالياً مساعي كلية القانون لتكريم من يستحق التكريم من أسرتها، فها هي اليوم تقوم بالتكريم الثاني في شخص السيد أ. د. سعيد محمد الجليدي، أستاذ الشريعة والقانون بالكلية. وقبل أن نكرم الدكتور سعيد في علمه لا بد أن نكرمه أولاً على بشاشة طلعت وحسن منطق وسعة صدره وسمو وعلو خلقه وأفعاله، صفات رفعت من شأنه بين طلابه وزملائه وأصدقائه وأقرانه. يقف الإنسان عاجزاً أمام إنصاف هذا الإنسان حقه وأرجو أن يكون هذا التكريم عربون وفاء ومحبة وتقدير من الكلية والجامعة له وأطال الله في عمره ومتعته بوافر الصحة والعافية.

وليبقى الوطن شامخاً وستظل، عاجلاً لا آجلاً، شجرة القانون كامل ربوعه بمساعي الخيرين من أبنائه.

حفظ الله ليبيا في أمن وأمان

أ.د. المدني أبو القاسم دخيل

رئيس جامعة طرابلس



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والحمد لله الذي هدى إلى هذا العمل بلطفه وأعان على إنجازهِ بكرمه ومعروفه، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد،،،

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته،،،

أصحاب الفضيلة، أصحاب السعادة، ضيوفنا الأكارم، يا من شرفتمونا بمقدمكم الميمون، من مناطق بلادنا الغالية، ومن هنا من عاصمتنا الحبيبة، لتشاركونا في هذا المؤتمر العلمي التكريمي الثاني، الذي جاء تحت عنوان: (تشريعات المرحلة الانتقالية الليبية في الميزان) والذي نحتفي فيه بعلم من أعلام البلاد، وفقهه فذ من فقهاء الإسلام، بذل جهده وعلمه بكل تقان وإخلاص، فكان كالنجم في السماء يهتدي به كل حائر في مجال الفقه الإسلامي، وشتى المجالات القانونية.

إنه العالم المربي والأستاذ الجليل الدكتور (سعيد محمد الجلبيدي) - حفظه الله - الذي كانَ وما زالَ مِلءَ السَّمْعِ والبَصَرِ، إنسانٌ كانَ وما زالَ يَدْخُلُ القُلُوبَ بلا استئذان، إنسانٌ عرفناه غاية في الجدِّ والنشاطِ والإخلاصِ والتَّفانيِ ونُكرانِ الدَّاتِ، فحُقَّ لنا أن نفخر به ونفاخر، ونعلن سعادتنا به وبما حققه، وبما وصل إليه بفضل الله سبحانه وتعالى وتوفيقه له، من نيله الدرجات العلمية العالية، والمراكز الوظيفية المرموقة، فهنيئاً له وهنيئاً لنا به، وأهلاً وسهلاً بالضيوف الأعراء، قدمتم أهلاً ووطنتم سهلاً، شرفنا تواجدكم بيننا، وزادنا غبطة وسرورا وحبورا، شكر الله سعيكم وضاعف أجركم و جزاكم كل خير .

أيها الكرام :

إن زماننا كثير التعقيد والتحديات، كما أنه كثير الفرص والبدائل والمعطيات، ونحن نعيش في عالم مفتوح يمور بالتواصل والتأثر والتأثير المتبادل، فإن التصدي لتنظيم مؤتمر علمي ليس بالأمر اليسير، فالأمر يحتاج إلى جهود حثيثة من التأمل والبحث والتخطيط والاتصال والحوار، ولكن أردنا من خلال هذا العمل إثارة وعي طلاب العلم والباحثين المتخصصين في مختلف المجالات بأهمية التعليم العالي في تنمية المجتمع والارتقاء به، ومحاولة فهمه وتشخيصه، وتصحيح مساره، ولاشك أن الكليات والجامعات التي تربي في نفوس باحثيها وطلابها حب الأخلاق وتعزيز روح الانتماء وتأكيداً أن العلم للعمل، والمساعدة على اكتشاف



الذات والشعور بالمسؤولية وتخليص الأذهان من الأوهام، وتنمية القدرة على الملاحظة، وحب الاستطلاع، وتدعيم روح التساؤل، وتكوين النظرة العلمية، وتكوين العقل المثقف، والتدريب على تقديم الحلول البديلة، وتحسين مستوى اتخاذ القرار، والتعلم المستمر، وامتلاك أسس المرونة الذهنية، وتعزيز فهم الواقع، وتلبية متطلبات سوق العمل؛ لاشك أن هذه الكليات والجامعات قادرة على إحداث تنمية مستدامة، تحقق من خلالها الإسهام في بناء المجتمع الليبي ومتطلباته في هذه المرحلة التأسيسية، مرحلة إعداد دستوره المرتقب، في زخم التشريعات المتوالية في فترة وجيزة عقب ثورة السابع عشر من فبراير.

لذلك ارتأت كلية القانون طرابلس عقد مؤتمرها العلمي الثاني بعنوان: (تشريعات المرحلة الانتقالية الليبية في الميزان) واستهضت همم العلماء والباحثين على مستوى الجامعات والكليات الليبية من أجل تقديم البحوث العلمية إسهاما في إثراء وطرح المسائل القانونية، أمليين المساهمة في بناء الوطن، وتقديم الآراء العلمية الشرعية والقانونية حيال التشريعات النافذة، والمعدلة، والتي في طور التعديل.

وقد شارك في هذا المؤتمر باحثون من أقطار مختلفة، وقد بلغ عدد الأبحاث المقبولة (سبعة عشر) بحثاً.

إننا من خلال عديد العناوين التي سيجاورها هذا المؤتمر، ويسلط الضوء على مفرداتها الواقعية، حاولنا تأسيس منهج لفهم الواقع، يقوم على بناء قاعدة مفاهيمية وإجرائية قادرة على إيجاد مقاربات تنظيرية ونماذج تطبيقية، بما ينعكس إيجابياً على الواقع العلمي والبحثي الليبي والعربي .

وإيماناً منا بأن نجاح الكليات والجامعات في تأدية أدوارها العلمية والبحثية والمجتمعية كفيل بإنجاح رسالتنا في بناء المجتمع والارتقاء به إلى مستوى متطلبات القرن الحادي والعشرين، يأتي هذا المؤتمر ليقدم رؤية تطويرية لمسيرة تطورات التشريعات الليبية في المرحلة الانتقالية، وذلك بتفعيل مسيرة البحث العلمي لتجاوز العقبات، وعرض التطورات وتقديم الحلول والمقترحات، محتكمين إلى الباحثين وتصوراتهم في تطوير هذه الرؤية وتحليلها، اعتقاداً منا بأن رسالة بناء الوطن، رسالة تكاملية يتعاون الجميع في إنجازها بعيداً عن سطحية التفكير والبحث عن الزلات، ولترجمة هذه الرؤى إلى واقع ملموس.

إننا في هذا المؤتمر لسنا بحاجة إلى المناظرة، ولكننا بحاجة ماسة إلى الحوار نحاول من خلاله إضاءة بعض النقاط المظلمة، وتوضيح بعض القضايا الغامضة، وعلى مقدار ما



ننجز في استلھام هذا الفھم والاحتكام إليه والتحقق به، نقترّب من النجاح الذي ننشده على الصعيد العلمي والبحثي والتنامي .

إننا في هذا المؤتمر المبارك نتوجه بالشكر الجزيل إلى جميع العلماء والباحثين الذين لبّوا دعوتنا وقدموا أبحاثهم دعماً لمسيرة التميّز والعطاء، نسأل الله تعالى أن يجزّل لهم العطاء على ما بذلوه، كما نشكر الحضور الكريم على تشريفهم لنا، سائلين الله الكريم أن يبارك لهم الخطي، وأن يجعل الجنة للجميع نُزلاً ومأوى.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

مقرر اللجنة التحضيرية للمؤتمر

مهند سالم الماوي

بسم الله الرحمن الرحيم

شخصيات كثيرة ينتهي وجودها المادي، ومنها من يظل تأثيرها رغم مواراتها الثرى. فماذا عن الشخصية المحتفى بها في هذا اللقاء المبارك الأستاذ الدكتور سعيد محمد الجليدي الذي هو معنا جسداً وروحاً وإنتاجاً علمياً؟ لا يملك أي انسان عاقل إلا أن يُقر بما للصديق الدكتور سعيد من أثر إيجابي، ماض ومستمر، سواء على الصعيد الأكاديمي أو المجتمعي، ولعل لشخصيته التي تجمع بين ملامح الجدية والروح المرحة دورها في ذلك، غير أنه من الإنصاف التأكيد أيضاً على أن التخصص الذي اختاره لنفسه ساهم في ما حققه لنفسه وأسرته وأصدقائه من رصيد يذكر بأن تقاعد الإنسان الذي نحن بصدد الاحتفاء به لن يستنفذه وأن صاحبه مستمر في عطائه وبريقه. ومن شواهد ذلك تنادت هذه الكوكبة من زملائه للتعبير عن مدى حبهم وتقديرهم للرجل وعلمه وإنسانيته وحسن خلقه وكرمه.

الموضوع المختار وإن ارتبط بالمرحلة الانتقالية التي تشهدها ليبيا منذ 2011 إلا أنه يفتح الباب للمقارنة لا سيما في مجال تخصص شخصية اللقاء الأحوال الشخصية؛ إن الفكرة التي ترسخت عند الكثيرين هي أن موضوعات الأحوال الشخصية نظمتها الشريعة الغراء ولم تتركها للمشرع الوضعي! ولا يخفى على ذي عقل خطأ تلك الفكرة بحسبان أن دور المشرع قائم وإن تم تحكيم الشريعة؛ فتقنين الأحكام التفصيلية في هذه الشريعة يحتاج إلى تدخل المشرع لفرض الإلزام الواقعي لتلك الأحكام عند عدم كفاية الوازع الداخلي فضلاً عما في ذلك من مزايا لعل أبرزها تسهيل مهمة المخاطب والمطبق في نفس الوقت. وإذا تركنا نطاق ما فصلت الشريعة أحكامه، وهو القليل، سنجد أن ما تطرقت الشريعة لمبادئه العامة هو الغالب ومن هنا يأتي دور المشرع لتجسيد الخيارات المجتمعية في ظل الإطار المقدس المرسوم.

ومن ينظر إلى موضوع الزواج والطلاق وآثارهما لابد أن يلاحظ أن دور السياسة التشريعية كان ملحوظاً ولكن القول إن في التحول من أعمال المشهور من مذهب مالك رحمه الله إلى مبادئ الشريعة الأكثر ملاءمة دليل على أن دور القانون أمر حتمي ولا يتنافى مع روح الشريعة وأحكامها. وكان للأستاذ الدكتور سعيد دوره في (مطبخ التشريعات) في مجال الأحوال الشخصية قبل 2011 ولهذا تكتسي اجتهاداته في الخصوص أهمية خاصة وسيوضح ذلك على وجه الخصوص في مشاركة الأستاذ الدكتور الهادي زبيدة والأستاذ لؤي أبوسعد.

نعم عنوان المؤتمر لم يقتصر على السياسة التشريعية في مجال الأحوال الشخصية، حيث تباينت المساهمات بين المقاربات العامة كما هو الشأن في مساهماتي (السياسة التشريعية



في ليبيا في المرحلة الانتقالية) وبين مقاربات متخصصة تطرقت لمسألة بعينها كما هو الشأن في مساهمات الأستاذ الدكتور الحبيب جبودة والدكتور ضو أبوغرة والدكتور امحمد الرازقي والدكتور مصطفى دبارة والدكتور ناصر الغيطة والأستاذ صالح الفرجاني والأستاذة أفرح العاتي.

ومهما يكن الأمر، فإن حوصلة الأعمال المقدمة تلتقي في أن السياسة التشريعية في المرحلة الانتقالية لم تكن مثالية، وكيف لها أن تكون كذلك، وهي ليست نتاج ظروف المرحلة الانتقالية محل الدراسة فحسب وإنما هي استمرارية للسياسة التشريعية في ظل النظام السابق والتي كانت تعاني أيضاً من سلبيات كثيرة ليس أقلها عدم التطابق مع ما تمليه حاجات المجتمع.

ولم تتجح كليات القانون في تقويم تلك السياسة لإعادة تأهيلها بما يحقق العقلانية والفعالية لتلك السياسة بما يخدم متطلبات المرحلة الانتقالية والتمهيد لدولة القانون والمؤسسات التي يطمح إليها الليبيون بعد أربعة عقود من دولة يصعب تكييفها وفقاً للمعايير المألوفة في عالم اليوم.

الأستاذ الدكتور/ الكوني علي اعبوده

رئيس اللجنة العلمية



الأستاذ الدكتور: سعيد محمد الجلدي

بسم الله الرحمن الرحيم
مختصر السيرة الذاتية
للدكتور سعيد محمد الجلدي

تاريخ الميلاد 1946.12.30 م ببلدة الرحيبات بالجبل الغربي. متزوج ولي خمسة ابناء،
تحصلت على الشهادة الابتدائية من مدرسة الرحيبات الابتدائية عام 1957م. ويتوجه من والدي
(رحمه الله) دخلت مدرسة السيد المهدي السنوسي القرآنية بطرابلس ونلت منها شهادة حفظ القرآن
الكريم عام 1960م، وبعدها دخلت معهد أحمد باشا الديني فدرست به إلى سنة 1965م.



الدكتور سعيد الجلدي هو التلميذ الواقف في الصف الثاني على يسار الصورة
ويتوسط الفصل الأستاذ رمضان شادي مدير المعهد

تم رحلت إلى القاهرة بالجمهورية العربية المتحدة فدخلت امتحاناً لتحديد مستوي العلمي والدراسي
فقبلت بالسنة الثالثة الثانوية بمعهد البحوث الإسلامية، وحصلت منه على الشهادة الثانوية بتقدير
أهلني لدخول كلية الشريعة والقانون نظام الخمس سنوات في العام الجامعي 1966-1967م،
واجتزت جميع سنوات الدراسة بالنجاح بتقدير جيد جداً وفي السنة الأخيرة بجيد جداً مع مرتبة

الشرف سنة 1971م، وبعد حصولي على الشهادة الجامعية عينت مساعد نيابة بنياية غريان بتاريخ 1971.10.9م. وتقدمت للعمل بإدارة الفتوى والتشريع بوزارة العدل بطرابلس إلى أن استقلت منها في 1971.12.31م؛ بسبب صدور قرار بتعييني معيداً بكلية الحقوق جامعة بنغازي من تاريخ 1971.12.4م. ولم انتظر صدور قرار للإيفاد بل رحلت إلى القاهرة بمجرد انتهائي من إجراءات مباشرة انتسابي إلى الجامعة لأنني كنت قد حصلت على قبول في الدراسات العليا في العام الجامعي 1971.1972م، وأنهيت المرحلة بنجاح وحصلت على الماجستير سنة 1973م من جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون، ومن نفس الجامعة في شهر 1976.6م حصلت على الدكتوراه بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى.



د سعيد مع لجنة المناقشة وهم د محمد انيس عبادة و د سليمان رمضان ود عبدالغني عبدالخالق



الدكتور سعيد في جامعة الأزهر التي تحصل منها على رسالة الماجستير والدكتوراه مع مرتبة الشرف



الإسلامي والعلاقات الدولية في الإسلام، وفقه المعاملات وأشرفت على ما يزيد عن خمس وعشرين رسالة ماجستير ودكتوراه، وشاركت في مناقشة ما يزيد عن العدد الذي أشرفت عليه. وكتبت عدداً متواضعا من المؤلفات والبحوث.



من اليمين - د. ضو أبو غرارة - د. سعيد الجندي - د. سليمان الجروشي



الدكتور سعيد أثناء إشرافه على إحدى الرسائل العلمية



د. سعيد بتوسط كل من د. عبدالحفيظ ديكنة عن يمينه والاستاذ علي شنيب عن يساره

المؤلفات:-

- 1- أحكام الأسرة في الزواج والطلاق من جزئين.
 - 2- الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية.
 - 3- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي.
 - 4- شرح أحكام الوصية.
 - 5- نظرية العقد (دراسة مقارنة) تحت الطبع.
- والبحوث أهمها:-
- 1- الشبهة المسقطة للحد.
 - 2- مظاهر القضاء الشعبي في الفقه الإسلامي.
 - 3- المصلحة وأثرها في تطور التشريع.
 - 4- شريعة المجتمع بين النظرية والتطبيق.
 - 5- أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية.
 - 6- قراءة لقانون إقامة حدي السرقة والحراية رقم 13 لسنة 1995م في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية.
 - 7- تعليق حول التظليق للضرر في القانون رقم 10 لسنة 1984م.
 - 8- الإسلام وحقوق الإنسان "مبدأ المساواة بين الجنسين في حقوق عقد الزواج".
 - 9- حق الطفل في النسب في القانون رقم 10 لسنة 1984م.
 - 10- العلمانية والدين.
 - 11- شرعية الرحم البديل "مقدم للجنة الوطنية للأخلاقيات البيولوجية والأمان الحيوي".
 - 12- العلاقة بين حرية العقيدة ومرجعية التشريع وأثرها على القوانين الصادرة في ظلها.
 - 13- عقوبة الإعدام في الشرائع السماوية.

14- سبل تفعيل العدالة التصالحية.

15- نماذج من الاجتهادات القضائية في تطبيق القانون الليبي للزواج والطلاق.

16- خصائص القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وأثارهما بين قوانين الأحوال الشخصية العربية.

شاركت في العديد من المؤتمرات والندوات العلمية في الداخل والخارج، أذكر منها:-

1- مؤتمر الدراسات الأمنية والتدريب - الرياض 1984

2- ندوة تشريعات الحدود - جامعة قاريونس

3- ندوة مقتضيات الدعوة في ضوء المعطيات المعاصرة - جامعة الشارقة

4- ندوة تشريعات الطفولة - اللجنة العليا للطفولة ومنظمة اليونيسيف

5- لجنة اعداد ميثاق حقوق الطفل بمنظمة المؤتمر الإسلامي

وأسهمت في العمل بالعديد من اللجان العلمية والوطنية والتشريعية والمهنية منها:-

1- لجنة مراجعة التشريعات

2- اللجنة الاستشارية العلمية بالهيئة العامة للأوقاف

3- اللجنة الاستشارية لهيئة تقص الحقائق والمصالحة

4- العديد من لجان تقويم الانتاج العلمي لأغراض الترقية أو النشر

5- لجنة تقييم واعتماد البحوث بالهيئة الوطنية للبحث العلمي

6- لجنة صياغة مشروعات القوانين بمؤتمر الشعب العام

7- اللجنة الاستشارية العليا لمركز ضمان الجودة واعتماد المؤسسات التعليمية

8- لجنة التحقق من المؤهلات العلمية من خارج الجامعة

9- عضوية الأمانة العامة لمؤتمر طرابلس الوطني

10- لجنة شؤون أعضاء هيئة التدريس بالجامعة



بيان بما أمكن تذكره من الرسائل التي اشتركت في تقييمها

اسم الطالب	الجامعة	عنوان الرسالة
أبو بكر مسعود دعييس	الفتاح	الشورى بين المبدأ والتطبيق
أحمد محمد بونة	الفتاح	العود في التشريع الجنائي الإسلامي والقوانين الوضعي
أحمد المقطوف إبراهيم	السابع من ابريل	أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية .
إبراهيم السوري المشعال	السابع من ابريل	الشريعة الإسلامية ومركزها من مبادئ القانون دراسة مقارنة
أفراح مختار العاتي	الفتاح	الحماية الشرعية للنسب في ثبوت الفراش
آمنة خليفة أبو سنيينة	المرقب	موانع الشهادة في قانون المرافعات الليبي - دراسة مقارنة
أحلام المبروك التليسي	الاكاديمية	الحماية القانونية للأجنة البشرية في ظل تطور علم الهندسة الوراثية
أرحيم الهادي أبوسعد	الفتاح	أحكام الخلع في الفقه الإسلامي والقانون رقم لسنة 1984
بشير سليم العجيلي	الفتاح	الدليل العلمي وأثره في إثبات النسب
خالد سعيد تفرشيت	السابع من ابريل	الأعجاز التشريعي في القرآن الكريم
دريد محمد علي	السابع من ابريل	النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام
رفيعة محمد العبيدي	قاريونس	الخلع في فقه الكتاب والسنة - دراسة فقهية وقانونية مقارنة
سالم الفيتوري الفرجاني	السابع من ابريل	خطط السداد والرشد لشرح مقدمة ابن رشد دراسة وتحقيق
سمية الطاهر أبو عيسى	الفتاح	الإقرار وتطبيقاته القضائية في إثبات النسب - دراسة مقارنة
سالم الفيتوري الطاهر	السابع من ابريل	خطط السداد والرشد لشرح مقدمة ابن رشد _ دراسة وتحقيق
سامي إطراد دعدوعة	الجبل الغربي	نظام تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة

بيان بما أمكن تذكره من الرسائل التي اشتركت في تقييمها		
اسم الطالب	الجامعة	عنوان الرسالة
رجب صالح العفيف	السابع من ابريل	خطط السداد والرشد على نظم مقدمة ابن رشد - تحقيق ودراسة
شوقي عبد الله عبد السلام	الفتاحح	القيمة القانونية للأدلة الجنائية المتحصلة بطرق غير شرعية
طارق عبد الله القمودي	العلوم الامنية	إثبات جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي
علي مسعود محمد	الفتاحح	الإدعاء الفرعي بالتزوير في المواد المدنية والتجارية
عبد الرحمن مسعود بركة	سبها	الطبري ومذهبه الفقهي
عبد الحميد أحمد طرابلس	الفتاحح	الطلاق وأحكامه في الشريعة الإسلامية
عبد السلام عبدالله مسعود	السابع من ابريل	العقد المنظم للحكام دراسة وتحقيق لباب النكاح وما يتبعه
عبد الحميد محمد صبحي	كلية الدعوة	منهج ابن كثير في التفسير بين الرواية والدارية
عبد الرحمن أحمد حقاف	الفتاحح	مشكلة الاحتكار والوسائل الشرعية والقانونية لحلها
عبد الحميد مصباح الهرمة	الفتاحح	التقديم القضائي للتعويض في القانون الليبي
عبد المطلب محمد الزاندي	السابع من ابريل	ضوابط السياسة الشرعية في إسقاط العقوبة
عامر أدريس اللهيبي	الزاوية	ميراث ذوي الأرحام وموقف التشريع منه
عبد الرزاق على النعاس	السابع من ابريل	خطط السداد والرشد لشرح نظم مقدمة ابن رشد - تحقيق ودراسة
عبدالكريم أحمد المخزوم	الزاوية	تعدد الجرائم الحدية وأثره في العقاب
عمر منصور عاشور	كلية العلوم الشرعية	أساس التعويض عن فسخ الخطبة ومدى مشروعيته
عبد الحميد صالح الحباس	السابع من أبريل	مبدأ القرآن شريعة المجتمع بين النظرية والتطبيق - دكتوراه



بيان بما أمكن تذكره من الرسائل التي اشتركت في تقييمها

اسم الطالب	الجامعة	عنوان الرسالة
فائزة المبروك البسيوني	قاريونس	الإسلامي المقارن موجبات أنتهاء المسؤولية الجنائية في الفقه
فاطمة المبروك شيوة	السابع من ابريل	إسقاط الجنين المشوه والآثار المترتبة عليه
فوزي إبراهيم طه	السابع من ابريل	أبو الحسن البصري ومنهجه في الأصول دراسة تحليلية
محمد صلاح الدين	الفتاح	عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون
محمد حسن أبو ظهير	الفتاح	جريمة الرشوة في الفقه الإسلامي والقانون
مفتاح صالحين أبوحويته	السابع من ابريل	علم الميراث بين العقل والفضل
محمد البشير الهاشمي	السابع من ابريل	وازعية التغيير الاجتماعي في الإسلام
محمد عياد عبد القادر	السابع من ابريل	التفسير القرآني للحضارة والتاريخ
محمد عيسى مهني	السابع من ابريل	حقوق الجنين بين الشريعة والقانون
محمد أحمد المحيرس	المرقب	الحكام فيما لهم وعليهم من الأحكام للشيخ بن فودي 1225هـ -
محمد أنور الشيباني	الفتاح	أحكام التصرف في الوقف بيع الوقف
نصر علي محمد	الفتاح	جرائم العرض التعزيرية في الشريعة الإسلامية
نجوى محمد الصاري	المرقب	القاعدة الفقهية الأمور بمقاصدها في الشرح الصغير للشيخ الدردير
نعيمة أبو بكر الشبخي	قاريونس	أحكام جراحة التجميل في الفقه الإسلامي المقارن
هشام محمد اسيم	السابع من ابريل	اختلاف الأصوليين في دلالة الخاص وأثره على آراء الفقهاء
وسام رمضان خليفة	السابع من ابريل	موقف الإسلام من التجسس
راسم محمد عبدالكريم	السابع من ابريل	(الاستحسان وموقعه في الحجية)

كلمة وفاء

سعدت وشرُفتُ باختياري - من قبل قسم الشريعة في كلية القانون - جامعة طرابلس - لإعداد كلمة وفاء - أصالة عن نفسي ونيابة عن زملائي أعضاء هيئة التدريس في الكلية - في حق زميلنا العزيز الأستاذ الدكتور سعيد محمد الجليدي، أطال الله عمره ومتعته بدوام الصحة والعافية، وذلك بمناسبة مبادرة القسم بتكريمه، بعد مرور ما يقرب من (40) عاما، سخر حياته خلالها دون كلل أو ملل للعطاء العلمي المتواصل المتميز، والبحث الأكاديمي الجاد، وللتدريس في رحاب مختلف كليات القانون في الجامعات الليبية، وفي أكاديمية الدراسات العليا، وكلية الشرطة وغيرها.

والحق أنني قبلت بسعادة بالغة إعداد هذه الكلمة، ولكنني في نفس الوقت شعرت بثقل وصعوبة المهمة التي كلفت بها، ذلك لأنني أدرك تماما أن إعداد كلمة وفاء في حق أستاذ جامعي مرموق في مقام زميلنا الفاضل الدكتور سعيد الجليدي، مغامرة - إذا جاز التعبير - يخشى معها التقصير في تغطية كافة الجوانب المتعلقة بمناقبه وإنجازاته ونشاطاته العلمية من جهة، وإبراز خصاله الحميدة وصفاته الشخصية النبيلة من جهة أخرى، على نحو يفие حقه، ويبرز مكانته العالية على الصعيد الأكاديمي خاصة.

ومع ذلك سأحاول بقدر من الإيجاز - الذي أمل ألا يكون مخلا - أن ألقى نظرة سريعة على سيرته الذاتية الزاخرة. وقد رأيت ملاءمة أن يكون ذلك من خلال فقرتين، أخصص الأولى لعرض خصاله وسمات شخصيته وأخلاقه، وأخصص الثانية لاستعراض نشاطاته العلمية المختلفة على الصعيد الأكاديمي .

وفيما يلي تفصيل ذلك:-

أولاً : الدكتور سعيد الجليدي على الصعيد الشخصي :-

بداية معرفتي بالدكتور (الزميل) كانت في شهر أكتوبر من عام 1978م وهو العام الذي عينت فيه عضواً بهيئة التدريس في كلية الحقوق / جامعة بنغازي بدرجة محاضر بعد حصولي على الدكتوراه من جامعة نابولي / إيطاليا في نفس العام، وكان الدكتور سعيد من أوائل أعضاء هيئة التدريس الوطنيين في كلية الحقوق (الأم) في جامعة بنغازي آنذاك، فقد تحصل على شهادة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية من جامعة الأزهر عام 1976م، وتم تعيينه عضواً بهيئة التدريس في الكلية في بداية عام 1976م.



وبعد ذلك تطورت علاقة الزمالة هذه مع مرور الأيام إلى علاقة صداقة حميمة أعتز وأفخر بها، وهي صداقة أعتبرها من أهم المكاسب في حياتي على الصعيدين الشخصي والأكاديمي.

والحق أن كل من عرف الدكتور سعيداً عن قرب أحبّه، وكل من تواصل معه تأثر به، لأنه شخص هادئ الطبع، جم التواضع، قليل الكلام بليغه، وإذا تحدث في أي مجلس أو مناسبة علمية صمت الحضور دون شعور منهم وأصغوا إليه. ولعل السبب في ذلك يكمن في أن كل كلمة ينطق بها ذات مدلول كبير وتأثير عميق؛ فكلامه دائماً من ذهب، ويعطي الانطباع لدى المتلقي دون تردد أنه ينصت أو يتحاور مع رجل حكيم، وصاحب شخصية كاريزماتيه، وصاحب رأي سديد، وأنه - أي المتلقي أو المحاور - في حضرة عالم وفقهه متبحر في علوم الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي في آن معاً.

هذا هو زميلنا الفاضل وصديقنا العزيز الدكتور سعيد الجليدي، العالم الزاهد التقي الورع، الذي أحيل على التقاعد بحكم السن منذ عام 2009م، ولكنه عملياً لا يزال مستمراً في العطاء العلمي من خلال إلقاء المحاضرات والإشراف على الرسائل العلمية في كلية القانون في جامعة طرابلس بصفة أستاذ شرف متعاون لحد الآن.

وفضلاً عما تقدم ذكره، تجدر الإشارة أيضاً في ذات السياق إلى أن الدكتور سعيد الجليدي كان - ولا يزال - رجلاً بعشرة رجال، فكما أن هناك رجلاً برجل، أي رجلاً يتحمل أعباء رجل واحد في مختلف مناحي الحياة، فإن زميلنا العزيز كان - ولا يزال - في ممارسته لنشاطاته المختلفة يعدل عشرة رجال؛ فهو في آن معاً تحمل . بهمة وحيوية ونشاط . على مدى عقود من الزمن الأعباء التي يتحملها في العادة من يقوم بدور الأستاذ الجامعي، والمربي، والباحث الأكاديمي، والمسؤول الإداري، ورب الأسرة، والخبير القانوني في مجال التشريع والصياغة القانونية وغير ذلك.

وفي كل هذه المجالات كان - ولا يزال - مثلاً رائعاً، وقدوة حسنة يحتذي بها، فهنيئاً له. ومن أهم سمات شخصية الدكتور سعيد الجليدي، التي لا يفوتني الإشارة إليها، ونحن في سياق الحديث عن سيرته الذاتية على الصعيد الشخصي، أنه لم يكن يهتم طوال حياته المهنية - التي بدأت كما ألمحنا إلى ذلك من قبل (40) عاماً ولا تزال مستمرة - بالمناصب السياسية أو الإدارية، التي هي في نظره ما هي إلا مناصب مؤقتة لا وجه للمقارنة بينها وبين العمل الأكاديمي في رحاب الجامعات والمؤسسات الأكاديمية بوجه عام.

ومن المعروف عنه - في محيط زملائه وطلابه وأصدقائه - أنه لا يحب مطلقاً الحديث عن نفسه، وإذا اضطر إلى ذلك تحدث فحسب عن تجاربه في المجال الأكاديمي والتشريعي، من باب التحدث عن نعم الله عليه، عملاً بقوله تعالى (وأما بنعمة ربك فحدث) .

الدكتور سعد الجليدي، عالم وفقه متبحر في مجال تخصصه، بكل ما تحمله هذه العبارة من معنى، ولعل مما ساعده في الوصول إلى هذا المستوى العلمي الرفيع، أنه عاش حياته في وسط علمي وديني وثقافي يحث ويشجع على طلب العلم؛ فقد كان والده رحمه الله قاضياً من بين القضاة المرموقين في محاكم مدينة طرابلس في عهده، كما أن الدكتور سعيداً تتلمذ على يد عدد من كبار علماء جامعة الأزهر، الذين تركوا بصماتهم الواضحة والقوية في تكوينه ومسيرته العلمية.

ثانياً - النشاط العلمي للدكتور سعيد الجليدي :-

1. في مجال التدريس الجامعي :-

لا يضيف جديداً القول إن الدكتور سعيداً الجليدي يُعد من أوائل الأساتذة الوطنيين المتخصصين في الشريعة الإسلامية في الجامعات الليبية، وإذا لم تخني الذاكرة فإن زميلنا العزيز المرحوم الدكتور عبد الله صلاح، والزميل الفاضل الدكتور سعيد كانا في عام 1978م الأستاذين الوحيدين المتخصصين في الشريعة الإسلامية من الليبيين ضمن أعضاء هيئة التدريس في كلية الحقوق جامعة بنغازي آنذاك (علماً بأنها كانت كلية الحقوق الوحيدة في ليبيا من عام 1962م إلى عام 1987م).

وفي هذا السياق جدير بالذكر أيضاً، أن زميلنا الفاضل استطاع بتوفيق من الله أولاً، ويفضل جهوده المخلصة، وتفانيه في العمل، وجديته في العطاء العلمي، وغيرة علمه، وسعة أفاقه، والأسلوب الحضاري الراقي الذي يتعامل به مع الآخرين أن يكون أستاذاً جامعياً من الطراز الرفيع.

ولقد تتلمذ عليه - خلال أربعة عقود من الزمن قضاها في التدريس - آلاف الطلاب الليبيين والأجانب من دول عربية وأفريقية، واستحق بذلك عن جدارة لقب (معلم الأجيال) .

ومن الجدير بالذكر أيضاً، أن الدكتور سعيد كان - ولا يزال - شخصية أكاديمية محبوبة من الطلاب، فقد كان دائماً بالنسبة لهم الأستاذ الجاد، والأب الحنون، والمربي الفاضل، والناصح الأمين.

وأذكر جيداً أنه خلال الفترة التي كنا فيها بمهنة التدريس في رحاب (كليتنا الأم) كلية الحقوق جامعة بنغازي، أن الكلية المذكورة كانت توفر لكل عضو من أعضاء هيئة التدريس في الكلية مكتباً خاصاً به يمارس فيه نشاطه البحثي، ويستقبل فيه زائريه، ولا زلت أتذكر جيداً أن مكتب الدكتور سعيد كان مفتوحاً دائماً، ويعج يومياً بالزائرين من أساتذة وطلاب وعاملين في الكلية، وكان يستقبل الجميع بترحاب كبير، وابتسامات عريضة، وقلب مفتوح، ولم يكن يضيق بهم، ولا يضمن عليهم بوقته وعلمه ونصحه وإرشاده، رغم أشغاله الكثيرة آنذاك، فقد توزعت جهوده بين التدريس في الكلية، ورئاسة وحدة البحوث والدراسات فيها، ورئاسة قسم الشريعة الإسلامية بالكلية، فضلاً عن كونه كان عضواً في المجلس العلمي للكلية.

وعطفاً على ما تقدم، أشير أيضاً أن زميلنا الفاضل تحمل - ولا يزال - طوال فترة ممارسته لمهنة التدريس الجامعي في مختلف المؤسسات الأكاديمية عبء تدريس عدد كبير من المقررات الدراسية.

2. في مجال التأليف وإعداد البحوث :-

من الحقائق الثابتة، أن الدكتور سعيد الجليدي لم يكتب كثيراً، وبالتالي فهو لم يؤلف كتباً عديدة، على الرغم مما يتمتع به - بشهادة كل من عرفه وقرأ له - من غزارة في العلم، وسعة في الاطلاع، وكفاءات عالية في مجال البحث الأكاديمي الرصين؛ فهو خاض في الواقع تجربة التأليف - خلال العقدين الأخيرين من القرن الماضي - لكنه لم يتمكن من تأليف سوى عدد محدود من الكتب .

ولعل ما يفسر - في وجهة نظرنا - هذا الشح من جانبه في مجال التأليف، انشغاله باستمرار مع الأسف بحكم الظروف - كما انشغلنا نحن جميعاً زملاءه في الكلية - بمهنة التدريس الجامعي وهمومها ومتاعبها على حساب النشاط البحثي الأكاديمي، مع أن هذا الأخير هو الأساس بالنسبة للأستاذ الجامعي .

وسبب هذا الانشغال الدائم بالتدريس على حساب البحث العلمي، يكمن في الإشكالية المتمثلة في الارتفاع السريع والمضطرد في مؤشر أعداد الطلاب المقبولين في كليات القانون من جهة، وقلة عدد أعضاء هيئة التدريس (الأكاديمي المتفرغين) في هذه الكليات من جهة أخرى، الأمر الذي ألقى علينا جميعاً عبئاً كبيراً في مجال التدريس على نحو أثر سلباً على اهتمامنا وتفرغنا بشكل أكبر للبحث العلمي الأكاديمي .

هذا عن نشاط الدكتور سعيد في مجال التأليف، وأما على صعيد إعداد البحوث والمقالات، فجدير بالذكر أن له رصيذاً معتبراً في هذا المجال. فقد قام بكل موضوعية وتجرد بإعداد عدة بحوث أكاديمية رصينة حول مواضيع مختلفة تتسم كلها بالجدة والحدائثة، وأنها تثير إشكاليات عديد على الصعيدين الفقهي والعملية على حد سواء.

3. في مجال الإشراف على الرسائل الجامعية :-

تحمل الدكتور سعيد عبء الإشراف على عديد رسائل الماجستير والدكتوراه في مختلف المؤسسات الأكاديمية في ليبيا، وجدير بالذكر هنا أن أول رسالة ماجستير في مجال تخصص الشريعة الإسلامية تمت مناقشتها في كلية الحقوق جامعة بنغازي كانت تحت إشرافه، وكان ذلك عام 1982م، كما أنه ساهم أيضاً في مناقشة والحكم على عشرات الرسائل في مختلف كليات القانون، وفي أكاديمية الدراسات العليا.

وبعد، ما تقدم كان غيضاً من فيوضات الزميل الفاضل الأستاذ الدكتور سعيد الجليدي على المؤسسات الأكاديمية في ليبيا، فقد أسدى إليها بحق خدمات جلية لن تنساها أبداً، وستبقى جهوده هذه شموعاً مضيئةً دوماً، وبصمات لا تمحى، وهي بصمات قد لا يعرف عنها الكثيرون خارج المؤسسات الأكاديمية المومىء إليها، ومن ثم قد لا يتصورون تأثيرها العميق في مسيرتها ونهضتها العلمية، وانعكاسات هذه الجهود والبصمات على طلاب تلك المؤسسات والأساتذة العاملين فيها، وفي المسؤولين والعاملين فيها على حد سواء.

بارك الله في جهود الأستاذ الفاضل الدكتور الجليدي، وندعو العلي القدير أن يطيل في عمره ، وأن يتمتع بدوام الصحة والعافية، وأن يجعله ذخراً للوطن، ومنازة لطلاب العلم، وقدوةً ونبراساً يهديهم إلى سواء السبيل.

الأستاذ الدكتور : محمد هاشم ماقورا
أستاذ القانون الجنائي / جامعة طرابلس

التواضع من سمة العلماء

سيرة وشهادة في حق فقيه

أمضى الدكتور سعيد محمد الجليدي كل وقته في أشرف مهنة (مهنة التدريس) لم يلق بالاً إلى المناصب ولم يشغل نفسه بعمادة الكليات ولا الإدارات بل ظل واقفاً في محراب الكلمة مدرساً ومعلماً ومرشداً متمثلاً قول أمير الشعراء

فعلم ما استطعت لعل جيلاً .. سيأتي يحدث العجب العجيب

وخلال رحلته الطويلة في مجال التعليم شاهد بأمر عينه نتائج جهده فالطلاب الذين درسهم ومنحهم عصارة فكره وعلمه صاروا زملاء له في كليات القانون، بل أن بعضهم أضحى عميداً للكلية التي يعمل بها استاذة أما هو فقد ظل وفياً لمهنته التي أحبها استاذاً جامعياً حتى ادركه التقاعد ولكوني أحد هؤلاء الطلاب الذين تتلمذوا على يديه فشهادتي تكشف عن جانب من جوانب شخصية الدكتور سعيد وتظهر بوضوح كيف كان استاذنا يقيم حبل الود والألفة بينه وبين تلاميذه.

إن القانون والأخلاق والعدل مسائل ترتبط بوجودانات الأفراد وضمائرهم ومن ثم فهي تهدف أصلاً إلى تحقيق السمو والكمال في نطاق العلاقات الإنسانية وتلك صفات اجتمعت في عالمنا وفقهينا ومعلمنا الأستاذ الدكتور سعيد الجليدي أستاذ الشريعة والقانون الذي طالما كانت سيرته الحسنة موضع حديث مجالس العلم والفقهاء. عليه كان من الواجب علي احتراماً وتقديراً لهذه الشخصية المميزة أن أكتب في حقه هذه الورقة اعترافاً بالجميل ولما اسداه لنا طيلة معرفتنا به سواء أثناء مرحلة الدراسة أو عندما دخلنا معترك الحياة العملية

الفقرة الأولى: مرحلة الدراسة

التحقت بكلية القانون بنغازي بعد أن تحصلت على التقدير المطلوب الذي يؤهلني لذلك، أتذكر ونحن بالسنة الثانية جالسين في أحد مدرجات الكلية ننتظر سعادة المحاضر وإذا بشخص طويل القامة، أبيض البشرة، حسن المظهر، جميل الصورة، نحيف الجسم. اكتملت هيئته بحسن إطلالته بقوله "السلام عليكم" كان حاملاً حقيبته وبها كتبه ينظر إلينا ويتأمل فينا بتواضع ومحبة ثم عرف بنفسه وأيضاً بمفردات المادة التي سوف يعلمنا إياها وبعدها جعلنا نتعرف على بعض بذكر اسم كل منا وأين يسكن أو يقيم وهكذا بدأت معرفتي بالأستاذ الجليل فقيه هذه البلد أمده الله بالصحة والعافية وبطول العمر وحفظه الله من كل مكروه.



كنت دائما قريباً منه وقت إلقاء المحاضرات التي تميزت بالمنهجية الرائعة فاللغة العربية هي أساس الخطاب مع الأسلوب المتميز البسيط الذي ساعدنا في فهم المادة بكل يسر. كان صوته جهورياً متألّفاً، ومن الأشياء التي ينبغي ذكرها في هذا المقام هي اقتران صوته ببحّة زادته جمالاً وحسناً وأتذكر أنه في كل محاضرة كان يحثنا على الدراسة والمثابرة ولهذا اتخذناه بمثابة والد لنا لأنه قريب منا ويجب على كل سؤال نطرحه عليه ويساعد كل طالب يستجد به.. إنه التواضع ونبل الخلق وحسن التربية فبارك الله في عالمنا وفقهنا المحترم وبارك الله في من رباه أحسن تربية..

الفقرة الثانية: المرحلة العملية.

تخرجت من كلية القانون بتقدير أهلني للتعيين بسلك النيابة العامة ثم القضاء، ولازالت خلجات نفسي تتذكر تلك الأسماء اللامعة التي نهلت وشربت من نبعها في مجال اكتساب المعرفة وتلك الكلمات التي سمعتها من شيخنا الجليل "سعيد" بضرورة السعي لاستكمال الدراسة وحطت بي الرحال في المغرب الشقيق لأعود منها حاصلاً على شهادة الدكتوراه مع نشرها على حساب الكلية.. ثم نُصحت من قبل أستاذي المشرف بالانتقال إلى الجامعة وتكررت النصيحة من قبل د. عبدالحفيظ ديكنة وأ. د الكوني اعبوده لأجد نفسي من جديد أمام عالمنا سعيد فعندها كان مكلفاً بإدارة شؤون أعضاء هيئة التدريس وطلب مني بعض الأوراق لاستكمال النقل وصدر القرار بمساعدته وبعدها بشهور وجدت نفسي عميداً لكلية القانون بالنجيلة ثم عميداً لكلية القانون طرابلس لأكون زميلاً لأستاذي الذي أكرمني الله بمرافقته منذ أن كنت طالباً.

هذا السيد عالي المقام كريم الفضل والجود عند عطائه المتواضع عند لقائه والحديث معه كان يمر بمكتبي قبل دخوله للمحاضرات لنصبح على بعض وعيوني لا تستطيع اجتياز كيانه لأتشرف بالجلوس بقربه وأسعد بخدمته وأستفيد من نصائحه. كان يحضر مبكراً ملتزماً بأداء عمله لا يتغيب تقديساً لمقام العلم وطلابه، فارضاً احترامه على من يعلمهم ومن يشتغل معهم. كلماته دائماً عن الالتزام وحسن الاداء والتواضع، وهي صفة لا يتمتع بها إلا العلماء وهذه الأخيرة انطبقت على شيخنا الجليل قولاً وعملاً فطلبت منه الاستمرار في التدريس لنستفيد منه طلاباً وأساتذة وليكون لنا مرجعاً عند الحاجة وليتزين به وبزملائه قسم الشريعة بالكلية واستجاب لمناشدات زملائه لتكون هذه القامات العالية من أعمدة الكلية ولهذا تمكنا من استصدار قرار بخصوص أساتذة الشرف ليكون أحدهم ضمن أسرة كلية القانون التي أتمنى أن يكون الوفاء منهجاً لكل مسؤول يتولى أمرها. هذا هو فقهنا وعالمنا المتواضع أمده الله بالصحة وجعل عمله في ميزان حسناته... والله الموفق .. د/ أبو جعفر عمر المنصوري

الإخوة الأعزاء في كلية القانون.

هذه مشاركتي المتواضعة معكم، أرجو أن تكون في مستوى دعوتكم الكريمة، ومتابعتكم لي، وإصراركم الأخوي، الذي تبينت من خلاله مدى حبكم واهتمامكم وإصراركم على أن أكون بينكم.

أيها الأحبة الكرام وأنتم تحنفلون بتكريم الأستاذ د. سعيد الجليدي، الذي يشرفني ويسعدني أن يكون من بين صفوة أصدقائي الذين أقدرهم وأحترمهم، وأتمنى من الله أن تكون هذه القصيدة موفية بالغرض لتتال منكم ومن د. سعيد حسن الرضى وحسن القبول، وهي بعنوان:

يا حماة القانون!

شرفاً ضافياً ومجداً تليداً	أسعد الله بالتّهاني سعيداً
لحماة العدالة التأييداً	أسعد الله كل من جاء يَرجو
من ينابيع فيضهم كي يَجُوداً	واعترافاً بفضلهم واعترافاً
يجعل الفضل بيننا تقليداً	نعم هذا التكريم نهجاً حميداً
أنه موقفٌ أزال الجحوداً	فممة الحب والوفاء ويكفي
ثم نكيه ميثماً مفقوداً	حيث كنا نهمّش البعض حياءً
متعة أن يضم شعري سعيداً	ولحسن المصادفات وأشهى
في كتاب الوجود عمراً مديداً	يا سعيداً تعانقت صفحتانا
منذ كان الشباب غضاً نضيداً	وابتدأنا معاً أوائل شوطٍ
نشد السبق لا نهاب السُدوداً	وتلاقى على الطريق خطانا
علّه علّه يذيب الجليداً	من هشيم الرماد نستلّ ومضاً
نتحدى به الظلام الشديداً	ومن الأزهر اقتبسنا شعاعاً
وسطي لا ميعنة لا جموداً	إنه المنبر العريق رواقٌ
مفعماً بالرّضى ونهجاً سديداً	بل براحاً مُفتّحاً وملاذاً
نفرش النيل والصفاف وروداً	وزرعنا بمصر أشهى زوانا

كم لنا في رحابها ذكرياتٍ
ليس للنشر بعضُها ولعمري
حيث كان الخيال عزمًا طموحاً
قبل أن يطفئ المشيبُ شعاعاً
قبل أن يرحل الشبابُ بعيداً
فرّق الدهر بيننا عن تراضٍ
ثم شاء الإله أن نتلاقى
وعسى الله أن يُجمّع شملاً

لم تنزل تمنح الخيال رصيذاً
ذات يوم ستسمعوها نشيذاً
لا يملُ التحليق والتغريداً
في فضاءاتنا ويُخني القدوداً
ويصير الصّبيانَ منّا جُوداً
فافترقنا موذّة لا صُوداً
فالتقينا كأنّ أمساً أُعيداً
لبلادي حقيقةً لا وُعوداً

أنت يا أيُّها السعيدُ سعيدٌ
والدُّ يمثلاً المحافلِ علماً
كان شيخِي وكنْتُ أصغي إليه
ولأنّ الوفاءَ من والدينا
ولأنّني آنسْتُ فيك شبابي
فلقد سرّني وأثلجَ صدري
فوق عرش من الجلال مهيبٍ
يرفعُ الخُبّ والسلامَ شعاعاً
ويُدين الـذين عاثوا فساداً
لم يكونوا حماتها بل ذئاباً
فانتشرنا مع الرياح شظايا

ترشّف العلمَ مُنذ كنتَ وليداً
نظراً ثاقباً وفكراً سديداً
لألاقي به القديمَ جديداً
فرضُ عينٍ يستوجبُ التأكيداً
موغلاً في الوقار أم عريداً
أن يصيرَ الوفاءَ إرثاً عُوداً
يمنح العلماءَ تاجاً فريداً
ويُدين التقتيلَ والتشريداً
في بلادي وأزهقوها قيوداً
وكباشاً تناطحتُ وقروداً
وانقسمنا مناطقاً وحدوداً

يا حماة القانون والليل داجٍ
أنقذونا من هول أهلك دُرِبٍ
أين صوت القانون أين حمانا

يُمطر الرعب حولنا والرعوداً
أوشكت عتَماته أن تسوداً
أينهُ؟ هل يعودُ؟ أو لن يعوداً؟

وطواها الرّدى فصارت لحدوداً
 خُرْمَةً العدل أن يموتوا عبيداً
 عادِلٍ عاجِلٍ يقيمُ الحُدوداً
 يخجُبُ الشَّمْسَ أن تير الوُجوداً
 كلُّ أنظارنا إليكم حشوداً
 حافل بالمنى وليس وعيِداً
 يستعيدُ الشّتاتَ عوداً حميلاً
 ولنسامحُ فقد مللنا الرّكوداً
 صادقاً مخلصاً قوياً عتيداً
 ل وقولوا للناس قولاً سديداً
 باحثٍ منصفٍ يسمّى : سعيداً
 لأصوغُ الوفاء لحناً فريداً
 ومناراً ورائداً ومريداً
 ورضاكم وأبلغُ المقصوداً
 وسخاءً مضاعفاً محمّوداً
 طالبا أو مدرّسا أو عميلاً
 وشباباً (مهتدين) وغيدا
 لخيالي فألهبته قصيلاً
 جاء يسمي لكي يحيي (سعيداً)

طَفَحَ الكيلُ والمكاييلُ جُنَّتْ
 أفلا يخجلُ الذين استباحوا
 أفلا يحذرون عقبى قَصاصِ
 إن من يخجُبُ القوانينَ مِنّا
 من هنا من مرصد العدل تهفّو
 فتمى تُشرق الحياةُ بعيدٍ
 ذلك العيد إنّه العيدُ حقّاً
 فلنصافحُ ولنغفر ولنصالحُ
 لا أرى غيركم يجسّدُ صوتاً
 فانصروا العدل يا أولي العدل والفض
 واهتفوا بحياةٍ شهمٍ غيرٍ
 أنتم الصفوة الذين اصطفوني
 وأحيّيه معلماً وشعاراً
 شرفٌ أن ينال شعري رضاهُ
 أنتم الأوفياء طبتم وفاء
 لكم الشكر والثناء جميعاً
 أو ضيوفاً مكرّمين شيوخاً
 أو نجومياً تسرّب (الضوء) منها
 أو رئيساً لمحفل جامعيّ

مفاده أن الأم إذا أسقطت حضانتها للأب فإن الحضانة لا تنتقل بإسقاط الأم إلى الأب، ولكنها تنتقل إلى من يلي الأم في حق الحضانة. ثم قال: والظاهر من النص الوارد في الفقرة (ج) من المادة (48) المتقدم ذكره أن القانون قصد إلى الأخذ بالمشهور من مذهب المالكية، وهو جواز أن يكون حق الحضانة بدلاً في الخلع، وانتقال الحضانة به إلى الأب.

لكن بالرجوع إلى ما أورده القانون من أحكام للحضانة في المواد من (62 إلى 70) ترجح لدينا أن هذا الظاهر غير مراد، ولا يمكن تفسير النص بناء عليه؛ لأن القانون أورد ترتيباً للمستحقين للحضانة في حالة افتراق الزوجين، بحيث تكون الحضانة للأم، ثم لأمها، ثم للأب، ثم لأمه، ثم لمحارم الطفل من النساء، ثم لمحارمه من الرجال، و أوجب على المحكمة التقيد بالترتيب الذي أورده القانون في المستحقين الأربعة الأوائل (المادة 62) فإذا تنازل مستحق الحضانة أو قام به مانع انتقل الحق إلى من يليه (المادة 63)، والجمع بين النصوص يقتضي أن نقول: إن القانون أخذ بما جرى عليه العمل والفتوى في مذهب المالكية، وهو أن الخلع إذا تم على أن تسقط الزوجة حضانتها، فإن الخلع يتم وتسقط حضانة الأم، ولكنها لا تنتقل إلى الأب، إلا إذا كان هو المستحق للحضانة بعد الأم، لعدم وجود أم الأم.

أما إذا وجدت أم الأم فإن الحضانة تكون لها، ولا تنتقل إلى الأب كبديل في الخلع؛ لتعلق حق الصغير؛ بأن يكون في حضانة أم أمه إذا سقطت الحضانة عن أمه، ولتقدم حق أم الأم عن الأب في استحقاق الحضانة إذا سقطت عن الأم..

وعلى هذا فإنه يتعين - حسب رأينا - عدم التوسع في تفسير الفقرة (ج) من المادة (48)، وتقييد جواز أن يكون البديل حق الحضانة مع ثبوت البديل وعدم سقوطه، بما إذا كان الأب مستحقاً للحضانة لعدم وجود أم الأم، وبصلاحية الأب للحضانة بأن تتوافر فيه شروطها⁽¹⁸⁾.

- الخصائص والمميزات:

إن الناظر في شرح أستاذنا و فقيها ليدرك بجلاء القيمة العلمية التي يحتويها، والمزايا المودعة به؛ من عرض لأراء الفقهاء من المذاهب المختلفة، وبيان أدلتهم النقلية والعقلية، ومناقشتها والترجيح بينها، وتحليل عناصر المسائل المدروسة، في ضوء النصوص والقواعد والمقاصد مع بيان رأي القانون الليبي وتوجيهه من الناحية الفقهية ونقده وبيان أوجه القصور فيه

18 - د. سعيد الجليدي، نفس المرجع 52/2.



إن وجد، والاستعانة بالقوانين المقارنة في كثير من الأحيان.. إلخ.

وسأقتصر على إبراز بعض تلك المزايا متمثلة في:

أولاً: فقه الواقع وفقه المآل في شرح أستاذنا

أ- فقه الواقع

فقه الواقع مصطلح مفاده أن على الفقيه عند تصديه لدراسة النصوص الشرعية وتنزيلها على الحوادث وبيانه الحكم الشرعي المناسب لها المحقق لمقاصد الشريعة أن يكون مدركاً للواقع إدراكاً صحيحاً بظروفه الزمانية والمكانية والحالية المحيطة به.

و الواقع هو: ما عليه الشيء نفسه في ظرفه، مع قطع النظر عن إدراك المدركين وتعبير المعبرين⁽¹⁹⁾.

ومما هو مقرر في قواعد الشريعة أن (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)، و أن (الحكم على الشيء فرع عن تصوره)، لذا كان على من يتصدى للحكم على الواقع، والخوض في غماره أن يكون ملماً بهذا الواقع، مدركاً لأسراره، مع اعتباره للمصالح والمفاسد الواقعة و المتوقعة في حياة الفرد والمجتمع. (فالمجتهد -إذاً- لا يعتمد إلى النصوص فيطبّقها بشكل آلي أو ميكانيكي، ولكنه ينظر في الواقع الذي يريد تنزيل النص عليه و يقارنه بالواقع الذي شرع فيه مقارنة دقيقة. إنه -بعبارة أكثر تفصيلاً- يقارن بين الحالتين والزمنين والمكانين و نوعي الأشخاص)⁽²⁰⁾.

وللأسف فكثيراً ما ترى من يمارس هذه الوظيفة يُغفل هذا، فتصدر عنه آراء (تتجاهل الواقع وتعيش في القواقع، حمل بعضٌ منتحليها فقهاً وليسوا بفقهاء، ما جعل الشريعة خارج المجال اليومي للحياة)⁽²¹⁾.

وبالتالي فإن فهم الواقع هو الوسيلة لتنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع. والتنزيل والتطبيق هو عبارة عن تطابق كامل بين الأحكام الشرعية وتفاصيل الواقع المراد تطبيقها عليه، بحيث لا يقع إهمال أي عنصر له تأثير من قريب أو بعيد، في جدلية بين الواقع وبين الدليل

¹⁹ - ينظر كشاف اصطلاحات الفنون، للتهانوي، 729/1، 1752/2

²⁰ - الاجتهاد في تطبيق النصوص، للأستاذ زيد بو شعراء، بحث مقدم ضمن ندوة الاجتهاد الفقهي أو أي دور وأي جديد التي نظمتها كلية الآداب والعلوم الإنسانية بجامعة محمد الخامس، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، الرباط / 1996، ص 103.

²¹ - تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، للعلامة عبد الله بن بية، ص 9.



من اللجنة الشعبية العامة إنشاء أو إلغاء الهيئات والمؤسسات العامة وكذلك إعادة تنظيمها وتعديل الأحكام الخاصة بها وذلك كله دون التقيد بأحكام القوانين النافذة!! وهو ما تبناه المشرع أيضاً في القانون رقم 16 لسنة 1991، ولكن هذه المرة في شأن إلغاء ودمج الشركات العامة المنشأة بقوانين (ج ر س 29 عدد 21). استعمل نظام التفويض كذلك في مجال التجريم والعقاب: انظر مثالين ورد أولهما في قانون الرقابة على الأسعار رقم 13 لسنة 1989 والذي فوض للجنة الشعبية العامة للاقتصاد والتجارة الخارجية في تحديد جريمة البيع بسعر يزيد على السعر المقرر. أما المثال الثاني فجاء به القانون رقم 10 لسنة 1369 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 1425 بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة حيث ترك تحديد قيمة نصاب السرقة المعاقب عليها حداً للمجلس الأعلى للهيئات القضائية -أي لجهة الادارة واقعياً بحكم تشكيل المجلس في ذلك الوقت!. وهو ما يؤكد ظاهرة تخلي المشرع عن وظيفته كما أسميناهما في مقالة لنا بعنوان (أضواء على القانون رقم 10 لسنة 1990 بشأن إعادة تنظيم المحاماة، مجلة المحامي، العددان 33،34، 1990 ص 69 وما يليها خاصة ص 74).

ب- من حيث الالتزام بمبدأ المساواة أمام القانون

تشريعات كثيرة تبرهن على أن المشرع لم يلتزم بجوهر المساواة نكتفي بالإشارة إلى بعضها:

1- قانون التأمين الاجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات الآلية

(القانون رقم 28 لسنة 1971 والمعدل بالقانون رقم 8 لسنة 2003، م 6) وضع سقفاً للالتزام المؤمن بالإضافة إلى قيود خرجت بالتعويض عن نظامه المقرر في القانون المدني، فالمادة السادسة جديدة قصرت التزام المؤمن على القيمة التي فوضت للجنة الشعبية العامة في وضع أساس وضوابط تحديدها، ومهما كان الضرر فإن التزام المؤمن يكون في "حدود الحد الأقصى المقرر للتعويض"! ويدفع التعويض الى أصحاب الحق فيه في حدود نصيب كل منهم و لا يتعدد بتعددتهم. وأخيراً فإن التعويض في ظل الصياغة الجديدة للمادة السادسة يستحق للمصاب شخصياً في حالة الاضرار الجسيمة وللأب والأم والاولاد والزوج دون غيرهم في حالة وفاة الضحية. هكذا هو حال المضرورين من حوادث المركبات الآلية حيث أصبحوا في وضع أسوأ من وضع نظرائهم ممن لحقت بهم أضرار تعود لمصادر أخرى غير حوادث المركبات. بل أن المساواة تكون مفقودة بين من أصيب في حادثة التزم صاحب المركبة بالقانون وأبرم تأميناً من المسؤولية وآخر تضرر من مركبة لم يلتزم سائقها بالتأمين الإجباري المقرر!!

2- في شأن التمتع بالحصانات الاجرائية

من الظواهر التي عرفتھا العقود الأربعة الأخيرة ظاهرة التوسع في منح حصانة إجرائية لفئات كثيرة من العاملين ؛ فلم يعد الأمر قاصراً على من يشغلون بعض الوظائف ذات الطبيعة الخاصة (القضاء والنيابة)، بل أصبح الاستثناء قاعدة الى حد ما: أعضاء الهيئات القضائية كافة، ضباط الشرطة، وأعضاء جهاز الرقابة الشعبية، والمختارين من مؤتمر الشعب العام والعاملون بجهاز تنفيذ وإدارة مشروع السكة الحديدية وموظفي مصرف ليبيا المركزي والقائمة ليست على سبيل الحصر! وما من شك أن هذا التوجه الفئوي في بعض التشريعات يضرب مبدأ المساواة في الصميم. ولم يراع المشرع روح المساواة في تنظيمه للمحاكم حيث نظم المشرع في عام 1988 محكمة الشعب ومكتب الادعاء الشعبي وخصه بصلاحيات استثنائية ماسة بالحقوق والحريات، وعلى الرغم من إلغائها من الناحية الشكلية، إلا أن روحها الشريرة بقيت لأن قانون إلغائها نص على انتقال الصلاحيات التي كانت لمكتب الادعاء إلى النيابة العامة ولعل صدور حكم الدائرة الدستورية (رقم 59/25 في 2012/12/23) بعدم دستورية المادة التي جسدت عدم المساواة بين من يتم التحقيق معهم لخير دليل على صحة ما نقول. كما أن المحاكم العسكرية يمكن أن تعد محاكم أقرب إلى المحاكم الاستثنائية بالنظر إلى عدم التزامها بمعايير المحاكمة العادلة سيما فيما يتعلق بالتشكيل وحرية الدفاع. وإسناد مهمة إنشاء المحاكم إلى المجلس الاعلى للقضاء، التي أبقى عليها القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء (م 19) يفتح الباب لخرق مبدأ المساواة بحكم تشكيل المجلس، كما أنه لا ينسجم مع المعايير الدولية.

3- من حيث الالتزام بمبدأ عدم رجعية القوانين

هذا المبدأ كما هو معلوم يعد من مقتضيات العدالة والفضة السليمة ولهذا تبنته الشرائع السماوية والوضعية؛ وإذا كانت سلطة المشرع في مخالفته منتفیه في مجالي التجريم والعقاب، فإنها تنقيد بالصالح العام في المجالات الأخرى. من يتابع التشريعات التي صدرت في العقود الثلاثة الأخيرة لا بد أن يجد مخالفات نكتفي بشواهد لها:-

- القانون رقم 2 لسنة 1979 بشأن الجرائم الاقتصادية نص على: "ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتباراً من 20 ذي الحجة 1398هـ الموافق 20 نوفمبر 1978. وهو تاريخ صياغته في مؤتمر الشعب العام" والقانون صدر في 29 ابريل 1978!

- القانون رقم 8 لسنة 2003 في شأن تعديل قانون التأمين الاجباري رقم 1971/28 نص في الفقرة الأخيرة من المادة السادسة على أنه "يسرى حكم هذه المادة على الوقائع السابقة التي



لم يصدر فيها حكم نهائي عند صدور هذا القانون" وهذا يتعارض مع ما يجب أن تتمتع به أحكام العقود من ثبات خاصة وأن دواعي التعديل هنا لا تعكس أثر الصالح العام بحسبان أن ملايسات التعديل جاءت تحت السعي لحماية شركة ليبيا للتأمين!!

