



مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون الخمس - جامعة المرقب

الأعمال الكاملة لمؤتمر:

"دور التشريع والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية"

2020م - 2021م

تحت شعار: "نحو تيسير تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية"

المنعقد في الفترة 24 - 25 / 5 / 2021م

في رحاب جامعة المرقب

عدد خاص بأعمال المؤتمر



مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي 2015/379م.

دار الكتب الوطنية ببغداد - ليبيا

هاتف:

9097074 – 9096379 – 9090509

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091.1431325 / 092.7233083

شروط النشر بالمجلة:

1. أن لا يكون قد تمّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريبا بما فيها قائمة المراجع.
3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهوامش (12) وبين السطور (1).
4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط (16) Bold.
- العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيّتان.
5. تبدأ الفقرات بعد خمسة فراغات.
6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، ورموز أسمائها بالخط العربي .
7. ضرورة استخدام رمز القوسين الزهرين للآيات القرآنية ({ })، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") لعلامة التنصيص.
8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.
10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.

مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332

11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس »: ج 1، ص 12، رقم 1.
12. تخرج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.
- مثل: قال الله تعالى: ﴿ سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّاهُمْ عَن قِبَلَتِهِمُ الَّذِي كَانُوا عَلَيْهَا ۚ قُلْ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ ۚ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ البقرة: 142.
13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش فراغ واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.
14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالآتي:
- ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ / 1992م.
15. يرفق الباحث ملخصاً لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.
16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.
- iaelfared@elmergib.edu.ly
17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب، والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.
18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد المجلة المعني مجاناً.
19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما لكل التقدير والاحترام.



20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.

نأمل من السادة الباحث والقراء المعذرة عن أي خطأ قد يحدث مقدما ، فله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083



مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العربي

د. عبدالمنعم محمد الصراعي

د. أحمد عثمان إحميدة

اللجنة الاستشارية:

- | | |
|-----------------------|-----------------------|
| د. عبد الحفيظ ديكنه. | أ.د. محمد عبدالسلام |
| أ.د. محمد رمضان باره. | أ.د. سالم محمد مرشان. |
| د. عمر رمضان العبيد. | د. إمام علي أبوسطاش. |
| د. علي أحمد اشكورفو. | |

المحتويات

7	كلمة السيد رئيس المؤتمر
16	كلمة السيد رئيس اللجنة التحضيرية للمؤتمر
17	كلمة السيد رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر
19	كلمة أ. د. سعد خليفة العبار
21	كلمة أ. د. امحمد معمر الرازقي
24	وقفات سريعة على بعض أحكام الشريعة الإسلامية
24	" قراءة في فقه العقوبات "
24	مكانة الشريعة بين نصوص الدستور
26	إشكاليات المصطلح والتطبيق
52	اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع بين صياغة النص وأثار التطبيق
68	إشكالية الفراغ التشريعي التاجم عن التعاطي الدستوري
68	مع أحكام الشريعة الإسلامية
68	"قراءة في بعض أفضية المحكمة العليا حول المسألة"
82	نظرة تأملية في الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية لجريمة القتل الخطأ
92	مكانة الشريعة الإسلامية من القواعد الدستورية
92	"ليبيا أنموذجاً"
110	جريمة الحراة داخل العمران
110	بين الفقه الإسلامي والتشريع الجنائي الليبي
110	"بمناسبة التعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 58/123ق"
119	القيود التي تلحق النص على تطبيق الشريعة الإسلامية
119	(تأصيل وتقييم)
138	التطبيقات المعاصرة للمصلحة المرسله في تشريع الأحكام والقوانين الليبية
161	دلالة النص على مصدر التشريع "مشروع الدستور الليبي نموذجاً"
171	دور قضاء المحكمة العليا الليبية في مسألة الطلاق التعسفي تأصيلاً، وتفريعاً:
171	" سدُّ لفراغٍ تشريعيّ بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي "
193	تطبيق أحكام الشريعة "المفهوم والكيفية"

- 210.....قراءة في أحكام العاقلة في قانون القصاص والدية
- 221.....مكانة الشريعة الإسلامية بين قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري
- 236.....أثر التكريس الدستوري للشريعة الإسلامية على المنظومة القانونية في الجزائر
- 255.....أثر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على مبدأ سمو المعاهدات الدولية
- 272.....تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في ظل قانون الأسرة الجزائري
- الإشكاليات الفقهية التي يثيرها القانون رقم (18) لسنة 2016 بشأن تعديل أحكام القصاص رقم (6)
- 288.....لسنة 1423هـ، وأثرها على الواقع العملي
- 304.....الموقف الليبي من الاتفاقيات الدولية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية
- 304....."التحفظ على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان نموذجاً"
- 326.....الاعتبار المذهبي في قانون الأسرة البحريني الصادر بالقانون 19 لسنة 2017
- 351.....إشكاليات عملية في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية
- 351.....(دراسة نقدية في التعديل والإلغاء والإضافة)
- 375.....مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً بين نصوص التشريع وأحكام القضاء الليبي
- 396.....الصياغة الدستورية ومكانة الشريعة الإسلامية
- 396.....في الوثائق الدستورية الليبية
- 417.....المسألة الدستورية وجدل المرجعية (الحالة الليبية أنموذجاً)
- 447.....إشكالية عدم اشتراط البلوغ لتطبيق قانون القصاص والدية
- 456.....أثر الجندرية على الهوية الإسلامية لقانون الضمان الاجتماعي الليبي
- 469.....الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في القانون المدني الليبي
- 469....."قراءة لنص المادة الأولى المعدلة بالقانون رقم 2016/06م"
- 493.....قراءة في مصدرية الشريعة الإسلامية للتشريعات
- 510.....مدى توافق نصوص القانون الليبي مع أحكام الشريعة الإسلامية في شأن كفالة ناقص الأهلية