ثانيا: صناعة التشريع ومقتضيات الأمان

من حق كل شخص أن يشعر بالأمان، إذ به تتحقق السكينة والثبات في المراكز القانونية والحقوق، وهو هام للمجتمع كذلك، لأن النشاط الاقتصادي، والاستثمار على وجه الخصوص، لا يزدهر إلا حيث يسود الاستقرار، فيكون في وسع كل شخص أن يدرك نتائج نشاطه. وما من شك في علاقة التشريع بهذه الغاية -أي توفير الأمان - فهو المصدر الأول وفقا للمادة الأولى من القانون المدني والذي يملك المقومات التي تؤهله لتحقيق الأمان لطالبيه كلما توافرت فيه السمات اللازمة وهي: الدقة والتحديد والوضوح والثبات النسبي والتأقلم مع الواقع من جهة والتطبيق النزيه لأحكامه بغية تحقيق العدل من جهة أخرى.

أ- خصائص التشريع من منظور الأمان

1 - أهمية الدقة والتحديد في الصياغة ما من شك في أن استعمال لغة واضحة ومحددة تعبر عن مضمون القواعد التشريعية بشكل دقيق تعد مطلباً عاماً في كل تشريع. غير أن هذا المطلب يحتل مكانة خاصة بالنسبة لهدف توفير الأمان. وهو لا يقتصر على العلاقات العقدية، بل يشمل كل العلاقات بما فيها العلاقة بالسلطة العامة.

والمتابع للعملية التشريعية في ليبيا لا بد أن يلاحظ التغيير في مستوى الصنعة في التشريعات من هذا الجانب والذي لا يحتاج إلى كبير عناء للتحقق منه، إذ يكفي إجراء مقارنة بسيطة لتكون المحصلة أن الصياغة اتجهت إلى الأسوأ. نكتفي بشاهد وحيد من القانون رقم 8 لسنة 1423 (ج. ر في 1423/3/23) حيث ورد في المادة الأولى: "الإشاعة والارجاف والنكتة المغرضة التي من شأنها إلحاق ضرر بالمجتمع وكذلك النجوى والسخرية والتناز بالألقاب والهمز واللمز من أعمال الشيطان وهي جميعاً أفعال حرمها القرآن وتعتبر جرائم يعاقب مرتكبها وفقاً لأحكام هذا القانون" وغني عن البيان أن عبارة النص في مجال التجريم والعقاب يجب أن تكون من الدقة والتحديد بحيث لا تترك مجالاً للتأويل!

2- وضوح الصياغة والهدف يتطلب تحقيق الامان ان تكون القواعد القانونية واضحة وتجسد هدفاً محدداً، وذلك لا يتطلب بالضرورة اختيار اسلوب الصياغة الجامدة حتماً؛ المناط هنا

الوطنية حيث صدر في البداية القانون رقم 17 لسنة 2012 بشأن إرساء قواعد المصالحة الوطنية والعدالة عن المجلس الوطني الانتقالي، والذي لم تتح له فرصة التطبيق حتى صدر القانون رقم 29/2013 بتاريخ 2/12/2013 بشأن العدالة الانتقالية وذلك دون الحديث عن القوانين الأخرى التي ترتبط أو تتقاطع معه مثل القانون رقم 38/2012 بشأن بعض الإجراءات الخاصة بالمرحلة الانتقالية وقانون العزل السياسي وما سبقه من قوانين تتعلق بمعايير النزاهة والوطنية!! والهيئة العليا المكلفة بتطبيقها (القانون رقم 26/2012 وكانت الضوابط قد نظمت في البداية بالقرار رقم 192 / 2011). ويضاف إلى ذلك أن السياسة التشريعية لا تعكس بالضرورة حاجة المجتمع في هذه المرحلة!

ثالثاً: سياسة تشريعية غير واقعية

القانون الجيد هو الذي يجسد حاجة الناس في مكان ما وزمن معين وفقاً لمثال مقبول في ذلك المجتمع. ومن يراقب الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي في ليبيا في المرحلة الانتقالية سيلاحظ أن الشعب ينتظر الاستقرار والعدالة الاجتماعية ودولة القانون والمؤسسات. ولا شك أن ذلك يتطلب دولة مستقرة يحكمها دستور متوافق عليه بعد التحول الذي حصل. وإذا كانت ديباجة الإعلان الدستوري المؤقت قد أكدت ذلك وبين أن الإعلان المؤقت هو مجرد أساس للحكم في المرحلة الانتقالية!

وهكذا يفترض المتابع أن السياسة التشريعية ستركز على إصدار التشريعات التي تتطلبها المرحلة الانتقالية، إذ إن المعيار وإن لم يكن أساسه الضرورة كما طرح في لجنة فبراير، فلا يجب أن يتجاوز ما تحتاجه عملية الانتقال من تشريعات تمهد الطريق إلى دولة الحق والقانون المنشودة. غير أن الانتهازية السياسية أو ضغوط الشارع أو العامل الخارجي خلقت حاجة غير واقعية من منظور الصالح العام لتفتح الباب أمام قوانين لا بد أن يعاد النظر فيها بعد نفاذ الدستور المرتقب، إن كتب له أن يرى النور! ونكتفي هنا بالإشارة إلى بعض التشريعات التي نعتقد أنها لا تخدم المرحلة الانتقالية:

- قانون تحريم الربا وهو القانون رقم 1/2013 الذي نص في مادته الأولى على حظر الفوائد في المعاملات كافة وبين جميع الأشخاص، هذا القانون تجاهل ما أقرت به اللجنة التي شكلت عام 1970 لمراجعة التشريعات وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والتي نتج عن أعمالها صدور عدة قوانين منها القانون رقم 86/1972 والذي حرم الفوائد بين الأفراد وأبقى التعامل بين الأشخاص الاعتبارية أو بين هذه والأفراد لمزيد من الدراسة والبحث! وكانت اللجنة المذكورة



مشكلة من كفاءات عالية في الشريعة والقانون برئاسة قاض مصري معروف ولاؤه "مجلس قيادة الثورة" في ذلك الوقت رئاسة المحكمة العليا في ليبيا. ومهما قيل في تبريره على الصعيد العاطفي، فإنه من القوانين التي لا تملئها المرحلة الانتقالية، خاصة إذا نظرنا إلى نتائجه على الصعيد الاقتصادي!

- قانون رقم 2012/29 بشأن تنظيم الحزبية والقانون رقم 2012/30 بشأن ضوابط الكيانات السياسية، الصادران عن المجلس الوطني الانتقالي، ساهما في تعقيد المشهد السياسي وكان الأولى ترك هذه المسألة الى ما بعد صدور الدستور.

- وإذا أضفنا الى ذلك الاهتمام بمسألة تعدد الزوجات وما جرى بشأنها من أفعال وأقوال ونقاش نقنتع بأن السياسة التشريعية في المرحلة الانتقالية كانت تستعمل لتحقيق مكاسب سياسية أو ظرفية لا تعكس روح المرحلة الانتقالية وحاجة المجتمع، ولعل نتائج هذه السياسة تؤكد صحة هذا الزعم. ولم يقتصر الأمر على التشريع العادي، بل طال الإعلان الدستوري؛ فعلى الرغم من طبيعته الدستورية، تعرض هذا الإعلان إلى تسع تعديلات ومنها ما حكم بعدم دستوريته (التعديل الثالث) لإصداره بغير الاغلبية المطلوبة!!

ومن المفيد الإشارة إلى بعض القوانين التي صدرت بعد انتخاب مجلس النواب والصراع السياسي الذي رأى النور نتيجة له، حيث صار كل طرف يدعي أنه السلطة الشرعية، غير أن قدرة الطرفين الرئيسيين (المؤتمر والمجلس) لم تكن متطابقة، حيث استطاع الأول أن يضيف الى المنظومة التشريعية عديد القوانين التي لا تخدم المرحلة الانتقالية بحال من الأحوال، ولعل من أبرزها ما صدر عنه بعد 2015/10/20، تاريخ انتهاء المرحلة الانتقالية الثالثة وفق مقترح فبراير: من هذه القوانين القانون رقم 2016/6 بشأن تعديل بعض أحكام القانون المدني، هذا القانون الذي تردد نظام القذافي في المساس به بعد تعديل سنة 1972، جاء المؤتمر ليقوم بذلك وبشكل يعكس سياسة استغلال الفرصة السانحة نتيجة للانقسام الذي تعاني منه البلاد: مواد كثيرة لا تقدم ولا تؤخر لأن مضمونها مقرر بتشريعات سابقة (التعديلات المتعلقة بحذف الفوائد)، ومواد أخرى قصد بها استباق العملية الدستورية كما هو الشأن بالنسبة للمادة الأولى التي تحدد أصول القانون حيث قيدت سلطة المشرع بإضافة (بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية) في الفقرة الأولى وعدلت الفقرة الثانية جذرياً، بالزام القاضي عند عدم وجود النص التشريعي بالحكم (بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها المعتبرة)، فلا عرف ولا قانون طبيعي أو مبادئ العدالة، وكأنها لا تتسجم مع روح الشريعة! وفي فقرة ثالثة تم النص على تحديد مفهوم النظام العام وبشكل غير مفهوم بالنص "يعد من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة



التوافق الجاري حول النزاع السياسي، فإن هذا التعثر سيزيد المشهد إرباكا أكبر وقد تصل البلاد إلى شغور كامل للمؤسسات المنتخبة في النصف الأول من شهر اكتوبر القادم تاريخ انتهاء مدة ولاية مجلس النواب!

ثالثاً: عدم تحقق المصالحة الوطنية

رغم صدور تشريعات تنظم الموضوع، إلا أنها لم تتحقق لأسباب عدة منها غياب الإرادة السياسية الحقيقية وانتشار السلاح فضلاً عن العامل الخارجي الذي يعمل بجد لأجندات مختلفة ووسائل متعددة!

رابعاً: استنزاف المال العام

من يقارن رصيد الدولة الليبية عقب سقوط القذافي برصيدا اليوم لابد أن يلاحظ أن درجة الفساد تضاعفت كثيراً، مما يؤكد أن ليبيا ابتعدت أكثر عن الحكم الرشيد وأن ما بشر به الإعلان الدستوري في الخصوص يظل مجرد أمنية!

خلاصة ما سبق، أن السياسة التشريعية كانت غير موفقة على صعيد المضمون، فهل كانت أفضل لجهة الشكل؟.

قسم ثان: الصياغة التشريعية في المرحلة الانتقالية

الخيارات التشريعية التي تعبر عن مضمون القانون الذي ترغب السلطة التشريعية في اصداره يتطلب إعطائه الشكل أو القالب المقرر أو المتعارف عليه وذلك من خلال ما يسمى: الصياغة. والصياغة من صاغ بمعنى أعدا و هيا أو صنع على مثال معين و في المجال القانوني هي فن إعطاء مضمون القاعدة أو القانون الهيئة المتعارف عليها في صورة مواد باستعمال الألفاظ المناسبة مع مراعاة الدستور والتزامات الدولة والمثال المقبول اجتماعياً. وهي بذلك تمثل العنصر الثاني الذي لابد منه لتكوين القاعدة القانونية وفق تصور العلامة الفرنس GENy.

وغني عن البيان أنه بقدر ما تكون الصياغة محكمة ومحددة كلما كانت حظوظ القاعدة في التطبيق أكبر وأيسر، ولهذا لابد أن تسند إلى أشخاص يتمتعون برصيد معرفي كبير في علم القانون وتطبيقه. وما يهمنا هنا هو هل عكست تشريعات المرحلة الانتقالية صياغة تحقق الأهداف المنشودة؟ الاجابة لا يمكن أن تكون مطلقة في أي اتجاه خاصة وأن ظاهرة تدنى

القانونية وهو ما يطرح مسألة حسن الصنعة على الصعيدين؟! - ان تقرير الأثر الرجعي لإعمال أحكامه، وإن كان ينسجم مع مقتضيات المنطق، إلا أنه قد لا يكون مبرراً على صعيد المبادئ، فأين هي المصلحة العامة التي تقف وراء هذا الحكم؟ الواضح أن المنطلق كان تحقيق مبدأ العدل لأصحاب العقارات التي كانت محلاً للقانون رقم 4. غير أن هذه الاشكالية عالجه النظام السابق بشكل تدريجي ابتداء من صدور القانون رقم 25- 1423 ميلادية الذي أقر بمبدأ التعويض (المالك البيت الوحيد أو قطعة الارض الوحيدة الذي خصص بالمخالفة لأحكام القانون رقم 4) وأعطى لمحكمة الشعب في ذلك الوقت صلاحية رد المحال المزحوف عليها والمستعملة من أصحابها في أغراض مهنية أو صناعية أو حرفية أو إنتاجية أو تجارية (مادة 7 مكرر أوب). وتؤكد ذلك بقرارات صادرة عن اللجنة الشعبية العامة (القرارات 195-1370 و 108-2006 بالإجراءات والأسس والضوابط الخاصة باستكمال التعويض عن العقارات الخاضعة لأحكام القانون رقم 4 والقرار 752-2007 بتعديله)، وهكذا يبدو أن واضعي هذا القانون كانوا أحرص على الجانب الدعائي في حقيقة الحال، و إن كان هذا القانون على افتراض أنه صادر عن جهة مختصة ووفقاً للأغلبية المطلوبة في الإعلان الدستوري، يحقق ميزة وهي أن رد الحقوق تم بموجب قانون!!

يضاف إلى ذلك، أن هذا القانون وسع من حقوق الملاك المعنيين: فالمادة 3-1 نصت على أن التعويض الذي يمنح في حالة تعذر الرد يتحدد (وفقاً للأسس والضوابط التي يقرها مجلس الوزراء، مراعيًا في ذلك قيمة العقار في السوق وقت نفاذ هذا القانون وقدر ما ضاع عليه مقابل حرمانه منه) وفي فقرتها الثانية كرست مبدأ التعويض التكميلي لمن سبق تعويضهم متمثلاً في الفرق بين ما قبضه المالك وقيمة العقار وفقاً للأسس المذكورة! وكذا الشأن في حالة الحكم برد العقار حيث توجب المادة الرابعة منح المالك تعويض عن فترة الحرمان (مادة 4).

وتدفع التعويضات من ميزانية الدولة (مادة 8)، وهو ما يبعث على التساؤل، عن مدى مناسبة إقرار ذلك دون رؤية واضحة ومحددة تحول دون إرهاب الميزانية العامة وتضمن استفادة الملاك من تعويضاتهم!

وإذا كان المؤتمر قد أسرف في ممارسة السلطة التشريعية، فإن مجلس النواب كان على النقيض تماماً حيث لم أجد امثلة رغم ما أعلن في وسائل الاعلام من أنه أصدر بعض القوانين مثل قانون إلغاء قانون العزل السياسي! ولعل ما تمكنت من الاطلاع عليه هو التعديل الذي أجراه على الإعلان الدستوري في شأن صلاحيات رئيس الدولة كما وردت في مقترح فبراير!

الخاتمة

عانت صناعة التشريع في ليبيا كثيرا في ظل نظام القذافي مقارنة بسنوات النظام الملكي الذي ورث الى حد ما ملامح الإدارة الإنجليزية والتي سبقتها، أي الإيطالية، حيث وصل الأمر إلى حد الحديث عن (ازمة التشريع في ليبيا) في ندوة عقدت قبل سقوط نظام القذافي! وبتتبع ما صدر من تشريعات في المرحلة الانتقالية عن السلطات التشريعية التوافقية والمنتخبة لا بد أن يلاحظ أن تلك الازمة لم تنته، بل قد تكون تعمقت أكثر و أن النواب المنتخبين ليسوا أفضل حالاً من زملائهم المصعدين!! وفي ظل نظام القذافي كنا نفسر ذلك بدور القذافي وتدخلت في العملية التشريعية إلى جانب الارتجالية وغياب الدراسة وإسناد الأمر إلى غير أهله! أما اليوم فإن التفسير لا بد أن لا يحمل الظروف التي تمر بها البلاد مسؤولية ذلك، لأن ثقل هذه الظروف لا يلغى نصيب من تصدروا المشهد، فهل عدم احترام المؤتمر لنظامه الداخلي عندما أقر مقترح لجنة فبراير والذي اعتمدت عليه المحكمة العليا في الحكم بعدم دستورية البند المتعلق بذلك، يمكن نسبته إلى عدم الاستقرار الذي كان - ولا زال - سيد الموقف؟؟

الموضوع يحتاج إلى وقفة أرحب وأعمق، وما هذه السطور إلا نظرة أولية تدق ناقوس الخطر لتذكير المشرع بأن المهم ليس كثرة القوانين وإنما جودتها والتي ترتبط بالمصالح التي يراد حمايتها ومدى انسجامها مع المثال السائد وحسن الصنعة وما يقتضيه من دقة في الصياغة ووضوح في العبارة من أجل تحقيق الأهداف المرسومة، لا سيما في مرحلة الانتقال التي تتطلب عناية أكبر بفعل الضغوط والطموحات غير المحدودة! ولعل من التوصيات التي يمكن تسجيلها في هذا الخصوص:-

- 1- استحداث "مطبغ تشريعي" يمكن أن يأخذ شكل مركز للبحوث والدراسات التشريعية، يلحق بمجلس الوزراء بحسابه الجهة المختصة أساساً بإعداد مشروعات القوانين.
- 2- ضرورة ربط القوانين الأساسية - المتعلقة بالحقوق والحريات أو بتنظيم السلطات - بأغلبية موصوفة وذلك لتفادي سيطرة حزب أو كتلة معينة على سلطة سن القوانين!
- 3- أن ينص الدستور المرتقب على إلزام المجلس الأعلى للقضاء بالتنسيق مع الجمعية العمومية للمحكمة العليا بإعداد تقرير سنوي يعرض على السلطة التشريعية و يكون موضوع التقرير تسجيل الثغرات التشريعية والإشكاليات التي أفرزها تطبيق التشريعات النافذة والاقتراحات المتعلقة بتطوير تلك التشريعات.
- 4- عقد مؤتمر سنوي لتقويم السياسة التشريعية يشارك فيه الجامعات ورجال القضاء والمحامون وغيرهم من المهتمين بالشأن التشريعي.



إلى التشريعات الآتية:-

- قرار المجلس الوطني الانتقالي رقم 30 لسنة 2012 بشأن اتخاذ إجراءات مستعجلة في مناطق التوتر الأمني. قرار المجلس الوطني الانتقالي رقم 27 لسنة 2013 بشأن إخلاء مدينة طرابلس من المظاهر المسلحة غير الشرعية.
 - قرار المجلس الوطني الانتقالي رقم 44 لسنة 2013 بشأن حظر التوقيع على اتفاقيات تحد من سيادة ليبيا ... الخ.
 - قرار المجلس الوطني الانتقالي رقم 47 لسنة 2013 بتقرير بعض الأحكام الخاصة بشأن أمن مدينة بنغازي و ضواحيها.
 - قرار المؤتمر الوطني العام رقم 16 لسنة 2013م في شأن إخلاء قاعة المؤتمر وحرمة. ولا نظن أن أحداً يماري في أن إخلاء مدينة طرابلس من المظاهر المسلحة غير الشرعية. ليس في حاجة لتدخل السلطة التشريعية ومن باب أولى فإن التوقيع على اتفاقيات تحد من سيادة ليبيا أمر غير جائز بداهة دونما حاجة لاستصدار قرار من المؤتمر الوطني.
- ويمكن القول إن مرد هذا الخلط بين صناعتي التنفيذ والتشريع هو نصوص الإعلان الدستوري التي أتاحت للمجلس الانتقالي والمؤتمر الوطني صلاحيات تنفيذية فضلاً عن اختصاصهما التشريعي.

ثانياً:- الجدية التشريعية والالتزام بالقانون

- نجم عن افتقاد صفة العمومية و التجريد نشوء قواعد قانونية تتسم بطابع عدم الجدية بمعنى أن المشرع عندما أصدرها لم يقصد تطبيقها وإنما كان قصده في الغالب الأعم ان تكون مجرد نصوص زاجرة أو قواعد تهديدية تطبق أحيانا وتغفل غالباً وفقاً لمشئة الجهات التنفيذية، وأحيانا يكون القصد من التشريع مجرد دعاية سياسية أو إعلامية ليس إلا.
- ولعل القوانين العقابية هي المجال الأرحب لمثل هذا النوع من التشريعات و ابرز الامثلة على ذلك - القانون 10 لسنة 2013 في شأن تجريم التعذيب و القانون 2 لسنة 2014 بتقرير بعض الأحكام في شأن حظر الأسلحة و الذخائر.
- ولا مشاحة في أن المشرع لم يكن بحاجة أصلاً لإصدار هذين التشريعين ففي التشريعات السابقة ما يكفي لمعالجة جرائم التعذيب وحياسة السلاح.

ولا يجد الباحث كثير عناء للوصول إلى هذه النتيجة التي انتهينا إليها ذلك أن الواقع المخالف لهذين التشريعين موجود يعلن عن نفسه مفصلاً عن عدم الالتزام بهما، ومرد ذلك ان المخاطبين بأحكامها و المطبقين لها على السواء يدركون عدم جدية المشرع في تطبيقها وأنها ما شرعت لتطبق وإنما شرعت لتهدد.

ثالثاً: - توافر صفة الثبات و الاستقرار في التشريع

لا ريب في أن ثبات التشريع في مقدمة عوامل استقرار المجتمعات السياسية أما التغيير أو التبدل المتعدد و المتقارب في أحكام التشريعات المعمول بها فهو أمر منتقد يتعين تفاديه. ولا سبيل للاعتراض بالقول بأن المشرع حر فيما يصدره من تشريعات منشئة أو معدلة و في التوقيت الذي يتخيره لذلك إذ لو كان ذلك صحيحاً لكانت النتيجة التي لامحيص عنها هي انهيار صفة الثبات و الاستقرار، مع ملاحظة أننا لا نتحدث عن محظور قانوني بل عن كمال جزئي مطلوب للتشريع.

بيد أن ما هو كائن في واقعنا التشريعي مناقض لما يجب ان يكون عليه فالتعديل المتسارع هو ديدن المشرع في هذه المرحلة ويكفيها في هذا المقام الإشارة إلى الإعلان الدستوري وقانون نظام القضاء.

فقانون نظام القضاء رقم 6 لسنة 2006 تعرض خلال فترة العام ونصف الممتدة من 2011/11/16 حتى 2013/5/27 لخمس تعديلات.

- القانون 4 لسنة 2011 بتعديل القانون 6 لسنة 2006.

- القانون 22 لسنة 2012 بتعديل القانون 6 لسنة 2006.

- القانون 42 لسنة 2012 بتعديل القانون 6 لسنة 2006.

- القانون 58 لسنة 2012 بتعديل القانون 6 لسنة 2006.

- القانون 14 لسنة 2013 بتعديل القانون 6 لسنة 2006.

ولم يكن الإعلان الدستوري أفضل حالا في هذا الأمر من قانون نظام القضاء فعلى الرغم من طابعه الدستوري مما يفترض قدراً أكبر من الثبات والاستقرار فإنه تعرض للتعديل سبع مرات خلال السنوات الثلاث التي أعقبت إصداره.



ولا يغيب عن البال أن عدم الاستقرار القانوني مؤد بالضرورة إلى اختلال النظام و التوازن في المراكز القانونية فضلا عن كونه سببا في اضطراب مجريات الحياة داخل المجتمع جراء غموض القاعدة القانونية وعدم تحديدها⁽⁴⁾.

ولا مشاحة في أن كثرة التعديلات وتكرارها في فترات متقاربة إنما ينبئ عن فقدان صناعة التشريع للكثير من المقومات الأساسية لصناعة التشريع وفي مقدمتها التنبؤ بالمستقبل و التخطيط له والسيطرة نتيجة لذلك ليس على تشريعات المستقبل وإنما على مستقبل التشريعات الحاضرة فلا تصدر هذه إلا بعد جهد كبير ودراسة متأنية دقيقة ووعي كامل بحاجات التطور حتى يخرج التشريع مستجمعا إلى حد كبير مقومات الصلاحية للتطبيق اطول فترة ممكنة دون تعديل أو إلغاء.

رابعاً:- التزام المشرع بالضوابط التي تحكم عملية التشريع

غني عن البيان أن سلطة المشرع ليست مطلقة بل عليه أن يلتزم بجملة قواعد شكلية و موضوعية تكفل عدم خروج التشريع عن مجاله و أهدافه فلا بد للتشريع الكفاء الرشيد أن يراعي مجموعة من المعطيات الثقافية والاجتماعية عند خروجه إلى حيز الوجود وأن يهدف إلى تحقيق أهداف اجتماعية مشروعة يقبلها المجتمع ولا يرفضها.

وبحسبنا في هذه العجالة أن نشير إلى بعض ممارسات مشرنا المخالفة لأصول العملية التشريعية.

أ- الخروج على أحكام الإعلان الدستوري

رغم الجدل القائم حول شرعية التفويض في التشريع فإننا لا نجد مشقة في ترجيح الرأي القائل بامتناع التفويض التشريعي ومناقضته للنظام القانوني القائم إذ ليس في الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي ما يسمح للسلطة التشريعية بتفويض غيرها.

بيد أن المطلع على التشريعات الصادرة إبان المرحلة الانتقالية سيلحظ أن التفويض التشريعي قد تكرر على نحو لافت دون أن يكون له أساس دستوري.

- قرار المؤتمر الوطني العام رقم 73 لسنة 2013 بشأن تفويض رئيس المؤتمر الوطني

⁴ يس محمد الطباخ. الاستقرار كغاية من غايات القانون. دراسة مقارنة الاسكندرية المكتب الجامعي الحديث.



في تنفيذه، وثالثها أن الوضوح هو الذى يمكن أفراد الشعب من تحديد سلوك شاغل مقاعد السلطة إذ لا يخفى ان مبدأ حكم القانون سيتلاشى إذا لم يمثل للقانون المعنيون به⁽⁷⁾.

ولعل الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي هو المثال الأبرز لغموض النص التشريعي فعلى سبيل المثال نصت المادة الرابعة والثلاثون من الإعلان على أن (تلغى الوثائق والقوانين ذات الطبيعة الدستورية المعمول بها قيل العمل بهذا الإعلان) فإذا كان المقصود بالوثائق الدستورية واضحا فان مصطلح القوانين ذات الطبيعة الدستورية لا يبدو واضحا.

قد يقول قائل إن المقصود هو القوانين المنظمة لما كان يعرف بالمؤتمرات واللجان الشعبية. بيد أن هذا القول مردود بأن المشرع لم يكن فى حاجة لتقرير ذلك بعد ان أصدر القرار رقم (1) بشأن إلغاء نظام سلطة الشعب.

ثم إنه لماذا نخصص الطبيعة الدستورية بالقوانين المنظمة للسلطتين التشريعية والتنفيذية وليس في ذلك تخصيصاً بغير مخصص كما يقول علماء الأصول فلماذا لا تشمل القوانين التي تنظم السلطة القضائية (قانون نظام القضاء وقانون المحكمة العليا).

وفي ذات السياق نصت المادة الثلاثون من الإعلان الدستوري المعدل بالتعديل الدستوري رقم (1) لسنة 2012 على اختصاص المؤتمر الوطني بتعيين رؤساء الوظائف السيادية فما هو المقصود بالوظائف السيادية.

لم يتضمن الإعلان الدستوري ولا القوانين التي صدرت نفاذا له تفسيراً لهذا المصطلح. ولا مشاحة في أن استخدام هذا المصطلح سيثير اختلافاً كبيراً حول المقصود به بين موسع ومضيق.

فهل كل الوظائف المركزية ذات طبيعة سيادية وهل للمصطلح علاقة بأعمال السيادة وهل هو قاصر على وظائف السلطة التنفيذية فحسب أم هو يطال الوظائف القضائية وفي مقدمتها منصب رئيس المحكمة العليا ومنصب النائب العام.

3. عدم الجدوى

يتوجب على السلطة التشريعية قبل أن تقدم على سن تشريع معين أن تتحقق مما إذا

⁷ - محمود محمد هيرة . اصول الصياغة القانونية - المحلة الكبرى - دار الكتب القانونية 2010 ص 344.



كانت ثمة مبررات تبرر سنه فضلاً عن استكناه الغرض الذي يراد تقنينه هو من أجله والتثبت من أنه يؤدي إلى الهدف المنشود ويحققه.

والمتمعن في التشريعات الصادرة إبان المرحلة الانتقالية يدرك دون عناء أن التشريع عندنا يصدر دون دراسة جدواه ذلك أن أغلب التشريعات تأتي في سيلق ردود الأفعال التي لم يتحسب لها المشرع فعلى سبيل المثال غداة صدور حكم المحكمة العليا بعدم دستورية القانون رقم 7 لسنة 2005 بشأن إلغاء محكمة الشعب بادر المؤتمر الوطني العام إلى سن القانون رقم 3 لسنة 2013 في شأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية والذي عدل بموجبه المادتين 187 مكرر أ و 187 مكرر ب من قانون الإجراءات الجنائية ليعالج فيما يبدو الفراغ الناجم عن القضاء بعدم دستورية القانون المشار إليه والذي أحال الاختصاص المسند لمحكمة الشعب ومكتب الادعاء الشعبي للقضاء العادي والنيابة العامة.

والمتمأمل في نصوص القانون 3 لسنة 2013 المشار إليه ليس أمامه سوى الدهشة والاستغراب إزاء مسلك المشرع ذلك أن التعديل انصب على المادتين 187 مكرر (أ) و 187 مكرر ب رغم أنها قد أُلغيتا بموجب القانون 84 لسنة 1975م بإنشاء نيابة أمن الثورة.

ومن هذا القبيل أيضاً القانون رقم 15 لسنة 2013 بتعديل القانون لسنة 1968 بشأن الأحوال المدنية الذي تضمن أمرين اثنين

أولهما ما نصت عليه مادته الأولى من إلغاء القانون 7 لسنة 1428 - 1999 المعدل للقانون 36 لسنة 1968 بشأن الأحوال المدنية.

وثانيهما ما نصت عليه مادته الثانية من عدم جواز الدفع بسبق الفصل في دعاوى المتعلقة بطلب تعديل تاريخ الميلاد التي صدرت بشأنها أحكام قضائية خلال الفترة من 1979/1/1 وحتى 1989/12/31.

وواضح أن صائغ القانون قد اتجهت نيته إلى إجازة تعديل الأعمار بالطريق التي رسمها قانون الأحوال المدنية قبل تعديله بالقانون 7 لسنة 1428 المشار إليه (دعوى أمام المحكمة الجزئية المختصة) لكن عباراته خائنه فلا يستفاد منها ما قصد إليه ذلك أنه اكتفى بإلغاء التعديل السابق الذي ألغى الطريق المذكورة دون أن يقرر إعادة العمل بالنص السابق ذلك أن القاعدة المقررة في هذا الشأن أنه إذا صدر قانون بإلغاء قانون آخر أو أي من أحكامه ثم الغي ذلك القانون بدوره فلا يترتب على الإلغاء الأخير إعادة العمل بالقانون السابق إلغاؤه أو بأحكامه إلا



أو نشرها ولا يغيب عن البال أن عدم نشر هذه التشريعات يمثل خلافا كبيرا في المنظومة التشريعية وبحسبنا أن نشير إلى العنت الذي يعانیه القضاة و المتقاضون على السواء جراء عدم نشر هذه التشريعات.

والمتتبع للجريدة الرسمية يستبين له أن التشريعات التي أصدرها المجلس الوطني الانتقالي في الفترة الممتدة من تاريخ إنشائه وحتى نهاية عام 2011 لم ينشر منها شيء.

قد يقول قائل إن عدم نشرها مرده أنها صدرت قبل صدور القانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن تنظيم الجريدة الرسمية في 2011/12/6 لكن هذا القول مردود بأنه ليس في نصوص القانون المذكور ما يحول دون نشر القوانين والتشريعات الصادرة قبله فضلا عن أن الإعلان الدستوري قد صدر قبل القانون المذكور ونشر في الجريدة الرسمية.

2- النشر المتأخر

ونعني به نشر التشريع متأخرا عن تاريخ العمل به مما يفوت الغاية من نشره وهي ظاهرة لاحظناها إبان النظام السابق واستمرت خلال الفترة الانتقالية بحيث يمكن القول بأنها أضحت هي الأصل فمعظم القوانين والقرارات تنص على أن العمل بها من تاريخ صدورها لا من تاريخ نشرها مع ما في ذلك من خروج على قواعد المنطق والعدالة إذ كيف يسأل إنسان بموجب تشريع لا يعلم به وكيف يطبق القاضي تشريعا لم ينشر بعد.

3- النشر الناقص

ونعني به نشر التشريع مبتورا على نحو لا يحقق الهدف المنشود من نشره كما هو الحال بالنسبة لقرار مجلس الوزراء 543 لسنة 2013 بتعديل حكم باللائحة التنفيذية للقانون 17 لسنة 2010 بشأن التسجيل العقاري فعلى الرغم من أن مادته الأولى نصت في فقرتها الأولى على اعتماد نماذج السجلات والأوراق المتمثلة في الدفاتر والسجلات والنماذج المرفقة أشكالها باللائحة فإن القرار نشر بالجريدة الرسمية في العدد الخامس من السنة الثالثة 2014 دون أن ترفق به نماذج السجلات والدفاتر المشار إليها.

خلاصة القول إن وظيفة التشريع عندنا قد امتهنت من المشرع على النحو الذي أضحى معه التشريع وسيلة لعلاج حالات فردية أو مشكلات خاصة ونتج عن ذلك غابة تشريعية هائلة متشابكة الجذوع متداخلة الأغصان بحيث يعسر على المتخصص فضلا عن المواطن العادي أن يشق طريقه فيها من أجل أن يتعرف على القاعدة القانونية بيد أن هذا الفيض التشريعي أوجد



المبحث الأول

مضامين أساسها الانتقال

إن التشريعات ذات الطابع الانتقالي تتميز بانصهارها وتناسقها مع التطورات والتغيرات التي تفرضها المرحلة الانتقالية، والتي يمكن أن تؤدي بدورها إلى خلق مواضيع وحاجيات ذات طابع استعجالي يفرض سن تشريعات خاصة له تؤطر تلك التغيرات وتنظمها (مطلب ثان)، وفي ظل هذا الواقع الانتقالي المتحرك يتم إفرار مواضيع ذات طابع ضروري الأمر الذي يستدعي وضع تشريعات مؤسساتية (مطلب أول).

المطلب الأول

تشريعات انتقالية على المستوى المؤسسي

مع اندلاع الثورة اتضحت المطالب الشعبية في القطيعة السياسية مع الماضي والذي استوجب أيضا القطع " دستوريا" مع ما كان سائدا، حيث تم استحداث هياكل ومؤسسات جديدة ذات طابع ثوري، فكان أول ما تم تشكيله بعد قيام الثورة هو المجلس الوطني الانتقالي والذي توافق وتواضع الليبيون ضمنا على أنه الممثل الشرعي الوحيد لهم، وقد نال تدريجيا اعتراف المجتمع الدولي، بصفته الممثل الشرعي الوحيد للشعب الليبي وتحديدا بعد إصدار الإعلان الدستوري يوم 03-8-2011م، (م/17 الإعلان الدستوري) وتحرير طرابلس يوم 20-8-2011م و إعلان التحرير يوم 23-10-2011م، فتم إلغاء الوثائق والقوانين ذات الطبيعة الدستورية المعمول بها قبل العمل بالإعلان الدستوري (م/34)، واستحدث هذا الإعلان مبدأ القاضي الطبيعي وأصدر قانون انتخاب المؤتمر الوطني العام⁽¹⁵⁾ وتعديلاته⁽¹⁶⁾ محددًا ضرورة انتخاب أعضائه خلال (90 يوما) وفي 07-7-2012م تم انتخاب أعضاء المؤتمر الوطني العام وفي 08-8-2012م تم تسليم السلطة سلميا من المجلس الوطني الانتقالي إلى المؤتمر الوطني العام، وبذلك أصبحت المرحلة تقودها مؤسسة ذات سلطة شرعية منتخبة من الشعب الليبي.

(15) القانون رقم (4) لسنة 2012م بشأن انتخاب المؤتمر الوطني العام

(16) القانون رقم (28) لسنة 2012م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (4) لسنة 2012م بشأن انتخاب المؤتمر الوطني.

الجريدة الرسمية، السنة/1، العدد/5، بتاريخ 12-5-2012م، ص279.



وخلافا لبعض دول الربيع العربي التي كان لها دستور، فإن ليبيا⁽¹⁷⁾ لم تكن لتحتاج لأي تعديل دستوري، والحدث كان فرصة لهدم وإسقاط ما كان قائما من "مؤسسات"، ومع ذلك و تجنباً لأية إشكالات فقهية قانونية ألغت المادة (34) من الإعلان الدستوري الوثائق والقوانين ذات الطبيعة الدستورية المعمول بها قبل العمل بهذا الإعلان. بالإضافة إلى أن هذه الفترة تميزت باستحداث لجان تقصي الحقائق، علاوة على تشريعات استعجالية فرضها الواقع الاقتصادي والاجتماعي الذي تمر به البلاد.

المطلب الثاني

تشريعات انتقالية على المستوى الاقتصادي والاجتماعي

بصدور قانون انتخاب المؤتمر الوطني العام مباشرة أصبح يمارس مهامه كونه يقوم بالعمل التأسيسي التشريعي، لكن نتساءل هل هذا المؤتمر كان بإمكانه الاهتمام بكامل المجال التشريعي وما يتطلبه من تعديلات تركز الانتقال الديمقراطي؟ لعل المسألة بمنطق الزمن وقتها تبدو مستحيلة، لذلك تم التركيز أكثر على التشريعات ذات الطابع الانتقالي حيث يتم انتقاء تشريعات الفترة الانتقالية والمؤقتة واللجوء للتشريع في المجالات التي تعتبر أولويات خاصة و أيضا الواقع الاقتصادي والاجتماعي الذي تمر به البلاد لعله فرض تشريعات استعجالية ذات بعد انتقالي على المستويين الاقتصادي (فقرة أولى) والاجتماعي (فقرة ثانية) وصدور هذه التشريعات خلال هذه المرحلة ستساهم في تحقيق الانتقال وتحسين الاستقرار للأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

الفقرة الأولى

تشريعات انتقالية على المستوى الاقتصادي

إن الثورة تؤثر بشكل أو بآخر على النظام الاقتصادي للبلاد باعتبار أنها تساهم في تعطيل

(17) "هذا البلد لا يعترف أصلاً بفكرة الدستور، على اعتبار أن الحاجة إلى الدساتير قد تختفي كلياً في حالة ما إذا كان النظام المطبق هو النظام الديمقراطي الشعبي المباشر، نظراً لما يوفره هذا النظام من ضمانات لحقوق المواطنين ومنع الطغيان"

د. محمد بن محمد بن محمد المختار "الحماية الدستورية لحقوق الإنسان في بلاد المغرب العربي" مجلة جامعة التحدي العلمية - العلوم الإنسانية، المجلد/ 1، العدد/ 1، سرت، ليبيا، 2007م، ص(135-151)

د. ميلود المهدي - إبراهيم أبو خزام، الوجيز في القانون الدستوري، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، طرابلس، ليبيا، 1996م، ص237-238.



الفقرة الثانية

تشريعات انتقالية على المستوى الاجتماعي

الثورة تؤثر بشكل أو بآخر على النظام الاجتماعي للبلاد باعتبار أنها تساهم في تعطيل الحياة الاجتماعية ولو بصفة نسبية، وقد صدرت تشريعات انتقالية تتعلق بشهداء وجرحى الثورة⁽²¹⁾، كونهم يعتبرون كفاعلين أساسيين في إطار ثورة الحرية والعدل والمساواة، وقد قامت السلطات الليبية خلال فترة الثورة بتوفير الرعاية الصحية للجرحى في الداخل والخارج واعتمدت إجراءات تم من خلالها دفع تعويضات مالية للمصابين وهي تعتبر ذات أهمية لكونها تقوم برد الاعتبار لشهداء الثورة و مصابيها، وكذلك أسر الشهداء ومنحهم كل الامتيازات والحقوق وفقا للتشريعات النافذة، وقد تشعب ملف الجرحى والشهداء وخاصة مع وجود تشتت قانوني اقتضى تضاربا في الاختصاصات وتداخلا في الصلاحيات، ولكن المسألة الاجتماعية ليست رهينة ببعض التدابير التي تتخذها "الحكومة المؤقتة" بل هي أكبر من ذلك وتستوجب وضع أهداف على المدى المتوسط والبعيد.

المبحث الثاني

مضامين أساسها التأسيس

تعتبر المرحلة الانتقالية التي تمر بها ليبيا مرحلة حساسة استوجبت تشريعات ضرورية فحواها تحقيق الانتقال ضمانا لاستمرارية الدولة وتمهيدا للتأسيس لمرحلة دائمة، الأمر الذي يتطلب تنظيما مؤقتا للسلطات وتشريعات مؤطرة للعملية الانتخابية.

المطلب الأول

التنظيم المؤقت للسلطات العامة جسر العبور للتأسيس

التنظيم المؤقت للسلطات العامة هو مجموعة القواعد المعتمدة لهذا التنظيم في فترة أزمة تتجسد عادة في مرحلة انتقالية بين نظامين سياسيين، وتهدف هذه القواعد ذات الطبيعة الدستورية ماديا والوقتية زمنيا لتنظيم العلاقات بين مختلف السلطات، كما تسمح بإضفاء حد أدنى من الشكلية على عملية التقعيد وذلك حتى دخول الدستور حيز التنفيذ، ويمكن أن نتبين في بعض

(21) صدر قانون خاص للشهداء والمفقودين، الجريدة الرسمية، السنة 2 العدد 1، 2013م



استمرارية الدولة التي طرحت وتطرح اليوم في ظل نصوص التنظيم المؤقت للسلطات العامة خاصة بعد القطع مع النظام السياسي الذي تم الانتقال عليه، وكذلك بعد القطيعة مع إعلانه المتمثل في قيام سلطة الشعب، إذ نصت المادة (34) من الإعلان الدستوري لسنة 2011م "تلغى الوثائق والقوانين ذات الطبيعة الدستورية المعمول بها قبل العمل بهذا الإعلان".

2- مبدأ الفصل بين السلطات.

إن مبدأ الفصل بين السلطات، أشار إليه بصورة واضحة "مونتيسكيو" في كتابه الشهير "روح القوانين L'esprit des lois"، ويقصد به عدم تركيز السلطة في يد جهة واحدة إذ يجب أن توزع السلطة بين جهات متعددة، وحسب إميل دوركايم Emil Durkeim يمثل أيقونة الليبرالية السياسية وأيضاً ثابتاً من ثوابت الحركة الدستورية، هذا المبدأ ازدهر بشكل متسارع في الدولة الأم لينتشر في بقية دول أوروبا لتأخذ به بعد ذلك أغلب الدول، وهو من المبادئ التي لا يمكن التقريط فيها.

وبالرجوع إلى التجربة الليبية نلاحظ أن الدستور الليبي لسنة 1951 م لم يتم فيه تكريس هذا المبدأ، وكذلك بعد قيام ثورة 17 فبراير المجيدة 2011م وجدنا أن الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 03-8-2011م جاء خالياً من النص صراحة على هذا المبدأ الدستوري الهام، وهو ما يعد نقیصة⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني

مضامين قائمة على تنظيم عمل الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور

إن ما جاء بالإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي في المادة (30) منه قبل التعديل أن الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور هي من المهام الموكلة إلى المؤتمر الوطني العام وحدد لهذه الهيئة مهمة صياغة مشروع الدستور وتقديمه للمؤتمر الوطني الانتقالي لاعتماده ويطرح للاستفتاء عليه من قبل الشعب بـ "نعم" أو "لا"، فإذا وافق الشعب الليبي على مشروع الدستور بأغلبية ثلثي المقترعين تصادق الهيئة التأسيسية على اعتباره دستور البلاد ويعتمده المؤتمر الوطني العام، وإذا لم يوافق الشعب الليبي على مشروع الدستور تُكَلَّف الهيئة

(27) صالح أحمد الفرجاني، "مبدأ الفصل بين السلطات وتطبيقاته"، مجلة العلوم الشرعية والقانونية - كلية القانون -

الخمس - جامعة المرقب، العدد 1، 2014م ص ص(289-304)



الانتقالي لم تحدث أي تعديل على العملية المهمة بشأن الدستور وهي الاستفتاء عليه من قبل الشعب الليبي، مما يعد إقراراً بأن تكون إرادة الشعب هي صاحبة الحق الأول والأخير في تقرير مصيره بتأسيس القانون الأساسي (دستور البلاد الدائم) وبذلك يكون هذا الدستور من الدساتير الحديثة التي اعتمد فيها أسلوب الاستفتاء الشعبي على غرار دساتير الدول التي سبقته.

فالاستبداد بالحكم والانفراد بالسلطة أو تطبيق نظام الحكم الديمقراطي ومنح الشعب الحق في تقرير مصيره هما اللذان يحددان الأسلوب المتبع في إنشاء الدستور، وخير دليل على ذلك الحقبة الزمنية التي مرت بها ليبيا بعد انقلاب 1969م وإلى قيام ثورة 17 فبراير 2011م إن لم تكن السلطة الحاكمة في هذه الفترة التي غابت عنا فيها العملية الدستورية طيلة أربعة عقود⁽²⁸⁾، فهي حكمت الدولة بلا دستور وإن ما فرضه القذافي من نظرية ومبادئ وإعلانات مدعياً أنها من بنات أفكاره وكقواعد دستورية فهي بمثابة المنحة، وغيره كثيرون ممن حكموا شعوبهم بهذا الأسلوب بالرغم من أن شعوبهم على درجة كبيرة من الوعي والتطور العلمي الشامل بجميع مناحي الحياة ومنها السياسية.

و لإبعاد شبح الحكم الاستبدادي وفرض الرأي بالقوة فإن الوسيلة المثلى لإنشاء أي دستور هي وسيلة الجمعية/الهيئة التأسيسية المنتخبة التي تعد مشروع دستور، ويفترض بعملية صياغة الدستور، لكي تتوافق مع المعايير الدولية، أن تكون شاملة وتشاركية⁽²⁹⁾، ويستفتى الشعب عليه لإقراره وهذا الأسلوب المحدد لإنشاء دستور ليبيا الجديدة وفقاً لما هو مقرر بموجب التشريعات الخاصة بهذا الشأن.

و لإنجاح الاستفتاء على مشروع الدستور يتعين إتباع الشروط التي يرى ضرورتها وأهميتها من لهم خبرة بذلك وهي:

1. أن يعلن مشروع الدستور بكامله دون أدنى حذف أو تغيير، على الرأي العام من خلال وسائل الإعلام المختلفة.

2. أن تترك مدة كافية مناسبة للشعب للاطلاع عليه ومناقشة مواده وإفساح المجال وتوفير الحرية لكل الآراء مؤيدة ومعارضة وذلك عبر وسائل الإعلام المختلفة حتى يتضح لأفراد

(28) د. الكوني علي اعبوده، "وثيقة جامعة طرابلس الدستورية"، مساهمة جامعة طرابلس في إرساء أسس الدستور

الليبي-مشروع جامعة طرابلس لدستور ليبيا، الطبعة 2، يناير 2016م، ص 8.

(29) اللجنة الدولية للحقوقيين، مسودة الدستور الليبي الجديد، بدون تاريخ نشر، ص 5.



الشعب محاسن وعيوب مشروع الدستور ويكون على بينة تماما من أمر مشروع الدستور الذي سيُقره.

3. أن يتم الاستفتاء في جو من الحرية أي دون تدخل من أي سلطة داخلية أو خارجية ودون التأثير على إرادة الشعب السياسية، أي أن يتم في جو من النزاهة والحيدة بحيث تستقل إرادة الشعب وحدها في التعبير عن الموافقة أو عن رفض مشروع الدستور فإذا لم يتم الاستفتاء على مشروع وفق هذه الشروط يكون أمر هذا الاستفتاء مجرد واجهة شكلية مفرغة من المدلول الحقيقي لأسلوب الاستفتاء.

وإذا ما تتبعنا الخطوات الواردة في المادة (30) من الإعلان الدستوري فإنها ستؤدي بنا لا محالة إلى الهدف الأسمى ألا وهو وضع دستور ليبيا المقبل.

وهي خطوات تعرف بالتحول الديمقراطي خطتها ليبيا منذ إعلان التحرير إلا أن هذه الخطوات لم تنته بعد لكنها في النهاية تؤدي بنا إلى الخطوة الهدف وهي وضع الدستور والدستور صناعة لها أدواتها ومحترفوها، كما أنها صناعة تتصف بالشمولية أي التنوع والشفافية، والأهم من كل هذه المشاركة أن صناعة الدستور لم تعد تجري في غرف مغلقة ولم تعد عملية نخبوية، ولم تعد مثل صناعة الخبز يتكفل بها اختصاصيون بعيدا عن أصحاب الشأن⁽³⁰⁾، بل هي كما وصفها تجربة جنوب أفريقيا عملية متواضعة (a humbling process) تعتمد على الأبواب المفتوحة وشفق قنوات الاتصال مع الشعب والتحاور والتشاور معه، وهو أمر يجد أساسه في حق الشعوب في تقرير مصيرها الذي من مقتضاه الحق في المشاركة في الشأن العام، والذي كرسه الإعلان الدستوري في مادته الثلاثين عندما أسند مهمة إعداد الدستور إلى هيئة ينتخبها الشعب مباشرة⁽³¹⁾، ولكل مواطن الحق في أن ينتخب ويُنْتخَب وأن يشارك في إدارة الشؤون العامة بموجب م/25 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وقد عرفت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان مفهوم إدارة الشؤون العامة على أنه: ممارسة السلطة السياسية وعلى وجه الخصوص السلطات التشريعية والتنفيذية والإدارية؛ مما يشمل شتى أوجه الإدارة العامة كما يخص تحديد وتنفيذ السياسة العامة التي ستتبع على الأصعدة الدولية والوطنية والإقليمية والمحلية⁽³²⁾

(30) د. الكوني علي اعبوده، المرجع السابق، ص 4.

(31) نفس المرجع، ص 4

(31) اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 25، الوثيقة رقم CCPR\ C\ 21\ Rev.1\ Add.7،

1996-7-12م، الفقرة 5.



فقد كانت المهمة الأساسية للمؤتمر الوطني العام، هي العمل على تأسيس الهيئة التأسيسية لوضع دستور ليبيا، وأمر بقائه سينتهي بوضع الدستور وإجراء انتخابات عامة ينحل بعدها المؤتمر الوطني العام ليشكل برلمان ليبيا وهيئاتها ومؤسساتها الدستورية استناداً للدستور ذاته.

المادة (30) فقرة "6"، هذه الفقرة بالذات قد تعرضت دون غيرها لثلاثة تعديلات مما يضيف عليها أهمية خاصة.

1. المؤتمر الوطني العام لن يضع الدستور:

منذ أن أصدر الإعلان الدستوري في: 2011/8/3م أنيط وضع الدستور بهيئة تأسيسية، وهي مسألة مهمة ذلك أن مصطلح الهيئة التأسيسية ذو مغزى وهي جسم منفصل لا علاقة له بشئون الحكم ويتلشى بوضع الدستور، أي أن المشرع الليبي ومنذ صدور الإعلان الدستوري اتجه إلى أن هيئة "تأسيسية" هي من سيضع دستور ليبيا المقبل.

2. المراحل التي مرت بها الهيئة التأسيسية وفقاً للإعلان الدستوري وتعديلاته:

المرحلة الأولى: الهيئة التأسيسية جزء من المؤتمر الوطني العام، كان التصور عند إصدار الإعلان الدستوري واستناداً إلى المادة (30) أن المؤتمر الوطني العام سيشكل هيئة دستورية "صياغة" الدستور، ومما لاشك فيه فإن واضعي الإعلان الدستوري خصصوا هيئة لوضع الدستور وأطلقوا عليها منذ البداية لفظ التأسيسية وأعطوها صلاحية "المصادقة على الدستور" بعد الاستفتاء عليه من الشعب وذكروا أن المصادقة عليه "باعتباره دستوراً للبلاد" وعليه فإن الاتجاه منذ البداية لواضعي الإعلان الدستوري أن الهيئة التأسيسية هي التي ستضع الدستور وليس المؤتمر الوطني العام.

المرحلة الثانية: الهيئة التأسيسية من خارج المؤتمر الوطني العام ومعينة منه: صدر تعديل أول من المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ: 2012/3/13م يتعلق بالهيئة التأسيسية والتي تحولت من أن تكون ضمن المؤتمر الوطني العام أو على الأقل تسمح بأن يكون أعضاء هذه الهيئة من أعضاء المؤتمر الوطني العام إلى هيئة تأسيسية يكون أعضاؤها من خارج المؤتمر الوطني العام، هذا التعديل الأول اعتمد في جوهره على ثلاث أسس: إن أعضاء الهيئة من خارج المؤتمر الوطني العام وأن عدد أعضاء الهيئة التأسيسية ستون عضواً، وأنهم بالتساوي من ثلاثة أقاليم (مناطق).



الإنسان دون غيره من الاتفاقيات الدولية التي صدرت بعده، فلا أثر لعديد من الحقوق التي وردت في العهدين الدوليين، ولا ما جاء في اتفاقية مكافحة كافة أشكال التمييز ضد المرأة ولا اتفاقية حقوق الطفل ولا غيرها من الاتفاقيات التي قفزت ونهضت بحقوق الإنسان والتي حرصت الدساتير الحديثة على تضمينها في دساتيرها.

ز- إن الدساتير ليست نصوصاً فحسب بل هي إجراءات شاقة للوصول إلى صياغة تلك النصوص التي عادة ما تكون توافقية يسبقها نقاش وحوار، والإجراءات لوضع الدساتير تعتمد بالأساس على التمثيل والشفافية والمشاركة، وهي إجراءات لم تعرفها الجمعية التأسيسية عام 1951م لأنه لم يكن العالم يعرفها آنذاك، ولما كانت الدساتير اليوم هي وسيلة، من خلال إجراءاتها، تهدف إلى دعم الوحدة الوطنية وغرس روح المواطنة والإسراع بعملية المصالحة⁽³³⁾ الوطنية، فإن هذه الإجراءات لازمة اليوم وحاجة ضرورية لا يمكن القفز عليها والتمسك بدستور جاهز يحرم هذا البلد من اندمال جروحه من خلال وضع دستور لكل الليبيين والليبيات ولكل مناطق ليبيا.

ولهذه الأسباب مجتمعة، فإن الهيئة التأسيسية لسنة 2012م لن تكون الجمعية التأسيسية لسنة 1950م، وأن على الأولى أن تحقق آمال هذا الشعب في وضع دستور يليق بهذه الثورة وبما دفعه أبناؤها وبناتها ثمناً لها.

(33) كنموذج حديث قام إدريس اليزمي، رئيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان بالمغرب والسيد لحسن أولحاج عميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط -أكداً، يوم الاثنين 10 ديسمبر 2012م بالرباط/المغرب، بالتوقيع على اتفاقية إطار خاصة بماجستير حقوق الإنسان، تخليداً لليوم العالمي لحقوق الإنسان، و ألقى الدرس الافتتاحي حول التجربة المغربية في مجال العدالة الانتقالية، من خلال عمل هيئة الإنصاف والمصالحة. وقام بقراءة في مسار المصالحة الذي مكن المغرب من طي صفحة من ماضيه بعد قراءتها. وأكد في هذا الصدد أن "هذه الدينامية القائمة على إعادة تملك التاريخ (وإن بشكل نسبي) وعلى النقاش التعددي و"المواجهات" السلمية، تعد أحد الإسهامات الأساسية للعدالة الانتقالية. إذ لا يكمن الهدف في تحقيق الإجماع وإنما تعلمُ التدبير الجماعي والسلمي للاختلاف. لذلك يرى أن المصالحة هي "سير جماعي في طريق طويل، مضني، صعب ومعقد، قوامه مواجهة ما ارتكبه بعضنا في حق البعض، مع محاولة فهم دوافع وأسباب ما جرى وعدم نسيانه، لكن مقارنته بما يلزم من نسبية، وإدراجه في مقام يتجاوز الذاكرة إلى التاريخ الوطني وتاريخ البشري". فالمصالحة إذن، ليس مع الجناة بقدر ما هي مصالحة عامّة تعتذر بموجبها الدولة عن تلك الحقبة المظلمة بعد الإنصات للضحايا وتُتَوَجَّ بطي الصفحة تماماً؛ بعد محاسبة جميع رموز العهد السابق الذين تورطوا في جرائم التعذيب وانتهاك حقوق الإنسان بدون أي استثناء، إذ لا يجب أن يبقى في الذاكرة الجماعية رصيد من تاريخ الاستبداد لم يقع سداًه.



5. الهيئة التأسيسية معينة أم منتخبة وفقاً للإعلان الدستوري:

سبق وأن بينا أن أكثر مواد الإعلان الدستوري التي تعرضت للتعديل هي تلك المتعلقة بالهيئة التأسيسية وهو أمر بالغ الدلالة على ما لها من أهمية في الخروج بليبيا من نفق الفترة الانتقالية ورسم مستقبل قائم على ضمان حقوق الإنسان وحرياته والفصل والتوازن بين السلطات وتحديد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وغيره من الأمور التي ستصل بالبلاد إلى بر الأمان.

ومن البداية يمكن القول بأن واضعي الإعلان الدستوري رغبوا في أن تتولى هيئة خاصة وضع الدستور، ورغم العيوب الجمة خاصة في الصياغة، التي لحقت بهذا الإعلان، إلا أنه يمكن الخلوص إلى الخطوات التالية الخاصة بالهيئة التأسيسية في الإعلان الدستوري:

أ- **الإعلان الدستوري:** هيئة تأسيسية معينة، من غير الواضح فيما لو كانت من داخل أو خارج المؤتمر الوطني العام، إلا أن لها اختصاص أصيل يتمثل في إعداد مشروع الدستور، على أن يعتمده المؤتمر الوطني العام، ثم يعرض على الاستفتاء ويعاد للهيئة التأسيسية للمصادقة عليه باعتباره دستوراً للبلاد، لذا ورغم أن هذه الهيئة في بدايتها نشأت في كنف المؤتمر الوطني العام إلا أن الإعلان الدستوري أعطاها دوراً مستقلاً إلى حد ما، ألا وهو أنها هي من يصادق على الدستور في نهاية الحلقة ولا يكون الدستور كذلك إلا بمصادقتها.

ب- **التعديل الأول:** هيئة دستورية معينة من خارج المؤتمر الوطني العام، وهنا بهذا التعديل منحت الهيئة الدستورية استقلالية أكبر لانفصال أعضائها صراحة عن المؤتمر الوطني العام رغم الإبقاء على اختصاص الأخير في تعيينها، والإبقاء على دورها في التصديق على مشروع الدستور بعد الاستفتاء باعتباره دستوراً للبلاد.

ج- **التعديل الثاني:** وهو الذي جعل من الهيئة التأسيسية هيئة منفصلة بالكامل عن المؤتمر الوطني العام وفي ذات قوته، ذلك أنه جعل منها هيئة منتخبة انتخاباً مباشراً من الشعب "بطريق الاقتراع الحر المباشر"، مما يجعلها دون غيرها مختصة بوضع الدستور والمصادقة عليه.

إلا أن واضعي التعديل "المجلس الوطني الانتقالي" ارتكبوا خطأين في التعديل الثاني، الخطأ الأول، عدم تعديل كامل الفقرة "6" من المادة (30) والاكتفاء بتعديل النقطة [2] من الفقرة "6"، فجاء التعديل على النحو التالي: يقوم المؤتمر الوطني العام بانتخاب هيئة تأسيسية بطريق الاقتراع الحر المباشر، أي أن النص بدا وكأنه متناقض ذلك أنه عهد بالاختيار للمؤتمر



السليبات:

- 1- عدم الأخذ بعين الاعتبار ذوي الاحتياجات الخاصة فلم تكن هناك محطات متخصصة تناسب وضعهم وتضمن لهم حق الانتخابات بسهولة.
- 2- لوحظ عدم وجود قائمة إرشادية للاقتراع قرب صناديق الاقتراع تساعد الناخب على مراجعة خياراته الانتخابية، ما تسبب بخرق لسرية الاقتراع أحياناً.
- 3- لوحظ عدم إغلاق أغلب الصناديق بشكل سليم وبما يتفق مع التعليمات على ضرورة سحب الأقفال إلى النهاية.
- 4- التواجد الأمني المسلح الواسع داخل المدينة وحول مراكز الاقتراع.
- 5- الوقت الطويل الذي تستغرقه عملية المطابقة بين البطاقة والسجل وتحتاج هذه العملية إلى إعادة نظر، بما يسمح بتقصير زمن عملية الاقتراع.
- 6- لوحظ أن المراكز الانتخابية كانت تبث عبر مكبرات الصوت طقوساً أو شعائر دينية طوال يوم الاقتراع.
- 7- عدم تمكن الناخبين من استخدام حقهم في الاقتراع نتيجة لأعمال عنف استهدفت بعض مقرات الاقتراع، وعدم وجود البدائل السريعة لحل الإشكال.

فالانتخابات التي حصلت في ليبيا في يونيو عام 2012م تعتبر ناجحة رغم العيوب التي بدت واضحة من خلال مسيرة المؤتمر، و رغم الطابع القبلي المتأصل في تركيبة الشعب الليبي نتيجة سياسة مورست أربعين عاماً اعتمد فيها على زرع روح الفتنة والقبلية، إلا أنه رغم ذلك نجد أن الانتخابات وخاصة في المدن الكبيرة مثل طرابلس وغيرها من المدن، لم يعتمد فيها على القبيلة بشكل كبير. وبالتالي نأمل في الانتخابات التي ستجرى في ليبيا الجديدة مراعاة ما لم يتم مراعاته أثناء الانتخابات السابقة.

■ النتائج المترتبة:

- 1- عدم مراعاة عنصر الكفاءة عند انتخاب أعضاء المؤتمر الوطني العام، والسبب في ذلك هو عدم وضع معايير أكثر دقة بالنسبة للمرشحين في عملية انتخاب أعضاء المؤتمر.
- 2- سيطرة أصحاب التكتلات الحزبية، حيث أصبح كل حزب يسعى لفرض توجهاته والدفاع عنها.
- 3- اندماج أصحاب الشخصيات المستقلة بالكيانات السياسية وانضمامهم إليها، مما أدى إلى عدم وجود مستقلين



4- عدم التزام المؤتمر الوطني العام بخارطة الطريق والتي تتمثل في عملية "تداول السلطة" الأمر الذي أدى إلى إطالة عمر المؤتمر الوطني - ولا سيما فيما يتعلق بمسألة انتخاب أو تعيين أعضاء لجنة الستين لإعداد الدستور.

رغم كل التجاوزات التي مرت بها عملية انتخاب المؤتمر الوطني العام، إلا أنها تبقى تجربة جيدة للشعب الليبي أو خطوة جيدة لشعب ظل اثنين وأربعين عاماً بعيداً عن الديمقراطية وحرية التعبير.

2- انتخاب مجلس النواب⁽³⁶⁾

مجلس النواب الليبي هو السلطة التشريعية المنتخبة في ليبيا، بدءاً من 04 أغسطس 2014⁽³⁷⁾ خلفاً للمؤتمر الوطني العام، ومقره مدينة بنغازي إلا أنه وحسب الإعلان الدستوري بإمكان النواب عقد جلساته في أي مدينة أخرى، حيث توافق غالبية النواب على اختيار مدينة طبرق التي تنعم بالهدوء النسبي لعقد جلساتهم عوضاً عن بنغازي أو طرابلس اللتين شهدتا في الفترة السابقة لتسلم مجلس النواب مهامه تدهوراً وانفلاتاً أمنياً غير مسبوق.

وهذا المجلس هو نتيجة مقترحات تقدمت بها لجنة قانونية عرفت باسم "لجنة فبراير"⁽³⁸⁾ إلى المؤتمر الوطني العام، حيث تركزت نتائج اللجنة على هدفين أساسيين للمرحلة الانتقالية الثالثة وهي:

انتخاب مجلس نواب بطريقة الاقتراع المباشر من الشعب، وانتخاب رئيس للدولة بطريقة الاقتراع المباشر من الشعب إلا أن المؤتمر الوطني العام وافق على مقترحات اللجنة ورفض البت في اختيار رئيس للبلاد بطريقة الانتخاب المباشر.

يُكون عدد نواب المجلس من 200 نائباً بينهم 12 نائباً لم يتم تمثيلهم لعدم تمكن المواطنين من انتخابهم في بعض المناطق الليبية التي تشهد تدهوراً أمنياً كمدينة درنة.

⁽³⁶⁾ قانون رقم (10) لسنة 2014م بشأن انتخاب مجلس النواب في المرحلة الانتقالية الجريدة الرسمية، السنة/3،

العدد/4، بتاريخ 07-5-2014م، ص389

⁽³⁷⁾ قرار رئيس المؤتمر الوطني رقم(56) لسنة 2014م بشأن تحديد موعد التسليم لمجلس النواب ودعوته للانتقاد، الجريدة الرسمية، السنة - 2014م.

⁽³⁸⁾ لجنة شكلت من قبل المؤتمر الوطني العام برئاسة الدكتور الكوني علي اعبوده.



العربي "مجلة جامعة التحدي العلمية- العلوم الإنسانية، المجلد/1، العدد/1، سرت، ليبيا، 2007م،

- منير العياري: "تأصيل شعارات الثورة (الشعب كتب دستوره)"،

<http://www.iris-france.org>

- منصور ميلاد يونس، محاضرات في القانون الدستوري، أقيمت على طلبة مرحلة دبلوم القانون العام، قسم الدراسات العليا، جامعة طرابلس العام الجامعي 2014-2015م

- سيف الدين عبد الفتاح: "مرحلة الانتقال بعد الثورة، بين حسابات الإرادة والإدارة"،

<http://digital.ahrmam.org.eg>

- سليم الحاج قاسم "المجتمع المدني في الإسلام وإشكالية الممارسة السياسية" شبكة المعلومات

- عياض بن عاشور: "الثورة التونسية في تجلياتها الدستورية"، الأحد 28 أكتوبر 2012م،

المدونة الإلكترونية للأستاذ عياض بن عاشور

<http://yadhba.blogspot.com>

www.toupie.org.

- صالح أحمد الفرجاني، "مبدأ الفصل بين السلطات وتطبيقاته"، ورقة عمل منشورة في مجلة العلوم الشرعية والقانونية كلية القانون- الخمس- جامعة المرقب، ليبيا، العدد الأول، السنة 2014 .

3- الدوريات والتشريعات

- دستور ليبيا 1951 م

- الجريد الرسمية رقم (29) لسنة 1972م

- الجريدة الرسمية ، السنة/1، العدد/1 بتاريخ 09-02-2012م

- الجريدة الرسمية، السنة /1، العدد /5، بتاريخ 12-5-2012م

- الجريدة الرسمية ، السنة /2، العدد /05، بتاريخ 21-3-2013م



- الجريدة الرسمية ، السنة /2، العدد /15،بتأريخ 15-12-2013م
- القانون رقم (4) لسنة 2012م بشأن انتخاب المؤتمر الوطني العام
- القانون رقم (28) لسنة 2012م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (4) لسنة 2012م بشأن انتخاب المؤتمر الوطني العام
- قانون رقم (17) لسنة 2013م بتأريخ 16 يوليو 2013م بشأن انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور

- اليونسكو – المؤتمر العالمي للتعليم ، داکار 2002

4- المعاجم :

- أوليفيه دوهاميل & أيف ميني: المعجم الدستوري، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1996م .
- جيرار كورنو: معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998م.

5-المراجع الأجنبية

- Bonnard (R): « Les actes constitutionnels de 1940 », R.D.P, 1942, gouvernements de fait, à propos du gouvernement provisoire de la république », R.D.P
- Béligh (N): « Transition démocratique, ingénierie constitutionnelle et électorale: l'expérience tunisienne », R.D.P, 30 Septembre 2011 .
- Dostaler(G): Transition et pensée économique dans l'histoire, Cahiers de recherche sociologique, vol. 1, 1983.
<http://id.erudit.org/iderudit/1001971ar>
- Gicquel (J): Sur la continuité de l'Etat, in Mélange en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, paris, 2002.



- قرار (147) لسنة 2012م بشأن إصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم (10) لسنة 2012م بشأن صرف مبلغ مالي للأسر الليبية بمناسبة الذكرى الأولى لثورة 17 فبراير، الجريدة الرسمية، العدد16، السنة الأولى، تاريخ 09-9-2012م.
- قرار (179) لسنة 2012م بشأن تنظيم شؤون ورعاية الجرحى، الجريدة الرسمية، العدد1، السنة الثانية، تاريخ 24-02-2013م.
- قرار (185) لسنة 2012م بحل صندوق رعاية أسر الشهداء والجرحى والمفقودين لثورة 17 فبراير، الجريدة الرسمية، العدد01، السنة الثانية، تاريخ 24-02-2013م.
- القانون رقم (17) لسنة 2013م بشأن انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، الجريدة الرسمية، العدد15، السنة الثانية، تاريخ 15-12-2013م.
- القانون رقم (29) لسنة 2013م بشأن العدالة الانتقالية، الجريدة الرسمية، العدد15، السنة الثانية، تاريخ 15-12-2013م.
- القانون رقم (30) لسنة 2013م بتعديل القانون رقم (17) لسنة 2013م بشأن انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، بشأن انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، الجريدة الرسمية، العدد15، السنة الثانية، تاريخ 15-12-2013م.
- قرار (24) لسنة 2013م بشأن تشكيل لجنة لإعداد مشروع قانون انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الدائم للبلاد الجريدة الرسمية، العدد11، السنة 2، تاريخ 2.9.2013م.
- قرار (29) لسنة 2013م بسحب قرار المؤتمر الوطني العام رقم (24) لسنة 2013م بشأن تشكيل لجنة لإعداد مشروع قانون انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الدائم للبلاد، الجريدة الرسمية، العدد11، السنة الثانية، تاريخ 02-9-2013م.
- قرار (30) لسنة 2013م بشأن تشكيل لجنة لإعداد مشروع قانون انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الدائم للبلاد، الجريدة الرسمية، العدد11، السنة 2، تاريخ 2.9.2013م.
- قرار (40) لسنة 2013م بشأن تسمية رئيس وأعضاء مجلس المفوضية الوطنية العليا للانتخابات، الجريدة الرسمية، العدد14، السنة الثانية، تاريخ 05-12-2013م.
- القانون رقم (09) لسنة 2014م بتعديل حكم في القانون رقم (29) لسنة 2013م بشأن العدالة



الانتقالية، الجريدة الرسمية، العدد04، السنة الثالثة، تاريخ 07-5-2014م.

- القانون رقم (10) لسنة 2014م بشأن انتخاب مجلس النواب في المرحلة الانتقالية، الجريدة الرسمية، العدد04، السنة الثالثة، تأريخ 07-5-2014م.

- القانون رقم (12) لسنة 2014م بتعديل القانون رقم (10) لسنة 2014م بشأن انتخاب مجلس النواب في المرحلة الانتقالية، الجريدة الرسمية، العدد06، السنة الثالثة، تأريخ 14-12-2014م.

2- تشريعات ذات طابع تأسيسي

- القانون رقم (58) لسنة 2012م بشأن تعديل بعض أحكام قانون رقم (6) لسنة 2012م بشأن نظام القضاء، الجريدة الرسمية، العدد16، السنة الأولى، تاريخ 09-9-2012م.

- القانون رقم (65) لسنة 2012م بشأن تنظيم حق التظاهر السلمي، الجريدة الرسمية، العدد5، السنة الثانية، تاريخ 21-3-2013م.

- قرار (135) لسنة 2012م باعتماد الهيكل التنظيمي واختصاصات وزارة الثقافة والمجتمع المدني وتنظيم جهازها الإداري الجريدة الرسمية، العدد14، السنة الأولى، تأريخ 18-7-2012م

- القانون رقم (04) لسنة 2013م في شأن تقرير بعض الأحكام المتعلقة بذوي الإعاقة المستديمة من مصابي حرب التحرير، الجريدة الرسمية، العدد05، السنة الثالثة، تاريخ 21-3-2013م.

- القانون رقم (8) لسنة 2013م بشأن إنشاء المفوضية الوطنية العليا للانتخابات، الجريدة الرسمية، العدد7، السنة الثانية، تاريخ 28-5-2013م.

- القانون رقم (14) لسنة 2013م بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء، الجريدة الرسمية، العدد11، السنة الثانية، تاريخ 02-9-2013م.

- القانون رقم (01) لسنة 2014م بشأن رعاية أسر الشهداء والمفقودين بثورة 17 فبراير، الجريدة الرسمية، العدد02، السنة الثالثة، تاريخ 06-3-2014م.

- القانون رقم (11) لسنة 2014م بإنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، الجريدة الرسمية العدد06، السنة الثالثة، تأريخ 14-12-2014م.



القانون رقم 46 لسنة 2012 بشأن الصيرفة الإسلامية

(السياسة والآليات)

الدكتور: الحبيب خليفة جبودة

كلية القانون - جامعة طرابلس

يعالج القانون رقم 46 لسنة 2012⁽¹⁾ مسألتين هامتين تتعلق الأولى بتعديل قانون المصارف رقم 1 لسنة 2005م في بعض أحكامه، وتخص الثانية إضافة فصل خاص بالصيرفة الإسلامية لهذا القانون.

و سينصب البحث في هذه الورقة على إبداء بعض الملاحظات حول الفصل الخاص بالصيرفة الإسلامية دون الخوض في التعديلات التي تم إجراؤها على مواد قانون المصارف والتي تستحق الرجوع إليها في مناسبة أخرى⁽²⁾.

بموجب المادة الثالثة من القانون محل البحث أضيف للباب الثاني من قانون المصارف فصل رابع بعنوان "أحكام خاصة بالصيرفة الإسلامية"، يتضمن تسع مواد أقر بها المشرع سياسة جديدة في العمل المصرفي (الفقرة الأولى) واستخدم فيها آليات تشريعية يتعين تفحصها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: من حيث السياسة.

رغم أن كل التشريعات الصادرة عن المشرع - أي مشروع - لها أهمية ما باعتبارها ما صدرت إلا وراء حاجة لإصدارها ، إلا أن بعضها يكتسي فوق ذلك أهمية خاصة تتبع من كونها محطة هامة تؤرخ لبداية مرحلة تلقي بظلالها على جوانب مختلفة في مسيرة المجتمع.

إن القانون 46 لسنة 2012 من بين هذه التشريعات وقد جاء ليقر توجهها جديداً في العمل المصرفي (أولاً) وحاول أن يحشد له المشرع الأدوات التي تساهم في نجاحه (ثانياً).

أولاً: توجه جديد في العمل المصرفي

لا يحتاج الباحث لكثير عناء لكي يكتشف أن المشرع الليبي بهذا القانون قد قرر أن ينتهج سياسة جديدة في تنظيم العمل المصرفي، والأمر لا يتعلق فقط بمجرد إقرار سياسة اقتصادية بل الأهم بالنسبة للباحث هو معرفة دوافع هذه السياسة والأسس التي تتبني عليها.

لقد أفصح المشرع في عنوان الفصل محل البحث أن الأحكام تتعلق بالصيرفة الإسلامية، فالموضوع إذن يخص العمل المصرفي و لكن هذه المرة يكتسي صيغة أخرى مفادها أن هذا العمل يجب أن يكون وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

ولا اعتقد أن هناك صعوبة في معرفة دوافع هذا القانون إذ إن المجتمع الليبي في مجموعه مسلم وهناك دائماً رغبة لدى أبنائه في الرجوع إلي أحكام الشريعة الإسلامية في كافة



أمورهم الحياتية.

ومن المعلوم أن الدولة الليبية عقب استقلالها في 24 ديسمبر 1951 صدرت فيها العديد من التشريعات، والتي نقل بعضها من دول أخرى، ولم يكن الحرص على اتفاقها مع الشريعة الإسلامية يمثل حاجساً كبيراً لدى المشرع، ولذا لم يكن مستغرباً أن تتضمن أحكاماً تخالف هذه الشريعة في بعض الأحيان.

لهذا السبب نجد المشرع بعد ذلك يحاول بين الفينة والأخرى أن يخطو خطوات في إطار موافقة هذه التشريعات لأحكام الشريعة الإسلامية، ورفع ما يعد من أحكامها مخالفاً لهذه الشريعة.⁽³⁾

وفيما يتعلق بالعمل المصرفي فقد ارتبط دائماً في أذهان الناس أنه عمل ربوي، و يجد الكثيرون حرجاً دينياً في التعامل بصيغ التمويل في المصارف لأنها مرتبطة بالفائدة وهي محرمة شرعاً ليس فقط في الشريعة الإسلامية بل في الشرائع السماوية الأخرى.

لقد ظلت المصارف التقليدية و لفترة طويلة تمثل الصيغة الوحيدة للعمل المصرفي إلي أن بدأت بواكير المصارف الإسلامية في الظهور في الربع الأخير من القرن العشرين⁽⁴⁾.

ومع وجود المصارف الإسلامية أصبح البديل الشرعي للمصارف التقليدية قائماً، وبالتالي قامت الحجة في مواجهة من يتعللون بعدم وجود البديل للعمل المصرفي التقليدي.

إن المشرع الليبي وهو يؤسس لتجربة المصارف الإسلامية ينطلق من الانصياع للواجب الشرعي الذي يتمثل في تجنب التعامل بالربا، ويسعى نحو العودة لأحكام الشريعة الإسلامية، غير أن السؤال الذي قد يطرح هو هل باتت المصارف الإسلامية ناضجة بالشكل الذي يجعلها تمثل بديلاً للمصارف التقليدية يمكن به الاستغناء كلياً عن هذه المصارف الأخيرة؟ وما هو المسلك الذي انتهجه المشرع بهذا الصدد؟

1- سياسة المشرع بموجب القانون رقم 46 لسنة 2012

جاء هذا القانون ليعلن بوضوح عن خيار تشريعي مهم و سياسة جديدة تنتهجها الدولة في المجال المصرفي وهي البدء في تطبيق الصيرفة الإسلامية في مصارفها وفق قواعد وأحكام حددها المشرع في القانون سيأتي الحديث عنها.

أما السبيل الذي انتهجه المشرع بشأن البرنامج فهو الجمع بين الصيرفة الإسلامية

الفائدة ولم يبق أمامها إلا أن تتوجه للصيرفة الإسلامية.

إن هذا يعني فيما يعنيه أن سياسة المشرع في تطبيق الصيرفة الإسلامية قد تغيرت في أقل من سنة على نفاذ القانون 46/2012م، و كأنه يقول إن على المصارف أن تبدأ في التحول بشكل فوري و لا مجال لبقاء الصيرفة التقليدية مع الصيرفة الإسلامية جنباً إلى جنب.

صحيح أن المشرع في القانون 1/2013م، لم يجبر المصارف التقليدية أن تتحول إلى مصارف اسلامية و لكنه أجبرها أن تبحث عن بدائل لا تجدها إلا في الصيرفة الإسلامية فهي و إن لم تتحول فوراً في هيكلتها إلى مصارف اسلامية عليها أن تتحول في عملياتها إلى الصيرفة الإسلامية.

ولا يتسع هذا البحث والرؤية التي صمم على أساسها أن نناقش كل ما ورد في هذا القانون من أحكام وآثار قد تتجز عنه ونعود لمواصلة البحث في مضمون القانون رقم 46/2012 م.

ثانياً: أدوات تطبيق القانون رقم 46 لسنة 2012 م.

يعتبر هذا القانون استراتيجية وضعها المشرع لتنفيذ برنامج الصيرفة الإسلامية حدد فيها بوضوح أدوات التنفيذ، ويمكن القول أنه قد أوكل أمر تنفيذ هذا البرنامج لمصرف ليبيا المركزي.

وليس من المستغرب أن يكون المصرف المركزي موكلاً بهذا البرنامج فهو الذي يتولى بحكم القانون تنظيم السياسة النقدية والائتمانية وإدارة السيولة في الاقتصاد الوطني، كما أنه المسئول عن مراقبة المصارف والإشراف عليها بما يكفل سلامة مراكزها المالية، وهو المكلف باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق المساهمين فيها والمودعين بها والمتعاملين معها.

إن ممارسة الصيرفة الإسلامية في جانبها الهيكلي ليست منفصلة عن الجهاز المصرفي في الدولة، ولا تعمل بمعزل عن اجراءات الإشراف و المراقبة التي وضعها المشرع في قانون المصارف لتطبق على كل من يتعامل بالنقود، وليس خافياً صلتها بمفاصل الاقتصاد الوطني فكل هذا يبرر أن يكون المصرف المركزي الأداة الرئيسية لتنفيذ هذا البرنامج.

وهذا الدور الرئيسي للمصرف المركزي لا يخفي الدور الذي يمكن أن تلعبه المصارف التقليدية فهي المعنية بموضوع التحول الذي يحتاج منها لوضع برامجها الخاصة وفق الإجراءات التي نص عليها القانون وتلك التي يصيغها المصرف المركزي، بالإضافة للمصارف الإسلامية



التي سنتشأ ابتداءً للعمل وفق الصيرفة الإسلامية فهذه يعول عليها المشرع كثيراً في انطلاق برنامج الصيرفة الإسلامية ونجاحه.

وإذا عدنا للدور الرئيسي الذي أناط به المشرع المصرف المركزي فإننا سنلاحظ أن هذا المصرف قد استبق صدور القانون 46/2012م. وأنشأ لجنة استشارية لشؤون الصيرفة الإسلامية⁽¹¹⁾، وهي لجنة دائمة تتبع المصرف وتعمل ضمن اطاره وكان من أهم أعمالها إعداد مشروع القانون رقم 46 لسنة 2012م.

إن ما يمكن استنتاجه من ذلك هو أن المصرف المركزي قد تهيأ لاستحقاق برنامج الصيرفة الإسلامية، وبدت رغبته واضحة للاضطلاع بمهام محددة تخدم هذا البرنامج، ونعتقد أن ذلك يساعد كثيراً في نجاح البرنامج لأن التجربة بينت أن أخطر العراقيل أمام تنفيذ أي برنامج هي تلك التي تأتي من المكلفين به غير المقتنعين بجذواه.

وتتركز أبرز مهام المصرف المركزي في ثلاث نقاط تتعلق بتأسيس المصارف الإسلامية، وإعداد إجراءات وضوابط تحول المصارف التقليدية إلى إسلامية ثم مراقبة نشاطات المصارف المتعلقة بالصيرفة الإسلامية.

1- تأسيس المصارف الإسلامية

كما هو معلوم لا يقوم المصرف المركزي بتأسيس المصارف ولكنه يشرف على عملية التأسيس بحكم أنه المخول قانوناً بإعطاء الأذن بتأسيس المصارف والجهات الخاضعة لرقابته⁽¹²⁾، ورغم أن اجراءات تأسيس المصارف التجارية محددة بشكل واضح في قانون المصارف، وفي القانون التجاري باعتبار أن المصارف التجارية لا بد أن تأخذ شكل شركة المساهمة إلا أن المشرع قد خص المصارف الإسلامية ببعض العناية حيث كلف المشرع مجلس إدارة المصرف المركزي بوضع نموذج لعقد تأسيس مصرف إسلامي وآخر لنظامه الأساسي.

ومن بين الأحكام التي حرص المشرع على ورودها في النموذجين أن يتضمن كل منهما النص على قيام المصرف بأنشطة الصيرفة الإسلامية، وهو ما يعني حصر نشاطه في ذلك، بالإضافة إلى النص على حق أصحاب حسابات الاستثمار الذين يحتفظون بحسابات مستقرة في المصرف الإسلامي لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات في حضور اجتماعات الجمعية العمومية بصفة مراقبين، وحقهم في اختيار عضو من بينهم لتمثيلهم بمجلس إدارة المصرف الإسلامي.

وهذا الحكم الأخير غير معهود في المصارف التجارية، إذ إن أصحاب الحسابات ما هم إلا متعاملين مع المصرف، والأصل أن حضور الجمعية العمومية وحق التمثيل في مجلس إدارة المصرف كان محصوراً في الملاك أصحاب الأسهم⁽¹³⁾، إلا أن المشرع قد أولى عناية خاصة لأصحاب حسابات الاستثمار المستقرة للمدة التي حددها باعتبار ما تمثله هذه الحسابات من أهمية في نشاط المصرف وكونها الداعم الرئيسي للأموال التي يقوم عليها هذا النشاط.

وأبواب المصرف مفتوحة أيضاً للمودعين و إلا انتزعت منه صفة المصرف التجاري⁽¹⁴⁾، ورغم أن ودائع الحسابات العادية قد تفوق بكثير أموال حسابات الاستثمار ولكن ربما قصد المشرع بمنح بعض الحقوق لهؤلاء الأخيرين تشجيع المستثمرين واستقطاب إيرادات أكثر ودفع المدخرين لمشاركة المصرف في نشاطه بدل الاكتفاء بوضعها أمانة ترد عند الطلب ودون تحمل أي مخاطرة.

وفي إطار قيام المصرف المركزي بدوره في الإشراف على تأسيس المصارف الإسلامية فقد صدرت عنه جملة من القواعد و الضوابط المنظمة لتأسيس هذه المصارف، حيث تناولت هذه الإجراءات تحديد المستندات المطلوبة للحصول على الموافقة المبدئية، وتلك التي تتعلق بالحصول على الموافقة النهائية.

ورغم أن المصارف هي شركات مساهمة وتخضع في تأسيسها للقانون التجاري كذلك إلا أن تأسيس المصارف لازال يحتاج إلى إذن من المصرف المركزي بخلاف شركات المساهمة الأخرى التي ألغى بشأنها الحصول على إذن وزير الاقتصاد والذي كان القانون التجاري الملغى يستلزمه. وتعتبر الموافقة النهائية هي الإذن بممارسة العمل المصرفي، أما الموافقة الابتدائية فهي لمباشرة إجراءات تأسيس المصرف كشركة مساهمة، ولأن رأسمال هذه الشركة يزيد على خمسة ملايين دينار⁽¹⁵⁾ فلا بد أن تطرح اسهمها للاكتتاب العام، والذي يتعين أن يتم في سوق الأوراق المالية الليبي.

ولا يفوتنا أن نشير إلى الصعوبات التي قد تواجه المؤسسين في ظل اشتراط الاكتتاب العام وفي ظل سوق مالية معطلة وأوضاع لا تطمئن المستثمرين عن المغامرة بأموالهم، بالإضافة لعدم وجود مؤسسات مالية داعمة قد تغطي الاكتتاب.

2- تحول المصارف التقليدية إلى مصارف إسلامية.

إن موضوع التحول هو الجزء الهام و الصعب في برنامج الصيرفة الإسلامية، وبه



وحده تصبح كل أعمال المصارف وفق الشريعة الإسلامية، وهو هدف رئيسي من أهداف هذا القانون، وقد حاولنا فيما سبق أن نتبين سياسة المشرع في هذا الإطار إلا أن التشريعات المتعاقبة جعلت الأمر غير واضح.

من ناحية لاحظنا أن القانون 46/2012 م لم يجبر المصارف على التحول و إنما جعل الأمر مرهون بإرادتها فهي وحدها عن طريق جمعيتها العمومية يمكنها أن تقرر ذلك أو تستمر في الصيرفة التقليدية، أما القانون 1/2013م فهو لم يترك من سبيل للمصارف سوى أن تبدأ في عملية التحول في عملياتها، وبالتالي سيؤدي بها ذلك أن تتحول إلى مصارف إسلامية.

ولا نستطيع أن نتصور أن مصرفاً يطبق في كل عملياته الصيرفة الإسلامية ويبقى مصرفاً تقليدياً، إذ بتحول كل نشاطه يفقد صفته التقليدية و يصبح مصرفاً إسلامياً.

وقد وضع القانون 46/2012م بعض الحوافز التي من شأنها أن تشجع المصارف التقليدية على التحول مثل بعض الإعفاءات الضريبية، والسماح بممارسة بعض الأنشطة المحظورة على المصارف التقليدية، وزيادة نسبة المساهمة في الشركات⁽¹⁶⁾.

أما دور المصرف المركزي في برنامج التحول فقد كلفه المشرع بوضع القواعد و المعايير والضوابط والآلية اللازمة لتحول مصرف تقليدي إلى مصرف إسلامي⁽¹⁷⁾، وقد صدرت هذه الضوابط والإجراءات عن المصرف المركزي وجعلت التحول يخضع لموافقة مبدئية من المصرف المركزي بعد تقديم قرار الجمعية العمومية بالتحول و تكوين هيئة للرقابة الشرعية وتقديم خطة للتحول ومقترح بالهيكل التنظيمي متوافقاً مع متطلبات القانون 46/2012م.

وخلال ستة أشهر يبدأ المصرف في اجراءات التحول واستكمال متطلبات تعديل النظام الأساسي، والتعهد بزيادة رأس المال المطلوب لتأسيس مصرف إسلامي وذلك للحصول على الموافقة النهائية.

والسنة أشهر المذكورة ليست هي الوعاء الزمني للتحول بل يتعين على المصرف خلالها أن يبدأ في إجراءات التحول الذي قد يستمر لسنوات، و في رأينا لا يتطلب الأمر هنا تعديلاً في النظام الأساسي أو عقد جمعية عمومية غير عادية بل يكفي قرار الجمعية العمومية العادية ويبقى المصرف على حاله إلى أن تكتمل عملية التحول فعندها يجب تعديل النظام الأساسي.

3- مراقبة نشاط الصيرفة الإسلامية

إن مراقبة المصارف بشكل عام هو اختصاص أصيل للمصرف المركزي بغض النظر



غير أننا بين الفينة والأخرى قد نجد تشريعاً يتميز ببعض التقنيات القانونية التي قد لا نجدها في غيره من التشريعات، وهذه بلا شك لها أسبابها و تأثيرها على المضمون، فهي ليست مجرد صنعة قانونية بل ربما تقتضيها حكمة تشريعية ما.

و فيما يخص الآليات التشريعية التي قد تستوقفنا في القانون 46/2012م فهي يمكن أن ننظر لها من زاوية الصنعة التشريعية (أولاً) ومن زاوية العلاقة مع التشريعات النافذة والمرجعيات في الدولة (ثانياً).

أولاً: الصنعة التشريعية

صنعة القانون هي المعطى الذي يميز علم القانون عن غيره، ذلك أن الموضوع في كافة التشريعات يرتبط بمجالات الحياة الأخرى وتقوم على دراسته علوم مستقلة (الزراعة- الصناعة- السياحة- الوظيفة- التجارة- الجريمة- ... الخ)، أما الصياغة القانونية وما يتعلق بها من تقنيات فهي عمل القانوني الذي يجب أن يتصدى لها بوعي وفهم، ولهذا تتميز التشريعات عن أي أدبيات أخرى، إذ تودع الصياغة في القواعد التشريعية أهم خصائصها لتخرج عن المشرع أداة تنظيم يسهل على المخاطب فهمها وعلى المنفذ تطبيقها.

ولسنا هنا بصدد الحديث عن الصياغة بمعناها الضيق، من حيث سلامة اللغة والمصطلحات فهو بادی الوضوح في هذا التشريع، ولا بد أن يدا قانونية ماهرة قد دبجت مواده، ولكن سنورد بعض الملاحظات التي لها علاقة بعمل القانوني ومنها:

1- المعالجة التشريعية للصيرفة الإسلامية.

إن ما يمكن ملاحظته حول تنظيم المشرع للصيرفة الإسلامية أنه لم يكن بتشريع منفصل وإنما بإضافة فصل خاص إلى قانون المصارف رقم 1 لسنة 2005، وبالتالي أصبح هذا الفصل مندمجاً في قانون المصارف وجاءت مواده التسع مكرراً للمادة 100 من قانون المصارف، وكان يمكن والقانون رقم 46/2012 م يتضمن تعديلات في مواد القانون 1/2005 م أن يعاد إصدار هذا القانون وترتب مواده مجدداً لتجنب التكرار لرقم بعينه في كل مادة حتى يكون الدمج كاملاً ولكن ربما قصد المشرع بذلك أن يترك الباب مفتوحاً لإصدار قانون مستقل للصيرفة الإسلامية وعندها سيلغي هذا الفصل ويبقى قانون المصارف محافظاً على بنيته.

ولكن ليس هذا ما يستوقفنا بل الأهم هو نية المشرع الواضحة في ربط برنامج الصيرفة الإسلامية بالقانون الذي ينظم المصارف، ويبدو هذا مقبولاً فمن الطبيعي أن يكون قانون



المشروع لبعض المستجدات وهو ما لاحظناه في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الذي يتضمن مصطلحات تطرق الأذن لأول مرة⁽²²⁾.

وما قام به المشروع في القانون 46/2012 م، يجد له بعض المبررات فهو يتضمن مصطلحات جديدة لها أهميتها في برنامج الصيرفة الإسلامية كتعريف هذه الصيرفة ذاتها، والمصارف الإسلامية، وفروع الصيرفة و نوافذها، و قد استغل المشروع هذه التعريفات لإيراد بعض الأحكام والشروط مثل ما ورد في المادة 100 مكرر 1/ سادسا فبعد أن عرف فروع الصيرفة الإسلامية وضع حكما كان يمكن أن يكون في مادة مستقلة وهو "مع مراعاة أن يكون لهذه الفروع مركز مالي مستقل عن المصرف الأم، وأن تكون تابعة لإدارة خاصة بالصيرفة الإسلامية"، وكذلك ما ورد في البند سابعا من نفس المادة.

وكون المشروع يضع بعض التعريفات في تشريع ما فإن ذلك لا يسد الباب أما الفقه والباحثين في الاجتهاد في وضع التعريفات التي حينها ستكون فقهية، فالمشروع يقصد فقط أن يحدد المعنى بما هو لازم لتطبيق القانون مما يشتمل على الحد الأدنى المطلوب و لا ضير بعد ذلك في إضافة عناصر لا تمس بالحكم المقرر قانوناً.

3- خلو الفصل من أي جزاءات

من بين ما لاحظناه على القانون رقم 46/2012م الذي ألحق الفصل الخاص بالصيرفة الإسلامية لقانون المصارف أنه لم يشتمل على جزاءات تواجه المخالفات التي يمكن أن تحدث للأحكام الواردة في هذا الفصل، وكما هو معروف فإن قانون المصارف رقم 1 لسنة 2005م خصص فيه المشروع الباب الثالث للعقوبات، وأشار فيه إلى العقوبة التي تقابل كل مادة.

إن هذا الأمر يدفعنا إلى التساؤل هل إن ذلك مقصود من المشروع؟ أم أنه السهو الذي يحدث أحيانا قد ألم بالمشروع هذه المرة؟

وقبل أن نسترسل في مناقشة الموضوع نشير إلى أن الجزاءات في المواد المدنية والتجارية لا يتطلب الأمر الإشارة إليها في كل قانون، بل إن الجزاءات المعروفة في القانون المدني هي جزء من خصائص المواد القانونية وما تشتمل عليه من أحكام، ويظل الوفاء بالالتزامات الواردة في الأحكام هو روح هذه الأحكام وسبب بقائها وفعاليتها.

أما إذا تعلق الأمر بالجزاءات الجنائية أو التأديبية فهذه تخضع لنظام خاص يتعلق به وجودها وشرعيتها، فلا يمكن توقيع عقوبة جنائية أو تأديبية دون أن يكون منصوصا عليها،

وإذا سلمنا بأن الحكم الوارد في المادة 114 ينطبق على مواد الفصل المتعلقة بالصيرفة الإسلامية يبقى القول أن هذا الجزاء غير كاف، إذ يتعلق الأمر بغرامة لا تتجاوز خمسة آلاف دينار والحال أن هذا الفصل يضم أحكاما يقصد بها ضبط النشاط وربطه بأحكام الشريعة الإسلامية مما يتطلب معالجة جزائية خاصة لا يكفي فيها حكم المادة 114 السالف ذكره.

وإذا أخذنا مثالا المادة 100 مكرر 4 التي تنص على الآتي "يحظر على المصارف الإسلامية ممارسة الأنشطة والخدمات المصرفية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية...". فما هو الجزاء الذي يقابل مخالفة هذا الحظر غير الجزاء الوارد في المادة 114؟، صحيح أن الأمر يتعلق بمعاملات وبالتالي فإن البطلان كجزاء معروف سيكون منطبقا ولكن الأمر يتعلق أيضا بمخالفة لأسس النظام العام في الدولة كما أن هذه الأنشطة تكون مرتبطة بقيمة مالية كبيرة وارتباطات في الداخل والخارج مما يجعل الأمر أكثر تعقيدا وأدعى للمواجهة بنصوص جزائية مناسبة.

وحتى نستوفي البحث في موضوع الجزاءات فإننا نشير إلى نصين وردا في قانون المصارف أولهما نص المادة 104 الذي يقول "كل مصرف يتخلف عن العمل بالقرارات التي يصدرها مصرف ليبيا المركزي، تطبيقا لأحكام الرقابة على المصارف، المبينة في المادة 56 أو خالف أحكام المادتين 58، 59 من هذا القانون يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تتجاوز مائة ألف دينار مع إلزام المصرف المخالف بإزالة المخالفة"، وهذا الحكم كما هو واضح ليس جزاء مباشرا على مخالفة حكم في قانون المصارف وإنما يتعلق بمخالفة قرار بعينه يصدر عن المصرف المركزي مما يمكن أن يواجه المصارف الإسلامية كذلك.

أما ثاني النصوص فهو يتعلق بالحكم الوارد في المادة 119 من قانون المصارف الذي ورد فيه "... لمحافظ مصرف ليبيا المركزي، عند ثبوت مخالفة أحد المصارف أو الجهات المنصوص عليها في المادة (55) لأي حكم من أحكام هذا القانون أو اللوائح والقرارات الصادرة بمقتضاه، أن يتخذ أيا من الإجراءات التالية...". ومقتضي هذا النص أن بإمكان المحافظ أن يتخذ بعض التدابير التي تتضمن جزاء كما سنرى.

وإذا رجعنا لنص المادة 55 المشار إليه فإننا سنجد المصارف الإسلامية من بين الجهات التي تخضع لرقابة مصرف ليبيا المركزي وبالتالي يشملها الحكم و يقع عليها الجزاء الذي يتولاه المحافظ والذي يتنوع بين التنبيه والإنذار وتخفيض التسهيلات الائتمانية ودعوة مجلس الإدارة للانعقاد وتعيين عضو مراقب في مجلس إدارة المصرف ووقف المدير، وقد يصل



القضاء بغض النظر عن النتيجة أو الأثر الذي يلحق بالتشريع.

ولإبراز المشكلة التي قد تواجه القانون 46/2012 نقول إن الموضوع يتعلق بالصيرفة الإسلامية التي لا بد أن تكون أحكامها منسجمة مع الشريعة الإسلامية، والحال أن التشريعات التي تنظم المعاملات المدنية والتجارية والمصرفية تحكمها قواعد مبنية على اختيارات وضعية وهي ما يتضمنه القانون المدني والتجاري والتشريعات ذات العلاقة.

كما أن الهيكلية المصرفية أيضاً محكومة بتشريعات تنظم علاقة المصارف بالمصرف المركزي وتخضع لقواعد في التعامل والإشراف والرقابة مستمدة مما يتم العمل به في مختلف دول العالم وهي تسير وفق النسق التقليدي المعروف لعمل المصارف الذي يتركز على التمويل النقدي في معظمه.

إذن برنامج الصيرفة الإسلامية الذي ينظمه القانون 46/2012 قد تتصادم أحكامه مع المنظومة القانونية، وكما هو معلوم لا بد أن تكون مرجعيته الأساسية أحكام الشريعة الإسلامية فهل اشتمل هذا القانون على ما يكفي من أحكام لحل هذا التنازع وبما يضمن نجاح البرنامج؟ للتعرف على ذلك لا بد أن نستطلع (أولاً) المرجعية القانونية (وثانياً) المرجعية الشرعية.

أولاً: المرجعية القانونية

تتنازع القوانين في الزمان من الموضوعات الهامة و المعقدة عند دراسة القانون⁽²⁵⁾، حيث توجد مبادئ عامة ونظريات يصار إلى تطبيقها عند حدوث تنازع بين قانون قديم وجديد، وقد يتدارك المشرع الأمر في القانون الجديد ويضمنه بعض الأحكام التي من شأنها أن تحل هذه المشكلة وبالتالي تتحدد العلاقة بوضوح بين التشريعات بما يضمن عدم التنازع.

أما في اللحظة التي لا يحتوي فيها القانون الجديد على مثل هذه الأحكام فلا مفر من تطبيق قواعد ومبادئ حل التنازع في الزمان أو قواعد الإلغاء الضمني وعندها سيكون القانون الجديد تحت رحمة هذه المبادئ الصارمة التي قد تتجر عنها نتائج لا تكون في صالح ما يتمناه المشرع من وراء إصدار هذا القانون.

إن التعرف على هذه المسألة بشأن القانون رقم 46/2012 تجعلنا ننظر في المبدأ الذي يتضمن تطبيق هذا القانون في علاقته ببقية التشريعات 1- ، ثم ما قرره المشرع من استثناءات . -2

1- من حيث المبدأ

يمكننا أن نقرر هنا أن الأحكام الخاصة بالصيرفة الإسلامية التي اشتمل عليها الفصل الرابع المشار إليه تعتبر قواعد خاصة بهذا النشاط وهي التي تنطبق دون غيرها عليه، وهذا من المبادئ المعروفة في تطبيق القانون، ولكن الأمر يتعلق بضرورة وجود نصوص فحيثما وجدت تطبق ولكن المشرع كما هو معروف لا يعالج كل المسائل المتعلقة بموضوع التشريعات مما يترتب عليه وجود فراغ قد يحدث أن تنطبق عليه قواعد أخرى بقوة القانون طالما هي سارية ونافاذة ولم يستبعد المشرع تطبيقها في هذه الحالة، فعندها تبرز المشكلة وتقوم العراقيل أمام تطبيق القانون الجديد.

في إطار الحديث عن المبدأ يمكننا أن نقرر كذلك أن كافة التشريعات النافذة ضمن النظام القانوني تكون واجبة التطبيق على المسائل التي تعالجها طالما لم يتم استبعادها بنصوص خاصة وطالما لا تتصادم مع النصوص الخاصة التي اشتمل عليها القانون الجديد.

إن المشكلة تكمن في المواضيع التي لم يعالجها المشرع بنصوص جديدة فهذه ستطبق عليها النصوص النافذة في التشريعات الأخرى ما لم يتم استبعادها بنصوص صريحة في التشريع الجديد.

وإذا نظرنا إلى نص المادة الخامسة من القانون رقم 46 لسنة 2012 فهي تحمل هذا المعنى وتكرسه بقولها "إلى حين إصدار قانون خاص بالمصارف الإسلامية، تسري أحكام قانون المصارف على أنشطة الصيرفة الإسلامية، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في الفصل الخاص بالصيرفة الإسلامية المضاف بموجب المادة الثالثة من هذا القانون، وبما لا يتعارض مع طبيعة هذه الأنشطة، وما يتصل بها من عمليات ومعاملات"

إن ما يمكن فهمه من هذا النص أن الأولوية في التطبيق تكون للقواعد التي اشتمل عليها هذا الفصل و لكن عند حدوث فراغ فيه فإن قانون المصارف هو الذي يطبق على أنشطة الصيرفة الإسلامية، ثم استدرك المشرع بوضع شرط لانطباق قانون المصارف يتعلق بعدم تعارضه مع طبيعة هذه الأنشطة وما يتصل بها من عمليات ومعاملات.

ونلاحظ هنا أن المشرع قد حدد هذا التعارض في طبيعة نشاط الصيرفة الإسلامية وما تشتمل عليه من عمليات و معاملات فهل هذا الأمر يكفي لاستبعاد قانون المصارف في مسألة تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية؟ في رأيي أن النص الذي جاء به القانون غير واضح بما

يكفي في هذه المسألة فطبيعة هذه الأنشطة كغيرها طبيعة اقتصادية وهي تهدف أيضاً إلى تحقيق مكاسب وأرباح مثل كل نشاط اقتصادي فهي إذاً في سياق واحد مع بقية النشاطات في طبيعتها ولكن المهم فيها أن تكون متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية وهذا الأمر يتعلق بشرعيتها وليس بطبيعتها فكان الأولى بالمشروع أن يركز في استبعاده لقانون المصارف على تعارضه مع احكام الشريعة الإسلامية في المادة الخامسة المشار إليها رغم أنه - كما سنرى - قد فعل ذلك في بعض نصوص الفصل الرابع.

ومما يجعل حجم المشكلة أكبر أن قانون المصارف ذاته لا يعالج بالتفصيل العمليات و المعاملات المصرفية وهو يحيل بشأنها إلى القانونين المدني والتجاري حيث تقرر المادة 67/1 من قانون المصارف "تسرى على المصارف أحكام القانونين المدني والتجاري"⁽²⁶⁾، وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكام هذا القانون".

والواضح هنا أنه في غير المسائل التي يعالجها الفصل الخاص بالصيرفة الإسلامية فإن هناك مجالاً واسعاً لانطباق القانون التجاري والمدني فقانون المصارف كما أسلفنا يتركز على تنظيم هيكلية الجهاز المصرفي ولا شأن له بالعمليات المصرفية التي نجدها في صلب القانون التجاري حيث نظمها كعقود مسماة⁽²⁷⁾ وفي غير ما نظمها القانون التجاري فإن القواعد العامة المتعلقة بالعقود تكون المرجعية فيها للقانون المدني.

وبناءً على ما سبق تبدو الحاجة ماسة لسن قانون تفصيلي يعالج الصيرفة الإسلامية من جوانبها المختلفة و يهتم بعملياتها، فالفصل الذي جاء به القانون 46 لسنة 2012 مهمته اطلاق برنامج الصيرفة الإسلامية ومع الوقت لن يكون كافياً لضبط مختلف الجوانب المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، التي تعمل الآن في بحر متلاطم من التشريعات الوضعية، ولم يكن بوسع المشرع في القانون 46 إلا أن يقرر لها بعض الاستثناءات من التشريعات النافذة.

1- الاستثناءات

وضع المشرع في نص المادة 100 مكرر 9/ أولاً حكماً عاماً باستثناء أنشطة الصيرفة الإسلامية من الخضوع لأي حكم منصوص عليه في القوانين النافذة، يتعارض مع طبيعة هذه الأنشطة أو مع مقتضياتها وقد يبدو هذا الحكم كافياً لحماية أنشطة الصيرفة الإسلامية من أي أحكام نافذة تتعارض معها إلا أن العبارات التي استخدمها المشرع كقيد لاستبعاد تلك الأحكام ليست بالوضوح الكافي حيث سيبرز في كل مرة السؤال عن المقصود بطبيعة نشاط الصيرفة الإسلامية ومقتضياته والذي قد لا يتحدد بشكل كافٍ إلا أمام القضاء عندما تتعقد أمامه

الخصومة.

لقد لاحظنا فيما سبق بشأن المادة الخامسة من القانون 46 / لسنة 2012م أن طبيعة أنشطة الصيرفة الإسلامية هي اقتصادية كأى نشاط يهدف إلى الربح الذي هو من مقتضياتها أيضاً وبالتالي فمثل هذه العبارات غير كافية لتحسين أنشطة الصيرفة الإسلامية من أن تخترقها قوانين النشاط الاقتصادي عموماً.

إن الذي يميز هذا النشاط هو خضوعه لأحكام الشريعة الإسلامية ومقام الاستثناء هنا هو استبعاد أي حكم في التشريعات النافذة يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي لا نجد من خلال هذه النصوص حماية كافية لأنشطة الصيرفة الإسلامية ولكننا - كما سنرى - ربما نجدتها في النصوص التي نصت صراحة على مرجعية الشريعة الإسلامية.

ورغم أن نص المادة 100 مكرر/ أولاً يبدو في ظاهره عاماً ينصرف إلى كل التشريعات إلا أننا نلاحظ في نص الفقرة الثانية من نفس المادة أن المشرع قد عدد بعض الاستثناءات مستعملاً مصطلح يشمل الاستثناء المسائل التالية مما يدعو إلى التساؤل عما إذا كانت الاستثناءات تقف عند الفقرات التي عددها المشرع أم هي تتعلق بأي حكم يتعارض و طبيعة أنشطة الصيرفة الإسلامية ؟ قد يقول البعض إن عبارة يشمل لا يعني تحديد الأمر بشكل مانع ولكن الباب يبقي مفتوحاً أمام استثناءات أخرى، ولكن البند السادس في الفقرة الثانية من المادة 100 مكرر 9 يقول "أي مسائل أخرى تقتضيها طبيعة أنشطة الصيرفة الإسلامية، ويحددها مجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي بناء على اقتراح الهيئة المركزية للرقابة الشرعية".

إن ما سبق يعني أنه في غير الاستثناءات التي حددها المشرع في القانون فإن هناك طريقاً محدداً للقول بوجود استثناء حيث لابد من اقتراح من الهيئة المركزية و صدور قرار من مجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي مما يعني أن الاستثناءات الواردة في القانون هي التي يمكن العمل بها الآن أما غيرها فلا بد من تدخل الهيئة المركزية للرقابة الشرعية ومجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي.

ورغم أن باب الاستثناءات يبدو محدوداً إلا أن الخطورة في الأمر أن هذا الباب مفتوح على مصراعيه أمام الهيئة المركزية ومجلس إدارة المصرف المركزي، وهذا يعني أن هذا القانون قد نقل جزءاً من السلطة التشريعية للمصرف المركزي وهو جهة تنفيذية حيث بإمكانها أن تقرر أي استثناء تراه من التشريعات النافذة.



ويجري العمل في ليبيا على أن مشاريع القوانين تعدها الجهات التنفيذية ذات العلاقة ثم تحال مباشرة إلى المشرع أو إلى مجلس الوزراء الذي يحيلها بدوره، وعندما لا يجد مشروع القانون النظرة الثاقبة عند المشرع فإنه يصدر بالهيئة التي أعد بها وكأن دور المشرع هو المصادقة فقط على ما تم إعداده.

إن القوانين تنسب للمشرع والسلطة التشريعية له وحده وهو من يتحمل مسؤولية سن التشريعات فمن الواجب أن يكون مستعداً لأداء هذا الدور باقتدار، ولا بأس أن يأخذ الوقت الكافي لدراسة كل مشروع وأن يستعين بالخبرات الفنية التي يمكن أن تبصره إلى ما لا يستطيع رؤيته بمفرده.

و إذا عدنا للاستثناءات التي وضعها المشرع في المادة 109 مكرر/ثانياً سنجد أنها في معظمها استثناءات من أحكام قانون المصارف فالبنـد 1 يستثني المصارف الإسلامية من الحد الأدنى لرأس مال المصارف وربما يبدو هذا النص تزييداً إذ إن الحد الأدنى لرأس مال المصارف يحدد بقرار من مجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي ويمكن تعديله بنفس الكيفية مما لا يتطلب الأمر معه وجود استثناء من القانون، ويسري ما قلناه على البنـد الثاني من المادة المذكورة الذي يتعلق باستثناء أنشطة الصيرفة الإسلامية من الحد الأدنى للمبلغ المخصص للاستثمار في أنشطة الصيرفة الإسلامية وهو يخص المصارف التقليدية التي تفتح فروعاً أو نوافذ لهذا النشاط فالأمر يتعلق بقرارات تصدر عن المصرف المركزي ولا توجد حاجة لوضع استثناء خاص بها.

أما البنـد 3 فهو الذي يمثل استثناءً حقيقياً حيث يستثني أنشطة الصيرفة الإسلامية من الأنشطة المحظورة على المصارف والواردة في نص المادة 77 من قانون المصارف، وكذلك الأمر في الاستثناء العام الوارد في الفقرة 4 والذي يعني أنشطة الصيرفة الإسلامية ممن الضرائب المستحقة على تسجيل عقود التملك فهو نص لازم لاستبعاد الحكم الوارد في قانون الضرائب والذي يقضي باستحقاق ضريبة على تسجيل عقود التملك.

وبالنسبة للاستثناءات الواردة في البنـد 6 من المادة 109 مكرر/ ثانياً فله مقتضاه أيضاً إذ يستثني هذه المرة المصارف الإسلامية من العضوية الكاملة في صندوق ضمان أموال المودعين المقرر بالمادة 91 من قانون المصارف وما يترتب عليه من التزامات مالية وقصر هذه العضوية على ما يكون لدى هذه المصارف من ودائع تحت الطلب.

إذن تبدو الاستثناءات محدودة ومعظمها يتعلق بالاستثناء من أحكام قانون المصارف أما غيرها فإنها تحتاج لسبيل خاص يبدأ من الهيئة المركزية للرقابة الشرعية وينتهي عند



(13) انظر في أحكام الأسهم المادة 115 وما بعدها في قانون النشاط التجاري رقم 23 لسنة 2010م.

(14) تنص المادة 65/ أولاً من قانون المصارف على أنه "يعتبر مصرفاً تجارياً كل شركة تقوم بصفة معتادة بقبول الودائع في حسابات جارية".

(15) حددت الإجراءات و الضوابط الصادرة عن المصرف المركزي ألا يقل رأس المال المكتتب فيه لتأسيس مصرف إسلامي عن 250 مليون دينار ليبي.

(16) انظر المواد 100 مكرر/5 ثالثاً و 100 مكرر 9 من القانون 46/2012م.

(17) انظر المادة 100 مكرر/ ثانياً/ 4.

(18) صدر القرار رقم 6 لسنة 2013 بإنشاء هذه الهيئة في 13 مارس 2013 .

(19) كما هو الحال في دولة الإمارات العربية المتحدة حيث تحول مصرف الشارقة إلى مصرف إسلامي وفق اجتهادات هيئته الشرعية. انظر د. حسين حامد حسان، خطة تحول البنك التقليدي إلى بنك إسلامي. بحث مقدم إلى مؤتمر: دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، جامعة الشارقة 2002م.

(20) يطلق على المصرف المركزي والمصارف التجارية التي تخضع لرقابته الجهاز المصرفي.

(21) انظر مثلاً قانون رقم 12 لسنة 2010 م بشأن علاقات العمل، وقانون التأجير التمويلي رقم 15 لسنة 2010 و قانون سوق المال رقم 11 لسنة 2010 م.

(22) مشروع قانون التجارة الإلكترونية المنشور على موقع شبكة ليبيا للتجارة.

(23) انظر مثلاً المادة 397 وما بعدها من قانون النشاط التجاري.

(24) تنص المادة 112 من قانون المصارف على عقوبة الحبس و كذلك الغرامة.

(25) يمكن مراجعة هذا الموضوع في الكتب التي تعنى بنظرية القانون.

(26) نلاحظ أن النص قد قدم القانون المدني على التجاري، وكان الأولى في ترتيب الانطباق على المصارف وعملياتها القانون التجاري ثم المدني.

(27) يشتمل الكتاب الثالث من قانون النشاط التجاري على العقود والالتزامات التجارية والكتاب



الرابع منه على عمليات المصارف.

(28) صدر عن الهيئة عدة قرارات باعتماد بعض المعايير مثل المراجعة للأمر بالشراء والقوائم المالية والبطاقات الائتمانية.

(29) انظر المادة 100 مكرر 7 / ثالثا من القانون 46/2012م.





القانون رقم 1 في شأن تحريم المعاملات الربوية في الميزان
(أفكار القانون، وتداعيات الواقع الليبي)

الدكتور: ضو مفتاح أبوغرة

كلية القانون - جامعة طرابلس



هذه الورقة في مبحثين، المبحث الأول موضوعه بنية القانون من حيث الأفكار والجوانب الفنية، والمبحث الثاني نخصه لتداعيات الواقع الليبي وأثرها على فاعلية القانون



* لفظ القانون أو القانون رقم 1 في هذا البحث يراد به القانون رقم 1 لسنة 2013 م بشأن منع المعاملات الربوية.



يتمتع بالشخصية الاعتبارية، والذمة المالية المستقلة، ويصدر نظامه الأساسي وتحدد موارده نوعاً وكماً، وأوجه وشروط الإقراض بقرار من مجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي، ويخضع لإشرافه، ورقابته، على أن يكون من ضمن موارده مساهمات الدولة ومؤسساتها².

تقوم الأحكام التي دلت عليها المادتان السابقتان على فكرتين أساسيتين، أولهما: طبيعة القرض الحسن وهدفه، وثانيهما وحدة النظام المصرفي من حيث الربوية وعدمها، ونحاول إبراز هاتين الفكرتين وفق النصوص، وبصرف النظر عن الظروف وفهم المواطن، ثم نبين الأصل الشرعي للفكرتين، ونحاول توضيح وجهة نظرنا في نصوص هذا القانون بمعزل عن صدر المادة الأولى ولو مؤقتاً، وذلك لأنها مثيرة للجدل، وتطرح عدة تساؤلات، ومحلها الفقرة الثانية من هذا البحث.

إن وحدة النظام وإن لم ترد صراحة في النصوص السابقة كطبيعة القرض إلا أن تحريم الفوائد الربوية في جميع المعاملات المدنية والتجارية على الجميع يراد به تحريم الربا في جميع المعاملات، ووفقاً للفكرة السائدة أن الفيصل بين النظام التقليدي والمصرفي خاصة ما تعلق بالربا في القرض والذي يعد عصب العمل المصرفي هو الفائدة فإن تحريم الفائدة على القرض المصرفي هو رفض لفكرة المصرف التقليدي وتوحيد النظام المصرفي بهذا الخصوص.

أ- القرض الحسن.

يدل نص المادة الرابعة من هذا القانون على أن الطبيعة الخاصة للقرض الحسن تختلف عن القرض كمصطلح مصرفي من حيث الأهداف والوسائل والمستهدفين.

يعالج القانون أهم عناصر تحول النظام المصرفي من تقليدي لإسلامي، وهذا يقتضي الرجوع للفقهاء الإسلاميين لتفسير نصوص القانون لأنه يمثل القاعدة الفقهية للقانون.

قبل بيان الأحكام التي تضمنتها نصوص القانون بخصوص القرض الحسن نبين معنى القرض في الفقه الإسلامي.

* - القرض في الفقه الإسلامي.

من خلال تتبع آراء العلماء وتطبيقاتهم من حيث المضمون نجد أن الإقراض في الفقه الإسلامي ينقسم إلى إقراض من باب التبرع، وإقراض من باب المعاوضات، والإقراض من باب

² المرجع السابق ص 242.



عين، والقول بإجازة المضاربة في أحواض الملح ودودة الخز يقرب إن لم نقل يوحد بين معنى المضاربة والمساقاة في إعطاء حكم قرض العين قرض النقد، لأن الفرق بين المضاربة والمساقاة هو أن المال في المضاربة نقد، وهو مال نام، وفي المساقاة عين، وهو قابل للنماء كما تتحد المضاربة في أحواض الملح مع المساقاة في كون محل القرض عين، لأن أحواض الملح عين، وهي مال قابل للنماء، ومن أجاز المضاربة في غير النقد اعتمد على معنى قابلية المال للنماء في الأعيان⁷.

3- إن عقود المضاربة والمساقاة وما في حكمهما لا تخلو من المداينة، والمداينة هي القرض معنى، كما أن العقود عموماً يجوز التأجيل فيها، وعند التأجيل تنقلب إلى قرض، ويوضح هذا عبارة السبكي، وابن عابدين.

4- لزوم الدين في العقود السابقة يعني دفع متمول في متمول، أحدهما حال، والآخر مؤجل، وهذا هو القرض معنى، وجميع العقود السابقة دفع متمول في متمول، فالشجر في المساقاة متمول، والأرض في المزارعة والمغارسة متمول، وكذلك العين في بعض صور الإجارة، وأهمها إجارة العين.

نخلص من ذلك إلى أن القرض في الفقه الإسلامي قد يكون معاوضة، وقد يكون تبرعاً، إلا أنه في باب المعاوضات عرف تحت مسميات غير القرض، وفي العقود السابقة ظاهر، وقد تضمنته بعض صور عقود أخرى، كالإجارة على العين بنمائها، فهي في معنى المضاربة، وقد أجاز الإجارة على العين ببعض نمائها المالكية، والحنابلة صراحة كما في جواز دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها عند الحنابلة، وجوازه عند المالكية إذا حدد العمل كالحطب مثلاً كما لو قال احتطب على دابتي ولك النصف ونقل المواق عن أهل الظاهر وجماعة من السلف جواز إعطاء الدابة للعمل عليها بنصف ما يرزق⁸، ولم تخل تطبيقات المذاهب الأخرى من إباحة الإجارة على العين ببعض النماء.

⁷ ابن رشد، البيان والتحصيل ابن رشد - محمد بن أحمد - البيان والتحصيل - تح الدكتور سعيد عراب - بيروت - دار الغرب الإسلامي - ط الثانية 1988م 507/8. ابن قدامة - أبو محمد عبدالله بن أحمد - المغني - ويليهِ الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، القاهرة - دار الحديث - ب - ط سنة 2004م 447/5، 575. الونشريسي - أحمد بن يحيى الونشريسي - المعيار المغربي - خرجهُ مجموعة من العلماء بإشراف محمد حجي - بيروت لبنان - دار الغرب الإسلامي - بط سنة 1981م، 60/5-61. الفاسي، شرح ميارة 102/2.

⁸ ابن قدامة، المغني 285/7. الحطاب - أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن المغربي - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - ومعه التاج والإكليل للمواق - بيروت - دار الفكر - ط الثالثة 1992م 389,405/5.



إذا قبلنا هذا الاستخلاص يجعل أحكام القرض في الفقه الإسلامي القاعدة الفقهية لنصوص هذا القانون، فالى أي مدى يتفق هذا المعنى للقرض الحسن مع أحكام القرض¹¹ في الفقه الإسلامي؟.

إن خصوصية القرض تبرز في الأجل وما يتعلق به من أحكام، فالخصوصية في الفقه الإسلامي في القرض هي أحكام الأجل، ومن خلال الأجل يحدد الهدف من القرض ووسائله، والمستهدفين به، خاصة وأن القانون قد أحال إلى مصرف ليبيا المركزي في تحديد شروط وأوجه القرض الحسن.

قد لا نجد نصا صريحا في هذه المسألة إلا أن عبارات الفقهاء، وتطبيقاتهم لم تهمل هذه المسألة، ونحاول بيان أحكام الأجل في القرض عند الفقهاء، إضافة إلى القواعد العامة للأجل، وتفصيلاتها، ونعتمد على المعاني والمقاصد.

* - الأجل في القرض.

لقد اتفق فقهاء الأحناف والشافعية والحنابلة على أن الأجل لا يعد جزءا من القرض، أي عدم جواز الأجل في القرض، وأن وجود الأجل فيه معنى الربا لأنه عوض بلا مقابل، لأن للزمن قيمة، وخالفهم المالكية من حيث الإطلاق وقالوا بجواز الأجل، وإذا وقع فهو ملزم للطرفين، ولو لم ينتفع المقرض بالقرض بما ينتفع به عادة أمثاله، ونورد عبارات فقهاء المذاهب، ونبين دلالتها ثم نوجه الخلاف بين الجمهور والمالكية.

حكم الأجل عند الجمهور: (أحناف - شافعية - حنابلة).

ورد في البدائع: (الأجل لا يلزم في القرض، بخلاف سائر الديون، من وجهين، أولهما أن القرض تبرع ألا ترى أنه لا يقبله عوض للحال، فلو لزم الأجل لم يبق تبرعاً، فيتغير المشروط بخلاف الديون)¹².

لقد أكدت العبارة السابقة على أمور أهمها:

1- خروج القرض من دائرة التبرع إذا اقترن بالأجل، وهذا يعني اختلاف معايير عن

¹¹ يراد بالقرض في الفقه الإسلامي القرض كمصطلح، أي ما تناوله الفقهاء من أحكام عند الحديث عن القرض كمصطلح.

¹² الكاساني، بدائع الصنائع 583/7.



إن النظرة الأولى لظاهر نصوص القانون وفق اتخاذ الفائدة على القرض معياراً للتفرقة بين النظام المصرفي الإسلامي والتقليدي يوحي بأن هذا القانون إنهاء لنظام مصرفي متكامل، وهذا لا يقبله الكثير بين ساعة وضحاها، إلا أن النظر للأمر من زاوية أخرى ينتهي إلى أن القانون لا يعني ضرورة إنهاء النظام المصرفي التقليدي والسائد في ليبيا.

نعتد أساسين لبيان أثر القانون على النظام المصرفي التقليدي، أولهما: موقف الإسلام من الأنظمة الاقتصادية خصوصاً، والمعاملات والعادات عموماً السائدة زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، وثانيهما: الخلاف بين النظام المصرفي الإسلامي والنظام المصرفي التقليدي فيما يتعلق بالربا من عدمه، وفي إطار النظام القانوني الذي رسمه القانون.

1- موقف الإسلام من الأنظمة الاقتصادية والمعاملات للأمم الأخرى.

إن المنهج في الفقه الإسلامي الاستفادة من كل نظام اقتصادي ومعاملة لا تخالف ضوابط الشريعة الإسلامية وإن كان أصل هذا النظام أو المعاملة قانون أو عادة أو نظام لغير المسلمين، ولهذا لم يرفض العقود السائدة زمنه في مجال البيوع والأحوال الشخصية وغيرها من العادات والمعاملات، واقتصر الأمر على رفض كل ما خالف فلسفة الشريعة ومقاصدها وأبقى على كل ما وافق المقاصد، ويؤيد هذا ربط الإباحة والحظر بالمصلحة والمفسدة، وقد رجح علماء الأصول التفصيل في دوران الحكم بين الإباحة والحظر من حيث الأصل، فرجح عدد من علماء الأصول القول بأن الأصل في الأشياء الإباحة في كل نافع، والحظر في كل ضار، وممن ذكر هذا التفصيل من علماء الأصول الجويني في شرحه للورقات، والرملي والإمام أبو الخطاب وجلال الدين المحلي²⁰، وأوسع مجال لتطبيق هذه القاعدة فقه المعاملات، كما تضمن استصحاب الحال كمصدر من مصادر التشريع هذا المعنى، وتعد قاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة خاصة في المعاملات من الفروع الفقهية المبنية على استصحاب الحال كمصدر لتشريع الأصل في الأشياء الإباحة، فكل ما لم يرد نص معين بحكمه هو على الإباحة الأصلية، وينشأ عن هذه القاعدة صحة كل عقد أو تصرف أو التزام أو تبرع لم يرد من الشارع ما يدل على فساد²¹.

إن تطبيق هذا المنهج على النظام المصرفي التقليدي في نطاق القانون رقم 1 لا يعني

²⁰ الجويني-عبدالمك بن عبدالله بن يوسف بن عبدالله الجويني- شرح الورقات-شرح ابن الفركاح- الإمام تاج الدين بن الفركاح وغيره. القاهرة- دار ابن حزم ط الأولى سنة 2009م-ص 432-438.

²¹ الديباني - الدكتور عبدالمجيد عبدالحاميد عطية الديباني - المنهاج الواضح في علم أصول الفقه وطرق استنباط الأحكام - بنغازي - منشورات جامعة قاريونس - ط الأولى 1995م. 275/2.



ومنهجيته، والعلاقة بين التشريعات، بل يمثل انتقالاً من النظام المصرفي التقليدي للنظام الإسلامي، ويختلف النظام الإسلامي في أسسه، وقاعدته الفقهية ومنهجيته ومصادره عن النظام التقليدي، والحكم على وضوح نصوص القانون من عدمه يقتضي التفكير فيه في ظل النظام الإسلامي وخصوصيته، عليه نتناول وضوح نصوص هذا القانون في ظل المنظومة التي يعود لها، وذلك لتبني الجهات المختصة في المستقبل لوضع هذه النقطة في الاعتبار إذا كانت هناك جدية لتبني النظام الإسلامي في النظام القانوني عموماً والمصرفي على وجه الخصوص.

إن الحكم على وضوح نصوص هذا القانون يكون من خلال الأفكار التي تضمنها ووفقاً للقاعدة الفقهية التي يعود لها هذا القانون وهي الفقه الإسلامي، فقد جاءت نصوص القانون مختصرة وانشأت أحكاماً عامة دون تفصيل، ولم تقم السلطة المصدرة بالإحالة إلى مصادر تفسيرية ويبقى المرجع الوحيد في تفسير نصوص القانون هو الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في مسائل الربا والقرض بتشعباته المختلفة، هذا الأمر أربك العاملين بالمصارف و جعل من تطبيق نصوص هذا القانون أمراً في غاية الصعوبة.