كلمة السيد رئيس المؤتمر

د. عبد المنعم إمام الصرارعي

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على خير الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، ومن سار على نهجه ودعا بدعوته إلى يوم الدين. أما بعد: فيسعدني أن أتقدم باسمي وباسم أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون، جامعة المرقب بالشكر والامتنان للسادة القائمين على هذا المحفل العلمي المتميز، والشكر موصول للسيد رئيس الجامعة على ما تفضل به من دعم مادي ومعنوي لهذا المؤتمر، وكذلك اللجنة التحضيرية والعلمية للمؤتمر برئاسة د. مصطفى العربي، الذي ظل لشهور يتابع بناء خطوات هذا المؤتمر منذ أن كان مجرد فكرة، حتى صار حقيقة ملموسة. والشكر موصول لكل الحاضرين والمشاركين في هذا المؤتمر من كافة ربوع بلادنا الحبيبة ومن خارجها، خاصة ممن تكبد عناء السفر، وكان حريصاً على الحضور والمشاركة في هذا المؤتمر.

أيها الجمع الكريم:

إنه لشرف عظيم أن ينظم هذا المؤتمر في رحاب كلية القانون بجامعة المرقب، وبحضور ثلة من العلماء والباحثين ورجال القضاء والعاملين في مجال القانون، ومما زادنا شرفاً أن موضوع هذا المؤتمر الموسوم بدور التشريع والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الواقع والتطلعات، تحت شعار "نحو تيسير تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في بلادنا الحبيبة، هو في إطار ترسيخ دور الجامعة في خدمة المجتمع، وتقديم الحلول للإشكاليات التي قد تعترضه.

أيها الجمع الكريم:

تنظيم هذا المؤتمر يأتي تلبية للواجب الذي يجب أن تقوم به هذه الكلية من حيث الرد على ما يثيره بعض المستشرقين وخصوم الإسلام من شبهات وأباطيل استخفافاً بما شرع في الحدود والتعازير والمعاملات من أحكام، كذلك من حيث تيسير تطبيق أحكام هذه الشريعة الغراء، ومحاولة تلمس مواطن الخلل في التشريعات المستقاة من أحكام هذه الشريعة؛ حتى يتيسر تطبيقها تطبيقاً سليماً.

أيها الجمع الكريم:

هذا المؤتمر يأتي في إطار الجمع بين الجانب النظري والعملي، وذلك بتبادل الأفكار والآراء بين فقهاء الشريعة والقانون ورجال القضاء، من باب تبادل الخبرات وإيجاد الحلول العملية لكثير من الإشكاليات العملية التي تعترض تطبيق كثير من نصوص التشريعات المستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية.

وأخيراً لا يسعني في ختام هذه الكلمة الموجزة إلا أن أكرر شكري وامتناني لكل الحاضرين والمشاركين، ولكل من أسهم في نجاح هذا المحفل العلمي، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

كلمة السيد رئيس اللجنة التحضيرية للمؤتمر

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا وشفيعنا محمد بن عبدالله وآله الكرام الطيبين، وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد، فإنه من فضل الله علينا أن وفقنا لإقامة هذا المؤتمر تحت عنوان: "دور التشريع والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية".

وبدعم كامل من السيد رئيس الجامعة، والكاتب العام والإدارات التابعة لهما، والتعاون بين الزملاء من هيئة التدريس بالكلية، وإخوة من أعضاء هيئة التدريس من خارج جامعة المرقب، وصلنا بتوفيق الله تعالى لإقامة هذا المحفل العلمي.

وكما هو معروف للجميع فإن تطبيق الشريعة الإسلامية أمر واجب على كل مسلم في حياته الخاصة أو العامة، وكذلك هو واجب على الدولة المسلمة، وهذا ما جعل مراجعة القوانين في بلادنا أمراً واجباً، وجعل تلك القوانين متوائمة للتطبيق في إطار الشريعة الإسلامية ولا تخالفها، فيحدث التوافق النفسي بين المواطن وما يطبق عليه من تشريعات، فيعود بالرضا العام والانسجام التام بين المواطن ودولته.