إذا تجاوزنا الحاجة لإصدار القانون، وافترضنا عدم خضوع الهوية للاستفتاء فإن القانون على مستوى الأفكار يمثل نقلة في إطار تحقيق الهوية والتحول للصيرفة الإسلامية، وتذليل عقبات التحول للصيرفة الإسلامية، وتبقى مسألة تطبيق القانون في غير تحريم الفائدة بفلسفة النظام المصرفي التقليدي، وهذا من الجانب النظري يمثل العقبة الوحيدة أمام التحول، إلا أن الأمر ليس على إطلاقه، بل يعتمد على تحديد نقاط التقاطع الحقيقية بين النظام المصرفي الإسلامي والنظام التقليدي في إطار تبني الدولة للقرض الحسن وإعفاء المصارف من تبعاته، فكلما ضاقت الفجوة بين النظام المصرفي التقليدي والإسلامي تجانس القانون رقم 1 مع المنظومة التشريعية النافذة، وأمكن تذليل العقبات التشريعية في تطبيق هذا القانون، وكلما اتسعت الفجوة بين النظام المصرفي التقليدي والإسلامي ضعف التجانس بين القانون رقم 1 التشريعات النافذة، وزادت عقبات تطبيق القانون.

إن هذه الدراسة للقانون كانت من خلال النصوص والأفكار التي تضمنتها النصوص، إلا أن للواقع أثر على صورة القانون، وفاعليته، فما هو أثر القانون على المصارف في ظل الواقع الليبي والظروف التي صاحبت تطبيق القانون، هذا موضوع المبحث الثاني من هذا البحث.



المبحث الثاني

أثر الواقع الليبي على فاعلية القانون

إن الصيرفة الإسلامية بمثابة سلعة، فلا بد من مراعاة ثقافة المستهلك لهذه السلعة، وأيدولوجيته الفكرية، ولا يكفي وجود أصل شرعي معتمد لفعالية النظام المصرفي المطروح، بل لابد من وضع الأرضية له، وذلك من خلال إقناع المواطن، خاصة الطرف المستهدف والفعال، وعليه فإن واقع المجتمع، وأيدولوجيتها عنصر مهم من عناصر الصيرفة الإسلامية ونجاحها، والتحدي الأصعب للقانون محل الدراسة هو تداعيات الواقع الليبي، لا الأفكار التي تبناها، ولا دعوى عدم استجابة القانون للتطور الاقتصادي ولا متطلبات المرحلة، وهذا العبء على نماذج الصيرفة الإسلامية تعاني منه كل الدول العربية، ولا أكون متجنباً إن قلت بأن الواقع هو العائق الأساسي أمام الاندماج بين النظام التقليدي، والنظام الإسلامي، فيما يتعلق بمسألة الربا في ليبيا خاصة والدول العربية والإسلامية عامة.

إذا كانت نصوص القانون من حيث الموضوع اتسمت بالعمومية، وبما يسمح بالتنوع في النظام الاقتصادي واستيعاب النظام المصرفي القائم إلى حد كبير، كما أن تولي الدولة مسألة الإقراض الحسن وتكاليفه ضيق الهوة بين النظام التقليدي، والنظام الإسلامي للعمل المصرفي فيما يخص مسألة الربا، إضافة إلى الانسجام بين القانون رقم 1 والتشريعات النافذة في ليبيا وإمكانية تأصيل الشرعية الدستورية وفق العرض السابق لموضوع الأفكار التي تضمنها القانون والقاعدة التفسيرية لنصوصه، فأين الإشكالية، ولماذا هذا التنافر بين أنصار ودعاة الفكر التقليدي لأي سبب كان، وأنصار ودعاة الصيرفة الإسلامية.

إن الحكم على فاعلية القانون رقم 1 يتم من خلال المنهج المتبع لإصدار القانون وفاعليته، إضافة إلى الظروف التي صاحبت صدوره، فالعقبات العملية للقانون رقم 1 سببها الأساسي الواقع الليبي وتداعياته، ولهذا نعرض للواقع الذي صاحب صدور القانون وتداعياته على القانون، وأثر هذا الواقع على تطبيق القانون، ونقتصر على أثره على المصارف رغم أنه يشمل كل الشركات العاملة في ليبيا، وذلك لأن المستهدف الأساسي من القانون المصارف، كما أن محور التمويل في الدولة الحديثة هو المصارف، وأكثر معاملة يثار بشأنها الربا هي عقود التمويل.

*- أثر الواقع الليبي على تلبية القانون لحاجة المواطن (المستهدف الأساسي للقانون):

يضعف فاعليته ويعد من أهم عقبات تطبيقه.

إن فكرة الصيرفة الإسلامية الراسخة في ذهن المواطن قيد على الجهات المختصة في تطوير صورة الصيرفة الإسلامية، وقبول التنوع وبما يضيق الفجوة بينها والنظام التقليدي، وعدم قبول التنوع والتقييد بالصورة السائدة للصيرفة الإسلامية يعدم التجانس بين القانون رقم 1 والتشريعات النافذة في ليبيا لاعتمادها على أسس وفلسفة وآليات النظام المصرفي التقليدي، وكان لهذا أثره على التطبيق العملي للقانون رقم 1 على المصارف.

أثر تطبيق القانون وفق رؤية دار الإفتاء على المصارف:

قبل بيان أثر تطبيق القانون رقم 1 وفق الرؤية السابقة على المصارف نقدم ملخصاً للمرحلة التي مر بها إصدار القانون، ومن خلال دراسة المراحل التي صدر فيها القانون والتحاوّر مع من كان قريباً من مصادر القرار نسجل الملاحظات التالية على مراحل صدور القانون والظروف التي صاحبتّه، ونجملها في النقاط التالية:

1- انقسم المصرف المركزي بخصوص التحول للصيرفة الإسلامية عموماً وإصدار قانون بالخصوص في هذه المرحلة إلى ثلاث فرق:

*- الفريق الأول: يرى ضرورة التحول للصيرفة الإسلامية فوراً والإسراع بإصدار قانون بالخصوص، وذلك لما تقتضيه الهوية الإسلامية للشعب الليبي، وبصرف النظر عن الخسائر والأرباح والتنمية والحوكمة الرشيدة.

*- الفريق الثاني: يرى أن التحول للصيرفة الإسلامية هدف كل مسلم ومن أولوياتنا، إلا أن المرحلة لا تقتضيها، فالتحول يحتاج لمنظومة كاملة، والدخول فيها الآن مخاطرة، وفرص فشلها أكثر، وفشلها يعني قتل للصيرفة الإسلامية في مهدها.

*- الفريق الثالث: يرى أن أسلمة النظام المصرفي في ظل المنظومة الاقتصادية الحديثة وبالرؤية المطروحة هدم للقطاع المصرفي، وغير ممكنة، وخير دليل وضع الدول العربية بشكل عام، ومنها من تبني الصيرفة الإسلامية ضمن المنظومة المصرفية التقليدية منذ عقود من الزمن، كالسعودية والأردن.

في ظل هذا الانقسام اكتفى مصرف ليبيا المركزي بتقديم رؤيته الفنية دون حسم أمره بالتحول وعدمه وتقديم مشروع قانون للتحول، واستعداده لتقديم المشورة إذا طلبت الجهات المكلفة



بإعداد القانون ذلك³².

2- إن دار الإفتاء ووزارة الأوقاف هما أهم الداعمين لصدور القانون وقد عملت دار الإفتاء على اقناع أعضاء المؤتمر بالتصويت لصالح مشروع القانون وسارت وزارة الأوقاف في فلك دار الإفتاء³³.

3- يمكن القول بأن هناك تخوفاً عاماً من قبل العاملين بالمصارف التجارية من صدور هذا القانون بالصورة المطروحة، فهناك اتفاق عام من العاملين بالمصارف التجارية على عدم إمكانية تطبيق التحول الكامل على الأقل في الوقت الحالي، وما كان متداولاً بين العاملين أن إصدار هذا القانون يضع المصارف أمام خيارات صعبة، كلها تنتهي بعدم إمكانية التحول الكامل في الوقت الحالي على الأقل³⁴.

4- يتضح من خلال قراءة محضر جلسة المؤتمر بخصوص القانون³⁵ أن ترسيخ الهوية الإسلامية والجانب العقدي أساس إقرار القانون، واقتصر دور المعتمدين على الجانب الفني على تأخير تنفيذه على الجهات الاعتبارية إلى 1-1-2015م.

إن السؤال الذي يطرح هل قامت المصارف بتطبيق القانون، وما أثر تطبيقه على المصارف، وما موقف الموظفين من القانون وهل حقق القانون الأهداف التي وضع من أجلها؟.

للإجابة على هذه التساؤلات أجرينا دراسة ميدانية، واخترنا ثلاث نماذج من المصارف العاملة في ليبيا، وحاولنا مراعاة تنوع مراكز هذه المصارف، والنماذج التي وقع عليها الاختيار

³² هذا التقييم اعتماداً على الحوارات التي أجريت مع العاملين بالمصرف، وعلى رأسهم رئيس المكتب القانوني، د. علي ضوي، ورئيس اللجنة القانونية بمصرف ليبيا المركزي وبعض العاملين بالمصرف، إضافة لوجود الباحث باللجنة القانونية للصيرفة الإسلامية وقت إصدار القانون.

³³ إن دعم دار الإفتاء لإصدار القانون يدل عليه كلمات أعضاء المؤتمر الوطني أساس إصدار القانون، أما بخصوص تقديم مقترح فقد تم الاتصال بالدكتور نادر العمراني أحد أبرز الشخصيات بدار الإفتاء وأكد عدم تقديم دار الإفتاء لمقترح بخصوص القانون، كما أن أعضاء المؤتمر أشاروا للقاءاتهم مع المفتي دون الإشارة لمقترح من دار الإفتاء أو وزارة الأوقاف.

³⁴ إن هذا الموقف هو ما تناوله العاملون بالمصارف التجارية من خلال ورش العمل، والحوارات التي كانت تدور بالمصارف، والواقع أيد هذا الموقف بعد صدور القانون، وهذا لا يعني عدم وجود من أيد ضرورة صدور القانون من العاملين بالمصارف بإطلاق، فتقييم بعض من هم على هرم النظام المصرفي للداعمين للتحويل يجعل نسبة الداعمين قليلة من العاملين بالمصارف.

³⁵ محضر جلسة المؤتمر الوطني رقم 53 المنعقد في 2013/6/1م وهي الجلسة التي أقر فيها القانون.



اعتماد فتاوى هذه الهيئة على الحاجة في التوسع في بعض المعاملات المصرفية، وما ترتب عليها من إجازة بعض العقود التي تعد من حيث الأصل من باب الربا، كما تضمن الواقع العملي التمويل بفائدة، كما هو الحال في شرعية عقود إعادة التأمين عن طريق الشركات التجارية إذا اقتضت حاجة المصرف ذلك، والتمويل لبناء السدود بنسبة فائدة.

نورد بعض الفتاوى التي أجازت الفائدة اعتماداً على الحاجة، ونورد ملخصاً للفتوى لأهميتها: (بناء على ما أوضحه وزير الدولة بوزارة المالية من أن إيرادات الدولة لا تفي بضروريات البلاد. وأن قدرات الجهاز المصرفي التمويلية ضعيفة، رأت اللجنة أنه يجاز للدولة في هذه الحالة الاقتراض بالفائدة للوفاء بالضرورات التالية:

أ- تمويل مشروعات المياه الصالحة للشرب.

ب- بناء السدود ومستلزماتها.

ج- مستلزمات الكهرباء والطاقة.

د- وما في حكم ذلك من الضروريات بحسب تقدير ولي الأمر أو من يفوضه.⁴²

إن هذه الفتوى ليست التطبيق الوحيد للحاجة المصرفية، ومن تطبيقات هذه الحاجة إعادة التأمين إذا وجدت شركات التأمين التكافلي التي تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وكان أساس إجازة إعادة التأمين هو الحفاظ على أموال المصرف، والحماية الخاصة لأموال المصرف أساسها دور أموال المصرف في الاقتصاد، ورد في التقديم لأحد فتاوى هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي السوداني بخصوص التأمين وإعادة التأمين:-

(تتعرض أموال البنك كثير من المخاطر... درجت البنوك التجارية على التحصن ضدها بالتأمين... ونظراً لضخامة الأموال المملوكة للبنك بما في ذلك إيداعات العملاء وللمشروعات التي ننشؤها أو نشارك فيها وما يرتبط بتحريك الأموال داخل القطر وخارجه وبالاستثمار عموماً من مخاطر التأمين عليها يصبح من الأهمية بمكان).⁴³

الأولى 2006م. فتاوى هيئة الرقابة الشرعية بنك فيصل الإسلامي السوداني - المجلد الأول - دار هایل للطباعة والنشر والتغليف - السودان - الخرطوم ب ط ب ت .

⁴² الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، الأمانة العامة، الأدوات المالية-بنك السودان المركزي- 2011م- ب ط ب ت دار السداد السودان. ص 40.

⁴³ فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل 23/1



وورد أيضاً بخصوص الحاجة لإعادة التأمين لتفعيل دور شركات التأمين التعاوني: (تكرر القول أن لجوءنا إلى التعامل مع شركات إعادة التأمين قبر فكرة التأمين التعاوني في المهدي وبقاء صناعة التأمين في أيدي اليهود والمستغلين وفي هذا الإجراء المؤقت الذي نلجأ إليه لإعادة التأمين مصلحة محققة للإسلام تمكن من ازدهار صناعة التأمين المتسقة مع النهج الإسلامي وتمهد لقيام شركات تأمين إسلامية في وقت قريب بإذن الله)⁴⁴.

إن اعتماد الحاجة أساساً لشرعية الفائدة في ضروريات أداء الدولة لوظيفتها، وحماية المؤسسات الفاعلة في الاقتصاد وفقاً لتطور الحياة ولو كانت هذه المؤسسات قطاعات خاصة أو أجنبية كالمصارف وشركات التأمين وشركات إعادة التأمين يدل على اعتماد القانون السوداني على قاعدة مرنة يمكن من خلالها الاستجابة لمتطلبات العصر وتطوير النظام المصرفي وتحقيق الهوية الإسلامية.

إن هذا الأثر للحاجة كبير في المعاملات في الفقه الإسلامي، فهي أساس لشرعية جل العقود في الفقه الإسلامي رغم شمولها لمحظورات من حيث الأصل، فمثلاً الأصل في المضاربة المنع لأنها في معنى السلف بمنفعة وأجيزت للحاجة، وكذلك المساقاة والمزارعة والمغارسة، والأصل في الإجارة المنع لأنها من باب بيع المعدوم إلا أنها أجازت للحاجة كذلك⁴⁵، والحاجة في هذه العقود هي الحاجة لتوظيف الموارد وذلك لدورها في الاقتصاد وهو ذات المعنى الذي اعتمدت عليه هيئات الرقابة في السودان لشرعية الفائدة في بعض المعاملات والسابق بيانها في هذه الفقرة.

إن النموذج السوداني للصيرفة الإسلامية فكراً و أيولوجية وأساساً متميز، ولم ينل حظه من الدراسة والشهرة، والتوظيف فهو أقرب لصورة الصيرفة الإسلامية التي قدمناها في المبحث الأول، ويمكن اعتمادها كأصل شرعي للقانون رقم 1 حسب فهم النصوص منفصلاً عن فكرة الشارع، وعن فرض فكر أي تيار ديني والقبول بالتنوع، واعتباره تفاصيل داخل دائرة، أي مادام هناك أصل شرعي لرأي معتمد فلا ينكر، ويجب التعامل معه على أساس تفاصيل داخل دائرة، وأنه من باب الخلاف السائغ، وبهذا يصبح الاستدلال بالتجربة السودانية كنموذج للصيرفة الإسلامية في الدول العربية ودليل على إمكانية تطبيقها يقتضي الانفتاح في التفكير، وقبول التنوع في أحكام الفقه الإسلامي، وهذا ما لم يتحقق في ليبيا.

⁴⁴ المرجع السابق 29/1

⁴⁵ عيش، منح الجليل 320/7. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 582/6 وما بعدها. ابن قدامة، المغني 394/5. الشرييني، مغني المحتاج 323/2 وما بعدها.



الخاتمة

أرجو أن أكون قد أصبت ضالتي في هذا العمل المتواضع ، وأن أكون قد ساهمت ولو بشيء بسيط في إثراء المكتبة الإسلامية ، وذلك بإزالة اللبس، وتوجيه الإشكاليات المثارة حول نصوص القانون رقم 1 لسنة 2013م بشأن منع الربا، وحرصاً على أن يكمل هذا العمل بالنجاح، وإتماماً للفائدة نعرض ملخصاً لأهم النتائج التي توصلنا إليها، ونجملها في الآتي:-

*- أن نصوص القانون رقم 1 تقوم على فكرتين أساسيتين، أولهما أن القرض الحسن لسد الحاجات السياسية، وهو بخلاف الأصل، وثانيهما وحدة النظام المصرفي فيما يتعلق بالربوية من عدمها.

*-تولي الدولة مسألة الإقراض الحسن وتبعاته، وأنشأت بناء عليه صندوق الإقراض الحسن، وتحدد الأحكام المتعلقة به غايته ومن المستهدف به، وقيمه، وشروط الاستفادة منه.

*- إن هذه الفكرة تتفق مع نظرة الفقه الإسلامي للقرض، وبالتالي لا إشكال في شرعيتها.

*- إن التنوع في وحدة النظام، والمرونة التي تضمنتها نصوص القانون تضيق الفجوة بين النظام المصرفي التقليدي والإسلامي، بل يكاد يكون الاختلاف معدوماً في ظل تبني الدولة مسألة الإقراض الحسن للحاجات الأساسية، والتوسع في تبني الآراء الفقهية المعتمدة.

*-إن تبني التنوع في الفقه الإسلامي لتفسير نصوص القانون رقم 1 يجعل القانون حلقة ضمن دائرة ويخلق التجانس بينه وبين التشريعات النافذة، وكانت نصوص القانون واضحة في معالجة أهم فارق بين النظام المصرفي التقليدي والإسلامي وهي الفائدة، واتسمت نصوص القانون بالمرونة وبما يسمح بالتنوع داخل النظام المصرفي ويضيق الفجوة بين النظام التقليدي والإسلامي.

*- إن نصوص هذا القانون إذا فهمت بعيداً عن الواقع الليبي ووفق منهج الرسول صلى الله عليه وسلم لا تمنع الاستفادة من النظام التقليدي، ولا ترفض إلا ما تعارض مع ضوابط الشرع، وهي قليلة إن لم تكن معدومة.

*- إن الحاجة لإصدار هذا القانون تتمثل في ترسيخ الهوية، وهذا الهدف يبرر الاستعجال به، ويبرر صدوره قبل إصدار الدستور، فتحقيق الهوية مطلب كل أفراد الشعب الليبي



فرصة لهذه التجربة للاختبار، ومعرفة أثر الخصوصية الليبية في نجاح تطبيق وحدة النظام المصرفي، والمتمثلة في تبني الدولة الإقراض الحسن.

* - إن واقع الدول العربية يدعم القول بعدم إمكانية التحول الكامل للصيرفة الإسلامية، ودليل ذلك فشل الدول العربية بعد مرور ما يزيد على أربعة قرون على تجربة الصيرفة الإسلامية في التحول الكامل، وليبيا لا تختلف في هذا عن الدول العربية، وأما السودان فهي نموذج له خصوصيته، ويعتمد على مدى إمكانية قبول التنوع في الفقه الإسلامي، إضافة لدور التركيبة السكانية، كما سبق وأن ذكرنا.

* - إن التجربة السودانية لا يعتمد عليها لنجاح التجربة في ليبيا، لأن التجربة السودانية تقوم على أساس قبول التنوع والانفتاح في التفكير، وهذا لم يتحقق في ليبيا، وقبول التنوع في الفقه الإسلامي يضيق الفجوة بين النظام المصرفي التقليدي والإسلامي ويخلق التجانس بين القانون رقم 1 والتشريعات النافذة، والواقع في ليبيا غير هذا.



*- الشربيني - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - تح عماد زكي البارودي وغيره - القاهرة - المكتبة التوقيفية - ب ط - ب ت .

*- عليش، عليش - الشيخ محمد عليش - فتح الجليل على شرح مختصر خليل (بيروت - دار الفكر ب ط 1989م).

*- الفيروزبادي الشيرازي - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف - المهذب في فقه الإمام الشافعي - بيروت لبنان - دار إحياء التراث العربي - ط الأولى سنة 1994م.

*- الكاساني - علاء الدين أبوبكر بن محمد - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - مصر - مطبعة الجمالية - ط الأولى 1910م .

*- الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي - الحاوي الكبير - ويليه بهجة الحاوي لابن الماوردي - بيروت - دار الفكر - ب ط - سنة 2003م.

*- المرتضي - الإمام المجتهد المهدي لدين الله أحمد بن يحيى - البحر الزخار في مذاهب الأمام - تع د/محمد محمد باقر - بيروت - دار الكتب العلمية - ط الأولى سنة 2001م.

*- الونشريسي - أحمد بن يحيى الونشريسي - المعيار المعرب - خرجة مجموعة من العلماء بإشراف محمد حجي - بيروت لبنان - دار الغرب الإسلامي - بط سنة 1981م.

أهم الوثائق المصرفية:

*- فتاوى هيئة الرقابة الشرعية بنك فيصل الإسلامي السوداني - المجلد الأول - دار هایل للطباعة والنشر والتغليف - السودان - الخرطوم ب ط ب ت .

*- نماذج العقود الصادرة عن الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي و المؤسسات المالية - ط الأولى 2008م .

*- المرشد الفقهية الصادرة عن الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية - ط الأولى 2006م .

*- فتاوى هيئة الرقابة الشرعية بنك فيصل الإسلامي السوداني - المجلد الأول - دار هایل للطباعة والنشر والتغليف - السودان - الخرطوم ب ط ب ت .



*-الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية ، الأمانة العامة ، الأدوات المالية-بنك السودان المركزي- 2011م- ب ط ب ت دار السداد السودان .

*-النظام الأساسي لصندوق الإقراض الحسن-إعداد اللجنة القانونية بمصرف ليبيا المركزي.

*-محضر جلسة المؤتمر الوطني رقم 53المنعقد في 2013/6/1م وهي الجلسة التي أقر فيها القانون.

*-مذكرة الدكتور مصطفى أبو حميرة نائب رئيس مجلس الإدارة بمصرف الواحة.

*-تقرير مصرف ليبيا المركزي بشأن خطوات المصارف العاملة في ليبيا بخصوص التحول عن سنة 2014م.



قراءة في تعديل القانون رقم 14 لسنة 2015م

الأستاذ الدكتور: الهادي علي زبيدة

كلية القانون - جامعة طرابلس



بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

وبعد

أصدر المشرع الليبي القانون رقم 10 لسنة 1984 في مادة (1) وبتعديلين جزئيين:

التعديل الأول:- بموجب القانون رقم 22-1991⁽²⁾ وكان موضوع التعديل المادة (13) المتعلقة بتعدد الزوجات، والمادة (39) التطبيق بحكم القضاء، ولم يتجاوز التعديل ثلاث مواد.

التعديل الثاني:- بموجب القانون رقم 9-1423⁽³⁾ واحتوى على أربع مواد، وشمل موضوع التعديل:-

أ- تعديل المادة (13) المقننة لموضوع التعدد.

ب- تعديل المادة (60/أ) المنظمة لكفالة الطفل مجهول الأبوين، أو مجهول الأب، أو كان يتيما.

ج- تعديل المادة (70/أ) المتعلقة ببيت الزوجية.

وهناك محاولة أخرى للتعديل الجزئي لم يكتب لها النجاح ، وبقيت حبيسة الأرفف المظلمة.

ومن سمات القانون رقم 10-1984 وتعديلاته أنه قانون غير متمذهب، و أخذ أحكامه من جميع المذاهب الفقهية (المالكي - الشافعي - الحنفي - الحنبلي - الظاهري - الإباضي - الشيعي) و (القانون المدني الفرنسي - القانون الهولندي) ، وربما هناك اجتهادات خاصة نسبت إليه .

وكتبت عنه دراسات نقدية وغير نقدية، ومن أوائل من كتب عنه الدكتور: سعيد الجليدي، في كتابه أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما. و د. عبد السلام الشريف - طيب الله ثراه - في كتابه الزواج والطلاق في القانون الليبي، وغيرهما. وقد كتبت عنه دراسة نقدية في كتبي الثلاثة (أحكام الأسرة في التشريع الليبي)

¹ القانون رقم 10_1984 (19_4_1984) الجريدة الرسمية، ع 9_1984 ص 640

² القانون رقم 22_1991 (1_9_1991) الجريدة الرسمية، ع 22_1991 ص 739.

³ القانون رقم 9_1432 (19_1_1423) الجريدة الرسمية، ع 5_1423 ص 112

المبحث الأول

الأسباب الداعية إلى التعديل

إن القارئ لنصوص القانون رقم 84/10 وتعديلاته والمطبق، له وبعد أن مر على عمره الزمني ما يزيد على ثلاثة عقود وتجلت مواضع نقصه وكماله، وقوته وضعفه، علم يقينا بأن هذا القانون يحتاج إلى إعادة قراءة حتى يصحح ما كان خاطئا ويكمل ما كان ناقصا، ويرفع التعارض ما بين نصوصه في بعض مواضعه.

وهذه الأسباب الداعية لذلك قد تتعلق بالأمر الموضوعية تارة، وبالمنهجية تارة أخرى.

أولاً: الأسباب الموضوعية

النقص في الأحكام

1 . نقص في الأحكام المهمة وسكوته عن معالجة أحكامها منها: الطلاق بالإرادة .

وهو الأكثر وقوعا في الواقع، حيث لم ينص صراحة على ذلك، وإن كانت هناك إشارات تم ذكرها على استحياء، وهذا السكوت سواء فيما يتعلق بالوقوع من عدمه، أو في أصل الطلاق، وهل الأصل فيه الحضر أم الإباحة ؟

2 . القيود الواردة على الطلاق (السبب - الزمن - العدد)

إذ لم يعالج المشرع من هذه الأسباب الثلاثة وينص عليها، إلا حديثه عن قيد واحد، وبشكل ناقص، وهو الطلاق بالثلاث لحظة واحدة، حيث نص على ذلك قائلاً: - (لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة إلا طلاقة واحدة رجعية ما لم تكن مكملة للثلاث) م (33/د)

والنقص في هذه الصياغة مرده إلى حالة ما إذا كرر الزوج لزوجته في وقت واحد كلمة (طالق - طالق - طالق) فالمشرع في هذه الحالة لم ينص على حكمها.

3 . التطبيق للغيبة الواردة في صحيح المادة (41)

حيث لم يعالج منها إلا حالة غيبة الزوج، أما غيبة الزوجة فهي من المسكوت عنها، حيث قال:-

(أ) - إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول وتضررت زوجته، جاز لها أن تطلب التطلاق ولو كان لها مال تتفق منه على نفسها.



ب _ إذا كان الغائب معلوم الإقامة وأمكن إعلانه، ضربت له المحكمة أجلًا إما أن يحضر إلى زوجته، وإما أن ينقلها إليه، وإما أن يطلقها.

ج _ فإذا انتهى الأجل ولم يبد الزوج عذرا مقبولًا فرقت المحكمة بينهما بدون إعدار أو ضرب أجل، ويعتبر هذا التفريق طلاقًا رجعيًا).

4 . بيت الزوجية

حيث نص على حكمه قائلًا: - (لا يجوز المساس بحق المرأة الحاضنة أو معدومة الولي في البقاء ببيت الزوجية بعد طلاقها أو وفاة زوجها ما لم تأت بفاحشة) م(70/أ) المعدلة بموجب القانون رقم 9_1423 فقد أعطى النص للزوجة حق البقاء ببيت الزوجية إذا كانت حاضنة أو معدومة الولي، ولكن ما مصير الرجل إذا كان البيت غير قابل للقسمة، وهل إذا ثبت الحق للمرأة فإنه يعد نقيضًا لحق الرجل، وبالتالي يجب طرده، أم يبقى داخل البيت مع المرأة وأولادها، وهو غريب عليها بعد الطلاق؟ لن يجد القارئ إجابة في هذه الصياغة المعمول بها.

5 . الشروط المقترنة بالعقد

أجاز المشرع لكل من الزوجين أن يشترط بقوله: -

أ) _ يحق لكل من الزوجين أن يشترط في عقد النكاح ما يراه من الشروط التي لا تتنافى مع غايات الزواج ومقاصده.

ب _ لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج) م (3) .

والمفقود في هذه الصياغة من يتحمل المسؤولية إذا امتنع عن تنفيذ ما اشترطه عليه الطرف الآخر؟

6 . إثبات النسب

نظم المشرع أحكام النسب في المواد (53-59)) ومما تحدثت عنه هذه المواد إثبات النسب وذكرت سببين :

العقد والإقرار في المادة (53/ب، ج) التي قالت:- (ب _ يثبت نسب الولد إلى أبيه في الزواج الصحيح إذا مضى على عقد الزواج أقل من مدة الحمل ، ولم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين بصورة محسوبة .

ج _ إذا انتفى أحد هذين الشرطين، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه)

الولادة بعد خمسين عاما. فهل يعقل هذا من جهة، ومن جهة أخرى ألا يعتبر هذا خطأ بين الحمل المشروع، والحمل غير المشروع من جهة أخرى؟

2- ومن مواضع التعارض مع قواعد النظام العام ما ورد في المادة (70/أ) المعدلة بموجب القانون رقم 9_1423 التي قالت:- (لا يجوز المساس بحق المرأة الحاضنة، أو معدومة الولي، في البقاء ببيت الزوجية بعد طلاقها، أو وفاة زوجها، ما لم تأت بفاحشة)

والأمر المطروح هو ما تعلق بمعدومة الولي، وإذا توفى عنها زوجها، وأرادت البقاء في بيت الزوجية تأسيسا على ما ورد في هذه المادة، وتقدم الورثة مطالبين بحقهم في ميراث المتوفى، بما في ذلك البيت الذي وقعت فيه الوفاة، ورفضت الزوجة الخروج منه، بناء على هذا النص، لأنها ليس لها ولي، ولو بيع البيت وقسم فإن نصيبها سيكون قليلا حسب الفريضة الشرعية. لذلك لو أعطينا حق البقاء لعطلنا قاعدة الإرث، ولو أعطينا الإرث لخالفنا نصا خاصا.

_ التضارب في الأحكام داخل نصوص القانون رقم 10_1984 ونلاحظه في عدة مواضع:-

1. ما ورد في المادة (16/ب) التي قننت أحكام الزواج الفاسد، حيث رتبت آثارا على

الزواج الفاسد إذا تم الدخول بقولها:- (ويترتب عليه بعد الدخول ما يلي:-

1- الأقل من المهر المسمى ومهر المثل .

2- النسب وحرمة المصاهرة .

3- العدة .

4- نفقة العدة ما دامت المرأة جاهلة فساد العقد.)

2. وفي المادة (13) من نفس القانون والمعدلة بموجب القانون رقم 22_1991 التي تم

إلغاؤها فيما بعد وتعديلها، إذ يخالف ما أقره بنص صريح إذا تم الزواج بثانية خلافا لما أوجبه المشرع من شروط، حيث قال:- (ويترتب على الإخلال بأي من الشرطين المذكورين في هذه المادة اعتبار عقد الزواج بالمرأة الأخرى باطلا هو ، وما يترتب عليه من آثار)⁽⁵⁾

ونلاحظ التضارب أيضا بين المادتين (16/ب) التي رتبت على الدخول الحق في (الأقل

من المهر المسمى ومهر المثل) أما المادة (45/ج) فقد بينت أن (الفسخ بعد الدخول، أو ثبوت

⁵ عدلت هذه المادة مرة أخرى بموجب القانون رقم 9_1423 ثم قضت المحكمة العليا الموقرة بعدم دستورية المادة (13) المعدلة بهذا القانون الأخير.

المحكمة العليا، طعن دستوري 5_2_2013 الطعن رقم 59/3 ق (غير منشور).

في حالة عسر الزوج ويسر الزوجة طبقاً لأحكام هذا القانون) م (18/أ) وفي المادة (23) كرر الحكم بقوله:- (كما تلزم الزوجة الموسرة بالإففاق على زوجها وأولادها منه مدة إعسار الزوج)

وكذلك فيما يتعلق بالولي والمولي عليه في عقد الزواج ، فقد قال في المادة (8):- أ. لا يجوز للولي أن يجبر الفتى أو الفتاة على الزواج رغم إرادتهما.
ب . كما لا يجوز للولي أن يعضل المولى عليها من الزواج بمن ترضاه زوجها لها.
ج . إذا تنازع أولياء أمور الخاطبين على الزواج فلا يتم العقد إلا بعد صدور قرار من المحكمة المختصة)

وفي المادة (9) أعاد الحكم بمعناه وإن اختلفت الألفاظ (يشترط لصحة الزواج اجتماع رأي الولي والمولي عليه)

وفي المادة (10) المتعلقة بزواج المجنون أو المعتوه قالت:- أ. لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه، وبعد صدور إذن من المحكمة، و لا تأذن المحكمة إلا بعد توفر الشروط). وفي الفقرة (ب) من نفس المادة أعادت نفس الحكم السابق (لا يعقد زواج المحجور عليه لسفه إلا من وليه، وبعد صدور إذن من المحكمة المختصة)

2- عدم الدقة في وضع العناوين :-

ومن مواضيع ذلك الفصل الثامن من الباب الأول الذي جعل عنوانه: أركان الزواج وشروطه م (11). ويفهم من ذلك أن الأركان والشروط محلها ابتداء من هذه المادة، مع أن الحقيقة خلاف ذلك، إذ إن الشروط ابتدأ ذكرها وتكررت في المواد (6،7،8،9،10).

وفي التطبيق القضائي الذي خصه بالفصل الخامس من الباب الثاني، وجعل عنوانه (التطبيق بحكم القضاء). م (39) مما يفهم من هذا العنوان أن الباحث عن هذه الأحكام يجدها في هذه المادة والتي تليها، ولكن الحقيقة أن التطبيق القضائي كانت أحكامه قبل ذلك، وبالتحديد في المادة (35/ج) التي أفصحت صراحة (إذا لم يتفق الطرفان على الطلاق ، فيحق لكل منهما أن يطلب التطبيق من المحكمة المختصة وفقاً لأحكام المواد التالية).

_ طول النصوص ونجده في أكثر من موضع

منها م (13) المعدلة بموجب القانون رقم 22_1991 والقانون رقم 9_1423 . حيث إن عدد الأسطر في تعديل 22_1991 كما ورد في الجريدة الرسمية (13) سطراً، وفي تعديل 9_1423 عدد الأسطر فيه (11) سطراً. بينما النص قبل تعديله (4) أسطر.

توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شروط انعقاده كان صحيحا).

وعن آثاره قال المشرع السوري:- (الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة، ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين).

أما الزواج الفاسد فقد بينه بقوله:- (كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد) م (48) وعن حكمه بين أن (أ. الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل. ب. ويترتب على الوطء فيه، النتائج التالية :-

1- المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى

2- نسب الأولاد

3- حرمة المصاهرة

4- عدة الفراق في حالتي المفارقة، أو موت الزوج، ونفقة العدة دون التوارث بين الزوجين

ج . تستحق الزوجة النفقة الزوجية ما دامت جاهلة فساد النكاح) م (51).

أما العقد الباطل فقال في شأنه: أما (الزواج الباطل فلا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح، ولو حصل فيه دخول) م (50).

وكان الأولى بالمشرع الليبي أن يحافظ على روح النص، لأن المشرع السوري اعتمد التقسيم الثلاثي. فالفساد الذي اعتمده المشرع الليبي ليست له صورة واحدة، فهناك الفاسد المتفق على فساده (الباطل) وهناك المختلف على فساده، ولكل أحكامه الخاصة به فيما يتعلق بالآثار فلم يقل أحد بترتيب جميع الآثار في الفاسد المتفق على فساده كما فعل المشرع الليبي في المادة (16/ب) .

أما المختلف على فساده فنترتب عليه الآثار مراعاة لمن يقول بصحته بعد الدخول، وإذا تخلف شرط الدخول فشأنه شأن المتفق على فساده، ويلاحظ أن المشرع الليبي ساوى في الأحكام بين تخلف الركن وتخلف الشرط، وهذا ليس أمرا منطقيا حيث أعطى نفس الآثار لتخلف كل منهما. كما أن هذه الصياغة أعطت نفس القوة في العقد وهذا ليس عدلا.



المبحث الثاني

واقع النصوص المعدلة والآثار المترتبة عليها

قدمنا في المبحث الأول بعضا من الأسباب الداعية إلى ضرورة تدخل المشرع لتنقيح القانون القائم، فهل تدخله وفق القانون رقم 14_2015 كان مؤديا لغرض يبتغيه الجميع، أم أن هذا التعديل كان دون الطموح الذي نتطلع إليه؟. وهذا ما سنناقشه بشكل نقدي في هذا المبحث.

- أحكام أهلية الزواج

نص المشرع في المادة (6) قبل تعديلها :-

- أ- يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ
- ب- تكتمل أهلية الزواج ببلوغ سن العشرين
- ج- للمحكمة أن تأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة تقدرها بعد موافقة الولي.
- د- يكتسب من تزوج وفق الفقرتين السابقتين أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره.

أما المادة بصيغتها المعدلة فهي على الوجه الآتي :-

- أ- تكتمل أهلية الزواج ببلوغ سن الثامنة عشر ميلادية.
- ب- للمحكمة أن تأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة تقدرها بعد موافقة الولي.
- ج- يكتسب من تزوج وفق الفقرتين السابقتين أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره.

والسؤال المطروح: ما قيمة هذا التعديل؟ وماذا أضاف جديدا؟

قلنا من قبل ونادينا فيما كتبناه⁽⁷⁾ إن المشرع الليبي بإصداره لقانون شؤون القاصرين ونصه في المادة (9) (سن الرشد ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة) تعد هذه المادة القاعدة العامة في الأهلية، خاصة وأن المشرع في ديباجة القانون رقم 17 لسنة 1992 السابقة قد نص وأراد

⁷ انظر: د. الهادي علي زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، المنصورة، مؤسسة شروق، دار البدر، الطبعة الأولى، 2013 ص 141-145 .



بذلك أن تكون هناك علاقة في الأحكام ما بينه وبين القانون رقم 10 لسنة 1984 حيث قال: (وبناء على القانون رقم 10 لسنة 1984).

ومعنى ذلك أن هذه المادة قد نسخت ضمناً أهلية الزواج، وطالبنا الإخوة في التفتيش القضائي أن يعمموا على محاكمنا الموقرة أنه بصدد هذا القانون تعد الثامنة عشر كاملة هي البديل، وتعتبر ناسخة العشرين عاماً، ونخرج من الخلاف.

- إضافة إلى ذلك أن التعديل وقع في الخطأ السابق وهو عدم تحديد الألفاظ، وذلك بقوله (للمحكمة أن تأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن). فما هو الحد الأدنى الذي يجوز النزول عنه؟ وفق هذه الصياغة فإنه يجوز العقد حتى على من كان في المهد صبياً.

- فهل هذه الصياغة وبهذه الصورة تحقق مقاصد الزواج وغاياته؟، يضاف إلى ذلك قوله: (يكتسب من تزوج وفق الفقرتين السابقتين أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره).

والتساؤل: هل أهلية التقاضي وسحبها متعلق بزواجه وفق مراعاة قيد الزواج، أو عدم مراعاته، إضافة إلى قصورها على الزواج وآثاره وليس إلى الطلاق، وسحب أهلية التقاضي بهذه الصورة سينتج عنه منع الإنسان من حقه في اللجوء إلى القضاء، وعندها سيطعن فيه بعدم الدستورية.

- يضاف إلى الملاحظات حول هذه المادة أنها أبعدت شرط (العقل) فماذا يعني ذلك؟ هل يجوز زواج المجنون بدون قيد أو شرط؟، أم أنه يكفي بما ورد من قيود في المادة العاشرة من القانون 10 لسنة 1984؟

- والأهم من ذلك عادت المادة (6) المعدلة لتكرس غموضاً أوردته المادة (6) بشكلها القديم والمتمثل في كيفية قراءة أو علاقة المادة السابقة في مقابلة المواد (7،8،9) وكلها تورد قيوداً على الزواج؟ رغم أن د. سعيد الجليدي - حفظه الله - اجتهد في ظل الصياغة القديمة، وقال في حق المواد (7،8،9)، أنها تطبق على من أكمل الثامنة عشر، ولم يصل إلى العشرين عاماً. والسؤال المطروح: كيف نقرؤها ونطبقها بعد هذا التعديل؟

المادة (14) - كان النص قبل تعديله

(يشترط لصحة عقد الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين، أو رجل وامرأتين فاهمين أن كلام المتعاقدين مقصود به الزواج). أما النص في صيغته المعدلة فهو:



(يشترط لصحة عقد الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين فاهمين أن كلام المتعاقدين مقصود به الزواج)، ويلاحظ أنه استبعد شهادة المرأة.

وفي الواقع فإن الأمر لا يختلف سواء أبقاها على صيغتها القديمة أو تدخل وعدلها بهذه فإن العرف تدخل قبل تعديله وعطل هذا النص، لأننا لم نسمع في مجتمعنا أن امرأة تصدت وكانت شاهدة في عقد الزواج لأنه ليس من قيم المرأة ومكارمها أن تكون حاضرة في مثل هذا الموقف.

المادة (16) - النص قبل تعديله:

(الزواج صحيح أو فاسد . أ- الزواج الصحيح ما توفرت شروطه وأركانه، وتترتب عليه جميع أحكامه وآثاره منذ انعقاده .
ب- الزواج الفاسد ما اختل بعض شروطه وأركانه، ولا يترتب عليه أي اثر قبل الدخول ، ويترتب عليه بعد الدخول ما يلي:

1- الأقل من المهر المسمى ومهر المثل .

2- النسب وحرمة المصاهرة .

3- العدة.

4- نفقة العدة ما دامت جاهلة فساد العقد.

وقد انتقدنا هذه الصياغة للمشرع في مؤلفاتنا لأسباب متعددة منها، أنه ساوى بين تخلف الركن وتخلف الشرط، وهذا ما يجافي منطق العدالة، وأن تطبيق هذه المادة بهذه الصورة قد يتعارض مع قواعد النظام العام، خاصة فيما يتعلق بالإرث إضافة إلى أن هذا النقل للنص كان نقلا مضطربا لم يراع فيه الأصل التاريخي للنص وهو قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 1953 في المواد 49، 50، 51 الذي اعتمد فيه التقسيم الثلاثي لعقد الزواج إلى صحيح وفساد وباطل، وأعطى الآثار للصحيح، وللفساد إذا تم الدخول، ولم يعط أي آثار للباطل.

وإذا بهذه الصياغة تعيد التقسيم والآثار للصحيح والفساد كما كانت المادة بشكلها القديم وتضع قيда على الآثار في العقد الفاسد أنها لا تلحق إذا كان مجمعا على فساده ، وفي تقديري إن هذه الصياغة بشكلها المعدل نلاحظ عليها أمرين :-

الأمر الأول أنها لم تعالج ماذا لو كان العقد مجمعا على فساده ودرأ الحد .

الأمر الثاني طول الفقرة (ب) وإغفالها لقضية الإرث وكان الأولى به أن تكون صياغتها

على الوجه الآتي: (ولا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، ويترتب عليه بعد الدخول جميع آثار العقد الصحيح إلا إذا كان مجمعا على فساده ولم يرد الحد).

المادة (18) و (23)

استبعدت كلتا المادتين الرأي الذي أقره المشرع، وهو وجوب إنفاق المرأة على زوجها وعلى أولادها منه مدة إيساره، وقلنا في شأنه من قبل تعديله إن الوضع أو العرف الاجتماعي قد عطل النص، لأن الزوج هو المنفق دائما مهما كانت الأسباب وإن أنفقت المرأة، أو ساعدت في ذلك فبفضل منها، وليس ناتجا عن إلزام قانوني يقره العرف الاجتماعي.

لكن في ظل هذه الصياغة الجديدة يثور تساؤل مفاده ماذا لو أعسر الزوج وكانت الزوجة ميسورة الحال هل يكون مقدار النفقة دينا في ذمته إذا وجد مقرضا له؟، أم أن الزوجة تتفق عليه إن لم يجد مقرضا إلا هي؟، يقوم بترجيح هذا المبلغ إن تيسر حاله، أم أن الزوجة يحق لها مباشرة رفع دعوى التطليق لعدم القدرة على الإنفاق، أم أن القاضي له السلطة التقديرية في الأخذ بما يراه مناسبا عند عدم وجود نص في ذلك؟. والسؤال الآخر حول هذه المسألة: ماذا لو اشترط الزوج على زوجته لحظة العقد أنه إذا أعسر حاله وكانت الزوجة في حالة يسر أن تتفق عليه وعلى أولادهما معا إذا حصل إنجاب، وقبلت الزوجة، وسندهما في ذلك المادة (3) من القانون رقم 84/10 التي تجيز الاشتراط، فبماذا تحكم المحكمة حينئذ؟ .

المادة (28) - كان النص قبل تعديله:

(الطلاق حل عقدة الزواج. وفي جميع الأحوال لا يثبت الطلاق إلا بحكم من المحكمة المختصة، وذلك مع مراعاة أحكام المادة (الخامسة والثلاثين) من هذا القانون). وقد انتقدنا صياغة المشرع الليبي وقتها لسكوت عن أمرين مهمين:

الأمر الأول:- عدم تقنيه للطلاق بالإرادة المنفردة وهو أكثر وقوع للطلاق في الواقع بشكل واضح وصريح .

الأمر الثاني:- لم تنص الصياغة السابقة على أن الطلاق هل الأصل فيه المنع أم الإباحة؟.⁽⁸⁾

وإزاء غيبية وغموض النص التشريعي في هذا الأمر تدخل قضاؤنا الموقر في درجاته

⁸ انظر: د. الهادي علي زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، المنصورة، مؤسسة شروق، دار البدر، الطبعة الأولى 2013 ج2 الطلاق غير القضائي ص49.



فإنه سيصيبها عناء كبير لأن الزوج إذا ما طلق زوجته فمن النادر ألا يماطل في إعطاء بقية حقوقها الناجمة عن الطلاق (ونفقة الحضانة خير شاهد على ذلك).

إذا بقاء النص القاضي بإثبات الطلاق أمام المحكمة يظل قيذا على الزوج لأنه يساعد على تحصيل حقوق المطلقة وأولادها.

أما النص الجديد فذكر أن (الطلاق حل عقدة الزواج، ويقع بإرادة الزوج، ويثبت بالطرق المعتبرة شرعا). ولكن يلاحظ عليه :-

أ- أنه أعاد التعريف الذي نصت عليه الصياغة القديمة وفي الحالتين لا قيمة لذكره لأن ذلك من أعمال الفقه وليس من أعمال المشرعين .

ب- أنه سكت عن أمر مهم أثبتته القضاء، وهو هل الأصل في الطلاق الحظر أم الإباحة، وبالتالي هل تتحقق المسؤولية الناجمة عن الطلاق بالإرادة المنفردة أم لا ؟.

كنت أتمنى أن تكون الصياغة البديلة مثبتة ومقتنة للرأي الراجح في الفقه الإسلامي القاضي بأن الأصل في الطلاق هو المنع، وأن يتشدد في الآثار المترتبة عليه، حتى تضيق من حالاته، وما يترتب عليه من مضار تمس الأسرة والمجتمع.

- استبعد النص ضرورة إثباته أمام المحكمة، وكنت أبحث عن السبب الذي دعاه لذلك حتى نقف على المبرر ومدى ارتباطه بواقع الحياة من عدمها، ولكننا بالرجوع إلى المذكرة التوضيحية المقترضة لهذا القانون، والصادرة عن لجنة الخبراء لمراجعة القوانين ذات الرقم الإشاري 2015_1 المؤرخة في 13 شعبان 1438هـ الموافق 2015_5_31 جاءت خالية من السبب الداعي إلى إلغاء الإثبات أمام المحكمة، مما يفقد التعديل ارتباطه بواقع الحياة وبمشاكل الأسر. ويفتح بذلك تساؤلا هل هذه الصياغة الجديدة تساهم في إلحاق ضرر أكبر بالمطلقات وأطفالهن أم لا ؟.

المادة (35) - النص القديم قبل تعديله في الفصل الثالث من الباب الثاني يحمل عنوان (الطلاق باتفاق الطرفين) وصيغ على الوجه الآتي:-

أ- يقع الطلاق باتفاق الزوجين، في حضور الزوجين أو وكيليهما بوكالة خاصة.

ب- يوثق الطلاق الذي يقع باتفاق الطرفين لدى المحكمة المختصة.

ج- إذا لم يتفق الطرفان على الطلاق فيحق لكل منهما أن يطلب التطليق من المحكمة المختصة وفقا لأحكام المواد التالية.

النزاع بإقامة دعوى بما حسمه الطرفان في هذا الصلح⁽¹⁸⁾

أما الصياغة البديلة فكانت على الوجه الآتي: - (أ. المخالعة: إيقاع الزوج الطلاق لقاء عوض تبذله الزوجة بلفظ الخلع أو الطلاق).

والسؤال المطروح حول هذه الصياغة، ماذا أضافت من أحكام؟، وهل يعني بهذا الشكل إلغاء دور الإرادة الأخرى (إرادة الزوجة) وإذا كانت الإجابة بنعم فما هو السبب الداعي إلى ذلك، هل لأسباب تتعلق بأصل الحكم وعدم وجود سند شرعي له، أم اعتبارات تتعلق بحصر إيقاع الطلاق بإرادة الزوج وحده لا يشاركه الغير فيه ، ولو كانت الزوجة قد عرضت بدلا لذلك، أم أن الغرض هو خشية من الدور الموسع الذي يمكن أن يضطلع به القضاء إذا ما تبين له أن ثمة خلل في التزامات الأفراد الناجمة عن هذا هو الاتفاق تحقيقها لمبدأ العدالة ولكي لا يكون هناك استعمال غير مشروع للحقوق؟

والطلاق باتفاق الطرفين إذا كان شكله (بمقابل مالي أم بغيره) يختلف عن الطلاق بالإرادة المنفردة. وفي ضوء النص القديم، وإن كان الطلاق باتفاق الزوجين فلم يقل النص، ولا حكم القضاء أن الذي يوقعه الزوجة عوضا عن الزوج ولا القاضي إلا إذا تعسف أو كان رجوعه تعنتا لا مبرر له، وهو أمر استثنائي، وهذا ما نصت عليه المادة (49/ب) بقولها: (فإذا كان الرجوع من جانب تعنتا ، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب).

وعليه في تقديري إن هذه الصياغة البديلة لم تأت بجديد، لأن الطلاق الذي سيوقعه الزوج مقابل إرادة الزوجة، التي تكفلت ووافقت على دفع البديل.

إذا لا يستطيع الزوج بمفرده أن يقرر أنه طلق زوجته خلعا ما لم تكن هناك إرادة مقابلة من الزوجة، توافقه على ذلك، وإذا لم تم وفق هذه الصورة عندئذ تكون لكل إرادة دور في إنهاء هذه الحياة الزوجية المتردية، ونكون أمام واقعة يكتمل شكلها الشرعي والقانوني بتلك الإرادتين، والغريب في ذلك أن المذكرة التوضيحية لهذا التعديل يأتي بحكم وتنسبه للفقهاء بقولها: (لأن الخلع باتفاق الفقهاء بهذا المعنى، دون الحاجة إلى اتفاق بين الزوجين)، تمنيت أن تدلل المذكرة التوضيحية على وجاهة استنتاجها من الفقه الإسلامي وفق هذا القول، وهل هو محل اتفاق، أم أن المسألة مختلف بشأنها، ورجحت رأيا على آخر لأسباب مقنعة وهو ما لم يحدث.

يضاف إلى ذلك أنه إذا سلمنا بهذا القول الوارد في المذكرة التوضيحية (دون الحاجة إلى اتفاق بين الزوجين)، فما معنى قول النص (لقاء عوض تبذله الزوجة)، هل يتم هذا البذل أو هذا



أيضا في المذاهب المختلفة حتى يتأكد من مدى التزام المحكمة بما ورد فيها أم لا ؟.

قد يقول البعض إن المقصود بها المذاهب الفقهية المعروفة الأربعة. فيجاب على ذلك بأن المذاهب الفقهية الأخرى لها أثر في أحكام ونصوص القانون رقم 84/10 وتعديلاته، لا فرق في ذلك أن يكون رأيها منفردا، أو تتفق مع المذاهب الفقهية الأربعة في مواضع متعددة وكثيرة، ويصاغ النص القانوني بناء على ذلك: منها ما ورد في صحيح المادة (23) بقولها: (تجب نفقة الزوجة على زوجها الموسر من تاريخ العقد الصحيح). وقد استقى هذا النص مباشرة من الفقه الظاهري، حيث نص على ذلك (وينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها، دعى إلى البناء، أو لم يدع.... ناشزا كانت أو غير ناشز، غنية كانت أم فقيرة، ذات أب كانت أو يتيمة، بكرًا أو ثيبًا)⁽¹⁸⁾، وما أورده في أحكام الفسخ م (45، 46) فإن المشرع لم يلتزم فيه مذهبا بعينه، حيث أننا نجد فيه أثرا للفقه المالكي والحنبلي والحنفي والشافعي والظاهري⁽¹⁹⁾.

ذهب المشرع إلى الرأي القائل بأنه لا يقع إلا طلاقة رجعية واحدة مالم تكن مكملة للثلاث، وقد استقى هذا الحكم من ابن تيمية وابن القيم والشريعة الإمامية والجعفرية⁽²⁰⁾. وهذا خلاف رأي جمهور الفقهاء⁽²¹⁾.

ألفاظ الكناية بالطلاق

الواردة في صحيح المادة (31/أ) بقولها: (ولا يقع بألفاظ الكناية، إلا إذا نوى المتكلم بها الطلاق، ولا تثبت النية إلا باعترافه) وقد أخذ المشرع هذا الحكم من الفقه المالكي والشافعي والإباضي

¹⁸ ابن حزم، المرجع سابق، ج10 ص88 المسألة 1922 .

¹⁹ انظر تفصيل ذلك في: د. الهادي علي زبيدة، المرجع السابق ج2 ص18-22.

الطلاق ثلاثا لحظة واحدة م (33/د)

²⁰ انظر في صحة هذا القول وتفصيله: د. الهادي علي زبيدة، المرجع السابق ص 75.

²¹ والملاحظ أن أغلب التشريعات العربية ذهبت إلى الأخذ برأي ابن تيمية وابن القيم والشريعة والجعفرية والإمامية، وهو ما تبناه المشرع الليبي انظر على سبيل المثال:

م (3/103) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

م (88/ج) من مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد .

م (86/ب) من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان .

م (92) من مدونة الأسرة المغربية .

م (109) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

م (92) من قانون الأحوال الشخصية السوري .

ولم يخالف هذا التوجه إلا قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني في المادة (227) .

نص المالكية (إن الكناية المحتملة كقوله: الحقي بأهلك، وأذهبي، وأبعدي عني وما أشبه ذلك، فهذا لا يلزمه الطلاق إلا إذا نواه، وإن قال: إنه لم ينو الطلاق قبل قوله ذلك)⁽²²⁾ وذكر الشافعية صراحة (فهو كناية يقع به الطلاق مع النية، ولا يقع من غير نية.... كسائر الكنايات)⁽²³⁾. وذكر الإباضية أن الرجل إذا قال لامرأته: لا سبيل لي عليك، فإن كان قد (نوى شيئاً من ذلك طلاقاً فهو واحد، وهو أملك بها، وإن لم ينو طلاقها فلا شيء)⁽²⁴⁾.

الطلاق المعلق

اختلف الفقهاء بشأن وقوعه متى وقع ما علق عليه، حيث قال جمهور الفقهاء في المذاهب الأربعة ومعهم الإباضية: إنه يقع متى وقع حنث في ذلك.

بينما يرى الظاهرية والشيعة الإمامية والجعفرية بعدم وقوعه، وقد اعتمد المشرع الليبي في المادة (33/ب) قائلاً (لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه)⁽²⁵⁾.

²² ابن جزي، ص 253، 254 .

²³ النووي، ج 17 ص 101، 102 .

²⁴ ابن غانم، أبي غانم الخرساني، المدونة الكبرى، تحقيق د. مصطفى بن صالح بأجو، مسقط، وزارة الثقافة والتراث، الطبعة الأولى 1428-2007 ج 2 ص 362 .

²⁵ انظر في عرض آرائهم وأدلتهم

د. الهادي علي زبيدة، المرجع سابق ج 2 ص 129، 130

والملاحظ أن التشريعات العربية انقسمت حول هذا الحكم، فمنها من شاع المشرع الليبي واعتمد معياراً موضوعياً، انظر في ذلك:

م (93) من مدونة الأسرة المغربية .

م (107/أ) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الليبي لسنة 1972 .

م (130/أ) من قانون الأحوال الشخصية السوداني .

م (36) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

م (105) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

بينما سكتت بعض التشريعات عن بيان هذا الحكم، انظر في ذلك:

قانون الأسرة الجزائري .

قانون الأحوال الشخصية القطري .

قانون الأحوال الشخصية الصومالي .

وذهبت بعض التشريعات إلى القول بوقوعه تقييداً انظر:

م (251) من قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني .

م (85) من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان .



جواز طلب التطليق لعدم الإنفاق م (40) والتي نصت بقولها :

- أ- إذا امتنع الزوج المוסر عن الإنفاق على زوجته بدون سبب أجبر على الإنفاق .
- ب- إذا كان معسرا والزوجة موسرة ، ألزمت بالإنفاق عليه ، وعلى أولادها منه .
- ج- للزوجة طاب التطليق إذا لم تعلم بعسر الزوج قبل الزواج .
- د- وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا أثبت يسره .
- هـ- لا تطلق الزوجة إذا طرأ الإعسار بسبب خارج عن إرادة الزوج، أو علمت بعسره قبل الزواج .
- و- لا تطلق الزوجة على زوجها المعسر إلا بعد منحه أجلا مناسباً .
- ز- يعتبر التطليق لعدم الإنفاق رجعياً ، فإذا تكررت الشكوى بسبب الامتناع عن الإنفاق اعتبر ذلك ضرراً يجيز للزوجة طلب التفريق ، ويقع الطلاق بائناً).

ومبدأ جواز التفريق لعدم الإنفاق من حيث المبدأ الذي اعتمده المشرع الليبي نص عليه المالكية⁽²⁶⁾ والشافعية⁽²⁷⁾ والحنابلة⁽²⁸⁾ والشيعة الإمامية⁽²⁹⁾ والإباضية⁽³⁰⁾ وإن اختلفوا في بعض التفاصيل الجزئية.

التطليق لغيبه الزوج م (41) قال المشرع فيها :

- أ- إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، وتضررت زوجته، جاز لها أن تطلب التطليق، ولو كان لها مال تتفق منه على نفسها.

م (65) من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

بينما ترى بعض التشريعات بوقوع الطلاق بغير النية انظر:

م (90) من قانون الأحوال الشخصية السوري .

م (2) من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 والمعدل بقانون رقم 100 لسنة 1985 .

م (103/أ) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

م (89) من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

م (88/أ) من مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد .

²⁶ انظر الخطاب، أبي عبدالله محمد بن محمد عبد الرحمن الطرابلسي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طرابلس، مكتبة النجاح ج4 ص195 .

²⁷ انظر الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، بيروت، دار المعرفة، ج5 ص91 .

²⁸ انظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، بيروت، علم الكتب ج7 ص573 .

²⁹ انظر الخوئي، مرجع سابق ج2 ص289، 288، مسألة 1406 .

³⁰ انظر د. الهادي على زبيدة، مرجع سابق ج3 ص91 .

قبل أن يتم هذا التعديل كان منهج المشرع الليبي مزدوجا فمنهجية في أحكام الزواج التشدد بدليل كثرة الشروط، وفي أحكام الطلاق التيسير، أما بعد هذا التعديل فلا نعتقد أن هذا القول يمكن أن يصدق عليها. إذا يفترض على القاضي وهو يطبق النص أن يقوم بأمرين، أولا - أن يحدد معنى الملاءمة في النص. وثانيا- أن يرجع إلى كل مذهب فقهي ليأخذ منه الحكم، ثم يختار من جملة هذه الآراء في جميع المذاهب الرأي الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون، ولا يستثني منها أحدا، وإلا اعتبر الحكم معيبا في نظرنا - وقابلا للنقض. والمحكمة العليا بدورها ستقوم بمراقبة جميع هذه الآراء في جميع المذاهب، وسلامة ترجيح الحكم. خاصة وأن المذكرة التوضيحية جاءت خالية من ذكر الأسباب في الصياغة البديلة. وفي تقديرنا إن الجهد الذي يفترض أن يقوم به القضاة إن لم يكن مستحيلا، فهو من الأمور الصعبة والشاقة جدا، الذي سينجم عنه التأخير في العدالة .

مادة (73/ب) قبل التعديل نصت على أنه: (تلغي أحكام النشوز الصادرة قبل هذا القانون، وتعتبر كأن لم تكن).

جاءت المادة (3) من القانون رقم 14_2015 وألغت المادة بكاملها، والمذكرة التوضيحية لم تتحدث عن إلغاء الفقرة (ب)، كيف يفهم هذا الأمر؟ هل ستبقى الفقرة (أ) أم لا؟ ومهما يكن الأمر فإن المشرع الليبي قبل التعديل في القانون رقم 14_2015 وبالتحديد في تعديله بموجب القانون رقم 22 لسنة 1991 قد نص على الآتي (فإذا كان المتسبب في الضرر ماديا أو معنويا هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة والنفقة والسكن ، مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر، أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق، وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق) م (39/ب) . وقلنا إنه بمجرد صدور تعديل 22_1991 فإن المشرع الليبي عاد إلى أحكام النشوز، وبتطرف. لأن جزاء نشوز الزوجة هو إيقاف النفقة عنها، (النشوز هو الخروج عن الطاعة التي أوجبها الله سبحانه وتعالى) وجاء النص في تعديل 22_1991 ليسقط النفقة، ويعطي للرجل أكثر مما يطلب (بقية الحقوق المسقطه بالنص)⁽⁴⁵⁾. قد يقول البعض أنه لم يقل جزاء للنشوز، وإنما عبر بالضرر؟ والإجابة: لا يعتبر النشوز ضررا في العلاقات الزوجية، إذ المعنى واحد، رغم اختلاف الصيغ (ضرر ونشوز)، وبالتالي تعتبر المادة (73/ب) قد ألغيت ضمنا. وعليه أرى أن تعديل 14_2015 لم يضيف جديدا في أحكام النشوز، وإنما هو تكرر لما ورد في المادة (39/ب) التي سبق ذكرها.

⁴⁵ انظر: د. الهادي علي زبيدة، المرجع السابق ج3 ص82.



تعديل العناوين

الفصل الثالث من الباب الثاني: كان عنوانه قبل التعديل: الطلاق باتفاق الطرفين وبعد التعديل: طلب التطلق والعلة في ذلك كما ذكرته المذكرة المرفقة: لأن الطلاق لا يكون إلا من الزوج، أو من القاضي بطلب من الزوجة، ولا يشترط له اتفاق الطرفين.

الفصل السادس قبل التعديل: الطلاق لدى المحكمة بإرادة الزوجين المنفردة. وبعد التعديل: الخلع والغريب في الأمر أن استبعاد الطلاق باتفاق الطرفين ليس له ما يبرره، خاصة وأن له أصل واضح وجلي في الفقه الإسلامي، وتم تكييفه صراحة على أنه عقد معاوضة إذا ما تم بمقابل مالي، فما هو المانع من النص عليه، واعتباره طريقاً من طرق إنهاء الحياة الزوجية طلاقاً، ولم تبرر المذكرة التوضيحية السبب الذي أدى بها إلى ذلك.

المادة (13) الذي نص على إلغائها لم يصف جديداً حولها، لأن المحكمة العليا قضت بعدم دستوريته في 2013⁽⁴⁶⁾.

الفراغ التشريعي والآثار المترتبة عليه

نصت المادة (3) من التعديل 2015_14 بقولها: (تحذف⁽⁴⁷⁾ المادة الثالثة عشر، والفقرات (أ، ب، ج، د) من المادة الثالثة والثلاثين، والفقرة (ب) من المادة الأربعين، والمادة السابعة والأربعين، والفقرة (د) من المادة الحادية والسبعين، والمادة الثالثة والسبعين).

إذا نحن أمام فراغ ونقص تشريعي، والأمر موكول لسلطة القاضي التقديرية أن يختار ما يشاء من الأحكام من جميع المذاهب دون أن يتقيد بمذهب معين، والمواضع التي حدث الفراغ بها: 1- الطلاق المعلق. 2- الحنث بيمين الطلاق أو الحرام. 3- الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة. 4- الطلاق باتفاق الطرفين.

وهذه المواضع نعدها من المسكوت عنها، استحدثها هذا التعديل، تلحق مع مواضع النقص الأخرى التي أوجدتها الصياغة السابقة في زمن صدور القانون رقم 84/10 وتعديلاته. وسينتج عن هذا النقص التشريعي واجتهاد القضاء حسب كل واقعة تباين في أحكام القضاء، وإن تشابهت الوقائع.

⁴⁶ انظر: المحكمة العليا، طعن دستوري 2013_2_5، الطعن رقم 59/3 ق (غير منشور).

⁴⁷ يبدو أن استعمال مصطلح الحذف هنا ليس في محله، لأن اللغة القانونية المستعملة والشائعة في مثل هذه الصياغة للإلغاء، فتارة يكون الإلغاء صريحاً، وتارة يكون ضمناً.

الخاتمة

هذه قراءة أولية لهذا التعديل نستنتج منها :

1- أننا جميعا متفقون على ضرورة إعادة قراءة وتنقيح القانون رقم 10_1984 وتعديلاته، بعدما اكتملت عقود عمره الثلاثة، وتجلت فيه مواطن القوة والضعف، والخطأ والصواب، والنقص والكمال، إضافة إلى أن تطبيق قضائنا الموقر لنصوصه في هذه الفترة وفي درجاته المختلفة يعد رافدا مهما يساعد على تحقيق هذا التنقيح .

2- لاحظنا أن هذا التعديل (14_2015) لم يمس الأشياء الجوهرية والمهمة كبيت الزوجية، ووسائل إثبات النسب المسكوت عنها، ودور المجتمع في دعم الأسرة في حالة عدم قدرة الزوج على النفقة، ونفقة الحضانة، والبديل المقترح في طريقة دفعها، وإعادة تنقيح أحكام النسب بشكلها الحالي، وأحكام الخطبة، ورفع التعارض بين المواد داخل هذا القانون التي منها م (6) في مقابل المواد (7، 8، 9)، والتطبيق الوجوبي بسبب سوء العشرة م (39/ب)

3- يلاحظ على هذا التعديل أنه جاء خاليا من أعمال تحضيرية كما كان عليه الحال من قبل.

4- إن النصوص الواردة في المذكرة المرفقة مع التعديل لا تتجاوز العشرين سطرا، بينما النصوص الواردة كقانون تصل إلى الثمانين سطرا تقريبا، وهذا خلاف السائد ف النصوص القانونية التي عادة ما تكون عامة ومجردة ومختصرة، أم الشرح أو التوسع فمكانه المذكرة التوضيحية، وهو ما كان مفقودا فيما يتعلق بمسائل الزواج والطلاق.

5- جاءت المذكرة خالية من الهدف الذي يسعى المشرع من خلال هذا التعديل لتحقيقه، والمصلحة التي ينشدها من جراء ذلك، هل للتخفيف من حالات الطلاق، أم ليتبنى مذهبا بعينه، أو للعمل بالآراء الراجحة فقط، أم لسد النقص الوارد في نصوص القانون رقم 10_1984 وتعديلاته، أو لرفع التعارض بين أحكامه في بعض المواضع؟. ويلاحظ على هذا التعديل أنه لم يشر لا من قريب ولا من بعيد إلى واقع الطلاق في ليبيا، وارتفاعه أو انخفاضه ومدى تبني التعديل المطروح لرأي يمكن أن يكون عاملا للتخفيف من حالات الطلاق المسجلة في ليبيا والبالغ عددها من سنة 1995 وحتى 2010 حسب الإحصائيات الرسمية الليبية، وهو ما يجعله بعيدا عن واقع حياة المجتمع. (32088).

هذه قراءة أولية في النصوص المعدلة نبتغي بها وجه الله تعالى حاملة في طياتها كل صاحب قول يؤخذ منه أو يرد عليه إلا قول صاحب الروضة الشريفة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام



بالتطليق. فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً، أو معنوياً هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق، والحضانة، والنفقة، والسكن. مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر. أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض، و مؤخر الصداق. وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق.

ب- فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق طالب التفريق.⁽²⁾

هذه المادة تُنيرُ جدلاً فقهيّاً حول الموضوع الذي تعالجُه، فأستاذنا الدكتور سعيد الجليدي يرى أنّ المادة 39 لا تُعالجُ موضوع التطليق للضرر، فـ" ورود لفظ (الضرر) في هذه المادة أربع مرّات لا يُبرّر أن موضوعها هو التطليق للضرر، لأنّ الضرر المذكور في كل مرّة لم يُقصد من ورائه إلا ترتيب بعض الآثار عليه: كسقوط مؤخر الصداق، و مُتجمّد النفقة، والحضانة، و السكن، مع تعويض الزوج إذا كان الضرر من الزوجة، و التعويض للزوجة إذا كان الضرر من الزوج.

ولو كان مناط التطليق هو الضرر لما جاز الحكم بالتطليق عند عدم ثبوته"⁽²⁾. بالنسبة للدكتور سعيد هذه المادة تُعالجُ التطليق لعدم الاتفاق على الطلاق، و حسماً للشقاق و سوء العشرة و صعوبة استمرار الحياة المشتركة بين الزوجين⁽³⁾.

على العكس من هذا الرأي أستاذنا الدكتور زبيدة و الذي يعتبر أنّ المادة 39 تُعالجُ موضوع التطليق للضرر ويصنّفه إلى ضرر مُثبت في الفقرة أ و غير مُثبت في الفقرة ب⁽⁴⁾.

في الحقيقة التّمعن في نصّ المادة 39 يُظهر أنّ جوهرها يتناول حق الإرادة المنفردة في إنهاء عقد الزواج بسبب أو بدونه. هذه المادة - التي تجد عمق امتدادها التشريعي في الفقرة ج من المادة 35 و التي تعطي الحق لكل من الزوجين عند عدم الاتفاق أن يطلب التطليق من المحكمة المُختصة وفقاً لأحكام المواد التالية لها - تضمن لمن سيطلب التفريق أن يحصل عليه بإصراره على ذلك. إنّ عدم اتفاق الزوجين على الطلاق يعني أنّ أحدهما يُريد الطلاق و الآخر لا يُريده، و من يُريد منهما الطلاق قد يستند

(2) الجليدي، سعيد محمد، التطليق للضرر في القانون رقم 10 لسنة 1984، ورقة مقدّمة في أعمال ندوة الإشكاليات النظرية والعملية للقانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، مجلّة الجامعة الأسمرية، العدد 14، السنة 7، ص 181 وما بعدها.

(3) الجليدي، نفس المرجع، ص 183.

(4) زبيدة، الهادي علي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، ج 3 "التطليق القضائي"، مؤسسة شروق للترجمة والنشر، ط 1، 2013، ص 14.

يتوافقا و يتآلفا فليتخذ كل منهما سبيلاً لكن بعد إسقاط حقوق طالب التفريق؛ كي تتحقق العدالة و ينتفي الاحتيايل. (18).

الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة و الذي عبّر عنه المشرّع في نصّ الفقرة المذكورة ليس من الضروري أن يكون من كلاً الطرفين و إنّما يكفي أن يكون من قِبَل طرف واحد و هو الزوجة؛ فنفور الزوجة من زوجها لأسباب نفسية في حقيقته شقاق يمنح المرأة الحق في إنهاء حياة زوجية الأساس فيها توافق الطّباع و الأنفس روحياً قبل اجتماع الاجساد و الأبدان تحت سقفٍ واحدٍ. و في قصة زوجة ثابت بن قيس تجسيد لحالة النفور النفسية هذه والتي جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم لا تشتكي من زوجها "لا في دين ولا في خلق" ولكنها عبّرت بأنّها لا تُطيقه بُغضاً⁽¹⁹⁾، وهذه الورقة ليست بصدد التّعريض للآراء الفقهية في هذه المسألة⁽²⁰⁾، ولعلّ عدم مساس من قام بالتعديل بالفقرة ب لا بحذف ولا إضافة يكفي لاعتبار أنّ الخلع الجبري له سنده داخل مذهب من المذاهب الفقهية المُعتبرة⁽²¹⁾.

تجدد الإشارة إلى أن القانون رقم 2015/14 و إن ألغى في مادّته الثالثة المادّة 73 و التي تقضي في فقرتها ب بإلغاء أحكام النشوز الصادرة قبل القانون رقم 1984/10، فإنّ إلغاء المُلغى لن يؤثر على حق المرأة في إنهاء عقد الزواج بالخلع الجبري وفقاً للفقرة ب من المادّة 39، وهذا التعديل ويحصره للمادّة 35 بحق الزوجة يُظهر أنّه يُريد أن يُحافظ على قدرٍ من التوازن بين الزوجين بخصوص الفرقة الزوجية بالإرادة المنفردة لوجود سبب أو بدونه. والحكم على المرأة بالنشوز سيُسقط عنها حقّها في النفقة إن كان تركها لبيت الزوجية دون سبب مشروع يُسوِّغ لها هذا الخرج، و لن يُؤثّر على حقّها في أن تطلّب التّطبيق وفقاً للمادّة 35 المعدّلة، بل وبهذا التعديل أصبحت الزوجة في الحقيقة وحدها طالبة التفريق⁽²²⁾ التي ستسقط حقوقها كعوض عن خلع جبري كانت الكلمة الفصل فيه لإرادة الزوجة وحدها.

(18) العالم، المرجع السابق، ص232.

(19) يُنظر في نصّ الحديث صحيح البخاري، ج3، كتاب الطلاق، فصل الخلع، حديث رقم 5275، منشورات العالمية، 2013، ص887.

(20) للاطلاع على تفاصيل أوفى عن هذا الموضوع ينظر: الهلالي، نقي الدين، أحكام الخلع في الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1395هـ، ص 44 وما بعدها. الصّابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، ط2، 1968م، ص621وما بعدها.

(21) يلاحظ أنّ المُعدّل للقانون، في تعديله للفقرة ب من المادّة 72، قيّد المذاهب التي يرجع إليها القاضي عند عدم وجود نص تشريعي "بالمذاهب الفقهية المُعتبرة". هذا يعني أنّ كل النصوص المتروكة دون تعديل أو المُعدّلة لها أصلها في المذاهب الفقهية المُعتبرة أو في أحد منها.

(22) أي ما تنصّ عليه الفقرة ب من المادّة 39 -" فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمرّ الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطبيق مع إسقاط حقوق طالب التفريق."

قبل الدخول لا تستحق شيئاً، لأن الفرقة كانت بسبب منها وبالتالي فإن هذه الحالة تُعدّ من مُسقطات المهر.

نقطة أخيرة تجدر الإشارة إليها في إطار البحث عن الآثار المترتبة عن الخلع الجبري ألا وهي مسألة مدى شرعية التعويض عنه. الحق في التعويض وفقاً للفقرة ب من المادة 39 كان موضوع طعنٍ قُدّم أمام المحكمة العليا بتاريخ 2006/05/11. في هذا الطعن ينعي الطّاعن على حكم محكمة سبها الابتدائية مخالفته للقانون والقصور في التّسبب بإلغائه حكم محكمة الدرجة الأولى فيما قضى به من تعويض للطّاعن عمّا لحق به من أضرارٍ ماديةٍ وما تكبّده من مصاريف للزواج بالمطعون ضدها دون بيانٍ لأساس هذا القضاء على اعتبار أنّ الطّلاق إذا ألحق بأيّ من الزوجين ضرراً منه كان ملزماً بالتعويض، وبرّرت محكمة سبها الابتدائية إلغائها للتعويض بالقول " كان على محكمة البداية أن تحكّم بالتطّيق مع إسقاط حقوق كافة ولا يكون من حقّها التّطرّق إلى حكم التعويض، ذلك أنّ هذا الأمر يستوجبُ إعمال الفقرة أ من المادة المذكورة وحيث أنّ المحكمة ذهبت إلى إعمال الفقرة ب فيما يتعلّق بإسقاط الحقوق والفقرة أ للتعويض ممّا يكون معه الحكم المُستأنف لا يتفق وصحيح القانون ويتعيّن إلغاؤه في هذا الجانب"⁽³⁶⁾.

لكنّ المحكمة العليا لم توافق محكمة الاستئناف هذا الاستنتاج ولم ترّ ما يمنع من التعويض وفقاً للفقرة ب من المادة 39، فعدم النصّ على حق التعويض في الفقرة ب لا يمنع من منحه إن كان هناك ما يدعو إليه، ولهذا اعتبرت المحكمة العليا نعي الطّاعن في محلّه مُصرّحة بالقول: " أنّ قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنّ الطّلاق إذا سبّب ضرراً للطّرف الآخر يلزم المُتسبّب فيه بالتعويض مع تحمّل طالب التفريق منهما الخسارة الماليّة الناشئة عن عقد الزواج من مهر، ونفقة بالإضافة إلى الحقوق الأخرى المترتبة على الطّلاق والمنصوص عليها في القانون رقم 1984/10 بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما."⁽³⁷⁾.

وهذا ما يمكن قراءته من خلال عدد من أحكام المحكمة العليا التي تعرّضت لمسألة التعويض عن الطّلاق، ففي حكم صادر بتاريخ 2001/06/28 تقول المحكمة العليا: "مفاد المادتين (39 و 51) من القانون رقم 10 لسنة 1984م أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة أو بحكم القضاء إذا سبّب ضرراً يلزم المتسبب فيه بتعويض الطرف الآخر المتضرر."³⁸. وفي حكم آخر صرّحت بالقول بأنّ قضاءها قد استقرّ

⁽³⁶⁾ حكم صادر عن محكمة سبها الابتدائية بتاريخ 2005/04/24 في القضية رقم 2005/3. تجدر الإشارة إلى أنّ

نصّ حكم هذه المحكمة مأخوذ من حيثيات حكم المحكمة العليا التي نقضته.

⁽³⁷⁾ م. ع. طعن أحوال شخصية رقم: 2 / 53 ق، 11 . 05 . 2006، ، نسخة غير منشور.

⁽³⁸⁾ م. ع. طعن أحوال شخصية 28 . 6 . 2001. طعن رقم: 12 / 48 ، مجلة المحكمة العليا، ص144.



أما حين يكون الزوج هو الراغب في الطلاق فدافعه الوحيد هو وجود خطأ ارتكبه الزوجة في حقّه وسبب له ضرراً وبالتالي تكمن أهمية المادة 39 للزوج في هذه الحالة، لأنّ الزوج حين يرغب في الطلاق لنفور نفسي من الزوجة ليس بحاجة لاتفاق معها أصلاً حتّى يُنهي العقد - حتّى مع غموض نصوص القانون رقم 1984/10 بخصوص هذه المسألة - لأنّه والحالة هذه يستطيع أن يقرّر ذلك بإرادته المنفردة أمام المحكمة المختصة وفقاً للمادة 47 من القانون، بل ويستطيع أن يقرّر ذلك حتى خارج إطار المحكمة، لأنّ المحاكم دأبت على تسجيل كل طلاق يقع بإرادة الزوج المنفردة ما وقع منه داخل المحكمة وما تمّ خارج إطارها⁽⁴²⁾.

من كلّ هذا يمكن القول إنّ ما يعني الزوج من المادة 39 هو الفقرة أ فقط ولكن على صياغة النصّ التشريعي السابق للفقرة ج من المادة 35 حيث الخطاب فيها مُوجّه لكلا الزوجين، أمّا وقد تغيّرت صياغة هذه المادة بشكل جذري بعد التعديل بحصر خطابها فيما إذا طلبت الزوجة التطلاق من المحكمة، فإنّ الزوج لم يعد معنياً بالخطاب وفقاً لهذا التعديل، وعلى هذا الأساس سُدّت في وجهه البوابة التي سيعبرُ منها للوصول إلى الفقرة أ من المادة 39. بالتأكيد إن رفعت الزوجة طلب التطلاق أمام المحكمة المُختصة وبعد القيام بإجراءات الصلح عن طريق الحكّمين ومن بعد عن طريق القاضي ثمّ تبين للقاضي بعد المداولات وبعد سماع دفاع الزوج أنّ الزوجة هي من ارتكبت الخطأ وبالتالي سببت ضرراً للزوج فسيحكّم القاضي للزوج ضدّ الزوجة وسيعتبرها هي المرتكبة للخطأ والمسبّبة في الضرر، لكن هذه المسألة مُرتبطة برفع دعوى تطلاق من قِبَلِ الزوجة ابتداءً وهنا الزوج سيجدُ منفذاً لإظهار ما ارتكبه الزوجة من أخطاء في حقّه عن طريق دفاعه عن نفسه. في هذه الحالة فقط الفقرة أ تستطيع أن تشمل الزوج الذي وقع عليه ضرر من قِبَلِ زوجته، لكن ماذا لو لم ترفع الزوجة دعوى تطلاق أمام المحكمة وكان الزوج مُتضرراً من الزوجة لخطأ ارتكبه كسوء معاملتها له، فمن أي بوابة سينفذ الزوج للوصول إلى

(42) يُنظر على سبيل المثال الدعوى المقيدة تحت رقم 525 / 2008، محكمة سوق الجمعة الجزئية "الدائرة الشرعية الثانية"، حكم رقم 39 / 2009، 1/14 / 2009. الدعوى المقيدة تحت رقم 633 / 2008، محكمة باب بن غشير الجزئية "الدائرة الأولى"، أحوال شخصية أبو سليم"، حكم رقم 538 / 2008، 12/24 / 2008. الدعوى المقيدة تحت رقم 221 / 2009، محكمة المدينة الجزئية "الدائرة الثانية لأحوال الشخصية غوط الشعال"، حكم رقم 578 / 2009، 1/14 / 2009. الدعوى المقيدة تحت رقم 574 / 2010، محكمة باب بن غشير الجزئية "الدائرة: أحوال شخصية أبو سليم"، حكم رقم 61 / 2010، 1/28 / 2010. الدعوى المقيدة تحت رقم 377 / 2008، محكمة باب بن غشير الجزئية "الدائرة: أحوال شخصية"، 11/26 / 2008. الدعوى المقيدة تحت رقم 303 / 2009، محكمة باب بن غشير الجزئية "الدائرة: أحوال شخصية"، حكم رقم 284 / 2009، 6/22 / 2009. الدعوى المقيدة تحت رقم 430 / 2009، محكمة سوق الجمعة الجزئية "الدائرة الثالثة، أحوال شخصية"، حكم رقم 776 / 2009، 12/17 / 2009. الدعوى المقيدة تحت رقم 775 / 2002 المرفوعة أمام محكمة المدينة الجزئية "دائرة الأحوال الشخصية"، حكم رقم 746 / 2003، بتاريخ 2003/2/6.

الفقرة أ من المادة 39 ؟ كيف له أن يرفع دعوى بذلك والمادة 35 أصبح خطابها يخصّ الزوجة دون الزوج ؟ المادة 39 هي مادة خاتمة لما قبلها وليست فاتحة لدعوى التّطليق، وهنا يُطرح التساؤل التالي: إذا كان القاضي الذي سيُطبّق هذا التعديل كان فيما مضى يستند على النصّ التشريعي - والذي لمصلحة رأها المشرّع قد أعطى لكلّ من الزوجين الحق في أن يطلب التّطليق من المحكمة وفقاً للفقرة ج من المادة 35 - للنظر في الدعوى المرفوعة من قبل الزوج والتي يدّعي فيها إساءة ارتكبتها الزوجة في حقّه، فعلى أي أساس سيستند القاضي بعد هذا التعديل والذي جعل من التّطليق في المادة 35 الذي سيتمّ العبور منه إلى المادة 39 حقاً خالصاً للزوجة ؟ حتى نص الإحالة⁽⁴³⁾ لن يُسعف القاضي في ذلك، لأنّه لن يجد في المذاهب الفقهيّة المعتمدة ما يُجيز له ذلك، فالمذهب المالكي الذي يتبنّى في فقهه دعوى التّطليق للضرر والشقاق لا يُعطي هذا الحق إلا للزوجة دون الزوج⁽⁴⁴⁾.

إنّ ما قام به التعديل الأخير من تغيير جوهرى للمادة 35 التي لها امتدادها التشريعي في المادة 39 - إن هو لم يقصد حرمان الزوج من أن يطلب التّطليق لإساءة من الزوجة برفع دعوى ابتداءً بهذا الشأن - يُعطي نموذجاً واقعياً للتأكيد بأنّ تعديل أو تغيير أي قانون لا يتمّ بعملية قصّ أو لصق لهذه المادة أو تلك وإنّما يكون بقراءة متكاملة للنصوص التي تُمثّل لبنات يُبنى بعضها على بعض لبناء يُظهر شكل التشريع في صورة متكاملة ومتجانسة.

لا أدري لماذا لم يترك من قام بالتعديل المادة 35 على حالها كي تشمل كلا الزوجين معاً؟ لعلّ الأمر يكمن في تحسّسه من الفقرة أ من هذه المادة والتي تنصّ على: "يقع الطلاق باتفاق الزوجين في حضور الزوجين أو وكيليهما بوكالة خاصة".

كلمة "يقع" هنا ليس المقصود بها إيقاع لفظ الطلاق وإنّما هي تعبير عن صورة من صور الطلاق حيث طرفا العلاقة الزوجيّة مقتنعان بأنّ الطلاق هو الحلّ المناسب لحالهما، أمّا من سيقوم بإيقاع اللفظ

⁽⁴³⁾ نصّ القانون 2015/14م في مادته الأولى على تعديل الفقرة ب من المادة 72 لتصبح على النحو التالي: "إذا لم يوجد نصّ تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى المذاهب الفقهيّة المُعتبرة الأكثر مُلاءمة لنصوص هذا القانون".

⁽⁴⁴⁾ وهنا يُستشهد بما كتبه الدكتور الصّادق الغرياني الذي يقول: "حسن العشرة مأمور به كل من الزوج والزوجة، وقد تقدّم الكلام على ذلك في الحقوق المشتركة للزوجين، إلاّ إنّه قد يخلّ الأمر وتسوء العشرة ويقع الضرر، ويكون من الزوجة تارة ومن الزوج أخرى، وحصول الضرر من الزوجة يُعالج بالتأديب الوارد في آية النّشوز، وفي النّهاية إذا فشل التّأديب والصّالح فالطلاق بيد الزوج، وبذلك يستطيع أن يرفع الضّرر عن نفسه، أمّا إذا كان الضّرر من الزوج - والمرأة لا تملك الطلاق، فلا يجوز أن تبقى المرأة ضحية ظلم الزوج وتجرّه - من أجل هذا جعل الشرع الحكيم للمرأة الحقّ في أن ترفع أمرها إلى القضاء إذا وقع عليها ضرر من الزوج، وجعل الحقّ في أن يطلق على الزوج على الرّغم منه إذا ثبت الضرر منه[.....]". الأسرة أحكام وأدلة، المرجع السابق، ص 239.



فهو الزوج أو من وكّله بوكالة خاصة للقيام بذلك. فما الضير في أن يتفق الطرفان بطريقة ودية حتى مع وجود ضرر وقع على أحدهما من قبل الطرف الآخر ما دام من وقع عليه الضرر يرضى بتسوية خارج إطار المحكمة؟ ألا يجب التشجيع على هذه الصورة لكونها تمثل نموذجاً يجنب الزوجين تبعات ما يترتب على نشر أسرارهما الزوجية أمام القضاء والتي لا تتزك إلا الجروح الغائرة في النفوس للزوجين وللآخرين؟ ألا تجسّد هذه الحالة صورة مثالية للتسريح بالإحسان عند عدم إمكان العشرة بالمعروف؟ المادة 35 كانت تُنتقد لأنها تُعزّز من ترجيح أنّ المُشرّع الليبي لا يأخذ بالطلاق الواقع خارج إطار المحكمة إلا إذا اتفق عليه الطرفان، أمّا وقد أزال التعديل هذا العُموض بتعديل نص المادة 28 ليُنصّ صراحة على أنّ الطلاق [...] يقع بإرادة الزوج، ويثبت بالطرق المعتمدة شرعاً، فما المانع الشرعي في الاحتفاظ بنص المادة 35 على حالها قبل التعديل وبهذا تُحقّق أمرين اثنين: الأول هو تكريس صورة مثالية لإنهاء العلاقة الزوجية باتفاق يُسوّي الخلافات بين الزوجين. والأمر الآخر هو ترك الباب مفتوحاً عند عدم الاتفاق كي يُلجأ المُتضرّر من الزوجين إلى القضاء ليجد وسيلة لإنهاء عقد الزواج سواء لوجود سبب متمثّل في إساءة أحد الزوجين للآخر وهذا سيُقدّم منفذاً لكلا الزوجين، أو لعدم وجود سبب يمكن أن يخضع لسلطة القاضي التقديرية كون السبب يرجع لنفور الزوجة من زوجها نفسياً وهذا سيُقدّم منفذاً للزوجة عن طريق خُلع جبيري تضمنه لها الفقرة ب من المادة 39، على اعتبار أن هذه الفقرة لم تكن هدفاً للزوج في حدّ ذاتها كما ستوضّحه النقطة التالية.

ب- الفقرة ب: لم تكن المخلص للزوج من قبل التعديل ولن تضرّه من بعد

في الواقع العملي ومنذ العام 1984 تاريخ صدور القانون رقم 10 لم تُغيّر الفقرة ب من المادة 39 من قدرة الزوج على إنهاء العقد بإرادته المنفردة عن طريق التصريح بالطلاق حتى خارج نطاق المحكمة على الرغم من أنّ القراءة الإجمالية لنصوص القانون توحى بعدم حق الزوج في ذلك⁽⁴⁵⁾. المادة 28 من القانون كانت قبل التعديل تنصّ على أنّ "الطلاق حل عقدة الزواج. وفي جميع الأحوال لا يثبت الطلاق إلا بحكم من المحكمة المختصة، وذلك مع مراعاة أحكام المادة (الخامسة والثلاثين) من هذا القانون". المادة 35 أجازت في فقرتها إجراء الطلاق باتفاق الزوجين خارج إطار المحكمة، وفي هذه الحالة ووفقاً للفقرة ب من نفس المادة: "يُوثّق الطلاق الذي يقع باتفاق الطرفين لدى المحكمة المختصة". أمّا عند عدم وجود اتفاق بين الزوجين خارج المحكمة فالزوج هنا - على اعتبار أنّ خطاب الفقرة ج من المادة 35 يشملها هو أيضاً - سيرفع الأمر إلى المحكمة لتفصل في الدعوى التي سيؤسّس عليها شكواه. ولكن في المقابل أيضاً المادة 47 من القانون "المُلغاة بالتعديل" بالتأكيد تسمح بقراءة أنّ الزوج يمكنه أن

(45) يُنظر في تفاصيل أوفى حول هذه المسألة الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، المرجع السابق، ص47 وما بعدها.

يُطلَق بإرادته المنفردة ولكن أمام المحكمة بكيفية مُعيّنة بنصّها على: "يثبت الطلاق أمام المحكمة بتصريح ممن يملكه في حضور الطرف الآخر أو وكيله إن تعذر حضوره شخصياً وذلك كله بعد استنفاذ جميع محاولات الصلح بين الزوجين". وبالجمع بين هذه التّصوص يمكن القول بأنّ خارج نطاق المادّة 47، وعند عدم وجود اتّفاق مع الزوجة خارج نطاق المحكمة لا يمكن للزوج أن يُطلَق بإرادته المُنفردة ولا يُعتدّ بهذا الطلاق خارج هذين الإطارين. هذا بشكل نظري ووفقاً لمحتوى نصوص القانون أمّا بشكل عملي فالمحاكم كان لها رأي آخر إذ أنّها تعتد بالطلاق الواقع خارج المحكمة وتقوم بنتيبيته والاعتراف به⁽⁴⁶⁾.

لجوء الزوج عند عدم اتّفاقه مع الزوجة إلى القضاء لإنهاء الزواج ليس لعجزه في قدرته على إنهاء العقد بمفرده أو لعدم امتلاكه لوسيلة أخرى تُحقّق له ذلك وإنّما لئسْتفيد - كما دُكر سابقاً - من المكاسب التي تُحقّقها له الفقرة أ، فهو ليس بحاجة إلى اتّفاق مع الزوجة أصلاً إذا كان يُريد أن يضع نهاية بإرادته المنفردة لعلاقة زوجية لم تُعدّ تُناسِبُه، ففي أضيق الأحوال المادّة 47 تكفل له ذلك. والأحكام التي تصدر وفقاً للفقرة ب من المادّة 39 في حق الزوج لا تكون إلاّ كنتيجة لفشل الزوج في إثبات إساءة الزوجة له، ولو كان يعتقد بأنّه سيفشل في إقناع القاضي بذلك لاختر طريقة أخرى أسهل عليه والتي تجعل منه ذاته قاضياً لإنهاء الزواج بأن يُطلَق ولو خارج المحكمة دون الحاجة لقاضٍ قد يطيل عليه الأمر بمداولات وتأجيلات هو في غنى عنها⁽⁴⁷⁾.

بل وحتّى من لجأ إلى القضاء ظناً منه أنّه قادرٌ على إقناع القاضي بأنّ الزوجة ارتكبت إساءة في حقّه ثم أراد أن يُنهي العقد بإرادته المنفردة لم يَكُن بحاجة إلى أن يُكمل الدعوى حتى يصل إلى ذلك بحكم الفقرة ب من المادّة المذكورة وإنّما كان يصل إلى غايته بإيقاع لفظ يمين الطلاق على زوجته أثناء سير الدعوى وبذلك يضع نهاية للزواج دون الحاجة إلى انتظار الحل الذي تقدّمه الفقرة ب عند العجز عن إثبات الضرر⁽⁴⁸⁾. ومن ثمّ فالفقرة ب لا تُعدّ المُخلّص للزوج، فيها أو بدونها "وهو الغالب الأعم"

(46) يُنظر على سبيل المثال الدعوى المقيدة تحت رقم 525 / 2008، محكمة سوق الجمعة الجزئية "الدائرة الشرعية الثانية"، حكم رقم 39 / 2009، 2009 / 1/14.

(47) وقد ذكر لي بعض القضاة الذين تتأقّشت معهم بخصوص هذا الموضوع أنّ هناك من القضاة من يرفض تطبيق الفقرة ب من المادّة 39 عند عجز الزوج عن إثبات إضرار زوجته به، ويبررون ذلك بالقول إنّ الزوج يستطيع أن يُطلَق زوجته بإرادته المُنفردة فما حاجته لأن يحكم القاضي له بذلك إذا كان هو بنفسه يستطيع أن يُحقّق ما تنص عليه الفقرة ب من المادّة المذكورة.

(48) وهذا ما تشهد عليه عدد من الدعاوى التي استند فيها الزوج إلى وجود ضرر لحقّ به من زوجته وأثناء سير الجلسات أوقع يمين الطلاق على زوجته ما جعل القضاة يثبتون الطلاق الواقع من الزوج على أنّه هو من أنهى الزواج ويحكمون برفض الدعوى التي أسسها الزوج على وجود الضرر. يُنظر على سبيل المثال الدعوى المقيدة تحت رقم 13 / 2001



سَيُنْهِي العَقد بإِرادته المنفردة، فهذه الفقرة لا تُحَقِّقُ له ما لا يَتَحَقَّقُ بدونها، وهذا بخلاف ما تُقَدِّمُهُ هذه الفقرة للزوجة، إذ تُحَقِّقُ لها ما لا يَتَحَقَّقُ بدونها وهو الحصول على الطلاق دون أن يكون هناك سببٌ يخضع لسلطة القاضي التقديرية⁽⁴⁹⁾.

وحتى فيما يُخَصُّ الآثار المالية المترتبة على إنهاء الزواج والتي ستقع على عاتق الزوج فالفقرة ب لا تُقَدِّمُ له مكسباً على هذا الصَّعيد، لأنَّها تتساوى في هذا الصَّدَد وتتمثَّل في: مؤخَّر صَدَاق، ونفقة، ومُتعة بالإضافة إلى دفع تعويض عن هذا الطَّلَاق إن سبب ضرراً، وهو ما استقرَّ عليه قضاء المحكمة العليا التي صرَّحت بخصوص مسألة التعويض عن الطَّلَاق بالقول أن: "مفاد المادتين (39 و 51) من القانون رقم 10 لسنة 1984م أنَّ الطلاق بالإرادة المنفردة أو بحكم القضاء إذا سبب ضرراً يلزم المتسبب فيه بتعويض الطرف الآخر المتضرر."⁽⁵⁰⁾ وفي حكم آخر نقضت حكم محكمة الاستئناف التي اعتبرته أنه لا يستند إلى أساس سليم قائلة: "[...] الطلاق لم يقع باتِّفاق الطرفين وإنما وقع بإرادة المطعون ضده المنفردة طبقاً للمادة 47 من القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، و قد استقرَّ قضاء هذه المحكمة على أنَّ الطلاق بالإرادة المنفردة أو بحكم القضاء إذا سبب ضرراً يلزم المتسبب فيه بالتعويض للطرف الآخر المتضرر."⁽⁵¹⁾. ولعلَّ عبارة "مع إسقاط حقوق طالب التفريق" التي تنصَّ عليها الفقرة ب من المادة 39 تُثير تساؤلاً حين يكون الزوج طالباً للتفريق وعجز عن إثبات دعواه، فهل للزوج من حقوق تترتب على الطَّلَاق حتى تسقط عنه إن عجز عن إثبات دعواه أم أنَّ المُشرِّع في الأساس يستهدف أحد الزوجين بهذه الفقرة دون الآخر؟ أي أنَّ المُستهدف الحقيقي بهذه الفقرة تحديداً هو في حقيقة الأمر "طالبة التفريق" التي هي من لها حقوق ستسقط عنها إن عجزت عن إثبات دعواها⁽⁵²⁾.

المرفوعة أمام محكمة الاصابة الجزئية. والدعوى المقيدة تحت رقم 2003/27 المرفوعة أمام محكمة غريان الجزئية " دائرة الأحوال الشخصية"، بتاريخ 2003/10/27.

⁽⁴⁹⁾ ولهذا يُلاحظ على الدعاوى التي يرفعها الزوج أنَّ هذا الأخير يستند فيها دائماً على ادعاء الضرر، ولم يُلاحظ أنه يطلب تطبيق الفقرة ب مباشرة لاستحالة العشرة بين الزوجين وذلك على عكس الدعاوى المقدمه من الزوجة والتي وإن كانت في الغالب الأعم تدعي فيها الضرر ابتداءً فإنها في بعض الأحيان تطلب تطليقها لاستحالة العشرة وفقاً للفقرة ب مباشرة.

⁽⁵⁰⁾ م. ع. طعن أحوال شخصية 28. 6. 2001. طعن رقم: 12 / 48 ، مجلة المحكمة العليا، ص144.

⁽⁵¹⁾ م. ع. طعن أحوال شخصية 20. 11. 2008. طعن رقم: 19 / 55، نسخة غير منشورة.

⁽⁵²⁾ ولعلَّ عدم اتِّساق عبارة "مع إسقاط حقوق طالب التفريق مع وضع الزوج حين يكون طالباً للتفريق ويعجز عن إثبات دعواه هو ما جعل المحكمة العليا تفضِّل التعبير في بعض من أحكامها التي تتعلَّق بالفقرة ب من المادة 39 بـ: "مع تحمُّل طالب التفريق منهما الخسارة المالية الناشئة عن عقد الزواج من مهر ونفقة". يُنظر على سبيل المثال حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 19. 1. 1995، طعن أحوال شخصية رقم: 41/15، مجلة المحكمة العليا، السنة 28. ع (2، 1) ص9.

من كل ما سبق يمكن القول إنّ الفقرة ب ليس لها من أهمية بالنسبة للزوج لا قبل التعديل ولا بعده، فلا قبل التعديل هذه الفقرة كانت المُخَلَّص للزوج عند رغبته في فكّ عُرى زوجية كره استمرارها، فهي في واقع الأمر لم تكن بديلاً لحق سلب منه - منذ العام 1984 تاريخ صدور القانون رقم 10⁽⁵³⁾ - وقد يُظنّ أنّه استعادته بعد التعديل. كما أنّ هذه الفقرة لن يفقدها الزوج بعد التعديل الذي حصر في م 35 حق طلب التفريق.

خاتمة

المادة 39 بفقرتيها تُمثّل صورة لحل عقدة الزواج بالإرادة المُنفردة لوجود سبب أو لعدمه، حلّ كانت الكلمة الفصل فيه لإصرار الإرادة على إنهاء علاقة زوجية عجزت بعجز أحد طرفيها على أن تستمرّ على أسس من المودة والرحمة والسكينة. ولكنّ أهمية هذه المادة وما سُحِّقَه من طلاق وآثار مُرتبة عليه بكلا الوجهين مُتفاوتة بالنسبة للزوجين. فإذا كانت أهمية هذه المادة مطلقة بالنسبة للزوجة لأنّها ستضمن لها الخلاص بأي الوجهين من زوجية كرهت استمرارها، فإنّ أهميتها النسبية للزوج والتي تتمثّل في الفقرة أ - و ما يمكن أن يجنيه من مكاسب بها لا تتحقّق له إن هو طلق بدونها - أصبحت بالتعديل مُلغاة إن هو أراد أن يرفع الدّعى ضد زوجته ابتداءً، لأنّها ستتأثر بما طرأ على المادة 35 من تعديل كرس للزوجة وحدها الحقّ في طلب التظليق من المحكمة.

فهل المُعدّل يعي هذه الخطوة التي شلّ بها حق الزوج في أن يرفع دعواه لإساءة ارتكبتها الزوجة في حقّه؟ وهل المحاكم التي سُنطِيق هذا التعديل ستلتزم بحرمان الزوج من رفع هذه الدّعى أم سيكون لها رأي آخر سيتجاوز حدود النصّ كما كانت تفعل بتسجيل الطلاق الذي أوقعه الزوج خارج إطار المحكمة دون اتفاق مع الزوجة؟ إن حدث هذا و فعلت المحاكم ذلك لا يسع المُتابع إلّا أن يقول: "كم هو محظوظ الزوج عندنا من قبل التّعديل ومن بعده، فحتّى حين يجرمه المشرّع من أمر يأتي القاضي فيمنّحه ما حُرِمَ مِنْهُ !!!".

(53) على الأقلّ من الناحية العمليّة، لأنّه كما دُكر سابقاً المحاكم تعترف بالطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة الواقع خارج المحكمة دون اتفاق مع الزوجة. لعلّ المحاكم التي سُنطِيق هذا التعديل ستجد في المادة نصّاً لا يقبل اللبس في سبب إثباتها لطلاق الزوج لزوجته خارج المحكمة بعد أن كانت هذه المحاكم تُثبّت وتعترف بهذا النوع من الطلاق على الرغم من عدم وجود نصّ يسمح بذلك بل وفي كثير من الأحيان لا يستند القضاة في تثبيتهم لهذا الطلاق إلى أيّ مادة.



الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

وجهان لعملة واحدة

الأستاذ الدكتور: امحمد معمر الرازقي

كلية القانون - جامعة طرابلس

عندما عرض علي أحد الزملاء المساهمة في إصدار كتاب إهداء للأستاذ الفاضل - د. سعيد محمد الجليدي - رجعت بي الذاكرة إلى الوراء أكثر من ثلاثين سنة: فقد كنا نقرأ في مكنتبات الجامعات الغربية أن هذا الكتاب أو ذلك نشر تقديراً و عرفانا بجهود رجل من الرجال الذين كانت لهم إسهامات جليلة في فرع من فروع العلم و المعرفة في القانون أو الفلسفة أو الأدب مثلاً، بحيث تنشر في هذا الكتاب بعض البحوث أو المقالات أو شروح وتعليقات مختلفة مهداة لهذا الفقيه أو الفيلسوف أو الأديب أو ذلك.

فهذه لاشك سنة حميدة يستنتها أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون بهذه الجامعة حتى لا ينسى الجيل الجديد من القانونيين من كان لهم الفضل في تأسيس والرفع من مستوى التدريس في جامعاتنا ، ولا شك أن الدكتور سعيدا كان ممن يستحقون هذا التكريم فقد تخرجت على يديه أجيال من طلبة العلم ممن يشهدون له بالخلق الرفيع و بغزارة العلم وسعة الاطلاع في مجال تخصصه وهو الشرعية الإسلامية.

وقد أوحى إلي تدريس الأستاذ الفاضل للشرعية الإسلامية في كليات (القانون الوضعي) أن أكتب حول هذا الموضوع بالذات: الشرعية الإسلامية و القانون الوضعي، ولكن قدرت أن هذا العنوان قاصر عما أريد تناوله في هذه الصفحات ، فكان لابد أن أذيله بما يدل على الزاوية التي أريد الحديث فيها بهذه المناسبة فكان هذا العنوان: "الشرعية الإسلامية و القانون الوضعي - وجهان لعملة واحدة".

وأنا أعرف أن هذا العنوان سوف يستفز الكثيرين قبل أن يقرأوا ما وراءه، وأعرف أيضاً أن بعض من يتفضل بقراءته قد لا يقنعهم ما سوف أعرض له هنا، وأنا أتصور أن مرد ذلك لأحد أمرين: إما لأنني لم أنجح في التعبير عن الفكرة التي أردت تناولها هنا وهذا ما أرجحه، أو أن لدى هؤلاء مسلمات وأحكاما مسبقة من الصعب على الكاتب مهما أوتي من قوة في الإقناع أن يجعلهم يعدلون عما هم مؤمنون به.

مهما كان من أمر، فأنا هنا لست في معرض إجراء مقارنة بين النظامين فليس هذا ما قصدت إليه، ثم إن المقارنة تأتي عادة للمفاضلة بين مختلفين ولكن هذا العنوان يشي بغير ذلك، كل ما أردته هو نقل وجهة نظري حول مسألة تلح علي منذ وقت في أن أعرضها للنقاش ورأيت أن هذا هو الوقت المناسب بالذات لهذا العرض وهي المسألة التي عنونت بها هذا المقال.



وفي حقيقة الأمر هذا الوقت مناسب من وجهين: الوجه الأول هو الاحتفاء بعلم من أعلام الشريعة الإسلامية كما أشرنا، والوجه الثاني هو ما جاء في المادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت من أن الشريعة الإسلامية هي "المصدر الرئيس للتشريع"، فهل هذا يعني فك الارتباط بـ "القانون" ولكن ماذا نعني بالشريعة وماذا نعني بالقانون، فالإجابة عن هذا السؤال من شأنها أن تحسم الجدل حول هذه المسألة ولكن بشرط ألا نجعل من "الشريعة الإسلامية" شعارا يرفع يحجب ما عداه من شعارات أخرى.

ففي الخلفية الذهنية لرافع هذا الشعار هناك دائما فكرة طاردة للقانون الوضعي العلماني وإذا أضفنا لهذه الأوصاف "الملحد و الكافر" فسوف يكون لهذا الشعار قوة جذب أشد للمتريدين وحتى من أصحاب القناعات الأخرى، لأن فكرة الحلال و الحرام تجردهم من سلاح المقاومة فيكون استسلامهم لهذا الشعار أسهل.

فهل الشريعة الإسلامية وما يسمى بالقانون الوضعي هما حقا ضدان لا يجتمعان، أم أن الأمر على خلاف ذلك وأن الفرق الوحيد يكمن في المصطلحات والألفاظ ولا مشاحة في الألفاظ كما يقولون.

وقبل الإجابة عن هذا السؤال، لعله مما هو مشروع للقارئ الكريم أن يتساءل عن المراد بمصطلح "القانون الوضعي"، فضبط المصطلحات من شأنه أن يرفع اللبس والغموض ويساعد بلا شك، على تفهم وجهة نظرنا سواء فيما يتعلق بطرح هذا السؤال أو فيما نخلص إليه من نتائج.

فإذا أريد به مجموعة القواعد القانونية المطبقة في زمان ما وفي مكان ما، فلا شك أن الأحكام القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية هي أيضا قانون وضعي بهذا المعنى، فالشريعة الإسلامية هي قانون ما في ذلك شك، ووضعها أيضا إذا كانت مطبقة فعلاً على أرض الواقع التشريعي في دولة ما، وهي مطبقة فعلاً ولو نظرياً في كثير من الدول، أما التعبير بـ "الشريعة الإسلامية" مطلقاً من كل قيد، فلا توصف الشريعة الإسلامية بأنها قانون وضعي، بل مجرد دراسة تاريخية للفقهاء الإسلامي كما نقول قانون حمورابي أو القانون الروماني أو القانون الفرنسي القديم مثلاً.

أما إذا أريد بـ "الوضعي" بالمقابلة مع التشريع الإلهي، وهذا هو الشائع حالياً في أذهان الكثيرين متخصصين وغير متخصصين، فالتمييز بين النظامين قد يكون له ما يبرره ولا يصدق



أحدهما على الآخر: فالوضعي على هذا الأساس ما كان من وضع البشر بعكس التشريع السماوي، فلا غضاضة في هذه الحالة (نظرياً)، من استعمال هذا المصطلح "الشرعية الإسلامية" كنظام قانوني خاص مغاير لأي قانون بشري آخر.

و لكن يعرف كل المتخصصين في الدراسات القانونية والشرعية. أن كل القواعد العامة وكثيراً من التفاصيل في هذا "القانون الوضعي"، تتفق تمام الاتفاق مع أحكام الشرعية الإسلامية.

قلنا "كثيراً من التفاصيل"، لأن هذه هي طبيعة كل القوانين المعاصرة وفي كل الدول فلا نجد قانوناً في دولة ما يتفق تمام الاتفاق في التفاصيل مع قانون آخر في دولة أخرى، ومع ذلك لا نستطيع أن نقول أن القانون الفرنسي أو الإيطالي مثلاً، يتبنى أحكام الشرعية الإسلامية لأنه يتضمن كثيراً من الأحكام المطبقة في هذه الشرعية الإسلامية فهو قبل أن يكون شرعية، هو كذلك عقيدة أي (باطن)، فتطبيق العقوبات الشرعية الحدية مثلاً على الجناة، تقوم بالمساهمة في حفظ السلم الاجتماعي و النظام العام لما لها من قوة ردع وتخويف كما نعرف، وهذه هي الوظيفة الاجتماعية الأساسية الدنيوية للعقوبة كما هو حال كل القوانين العقابية الأخرى.

ولكن في الشرعية الإسلامية يفترض في هذا التطبيق أنه عبادة كذلك تستحق الأجر والثواب، وهذا الأجر هو أجر أخروي، وحيث أن "الدولة العلمانية" تم تحييد الدين فيها ولا تعترف بما هو غيبي، فيبقى الثواب دنيوياً كذلك إذا صح التعبير ولا بد أن يصح، من حيث المحافظة على السلم الاجتماعي والنظام العام في الدولة كذلك، وهذا فيه من "الأجر" الدنيوي الشيء الكثير.

2

لعل أهم ما يأخذه "ناشطو حقوق الإنسان" في الشرق و الغرب، على الشرعية الإسلامية مبالغتها في قسوة بعض العقوبات ولكنهم يتناسون أن لكل مجتمع قيمه و نظامه الخاص به وله كذلك إجراءاته الخاصة للمحافظة عليها حسب تدرج هذه القيم في سلم الأولويات:

فنقرأ في الفقه الإسلامي مثلاً، أن هناك الضروريات التي لا يستقيم المجتمع الإسلامي إلا بالمحافظة عليها وهي تخضع لنوع من الحماية الخاصة لم يتركها المشرع الإلهي لأهواء البشر فيفترض أنها لا تتغير بتغير الزمان والمكان فهي كما نقول من الثوابت، ولهذا السبب هي عبادة يعرف حكمة هذه العقوبات من شرعها، ثم تأتي في المرتبة الثانية الحاجيات ثم التحسينيات وهي تدخل في مجموعة المتغيرات (التعازير).

ثم لا ننسى أنه حتى في المجتمعات المتقدمة في الحضارة، نجد قيما لا نتصور أن تتهاون هذه المجتمعات في المحافظة عليها وحمايتها بأقصى أنواع العقوبات مهما تغيرت الظروف ومن له بعض الإلمام بتاريخ قانون العقوبات الغربي حتى بعد الثورة الفرنسية لا بد أنه قرأ كيف كان المتهمون يعاملون كما تعامل الحيوانات بل أفسى وأمر، فنحن أسبق من الغرب في هذا التقسيم الذي عرف في أواخر القرن التاسع عشر فقط من أن هناك جرائم طبيعية لا تتغير، وجرائم اصطناعية وأن هناك كذلك قاعدة، درء الحدود "كل العقوبات" بالشبهات الأصل في قاعدة البراءة كما سوف نرى.

فلا نعتقد أن مصطلح "القانون الوضعي" فيه مساس باحترامنا لهذه الشريعة فهي قانون وضعي بالمعنى الأول، وكذلك نرى أن وصف القانون الإلهي بالقانون الوضعي لا يقلل من هذا الاحترام، على العكس من ذلك، لأن في ذلك إذعانا لأوامر الخالق ونواهيته من المسلمين المخاطبين بهذه النصوص عند تطبيقه على أرض الواقع وليست مجرد آيات من الوعظ والإرشاد خلوة من عنصر الإلزام.

ثم إن التعبير بـ "التشريع الإسلامي أو القانون الإلهي" فيه إحياء بأن الدولة التي تتبنى هذا المصطلح هي دولة دينية يديرها ويصدر قوانينها ويطبق هذه القوانين رجال الدين، ولا شك أن في ذلك من الخلط ما فيه، فحتى أشد المدافعين عن هذا المصطلح لا يقولون بذلك.

نستطيع أن نتصور هذه "الدولة الدينية" في تاريخ الإسلام فترة حياته صلى الله عليه وسلم وهي لا تتعدى ثلاثاً وعشرين عاماً نظراً لأن الوحي الإلهي "القرآن الكريم والسنة المطهرة" فيما يتعلق بالتشريع "وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى"، هو الذي يحدد الفضائل و الرذائل، فليس لفرد أو هيئة مهما كانت، سلطة التشريع في هذه الفترة ولا استثناء في ذلك للقياس مثلاً، لأن فيه إعمالاً للعقل والبحث عن القاسم المشترك أو العلة بين المقيس والمقيس عليه التي من أجلها حرم أو أباح سلوك ما، وكذلك الإجماع، فالمجتهدون لا يجمعون على حكم شيء من قول أو عمل، إلا بعد الرجوع إلى النص فيما إذا كانت فلسفته العامة تسمح بإدراج الوقائع المشابهة داخل دائرة هذا النص أو لا تسمح، و قس على ذلك بقية "المصادر" الأخرى غير القرآن و السنة.

عندما انقطع الاتصال بين السماء و الأرض بوفاته صلى الله عليه وسلم، انتقلت الدولة إلى دولة مدنية محضة تختار ما تشاء من قواعد لإدارة هذه الدولة، فإذا اختارت تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الحدود والقصاص و الدية مثلاً، وهذه فيما يبدو هي أساس الخلاف،



فمنستطيع أن نصف هذا النظام وليس الدولة، بالنظام الإسلامي، أما إذا اختارت نظاماً آخر للحكم و التشريع، فالدين الإسلامي لا يعترف بها، فحينما يرد في دستور ما بأن دين الدولة الإسلام وتبيح ما حرمه هذا الدين وتحرم ما أحله، ففي ذلك نوع من النفاق السياسي لاسترضاء العامة، وكل الدول التي تدعي الإسلام و بلا استثناء هي من هذا القبيل.

ثم لا ننسى قبل ذلك وبعد ذلك أن فكرة "رجال الدين" الأوصياء على البلاد و العباد، لا وجود لها في الفكر الإسلامي، فهذا نوع من الارستقراطية البغيضة وهي أبعد ما تكون عن الدين الإسلامي أو أتباع أي دين سماوي آخر ممن اتخذوا "... أحبارهم و رهبانهم أربابا من دون الله"، ولو كان لي من الأمر شيء لمنعت بالقانون هؤلاء الفقهاء والدعاة ارتداء زي خاص يميزهم عن غيرهم، فهم يعطون لأنفسهم ولو بالإيحاء من القداسة ما ليس لهم، فالعلم بالأحكام الشرعية وتعليمها هي وظيفة لا تختلف عن أي وظيفة أخرى، فالطبيب الناجح في مهنته وكذلك المهندس والموظف الإداري والطيار ... أفضل عند الله (لأنه أنفع للمجتمع)، من "الفقيه" الذي يجتر محفوظاته القديمة بدون أن يعمل شيئاً من الإسقاط على الواقع المعاش ولو حفظ القرآن كله وعلى جميع الروايات، وفي كل الأحوال فهي وظيفة كأى وظيفة أخرى، والأستاذ الدكتور الذي نكتب هذه السطور تكريماً له، لم نره يوماً يرتدي هذا الزي ولو فعل لما كتبنا هذه السطور اعترافاً بفضلته في خدمة الشريعة الإسلامية كما لم يخدمها كثير غيره من أصحاب العمائم.

قد نخلص مما طرحنا إلى نتيجة مفادها أن إطلاق مصطلح "القانون الوضعي" بالمحتوى الذي نعنيه لا يعني أنه قانون (بشري إلهي كافر) ولا الشريعة الإسلامية هي (ديني مقدس)، فالمقدسات تتمثل عند المسلمين في الإيمان بالوحدانية والملائكة و الرسل ... الخ، فلا علاقة للمجتمع بها بل هي تمس العلاقة بين الفرد و ربه، أما الأوامر الإلهية والنواهي التي توجه تصرفات المسلمين على الأرض، فتفقد طبيعتها المقدسة لتصبح فروضا قانونية قد يلتزم بها البعض و يخالفها آخرون (ولا ينكرون فرضيتها بالطبع) إذا لم يوح إليهم ربهم "... فعل الخيرات" ليكونوا صالحين، فليس كل البشر كإبراهيم ولوط واسحاق ويعقوب وبقية الرسل المعصومين من ارتكاب الأخطاء والخطايا كبقية البشر، ولا نقول في هذه الحالة أنهم انتهكوا مقدسات دينية تخرجهم من جماعة المسلمين.

لا شك عندنا وعند غيرنا من العقلاء و المنصفين من المسلمين وغير المسلمين، أن الشريعة الإسلامية أسمى وأنفع دنيوياً من أي قانون بشري في أي مجتمع سوي ولا يشكك في



ذلك إلا مكابر، فهي قد جاءت بكل القيم السامية التي أخذها عنا الغرب ثم عادت إلينا ولكن بصيغة أخرى عليها مسحة من "جمال" تغري بأن نجري وراءها وقلنا إنها قانون وضعي، ولو استعرضنا القواعد القانونية العامة في الغرب والتي تتفرع عنها كل النصوص الأخرى التفصيلية، فسوف لن نجد قاعدة واحدة لم يكن لها أصل في تراثنا الإسلامي وفي جميع فروع القانون بلا استثناء.

لعل الإشكالية هنا أننا قمنا بنقل كثير من النصوص الموضوعية التفصيلية لهذه القوانين الغربية نقلاً حرفياً وهي لا تترجم بالضرورة كثيراً من قيم المجتمع الإسلامي، فإذا عرفنا أن القانون يترجم منظومة القيم السائدة في مجتمع من المجتمعات، فإن النقل الحرفي لهذه النصوص التفصيلية أو تلك يعني نقل هذه القيم للسير على هداها في مجتمعاتنا بدون أن نقوم بعملية فرز لهذه القيم ومن ثم لهذا القانون فمنه ما هو قابل للتطبيق عندنا ومنه غير ذلك.

ثم إن أفضل ما رجع إلينا في العقود الماضية من هذه القوانين "الوضعية" لم نستطع تطبيقه كما طبقوه هم مع أنه لا يتعارض مع ما لدينا من القيم بل يؤكد عليها، ليس لأننا لا نعرف بل لأننا لا نريد، ففي النظام السياسي مثلاً، نقلنا عنهم النظام الليبرالي المدني الديمقراطي، ولكننا فشلنا في تطبيقه التطبيق الصحيح ليس الآن فقط بل من معاوية بن أبي سفيان مع أننا أول من بشر العالم بالحكم الرشيد.

فقد عرفت هذه الدولة الناشئة بعد اكتمال الدين، حوالى أربعة عقود من الحكم الرشيد حيث كان المواطن، المسلم وغير المسلم، في مأمن على نفسه وعرضه وماله، ومع ذلك لا ننسى أن قرب العهد بالإسلام كان له الأثر الأكبر في احترام تعاليم هذا الدين الجديد، فالوابع الديني هو من أهم قواعد الضبط الاجتماعي حينها ومن مظاهر ذلك أن بعض من يقع منهم في هذه "القاذورات" كما كان يسميها النبي صلى الله عليه وسلم، كانوا يطالبون بالتطهير من هذه الذنوب والآثام.

فالعرب انتقلوا من جاهلية حمقاء إلى نقاوة الإسلام وسماحته، فاعتناقهم لهذا الدين حولهم من قبائل بدوية متناحرة يعتاشون على الإغارة وقطع الطريق إلى بناء حضارة تمتد من حدود الصين شرقاً إلى الحدود الفرنسية غرباً، وهذا التوسع كان في أساسه نشراً للإسلام ولكنه أصبح بعد ذلك نوعاً من أنواع الاستعمار الذي لا يختلف عن أي استعمار آخر، وكان لابد لهذا الاستعمار أن ينحسر كما حصل في شبه جزيرة ايبيريا حيث اختقت دويلات الطوائف من الوجود كما سوف يختفي غيرها من باقي هذه الدويلات إذا لم تعرف كيف تصحح أوضاعها ولا

نعتقد أنها فاعلة!.

والسبب في ذلك فيما نعتقد، أننا حولنا هذا الحكم الرشيد إلى الكسروية و القيصرية ولهذا كان لابد أن تظهر الجاهلية الأولى في أسوأ حالاتها والتي كانت في حالة كمون مؤقت لسنوات قليلة، حيث العصبية والنعرات القبلية والاعتزاز بالأحساب و الأنساب التي حاربها الإسلام، وانتقل الدين إلى المرتبة الثانية في نفوس الولاة و الحكام وكان من نتائج ذلك بالضرورة أن تتعطل ملكة الإبداع والاجتهاد في أمور الدين و الدنيا معاً: فحينما يعذب الإمام مالك لأنه يقول بعدم صحة بيعة المكره، أو الإمام أحمد بن حنبل بسبب خلافه مع المأمون حول خلق القرآن مثلاً، فلا ننتظر من العامة إلا الخنوع والاستكانة إلى الذل و الهوان حتى الآن، فكان الواحد منهم - ومنا - إذا لم يرض عنه الأمير أو لم يرض هو عن الأمير، يخضع لنوع من التعذيب لم يخطر على بال أعتى الطغاة في كل العصور كأن يوضع النمل في أحشائه عن طريق أنبوب يوضع في أسته، أو أن توضع رؤوس الأسرى أثنافي للقدور إذا صدق الطبري في تاريخه، وهو صادق عندنا ما في ذلك شك، وما خفي كان أعظم.

فقد أصبح الدين طقوساً مفرغة من محتواها الأخلاقي، فالمسلم قد يصلي وبصوم رمضان ويحج إلى بيت الله العتيق، ولكن هذه العبادات فقدت فلسفتها التي شرعت لأجلها فلم تعد تترجم إلى سلوك وطريقة حياة، فالصلاة مثلاً لم تشرع للعبادة فقط فانه تعالى في غنى عن عبادة البشر ولكن لتشد إليها قيماً أخرى في جميع مجالات الحياة الاجتماعية "الدنيوية" أليس قوله تعالى: "إن الصلاة تنهي عن الفحشاء و المنكر" مثلاً، تؤدي إلى هذا المعنى، ف "الفحشاء و المنكر" تجمعان كل ما هو غير اجتماعي من أنماط السلوك البشري بعيداً عن التفسيرات الضيقة لهاتين المفردتين القرآنيتين.

4

من أهم القيم التي نادى بها الاسلام هي حرية الاختيار في القول و العمل ولولا هذه الحرية لما كانت هذه التكليفات الإلهية أو البشرية، وأهم مظاهر ذلك و أخطرها بلا منازع، هي حرية المعتقد مع أن الدين الإسلامي جاء بالتوحيد، لأنه جعل للبشر الخيار في أن يعبدوا إلهاً واحداً أو ما يشاؤون من بشر أو حجر أو لا يعبدون شيئاً (قد تبين الرشد من الغي) فالمسئولية الدينية وغير الدينية تتحدد بحرية الاختيار هذه.

والعدالة الاجتماعية هي كذلك من الأسس التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية وحينما



كان معاوية يقول أن المال مال الله، فهي حيلة لم تنطل على الرعية ولكنهم كانوا يخشون بطشه فآثروا السلامة إلا من رحم ربك كأبي ذر الغفاري الذي جهر برأيه قائلاً إنه مال الشعب، فهو قد ندب نفسه لمحاربة الفساد والدعوة للعدالة الاجتماعية بما يعني أن ثروة المجتمع ينبغي أن توزع على الجميع كل بقدر حاجته.

والمساواة بعد التوحيد هي أهم الأسس التي يقوم عليها الدين الإسلامي، فإذا كان الواحد منا يؤمن بالواحد الأحد فلا بد أن يؤمن عقلاً بأن ما عداه سواء (ومن هنا جاءت فكرة المساواة بين البشر)، فالأفضلية تقاس على أساس هذه العلاقة مع الخالق: فبقدر ما تكون قريباً منه بقدر ما تكون مواطناً صالحاً، فالصلاح و الفساد مراعى فيه العلاقة بين الفرد و المجتمع والإيمان يجعل هذه العلاقة أقوى وأكد.

المفارقة هنا أن هذه العلاقة انقطعت عندنا أو تكاد ولكن عند غيرنا هي بهذا المعنى مقطوعة ولكن آثارها باقية، فإذا كان عندنا أن "الدين المعاملة"، فديننا انتقل إليهم ونحن فقدناه، فيبدو أن هذه المعاملة لا علاقة لها بالدين ولكنها أصبحت عندهم عادة والعادة هي الطبيعة الثانية للإنسان وللجماعة أيضاً، وهذه العادة مبنية على احترام الآخر في شخصه وفي أفكاره، وإذا وصلنا إلى احترام أفكار الآخرين فقد حلت مسألة الحكم الرشيد قطعاً لأنه يعني عندنا وبالتأكيد عند كثير غيرنا، هو النظام الديمقراطي لأن الديمقراطية هي تصارع أفكار في السياسة و الاجتماع و الاقتصاد ... وإذا احترمت هذه الأفكار فسوف يتم الاحتكام إلى الديمقراطية واحترام نتائج هذا الاحتكام، والغرب وصل إلى هذه المرحلة فتجنب الاستبداد، وهذه المرحلة يبدو أنها آخر المراحل في التطور البشري حتى لم نعد نتصور أفضل من ذلك فهي نهاية التاريخ وخاتم البشر كما يقول فوكوياما.