ووصولاً لهذا الهدف السامي، وفي إطار رسالة خدمة المجتمع المحيط بالجامعة ومؤسساتها؛ رأت كلية القانون الخمس أن تقدم شيئاً للمجتمع ولو قليلاً، وهو المساعد في حل بعض الإشكاليات العملية التي تواجه المجتمع في تطبيق الشريعة الإسلامية من خلال مؤتمر يسلط الضوء وينير الدرب ببحث دور التشريع والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية،

ولأهمية الموضوع تعددت المشاركات في جوانب مختلفة من مجالات البحث العلمي، ومن مختلف الجامعات. وفي الختام فالحمد لله تعالى أولاً، ثم للإخوة الباحثين المشاركين في أعمال المؤتمر وجامعة المرقب رئيساً ومن تبعه إدارياً على مختلف الأصعدة، ولكل الزملاء بالكلية، ولكل من ساهم معنا في إنجاز أعمال هذا المؤتمر ولو بكلمة طيبة.

كلمة السيّد رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر

الدكتور: مصطفى إبراهيم العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلّم وبارك على نبيّه الكريم، وعلى آله وصحبه الغرّ الميامين، ومن تبعهم بإحسانٍ إلى يوم الدين، أما بعد؛ فإنّ المرء قد لا يجد في مفردات اللغة ما يسعفه للتعبير عن سعادته بعقد هذا المؤتمر في رحاب هذه الجامعة اللامعة؛ إحدى منارات العلم في بلادنا الحبيبة، ويعقده أيضاً في إحدى مدن السّلم والسّلام في هذه البلاد، وهي مدينة الخمس التي باحتضانها لمدينة من المدن التاريخيّة العريقة (مدينة لبدة الأثرية) تعتبر - كما يقولون - أشهر من نار على علم.

هذا المؤتمر يأتي انعقاده في إطار الاهتمام الواجب بأمر الشريعة الإسلامية والمفروض على أساتذة القانون وأساتذة الشريعة الغراء والعمل على تذليل الصّعوبات والعقبات أمام تطبيقها في كلّ المجالات، ولا يرجع أساس الإلزام في كوننا مسلمين أو لأننا نعيش في مجتمع مسلمٍ فحسب، ولكن لأننا نحتاج فعلاً إلى تحكيم شريعتنا الغراء في كلّ شأنٍ من شؤون حياتنا، فإن كنا نبحث عن حلول ناجعة لمعالجة المشاكل التي تعيشها المجتمعات في عصرنا الحاضر، بل وفي كلّ العصور، فعلياً أن نرجع إلى تراثنا الفقهي الإسلامي؛ فهو غنيٌّ وواضحٌ بالحلول والمعالجات لكلّ تلك المشاكل. وما قد لا نجد له حلاً في هذا التراث بفعل تطوّر أساليب الحياة وتعقّد مشاكلها، فإننا لن نعدم استنباط الحلّ أو الحكم من نصوص هذه الشريعة الغراء، وما ذلك إلاً مصداقاً لقول المولى عزّ وجلّ: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ [سورة النحل، الآية 89]، وقوله جلّ في علاه: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ [سورة الأنعام، الآية 38]، وقول رسوله الكريم - صلى الله عليه وسلّم - : "إنّ الشيطان قد يئس أن يعبد بأرضكم، ولكن رضي أن يطاع فيما سوى ذلك مما تحاقرون من أعمالكم، فاحذروا، إني قد تركتُ فيكم ما إن اعتصمتم به فلن تضلّوا أبداً؛ كتاب الله، وسنة نبيّه".

أيها الإخوة الأعزاء، إنّنا في هذا المؤتمر المبارك - إن شاء الله تعالى - نهدف إلى تشخيص الإشكاليات العملية التي كشف عنها التطبيق العملي لنصوص تقنينات أحكام الشريعة الإسلامية، ومحاولة طرح الحلول بشأن معالجتها؛ حتى لا تتسع الفجوة بين النظرية والتطبيق، ونسهم بذلك أيضاً في إنارة الطريق أمام السلطة التشريعية المنوط بها مهمة التقنين والسلطة القضائية، المنوط بها مهمة التطبيق. فقد أوضح لنا البحث والتطبيق العملي لنصوص تلك التقنينات إسهام الجميع - ولو بقدرٍ - في تعرّف عملية التطبيق تلك، ونعني بالجميع في هذا المقام السلطتين المشار إليهما واللتين أسهمتتا - بشكلٍ أو بآخر - في تعرّف تلك العملية، سواءً تمثّل ذلك في الاختيار غير الموقّف من قبل السلطة التشريعية لعبارة نصوص تلك التقنينات، أو عدم حبك صياغتها، أو إقرار أحكام متناقضةٍ بموجبها في بعض الأحيان، وليس أدلّ على ذلك من اختلاف صياغات نصوص الإحالة في المنظومة التشريعية الجنائية الواحدة، بل واختلافها في التشريع الجنائي الواحد، كما هو الحال في شأن نصوص الإحالة على أحكام الشريعة الواردة في قانون القصاص والدية، أو كان؛ أي الإسهام في التعرّف، متمثلاً في عدم التطبيق السليم لنصوص تلك التقنينات من قبل بعض رجال السّطة الأخرى، أعني السلطة القضائية، رغم التماسنا العذر لهم؛ لأسبابٍ لا يتسع المقام لذكرها.