ولكن فوكوياما هذا كان ناقص الاطلاع فيما يبدو، إذا أحسنا الظن بالرجل ، فقد وصل الإنسان إلى آخر هذه المراحل منذ قرون طويلة، ولا يستطيع أحد أن يقنعنا أن الحقوق التي يتمتع بها حالياً الإنسان الغربي وبتباهى بها علينا، لم يكن احترامها عندنا من الدين كعقيدة وشريعة معاً، الفرق الوحيد بيننا وبينهم، أننا نميز في التعبير اللفظي فقط، بين حقوق الله تعالى وحقوق العبد بينما عندهم، احتراماً لعلمانية النظام، يفرقون بين حقوق المجتمع وحقوق الفرد، ولكن المعنى واحد: فالفرد لا يستطيع أن يتنازل عن حقوق غيره سواء كان هذا الغير الله تعالى أو المجتمع، وهذا ما يعنيه رجال القانون حينما يفرقون بين القانون العام والقانون الخاص.

و بمناسبة إثارة القانون العام والقانون الخاص، فنستطيع أن نقول أن كل قواعد القانون العام كما نعرفها في القانون الوضعي، منصوص عليها صراحة أو ضمناً في الفقه الإسلامي وهي واضحة الدلالة على معناها.

فالقرآن الكريم يمثل ما نستطيع أن نسميه بدستور المسلمين، فهو يتضمن من الأحكام والقواعد ما لا تستطيع الجماعة الإسلامية، وفقاً للنظام الديمقراطي، أن تتجاوزها وإلا تصبح هذه القوانين غير دستورية بلغة هذا العصر، ومن ثم يطعن في دستورتها، وليس هناك ما يمنع من الاستعانة بالآلية المتعارف عليها حالياً، بل على العكس من ذلك ليس هناك آلية أخرى أفضل من ذلك، وكما جاء في الأثر "الحكمة ضالة المؤمن فمن وجدها فهو صاحبها".

ومبدأ الفصل بين السلطات من المبادئ المعروفة و المعترف بها كما سوف نوضح عند حديثنا عن مبدأ الشرعية الجنائية.

ولكن نريد أن نوضح من الآن أن الشريعة الإسلامية لا تعرف مصطلح حاكم أو حكومة وكل مشتقات الفعل "حكّم" بمعنى غلب وسيطر، فقد جاءت الحكومة بمعنى التحكيم والحكم بمعنى تطبيق الأحكام الشرعية إلا في القصص القرآني حكاية عن الأمم الغابرة، ولم يرد لفظ الحكومة أو الحاكم بمعنى السلطة التنفيذية كما نعرفها هذه الأيام، ولهذا نحن نرى أن الحاكم أو الحكومة مفردتان غريبتان عن الفكر الإسلامي، فما يسمى بالسلطة التنفيذية هي مجرد سلطة مكلفة بإدارة شئون الدولة والرئيس هو المدير الأعلى لا يختلف عن أي مدير آخر في أي إدارة، فلم نعهد في الشريعة الإسلامية أنها تمجد هذا الحاكم بأنه صاحب الفخامة أو الجلالة أو ولي النعم أو أن شخصه مقدس لا يمس أو ما شابه ذلك من هذه الأوصاف و النعوت التي تكاد أن تؤله هذا الحاكم أو الرئيس أو الإمبراطور أو الملك، فهي تتناقض وفكرة الراعي المسئول عن رعيته، وإن كنا لا نحبذ استعمال هذا المصطلح في العصر الحديث لأن "الراعي و الرعية" يستدعي في الذهن تشبيها غير مرغوب فيه لدى فئة من المثقفين الذين يبحثون دائماً عن مثل هذه المفردات للطعن في كل ما هو إسلامي.

قد نميل إلى استعمال لفظ "الأمير" ولكن في ذلك اسقاطات معينة ينبغي الابتعاد عنها، ولعل لفظ "الإمام" هو الأنسب لأن من اختصاصاته أن يؤم المسلمين في الصلاة وفي الحرب والسلام أي هو المقدم فيهم، ولكن كل ذلك حنين إلى زمن مضى ولا نعتقد أنه سوف يعود يوماً

ما وفق المعطيات التي نملكها.

فالشوري هي أساس الحكم الرشيد، و القوانين التي تصدر وفقا لنظام الشوري ينبغي ألا تتعارض مع القواعد الدستورية بالطبع (التي جاء بها النص الصحيح أو العقل الصريح) وهذا هو واقع القوانين الوضعية، نسميها مجلس الشورى أو النواب أو الشعب مثلاً، فهذا لا يغير من الأمر شيئاً، ربما يفترض في أعضاء هذه المجالس أن يكونوا من أهل "الحل و العقد" أي من العقلاء الذين لهم رأي في الشأن العام يعتد به وليس من الغوغاء وهذا هو مقتل الديمقراطية الحديثة، وفي الناخبين من "أهل الاختيار" كما يقول الباحثون في الفكر الإسلامي، أي القادرون على المفاضلة.

ومنظومة الحقوق والحريات العامة لم تحدد في أي قانون آخر كما حددها التشريع الإسلامي حتى لتكاد أن تصبح أو هي هكذا فعلاً، من الدين الإسلامي في الصميم.

وقد نظمت الشريعة الإسلامية العلاقات الدولية وقواعد الحرب والسلام، وعرفت المحارب و المستأمن صاحب الحصانة في المجتمع الإسلامي وهي أساس نظام الحصانات في العصر الحديث.

وفي القانون الخاص نجد تفصيلاً كاملاً للعقود كالبيع والإجارة والقروض وضمانات هذه القروض كالرهن، وكذلك الشركات بكل أنواعها وغير ذلك، وقد جاء أغلبها مفصلاً في القرآن الكريم .

ولهذا نحن مع من يعتقد أن القانون المدني الفرنسي مثلاً، جاء متأثراً إلى حد كبير بالفقه الإسلامي إن لم نقل أنه يستمد أغلب نصوصه من الفقه الإسلامي وبخاصة الفقه المالكي الذي كان سائداً في الأندلس في العصور الوسطى ولا نستطيع أن نقول عن نابليون بونابرت أنه اسلامي التوجه.

وأحكام الزواج والطلاق والعدة والنفقة، وكذلك أحكام الميراث والوصية، والوقف مما لا نرى له مثيلاً في القوانين البشرية حتى الآن.

القوانين الأجنبية بالطبع نظمت كل هذه المسائل ولكن بطريقتها الخاصة لا تتفق بالضرورة مع منهج الشريعة الإسلامية، وهذا حقهم بالطبع لا يجادلهم فيه أحد، وكذلك لنا منهجنا ينبغي كذلك ألا يجادلنا فيه أحد، فلهم قانونهم ولنا قانوننا (ونقصد بذلك هذه التفاصيل

بالذات).

ولأسف، الجدل يأتي في المقام الأول من أبناء هذه الأمة: بعضهم يبالغ في الشطط ولا يرضى بتطبيق الشريعة الإسلامية كما يفهمها بديلاً، والبعض الآخر لا يرى أنها صالحة للتطبيق في هذا الزمن لتغير الظروف والبشر، ولكن لم نعرف ما هي تلك الأحكام التي عفى عليها الزمن وسقطت بتقادم العهد من وجهة نظر هذا الفريق، وهذا الفريق أو ذاك لا بد أن يكون في إحدى حالتين:

فإما أنه جاهل بالشريعة الإسلامية، وهذا لا يؤخذ له رأي فالحكم على الشيء فرع عن تصوره وهو لا يتصور شيئاً. وإما أن له موقفاً مسبقاً لا تصلح معه حجج العقل والمنطق ف"على قلوب أفعالها".

6

ولعل ما تتبغى الإشارة إليه في هذا الحديث، هي القواعد العامة للقانون الجنائي، فهي أفضل ما يمثل الحقوق والحريات العامة بالمعنى الذي نريده حتى أننا نصفه بقانون حقوق الإنسان أو قانون القيم فكل هذه الحقوق أو هذه القيم تحميها نصوص هذا القانون بالذات: فمبدأ الشرعية الجنائية والذي يعتبرونه من بنات أفكار بيكاريا وبقية فلاسفة القرن السابع عشر، لخصته آية واحدة في القرآن الكريم: "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"، فمن مظاهر الظلم التي دفعت الفرنسيين مثلاً، إلى القيام بالثورة هو عدم تطبيق هذا المبدأ بالذات وهذا لا بد أن يؤدي حتماً إلى استبداد الحاكم بأمره فهما ضدان و الضدان لا يجتمعان، ففرعون حينما "... استخف قومه فأطاعوه" وتجراً بناء على هذه الطاعة حين قال: "ما علمت لكم من إله غيري" وهكذا حتى وصل إلى أعلى مراتب الطاعة المطلقة حينما أعلن: "أنا ربكم الأعلى"، فهو بالتأكيد لا يعترف بمبدأ الشرعية ومن ثم، بالفصل بين السلطات، فطغيانه يأتي من جمع كل السلطات في يده، وكذلك كل المستبدين الطغاة في كل زمان ومكان.

ولا شك أن من حقوق الفرد الإنذار قبل العقوبة حماية لقيمة يرى المشرع أنها جديرة بالاحترام، فمن الظلم العقاب على فعل كان مباحاً حين ارتكابه أو أن تكون العقوبة في القانون اللاحق أشد منها في القانون القديم.

ولكن لمبدأ الشرعية فضلاً عن حقوق الفرد، وجهاً آخر يتمثل في حماية حق المجتمع في مكافحة ظاهرة الإجرام عن طريق التهديد بتوقيع العقوبة لما في هذا التهديد من قوة ردع



وتخويف كما هو واضح، إذا فشلت قواعد الضبط الاجتماعي الأخرى سواء كانت دينية أو اجتماعية ... في محاربة الشر والجريمة في المجتمع.

ولكن للأسف مرة أخرى، الغربيون اعترفوا بقيمة هذا المبدأ وقدسوه في دساتيرهم باعتباره من أهم حقوق الإنسان، فردا أو جماعة، ونحن تجاهلناه عمدا في جميع مراحل تاريخنا إلا في مرحلة الحكم الرشيد والتي لا تتجاوز أربعين عاماً، وحتى في هذه الفترة لم يكن تطبيق هذا المبدأ واضحا تمام الوضوح، والسبب في ذلك فيما نرى يكمن في اختلاف الصحابة حول صحة بعض الأحاديث، وحتى لو تم الاتفاق على صحتها، فالاختلاف في التفسير والتأويل وارد ما في ذلك شك، وما كان الاختلاف بين المذاهب الإسلامية إلا بسبب هذا الاختلاف بالذات، وحتى آيات الأحكام في القرآن الكريم وهي قطعية الثبوت، ولكنها ظنية الدلالة تختلف في تأويلها الأفهام، فإذا كان الحكم الشرعي ليس واضحا وضوحاً بيناً نافياً للجهالة للصحابة المقربين منه صلى الله عليه وسلم، فنستطيع أن نتصور حال بقية المسلمين إلى آخر الدهر..

وبناء على ذلك فمن الدين والسياسة معاً، أن يتم الاتفاق على تفسير واحد أي حكم واحد محدد ودقيق تشريعياً في مسألة من المسائل حتى لا تخطئ المحاكم في التفسير والتأويل، وهذا معنى ما نقول في هذه الأيام بالفصل بين السلطات، فهذا المبدأ، مبدأ الفصل بين السلطات، ليس في حقيقة أمره، بدعة غريبة، فإذا اعترفنا أن مبدأ الشرعية من المبادئ الحاكمة في التشريع الجنائي الإسلامي، فإن مبدأ الفصل بين السلطات من لوازمه ما في ذلك شك، فالاعتراف بهذا يؤدي حتماً إلى الاعتراف بذلك.

البدعة الحقيقية هي أن نسمع بعضهم يقول إن تقنين القواعد الشرعية رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه، وكأنه يريد أن يقول أن نضع المصحف الشريف وكتب الصحاح أمام القاضي ونطلب منه أن يبحث عن الحكم الشرعي في القضية المعروضة عليه للفصل فيها والحال أن كثيراً من القضاة ممن درسوا القانون الوضعي، لا يستطيعون قراءة آية واحدة من القرآن الكريم قراءة صحيحة فضلا عن أن يستخلصوا منها الحكم الشرعي، وأما كتب الحديث فإن ثقافتهم لم تعطهم الفرصة للاطلاع عليها هذا إذا علموا أن هناك كتباً في الحديث أصلاً ينبغي البحث فيها لمعرفة حكم الشرع في قضية من القضايا.

والغريب في الأمر أن نجد لهذه الآراء صدى في بعض التشريعات العربية والإسلامية، فنرى مثلا نصا يتصدر هذا التشريع العقابي أو ذلك يقول: "تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية" وقد وضحنا وجهة نظرنا في هذه المسألة في

مناسبات أخرى فلا نطيل الحديث فيها هنا، ثم إن الأمر أوضح من أن نطيل الحديث فيه أصلاً.

7

من أهم المبادئ الجنائية كذلك مبدأ "شخصية العقوبة" بمعنى لا يعاقب إلا الجاني والذي يعتبره كثير من رجال القانون أنه من إبداعات رجال الفقه الغربي مع أنه من أهم ما نادى به الشريعة الإسلامية منذ ظهور الإسلام ونعتقد أننا لسنا في حاجة إلى قراءة "ولا تزر وازرة وزر أخرى" أو غيرها من الآيات الصريحة في هذا المعنى، فإذا كان الإسلام ينادي بالعدل فمبدأ شخصية العقوبة من أهم مظاهره، بعكس ما كان عليه المجتمع الجاهلي من تبني المسؤولية الجماعية وهي بلا شك من أخطر ما تتعرض لها الجماعة من الظلم، ومن المستغرب أن بعض القوانين المعاصرة لازالت تأخذ بهذا النوع من المسؤولية.

ولعل من الأدلة على ما نقول إذا كنا في حاجة إلى دليل آخر، قوله تعالى: "ولكم في القصص حياة"، فالقصص في اللغة العربية هو تتبع الأثر وليس المساواة - بما يعني الجزاء من جنس العمل كما يعتقد كثير من الباحثين في القديم والحديث - أي لا يعاقب إلا الجاني، ولم تحدد هذه الآية الكريمة طبيعة هذا العقاب، ومما يؤكد هذا المعنى قوله تعالى: "ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل"، ولا معنى للإسراف في القتل إلا من حيث الكم وليس الكيف لأن ذلك غير متصور فهم، في الجاهلية كانوا يسرفون في القتل من قبيلة الجاني القاتل وغير القاتل تطبيقاً للمسؤولية الجماعية كما سبقت الإشارة إليه.

ومن هذه القواعد كذلك أن التكليف أو المسؤولية الجنائية (أو أية مسؤولية أخرى في أي تشريع)، كما نقول في هذه الأيام، مشروط بالعقل أي قوة الشعور و الإرادة، لأن مناط التكليف يتمثل في حرية الاختيار في الفعل والترك، فإذا لم يكن الجاني حراً في أن يفعل أو لا يفعل، فالعقاب في هذه الحالة فيه من الظلم ما فيه، ثم إنه عبث فوظيفة العقوبة تكمن في الردع والتخويف فليس من المعقول أن نقول للمكروه والمجنون والصغير مثلاً، لا ترتكب هذه الأفعال وإلا عاقبتك، فهو لا يستطيع إلا أن يفعل بالنسبة للمكروه أو أنه لا يعي الممنوعات ولا الآثار المترتبة عليها بالنسبة للصغير والمجنون فغرائزهما هي التي تقودهما حيث شاءت، وهي غرائز حيوانية والحيوان خارج اهتمامات المشرع الجنائي كما نعرف.

ومن هذه القواعد المهمة أيضاً، العلم بالنصوص الجنائية وهو علم حقيقي في التشريع الجنائي الإسلامي - عند كثير من الباحثين الذين يعتد برأيهم - ولا يفترض افتراضاً كما تقرر



كل القوانين الوضعية، لأن من شروط التكليف بلوغ الدعوة ونحن نرى أن معنى ذلك معرفة الحكم الشرعي في مسألة من المسائل وليس فقط بلوغ الدعوة الإسلامية والإيمان بها، وذلك لأن المسلم مطالب بقراءة القرآن كله أو ما تيسر منه ولا بد أنه قرأ أو سمع من قرأ "و السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما" - والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة" مثلاً، وهي ما تعرف بالحدود، وهي نصوص واضحة الدلالة في معناها ولا تقتضي كبير عناء في إدراك هذا المعنى ولهذا نحن نعتقد أن الحدود لا تثبت إلا بالنص القرآني، مع حجج أخرى عرضنا لها في كتابات سابقة..

ثم إن المنطق القانوني يفرض علينا القول أن العقوبة ليس لها ما يبررها عقلاً إلا عصيان أمر أو نهي مسبق وافتراض هذا العصيان فرضاً يجعل من هذا العصيان وهماً لدى من لم يصله النص المجرم وحتى لو وصله النص ينبغي أن يفهمه كما أراد له المشرع أن يفهم حتى يتمكن أن يتخذ منه موقفاً بالسلب أو الإيجاب ونحاسبه عليه عند الاقتضاء إذا أساء الاختيار.

ومن أهم هذه القواعد أيضاً، ما يعرف بـ "قرينة البراءة"، فقاعدة "درء الحدود - وغير الحدود بالطبع - بالشبهات" تؤدي هذا المعنى تماماً فأن يخطئ القاضي في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة....

ولا يفوتنا في هذا السياق أن نشير إلى أن الشريعة الإسلامية لا زالت تتفوق على القانون الوضعي في كثير من المسائل والتي تتفق والفلسفة الجنائية في كل تشريعات العالم لأنها لا تختلف من نظام قانوني لآخر، ونحن نتوقع بأن الفقهاء "الوضعيين" سوف يقتنعون إن عاجلاً أو آجلاً، بتطبيق المنطق القانوني المبني على مقدمات ونتائج.

ونحن هنا سوف نتوقف عند قضيتين فقط فالإشارة إلى بعضها يشي بسائرها:

- **القضية الأولى** تتمثل فيما يسمى بالمسئولية الجنائية للشخص المعنوي، ففضلاً عن أن ذلك يتعارض مع القواعد العامة التي تحكم القانون الجنائي من وجوه كثيرة كشخصية العقوبة وقواعد الاشتراك، ولكن ربما الأهم من ذلك هو أن المخاطب بالنصوص العقابية ينبغي أن يكون مدركاً لمحتوى النص ومدركاً للعقوبة عند مخالفة هذا النص حتى تفعل هذه العقوبة فعلها من الردع والتخويف وهنا تكمن فلسفة مبدأ الشرعية الجنائية

وحيث إن الأمر كذلك فالمخاطب بهذا النص لا يتصور إلا أن يكون شخصاً طبيعياً لديه شعور وإرادة يخاف ويرتدع من العقوبة المقررة عند مخالفة هذا النص وهذه "المواصفات"



والأغرب من ذلك أن دساتير بعض هذه الدول تنص على أن الإسلام دين الدولة، فأين هو الإسلام إذا خالفنا رسمياً وبالقانون وينص صريح لا مجال فيه للاجتهاد، تعاليمه فالدولة التي لا تعترف بهذه التعاليم، الدين الإسلامي لا يعترف بها، ومن ثم هذا الوصف لا ينطبق على الموصوف.

ونحن في هذا السياق، نشير إلى أمرين:

الأمر الأول: وصف الدولة بأنها "إسلامية" لا يعني شيئاً في الحقيقة، فالإسلام نظام حكم وتشريع ولا علاقة له بالدولة كشخص اعتباري فهي محايدة بهذا المعنى فإذا كان مواطنو هذه الدولة مسلمين فيفترض أن تتبنى النظام الإسلامي، ولكن ذلك قد يوقعنا في التناقض كما سبق وأشرنا، من حيث أن النظام الأساسي يقرر إسلامية الدولة ولكن هذه التطبيق يأتي بخلاف ذلك.

الأمر الثاني: التكاليفات في الدين الإسلامي نوعان: فردية وجماعية، الفردية هي العبادات المحضة كالصلاة و الصيام و الحج ... الخ، وهذه لا علاقة للمجتمع بها فليس هناك جزاءات قانونية دنيوية على من لا يصلي ولا يصوم ولا يحج، فهي تمس العلاقة بين العبد وربّه ولا شأن للآخرين بها، وكذلك أيضاً مسألة الإيمان والكفر فهذه مسائل شخصية بحتة وكل يتحمل مسؤوليته وحده عن تصرفاته أمام إلهه إذا كان له إله يعبده.

النوع الثاني، هي الجرائم التي تؤثر سلباً على سلامة المجتمع واستقراره فالجماعة أو المجتمع مسئول عن مراعاتها كتجريم القتل و السرقة، فلا يستقيم لهذا المجتمع كيان إلا بالمحافظة على الحق في الحياة والملكية الخاصة مثلاً.

وبناء على ذلك، فوصف الدولة بأنها مسلمة قد لا يستقيم، وعلى فرض نسبتها للمواطنين فليس كل هؤلاء ممن يلتزمون بالتعاليم الدينية وبخاصة فيما يتعلق بالعبادات المحضة التي يترك فيها الخيار للمخاطب بها إن شاء فعل وإن شاء ترك وسيتحمل وحده تبعه هذا الموقف، فالجانب الغيبي لا يهم من قريب أو بعيد هذه الجماعة السياسية أو تلك ومن ثم الأجر الأخروي لا يكون لها بل للفرد المخاطب مباشرة بالنص عند الامتثال إلا في حالة تعاونهم على "الإثم والعدوان" المتمثل هنا في الرفض الجماعي، حينها ينصرف هذا الإثم لكل الراضين من هذه الجماعة، أو هكذا ينبغي فيما نرى، أن تطرح هذه المسألة.

فإذا تم استفتاء مواطني دولة ما على تطبيق أو عدم تطبيق الشريعة الإسلامية ووضعت



فإذا رجعنا إلى المناهج المقررة في هذا القسم نجد أنها لا تختلف إطلاقاً عما هو مقرر في الأقسام الأخرى الفرق الوحيد يكمن في المفردات المصطنعة لهذه المواد فإذا أجرينا مقارنة بين ما يدرس هنا ويدرس هناك لم نجد فرقا أو فرقا يذكر في المحتوى.

فمادة "تاريخ الفقه الإسلامي"، لا تختلف إطلاقاً عن مادة "تاريخ القانون أو تاريخ النظم القانونية"، الإشكالية الحقيقية تكمن في هذا التقسيم والإصرار على الإبقاء عليه وهذه هي المشكلة، فالأساتذة الذين يكلفون بتدريس هذه المادة عادة، هم ممن تتلمذوا على فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا القسم بالذات وغابت عنهم كثيراً أو قليلاً، كل أو بعض منهجية دراسة وتدريس القوانين الأخرى إلا بعض المعلومات التي تحصل عليها في المرحلة الجامعية وهذه لا تكفي بالتأكيد للدراسات المقارنة حتى لو حاول وتجراً أحدهم على ذلك إلا بعض المجتهدين ممن لا تعنيهم هذه الحدود.

ومادة "المدخل لدراسة الفقه الإسلامي" لا تختلف أيضاً عن مادة "المدخل للعلوم القانونية" ثم إن هذه المادة بالذات تشي بأن الشريعة الإسلامية شيء والقانون، مهما كان الوصف، وهو أمر لا يعترفون به، شيء آخر لأن هذه المادة تعنى بدراسة "تاريخ الفقه الإسلامي" وتاريخ الفقه هو بالتأكيد غير القانون، وقس على ذلك بقية المواد كالميراث و الوصية، القانون المدني - القانون التجاري - القانون الدولي - القانون الجنائي ... الخ، ففي ذلك إساءة للشريعة الإسلامية ما في ذلك شك، لأننا نغرس في أذهان الطلبة فك الارتباط بين نظامين لا ينبغي الفصل بينهما لأن ذلك غير متصور أصلاً، فإذا اعتبرنا الشريعة الإسلامية قانوناً، وهي كذلك فعلاً على كلا المعنيين كما سبق، فلا فرق بين النظامين، وإذا لم نر فيها ذلك فليس من المنطق أن نجعل لها قسماً يشرف على مواد الشريعة الإسلامية في هذه الكلية وهي "كلية القانون" فقط.

ثم إن هذا التقسيم هو في حقيقة أمره تقسيم نظري مصطنع فليس له من أهمية أو وظيفة علمية أكاديمية قبل مرحلة الدراسات العليا، إلا تسمية أعضاء هيئة التدريس الشرعيين وتحديد مواد القسم ومفردات هذه المواد ومناقشة الرسائل التي تدخل في اختصاص هذا القسم، وهذا أمر تنظيمي بحث لا يؤثر في تغيير وجهة نظرنا حول هذه المسألة بل يؤكد عليها كما هو واضح. نحن لا نرى حلاً لهذه الإشكالية إلا بتأهيل "الشرعيين" لتدريس القانون وكذلك تأهيل "القانونيين" لتدريس الشريعة الإسلامية، وحيث أن هذا المقترح يأخذ من الوقت الشيء الكثير، نحن نرى أن يلغى هذا القسم وتدمج موادها مع قريناتها في الأقسام الأخرى أو استحداث مواد جديدة إذا لم يكن

هناك مقابل لها ك "قانون الميراث" أو "قانون الأحوال الشخصية" مثلاً.

لا يعتقدن أحد أنني أتجنى على الشريعة الإسلامية بل أدافع عنها وهي ليست في حاجة لدفاعي على كل حال فهي أقوى من أن تحتاج إلى من يدافع عنها، فأنا أحد تلاميذها وكذلك أحد تلاميذ القانون (الوضعي) وربما لهذا السبب كان هذا المقال وتحت هذا العنوان بالذات.

وهذا الوجه من النظر يصدق من باب أولى على كليات " الشريعة و القانون" ففي ذلك إصرار أكبر على هذا العبث.

أما كليات "الشريعة" فمن الضروري الإبقاء على العلوم الإسلامية التي تهتم بتدريسها ولكن هذه التسمية غير دقيقة فهي لا تعكس واقع هذه الكليات، لأن "الشريعة" تعني القانون كما قلنا ولا علاقة لها بالشريعة بهذا المعنى ولكن الأنسب أن تسمى بكلية "العلوم الإسلامية أو العلوم الدينية" لأنها كذلك فعلاً: فهي تهتم أو هكذا يفترض بتدريس مناهج لا علاقة لها بالقانون ومقتضياته كأحكام العبادات المحضة، كالصلاة و الصوم والحج والزكاة، والتفسير والحديث والتوحيد (مباحث علم الكلام)، وكذلك اللغة العربية وآدابها فلا غنى للمتفقه في الدين من التمكن في هذه اللغة وإلا فسوف لن يفقه شيئاً في أي شيء.

10

ولعل من الأدلة التي يمكن الاعتماد عليها فيما نقول، عناوين الرسائل العلمية التي أشرف عليها الدكتور سعيد بالذات الذي نحتفل بتكريمه بنشر هذا الكتاب وهو أحد أقطاب " قسم الشريعة الإسلامية"، فبالاطلاع على هذه العناوين سوف نجد أنها جميعاً وبدون استثناء بحوث قانونية بالمعنى الدقيق للكلمة، أما مقارنة الموضوعات التي تعالجها هذه الرسائل "الشرعية" بالقانون الليبي أو القانون الوضعي في المطلق، فهذه لا تمثل الفرق قطعاً لأننا نجد دراسات قانونية مقارنة بين القانون الفرنسي مثلاً، وهو من العائلة اللاتينية و القانون الأنجلو سكسوني كالإنجليزي أو الأمريكي، أو بين الإيطالي والإسباني وهما من عائلة واحدة، وكل هذه القوانين هي قوانين وضعية، ولكنها لا بد أن تختلف في التفاصيل والسبب في هذا الاختلاف مرده إلى الاختلاف بين فلسفة هذا القانون و ذلك: فمنها الموسع في التجريم مثلاً، ومنها المضيق، ومنها ما يأخذ بالمنهج الحرفي في تفسير النصوص ومنها ما يتبنى المنهج الغائي الواسع وحتى بالقياس في مسائل التجريم و العقاب كالقانون السوفيتي إلى عهد قريب، ومنها ما يأخذ بفكرة



التقادم في كل الجرائم و العقوبات ومنها ما يستبعد ذلك مطلقا او يقصره على البعض دون البعض الآخر، ومنها بالطبع ما يجرم بعض التصرفات ومنها لا يجرمها وهكذا.

وكذلك تختلف الأنظمة السياسية من دولة إلى أخرى: فمنها ما يأخذ بالنظام البرلماني والآخر الرئاسي أو المختلط مثلاً، ومنها ما يتبنى النظام الملكي ومنها الجمهوري، وفي النظام الاجتماعي، منها الليبرالي الحر ومنها الاشتراكي المعتدل أو المتطرف كالنظام الشيوعي وكل ذلك ينعكس بالطبع على النصوص التشريعية.

فكما نرى مجالات المقارنة عديدة ومتنوعة، والمقارنة لا تعني المقابلة بين هذا القانون وذاك، بل تكمن في الحكمة و الفلسفة والمنهج. وطريقة المعالجة وهذه جميعها تنعكس على محتوى النصوص القانونية التفصيلية بلا شك.

ونحن سنستعرض هنا مع القارئ الكريم كل الرسائل التي أشرف عليها الدكتور سعيد في الكلية عندنا وسنجد أنها جميعا تعالج موضوعات قانونية بحثة بأي معنى من المعاني:

- 1 - حماية الأموال العامة في الشريعة الإسلامية - دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات الحديثة.
- 2 - حوالة الدين - دراسة فقهية.
- 3 - انقضاء الحقوق المالية بالإبراء.
- 4 - عقوبة شرب الخمر بين الحد و التعزير في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.
- 5 - سقوط القصاص بالعفو - دراسة فقهية مقارنة.
- 6 - النظام الاتهامي بين الشريعة و القانون.
- 7 - مشروعية التصرف في الأعضاء البشرية.
- 8 - ضوابط الترجيح عند التعارض في الأدلة.
- 9 - الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (اطروحة دكتوراه).

كما نلاحظ كل هذه العناوين تعالج موضوعات قانونية في جميع فروع القانون، الخاص و الجنائي والأحوال الشخصية بدليل أن جميعها تقريبا دراسات مقارنة كما هو واضح ولا نتصور

المقارنة إلا إذا كان ثمة وجه لهذه المقارنة، ألا ترى أننا لا نتصورها في أحكام الصلاة والصيام و الحج مثلاً، فلا يوجد وجه للمقارنة في هذه المسائل مع القانون الوضعي، وليس المقصود هنا بالطبع المقارنة بين المذاهب الإسلامية بل بالشريعة الإسلامية بكل اجتهادات فقهاؤها والقانون البشري كما هو واضح في أغلب الرسائل أعلاه، ولو استبعدنا "الشريعة الإسلامية" من هذه العناوين لما تغير شيء.

وليس المقصود من هذه الدراسات المقارنة كما نتصور، دفع المشرع لتبني أحكام الشريعة الإسلامية من خلال بيان محاسنها وتفوقها على القانون الوضعي، فهذا قد يأتي من خلال التحليل الموضوعي والمناقشة العلمية من قبل الباحث، وإنما المراد في اعتقادنا هو تدريب الباحثين و إعطاؤهم الفرصة لكي يتكونوا أكاديمياً، أي أن تكون لديهم ملكة التحليل و النقد والترجيح العلمي الموضوعي بعيداً عما قد يكون لديهم من مسلمات أو أحكام مسبقة. ولعله مما يفسد البحث العلمي في هذه الأيام هو بعض هذه "البحوث العلمية" التي تتمثل في رسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه ليس عندنا فقط كما قد يفهم البعض، ولكن في أنحاء كثيرة من العالم وبخاصة في العالم الثالث للأسف.

11

لعلنا نستطيع أن نخلص مما تقدم إلى النتائج التالية:

أولاً - الشريعة الإسلامية وما يسمى بالقانون الوضعي شيء واحد كما حاولنا أن نبين، والفرق الذي نلاحظه في محتوى بعض النصوص أمر طبيعي لاختلاف القيم، فلا نجد قانونين وضعيين يتفقان في كل شيء وإلا لثم تعميم قانون واحد على جميع الدول مادامت القيم المحترمة واحدة، ولهذا السبب سميت المنظمة الدولية بمنظمة "الأمم المتحدة" لأنها هكذا فعلاً، ولا تختلف أمة عن أخرى إلا باختلاف هذه القيم والأعراف والتقاليد ومن هنا يأتي الاختلاف في القوانين التي تنظمها و تحميها، ولهذا نحن لا نؤمن بما يسمى بـ "القانون الدولي الجنائي" أو "القانون الدولي الإنساني" أو "القانون الدولي لحقوق الإنسان" تفرض على جميع الدول تطبيقه فهذا من شأنه أن يتناقض مع تنوع الحضارات و الثقافات والأديان.

نحن حتى الآن لسنا ضد المحكمة الجنائية الدولية الدائمة التي تختص بالنظر في جرائم محددة حتى لو أن نظامها الأساسي لا ينص على عقوبات معينة تعترف بها بعض الدول التي تتبنى النظام الإسلامي في تشريعاتها، ولكن كل الخشية أن نرى أنفسنا معرضين يوماً لحظر



تطبيق عقوبة الإعدام والقطع والجلد بدعوى أنها تتعارض و "القانون الدولي الإنساني" وكأننا اكتشفنا الآن فقط أن هناك إنساناً ينبغي أن نحافظ على إنسانيته وننسى أن هذه الحضارة التي تتباكى على هذا الإنسان قتلت في القرن العشرين وحده ما يزيد على سبعين مليوناً من البشر في الحروب التي افتعلتها هذه الحضارة وأضعاف هذا العدد من المشوهين والمعاقين ومرضى النفوس والعقول.

ربما المحرك الوحيد لهذه الدعاوى هو عنصر القوة لديهم للأسف، والقوة قد تنشئ الحق وتحميه، ولكنها قد تحمي الباطل وهذه هي المشكلة في بداية الأمر ونهايته.

ثانياً - ومما يؤكد هذا المعنى إذا لم يتأكد بعد، أن كثيراً من دساتير العالم الإسلامي تؤكد أن المصدر الوحيد أو الأساسي أو الرئيسي للتشريع هو الشريعة الإسلامية، كما قرأنا ذلك أيضاً في مسودات مشروع الدستور الليبي المرتقب وهو بلا شك سوف يصدر متضمناً هذه القاعدة الدستورية ولو بصياغات مختلفة، والتشريع هو قانون، وما دام أن الأمر أمر قانون فتدريسه سوف يكون في كليات القانون وخريجو هذه الكليات هم من سوف يطبقونه في المحاكم وإذا ثبت ذلك ثبت ما ندعيه لا يهم إذا كانت هذه القواعد الدستورية مطبقة فعلاً أو غير مطبقة فهذه مسألة أخرى ليس هنا هو مجال البحث فيها.

ثالثاً - إن القول بأن القانون الوضعي هو قانون "الكفار أو قانون كافر" لاشتماله على نصوص مخالفة للشريعة الإسلامية، فهذا مردود عليه وإلا لاعتبرنا القوانين الصادرة في بلادنا بعد الاستقلال قوانين "كافرة" لأنه يبيح الزنا وشرب الخمر وكذلك القانون التونسي والمغربي والمصري على سبيل المثال.

فالقانون مجموعة هذه القواعد العامة و المجردة، لا يمكن أن يوصف بأنه مؤمن أو كافر، المخاطبون بهذه القواعد قد يكونون كذلك مؤمنين أو كافرين فهي صفة تتعلق فقط بالبشر وهكذا، المسلمون المقيمون في البلاد الأوروبية أو الأمريكية مثلاً بصفة دائمة أو مؤقتة يجب عليهم شرعاً احترام هذه القوانين فهذا من الدين الإسلامي قطعاً ولا نقول إنهم من أتباع قانون كافر، فإذا كان هذا القانون يجرم تعدد الزوجات مثلاً. فلا بد من احترام هذا القانون لأنه من النظام العام في هذه الدولة التي اختار هذا المسلم أو ذلك الإقامة فيها ولا يصح الاحتجاج بأن ذلك من المباحات في دينه الإسلامي.

رابعاً- إذا اعترفنا بضرورة ترجمة إرادة المشرع مهما كانت طبيعته، في نصوص قانونية مكتوبة دقيقة ومحددة وواضحة لكي يتم الالتزام بها من قبل المخاطبين بهذه النصوص، ولا يخالف في ذلك عاقل بالطبع، فهذا التقنين لا يعطي أفضلية لقانون على قانون آخر، الأفضلية الحقيقية تكمن فقط في مدى احترام هذا القانون أو ذاك لحقوق الإنسان والقيم الإنسانية الخالدة.

ما يؤخذ علينا نحن في العالم الثالث بصفة عامة أن فكرة "حقوق الإنسان" هذه، ليست دائماً محل احترام، ليس لخلو هذه القوانين من النصوص التي تحمي هذه الحقوق والحريات العامة، بل من الحاكم بأمره وليس بأمر الإرادة العامة، وإذا استطعنا التغلب على هذه المشكلة حلت كل المشاكل الأخرى يقيناً.

خامساً - إذا عرفنا أن كل القواعد القانونية في الغرب تجد أصلها في الفقه الإسلامي وهذه حقيقة واقع في الشرق و الغرب، نستطيع نظرياً أن نقول أن القانون الإيطالي و الفرنسي وغيرهما هي قوانين اسلامية بهذا المعنى، ولكنهم يتحاشون هذا الوصف لسببين:

سبب تاريخي حضاري وسبب آخر عملي: فعلمنة الدولة حلت لهم مشكلة التأقلم مع تطور مجتمعاتهم لأنها تسمح لهم بإباحة المحرمات في الشريعة الإسلامية بل في القانون الطبيعي كذلك لكثرة ارتكاب هذه التصرفات التي تخالف القوانين النافذة، فلا بد للمشرع أن يساير حركة هذا التطور ولا مناص إذن وفقاً لهذا المنطق، من إلغاء بعض القوانين التي تعرقل تقدم المجتمع إلى "الأمم"، فكما يقول دوركايم: "المجرم يساهم في التطور الاجتماعي من حيث أنه يثور على قيم بالية ويساهم في خلق قيم جديدة" مع تحفظنا على فكرة التطور هذه فلا يتصور عاقل أن إباحة زواج المثليين موضوعياً هي من هذا التطور ولكن "كل إناء بما فيه ينضح".

و نحن كذلك لا ننكر في الفكر الإسلامي أن المجتمعات في تطور مستمر المسلمة وغير المسلمة، والقواعد الفقهية تفرض فرضا التكيف مع هذا التطور في الأعراف والعادات و التقاليد حتى جعلناها من مصادر القاعدة القانونية، ولهذا السبب عنى بعض الفقهاء بتخصيص باب في كتاباتهم أسموه "فقه النوازل" أي ما يستجد من وقائع لم يرد فيها نص أو اجتهاد سابق ولنا كذلك فسحة كبيرة في القياس والمصالح المرسله حتى قيل "أينما تكون المصلحة فثمة شرع الله"، والمراد هنا بالطبع المصلحة المعتبرة شرعاً، وزيادة في تأكيد هذا المعنى نقل عن عثمان بن عفان رضي الله عنه - فيما نتذكر - أنه قال: "تحدث للناس أفضية بمثل ما يحدثون من الفجور" فهذا التطور قد يكون "براً أو فاجراً".



ولعله من المناسب في هذا السياق أن نشير أننا كتبنا مؤخراً:-

(المصدر والمصلحة المحمية بالنص الجنائي - إشكاليات الوظيفة العقابية - مجلة القانون - العدد الرابع) نقول:- "إن ضبط الغرائز البشرية وفق منهج محدد ودقيق أمر تفرضه طبيعة هذه الغرائز أي الطبيعة البشرية قبل أن يكون واجباً دينياً أو اجتماعياً، فنحن حينما نقول مثلاً، أن الإسلام هو دين الفطرة فمعنى ذلك أن الأوامر والنواهي الدينية لا تتنافى مع الطبيعة البشرية السوية "ألا يعلم من خلق"، وإذا تدخل العقل البشري في إعادة ترتيب الأولويات فسيفسد النظام النفسي برمته ومن هنا يأتي الخلل وتصعب السيطرة على هذا النظام.

لا يفهم من ذلك أننا نؤمن بوحدة القيم وهذا في حقيقة الأمر تقرير واقع وليس موقفاً عقائدياً لأننا نرى أن أصل المشكلة يكمن في أن المجتمع قد لا يعرف وسائل التوفيق بين متطلبات النفس ومقتضيات الحياة في جماعة ولهذا نرى أن قواعد الضبط الاجتماعي ومنها التشريعات العقابية، لا تستقر على حال بدعوى فكرة التطور هذه وعدم معرفة سبل التوفيق ..".

نريد أن نقول أن المشرع الإلهي يعرف سبل التوفيق و أمر به، وقد حاول الفلاسفة والمجتهدون من الفقهاء عندنا إدراك آلية هذا التوفيق ولكن البشر "رعاة ورعية" أفسدوا هذه المحاولة. فقد قطعوا طريق الاجتهاد الحر وقد سبق و أشرنا إلى بعض النماذج من ذلك، وهكذا أصبحنا نراوح مكاننا فكرياً في القرن الأول الهجري.

الآخرون في الغرب و الشرق حاولوا كذلك ما وسعته المحاولة ولكنهم فشلوا أيضاً كما فشلنا لقصور لديهم في إدراك العلاقة بين متطلبات الجسد ومتطلبات الروح، فنحن و هم سواء في هذا الفشل، فالروح من أعقد المعضلات التي تواجه البشرية ومن ثم لا نعتقد أنها قادرة في يوم من الأيام على حل ألغازها وإعادة هذا التوازن الذي نتحدث عنه بين القطبين المتنافسين على توجيه تصرفات البشر.

وبعد، قد يكون من المفارقة أن أكتب ما كتبت ونحن في معرض تكريم أحد أقطاب "الشرعية الإسلامية" عندنا، فإذا لم يتفهم الأستاذ الفاضل ما قصدت إليه فأطلب العفو والمغفرة، وفي كل الأحوال فإنني و إياه في خندق واحد ندافع عما نحن مؤمنون به ولكن بسلاح مختلف، وإذا كان العكس أدرك ما أعنيه واتفق معي وهو ما أرجوه ، فهذا من فضل الله وتوفيقه ...

والله من وراء القصد.



وضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب

الأستاذ الدكتور: مصطفى مصباح دبارة

كلية القانون - جامعة طرابلس

مقدمة

لسنا هنا في باب المقارنة أو الموازنة بين الشريعة الإسلامية والدستور؛ فشتان بين الثرى والثريا، إذ الشريعة من صنع الخالق، بينما الدستور من صنع المخلوق، ولا مجال لمقارنة هذا بذاك، حتى لو أفضت المقارنة إلى أفضليتها عنه؛ لأن السيف إنما يُغمطُ قدره بالقول إن السيف أقوى من العصا!. لكن المقام الذي يدعوننا إلى تناول هذه المسألة بالبحث يرتبط بالمرحلة التي تمر بها بلادنا، بعد الثورة المباركة، في طريقها نحو بناء دولة القانون والمؤسسات، بدءاً بصياغة الدستور الدائم، الذي يُؤسس لهذه الدولة، ويضع القواعد الرئيسية لبنائها. وقد باتت ملامح هذه المرحلة أمراً واقعاً ولموسماً، بعد أن تم الفراغ من انتخاب الهيئة التأسيسية المكلفة بصياغة الدستور المُرتقب.

ولعل من أهمّ التحديات التي تواجه الهيئة، في سبيل إنجاز مهمتها، تلك المتعلقة بوضع الشريعة الإسلامية في النظام القانوني للدولة، وهذه مسألة دستورية لا مجال لإغفالها أو التقليل من أهميتها، لاسيما أن صياغة الدستور تأتي في مرحلة بالغة الدقة، وفي غمار ثورات الربيع العربي، التي شهدتها البلدان العربية منذ سنوات ثلاث خلّون، تجاوزت فيها أرجاء هذه البلدان بالدعوة إلى وضع دستور يحقق الأهداف التي قامت من أجلها الثورة، وفي مقدمتها إنزال الشريعة الإسلامية منزلتها الخاصة في تنظيم شؤون الحياة.

وقد أثبتت التجربة، التي سبقنا إليها أشقاؤنا في تونس ومصر، مدى صعوبة التوافق على حكم لهذه المسألة. وإذا أمكن القول إن ظروف المجتمع الليبي تختلف في هذا الجانب عن ظروف الشعبين التونسي والمصري، فإن التسليم بهذا الاختلاف لا يُحلّنا من واجب التحسب لما يمكن أن يثور من خلاف بين أعضاء الهيئة التأسيسية حول الصياغة التي من شأنها أن تُرضي مختلف الأطراف، أو تُرضي أغليبيتهم على أقل تقدير، لاسيما أن أحداث السنوات الثلاث المنصرمة قد كشفت عن تنامي تيارات متطرفة، منها ما يميل إلى أقصى اليسار، ومنها ما ينحو إلى أقصى اليمين، وبلغ التزمّت والتعصب، لدى كل منها، حد الصدام المسلح!.

وإذا كان الحال كذلك، فقد بات حقيقاً علينا أن نُعدّ للأمر عدته، وأن نضع المسألة على بساط البحث والدرس، بصورة موضوعية هادئة، بعيداً عن التزمّت والتعصب المقيتين، علّنا بذلك نساعد الهيئة على إنجاز مهمتها وبلوغ غايتها، ونُعينها على اختصار الوقت اللازم للفراغ من تنظيم المسألة محل البحث، وبالتالي التعجيل أو الإسراع بصياغة الدستور المنشود، تمهيداً لعرضه على الاستفتاء.



ونقطة البدء في تحديد وضع الشريعة الإسلامية هي بيان المقصود بهذا المصطلح، وضبط مدلوله. أما النقطة الثانية فترتبط بالتناقض الحاصل بين اتجاهين متطرفين، يذهب أولهما إلى الفصل التام بين الدين والدولة، ويُصرُّ ثانيهما على الدولة الثيوقراطية، التي يقوم نظامها القانوني على الشريعة الإلهية، وتستأثر فيها طبقة رجال الدين بالسلطة السياسية العليا. بينما تتصل النقطة الثالثة بالخيارات المطروحة لصياغة وضع الشريعة الإسلامية في الدستور، ومناقشة كل منها، والموازنة بينها، وترجيح أفضلها، مع بيان الأسانيد والحجج التي يقوم عليها استبعاد الخيارات المرجوحة، وتبني الخيار الراجح. وسنعالج كل نقطة من هذه النقاط فيما يلي:

أولاً - المقصود بالشريعة الإسلامية:

اختلف الرأي في تحديد مدلول الشريعة الإسلامية، وبيان المقصود منها. ويمكن ردُّ هذا الخلاف إلى اتجاهين اثنين: أولهما مَوْسَعٌ يذهب إلى شمولها أحكام مصدريها الأصليين (الكتاب والسنة)، بالإضافة إلى مصادرها الفرعية (الإجماع والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب والعرف). أما الاتجاه الثاني فمُضَيِّقٌ، يحصر مفهومها في الكتاب والسنة.

ومؤدَّى ما تقدم أن النطاق المُتَّقٍ عليه لأحكام الشريعة الإسلامية هي نصوص الكتاب والسنة، أما ما عدهما من مصادر فهي محل خلاف.

ومرّدُ هذا الخلاف - كما يقول الشيخ محمد مصطفى شلبي بحق - هو الخلط بين الشريعة وفقه الشريعة، رغم ما بينهما من اختلاف؛ فالشريعة الإسلامية هي مجموعة الأحكام التي أنزلها الله على رسوله، والمنصوص عليها في الكتاب والسنة. أما فقه الشريعة فهو مجموعات الأحكام العملية، المُسْتَنْبَطة - عن طريق الاجتهاد - من خلال تطبيق نصوص الكتاب والسنة وقواعدهما، سواء كان هذا الاجتهاد تأويلاً لنص ظنيّ الدلالة، أو استنباطاً لحكم لم يرد بشأنه نص قطعي الثبوت⁽¹⁾. وتجد هذه الأحكام الفقهية مصادرها في الإجماع والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب والعرف. ومن هنا تعينت التفرقة بين الشريعة بمعناها الدقيق، والمتمثلة في القرآن والسنة، وبين فقه الشريعة، واجتهاداته المستندة إلى المصادر

(1) الشيخ محمد مصطفى شلبي - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي - 1959م - ص142. وانظر أيضاً أستاذنا الدكتور سعيد محمد الجليدي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - الطبعة الخامسة، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1997م، ص23؛ حيث يقول إن الفقه الإسلامي هو ثمرة أفهام فقهاء المسلمين للشريعة التي أنزلها الله تعالى على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم.



الفرعية الأخرى⁽²⁾.

ثانياً - بين الدولة الدينية والدولة اللادينية:

أشرنا في مقدمة هذا البحث إلى أن تحديد وضع الشريعة الإسلامية في الدستور المُرتقب يتنازع اتجاهان على طرفي نقيض، يذهب أولهما إلى الفصل التام بين الدين والدولة (الاتجاه اللاديني)، ويتمسك ثانيهما بإقامة الدولة على أساس ديني (الاتجاه الثيوقراطي)، فما سند كل من الاتجاهين؟ وما مدى صحتهما؟

أ - الاتجاه اللاديني:

يستند هذا الاتجاه إلى نزعة قوية، تُنفّر من بناء الدولة على أساس ديني. وتسود هذه النزعة في الفكر الغربي، كما تجد لها أنصاراً في أوساط المثقفين العرب والمسلمين. وقد نلتمس لهذه النزعة ما يبررها في العالم الغربي، إذا استحضرنّا تاريخ دوله، التي قامت في الماضي على أساس ديني، وما سجله من حوادث الاضطهاد والعسف التي وقعت على أيادي رجال الكنيسة، واحتماء الحكام بستار الدين، وانحرافهم بالسلطة، تحت وهم الاعتقاد بالحق الإلهي في تولي الحكم، الذي تجسد في الشعار القائل بأن "الحاكم ظل الله في الأرض"، وما ترتب على ذلك من تعصب ضد الرعايا الذين لا يدينون بدين الحاكم. وينتهي أصحاب هذا الاتجاه إلى ضرورة الفصل التام بين الدين والدولة.

ب - الاتجاه الديني:

ينطلق أنصار هذا الاتجاه من مقدمة عامة، مُقتضاها أن الحاكمية لله وحده، وأن شرع الله نظام قانوني، تتسع أحكامه لكل جوانب الحياة. وينتهون من ذلك إلى نتيجة مؤداها أن الدولة الإسلامية الحديثة ينبغي أن تكون على صورة الدولة الإسلامية الأولى، في عهد الخلفاء الراشدين، وفي عهد بني أمية وبني العباس، إذ لا يمكن أن يستقيم حال المسلمين المعاصرين إلا بما استقام به حال أسلافهم الصالحين، وذلك لا يتأتى إلا إذا أقاموا دولتهم على نظام الخلافة، وصرّفوا النظر عن أنظمة الحكم السائدة في العالم المعاصر، لأنها لا تمتّ إلى الإسلام بصِلّة.

(2) وتدق المسألة بالنسبة لإجماع الصحابة - وإذا كان من المُتفق عليه أن إجماع صحابة رسول الله مصدر من مصادر الشريعة، فمرد ذلك ليس كونه مجرد إجماع، وإنما بوصفه مُتصلاً بالرسول، صلى الله عليه وسلم، وافقهم وأقرهم عليه، ولم ينكره منهم، ممّا يُدخله في إطار السنة بمفهومها العام. انظر في ذلك: ابن حزم - الأحكام في أصول الأحكام - جزء 4 - ص 509، ص 530.

ج - تقويم الاتجاهين:

لا يخفى ما في هذين الاتجاهين من تطرف، يعيب أولهما بالتفريط، وثانيهما بالإفراط؛ فالإتجاه اللاديني، الداعي إلى الفصل التام بين الدين والدولة، والمتأثر في دعوته بالنظريات الغربية، يتصور الإسلام والمسيحية في هذا المقام سواء، ويتجاهل أن الحقيقة غير ذلك، فليس في الإسلام طبقة متميزة، تحنكر العلم بأحكامه وإقامة شعائره، وإنما هو دين واضح المعالم، حلاله بيّن وحرامه بيّن، وليس له سدنة ولا كهنة، ولا أحرار فيه ولا رهبان. وإذا كان الإسلام يحض على العلم، فإنه لا يحصر هذا العلم في فئة من الناس، بل يجعل طلبه فرضاً على الناس كافة. ومؤدى ذلك أن باب الاجتهاد في الدين مفتوح لكل مسلم، وأن المشاركة في التشريع حق لأفراد الشعب كله. ولا يقدر في ذلك أن للاجتهاد ضوابط تحكمه، ومن أهمها اقتصره على المتّقهيين في أمور الدين، فذلك لا يعني تقسيم الناس إلى رجال دين ورجال دنيا، وإنما يعني ألا يتصدى للاجتهاد من كان غير أهل لذلك. وهذا الضابط ليس حكراً على علوم الدين وحدها، وإنما هو ديدن علوم الدنيا أيضاً؛ فمن لم يدرس الطب لا يكون أهلاً لعلاج المرضى، ومن لم يدرس القانون لا يصلح لممارسة المحاماة، ولا لتولي القضاء، ومن الطبيعي أن يصدق ذلك على علوم الدين، وهو ما يفرض على المتّقهيين أن يلتفتوا إلى أحكام الشريعة، وأن يعكفوا على دراستها، حتى يتاح لهم القيام بدورهم في التشريع ووضع معالمه، وليس من حقهم أن يقعدوا عن واجب التفقه في الدين، ثم يجأروا بالشكوى، خوفاً من أن تصبح الدولة ثيوقراطية، قائمة على أساس ديني.

ويلاحظ أن انجرار بعض المتّقهيين العرب والمسلمين وراء الدعوة الغربية إلى فصل الدين عن الدولة، وإسقاط ذلك على الدول العربية والإسلامية، ينطوي على تجاهل حقيقة مؤداها أن هذه الدعوة ليست نابعة من أيديولوجية أصيلة. وأية ذلك أن الدول الغربية باركت قيام دولة في قلب الوطن العربي، تركز على عقيدة دينية، ويضم شعبها أخلاطاً من البشر، لا يربطهم غير الانتماء للدين اليهودي. وبالمقابل فإن الغرب يناهض إقامة أي دولة عربية على أساس ديني. وإذا كان ظاهر هذه المناهضة هو السعي إلى بناء الدولة المدنية الحديثة القائمة على الديمقراطية، فإن باطنها هو ما ترسب في أذهان الغربيين من ذكريات تاريخية قديمة، ترجع إلى عهد انتشار الدعوة الإسلامية في القارة الأوروبية، وما تولده هذه الذكريات من خشية في نفوسهم، تدفعهم إلى الحيلولة دون أن تقوم في المنطقة العربية دولة إسلامية جديدة، قد يشد ساعدها يوماً، فتعيد الكرة عليهم، بإقدامها على مغامرات عسكرية لاستعادة المناطق التي كانت في يوم من الأيام خاضعة للنفوذ الإسلامي. فضلاً عن أن الدول التي يدين السواد الأعظم من



شعوبها بدين الإسلام تنطوي أقاليمها على ثروات وموارد طبيعية، يحرص الغرب على استغلالها والاستفادة منها في تسيير عجلة اقتصادياته، ولو تطلب ذلك خوض غمار الحرب. ومن الطبيعي والحال كذلك أن يحشد ما لديه من إمكانات مادية وبشرية للتنفير من إقامة دولة في هذه المنطقة على أساس ديني، إدراكاً منه أن الإسلام يُنكر على أهله الخضوع لمظاهر التخلف والمذلة والقبول بالاستغلال، واقتناعاً منه بأنه لو قامت في المنطقة العربية دولة إسلامية، بالمعنى الصحيح، لكان من شأن ذلك أن يهدد مصالح الدول الغربية، حتى أن مخططي السياسة في هذه الدول استبدلوا بالشيوعية، بعد تلاشي خطرها إثر انهيار الاتحاد السوفيتي السابق، وأحلوا محلها عدواً آخر هو الإسلام، فأعدوا العدة لمواجهته. ولعل مناصري الاتجاه اللاديني من العرب والمسلمين هم ممن ينطبق عليهم قول الباري جلّ وعلا: { وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ ﴿٥٠﴾ وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ ﴿٥١﴾ أَفِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ أَمْ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولَهُ بَلْ أَوْلَيْتَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٥٢﴾ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿٥٣﴾ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَخْشَ اللَّهَ وَيَتَّقْهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ }^(١).

أما الاتجاه الديني، فما يعيبه هو الإفراط والمبالغة في تصوير الدولة الإسلامية على النحو الذي سجلته السوابق التاريخية في عهد الخلفاء الراشدين، وما تلاه من الخلافتين الأموية والعباسية، حيث كان الخليفة يجمع بين يديه مقاليد كل الأمور، ويتصرف في مختلف شؤون الدولة، باعتباره الحاكم بأمر الله، الذي تُنَاط به السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. وتزداد خطورة هذا الاتجاه إذا لاحظنا أن أنصاره يتمسكون بفرضه، ويرون أن ذلك ضرباً من ضروب الجهاد في سبيل الله، وأنه حرب مُقدّسة ضد كل من لا يدين بدين الإسلام، حتى يُسلم أو يدفع الجزية عن يد وهو صاغر، ويُصوِّرون غير المسلمين على أنهم فئة منبوذة، ليس لهم من الحقوق إلا ما يوجد به الخليفة أو أمير المؤمنين، بل إن من هؤلاء من يذهب إلى تكفير المسلمين الذين يُعارضونهم في هذه الدعوة، ويصفونها بالمبالغة والإفراط، إلى حدّ التزمت أو التعصب. والحق أن الإسلام بريء من ذلك كله، وإذا كان مبدأ الحاكمية لله وحده من القضايا التي لا تحتل الجدل ولا الخلاف، فإن ما يُراد ترتيبه على هذا المبدأ من نتائج وآثار لا يحتمل ذلك؛ فنسبة الحكم إلى الله - جلّ وعلا - لا تُثير مشكلة فيما يخص المبادئ والأسس العامة المُتفق عليها، والتي تجد مصدرها في النصوص القطعية الدلالة والثابت، من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والتي لا يمكن استبعاد الخضوع إليها بأي حال من الأحوال. لكن هذه

(١) سورة النور - الآيات 47 - 52

المشكلة تتصل بالفروع التي يثور الخلاف بشأنها، سواء كان مرد ذلك إلى تباين الآراء في تفسير بعض آيات القرآن، أو في مدى قبول بعض الأحاديث، أو تفسير بعض ما أتفق على ثبوته منها. وأغلب هذا الخلاف، المتصل بمسائل فرعية، إنما يتعلق بما عدا القرآن والسنة من مصادر أخرى، ففي الفقه من يرفضها أصلاً، وفيه من يتشدد في قبولها، وفيه من يذهب مذهباً وسطاً بين هذا وذاك. وليس هنا مقام البحث في هذه المسألة، التي تعج بطون كتب الفقه بتحليلها وتأصيلها⁽¹⁾، لكن المقام يقتضينا الإشارة إلى جملة أمور:-

أولها: التأكيد على لزوم التفرقة بين الشريعة وفقه الشريعة، وفق ما انتهينا إليه في الفقرة (أولاً) من هذه الدراسة. وليس معنى ذلك التكرار لفقه الشريعة، ولا التقليل من قدره، فهذا الفقه ثروة فكرية وعلمية، لا يجحد قيمتها إلا جاهل أو مكابر، غير أنه مع ذلك لا يرقى، من حيث قوة الإلزام، إلى مرتبة النصوص القطعية الدلالة والثبوت من القرآن والسنة.

ثانيها: أن الاتفاق تام بين الفقهاء على وجوب العمل بنصوص الكتاب، المحفوظ منذ نزل على النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يُحرف منه نص، ولم تبدل منه كلمة، ووجوب العمل كذلك بنصوص السنة النبوية الشريفة، المدونة والمحققة في كتب الصحاح المعروفة، وفق ضوابط دقيقة وصارمة. أما الخلاف فيتصل بالاختلاف حول طرق الاستنباط، ومنه ما يعود إلى اختلاف غير الكتاب والسنة، وفيه ما يتصل بالاختلاف حول طرق الاستنباط، ومنه ما يعود إلى اختلاف ظروف المكان والزمان. وهو في الحالتين أشبه ما يكون بما نراه اليوم بين فقهاء القانون المعاصرين، وما نلمسه في أحكام القضاء، حول تفسير نصوص القانون وتطبيقها.

ثالثها: أن اختلاف الفقهاء ليس من شأنه أن يعيب الشريعة، وإنما هو امتياز لها، ودليل على مرونتها وصلاحتها للتطبيق في كل مكان وزمان، وعلامة على خصوبتها وحيويتها واتساع صدرها لحرية البحث والاجتهاد والتيسير على الناس. ومن هنا فإن اختلاف الفقهاء هو اختلاف دائر في فلك نظم قانوني واحد، وليس اختلافاً بين نظم قانونية متعددة.

رابعها: أن الغلو والتطرف من شأنه التضيق على المشرع، ولا شك في أن التوسعة في هذا المقام أولى من التضيق، لأن التوسعة على المشرع توسعة على الناس، والتضيق على المشرع تضيق عليهم. وإذا كنا نستبعد الاتجاه الداعي إلى الفصل التام بين الدين والدولة، فليس معنى ذلك ترجيح الاتجاه الرامي إلى ربط مفهوم الشريعة، في الدستور المرتقب، بما كان عليه

(1) انظر على سبيل المثال: أستاذنا الدكتور سعيد محمد الجليدي - مصدر سابق - ص 371 وما بعدها.



الحال في عهد الخلافة الراشدة، وما تلاها من عهود الخلافة الأخرى، دون مراعاة لاختلاف ظروف المكان والزمان، وإنما المقصود هو الاعتدال والوسطية، بلا تفریط ولا إفراط؛ فالأحكام التي وردت بها نصوص صريحة في الكتاب والسنة، قطعية الثبوت والدلالة، لا مجال فيها للاجتهاد مطلقاً، وهي خالدة لا تقبل تبديلاً ولا تعديلاً، ولا يحق لمسلم القول بتعطيلها، سواء كان حاكماً أو محكوماً. أما المسائل المتعلقة بالنصوص الظنية الدلالة، والقابلة للتأويل، أو المسائل التي لم يرد في شأنها نص، فباب الاجتهاد فيها مفتوح على مصراعيه.

وللمُشرِّع أن ينظر فيها، ويوازن بين مختلف الآراء، ويرجح من بينها ما يراه أولى بالاتباع، وأن يضع لها من الأحكام ما يراه ملائماً، دون أن يتقيد في ذلك برأي مذهب معين، وكل ما يتقيد به هو التزامه بالقواعد الكلية للشريعة، ومبادئها العامة⁽¹⁾.

ومؤدى ما تقدم أن وضع الشريعة الإسلامية في النظام القانوني للدولة لا ينبغي أن يُترك لاجتهاد المشرع العادي وتقديره، وإنما يتعين النص عليه في صلب الدستور، بصيغة تكفل إلزام المشرع بمبادئها العامة وقواعدها الكلية، وتحول في الوقت نفسه دون تقييده باتجاه معين أو مذهب محدد في المسائل محل الخلاف، فما هي الصيغة التي يمكن تبنيها في الدستور المُرتقب، والتي من شأنها تحقيق التوازن المطلوب؟

ثالثاً- صيغة النص على وضع الشريعة في الدستور:

تعددت الخيارات المطروحة على هذا الصعيد، وأهمها النص على أن "الإسلام دين الدولة"، أو النص على أن "الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع". وتتفرع عن الخيار الثاني خيارات فرعية متعددة، أبرزها الاكتفاء بالصيغة العمومية، كما وردت في هذا الخيار، أو النص على أن "الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع"، أو النص على أن "الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع". ولكل صيغة من هذه الصيغ مدلول يختلف عن غيره، فأياًها الأجدر بالتبني في الدستور الليبي المرتقب؟

أ - الإسلام دين الدولة:

(1) انظر في ذلك: أبو الأعلى المودودي - تدوين الدستور الإسلامي - محاضرة منشورة في كتابه المعنون (نظرية الإسلام وهدية) - دمشق - 1967م - ص 262 وما بعدها . الشيخ عبد الوهاب خلاف - مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه - منشورات دار القلم - الكويت - 1970م - ص 11 - ص 13.

هذه الصيغة هي ديدنُ السواد الأعظم من الدساتير القائمة في الدول العربية والإسلامية. ويلاحظ على هذه الصيغة ما يلي:

1- أن كل ما لهذه الصيغة من دلالة لا تعدو الإقرار بكون الشعب، كلاً أو سواده، يدين بالإسلام، أي أن الدولة تعترف بذلك ولا تنكره. والنص على هذا النحو لا يختلف عن النصوص المتعلقة بشعار الدولة ونشيدها الوطني وألوان علمها، وآية ذلك ان الدساتير التي تتبنّى هذه الصيغة تضعها ضمن النص على المسائل المشار إليها.

2- أن صيغة النص على هذا النحو نُقلت عن الغرب إلى بعض الدساتير العربية والإسلامية، رغم ما بين الديانتين الإسلامية والمسيحية من اختلاف في طبيعة كل منها. وإذا كان لهذه الصيغة ما يبررها في الدساتير الغربية، بحكم ما شهدته التاريخ السياسي للكنيسة من أحداث في العصور الوسطى، وما ترتب عليها من نتائج، أفضت إلى اعتبار المسيحية مُجرّد معتقد، وإطلاق يد الدولة في تنظيم مختلف شؤون الحياة بقوانين وضعية خالصة، لا شأن لها بأمر الدين، فإن ذلك يختلف تماماً مع طبيعة الإسلام، لأنه لا يقتصر على جانب العبادات وحده، وإنما يشمل شؤون الحياة بشئى صورها.

3- أن الاكتفاء بالنص في الدستور على أن "الإسلام دين الدولة" يجعله فارغ المضمون، ولا يعدو كونه تملقاً للشعب وخداعاً له، والتفافاً على اتجاه رغبة أبنائه إلى تحكيم الشريعة في أمور دينهم ودنياهم؛ فالنص بهذه الصيغة لا يلزم المشرع بشيء، ويُتيح له سلطة سن القوانين، وفق ما يراه مناسباً لظروفه، دون أن يكون ملزماً بتكليف نفسه عناء البحث عن مدى اتفاق قوانينه مع أحكام الشريعة الإسلامية أو مخالفتها. وإذا جاءت هذه القوانين موافقة للشريعة، فذلك أمر عارض وغير مقصود لذاته، وهو في أغلب الأحوال مجرد توافق لا اتفاق.

4- والنتيجة المنطقية التي تُفضي إليها المقدمات السالفة الذكر، أن النص بهذه الصيغة ليس من شأنه أن يسم القانون المخالف للشريعة بسمة عدم الدستورية.

وإذا أُتيح للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا أن تنظر طعناً يقدم إليها على هذا الأساس، فلن يكون أمامها سوى الحكم برفض الطعن، لأن النص الدستوري بهذه الصيغة لا يُلقي على عاتق المشرع التزاماً دستورياً بهذا المعنى، ولا يكون بذلك قد ارتكب مخالفة من شأنها أن تدمغ قانونه بعبء الخروج على مُقتضيات الدستور، فمثل هذا النص هو مجرد شعار نظري، يُطلق يد المشرع، ويغل يد المحكمة العليا في مراقبة مدى اتفاق القوانين مع أحكام الشريعة الإسلامية.



ب - الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع:

السائد بين فقهاء القانون صرف مدلول "مصدر القاعدة القانونية" إلى أحد معنيين: مصدر موضوعي أو مادي، يرمز إلى جوهر القاعدة أو مضمونها، ومصدر شكلي أو رسمي، يُضفي على هذا الجوهر أو المضمون صفة الشرعية، ويُسبغ على القاعدة طابعها القانوني الملزم. وإذا كنا نتحدث عن الشريعة الإسلامية بوصفها مصدر للتشريع، فمدلول المصدرية في هذا المقام ينصرف إلى المعنى الأول (الموضوعي أو المادي). أي أن المشرع يستمد مضمون القواعد القانونية، التي ينص عليها في قوانينه، من الشريعة الإسلامية.

والنص الدستوري على وضع الشريعة بهذه الصيغة يكتفي بجعلها "مصدراً" إلى جانب المصادر الأخرى، التي يستلهم منها المشرع تشريعاته، ومن أهمها الأعراف السائدة، والتشريعات المقارنة في الدول الأخرى، ومبادئ العدالة، فكل هذه المصادر - إلى جانب الشريعة الإسلامية - سواء في كونها روافد المعين الذي ينهل منه المشرع مضامين تشريعاته. وليس في النص بهذه الصيغة تغليب للشريعة على غيرها من المصادر، وإنما تنصرف دلالاته إلى أن هذه المصادر جميعها سواء، لا أفضلية لأحدها على سواه، إلا بمدى ملاءمته للمسألة التي يروم المشرع تنظيمها، وتقدير هذه الملاءمة أمر متروك للمشرع وحده، دونما تعقيب عليه من القضاء الدستوري، فإذا تعارضت هذه المصادر فيما بينها، فليس في النص الدستوري، بهذه الصيغة، ما يُلزم المشرع بأن يعطي الشريعة الأولوية في تقنين حكمها، وإنما يُطلق يده في تقديم غيرها عليها، حتى لو كان مخالفاً لحكم من أحكامها، دون خشية أن يكون قانونه مشوباً بعيب عدم الدستورية. ومؤدى ما تقدم أن النص على وضع الشريعة الإسلامية في الدستور، بمثل هذه الصيغة، لا يعدو كونه من قبيل تحصيل الحاصل، لأن كون الدين مصدراً من مصادر التشريع هو ممّا لا يحتاج إلى نص يُقرره، بحسبانه مبدأ من المبادئ العامة السائدة في مختلف النظم القانونية، واستقر عليه اجتهاد الفقه والقضاء، سواء نص عليه الدستور، أو ضرب عنه صفحاً.

ج - الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع:

مؤدى النص على وضع الشريعة الإسلامية في الدستور، بهذه الصيغة، اعتبارها دون غيرها المصدر الذي ينبغي أن يستقي منه المشرع قوانينه، ولا يصح له بأي حال من الأحوال أن يلتفت عنها إلى سواها، فإذا ما أقدم على ذلك، كان قانونه مشوباً بعيب عدم الدستورية، وتعيّن على الدائرة الدستورية الحكم بإلغائه.

ويميل البعض إلى هذه الصيغة، ويرونها الأجدر بتبنيها في الدستور، وحجتهم في ذلك أن الشريعة الإسلامية نظام قانوني، تتسع أحكامه لجميع جوانب الحياة، وأنها على درجة من المرونة، تجعلها كفيلة بتقرير حكم لكل مسألة، وهي من الوفرة والخصوبة، بالقدر الذي يغني المشرع الوضعي عن تلمس الحكم فيما عداها.

ويبدو واضحاً أن هذا الرأي يتفق مع الاتجاه القائل بأن مفهوم الشريعة الإسلامية لا يقتصر على الأحكام المنصوص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وإنما يمتد ليشمل غيرها من المصادر الفرعية الأخرى، كالإجماع والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب والعرف، فهي بهذا المعنى تستغرق كل هذه المصادر، بحيث تتصرف دلالة النص على كونها المصدر الوحيد إلى أنه إذا عرّضت للمشرع مسألة، وأراد أن يقرر بشأنها حكماً، فعليه أن يبحث عن هذا الحكم في الكتاب أو السنة، فإن تعذر عليه العثور على نص يعالجها في هذا المصدر أو ذاك، وجب البحث في المصادر الفرعية للشريعة. وقد سبق لنا تناول هذا الاتجاه في الفقرة (أولاً) من هذه الدراسة، وانتهينا إلى خطئه بين الشريعة وفقه الشريعة، رغم ما بينهما من اختلاف، ونكتفي هنا بالإحالة إلى ما ذكرناه في الموضوع المذكور، تحاشياً للتكرار.

أما إذا قومنا هذا الرأي في ضوء الاتجاه القائل باقتصار مدلول الشريعة الإسلامية على الأحكام المنصوص عليها في الكتاب والسنة، وعدم امتداده ليشمل مصادر فرعية أخرى، وهو الاتجاه الذي رجحناه، فإن مؤدى ذلك التضييق على المشرع في أداء مهمته المتعلقة بالتشريع، فقد لا تسعفه النصوص في بيان حكم للمسألة، إما لعدم النص أصلاً، أو لوجود نص ظنيّ الدلالة أو الثبوت، الأمر الذي لا مناص معه من البحث عن هذا الحكم في المصادر الأخرى، وهو ما لا قبل له به، إذا ما نصّ الدستور على أن "الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع".

وقد يعنّ لمُعترض القول بأنه يمكن تلافي هذا المحذور بصرف مدلول الشريعة الإسلامية، ليستغرق المصدرين الأصليين (الكتاب والسنة) والمصادر الفرعية الأخرى، وبذلك تنتسئ التوسعة على المشرع في البحث عن الحكم المراد تقنينه. غير أن هذا القول يوقعنا في محذور آخر، لا يقل خطورة عن سابقه، بل زيمًا يكون أشدّ خطورة، لأن مؤداه إلزام المشرع بما قرره الفقهاء من أحكام. وإذا كُنّا قد أكدنا - فيما تقدم - على أهمية الأحكام الفقهية، باعتبارها ثروة لا يجحد قيمتها إلا جاهل أو مكابر، ولأنها نتاج اجتهاد علماء أحاطوا بنصوص الكتاب والسنة، وجمعوا إلى ذلك البراعة في فهم أسرار اللغة، والفتنة إلى مقاصد الشرع، وسلس لهم زمام المنطق، فأولوا من النصوص ما كان قابلاً للتأويل، واستتبطنوا لأهل زمانهم أحكاماً فيما لم



يرد بشأنه نص، تشهد لهم بقوة العارضة، ودقة التحليل، وبراعة الاستنباط، وليس في وسع المُنصف إلا أن يقف أمامهم مبهوراً، غير أن هذه الأحكام، مع ذلك كله، تظل ضرباً من ضروب الاجتهاد البشري، الذي يحتمل الصواب ويحتمل الخطأ، الأمر الذي يجعلها، أياً كانت قيمتها، لا ترقى من حيث قوة الإلزام إلى مرتبة النصوص، وهو ما أقر به الفقهاء أنفسهم، وفي مقدمتهم الإمام مالك، رضي الله عنه، صاحب المذهب السائد في بلادنا؛ حيث رفض الاستجابة لدعوة أبي جعفر المنصور تدوين مذهبه ليُلزم الناس باتباعه، معللاً رفضه بأن لكل قوم سلفاً وأئمة، ومن الخير بقاؤهم على حالهم. وأعاد عليه هارون الرشيد ذلك، فأجابه بأن أصحاب رسول الله، صلى الله عليه وسلم، اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان، وكُلُّ مصيب. وهكذا كان حال باقي الأئمة، رضوان الله عليهم جميعاً، ولا نرى محلاً للاسترسال في التمثيل، لأن الأمر يطول، وأمّهات كتب الفقه الإسلامي غنية بالأمثلة، فيمكن الرجوع إليها لمن يريد أن يستزيد. فضلاً عن أن للفقهاء آراء متباينة في المسألة الواحدة، تبعاً لاختلاف ظروف المكان والزمان، الأمر الذي من شأنه أن يوقع المُشرِّع في الحرج والحيرة بينها. ولا يمكن تجاوز هذا المحذور بإلزام المشرع بمذهب معين، كالمذهب المالكي، باعتباره المذهب السائد في معظم المناطق الليبية، لأن ذلك من شأنه أن يقودنا إلى محذورين آخرين: أولهما أن من المناطق الليبية من يتبع أفرادها مذهباً فقهياً آخر (وأعني المناطق الأمازيغية التي يسود فيها المذهب الإباضي). وإذا كان أبناء هذه المناطق يتحفظون على تهميش لغتهم في الدستور، فأولى بهم أن يتحفظوا على تهميش المذهب الذي يتبعونه. أما المحذور الثاني فيتمثل في أن واقع الحياة المتطورة، لاسيما في عصرنا الحالي، لا يعدم أن تطرأ على المشرع مسألة لم يسبق لفقهاء المذهب المختار أن صادفوها، ولا حتى تصوروا وقوعها، الأمر الذي يُعيدنا إلى نقطة البدء. وبناءً عليه فلا مناص من البحث عن صيغة أخرى، من شأنها تلافي الوقوع في أي من هذه المحاذير.

د - الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع:

ليس الجديد في هذه الصيغة أنها تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، فهذا ما تقرره الصيغتان السابقتان عليها، فضلاً عن أن هذه المكانة ثابتة للشريعة، دون الحاجة إلى نص يقرها، على النحو الذي سبق بيانه في البند (ب) من هذه الفقرة، وإنما الجديد في هذه الصيغة جعلها الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع. وإذا كان الأصل هو تكافؤ المصادر الموضوعية أو المادية للتشريع، فإن النص في الدستور بهذه الصيغة يدل على اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الأول للتشريع. ومؤدى ذلك أنها تتوسط سابقاتها من الصيغ، التي أتينا على شرحها فيما تقدم، فهي لا تكتفي بمجرد النص على أن "الإسلام دين الدولة"، ولا تقتصر على

اعتبار الشريعة مجرد "مصدر التشريع" تُزاحمها مصادر أخرى، وتتكافأ معها في القوة والإلزام. وهذه الصيغة تتلافى جعل الشريعة "المصدر الوحيد للتشريع"، وتتجنب ما يترتب على ذلك من محاذير، عرضنا لها في البند السابق من هذه الفقرة. ووجه الوسطية والاعتدال في هذه الصيغة أنها تحكم دور المشرع في التشريع، بصورة لا تتطوي على تفريط في وضع الشريعة الإسلامية، ولا على إفراط فيه. أمّا عدم التفريط فلأن هذه الصيغة لا تُطلق يد المشرع في اختيار أو تفضيل غير الشريعة من المصادر الأخرى، وإنما تُلزمه بتقنين الأحكام التي وردت بشأنها نصوص صريحة في الكتاب والسنة، متى كانت هذه النصوص قطعية في ثبوتها وفي دلالتها. وأمّا عدم الإفراط في هذه الصيغة فيمكن في التوسعة على المشرع، وعلى الناس؛ ويظهر ذلك في المسائل التي وردت بشأنها نصوص قابلة للتأويل، لكونها ظنية الدلالة أو الثبوت، وفي المسائل التي لم يرد بشأنها نص (لا قطعي ولا ظني).

ووجه التوسعة في هذه المسائل بجانبها أن الصيغة المائلة تتيح المجال للاجتهاد، وتترك بابه مفتوحاً، بحيث يتسنى للمشرع أن ينظر في النصوص القابلة للتأويل، وأن يُوازن بين آراء المجتهدين، ثم يُرجح بينها ما يراه أولى بالاتباع، ويصوغه في شكل قواعد قانونية، يلتزم بها الناس جميعاً، كما تُتيح هذه الصيغة للمشرع مواجهة ما يطرأ في حياة الناس المتطورة من مسائل، لم ترد بشأنها نصوص من الشريعة، بحيث يضع لها من الأحكام ما يراه ملائماً لظروف الحياة في عصره. ولا قيد على المشرع في الحاليتين سوى التزامه حدود التأويل، وعدم خروجه عن قواعد الشريعة الكلية ومبادئها العامة.

أما في إطار هذه الحدود، فللمشرع أن يستمد أحكامه من أي مصدر يفي بحاجة. والوجه الآخر لوسطية هذه الصيغة واعتدالها أنها لا تُنكر أهمية التراث الفقهي الإسلامي وقيّمته، إذ لا غنى للمشرع، في القيام بدوره التشريعي، عن الرجوع إلى الثروة الفكرية التي خلفها فقهاء الشريعة، وهي بالمقابل لا تُقيده بمذهب فقهي بذاته، ولا بفقعه عصر بعينه، وإنما تفتح عيني المشرع على اجتهادات فقهاء الشريعة، بمختلف انتماءاتهم، وتعدد عصورهم وأزمانهم.

ولا يخفى ما في هذا المسلك من توسعة؛ فكلما تعددت الحلول الشرعية أمام المشرع، زادت فرصه في اختيار أنسبها لظروف مجتمعه، وأيسرها على الناس، وأفضلها للصالح العام، دون أن يُرمى بمخالفة الشرع، ولا أن تُدمغ قوانينه بعدم الدستورية.



الخاتمة

أما وقد بلغنا نهاية المطاف، في بحثنا عن وضع الشريعة الإسلامية في الدستور المرتقب، فقد بات حقيقاً علينا، قبل أن نُلقي عصا التسيار، إجمال ما فصلنا، وتلخيص ما توصلنا، وهو ما يمكن إيجازه فيما يلي من نقاط:

أ- أن مدلول الشريعة الإسلامية ينصرف إلى الأحكام المستمدة من النصوص الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والقطعية الدلالة والثبوت. وهو بهذا المعنى يتعلق بالمبادئ العامة والقواعد الكلية، التي لا مجال فيها للخلاف والاجتهاد، ولا تقبل تأويلاً ولا تبديلاً لأي سبب، ولا يحل لمسلم تعطيلها، حاكماً كان أو محكوماً.

ب- أن فقه الشريعة غير الشريعة ذاتها، فهو يتعلق باجتهادات الفقهاء في المسائل التي وردت بشأنها نصوص قابلة للتأويل، لكونها ظنية الدلالة أو الثبوت، والفقه الشرعي بهذا المعنى أشبه ما يكون بالفقه الوضعي، من حيث كونه اجتهاداً في تفسير النصوص وتأويلها.

ج- أن قوة الإلزام الدستوري تقتصر على أحكام الشريعة، ولا تمتد إلى اجتهادات فقه الشريعة، دون ان يكون من شأن ذلك التقليل من قيمة هذا الفقه أو الحط من قدره، وإنما الغاية هو إفساح المجال للمشرع لاختيار أنسب الآراء الفقهية، وأيسرها على الناس، وأفضلها للصالح العام، بلا تعصب لمذهب بذاته، ولا التزام بفقه عصر بعينه.

د- لا يكفي لتحديد وضع الشريعة في الدستور المرتقب مجرد النص على أن "الإسلام دين الدولة"؛ لأن مؤدّى ذلك لا يعدو كونه شعاراً، وهو أشبه ما يكون بالنص على شعار الدولة، وألوان علمها، وليس من شأنه أن يُلزم المشرع في شيء.

هـ- كما لا يكفي في هذا المقام النص على أن "الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع"؛ لأنه من قبيل تحصيل حاصل، وهو أمر ثابت بذاته، دونما حاجة لنص يُقرره، فضلاً عن كونه يغط الشريعة قدرها، ويُنزلها منزلة مساوية لمصادر التشريع الأخرى، ويؤدّي بالتالي إلى عدم إلزام المشرع بتقنين أحكامها، حيث يفسح له المجال لتغليب المصادر الأخرى عليها، ولو كانت مخالفة لها، دون أن يتعرض للوقوع في عيب عدم الدستورية.

و- كما لا يستقيم النص في الدستور على أن "الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع" لأن هذا النص من شأنه إيقاع المشرع في واحد أو أكثر من المحاذير التالية:

1- التضييق على المشرع في أداء مهمته المتعلقة بالتشريع؛ فقد لا تُسَعفه نصوص الكتاب والسنة في تقنين حكم للمسألة المراد تنظيمها، إما لعدم النص عليها أصلاً، أو لوجود نص ظني الدلالة أو الثبوت، ولا يكون بمقدوره اللجوء إلى المصادر الأخرى، إذا ألزمه بأن يستمد قوانينه من الشريعة الإسلامية كمصدر وحيد، دون غيرها من المصادر.

2- إلزام المشرع بآراء الفقهاء، على ما بينها من اختلاف وتباين، تبعاً لاختلاف ظروف المكان والزمان، وهو ما حدا بالفقهاء أنفسهم إلى التترُّه عنه، ورفض دعوات الحكام إلى تدوين مذاهبهم، وإلزام الناس بها، فضلاً عن أن ذلك من شأنه إيقاع المشرع في الحيرة والحرَج .

3- الوقوع في مظنة تهميش بعض المكونات الثقافية في المجتمع الليبي، وعلى الأخص المكوّن الأمازيغي، الذي يتبع أبناؤه المذهب الأباضي، لاسيما إذا فهم النص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع بمعنى المذهب السائد لدى غالبية الليبيين، وهو المذهب المالكي.

4- مخالفة واقع الحياة المتطورة في عصرنا الحالي؛ فمن الطبيعي أن تطرأ على المشرع مسائل لم يسبق للفقهاء أن صادفوها في زمانهم، ولا تصوروا وقوعها بعدهم، الأمر الذي يصيب المجتمع بالجمود، ويتعارض مع مبدأ مرونة الشرع الإسلامي الحنيف، وقابليته لمواكبة التطور الذي تشهده دنيا الناس.

ترجيح صيغة النص على أن "الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع"، بحسبانها الصيغة التي تكفل الوسطية والاعتدال، دون التقريط في منزلة الشريعة ومكانتها ومرتبته الأولى بين مصادر التشريع، وبلا إفراط في فهم مدلولها، بما من شأنه التضييق على المشرع في تنظيم شؤون الحياة.

وما توفيقي إلا بالله، عليه توكلت وإليه أنيب



حرية المعتقد الديني في دول مجلس أوروبا

قراءة في أحكام المحكمة الأوروبية

الدكتور: عمران عبدالسلام الصفراني

كلية القانون - جامعة طرابلس



دراسة التجربة الأوروبية ذات أهمية خاصة بالنسبة لليبيا، حيث يتم الاعداد لدستور جديد للدولة. وحرية الفكر والضمير والدين من حقوق الإنسان التي قلما تخلو وثيقة دستوريه من النص عليها، وهي من الحقوق المعترف بها دوليا، نصت عليها المادة (18) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م وليبيا طرف في هذا العهد.

ومن جهة أخرى تُعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (اتفاقية روما 1950م) أهم الوثائق الدولية لحماية حقوق الإنسان بشكل عام، وأهمها فيما يتعلق بالحق في حرية المعتقد الديني بشكل خاص، وذلك لعدة أسباب منها.

أولاً: أن اتفاقية روما 1950م هي أقدم الوثائق الدولية الملزمة في مجال الحماية الدولية لحقوق الإنسان، ولهذا كانت المثال النموذجي لغيرها من الوثائق الدولية العالمية منها والإقليمية. فالوثائق الدولية التي أتت بعدها، وإن اختلفت معها في بعض الجوانب⁽¹⁾، إلا أنها تستلهم نصوصها بشكل عام، باعتبارها الرائدة في مجال الحماية الدولية لحقوق الإنسان.

ثانياً: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (اتفاقية روما 1950) هي اتفاقية إقليمية خاصة بدول منظمة مجلس أوروبا، وهي نتاج لتطور تاريخي خاص بالقارة الأوروبية، سواء في مجال أسس

** جزيل الشكر والامتنان للأستاذة الأفاضل الذين راجعوا مسودة هذا البحث واستقدت من تعليقاتهم وتصويباتهم في تجنب الكثير من جوانب النقص. وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور امحمد الرازقي والأستاذ الدكتور الكوني اعبوده والدكتور ضو أبوغرارة والدكتورة ايناس أبوحميرة والاستاذة خديجة البوعيشي والأستاذ محمد رعدان والأستاذ وليد درور والاستاذة سالمة عمار.

* مجلس أوروبا منظمة دولية أوروبية تضم الدول الأوروبية التي صدقت أو انضمت إلى معاهدة لندن لسنة 1949م التي أنشأتها. وعضوية هذه المنظمة متاحة لجميع دول القارة الأوروبية التي تقوم على أساس الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان. ومن أهم أجهزة المنظمة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي أنشئت بموجب اتفاقية روما 1950م. وتضم المنظمة في عضويتها "47" دولة وهي كل الدول الأوروبية ما عدا روسيا البيضاء والفاتيكان.

(1) تختلف بعض الوثائق الدولية عن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في مجال الحق في الحرية الدينية من حيث عدم النص مثلا في المادة (18) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على حق الفرد في تغيير دينه، نظراً لاعتراض الدول الإسلامية على ذلك. لمزيد من التفصيل انظر

Paul M. Taylor. Freedom of Religion. Cambridge. Cambridge university Press.

2005.p28,29



تنظيم علاقة الفرد بالدولة، أو في مجال علاقة الدولة بالدين. الأمر الذي يعني أن التوافق الأوروبي بشأن حرية المعتقد الديني يمثل نموذجاً للحرية الدينية في إطار تصور مشترك لوظيفة الدولة وعلاقتها بالدين، يقوم هذا التصور على أساس مبدأ حيادية الدولة تجاه الحياة الدينية للأفراد. ودراسة هذا النموذج الخاص لها أهمية بقدر أهمية الممارسات الأوروبية في جميع المجالات.

ثالثاً: تتميز اتفاقية روما عن غيرها من الوثائق الدولية لحماية حقوق الإنسان بأنها تتوفر على آلية لمراقبة احترام الدول الأطراف للحقوق الواردة بها، وهي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تملك التفسير الملزم لنصوص الاتفاقية. الأمر الذي يجعل السوابق القضائية لهذه المحكمة مصدراً مهماً للوقوف على مضمون حقوق الإنسان الواردة فيها، ومن أهمها تلك السوابق المتعلقة بمضمون الحق في حرية المعتقد الديني ودور الدولة في احترامه وحمايته.

وتناقش هذه الدراسة مضمون ونطاق الحماية الأوروبية لحرية المعتقد الديني وقيود ممارسته في نصوص اتفاقية روما، كما فسرتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في ضوء المبادئ المؤسسة للاتفاقية. وتأثير هذه المبادئ على مضمون هذا الحق وقيود ممارسته.

وذلك من خلال مطلبين

نتناول في الأول/ مضمون الحق في حرية المعتقد الديني ومظاهره وحدود ممارسته في نصوص الاتفاقية وتطبيقها من قبل المحكمة.

ونتناول في الثاني/ مسؤولية الدولة عن حماية واحترام الحق في إظهار الدين أو المعتقد في ضوء المبادئ المؤسسة للاتفاقية روما.

المطلب الأول

مضمون الحق في حرية المعتقد الديني

تنص المادة (9) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية (سيشار إليها فيما بعد اتفاقية روما) على أنه "1- لكل شخص الحق في حرية الفكر والضمير والدين. ويستلزم هذا الحق حرية تغيير الدين أو المعتقد. وكذلك حرية إظهار الدين والمعتقد فردياً أو جماعياً، وفي العلن أو في السر، بالتعبد والتعليم والممارسات وإحياء الشعائر.

2- لا يجوز وضع قيود على حرية إظهار الدين أو المعتقد غير تلك المنصوص عليها في القانون والتي تشكل تدابير ضرورية في المجتمع الديمقراطي، للأمن العام أو حماية النظام أو الصحة أو الأخلاق العامة أو حماية حقوق الغير وحرياته".

يتضمن هذا النص فقرتين، الأولى تتناول الحق في حرية "... الفكر والضمير والدين". وهذا الجانب يتعلق بالاعتقاد الداخلي لكل شخص، وهو في الحقيقة لا يثير إشكالاً لأنه حر بطبيعته. فكما أشار إلى ذلك أحد الفقهاء بالقول "حرية التمسك بالدين أو المعتقد أو تغييره تقع مبدئياً ضمن نطاق المعتقد الداخلي والضمير الفردي. ومنظور إليها من هذه الزاوية يمكننا الافتراض بأن أي تدخل من الخارج ليس فقط غير مشروع بل هو غير ممكن"².

وعلى ذلك فإن فائدة الاعتراف بالحق في حرية الاعتقاد الداخلي وهو ما يطلق عليه Forum internum هي في الواقع ليست أكثر من أساس للاعتراف بمظاهره، أو بحرية التصرف بناء عليه. وهو ما أشارت إليه الجملة الثانية من المادة (1/9) بالقول "ويستلزم ذلك ... حرية إظهار الدين أو المعتقد ..."

والثانية تتعلق بالقيود التي يمكن فرضها على إظهار الشخص لدينه أو معتقده سواء من أجل حماية حقوق الآخرين أو من أجل حماية المصالح العامة للمجتمع ككل. وفي كلا الحالتين تنور مجموعة من الأسئلة بشأن المقصود بالدين أو المعتقد، ونطاق الحماية التي توفرها المادة (1/9) لحق الإنسان في حرية الدين والمعتقد (فرع أول) وشروط تقييد الدولة لإظهار الدين أو المعتقد وفقاً

². Arcot Krishnaswami. "Study of discrimination in the matter of religious rights and practices "New York. United Nations .1960. (E/CN.4/Sub, 2/200/Rev.1) p.16.



للمادة (2/9) (فرع ثان).

الفرع الأول: - مفهوم المعتقد الديني ونطاق حمايته.

نصت المادة (1/9) من اتفاقية روما على جانبين للحق في حرية المعتقد الديني، الجانب الأول يتعلق بالبعد الداخلي للحرية الدينية، وهنا ورد الدين مقترنا بـ "الفكر والضمير" وهذا الجانب يطلق عليه Forum internum وهو كما أسلفنا حر بطبيعته ولا يمكن التدخل فيه، إلا أن الاعتراف به مقدمة للاعتراف بالحق في إظهاره للكافة، وهو الجانب الثاني للحق في حرية المعتقد الديني الذي تناولته المادة (1/9) من اتفاقية روما، والذي يطلق عليه "Forum externum". بما يشمل إظهار الدين أو المعتقد عن طريق " ... التعب والتعليم والممارسة وإحياء الشعائر".

ووفقاً لأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فإن الحماية التي توفرها المادة (1/9) فيما يتعلق بالجانب الأول، تشمل جميع المعتقدات الدينية والفلسفية. وقد تجنبت المحكمة توصيف اعتقاد معين على أنه ذو طبيعة دينية أو فلسفية، وذلك لعدم ضرورة هذا التصنيف ما دامت الحماية المنصوص عليها في المادة (1/9) تشمل الاثنين⁽³⁾. ففي قضية "Kokkinakis" أشارت المحكمة إلى أنه " كما هو منصوص عليه في المادة (9). حرية الفكر، والضمير، والدين هي أحد أسس المجتمع الديمقراطي بالمعنى الوارد في الاتفاقية. وهي في بعدها الديني، أحد أهم العناصر الحيوية التي تقوم عليها هوية المؤمنين ومفهومهم للحياة. وهي كذلك رصيد مهم للملحدين والمنكرين والمشككين واللامباليين. والتعددية يعتمد عليها المجتمع الديمقراطي وغير قابلة للفصل عنه"⁽⁴⁾. إلا

(3) انظر لمزيد من التفصيل.

Malcolm D. Evans. Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas.

Martinus Nijhoff Publishers. Leiden • Boston. 2009.p.10 etc.

ويرى البعض أن الجمع بين الدين والمعتقد والضمير يهدف إلى تجنب تعريف محدد للدين لصعوبته وللمساواة بين الدين والمعتقدات الفلسفية الأخرى هذا من جهة ومن جهة أخرى يهدف إلى الإشارة الي مكانة الدين في الفكر الليبرالي على أنه أمر يتعلق باستقلالية الفرد. وهو ضمن المجال الخاص وليس المجال العام. وأن هذا المفهوم للدين باعتباره مسألة معتقد أو ضمير هو "الخصخصة الحديثة للمسيحية التي تركز على أسبقية الاعتقاد كحالة عقلية أكثر منها نشاط خارجي" انظر لمزيد من التفصيل

Peter. Danchin. "Islam in the secular Nomos of the European Court of Human

Rights"Mich.J. Int`L.663 (2011) p.675 etc.

(4) Kokkinakis v. Greece,App.No.45701/88,260 Eur.ct.H.R, (1993) pra.31.



أن المحكمة من جهة أخرى أكدت على ضرورة توافر حد معين يُعتد به في التمييز بين المعتقد (الديني أو الفلسفي) ومجرد الرأي المؤقت الذي تحميه المادة (10) من الاتفاقية ضمن "الحق في حرية التعبير". ففي قضية Campbell & Cosans ذكرت أن "مصطلح معتقد belief يشير إلى الآراء التي تتضمن مستوى معيناً من قوة الحجة والجدية والتماسك والأهمية"⁽⁵⁾. وفي مقابل المقاربة الموسعة لمفهوم المعتقد اعتمدت المحكمة مقاربة ضيقة في مجال السلوك الذي يعد إظهاراً للدين أو المعتقد. فحرية الاعتقاد حسب سوابق المحكمة لا تعطي للشخص حق التصرف وفق ما يميله عليه "فكره أو ضميره أو دينه" بالمطلق. فقد فسرت المحكمة الجملة الثانية من المادة (1/9) بشكل ضيق ربط بين مفهوم الدين أو المعتقد ومظاهر ممارسته، حيث ذكرت في قضية "Pretty" أنه "ليس كل الآراء والقناعات تشكل معتقدات بالمعنى الذي تحميه المادة (1/9) من الاتفاقية. هذا الادعاء لا يتعلق بإظهار الدين أو المعتقد من خلال التعبد والتعليم والممارسة وإحياء الشعائر كما وصف في الجملة الثانية من الفقرة الأولى.... ومصطلح "الممارسة" حسب المادة (1/9) لا يشمل أي تصرف يكون بدافع أو تأثير الدين أو المعتقد"⁽⁶⁾.

وعلى هذا الأساس رفضت المحكمة في هذه القضية اعتبار "المساعدة على الانتحار" بدافع الرحمة ضمن المعتقدات المحمية بموجب المادة (1/9)⁽⁷⁾. كذلك رفضت المحكمة في قضية Pichon and Sajous الدعوى بانتهاك الحق في حرية الدين أو المعتقد لبائع في صيدلية رفض بيع "حبوب منع الحمل" بناء على معتقده الديني ووقوفه على هذا التصرف بموجب حكم قضائي اعتبره المدعي انتهاكاً لحقه في حرية المعتقد. وبرتت المحكمة تأييدها للقضاء الوطني في هذه القضية بالقول "تود المحكمة الإشارة إلى أن المجال الرئيسي للحماية المنصوص عليها في المادة التاسعة هي المعتقدات الشخصية والمعتقدات الدينية، بمعنى آخر، ما يشار إليه أحياناً على أنه ضمن الأمور المتعلقة بالضمير. كما أنها تحمي كذلك التصرفات المرتبطة بشكل قوي بهذه الأمور مثل تصرفات التعبد أو الصلوات التي تشكل جزءاً من ممارسة الدين أو المعتقد بالشكل المقبول عموماً.

والمحكمة كذلك تعيد التذكير بأن المادة (9) نصت على عدد من الأشكال التي يمكن أن

(5) Campbell and Cosans v. UK, Ser .A, no .48 (1982), para.36.

(6) Pretty v. UK.App.No.2346/02, 2002.para 80.

(7) Ibid.para 81.



يتخذها إظهار الدين أو المعتقد، خصوصاً العبادة، والتعليم، والممارسة وأحياء الشعائر.... ومن جهة أخرى، المادة (9) من الاتفاقية لا تتضمن، لحماية هذا المجال الشخصي، الحق في التصرف العلني بأسلوب يحكمه هذا الاعتقاد. كلمة "ممارسة" المستخدمة في المادة (1/9) لا تشمل أي تصرف أو كل تصرف أو شكل من أشكال السلوك بدافع أو بوجي الدين أو المعتقد⁽⁸⁾

كما أن المحكمة من جهة أخرى لم تعتبر طلب إثبات ممارسة الشعائر الدينية للتمتع بعطلة عيد الفطر التي أقرها القانون المقدوني للمسلمين تدخلاً في حرية الاعتقاد الديني على أساس أن "... المادة (9) ذكرت عدداً من الأشكال التي يتخذها الدين أو المعتقد مظهراً له. خصوصاً التعبد والتعليم والممارسة وإحياء الشعائر، ومن جهة أخرى هي لا تحمي أي تصرف يكون بدافع الدين أو المعتقد... وفيما يتعلق بشكوى المدعي أنه قد تم التدخل في النطاق الداخلي لمعتقدده، عندما طلب منه إثبات إيمانه، تذكر المحكمة بأن أحكام المحاكم [الوطنية] بشأن استئناف المدعي ضد العقوبة التأديبية المفروضة عليه، مؤسسة بشكل قوي على أن المدعي لم يقدّم الدليل على أنه مسلم، وعلى أن سلوكه المخالف يلقي الشك على هذا الادعاء. حيث لا توجد إشارات ظاهرة على ممارسته للعقيدة الإسلامية أو المشاركة في العبادات الإسلامية الجماعية.

وعلى الرغم من أن فكرة أن تقيم الدولة نفسها قاضياً على حالة الاعتقاد الشخصي الداخلي للمواطنين هو شيء مقزز، وربما يثير في الأذهان الماضي السيئ لمحاكم التفتيش، تلاحظ المحكمة أن هذه القضية تتعلق بطلب المدعي التمتع بحق خاص يوفره القانون المقدوني، الذي ينص على أن للمسلمين أخذ عطل في أيام محدودة بما يشمل الاحتفال بعيد الفطر Bay ram الذي هو محل هذه القضية.

وفي إطار التشغيل بموجب عقود تحدد التزامات وحقوق بين العامل ورب العمل، المحكمة لا تجده غير معقول أن يعتبر رب العمل الغياب بدون إذن أو مبرر واضح ضمن الأمور التأديبية. وعندما يسعى العامل عندئذ للاعتماد على استثناء خاص، لا يكون من الجائر أو مما يتعارض كلياً مع حرية الضمير أن يطلب منه مستوى معيناً من الإثبات عندما يتعلق الأمر بامتياز أو استحقاق لا يتوافر للكافة⁽⁹⁾

(8) Saous v. France – 49853/99 – Admissibility Decision [2001] ECHR 898

(9) Kosteski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. no.

ويمكن من تتبع أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ملاحظة التوسع في حماية حرية المعتقد أو المعتقد الديني بمعناها السلبي أي المعنى الذي يقتصر على الجانب الداخلي للحق في حرية المعتقد الديني Forum internum. أما عندما يتصرف الشخص بناء على معتقده أو دينه، فإننا نجد المحكمة تضيق من نطاق الحماية للمعتقد أو الدين بموجب المادة (1/9) من خلال ربطه بممارسات معينة تمثل المظاهر المحمية للمعتقد أو الدين⁽¹⁰⁾ وهي المنصوص عليها في الجملة الثانية من المادة (1/9) دون غيرها.

وعلى الرغم من أن المحكمة لا تعتبر هذه المظاهر (التعبد، والممارسة، والتعليم، وإحياء الشعائر) واردة على سبيل الحصر، إلا أنه غالباً ما يكون ضرورياً للمدعي بانتهاك حقه في حرية المعتقد أن يثبت أن تدخل الدولة سبب عائقاً أمام ممارسته لحرية العقيدة أو الدين في إحدى الصور المنصوص عليها في الجملة الثانية من المادة (1/9)⁽¹¹⁾.

كما أن الجانب الداخلي للاعتقاد الديني محمي ومحفوظ ما دام الأمر متعلقاً بالشخص نفسه، أما إذا طالب هذا الشخص بامتياز أو استثناء بناءً على معتقده أو دينه فيكون مقبولاً مطالبته بإثبات هذا المعتقد من خلال أنماط السلوك المحددة في الجملة الثانية من المادة (1/9) على أنها مظاهر للدين أو المعتقد.⁽¹²⁾

55170/00, (2006) para.39.

¹⁰ See. Carolyn Evans. "Freedom of religion and European Convention on Human Rights: approaches, trends and tensions". In. Law and Religion theoretical and Historical Context. Cambridge. Cambridge university press. 2008. P.295.

¹¹ Malcolm D. Evans. Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden. Boston. 2009 .p.12.

¹² لم تعتمد المحكمة معياراً للتمييز بين التصرفات التي تُعد إظهاراً للدين أو المعتقد وتلك التي هي مجرد تصرفات تمت بدافع الدين أو المعتقد. وبالتالي حتى في حالة تأييدها المدعي بانتهاك حقه في حرية المعتقد اعتمدت المحكمة على أن تدخل الدولة كان مخالفاً لشروط تقييد هذا الحق بموجب المادة (2/9) رغم صعوبة هذا التأسيس في حالات الإكراه الواضح للمدعي على التصرف خلافاً لمعتقده. كما في حالة إجبار الملحدين على تأدية اليمين القانونية بصيغة القسم المسيحية في قضية النواب المنتخبين لبرلمان جمهورية سان مارينو. حيث حكمت المحكمة بأن تدخل الدولة يُعد تقييداً غير ضروري في المجتمع الديمقراطي لحرية إظهار المعتقد. وتجنبنا الاعتماد على انتهاك المادة (1/9) كأساس لعدم مشروعية تدخل الدولة. انظر



وعلى هذا الأساس رفضت المحكمة الكثير من الدعاوى المتعلقة بحرية إظهار الدين في سياق علاقات العمل، أو في المؤسسات التعليمية والعامّة، عندما يكون المدعي قد قبل بإرادته الالتحاق بهذه المؤسسات أو كان هناك بديل يمكن للمدعي اللجوء إليه.⁽¹³⁾

الفرع الثاني: - تقييد الحق في إظهار الدين أو المعتقد.

بالإضافة إلى ضرورة أن يتخذ الدين أو المعتقد مظاهر معينة أو يكون متصلاً بها بشكل قوي، حتى يستوجب تصرف الشخص بناء على معتقده أو دينه الحماية التي توفرها المادة (1/9) من اتفاقية روما، فإن هذه الحماية قابلة للإيقاف إذا توافرت شروط معينة. فقد نصت المادة (2/9) من اتفاقية روما على أنه "لا يجوز وضع قيود على حرية إظهار الدين أو المعتقدات غير تلك المنصوص عليها في القانون والتي تشكل تدابير ضرورية في المجتمع الديمقراطي، للأمن العام أو حماية النظام أو الصحة أو الأخلاق العامة أو حماية حقوق الغير وحرياته...".

ويمكن رد شروط تقييد حرية إظهار الدين أو المعتقد إلى شرطين أساسيين: الأول يتعلق بأن يكون هذا التقييد منصوصاً عليه في القانون والثاني هو أن يكون هذا القيد ضرورياً في مجتمع ديمقراطي لتحقيق المصلحة العامة أو لحماية حقوق الآخرين.

1- التقييد بموجب القانون.

لا يجوز وفقاً للمادة (2/9) وضع قيود على حرية إظهار الدين أو المعتقد غير تلك المنصوص عليها في القانون. وحسب الأعمال التحضيرية لاتفاقية روما، ورد هذا النص لضمان نفاذ القوانين السابقة على اعتماد الاتفاقية، والتي تضع قيوداً على مظاهر الحق في حرية الاعتقاد الديني بالخصوص⁽¹⁴⁾.

إلا أن التطبيقات القضائية جعلت من هذا الشرط الشكلي ضماناً لحقوق الأفراد من التصرفات التعسفية لسلطات الدولة. حيث اشترطت المحكمة لاستيفاء هذا الشرط أن يكون النص

Buscarini and others v.San Marino. App. no. 24645/94. (2000).para.34.

¹³ .Carolyn Evans. op, cit.p.297.

¹⁴ See .Malcolm. Evans. Religious liberty and International law in Europe. Cambridge. Cambridge University Press 1997.pp.266, 267.



القانوني منشوراً مما يتيح للأفراد العلم المسبق بالقيود المفروضة على حرية إظهار الدين أو المعتقد. وأن يكون واضحاً بالشكل الذي يمكن الشخص من ضبط سلوكه وفقاً للنص القانوني. ففي قضية Sunday Times أشارت الى أنه "من وجهة نظر المحكمة تعبير "المنصوص عليها في القانون" ينتج متطلبين اثنين:

الأول. هو وجوب إمكانية الوصول للقانون بشكل كاف: بحيث يكون لدى المواطن المؤشر الكافي لفهم ظروف تطبيق القواعد القانونية على الحالة الواقعية.

الثاني. القاعدة لا يمكن اعتبارها قانوناً ما لم تكون مصاغة بدقة كافية حتى يتمكن المواطن من ضبط سلوكه وفقاً لها: بحيث يكون قادراً ... بنسبة معقولة، في ضوء الظروف المحيطة، على توقع النتائج المترتبة على تصرف معين. ولا حاجة لأن تكون النتائج متوقعة بدقة مطلقة حيث تظهر الخبرة العملية تعذر ذلك⁽¹⁵⁾.

وأوضحت المحكمة المتطلبات اللازم توفرها في القانون المقيد للحق في إظهار الدين أو المعتقد (أو غيره من حقوق الإنسان القابلة للتقييد بالقانون) في قضية "Hasan and choush" بقولها "تكرر المحكمة ما استقر عليه قضاؤها. الذي طبقاً له، تعبير "منصوص عليه في القانون" أو "وفقاً لما ينص عليه القانون" في المواد (8-11) من الاتفاقية لا يتطلب فقط أن يكون للتدبير المطعون فيه أساس في القانون الداخلي، ولكنه يشير كذلك إلى نوعية القانون المعني. فالقانون يجب أن يكون في الإمكان الوصول إليه والتنبؤ به بشكل كاف".⁽¹⁶⁾ وأضافت بشأن القانون المطعون فيه في القضية أن "المحكمة تلاحظ في هذه القضية أن القانون المعني لم يتوفر على أي معيار يمكن بناء عليه لمجلس الوزراء ولمديري الطوائف الدينية تسجيل الطوائف الدينية وتغيير قياداتها في حالة الانقسام الداخلي والادعاءات المتصارعة بشأن المشروعية. علاوة على عدم وجود ضمانات إجرائية... في مواجهة الممارسة الاعتبائية للسلطة التقديرية الممنوحة للجهات التنفيذية"⁽¹⁷⁾. وإذا توافر شرط إمكانية العلم والوضوح ليس مهما الشكل الذي صدر به القانون، فالمحكمة تفسر "القانون" هنا بمعناه الموضوعي لا الشكلي.

¹⁵. Sunday Times v. the United Kingdom no. 1 (1979), Series A no. 30, para 49.

¹⁶. Hasan and Chaush v. Bulgaria .App. no. 30985/96, [2000]. Para 84

¹⁷ Ibid, para 85



2- أن يكون التقييد ضرورياً في مجتمع ديمقراطي.

إضافة إلى أن تقييد الحق في إظهار المعتقد الديني يجب أن يكون بقانون، كذلك يجب أن يكون هدف هذا التقييد من ضمن الأهداف المنصوص عليها في المادة (2/9) من اتفاقية روما. وهي تشمل (الأمن العام، النظام العام، الصحة العامة، الأخلاق العامة، حقوق الآخرين وحررياتهم). ومن خلال هذه المصطلحات المرنة مارست المحكمة الأوروبية دوراً مهماً في تكييف التدبير الذي يتم اتخاذه بموجب القانون هل هو تدخل في حرية إظهار الدين أم لا، وهل هو تدخل مشروع طبقاً للمادة (2/9) أم لا.

كما طورت المحكمة من خلال ربط حق الدولة في تقييد إظهار الدين أو المعتقد بالتصور العام لمسئوليتها عن احترام وحماية حقوق الإنسان الواردة في الاتفاقية، مبدأين اثنين لضبط دور الدولة في مجال حرية الدين أو المعتقد، ؛ هما مبدأ حيادية الدولة تجاه المعتقدات الدينية للأفراد، ومبدأ هامش التقدير للدولة في ممارستها للموازنة بين حق الفرد من جهة وحقوق الآخرين أو المصلحة العامة من جهة أخرى.

ولما كان هذا الموضوع وثيق الصلة بما سنتناوله في المطلب الثاني فإننا سوف نحيل إليه منعاً للتكرار.

المطلب الثاني

دور الدولة في ضمان حرية إظهار المعتقد الديني

نصت المادة الأولى من اتفاقية روما على أنه "تعترف الأطراف المتعاقدة السامية لكل شخص خاضع لولايتها القضائية بالحقوق والحرريات المعرفة في القسم 1 من هذه الاتفاقية" ويستلزم هذا الاعتراف احترام الدول الأطراف في الاتفاقية لهذه الحقوق وحمايتها. وأكدت السوابق القضائية للمحكمة مسؤولية الدولة عن احترام وحماية الحق في إظهار الدين أو المعتقد.⁽¹⁸⁾

¹⁸ الالتزام الإيجابي للدولة في مجال احترام وحماية الحق في حرية الدين والمعتقد في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. انظر بشأن

وانطلاقاً من هذه المسؤولية تقوم الدولة بالتزامين اثنين، الأول التزام الدولة ضمن ولايتها القضائية باحترام وحماية كل الحقوق الواردة في الاتفاقية بدون تمييز بين الأشخاص. وهذا يقتضي بالنسبة للحق في حرية الدين أو المعتقد المساواة في الاحترام والحماية بين جميع الأديان والمعتقدات. وهو ما أشارت إليه المحكمة في قضية Kokkinakis بالقول "في المجتمعات الديمقراطية التي فيها أديان متعددة يتزامن وجودها ضمن نفس السكان. من الضروري وضع القيود على هذه الحرية من أجل التوفيق بين مصالح مختلف الجماعات، وضمان أن تحترم عقائد الجميع"⁽¹⁹⁾.

وفحوى هذا الالتزام هو ضمان أن تتبع الدولة عند اضطلاعها بمسؤوليتها نهجاً يعكس درجة متساوية من الاحترام للمعتقدات والديانات المختلفة. والثاني التزام بضمان احترام وحماية أسس المجتمع الديمقراطي المتمثلة في التعددية والتسامح واحترام حقوق الإنسان. وهنا يكون دور الدولة عن طريق تقييد الحق في إظهار الدين أو المعتقد أكثر حيوية ونشاطاً بالمقارنة مع دورها في الحالة الأولى. فقد وصفت الاستاذة "C. Evans" بعد استعراض موقف المحكمة في قضية Leyla sahin هاتين الحالتين بالقول "إذا كانت قرارات المحكمة تميل في قضيتي Kokkinakis و Larrisis إلى التأكيد على أن الدولة تستطيع التدخل فقط لضمان تكافؤ الفرص بين أصحاب المعتقدات، فإن المحكمة وربما بشكل لا يمكن تجنبه، أصبحت ترى دور الدولة هو ضمان معيار تكافؤ الفرص"⁽²⁰⁾. ومعيار تكافؤ الفرص هو "المجتمع الديمقراطي" الذي يكون فيه دور الدولة كما أشارت المحكمة في قضية Leyla sahin "... المنظم المحايد للحياة الدينية ..."⁽²¹⁾.

وعلى هذا الأساس فإن ضابط مسؤولية الدولة عن احترام وحماية الحق في إظهار الدين في كلا الحالتين هو مبدأ الحيادية وعدم التحيز، لكنها ليست حيادية مطلقة، وإنما هي حيادية وفق مفهوم المجتمع الديمقراطي. ولذلك كانت النتيجة "أن إظهار الدين ... مسموح به فقط إلى المدى الذي يكون

Alastair Mowbrayhe. Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights. Oxford.2004.p.189 .etc

(19) Kokkinakis v. Greece, op.cit. para. 31.

(20) Carolyn Evans.op, cit.p.300. Also. Malcolm, Evans. Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas.op, cit.p.45.

(21) Leyla Şahin v. Turkey .App.no. 44774/98 (2005) para.107.



فيه متوافقاً مع أسس الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽²²⁾. وسوف نوضح ذلك من خلال بيان هذه الأسس التي أُقيمت عليها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وأهمها مبدأ حيادية الدولة (فرع أول) ومن خلال بيان نتائج هذا النهج على الحق في إظهار الدين في دول مجلس أوروبا (فرع ثان).

الفرع الأول: - مبدأ حيادية الدولة وتقييد الحق في إظهار المعتقد الديني.

بينت المادة (2/9) أنه "لا يجوز وضع قيود على حرية إظهار الدين أو المعتقدات غير تلك المنصوص عليها في القانون والتي تشكل تدابير ضرورية في المجتمع الديمقراطي" وعلى هذا الأساس فإن تدخل الدولة بتقييد الحق في إظهار الدين يجب أن يكون ضرورياً في المجتمع الديمقراطي وممارسة الدولة لسلطتها في تقييد حرية إظهار الدين أو المعتقد، عندما يكون ذلك ضرورياً في المجتمع الديمقراطي، تتم وفقاً لتصور دور الدولة في المجتمع الديمقراطي بمفهومه الأوروبي القائم على مبدأ حيادية الدولة تجاه المعتقدات الدينية للأفراد ضمن المجال الخاص، وعلى أساس حيادية المجال العام بنفي الرموز الدينية من المؤسسات العامة. كما أنها في هذا المجال تملك هامشاً تقديرياً واسعاً يحد من ممارسة المحكمة لاختصاصها القضائي في مجال الرقابة على وفاء الدولة بالتزاماتها بموجب اتفاقية روما.

1- حيادية الدولة في الإرث الثقافي الأوروبي وفي أحكام المحكمة.

من الصعب استيعاب محتوى الحماية القانونية لحرية المعتقد الديني ومظاهر ممارسته في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (اتفاقية روما) دون النظر إلى علاقة الدين بالدولة تاريخياً في أوروبا. حيث أن ديباجة الاتفاقية تشير إلى أن هذا "التراث المشترك من التقاليد السياسية والمثل العليا والحرية وحكم القانون" هي الأسس الجامعة للدول الأوروبية التي كانت وراء إقرارها لاتفاقية روما لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية 1950م.

ودون الخوض في تفاصيل التاريخ الأوروبي بشأن علاقة الدولة بالدين، يكفي أن نشير إلى أن هذه العلاقة كانت من أهم عوامل تشكل الخريطة السياسية في القارة الأوروبية. حيث يعود نظام الدولة السيدة الذي أقر في معاهدتي وستفاليا 1648م، والذي قامت عليه أوروبا الحديثة، إلى نتائج الصراع الديني بين الطوائف المسيحية. والذي انتهى بإقرار الحرية الدينية للأفراد وفصل الدين عن

(22) Carolyn Evans.op, cit.p.303.

الدولة (23). أو ما يُعرف بالعلمانية "Secularism" (24).

ورغم أن المحكمة لم تربط مبدأ حيادية الدولة بالعلمانية بشكل صريح ومباشر، إلا أنها في نفس الوقت أشارت إلى أن العلمانية تتفق مع الأسس التي بنيت عليها (اتفاقية روما) في أكثر من قضية كما في قضية Leyla Sahin حيث اعتبرت المحكمة منع ارتداء الحجاب الإسلامي في الجامعة التركية بغرض المحافظة على العلمانية " يتفق مع القيم المؤسسة للاتفاقية... " (25). كما أنها في قضية Dahlab اعتبرت منع الدولة السويسرية المدعية (مدرسة في مدرسة ابتدائية حكومية) من إظهار دينها بلبس الحجاب الإسلامي لا يشكل انتهاكاً للمادة (9) من الاتفاقية على أساس تأثير ارتداء الحجاب على حرية المعتقد والضمير للتلاميذ. وأيدت ضمناً ما ذهبت إليه المحكمة الفدرالية

(23) See .Malcolm. Evans. Religious liberty and International law in Europe. 1997. Op, cit. p.42.etc.

(24) العلمانية مفهوم محير اختلفت بشأنه الآراء بشكل كبير. وحسب البعض فإن العلمانية نوعان، أحدهما علمانية معتدلة والآخر علمانية متشددة، والاثنتان يشتركان في التمييز أو الفصل بين اختصاص السلطات والمؤسسات السياسية واختصاص الدين. وبالتالي التمييز الواضح بين المجال الخاص والمجال العام (Private sphere and Public sphere) وبين دور الدين أو المعتقد ودور الدولة.

ويختلفان في أن العلمانية المعتدلة أو التعددية ترى أن الدين ليس مسؤولية عامة وبالتالي لا تملك الدولة أن تفرض ديناً أو معتقداً معيناً على الأفراد لأن الدين أو المعتقد يخص الضمير والهوية الشخصية. فالدولة لا يجوز لها اتخاذ موقف بشأن المعتقدات أو الأديان، والجماعات أو المؤسسات الدينية في المقابل لا يجوز لها التدخل في المؤسسات السياسية أو المشاركة بصفقتها هذه في الحياة العامة. والعلمانية المعتدلة لا تقصي المظاهر الدينية من المجال العام ولا تمنع الأفراد من إظهار دينهم أو معتقدتهم في المجال العام أو حتى المؤسسات العامة.

أما العلمانية المتشددة فتفترض أن المظاهر الدينية يجب حصرها في المجال الخاص، ولا مكان لدين أو معتقد الأفراد في الحياة العامة وخصوصاً المؤسسات العامة، وإظهار الدين أو ممارسته يجب أن تكون في الميدان الخاص (البيت، دور العبادة). انظر Ingwill Thorson Plesner. "The European Court on Human Rights between Fundamentalism and liberal secularism" available on internet.

and. Peter G.Danchin "The Tangled Law and Politics of Religious Freedom" Santa Clara journal of international law.vol.73.2012. p.74.etc.
(http://www.jus.uio.no/).

ومن الجدير بالملاحظة أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بموجب توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1948/12/10م والذي تأثرت به اتفاقية روما وأشارت إليه في ديباجتها، هو الآخر صادر عن المنظومة الثقافية الأوروبية. ويتبنى نفس المفهوم للمجتمع العلماني.

(25) Leyla Sahin v. Turkey .op, cit. para.114.

ولتستنتج أن "تقرير ما إذا كان الصليب يجب أن يعرض في الفصول الدراسية أم لا هو، من حيث المبدأ، أمر يقع ضمن هامش التقدير للدولة المدعى عليها. علاوة على عدم وجود توافق أوربي بشأن مسألة عرض الرموز الدينية في المدارس الحكومية." وأن "القرار بشأن تخليد تقليد معين من عدمه يقع ضمن هامش التقدير للدولة المدعى عليها."⁽³²⁾

وقد علق الفقيه "calo"، وأراه محقاً، على تعامل المحكمة الأوربية تجاه الرموز الدينية المسيحية بالمقارنة مع تعاملها مع الرموز الدينية الإسلامية بالقول "بينما الصليب المسيحي هو تقليد عادي ومندمج في الإرث العلماني ولا يشكل أي تحدٍ جدي له، الحجاب يحمل تحدياً قوياً للنظام العلماني. (ولهذا) ينهار الالتزام بالتعددية عندما يواجهه بدين قوي... وهل يمكن تفسير هذه القضايا ببساطة بالإشارة إلى هامش التقدير؟"⁽³³⁾.

2- هامش التقدير للدولة عند تقييد حرية إظهار الدين.

هامش التقدير (السلطة التقديرية) مبدأ معترف به في القانون العام الداخلي كضابط لممارسة القضاء لوظيفته الرقابية على احترام السلطات الحكومية للقانون⁽³⁴⁾. وبالنظر لاختلاف الدول الأوربية في مدى تقييدها لحرية إظهار الدين أو المعتقد حسب فهم كل منها لمبدأ حيادية الدولة، ومن ثم لدور الدين في المجتمع الديمقراطي القائم عليها، ترى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان أنه "عندما يكون محل النظر هو الأسئلة المتعلقة بعلاقة الدين بالدولة، والتي يختلف بشأنها الرأي في المجتمع الديمقراطي على نطاق واسع، فإن دور الجهة الوطنية المسؤولة يجب أن تعطي له أهمية خاصة... ومن غير الممكن تعيين مفهوم موحد في كل أوروبا لأهمية الدين في المجتمع... ومعنى أو تأثير المظهر العام للمعتقد الديني سوف يختلف طبقاً للزمن والظروف المحيطة... والقواعد [القانونية] في هذا المجال سوف تختلف من دولة إلى أخرى، بناءً على ذلك، طبقاً للتقاليد الوطنية والمتطلبات التي تفرضها الحاجة إلى حماية حقوق وحرية الآخرين وحفظ النظام العام... وبالتالي اختيار مدى وشكل القواعد الواجب اتخاذها يجب أن يترك إلى حد ما للدولة المعنية، لأنه يعتمد على

(32) Ibid, paras.70 –77.

³³ Zachary R.calo." Constructing the secular: Law and Religion jurisprudence in Europe and the United States." EUI Working Paper RSCAS 2014/94.p.9.

³⁴See. James Anthony Sweeny. Margins of Appreciation, cultural relativity and the European court of Human Rights. Thesis, non-published, university of Hull.2003.



الظروف الداخلية الخاصة..³⁵. وهكذا استعملت المحكمة الأوروبية مبدأ هامش التقدير، في حالة عدم وجود توافق أوروبي بشأن مضمون أحد الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، لضبط نطاق رقابتها على ممارسات الدولة عند تنفيذها لالتزاماتها بموجب الاتفاقية. لأن الحماية القضائية التي تمارسها المحكمة هي حماية احتياطية³⁶.

ووفقاً للسوابق القضائية للمحكمة فإن مبدأ هامش التقدير الممنوح للدولة عند تقييدها للحقوق الواردة في المواد (8-11) من الاتفاقية، يتسع ويضيق حسب الحق محل التقييد. حيث نجد أن هذا الهامش أكثر اتساعاً في القضايا المتعلقة بتقييد الحق في إظهار الدين أو المعتقد، منه في القضايا الأخرى مثل تلك المتعلقة بالحق في حرمة الحياة الخاصة (م8) أو تلك المتعلقة بالحق في حرية التعبير في المجالات السياسية (10). وقد أشارت المحكمة إلى ذلك في أكثر من قضية، ومنها حكمها في قضية Murphy حيث ذكرت أنه بينما يكون "المجال محدوداً للقيود على الخطاب السياسي أو بحث مسائل المصلحة العامة بموجب المادة (2/10) ... يكون هناك هامشاً من التقدير أوسع، متاح بشكل عام للدول الأطراف، عندما تنظم حرية التعبير المتصلة بحماية القناعات العاطفية الشخصية خصوصاً ضمن نطاق الأخلاق والدين. وعلاوة على ذلك، كلما تعلق الأمر بمجال الأخلاق ... ليس هناك مفهوماً أوروبياً موحداً للمتطلبات اللازمة لحماية حقوق الآخرين فيما يتصل بالهجمات على اعتقاداتهم الدينية.

فما يشكل على الأرجح إساءة جوهرياً لمعتنقي دين معين يختلف بشكل كبير من وقت لآخر، ومن مكان لآخر. خصوصاً في زمن تميز بتزايد التصنيفات للمعتقدات والطوائف. وسلطات الدولة بسبب اتصالها المباشر والمستمر بالقوى المؤثرة في بلدانها، هي من حيث المبدأ في وضع أفضل من القاضي الدولي لإعطاء الرأي بشأن المحتوى الدقيق لهذه المتطلبات المتعلقة بحقوق الآخرين، وضرورة التقييد لغرض حمايتها من هذه التصرفات التي تسيئ إلى المشاعر والمعتقدات بشكل خطير.³⁷ وعلى هذا الأساس مثل مبدأ حيادية الدولة أساساً للحد من الحرية الدينية من خلال

³⁵ Sahin v. Turkey, op, cit. para.109.

³⁶ نظراً لسوابق المحكمة المطردة والمنتظمة بشأن تطبيق مبدأ هامش التقدير، ورغبة بعض الدول الأوروبية في تأكيد اختصاصها الأصيل في مجال حماية حقوق الإنسان، تمت إضافة فقرة جديدة لديباجة اتفاقية روما تتضمن الإشارة إلى هذا المبدأ بموجب البروتوكول الخامس عشر 2013م. وبالتالي أصبح مبدأً اتفاقياً.

³⁷ Murphy v. Ireland. Appl. no. 44179/98 (2003) para.67.



دور الدولة في المحافظة على استمرار سيطرة النظام العام العلماني في أوروبا على أساس أن هذا النظام هو فقط الذي يتفق مع أسس المجتمع الديمقراطي. وكما يقول الفقيه "Calo" فإن "الحرية الدينية لم تقدم كمكون أساسي للنظام الديمقراطي، بل كمشكلة محتملة يجب احتواؤها"³⁸ الأمر الذي أضعف الحماية المقررة للحق في اظهار المعتقد الديني.

الفرع الثاني: تأثير مبدأ حيادية الدولة على الحق في إظهار الدين في أوروبا.