الفقهاء وشراح القانون أيضاً هم معنيون بهذا الأمر، ولهذا لا بد وأن يتحمّلوا كفاً من المسؤولية الأدبية عن ذلك التعرّف، إمّا بتقصير البعض عن بحث تلك الإشكاليات والعزوف عن ولوج بحور الفقه الإسلامي للتفقه في المسائل القانونية ذات الأصول الشرعية، وإمّا بالتمسك الصّارم بالمثالية في التطبيق وبالأسس التي تقوم عليها النظريات في مجال القانون، والتي - بلا شكٍ - يختلف بعضها عن الأسس والثوابت التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية.

وليس معنى هذا - أيها الإخوة الأعزّاء - أننا نجلس هنا في هذا المؤتمر لتبادل الاتّهامات أو لنندراً عن أنفسنا المسؤولين، ولكننا نريد فقط أن نضع اليد على الجرح كما يقولون، وتبادل وجهات النظر حول تلك الإشكاليات؛ لنصل - بإذن الله - إلى تقاربٍ مقبولٍ في الآراء ووجهات النّظر، بما يخدم التّطبيق السّليم لأحكام شريعتنا الغزّاء. وأخيراً فإنّي وبعد أن منّ الله علينا بانعقاد هذا المؤتمر الذي نحتسب أعماله لوجهه الكريم، لا بد أن أتوجّه بالشّكر الجزيل إلى كلّ من لبّى النّداء وأسهم في انعقاده، وأخصّ في هذا المقام بالشّكر السيّد رئيس الجامعة الدكتور شكري الدّبّار، الذي يُشهد له بدعمه المتواصل وتحريضه المتكرّر لأساتذة هذه الجامعة على عقد المؤتمرات في كلّ المجالات والتّخصّصات، كما أتوجّه بالشّكر أيضاً لكلّ مدراء الإدارات بالجامعة الذين أسهموا بشكلٍ أو بآخر في إنجاح أعمال هذا المؤتمر.

والشّكر موصولٌ كذلك لكلّ الأساتذة، أعضاء اللجنتين العلمية والتحضيرية للمؤتمر على كلّ ما بذلوه من جهودٍ واضحةٍ وملموسةٍ في سبيل انعقاده ونجاحه. وأشكر أيضاً كلّ المشاركين بأوراقٍ بحثيّةٍ في أعمال هذا المؤتمر، من داخل البلاد وخارجها، والذين رغم الظّروف التي تعيشها بلادنا -على وجه الخصوص- في الوقت الرّاهن وما يعيشه العالم أجمع في هذا الوقت من تفسّخٍ لهذا الوباء الفتاك الذي حصد الكثير من الأرواح وأضرّ بالاقتصاد في كلّ الدول، إلّا أنّهم أبو إلا المشاركة بأوراقهم والإدلاء بأرائهم حول محاور هذا المؤتمر وما يطرحه من إشكاليات، فلهم كلّ الشكر وكلّ الفضل.

وفي الختام أسأل الله - العليّ القدير - أن يرفع عن بلادنا وبلاد المسلمين البلاء والوباء والغلاء، وأن يجعلنا آمنين مطمئنّين وأن يختم لنا بخاتمة الإسلام، فهو القادر على ذلك، ولا حول ولا قوّة إلا بالله العليّ العظيم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

كلمة أ. د. سعد خليفة العبار

عن كلية القانون بجامعة بنغازي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف مبعوثٍ رحمةً للناس أجمعين، وعلى آله الأطهار وصحبه الكرام الأبرار، ومن تبعهم بإحسان وسار على دربهم إلى يوم الدين، وبعد:

فإن المولى جل وعلا خص بلادنا بنعم جليلة، لعل أكثرها استجلاباً للشكر أن هدى أهلها إلى الإسلام، فسرت أحكام شريعته بين أهلها في تعاملاتهم وعاداتهم وأعرافهم، وفي مرحلة لاحقة في تشريعاتهم، بعد أن كان المترجم عن غير أهل الإسلام هو الحاكم على نظامها التشريعي، ولعل مما يستوجب الحمد والإشادة أيضاً هذا التوجه نحو جعل أحكام الشريعة لتجد ما يناسبها من محل في التطبيق، فهذا فوق أنه مطلب شعبي هو ضرورة تشريعية، غايتها أن يكون القانون ابن بيئته، منها يولد، وعلى أرضها يطبق، وبين أهلها يعيش ويحكم، ولن نجد لليبيا وأهلها معينا نستقي منه تشريعاتنا أفضل مما رضيه المولى عز وجل لنا من شريعة إسلامية ومنهج قرآني نبوي، وعلى هذا فقد تكاثرت التشريعات التي استقت أحكامها من الشريعة الإسلامية، ومعها تعاضم النقاش وثار أحيانا الجدل ليس حول أساس المنهج، وإنما في سلامة تطبيقه والنجاعة في الاختيار بين الأقوال الفقهية، ومراعاة أولويات ذلك، ولعل هذا المؤتمر الذي تقيمه كلية القانون بجامعة المرقب خطوة في هذا الاتجاه، غايتها التوقف للحظة بغية التقييم والنظر لما تم بعين الفاحص المدقق الذي يسعى لتصحيح هناته وتقويم عثراته، والاستزادة من صوابه، ولعل من المناسب التذكير هنا بتميز تجربة هذا المؤتمر عن غيره مما سبقه من جهود علمية مشكورة، نراها تتمثل من خلال محاوره:

- عدم انغلاق المؤتمر على التجربة الليبية وعلى محور من التطبيق القانوني للأحكام الشرعية، والذي انحصر غالبا فيما سبق في جانبين هما التشريعات الجنائية، لاسيما ما تعلق منها بالحدود، وفيما اختص بنظم الأحوال الشخصية، وقصر ذلك على إشكاليات الزواج والطلاق، فخرجت محاور إلى بحث أسس العلاقة بين الشريعة والنظم القانونية كافة، ولم تنغلق على جزئيات المسائل وفروعها.

- محاولة المؤتمر عبر محاوره تقييم الواقع بما له، وما حمله من صواب، وما عليه من عثرات وهنات وسوء اختيار وعقبات أطلت برؤوسها عند التطبيق، مع استشراف المستقبل، في نظرة تسعى لأن تكون غير جامدة على النقد والبحث عن المعايير، وإنما التوجه نحو الأمام، واستشراف إلى ما يتوجب فعله في قادم الأيام.

- الجانب التطبيقي الذي يسعى المؤتمر نحو تفعيله، وهذا من المآثر التي تحمد لمن اقترح محاور هذا المؤتمر، وذلك عبر الغوص في دور التشريع والقضاء معا، فالقانون ليس نصوصا حرفية جامدة، منعزلة عن الواقع، وإنما هو كائن لا ينبغي النظر إليه إلا من خلال تطبيقه، ولعل دور القضاء في وضع أحكام الشريعة موضع التطبيق هو ما غفل عنه كثير ممن حاول تقييم التجارب السابقة، فجاء هذا المؤتمر ليسد هذه الثغرة، وينبه على أهمية دراسة الدور القضائي في هذا الجانب.

- شعار المؤتمر جاء ملامسا لما ينبغي التطلع إليه، فالغاية من تطبيق أحكام الشريعة عبر صياغتها في تشريعات وضعية ليست الجري وراء الأيسر من أحكام الشريعة، وتتبع الرخص والتلفيق بين الأقوال الفقهية، كما يخيّل للبعض، وإنما تيسير تطبيق أحكام الشريعة عبر البحث عن آليات ذلك، وتلمس العقبات التي حالت دون التطبيق، لدرجة كانت معها نصوص التشريعات التي استقيت من الشريعة الإسلامية ميتة تطبيقا، وإن كانت حية قانونا.



هذه خطوات مباركة وعمل مشكور، ندعو المولى تعالى أن يباركه، وينعم علينا بنجاح أعمال هذا المؤتمر، وأن يوفق من قام عليه إلى كل خير، وأن تجد توصياته ونتائج أبحاثه آذاناً صاغية عند أهل الحل والعقد، ممن أوكل إليهم الشعب أمر التشريع والتطبيق في هذه البلاد.

نسأل المولى في علاه أن يعم بلادنا وأهلها بالأمن والهناء، وأن ييسر الأمر إلى حكمها بما أنزل وارتضى لها ولأهلها، إنه أكرم مسؤول وأفضل مأمول، إنه نعم المولى ونعم النصير، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

كلمة أ. د. امحمد معمر الرازقي
عن كلية القانون بجامعة طرابلس
واقع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية
" وجهة نظر حول الإشكالية وطريقة المعالجة "

الحديث عن " دور التشريع و القضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية " الواقع و التطلعات " وهو عنوان هذا المؤتمر، يشي بأن الواقع التشريعي فيما يتعلق بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية يشوبه كثير من القصور، ويشير إشكالية تكمن في عدم إدراك مقاصد الشريعة وطرق الاجتهاد فيها فيما نعتقد، تقتضي من المتخصصين في الشريعة والقانون طرحها و مناقشتها مناقشة موضوعية هادئة بعيدا عن أية خلفيات معينة فكرية أو عقائدية قد تجنح بالباحث نحو تأويلات لا ترقى إلى المستوى المستنير والحر الذي هو أحد مقومات البحث العلمي الجاد .

ومحاور هذا المؤتمر تعكس نظرة القائمين عليه من أساتذة كلية القانون بهذه الجامعة الفتية، فهم في رصدهم لهذا الواقع يلاحظون كما يلاحظ كثير من الباحثين هذا القصور، وهو ليس قصورا في الصياغة فحسب؛ بل في إدراك مقاصد الشريعة لدي المكلفين بها، فتأتي هذه الصياغة على غير ما تقتضيه النظرة الموضوعية لأحكام الشريعة، ولهذا فهم يتطلعون لقراءة جديدة للنصوص الشرعية، فهي حتى لو كانت قطعية الثبوت، ولكنها لا تكون دائما قطعية الدلالة، فنكاد لا نجد نصاً واحداً يكون له تفسير واحد، وهذا من فضل الله تعالى على هذه الأمة حتى تكون شريعتنا صالحة لكل زمان ومكان، وليست حبيسة لاجتهادات فقهاء القرون الأولى، فهم اجتهدوا لعصرهم ونحن ينبغي أن نجتهد للعصر الذي نعيش فيه.

ومما يزيد من القيمة العلمية لفعاليات هذا المؤتمر أنه " دولي " فلا شك أن في ذلك إثراء لموضوعه فتجارب الآخرين من شأنها أن تضيء عليه بعداً نحن في حاجة إليه من حيث المقارنة و الترجيح .

وفكرة "التيسير" الواردة في شعار المؤتمر لا يعني بأي حال من الأحوال كما نفهمها، أن نهمل مقاصد الشريعة فقد حددت لنا هذه الشريعة نفسها إجمالاً معالم الطريق، ولكنها في الوقت نفسه لم تضيق على السالكين فيه حرية التفكير والتدبر، والتفكير والتدبر يقتضيان بدهاء عقلا مستنيراً لا يهمل التراث الفقهي، ولكنه يستمد منه ما يساعده على إدراك المنهج الإسلامي في السلوك، فهؤلاء الفقهاء أنفسهم يقولون "لا تناقض بين النقل الصحيح والعقل الصحيح"؛ فالتوفيق بين النقل والعقل هو فريضة دينية قبل أن يكون منهجا من مناهج البحث العلمي الأكاديمي.

ولهذا نحن نعتقد أن أساس الإشكالية تكمن في ضبط مصطلح "الشريعة" المتمثلة في عدم فك الارتباط، إذا صح التعبير، بين ما هو من صميم الشريعة التي نزل بها الوحي على نبينا الكريم -صلى الله عليه وسلم- وبين التأويلات والتفسيرات لهذه النصوص الإلهية فقد تتفق مع روح النص الإلهي وقد لا تتفق؛ فالاجتهاد البشري يخطئ ويصيب. وهذه الحقيقة لا بد أن تؤدي بنا إلى القول بأن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في قوانيننا الحديثة ينبغي أن يخضع لمجموعة من القواعد الأصولية التي وضعها الفقهاء الأوائل أنفسهم، ويضيق المقام هنا عن الإشارة إلى المواضع التي تم فيها "خرق" هذه القواعد، ولعل في محاور هذا المؤتمر ما يؤيد هذا الوجه من النظر.

فهذه المحاور تتحدث في عمومها عن المعالجة القانونية لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا يعني أن المعالجة الحالية قاصرة عن الترجمة الحقيقية لهذه الأحكام، وما يعني أيضا أن فعاليات هذا المؤتمر تنصب في المقام الأول على إعادة النظر في هذه المعالجة كما نتوقع.

فأغلب الدساتير التي تتبنى هذا النهج، ومنها مشروع الدستور الليبي على سبيل المثال، تنص على أن "الشريعة الإسلامية مصدر التشريع" ولا تخرج مجمل الدساتير الإسلامية عن فحوى هذا النص، ولهذا كما أشرنا سابقا، فنحن نحتاج إلى ضبط مصطلح "الشريعة" في الدساتير، ولا نترك ذلك لنقاشات المشرعين في الأنظمة التي تتبنى النظام الديمقراطي (على الأقل في الشكل)، فأعضاء السلطة التشريعية منهم المتشدد المتطرف في تشدده إلى اليمين أو إلى اليسار بدون علم في الغالب، ومنهم غير ذلك.

ولهذا نرى أن تأتي القاعدة الدستورية على هذا النحو أو قريبا منه بحيث لا تثير إشكالا عند ترجمتها إلى نصوص تشريعية: "النصوص قطعية الثبوت، والمجمع على تفسيرها هي مصدر التشريع في الدولة، ويختار المشرع ما يراه من آراء واجتهادات فيما هو مختلف فيه بحيث تكون أقرب لروح العصر مع الأخذ في الاعتبار دائما المصالح المعتمدة شرعا".

ونحن نعرف أن هناك بعض المسائل التي سوف تثير كثيرا من الجدل حولها إذا طرحت للنقاش في المجالس النيابية؛ لأنه من المسلمات التي لا ينبغي الاقتراب منها عند كثير من الباحثين حتى المعاصرين منهم للأسف، التي ورثوها من اجتهادات فقهاء القرون الأولى، ولهذا ينبغي قطع الطريق أمام هذا الجدل دستوريا، ويتم اعتماد فقط ما كان محلا للإجماع على تفسيره، ويخرج من دائرة النقاش كل ما كان مختلفا عليه ولا يتسع المقام هنا لإيراد الأمثلة على ذلك.