لقد أدى ربط دور الدولة في مجال احترام وحماية حقوق الأفراد في إظهار دينهم أو معتقدتهم بمفهوم "المجتمع الديمقراطي"، مع تمتعها بهامش واسع للتقدير في تحديد ما إذا كان القيد ضرورياً في "المجتمع الديمقراطي" لحماية "النظام العام، والأمن العام، والصحة العامة، والآداب العامة، وحقوق الآخرين وحررياتهم"، إلى ضعف الحماية الدولية للحق في إظهار الدين أو المعتقد، خصوصاً عندما تقيد الدولة هذا الحق بمناسبة ممارستها لمسؤوليتها باعتبارها المنظم المحايد لعلاقة الدين بالدولة والمجتمع (المجال العام). ولتوضيح محدودية الحماية التي توفرها اتفاقية روما للحق في حرية المعتقد الديني، نتناول حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية كان محورها الحق في حرية المعتقد الديني، وتتعلق بحالة التنازع بين الحق في تكوين الجمعيات ومبدأ علمانية الدولة، قضية حزب الرفاه ضد تركيا. وتتخلص وقائع هذه القضية في الدعوى التي رفعها حزب الرفاه ضد الدولة التركية بعد حكم المحكمة الدستورية سنة 1998 بحل الحزب وحرمان رئيسه من تولي المناصب السياسية، وهو آنذاك في منصب رئيس الوزراء وحزبه (حزب الرفاه) يمثل الأغلبية في البرلمان التركي بناء على انتخابات حرة جرت سنة 1996م، وذلك بتهمة أن الحزب يمثل مركزاً للنشاطات المعادية لمبدأ العلمانية وعلى الرغم من أن المادة (9) من اتفاقية روما تمنح الحق في حرية المعتقد الديني للأفراد والجماعات،³⁹ إلا أن دعوى حزب الرفاه رُفعت على أساس انتهاك الدولة التركية للمادة (11) من اتفاقية روما⁴⁰، المتعلقة بالحق في الاجتماع وتكوين الجمعيات. وسوف نستعرض جوانب

³⁹ انظر مزيداً من التفصيل بشأن الحق في حرية المعتقد الديني للجماعات والأشخاص المعنوية

Malcolm. Evans. Religious liberty and International law in Europ .op, cit.p.286-289.

⁴⁰ تنص المادة (11) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أنه "1- لكل شخص الحق في حرية الاجتماع السلمي وحرية تكوين الجمعيات ، بما فيه الحق في إنشاء نقابات مع الغير والانتساب إلى نقابات لحماية مصالحه. 2- لا يجوز وضع قيود على ممارسة هذه الحقوق غير تلك المنصوص عليها في القانون والتي تشكل



الخاتمة

أي نظام قانوني لا يمكن أن يقوم في الفراغ، وإنما لابد له من منظومة قيمية تشكل بنيته الأساسية ومرجعياته الثقافية والأخلاقية. كما أن أي نظام قانوني لا يمكن أن يقبل ما من شأنه تقويض بنيته الأساسية التي تبرر المراكز القانونية التي يقيمها وما تتضمنه من حقوق والتزامات. ودائماً، حتى في أكثر النظم ليبرالية، تكون التعددية المقبولة في إطار النظام وليست من خارج النظام، على حد تعبير الفقيه الفرنسي "موريس دفرجييه"⁵⁶. ولهذا ظهر مصطلح "الديمقراطية المسلحة" للإشارة إلى الحد الذي تصل فيه النظم إلى إدراك خطورة أن تشكل مفاهيمها سبباً لتقويض الأسس التي تقوم عليها.

والاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، والممارسات التي قامت عليها في القارة الأوربية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، تُعد من أهم دعائم استقرار دول القارة وتقدمها، لذلك ينظر البعض إلى نظام الحماية الأوربية لحقوق الإنسان بالكثير من الإعجاب، ويأمل في استنساخ التجربة الأوربية في مجتمعاتهم، دون إدراك للأسس القيمية التي بُنيت عليها هذه الاتفاقية، وتأثيرها على مضمون الحقوق المعلنة فيها.

ناقشت هذه الدراسة مضمون وحدود الحماية المقررة للحق في حرية المعتقد الديني في ضوء الأسس التي أطرت الحماية القانونية لحقوق الإنسان في أوروبا، لتنبه إلى صعوبة استنساخ تجارب الآخرين بدون إعادة بنائها من جديد وفق أسس تتفق مع المنظومة القيمية الوطنية. وآمل أن تكون هذه الدراسة قد نجحت في إثارة هذا الموضوع، ولا يمكنني الادعاء لها بأكثر من ذلك.

⁵⁶ موريس دفرجييه. مدخل إلى علم السياسة. ترجمة. جمال الأتاسي، وسامي الدروي. دمشق، دار دمشق للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ. ص. 209-216.



قائمة بأهم المراجع

_ Alastair Mowbrayhe. Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights. Oxford.2004

_ Arcot Krishnaswami."Study of discrimination in the matter of religious rights and practices "New York. United Nations .1960. (E/CN.4/Sub, 2/200/Rev.1)

_ Carolyn Evans. "Freedom of religion and European Convention on Human Rights: approaches, trends and tensions ". In. Law Religion theoretical and Historical Context. Cambridge. Cambridge university press. 2008.

_James Anthony Sweeny. Margins of Appreciation, cultural relativity and the European court of Human Rights. Thesis, non-published, university of Hull.2003.

_Ingvill Thorson _Plesner. "The European Court on Human Rights between Fundamentalist and liberal secularism" available on internet. (<http://www.jus.uio.no/>).

_ Malcolm. Evans. Religious liberty and International law in Europe. Cambridge. Cambridge University Press 1997

_Malcolm. Evans. Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden • Boston. 2009

_ Paul M. Taylor. Freedom of Religion. Cambridge. Cambridge University Press .2005.



_ Peter. Danchin. "Islam in the secular Nomos of the European Court of Human Rights" Mich.J. Int`L.663 (2011).

_ Peter G. Danchin "The Tangled Law and Politics of Religious Freedom "Santa Clara journal of international law.vol.73.2012.

_ Tom Lewis." What Not To Wear: Religious Rights, The European Court and The Margin of Appreciation " The International and Comparative Law Quarterly. Vol 56. no.2 (2007)

_Zachary R. calo." Constructing the secular: Law and Religion jurisprudence in Europe and the United States." EUI Working Paper RSCAS 2014/94.

ملحق

ملخص لقضيتي (ليلي شاهين ضد تركيا) و(حزب الرفاه ضد تركيا)

يوضح نهج المحكمة فيما يتعلق بحماية الحرية الدينية في تركيا تأثير الأسس التي بُنيت عليها اتفاقية روما على تفسير المحكمة لمضمون الحق في حرية المعتقد الديني (هذه الأسس التي تعتبرها المحكمة مختزلة في مفهوم المجتمع الديمقراطي)، لأن تركيا هي الدولة الوحيدة من دول مجلس أوروبا التي يمثل المسلمون أغلبية سكانها. لذلك نعرض ملخصاً لأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضيتي (ليلي شاهين ضد تركيا) المتعلقة بإظهار الرموز الدينية في المؤسسات التعليمية و(حزب الرفاه ضد تركيا) المتعلقة بالحق في التجمع وتكوين الجمعيات مع حرية المعتقد الديني.

1- "إظهار الرموز الدينية في المؤسسات التعليمية العامة. قضية "ليلي شاهين ضد تركيا"

"حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (الدرجة الثانية) "10 نوفمبر 2005م"

أثارت الرموز الدينية سواء بالنسبة لممارسات الدول (العطلات والأعياد الرسمية) أو بالنسبة لممارسات الأفراد الكثير من القضايا أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. وقد سارت المحكمة في أحكامها على اعتبار أن استعمال الأفراد للرموز الدينية في المؤسسات التعليمية هو ضمن هامش التقدير المتروك للدولة لتقدير مدى خطورة هذا الأمر على مبدأ حيادية الدولة في المجتمع الديمقراطي.

وهذا ما نلاحظه بشأن قضية "ليلي شاهين" والمتعلقة بطالبة تركية تدرس الطب في جامعة "اسطنبول التركية الرسمية" منعتها إدارة الجامعة من دخول الامتحانات مرتدية الحجاب الإسلامي، على أساس أن ذلك مخالف للوائح الجامعة بشأن الزي الجامعي المقرر على جميع الطلبة. ولما لم ينصفها القضاء التركي بتأييده لموقف إدارة الجامعة، رفعت دعواها إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مدعية أن تطبيق اللوائح الجامعية المتعلقة بالزي من شأنها انتهاك حقها وفقاً للمادة (9) من اتفاقية روما في حرية إظهار الدين. واستعرضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان النصوص القانونية التركية المتعلقة بالتعليم والزي الجامعي، كما استعرضت حكم المحكمة الدستورية التركية بشأن أهمية مبدأ العلمانية للجمهورية التركية. وأنه اكتسب وضعاً دستورياً بسبب الخبرة التاريخية للدولة وخصوصية الإسلام مقارنة بغيره من الأديان.



وبعد استعراض المحكمة لنصوص لوائح التأديب بجامعة استانبول الحكومية ونظيراتها في دول مجلس أوروبا. وتوصيات الجمعية البرلمانية لمنظمة مجلس أوروبا بشأن التعليم العالي وحكم المحكمة الأوروبية أول درجة الذي انتهى إلى أنه " ... مع ملاحظة، بشكل خاص، هامش التقدير المتروك للدول الأطراف، تؤكد المحكمة أن القيود التي فرضتها لوائح جامعة استنبول على لبس غطاء الرأس الإسلامي، والتدابير المتخذة لتطبيقها كانت مبررة ابتداءً ومنتاسبة مع الهدف الذي تسعى إليه. ولذلك يمكن اعتبارها ضرورية في المجتمع الديمقراطي " بعد كل ذلك عرضت المحكمة الأوروبية (محكمة ثاني درجة) القضية كما يلي: -

ذكرت المحكمة دفع المدعية بأن ارتداءها لغطاء الرأس الإسلامي هو إطاعة لقاعدة دينية، وهي باعتبارها "ممارسة للدين" فإن التقييد محل النظر خصوصاً القواعد المتعلقة بارتداء غطاء الرأس الإسلامي، هو تدخل واضح في حقها في حرية إظهار دينها. وأقرت المحكمة بذلك لإقرار محكمة أول درجة بأن تصرف الجامعة يعد تدخلاً في حرية إظهار الدين أو المعتقد للمدعية.

أولاً - أن يكون التقييد منصوصاً عليه في القانون.

وما إذا كان هذا التقييد أو التدخل قد تم بناء على نص قانوني. انتهت المحكمة إلى أن تفسير "منصوص عليه بموجب القانون" الذي جرت به أحكامها السابقة هو يكفي أن يكون للقيود أساس في القانون الوطني، وأشارت إلى أن القانون هنا بمفهومه الموضوعي وليس الشكلي. وعلى هذا الأساس انتهت المحكمة إلى أن التقييد قد تم بنص قانوني وله أساس في القانون الوطني.

ثانياً - أن يكون التقييد لغاية مشروعة.

وفيما يتعلق بالغاية المشروعة. انتهت إلى أنه من خلال استعراض قرارات المحاكم الوطنية التركية تقبل المحكمة أن التدخل كان ابتداءً للأجل غايات مشروعة لحماية حقوق وحرريات الآخرين وحماية النظام العام.

ثالثاً - أن يكون التقييد ضرورياً في المجتمع الديمقراطي.

وفيما يتعلق بكون القيد "ضرورياً في المجتمع الديمقراطي" استعرضت المحكمة ادعاءات الطرفين كالتالي.

_ المدعية. تقول إن الربط بين "الديمقراطية" و "الجمهورية" ليس صحيحاً دائماً، فالديمقراطية مؤسسة على مبادئ التعددية والأفق الواسع. بينما تركيبة النظم القضائية والجامعية في تركيا حددت بانقلابات عسكرية (1960، 1970، 1980). وأضافت أنه ليس هناك دولة أوروبية تمنع غطاء الرأس في الجامعات، وأنه ليست هناك إشارة إلى التوتر في مؤسسات التعليم العالي تبرر هذا التدبير المتشدد، وأن طلبة الجامعة هم بالغين ولهم أن يحددوا بأنفسهم السلوك المناسب.

وبالتالي الادعاء بأنها بواسطة ارتداء غطاء الرأس تُظهر عدم احترامها لاعتقادات الآخرين أو تبحث عن التأثير على زملائها الطلبة وتقويض حريتهم وحقوقهم هو ادعاء غير مؤسس تماماً. وإنما اختيارها مبني على اعتقادها الديني الذي هو حق أساسي مهم تمنحه الديمقراطيات التعددية الليبرالية. كما أنه من غير المبرر أن مجرد ارتداء غطاء الرأس الإسلامي يخالف مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

وردت المحكمة بأنها "تكرر ما قالته سابقاً على أن حرية الفكر والضمير والدين أحد أسس المجتمع الديمقراطي" بالمعنى الوارد في الاتفاقية. وبينما حرية الدين هي مبدئياً أمر يخص الضمير الفردي، فهي أيضاً تتضمن حرية إظهار الفرد لدينه، لوحده وعلى نحو خاص أو في جماعة مع الآخرين في العلن والسري. والمادة (9) وضعت قائمة بالأشكال التي يظهر بها الفرد دينه أو معتقده. خصوصاً العبادة والتعليم والممارسة وإحياء الشعائر. والمادة (9) لا تحمي أي تصرف يتم بدافع أو بوحى الدين أو المعتقد. وفي المجتمعات الديمقراطية... كما ورد في الفقرة (2) من المادة (9) ومن المادة الأولى من الاتفاقية بأنه من الالتزام الإيجابي على الدولة أن تضمن لكل فرد في حدود ولايتها القضائية الحقوق والحريات المحددة فيها.

"والمحكمة بشكل متكرر أكدت على دور الدولة كمنظم محايد وغير منحاز لممارسة الأديان المختلفة. وأقرت بأن هذا الدور يعطي للنظام العام الانسجام الديني والتسامح في المجتمع الديمقراطي. [كما أن] واجب الدولة في الحياد وعدم الانحياز لا يتوافق مع أن تكون أي سلطة طرفاً في تقييم مشروعية الأديان أو الطرق التي يعبر بها عنها. ودعت الدول إلى التسامح المتبادل بين الجماعات الدينية." "التسامح والتعددية والأفق الواسع هي علامات فارقة للمجتمع الديمقراطي... وعندما تكون الحريات والحقوق نفسها ممنوحة في الاتفاقية أو البرتوكولات الملحقة بها يجب القبول بأن الحاجة إلى حمايتها ربما تدفع الدولة إلى تقييد حقوق أخرى واردة في الاتفاقية. هذا البحث عن التوازن بين الحقوق الأساسية لكل فرد هو بشكل دقيق أساس المجتمع الديمقراطي."



"عندما نتصل المسألة بالعلاقة بين الدولة والدين. هنا يختلف الرأي في المجتمع الديمقراطي بشكل كبير. ودور صانع القرار الوطني يجب أن يعطي مزيداً من الأهمية. وهذه هي المسألة عندما يتعلق الأمر بتنظيم الرموز الدينية في المؤسسات التعليمية بشكل خاص. في ضوء المقاربات المختلفة التي تتخذها السلطات في هذه المسألة ليس من الممكن تحديد مفهوم موحد بشأن أهمية الدين في المجتمع... وبالتالي اختيار مدى وشكل مثل هذه التنظيمات يجب أن يترك إلى حد كبير للدولة المعنية لأنه يعتمد على المحيط الداخلي الخاص."

وأشارت المحكمة في معرض تأييدها لموقف السلطات التركية، المؤسس على مبدأ علمانية الدولة، الى أن هذا المبدأ يتفق مع الأسس التي بُنيت عليها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فذكرت أن "... الجمهورية (التركية) أسست على مبدأ أن الدولة علمانية، المبدأ الذي اكتسب قيمة دستورية. حيث أعطاه النظام الدستوري أهمية أولية لحماية حقوق المرأة، وحيث أن أغلبية سكان الدولة مسلمون، وحيث أصبح غطاء الرأس بالنسبة لمؤيدي العلمانية رمزاً للإسلام السياسي الذي بات يمارس تأثيراً متزايداً. ونظراً لأن العلمانية هي أحد المبادئ الأساسية للدولة بدون أدنى شك، وهي تتفق مع حكم القانون وتحترم حقوق الإنسان والديمقراطية، تلاحظ المحكمة أن العلمانية في تركيا هي الضمانة للقيم الديمقراطية. ويعمل مبدأ حرية الدين... ومبدأ المساواة بين المواطنين لحماية الفرد ليس فقط ضد التدخل الاستبدادي من الدولة، بل كذلك من الضغط الخارجي للحركات المتشددة. كما أن حرية الفرد في اظهار دينه يمكن تقييدها لضمان الدفاع عن تلك القيم. ويمكن للمحكمة الاستنتاج بأن هذه الفكرة للعلمانية تتفق مع القيم المؤسسة للاتفاقية"

وأضافت أن "مبدأ العلمانية، كما بينت المحكمة الدستورية [التركية]، كان له الاعتبار الأول في حظر ارتداء الرموز الدينية في الجامعات، حيث تكون قيم التعددية، واحترام حقوق الآخرين، وبشكل خاص المساواة أمام القانون بين الرجل والمرأة، يتم تدريسها وتطبيقها في الواقع. في مثل هذه الظروف؛ يكون مقبولاً أن تسعى السلطات المعنية للمحافظة على الطبيعة العلمانية للمؤسسة، وأن تعتبر السماح بارتداء الملابس الدينية بما يشمل، كما هو الحال في هذه القضية، غطاء الرأس الإسلامي يتعارض مع هذه القيم."

وانتهت المحكمة إلى رفض دعوى "ليلي شاهين" على أساس أنه "في ضوء ما سبق وبالنظر إلى ما للدول الأطراف من هامش للتقدير في هذا المجال". انتهت المحكمة إلى أن التدخل موضوع القضية كان مبرراً من حيث المبدأ ومتناسب مع الهدف المراد تحقيقه... وبالتالي ليس هناك انتهاك

للمادة (9) من الاتفاقية. "والمفارقة أن المدعية (ليلى شاهين) أكملت دراستها في جامعة فيينا بدولة النمسا، حيث لا يُمنع ارتداء الحجاب في الجامعات.

2- الحقوق الدينية الجماعية. الحق في تكوين الجمعيات. "قضية حزب الرفاه ضد تركيا".

"حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (الدرجة الثانية) 13 فبراير 2003م"

تمنح المادة (9) من اتفاقية روما الحق في حرية المعتقد الديني وإظهاره للأفراد وللمؤسسات. إلا أن قضية حزب الرفاه ضد تركيا رُفعت في إطار الحق في حرية الاجتماع وتكوين الجمعيات، المنصوص عليه في المادة (11) من الاتفاقية.

وتتلخص وقائع قضية "حزب الرفاه التركي" في الدعوى التي رفعها الحزب الى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، طاعنا في انتهاك قرار المحكمة الدستورية التركية، والقاضي بحل الحزب، للمادة (11) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، المتعلقة بالحق في الاجتماع وتكوين الجمعيات. حيث أن هذا الحزب ذو التوجه الإسلامي كان قد أنشئ سنة 1983م واشترك في عدة انتخابات محلية وبرلمانية، كانت آخرها انتخابات سنة 1996م والتي تحصل فيها على أعلى نسبة من مقاعد الجمعية الوطنية التركية(البرلمان) وشكل الحكومة بالتحالف مع حزب "الطريق الصحيح". وفي سنة 1997م والحزب في السلطة رفع المدعي العام التركي دعوى ضد الحزب أمام المحكمة الدستورية التركية مطالبا بحله بتهمة أنه "مركز للنشاطات المعادية لمبادئ العلمانية" ومستندا في دعواه على بيانات وخطب لرئيس الحزب السيد "تجم الدين أريكان" يدعو فيها الى السماح بارتداء الحجاب الإسلامي في المدارس والدوائر الحكومية الرسمية، وكذلك اقتراحه الغاء العلمانية في تركيا بمناسبة الدعوة الى تعديل الدستور.

وفي 16 يناير 1998م أصدرت المحكمة الدستورية التركية حكما بحل حزب الرفاه. باعتباره "مركزا للنشاطات المعادية لمبدأ العلمانية" وأسست حكما على المادة (b/101) والمادة (1/103) من قانون تنظيم الأحزاب السياسية. وأكدت المحكمة الدستورية التركية على أن العلمانية أحد الشروط التي لا غنى عنها للديمقراطية، وأن مبدأ العلمانية في تركيا يحميه الدستور، نظرا للخبرة التاريخية للدولة والسمات الخاصة للإسلام، وكذلك ذكرت المحكمة أن النظام الديمقراطي لا يتوافق مع قواعد الشريعة. وأن مبدأ العلمانية يمنع الدولة من إظهار تفضيلها لدين أو معتقد معين، ويشكل أساس حرية الضمير والمساواة بين المواطنين أمام القانون، وتدخّل الدولة للحفاظ على الطبيعة العلمانية



للنظام السياسي يعتبر ضروريا في المجتمع الديمقراطي. وقد اعتبرت المحكمة الدستورية التركية دعوة حزب الرفاه الى التعددية في النظم القانونية، محاولة لتأسيس التمييز بين المواطنين بناء على الدين والمعتقد، تهدف الى تنصيب نظام ثيوقراطي... كما تهدف الى استبدال تعددية النظم القانونية بالنظام القانوني الواحد، الأمر الذي من شأنه تدمير الوحدة التشريعية والقضائية التي هي شرط مسبق للعلمانية والشعور الوطني. واستشهدت المحكمة بمقاطع مطوله من خطب وبيانات رئيس واعضاء حزب الرفاه لتثبت مسؤولية الحزب عنها لأنه لم يتبرأ منها أو ينأ بنفسه عنها.

وبعد ان استعرضت المحكمة الأوربية مراحل القضية أمام المحكمة الدستورية التركية والنصوص القانونية للدستور والقانون التركي ذات العلاقة، ذكرت نص المادة (11) من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وبينت أن الطرفين أقرأ بأن قرار المحكمة الدستورية التركية بحل حزب الرفاه والتدابير المصاحبة له (مصادرة ممتلكات الحزب وحرمان رئيسه وبعض أعضائه من المشاركة في تأسيس حزب سياسي) يُعد تدخلا في ممارسة الحزب ورئيسه والأعضاء المعنيين لحقهم في حرية الاجتماع وتكوين الجمعيات وفقا للمادة (1/11). وأن المحكمة تقرهم على ذلك.

ثم انتقلت المحكمة الى بيان ما إذا كان هذا التدخل مشروعاً بموجب المادة (2/11) أم لا. وفي ذلك بدأت المحكمة في عرض شروط تدخل الدولة لتقييد الحق في حرية الاجتماع وتكوين الجمعيات، وفقاً للمادة (2/11) (أن يتم النقييد بقانون، وأن يكون لتحقيق غاية مشروعة، وأن يكون ضروريا في المجتمع الديمقراطي) كالتالي: -

أولا - أن يكون التقييد منصوصا عليه في القانون.

استعرضت المحكمة ادعاءات الطرفين بشأن ما إذا كان حكم المحكمة الدستورية التركية بحل حزب الرفاه والتدابير الملحقة به، له أساس في القانون. حيث ادعى حزب الرفاه أن المعيار الذي طبقته المحكمة الدستورية لتقرير أن حزب الرفاه أصبح مركزا لنشاطات غير دستورية أوسع مما يستوجبه قانون تنظيم الأحزاب السياسية التركي. لأن المعيار الذي اعتمده القانون المذكور هو فشل الحزب في طرد الأعضاء الذين تتم ادانتهم بتهمة ارتكاب نشاط معاد لمبدأ العلمانية بحكم قضائي، وقد حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية هذه الفقرة من القانون المذكور (م/2/103) قبل أسبوع واحد من الحكم بحل حزب الرفاه. الأمر الذي جعل الحزب غير قادر على توقع المعيار الذي سوف تستخدمه المحكمة الدستورية للحكم بأن حزب الرفاه أصبح مركزا للنشاطات غير الدستورية.

وبالتالي الصيغة الجديدة لقانون تنظيم الأحزاب (بعد الحكم بعدم دستورية ال مادة 2/103 والغائها) لم تكن متاحة للحزب بأن ينظم سلوكه على ضوءها قبل الحكم بحله. والأصل أن يطبق في هذا الشأن قانون تنظيم الأحزاب بصيغته القديمة.

وردت الحكومة التركية على هذا الادعاء بالقول: أن الغاء الفقرة (2) من المادة (103) من قانون تنظيم الأحزاب كانت استجابة لتعديل قانون العقوبات بإلغاء المادة (163) المتعلقة بالعقاب على نشر الأفكار المعادية للعلمانية وعلى انشاء جمعيات لهذا الغرض، وبالتالي أصبحت المادة (2/103) غير دستورية لاستحالة تطبيق النصوص الدستورية المتعلقة بمفهوم " مركز للأنشطة المعادية للدستور" مع بقاء هذه الفقرة. كما أن الاجراء المنصوص عليه في هذه الفقرة أصبح بدون هدف بعد تعديل قانون العقوبات المشار اليه. وأنه يكفي لتأسيس حكم المحكمة الدستورية صدوره وفقاً لاختصاص هذه المحكمة بشأن تقرير أن حزبا سياسيا أصبح يشكل مركزا للأنشطة المعادية للدستور.

وأكدت المحكمة الأوربية، بشأن شرط العلم بالقانون وإمكانية توقع نتائجه، على احكامها السابقة بهذا الخصوص، وبشأن هذه القضية اعتبرت المحكمة أن المدعين (زعيم وأعضاء حزب الرفاه) كانوا قادرين على توقع أنهم يخاطرون برفع دعوى لحل الحزب إذا تورطوا في أنشطة معادية للعلمانية. وأن عدم تطبيق المادة (2/103) من قانون تنظيم الأحزاب كنتيجة لتعديل قانون العقوبات سنة 1991م بشأن الأنشطة المعادية للعلمانية، لا يمنع تطبيق إجراءات الحل المنصوص عليها في الدستور التركي. وبالتالي انتهت المحكمة الى أن تدخل الدولة التركية منصوص عليه في القانون.

ثانياً - أن يكون التقييد لغاية مشروعة.

فيما يتعلق بالغاية المشروعة لتدخل الدولة التركية في الحق في التجمع وتكوين الجمعيات، ادعت الحكومة أن قرار حل حزب الرفاه يهدف الى عدة غايات، خصوصاً حماية السلامة العامة، والأمن الوطني، وحقوق وحرريات الآخرين، ومنع الجريمة. وقبل المدعون بمن حيث المبدأ أن حماية السلامة العامة، وحقوق وحرريات الآخرين ومنع الجريمة قد يعتمد على المحافظة على مبدأ العلمانية. من جهة أخرى يرون أن الحكومة بادعائها تحقيق هذه الأهداف تسعى لإخفاء الأسباب الأساسية التي أدت الى حل حزب الرفاه. وادعوا أن حل حزب الرفاه هو هدف رجال الأعمال الكبار والعسكر، الذين تهددت مصالحهم بسبب السياسة الاقتصادية لحزب الرفاه المتعلقة بخفض الدين الوطني إلى الصفر.



وردت المحكمة على ادعاء حزب الرفاه بعدم قناعتها بالأسباب التي ذكرها لتدخل الدولة التركية، خصوصا إذا أخذنا في الاعتبار، تقول المحكمة، أهمية مبدأ العلمانية للنظام الديمقراطي في تركيا. وعلى ذلك قررت أن حل حزب الرفاه تم لتحقيق عدة أهداف مشروعة من تلك المنصوص عليها في المادة (11) من الاتفاقية خصوصا حماية الأمن الوطني والسلامة العامة ومنع الفوضى والجريمة، وحماية حقوق وحرريات الآخرين.

ثالثا - أن يكون التقييد ضروريا في المجتمع الديمقراطي.

وفيما يتعلق بما إذا كان تدخل الدولة التركية ضرورياً في المجتمع الديمقراطي طبقاً للفقرة (2) من المادة (11) من اتفاقية روما، استعرضت المحكمة ادعاءات الطرفين التي يمكن تلخيصها كالتالي: -

1- المدعين (حزب الرفاه). أن الانتقادات الموجهة الى الحزب على أساس تصريحات صدرت منذ عدة سنوات ليست كافية لإثبات أن الحزب يشكل تهديداً للعلمانية والديمقراطية في تركيا عندما اقامت الدعوى ضده أمام المحكمة الدستورية التركية. وأنه لتحديد ما إذا كان حل الحزب ضرورياً، كان على محكمة أول درجة تقييم جميع العوامل التي أدت الى قرار الحل وكل نشاطات الحزب منذ انشائه. وأنه أمضي سنة في الحكم (1996-1997م) لم يقدم فيها مشروع قانون بشأن نظام قائم على القانون الإسلامي. وبالنسبة لتعددية الأنظمة القانونية، فإن تصريحات رئيس الحزب (نجم الدين أركان) بهذا الشأن هي تصريحات قديمة (1993م) ومعزولة وكان القصد منها فقط تحديث القانون المدني وتقوم على أساس حرية ابرام العقود، ولا تؤثر على المجال العمومي للقانون العام. واحباط هذه السياسة باسم الدور الخاص للعلمانية في تركيا يرقى الى التمييز ضد المسلمين الراغبين في ممارسة حياتهم بما يتفق مع تعاليم دينهم.

2- الحكومة التركية. فيما يتعلق بما إذا كان حزب الرفاه يمثل خطراً في الوقت الذي حُكم فيه بحله، ترى الحكومة أن ذلك يعود لعدم انفراده بالسلطة، وإذا تمكن من تشكيل الحكومة منفرداً فهو على الأغلب سوف ينفذ سياسته ويضع نهاية للديمقراطية. كما أن التصريحات التي استدلّت بها المحكمة الدستورية تُنسب لحزب الرفاه حيث تضمن النظام الأساسي للحزب نصوصاً تلزم الأعضاء بسياسة الحزب وقرارات لجنته التنفيذية. وأن مخطط إخال تعددية الأنظمة القانونية، والذي لم يتخل عنه الحزب، كان بشكل واضح مخالفاً لمبدأ عدم التمييز المنصوص عليه في الاتفاقية، والذي هو

أحد أهم مبادئ الديمقراطية. وفيما يتعلق بمسألة بدعم حزب الرفاه لتمكين الشريعة في تركيا، أشارت الحكومة الى أنه لم يكن البرنامج الرسمي للحزب سبب المشكلة، بل إن تصريحات ونشاطات قادة الحزب هي التي كانت تشير بوضوح الى أن الحزب يسعى الى تمكين الشريعة إذا تولى السلطة منفرداً. وهي تستدل على ذلك بأن مفهوم النظام العادل شكل أساس حملة الحزب الانتخابية لسنة 1995م. وفي شرح قادة الحزب لمفهوم النظام العادل في سياق الحملة الانتخابية تلك يشيرون بوضوح الى النظام القائم على الشريعة.

ولاحظت الحكومة الى أن حزب الرفاه لا ينوي تفسير مبدأ العلمانية بشكل مختلف، وإنما يهدف الى الغائه بالكلية. والدليل على ذلك العرض الذي تقدم به الحزب خلال المداولات الأخيرة بشأن تعديل الدستور، حيث اقترح ببساطة الغاء الإشارة الى مبدأ العلمانية في الدستور.

3- تقييم المحكمة. استعرضت المحكمة المبادئ العامة التي تحكم موضوع القضية من خلال أحكامها السابقة بشأن علاقة الديمقراطية بالأحزاب السياسية في نظام الاتفاقية، والديمقراطية والدين في نظام الاتفاقية، ونسبة تصرفات واعمال أعضاء الحزب السياسي للحزب، وتوقيت الحكم بحل الأحزاب السياسية. ثم تناولت تطبيق هذه المبادئ على القضية، لتقرير مدى توافر شرط (الضرورة في المجتمع الديمقراطي) وفقاً للمادة (2/11) من الاتفاقية في هذه القضية. وقررت المحكمة عند بحث الحاجة الاجتماعية الضاغطة كمييار لضرورة تدخل الدولة التركية " أن المحكمة تعتبر أنه تم حل حزب الرفاه في وقت كان الحزب يملك إمكانية فعلية للوصول الى السلطة بدون التقييد بالحلول الوسطى التي يفرضها تحالفه [مع أحزاب أخرى]. وإذا قدم الحزب برنامجاً يتعارض مع مبادئ الديمقراطية فسيمكنه احتكاره للسلطة السياسية من إقامة نموذج المجتمع المتصور في ذلك البرنامج. ... وباختصار تعتبر المحكمة أن السلطات الوطنية لم تتجاوز هامش التقدير الممنوح لها بموجب الاتفاقية عندما اختارت الوقت الذي تم فيه التدخل". وفيما يتعلق بنسبة تصريحات وأعمال الأعضاء للحزب، أيدت المحكمة ما انتهت اليه المحكمة الدستورية التركية من مسؤولية الحزب عن تصريحات وأعمال أعضائه. وفيما يتعلق بتخطيط الحزب لإقامة التعددية في النظام القانوني، رفضت المحكمة ما تحجج به حزب الرفاه من أنه عندما كان في السلطة لم يتخذ الخطوات اللازمة لتنفيذ هذه الخطة اعتبرت المحكمة "...أنه ليس من الواقعي الانتظار حتى يكون حزب الرفاه في الموقع الذي يمكنه من ادخال هذا الهدف ضمن برنامج التحالف الذي يتفاوض عليه مع حزب يمين الوسط. تكفي ملاحظة أن تعددية النظام القانوني كانت جزءاً من برنامج الحزب." وأكدت المحكمة على ما ذهبت



اليه محكمة أول درجة بشأن عدم اتفاق تعددية الأنظمة القانونية مع الاتفاقية. واقتبست جزءاً من حكمها تقول فيه "... أن المحكمة تعتبر أن اقتراح حزب الرفاه أن تكون هناك تعددية في الأنظمة القانونية سوف يُدخل التمييز بين الأفراد على أساس الدين في جميع العلاقات القانونية، وسوف يُصنف كل فرد طبقاً لدينه ومعتقده، وسوف تُمنح له الحقوق والحريات ليس كفرد بل طبقاً لانتدائه لحركة دينية. والمحكمة ترى أن هذا النموذج الاجتماعي لا يمكن أن يتوافق مع نظام الاتفاقية لسببين: الأول. أنه سوف يذهب بدور الدولة كضامن لحقوق الأفراد وحرياتهم وكمُنظم غير متحيز في ممارسة المعتقدات والأديان المختلفة في المجتمع الديمقراطي، لأنه سوف يفرض على الفرد الانصياع، ليس لقواعد سنتها الدولة عند ممارستها لوظائفها المشار إليها آنفاً، بل لقواعد قانونية جامدة مفروضة من قبل دين معين. لكن الدولة عليها التزام إيجابي لضمان تمتع كل فرد ضمن ولايتها القضائية، بشكل كامل، وبدون أن يكونوا قادرين على التنازل عنها، بالحقوق والحريات التي تضمنها الاتفاقية. والثاني. مثل هذا النظام يخرق بدون منازعة مبدأ عدم التمييز بين الأفراد فيما يتعلق بتمتعهم بالحريات العامة والذي هو أحد المبادئ الأساسية للديمقراطية. الاختلاف في المعاملة بين الأفراد في جميع مجالات القانون العام والخاص طبقاً لدينهم أو معتقداتهم، بشكل واضح لا يمكن تبريره بموجب الاتفاقية. وخصوصاً المادة (14) التي تحظر التمييز. وهذا الاختلاف في المعاملة لا يمكن أن يحافظ على توازن عادل بين مطالب جماعات دينية معينة يرغبون في أن تحكمهم قواعدهم الخاصة من جهة، ومن جهة أخرى مصالح المجتمع ككل، التي يجب أن تؤسس على السلم وعلى التسامح بين الأديان والمعتقدات المختلفة"

وفيما يتعلق بتهمة محاولة الحزب تطبيق الشريعة الإسلامية، أشارت المحكمة إلى تصريحات أعضاء الحزب بشأن سعيهم لتطبيق الشريعة إذا ما وصلوا للسلطة، وأشارت إلى اتفاقها مع وجهة نظر محكمة أول درجة بشأن عدم توافق أحكام الشريعة مع المبادئ الأساسية للديمقراطية كما نصت عليها الاتفاقية. واقتبست جزءاً من حكم محكمة أول درجة جاء فيه " تعتبر المحكمة أن الشريعة، والتي تعكس بإخلاص العقيدة والقواعد التي يضعها الدين، ساكنة وليست متغيرة، ولا مكان فيها لمبادئ من مثل التعددية في المجال السياسي أو التطور المطرد للحريات العامة. ولاحظت المحكمة أن القراءة الكلية للتصريحات المتهمة والتي تحتوي على الإشارة الصريحة لإدخال الشريعة من الصعب توافقها مع المبادئ الأساسية للديمقراطية في الاتفاقية في مجملها. من الصعب أن يعلن أحدهم بأنه يحترم الديمقراطية وحقوق الإنسان بينما يؤيد في نفس الوقت نظاماً مبنيًا على الشريعة، التي تتحرف بشكل

واضح عن قيم الاتفاقية، خصوصا فيما يتعلق بالقانون الجنائي والإجراءات الجنائية، وقواعدها بشأن المركز القانوني للمرأة، والطريقة التي تتدخل من خلالها في جميع مجالات الحياة الخاصة والعامة وفقا للرؤية الدينية... من وجهة نظر المحكمة، الحزب السياسي الذي يبدو أن اعماله تهدف الى ادخال الشريعة لدولة طرف في الاتفاقية، من الصعب اعتباره مؤسسة تستجيب للفكر الديمقراطي الذي يؤسس الاتفاقية بمجملها. وأضافت المحكمة أنها "لاحظت أيضا أن النظام الثيوقراطي الإسلامي كان مطبقاً في عهد الإمبراطورية العثمانية. وعندما فكك النظام الثيوقراطي وأقيم نظام الجمهورية اختارت تركيا شكلاً من العلمانية يحصر الإسلام والأديان الأخرى في مجال الممارسة الدينية الخاصة. ووعيا بأهمية ضمان احترام مبدأ العلمانية لبقاء النظام الديمقراطي في تركيا، تعتبر المحكمة أن تأكيد المحكمة الدستورية [التركية] على عدم توافق سياسة حزب الرفاه بإقامة الشريعة مع الديمقراطية مبرراً". وذكرت المحكمة تحت عنوان (الشريعة وعلاقتها بتعدد النظم القانونية المقترح من قبل حزب الرفاه) أنه "... لأغراض هذه القضية، أن سياسة حزب الرفاه، كما أشارت المحكمة الدستورية [التركية]، تقتضي تطبيق بعض قواعد الشريعة المتعلقة بالقانون الخاص على جزء كبير من السكان في تركيا (المسلمين خصوصا)، في إطار تعدد النظم القانونية. مثل هذه السياسة تذهب أبعد من حرية الأفراد في مراعاة تعاليم دينهم،...، سياسة حزب الرفاه هذه خارج المجال الخاص الذي يقصر فيه القانون التركي الدين، وتعاني من نفس التناقضات مع نظام الاتفاقية..."

وفي معرض الرد على دعوى حزب الرفاه بأن حظر تعدد نظم القانون الخاص بحجة الدور الخاص للعلمانية في تركيا يرقى الى التمييز ضد المسلمين الراغبين في ممارسة حياتهم الخاصة بما يتفق مع تعاليم دينهم، ذكرت المحكمة أن "... الحرية الدينية، بما في ذلك حرية كل شخص في إظهار دينه بالتعبد والممارسة، هي مبدئياً أمر متعلق بالضمير الفردي، وتؤكد المحكمة على أن مجال الضمير الفردي يختلف عن ميدان القانون الخاص، الذي يهتم بتنظيم وعمل المجتمع ككل... ولا توجد منازعة أمام المحكمة في إمكانية مراعاة أي فرد في تركيا لمتطلبات دينه في حياته الخاصة. ومن جهة أخرى، تركيا، مثل أي دولة أخرى متعاقدة، لها أن تمنع بشكل مشروع وفقاً لأغراض الاتفاقية، ضمن ولايتها القضائية، تطبيق قواعد قانون خاص ذات طبعة دينية من شأنها أن تعرض النظام العام وقيم الديمقراطية للخطر... حرية ابرام العقود لا يمكن أن تقدم على دور الدولة كمنظم محايد وغير منحاز لممارسة الأديان والمعتقدات." وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بعدم انتهاك الحكومة التركية للمادة (11) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.



التغيرات السياسية والدستورية وأثر ذلك على نفاذ المعاهدات
الدولية لحقوق الإنسان في ليبيا

الدكتور: ناصر فرج عمران الغيطة

كلية القانون – جامعة بن وليد

ملخص البحث باللغة العربية

تعد المعاهدات الدولية والإقليمية لحقوق الانسان مصدرا آخر من مصادر الحماية القانونية لحقوق الأفراد، فهذه المعاهدات تنشئ التزامات دولية على الحكومات و الدول يتعين عليها الوفاء به و يثير الإخلال به المسؤولية الدولية لانتهاكها قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان وكذلك توفر هذه المعاهدات آلية أخرى للحماية القانونية لحقوق الانسان على الصعيد الوطني، فبإمكان الافراد الركون إلى هذه المعاهدات الدولية التي انضمت اليها دولتهم واثارتها أمام القضاء إذا شعروا أن حقوقهم قد انتهكت، غير ان هذه الآلية التي تضمن إنفاذ المعاهدة الدولية أمام المحاكم الوطنية تتعلق بمسألة أولية من مسائل القانون الدولي العام التقليدي وهي العلاقة بين القانون الدولي و القانون الوطني و ما يثور حولها من جدل يتعلق بوحدة او ازدواجية القانونين (الدولي والداخلي) ومفاد ذلك أن أي معاهدة دولية يتم التوقيع عليها والمصادقة عليها تصبح جزءا من القانون الوطني دون الحاجة إلى إعادة إصدارها في صورة تشريع داخلي. ويذهب الاتجاه المغاير- ازدواجية القانونين- إلى أن القانون الدولي لا يعد جزءاً من القانون الوطني ويلزم لاعتباره كذلك صدور تشريع من السلطة التشريعية تحيل المعاهدة الدولية إلى قانون داخلي حتى يتسنى إنفاذها داخليا، وأيضا ما يتعلق بسمو القاعدة الدولية أو الوطنية الواحدة تجاه الأخرى.

هذه الورقة تبحث في مسألة نفاذ المعاهدات الدولية عموما و المتعلقة بخصوص الإنسان خصوصا في النظام القانوني الداخلي في ليبيا، والورقة وهي تبحث في إجابة الأسئلة التقليدية المتعلقة بهذا الموضوع مثل: هل تنفذ المعاهدة الدولية في ليبيا و هل يستطيع الأفراد إثارتها أمام القاضي الوطني وهل يستطيع القاضي الوطني أن يطبق القاعدة القانونية الولية أمام النزاع المعروض عليه، كذلك تحاول الورقة مناقشة التعارض بين أحكام القاعدة القانونية الدولية و القانون الوطني و أيهما يسمو على الآخر.

كل هذه التساؤلات تحاول الورقة الإجابة عليها في إطار تاريخي يتتبع التنظيم القانوني لهذه المسائل منذ الاستقلال وحتى وقتنا الحالي آخذة بعين الاعتبار التطورات الدستورية والتشريعية التي طرأت منذ دستور عام 1951 والإعلان الدستوري 1969 ثم الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الانتقالي 2011. كذلك لم تغفل الورقة الإشارة إلى التنظيم القانوني لهذه المسائل في المسودة الثانية لمشروع الدستور الليبي الذي تعكف على صياغته لجنة صياغة الدستور.

بداية تجدر الإشارة إلى أن انضمام الدولة إلى المعاهدة الدولية لحقوق الانسان يجعل من الدولة ملزمة باحترام أحكامها وضمان تمتع للجميع بالحقوق والامتيازات الواردة فيها و أن مسؤولية الدولة باحترام هذه الحقوق غير معلق بالشروط والأحكام المنصوص عليها في القوانين الداخلية للدول وقد ذهبت لجنة حقوق الانسان السابقة في كثير من قراراتها إلى أن العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية في المادة الثانية منه ينشئ التزاماً قانونياً فورياً على الدولة العضو بضمان احترام حقوق الأفراد بموجب هذا العهد، وأن على الدول أن تمتنع عما من شأنه أن يؤدي إلى انتهاك هذه الحقوق أو الانتقاص منها بل ويلزمها باتخاذ كل الإجراءات والخطوات التي تعزز احترام هذه الحقوق. غير أن اللجنة لم تذهب الى القول بأن العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية ينفذ بشكل مباشر وفوري دون الحاجة إلى اتخاذ اجراءات تشريعية و داخلية بالخصوص وإنما تركت ذلك للدول الأعضاء للفصل فيه وفقاً للإجراءات الدستورية و القانونية بالخصوص. وذهبت في إحدى الشكاوى المعروضة عليها إلى أن هناك أكثر من وسيلة تتبعها الدول لإنفاذ العهد الدولي في النظام القانوني الداخلي وأن مسألة النفاذ المباشر أو غير المباشر للعهد الدولي هو أمر يحدده القانون الداخلي للدول وفقاً لترتيباتها الدستورية.

إن غياب النص الدستوري والتشريعي المنظم لمسألة نفاذ المعاهدات الدولية لحقوق الانسان في ليبيا جعل من محاولة الإجابة على هذه التساؤلات من الصعوبة بمكان خاصة في غياب الأحكام القضائية بالخصوص، غير أن استقراء النصوص القانونية المتناثرة هنا وهناك وكذلك سلوك الجهات الرسمية خلال الأنظمة السياسية المتلاحقة تظهر أن القانون الليبي هو أقرب لنظام وحدة القانونيين الدولي والداخلي وأن المعاهدات الدولية يفترض أن تصبح جزءاً من النظام القانوني الداخلي حال استيفائها للإجراءات الشكلية التي نص عليها القانون من التصديق والنشر في الجريدة الرسمية وأنه لا يستلزم لسريانها داخليا ضرورة إعادة إصدارها في شكل تشريع داخلي. فعلى سبيل المثال ووفقاً لقانون نظام عمل المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية السابق يختص مؤتمر الشعب العام بالتصديق على المعاهدات الدولية. وأن الكثير من المعاهدات الدولية لحقوق الانسان التي تم التصديق عليها أثناء فترة الستينات و السبعينات من القرن الماضي صدرت في الجريدة الرسمية مؤخراً في عام 2009 دون الحاجة الى أن يتم إعادة إصدارها في شكل قانون صادر عن مؤتمر الشعب العام وهو ما يدعم القول أن القانون الليبي يعتبر المعاهدات الدولية التي تتضمن عليها الدولة الليبية أو تصدق عليها تعد نافذة متى ما حازت على تصديق السلطة التشريعية وجرى نشرها في الجريدة الرسمية. وهنا يظل التساؤل الأخير

قائماً وهو موقع القانون الدولي في التدرج القانوني وأيهما يسمو في حال التعارض، القانون الدولي أو القانون الداخلي.

إن محاولة الإجابة على هذا التساؤل تثير تحدياً سيما في حال غياب النص القانوني و السابقة القضائية ولذلك التجأت الورقة إلى نظام قانوني مشابه وهو القانون المصري والذي يعد مصدراً تاريخياً لكثير من التشريعات الليبية الحديثة تتلمس عنده كيف تعامل النظام القانوني هناك مع هذه التساؤلات. وبالنظر إلى الأحكام القضائية بالخصوص استوقفتني حكم جريء و قديم نسبياً انتهى القضاء المصري إلى أن المعاهدة الدولية لحقوق الإنسان تعد جزءاً من القانون الداخلي في مصر وأنها تتمتع بقوة التشريع العادي ولها القدرة على إلغاء ما يخالفها من تشريعات سابقة عليها وفقاً للقاعدة القانونية "اللاحق يلغي السابق"⁽¹⁾. ففي هذه القضية تمت محاكمة عدد من عمال السكك الحديدية في مصر الذين أضربوا عن العمل احتجاجاً على سوء ظروف العمل وحيث إن قانون العقوبات المصري يجرم فعل الإضراب و الامتناع عن العمل فقد تم اتهامهم بانتهاك نص المادة 142 من قانون العقوبات المصري التي تجرم الإضراب وأثناء المحاكمة دفع محامي المتهمين بأن فعل الإضراب لم يعد يشكل جريمة في مصر وأن المادة 142 من قانون العقوبات قد ألغيت بمجرد تصديق مصر على العهد الدولي لحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والذي نص على الحق في الإضراب وأن هذه المعاهدة قد أصبحت نافذة في مصر بعد استيفائها للشروط الدستورية من تصديق مجلس الشعب وموافقة رئيس الجمهورية و إصدارها في الجريدة الرسمية وهو ما تم فعلاً. والمحكمة وافقت ما ذهب إليه محامي الدفاع وانتهت إلى أن نص المادة في قانون العقوبات القاضي بتجريم فعل الإضراب قد أصبحت لاغية بحكم العهد الدولي لحقوق الاقتصادية والاجتماعية و قضت ببراءة المتهمين.

وختاماً تجدر الإشارة إلى النص الذي احتوته مسودة الدستور الذي تعده لجنة إعداد الدستور يحسم مسألة نفاذ المعاهدة الدولية في النظام القانوني الليبي و كذلك الحل في حال التعارض بين المعاهدة الدولية و التشريعات الوطنية فقد ذهب النص الدستوري إلى تحديد مكانة المعاهدة الدولية في السلم التشريعي الداخلي بأن وضعها في منزلة متوسطة أدنى من الدستور و أعلى من التشريع الداخلي وبهذا النص تصبح المعاهدة الدولية أسمى من التشريعات العادية وتتحصن المعاهدة الدولية عن الإلغاء الصريح والضمني من أي تشريع عادي ولو كان لاحقاً على المعاهدة.

(1) حكم محكمة امن الدولة العليا في الدعوى 86/1449 والمتعلقة بمحاكمة عدد من عمال السكك الحديدية والمشهور بقضية اضراب السكك الحديدية.



domestic law; however, the treaty will not be valid nationally without the prescribed measures or what is called the doctrine of transformation.²

The monist theory which is founded on the principle of unity between national and international law believes that both entities are one and international law takes supremacy above the national norms.³ In this context, international law is part of the municipal law without the need for a transformation procedure, the doctrine of incorporation.⁴ A number of European states, such as France, Netherlands and Switzerland, can be pointed out as followers of this principle. In some cases, the constitutions of these countries make it clear that international treaties are part of the national legal order and sit on the top of the legal pyramid.⁵

Regardless of the classification of the state, whether dualist or monist, the ratification of an international or regional human rights instrument creates an obligation upon the state to implement the provisions of such an instrument. In the case of human rights treaty it is more obvious as it usually contains specific rights for individuals thus creating specific obligations on national authorities to ensure the respect of these rights. To take the ICCPR as an example, article 2 of the covenant specifically mandates the adoption of

² Shaw, *International Law*. 4th ed (2007 Cambridge : croutios), p 129

³ Ibid p 122

⁴ ibid p 129

⁵ Article 25 German constitution, which states that general principle of public international law are an integral part of federal law and they shall take precedence over the laws and shall directly create right and duties for the inhabitant of the federal territory, mentioned in Shaw, supra note p 155. Furthermore article 10 of the Italian constitution of 1947 states that the Italian legal order shall conform with the generally recognized rules of international law, similar provision is available in the Portuguese constitution; see Shaw supra note p 156. article 55 of the French constitution



legislative and other measures to give rights recognized within the covenant.⁶ Article 2 makes it clear that states are obliged to respect and ensure the rights within. It is argued that that article 2 creates a double duty of implementation.⁷ Therefore states are obliged to respect the rights enshrined in the covenant and that they are ensured. The latter obligation requires states not only refrain from violating human rights but also taking positive measures to implement these rights.⁸

It is also argued that the practice of the Human Rights Committee in dealing with individual complaints shows that the covenant creates an immediate and unconditional obligation on state parties to implement the rights of the covenant. The Committee in various occasions found that a state has violated its obligation under the covenant.⁹ In the *E. and A.K. v Hungary*, the Committee pointed out that the state party's obligations under the covenant apply as of the date of its entry into force.¹⁰ It is argued that without the assumption of legal obligation on state parties the committee could not have found such violation and calls upon state parties to the covenant to take immediate steps to prevent human rights violations.¹¹ The Committee has applied the duty to take immediate steps to almost all rights mentioned in the

⁶ Art 2 of the ICCPR

⁷ T. Opsahl, *International Obligations and National Implementation*, (1979) 23 Scandinavian studies in law 149

⁸ Anja Seibert-fohr, Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights Pursuit to its Article 2 para 2, Max Planck Year book of the United Nations law volume 5, 2001 p 402

⁹ *Broeks v Netherlands*. Communication No 172/ 1984(1987) in selected decision of the Human Rights Committee under the optional protocol, vol. 2, Doc. CCPR/C/OP/2. pages 196-200, para. 8.3in this case the committee rejected the argument advanced by the state party that article 26 of the Covenant only calls upon states to take measures to progressively eliminate discrimination to the maximum of the state available resources. The Committee instead held that Article 26 creates an immediate obligation and requires an immediate compliance.

¹⁰ Comm. No 520/1992(1994), Doc. GAOR 49 Sess., Suppl. No. 40, 336.

¹¹ Supra note no 5 p 512



ICCPR, including the right to life,¹² right to liberty and security of person,¹³ right to be free from torture,¹⁴ and the right to fair trial.¹⁵

While there is a strong argument that international human rights treaties, create an immediate obligation upon state parties to respect and ensure human rights, the question of whether these treaties have a direct effect in the domestic legal order of member states is not as clear. This point is of special importance as it touches upon the right of citizens to invoke the rights provided in international treaties before their national courts. The Human Right Committee case law reveals that the Committee has left the matter of direct applicability to the state parties to decide according to their constitutional arrangements. In the *Araujo-Jongen v. Netherlands* the Committee noted that there are various methods state parties can apply to incorporate the Covenant into their national law and held that the question whether a specific provision of the Covenant acquired direct effect in a state party is a matter of domestic law.¹⁶

According to the Human Rights Committee, it's the constitutional arrangement of each state party to the human rights convention that determines the applicability of international human rights treaties and what statues they occupy within the domestic legal order. The constitution usually determines how an international treaty is ratified and the process of incorporating international treaty into domestic legal order. Some states make international law as part of their national law and even place it in a supreme

¹² Doc. CCPR/C/79/Add.66, para19

¹³ Doc. CCPR/C/79/Add.67, para21

¹⁴ Concluding observation on the Libyan Arab Jamahiriya of 1998, Doc, CCPR/C/79/Add. 101, para. 11

¹⁵ Doc. CCPR/C/79/Add.18, para10

¹⁶ Comm. No 418/1990 (1993), HRC Report in seibert-fohr supra note no 225 p 430



position above national legislation. Article 55 of the French Constitution of 4 July 1958 provides that international treaties take precedence over French domestic law.¹⁷ This is also the case of Article 55 of the German constitution.¹⁸ However the Committee in its recent practice moved to demand member national authorities to incorporate the Covenant into the domestic order of states or direct applicability of the covenant. This is believed to ensure that individuals are able to enforce rights provided in national courts¹⁹

The fact that Libya is a party to almost every international human rights instrument puts the country under an international obligation to respect human rights of its citizens and others within its territory. As has been discussed above, there is an immediate and unconditional obligation of state party to human rights treaty to respect human rights.²⁰ In this regard Libya is bound to respect the rights provided in the international human rights instruments the country has ratified, such as International Covenant on Civil and Political Rights ICCPR, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights ICESCR, Convention on Elimination of Discrimination against Women CEDOW, Convention Against Torture CAT, and African Charter on Human and People's Rights. All these instruments provide for detailed rights of individuals that states must respect, ensure and fulfil. Under the optional protocol of the ICCPR in which Libya is a party, citizens may lodge complaints and communications against the state provided that they have exhausted

¹⁷ Article 55 of the French constitution of 4 July 1958

¹⁸ Article 55 of the Germany Constitution

¹⁹, Anja Seibert-fohr, Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights Pursuit to its Article 2 para 2, Max Planck Year book of the United Nations law volume 5, 2001 p 436

²⁰ T. Opsahl, *International Obligations and National Implementation*, (1979) 23 Scandinavian studies in law pp 149



domestic remedies. A failure to conform to the legal norms imposed by these international instruments may lead to the state responsibility.²¹ However, the absence of a formal and clear constitutional document in Libya makes the determination of the status of international human rights treaties in the national legal order a thorny one.

Under the previous constitution of 1951, it was the king as head of state, who had the power to ratify treaties and endorse them after being approved by the parliament.²² Accordingly, the treaty would be effective nationally once it was incorporated into domestic law by means of endorsement and approval by the king and parliament. The situation changed after 1969 change of power and the proclamation of the constitutional declaration of 1969. The declaration stated that the Revolutionary Council assumed the power to enter into international treaty, ratify them and endorse them.²³ As the Council entertained itself with all powers of the state, legislative and legislative power the approval of a parliament was no longer required.²⁴

After the establishment of the system of people's authority in 1977, the people's basic conferences enjoy the power of introducing laws. The basic conferences will initiate laws, debate them and refer them to the General People's Congress, which must seek harmony between all suggestions. The draft law will only be passed after the approval of the General Congress, and then acquires the status of law. According to the law No 1 of the Statute and Principles of People's Conferences and People's Committees, which sets the

²¹ See, e.g., I Brownlie, *system of the law of nations- state responsibility*(1983) (part1), 144

²² Art 69 of the constitution of kingdom of Libya 1951 which reads:

²³ Art 23 1969 Constitutional Declaration

²⁴ Art 18 1969 Constitutional Declaration



rules governing the conduct and power of the main legislative and executive organs of the state, it is the people's conferences that have the authority to endorse treaties.²⁵ In this regard, the legislative organs, the people's conferences and the General Congress could endorse the ratification of the international treaties and issue them in the official gazette.

After the 17th of February 2011 and the collapse of the Gadaffi regime, the country has undergone a radical change. The country now has a formal constitutional document, the Constitutional Declaration. It has been issued by the national transitional council august 2011. It is a short document and interim as it regulates the transitional process leading the country to a permanent constitutional arrangement. The current interim constitutional declaration does not rule on the applicability of international treaties, nor does it rule on the status they occupy in the national legal order. The declaration states that the National Transitional Council has the power to ratify and endorse international treaties.²⁶ This power is now vested in the newly elected House of Representatives.

As it appears from the above discussion, there is no explicit answer to the question when an international treaty becomes part of the national law. This makes it hard to establish on one hand whether Libya is a monist country thus international law is part of the national arrangement, thus is no need for national incorporation of the treaty. On the other hand if Libya would be a dualist country where such domestication is required. In this regard it may be

²⁵ Art 1 paragraph 4 of the law no 1 of the Statute and Principles of People's Conferences and People's Committees

²⁶ Article 17 of the Constitutional Declaration. Adopted 3rd August 2011



useful to shed some light on the experience of another civil country with which Libya shares many common grounds, i.e. Egypt.

The Egyptian Constitution in Article 151 states that once an international treaty is ratified and endorsed by the legislative, the treaty will have the direct effect.

Legal scholars in Egypt are divided on the interpretation of this article. Some argue that international treaties do not have a direct applicability and special implementation measures are required to give an effect to such a treaty, for instance a new act of parliament. However, this argument is opposed by the majority of the legal scholars who believe that even the wording of article 151 makes it clear that the ratified treaty needs no more transformation steps into domestic system to be applicable.²⁷ It would not be necessary to demand a legislative action to give an effect of an already endorsed treaty. The latter argument has also been endorsed by the court and cassation of Egypt and the Supreme Court of the State Security. The latter court in a famous case took a brave decision to annul a certain penal code provision as it contradicted with international convention. In the case of the Rail Workers Strike a number of workers who exercised their right to strike were prosecuted under article 142 of the Egyptian penal code which incriminates the action of strike. They argued, among others, that article 142 had been repealed by the Egyptian ratification of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights which protects the right to strike. The court noted that Egypt ratified the covenant by means of presidential decision and the parliament endorsed the treaty which was later issued in the official gazette. The court accepted the worker's

²⁷ For full debate on Egypt, see Omar Ahmed Abo Alkhair, *the Applicability of International Treaties in the Domestic Legal System*, 2003 Dar Alnahda Alarbia



argument and declared the panel code provision incriminating the action of strike invalid. In this case the court confirmed the view that if an international treaty is ratified and met the conditions of article 151 of the constitution it would become part of the national legal order with the ability to override previous laws without the need for translating act.²⁸

Back to the Libyan case, in the absence of clear constitutional provision on the matter, and with the fact that to date the Supreme Court of Libya and lower courts have not had the opportunity to rule on the issue and provide needed guidelines, it may be helpful to refer to the conduct of other relevant institutions. The practice of the relevant state bodies especially the previous General People' Congress, the National Transitional Council, and the National General Congress may be used to support the view in favour of direct application. It has been the practice in Libya that all ratified treaties must be endorsed by the General Congress and issued in the official gazette. There are no specific provisions requiring further measures such as an enactment by the Congress or an executive decision for the treaty to be legally binding. In this respect the situation in Libya can be assumed to be similar to the Egyptian case where the Supreme Court ruled that a treaty is applicable once it has been ratified and endorsed by the legislator.

In summary, it could be safely stated here and regardless of the effect of international treaties in Libya, there is no doubt, that the country is bound with all international human rights instruments that has accepted. Protecting the

²⁸ Case of 1449/86 Supreme Court of the State Security and a report on this case is written by the student which is published on Oxford Report on International law available on http://www.oxfordlawreports.com/subscriber_article?script=yes&id=/oril/Cases/law-ildc-1483eg87&recno=2&module=ildc&category=Egypt



rights of individuals is no longer the exclusive business of states. Mistreatment of nationals may trigger the international responsibility of the state concerned. Furthermore, it must be mentioned that human rights, have been argued to be a norm under customary international law. The fact many rights that are mentioned in the major human rights treaties is also recognised in most state constitutions, is a strong argument to claim that these rights possess the element of state practice and *opinio juris*. The incorporation of this right in all major human rights and the recognition of this right as an established norm under international customary law make it binding on all states regardless of their national constitutional arrangement.

The applicability of international human rights treaties and the possibility available to the individuals to invoke these instruments before national courts has been advanced by the publication of these instruments in the official gazette in the form of national law. This will pave the way for these treaties to be as effective as ordinary statutory law. The step is an important one towards better protection of human rights. It is no longer a valid argument to claim that these instruments are not applicable into domestic sphere. In addition, courts and other national authorities are obliged to implement these instruments and to enforce the rights provided by them.

The situation appears to be heading for a major change in the permanent constitution which is being drafted. The first drafts of the will-be constitution of Libya which is being prepared by the Constitutional Committee has provisions regulating the applicability of international treaties nationally. Article 61 gives the power to sign international treaties which becomes in force after the endorsement of the upper house (*majlis alshora*). Article 20/13 attributes the



power to endorse international treaties to the upper house of the parliament (*majlis alshora*).

Regarding the position of the international treaties occupy in the legal hierarchy, article 16 of the draft proposes that endorsed treaties would be part of the national law that is superior to the ordinary law and subordinate of the constitution.²⁹ This would give human rights treaties a better position and limit the power of the legislator to pass laws that are contrary to the letter or spirit of such treaties. Based on the leaked drafts human rights would be a prime concern of the new constitution. Detailed list of rights that include civil, political, economic and social rights are incorporated in the proposed constitution. This is a strong signal of the commitment of the new regime in Libya towards better protection of human rights.

In summary, it could be said the for many years the applicability of international treaties and their position in relations to other national law remained unclear due to the absence of clear legal provisions. The lack of any court judgement on the matter added to the ambiguity. However, the draft of the constitution appears to prefer to have a clear ruling on the issue. The draft has not only ruled on the question of procedural requirements for a treaty provision to be effective nationally but more it determines the legal position of such international rules and places them in a certain position. It is a positive move that will add t the legal certainty and will add to the legal protection and recognition of the rights of the individuals as incorporated in international treaties.

²⁹ The draft of the constitution , work of the Constitutional Drafting Committee (CDC) available on the Committee's website www.cdc.ly