ولا ننسى في هذا السياق الإشارة إلى أن القضاء ليس هو المسؤول عن هذا القصور الذي تحدثنا عنه، فدوره يقتصر فقط من حيث المبدأ على تطبيق النصوص إلا فيما يتعلق بمسألة الإحالة، سواء إلى أحكام قانون العقوبات، وهذا عبث مطلق؛ لأن في ذلك إحالة إلى معدوم كما هو واضح، أو إلى أحد المذاهب، وهذا ما لا يجوز قطعاً كذلك لأنه يتناقض ومبدأ الشرعية الجنائية كما جاء في آخر القوانين عندنا منذ سنوات قليلة فيما يتعلق بقانون القصاص والدية وجرائم الحدود، وقد أشرنا إلى ذلك في أكثر من مناسبة فلا نعود إلى الحديث فيه هنا، والحل في كلتا الحالتين يكمن في اللجوء إلى رقابة الامتناع عن تطبيق هذه النصوص لعدم دستوريتها، أو هكذا يفترض فيما نتصور.

وبعد، نتمنى لهذا المؤتمر العلمي كل التوفيق والنجاح في تحقيق الهدف الذي عقد من أجله، ونحن على قناعة أن البحوث التي ساهم بها الأساتذة المشاركون في هذا المؤتمر سوف تساهم بلا شك، في إعادة المعالجة القانونية لأحكام الشريعة الإسلامية في تشريعاتنا الحديثة وترقى إلى مستوى التطلعات التي توخاها القائمون عليه.

عندما نتكلم عن الشريعة هنا فالمقصود بها ما شرعه الله تعالى من الأحكام في النصوص قطعية الثبوت التي تبين معالم الطريق لحياة المسلمين في جميع مجالاتها: في العقائد والعبادات والعقوبات والمعاملات والأخلاق وغيرها.

أما فيما يتعلق بالفقه فهو مجموع آراء فقهاء الأمة واجتهاداتهم في تفسير هذه النصوص وتأويلها والبناء عليها وهي ما نحاول مناقشة ما تثيره من إشكاليات في الموضوعات المختارة، فهي تستحق منا أن نقف عندها بشيء من الموضوعية بعيدا عن المسلمات والأحكام المسبقة التي عودنا عليها كثير من الباحثين.

فهذه النصوص وإن كانت قطعية الثبوت ولكنها دائما ظنية الدلالة لا تؤدي إلى معنى واحد، وقد ذهب فيها الفقهاء في استخلاص الأحكام الشرعية منها كل مذهب، ولذلك هي مظنة الاختلاف في وجهات النظر وهذا دليل على معجزة القرآن الكريم وأنه صالح لكل زما ومكان .

وسوف يقتصر حديثي هنا على العقوبات فقط (القصاص والدية والحدود : حد الزنا، وحد السرقة، وحد الحرابة ، وسوف أتعرض بالنقاش للردة والشرب) لخطورة هذه العقوبات ولما رأيت من سوء صياغة بعض النصوص في كثير من القوانين العربية، ومنها التشريع الجنائي الليبي التي تدعي أنها تستهدي بأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسائل ، وهي لا تتفق فيما أرى ، ومقاصد هذه الشريعة وطرق الاجتهاد فيها ، متأثرة بأراء وأفكار فقهاء القرنين الثاني والثالث الهجري .

فقد عشنا قرونا على هذه الأفكار واعتبرناها من المسلمات مع أنهم اجتهدوا لعصرهم وقد تطورت الثقافات تطورا هائلا، وتطورت معها مدارك الإنسان، ولا بد أن تتغير معها نظرتنا وفهمنا لنصوص القرآن والسنة الصحيحة ، بشرط أن نراعي دائما المصلحة المعتبرة شرعا فلا نبيح حراما بين الحرم، ولا نحرم حلالا بين الحل، ومن باب أولى ألا ننكر ما علم من الدين بالضرورة ، وما عدا ذلك ففيه من الأفق المفتوح ما يتسع لكل الآراء وحرية التفكير والاجتهاد فيما يجوز الاجتهاد فيه ..

ولا يفكر أحد أننا نقلل من أهمية هذا التراث الفقهي الذي تركه لنا هؤلاء الفقهاء الأوائل وقيمتهم العلمية، فقد بذلوا كثيرا من الجهد في خدمة الشريعة الإسلامية ، ولكن في الوقت نفسه ينبغي أن ننأى بأنفسنا عن تقديسهم، فالمعصوم وحده فيما نقل عن ربه هو صاحب الرسالة - صلى الله عليه وسلم -، فقد اختلفوا وما اختلفوا فيه كثير، وهذه علامة صحة فالفقه له طرق مختلفة للوصول إلى الحقيقة الشرعية ، وهذا مفهوم ومشروع نظرا لاختلاف المدارك والأفهام باختلاف البيئة الثقافية والفكر السياسي الذي كان سائدا في عصرهم، والذي لا بد أن يكون له تأثيره قليلا أو كثيرا بما نقل عنهم من آراء واجتهادات .

وأنا هنا لم أشأ أن أحسم في مسألة من المسائل التي عرضتها برأي قاطع ولا يحق لي ، مع أن السياق قد يوحي بذلك ، ولكنني حاولت ما وسعتني المحاولة ان يكون فيما عرضته شيء من عقل ومنطق والفقهاء أنفسهم الذين ننقل عنهم منهجهم في التفكير يقولون " لا تناقض بين النقل الصحيح والعقل الصحيح " ، وإذا تمت هذه المناقشة الموضوعية التي تحدثت عنها وجنبنا أنفسنا اجترار المحفوظات القديمة ، فأكون قد أصبت الهدف الذي قصدت إليه ، وبالله التوفيق .

وقفات سريعة على بعض أحكام الشريعة الإسلامية

" قراءة في فقه العقوبات "

أ.د . امحمد معمر الرازقي

أستاذ دكتور بقسم القانون الجنائي - كلية القانون

جامعة طرابلس – طرابلس (ليبيا)

dmalrazgi@gmail.comy

تقديم:

عندما نتكلم عن الشريعة هنا فالمقصود بها ما شرعه الله تعالى من الأحكام في النصوص قطعية الثبوت التي تبين معالم الطريق لحياة المسلمين في جميع مجالاتها : في العقائد والعبادات والعقوبات والمعاملات والأخلاق وغيرها .

أما فيما يتعلق بالفقه فهو مجموع آراء فقهاء الأمة واجتهاداتهم في تفسير هذه النصوص وتأويلها والبناء عليها وهي ما نحاول مناقشة ما تثيره من إشكاليات في الموضوعات المختارة ، فهي تستحق منا أن نقف عندها بشيء من الموضوعية بعيدا عن المسلمات والأحكام المسبقة التي عودنا عليها كثير من الباحثين .

فهذه النصوص وإن كانت قطعية الثبوت ولكنها دائما ظنية الدلالة لا تؤدي إلى معنى واحد وقد ذهب فيها الفقهاء في استخلاص الأحكام الشرعية منها كل مذهب ولذلك هي مظنة الاختلاف في وجهات النظر وهذا دليل على معجزة القرآن الكريم وأنه صالح لكل زما ومكان .

وسوف يقتصر حديثي هنا على العقوبات فقط (القصاص والدية والحدود : حد الزنا – حد السرقة وحد الحراية ، وسوف أتعرض بالنقاش للردة والشرب) لخطورة هذه العقوبات ولما رأيت من سوء صياغة بعض النصوص في كثير من القوانين العربية ومنها التشريع الجنائي الليبي التي تدعي انها تستهدي بأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسائل ، وهي لا تتفق فيما أرى ، ومقاصد هذه الشريعة وطرق الاجتهاد فيها ، متأثرة بأراء وأفكار فقهاء القرنين الثاني والثالث الهجري .

فقد عشنا قرونا على هذه الأفكار واعتبرناها من المسلمات مع أنهم اجتهدوا لعصرهم وقد تطورت الثقافات تطورا هائلا وتطورت معها مدارك الإنسان ولا بد أن تتغير معها نظرتنا وفهمنا لنصوص القرآن والسنة الصحيحة ، بشرط أن نراعي دائما المصلحة المعتبرة شرعا فلا نبيع حراما بين الحرمة ولا نحرم حلالا بين الحل ومن باب أولى ألا ننكر ما علم من الدين بالضرورة ، وما عدا ذلك ففيه من الأفق المفتوح ما يتسع لكل الآراء وحرية التفكير والاجتهاد فيما يجوز الاجتهاد فيه ..

ولا يفكر أحد أننا نقلل من أهمية هذا التراث الفقهي الذي تركه لنا هؤلاء الفقهاء الأوائل وقيمتهم العلمية فقد بذلوا كثيرا من الجهد في خدمة الشريعة الإسلامية ، ولكن في الوقت نفسه ينبغي أن ننأى بأنفسنا عن تقديسهم فالمعصوم وحده فيما نقل عن ربه هو صاحب الرسالة صلى الله عليه وسلم ، فقد اختلفوا وما اختلفوا فيه كثير وهذه علامة صحة الفقه له طرق مختلفة للوصول إلى الحقيقة الشرعية ، وهذا مفهوم ومشروع نظرا لاختلاف



المدارك والأفهام باختلاف البيئة الثقافية والفكر السياسي الذي كان سائدا في عصرهم والذي لا بد أن يكون له تأثيره قليلا أو كثيرا بما نقل عنهم من آراء واجتهادات .
وأنا هنا لم أشأ أن أحسم في مسألة من المسائل التي عرضتها برأي قاطع ولا يحق لي ، مع أن السياق قد يوحي بذلك ، ولكنني حاولت ما وسعني المحاولة ان يكون فيما عرضته شيء من عقل ومنطق والفقهاء أنفسهم الذين ننقل عنهم منهجهم في التفكير يقولون " لا تناقض بين النقل الصحيح والعقل الصريح " ، وإذا تمت هذه المناقشة الموضوعية التي تحدثت عنها وجنبنا أنفسنا اجترار المحفوظات القديمة ، فأكون قد أصبت الهدف الذي قصدت إليه ، وبالله التوفيق .

مكانة الشريعة بين نصوص الدستور

إشكاليات المصطلح والتطبيق

The status of Sharia among the texts of the Constitution

Problems of the term and application

أ.د. سعد خليفة العبار

أستاذ دكتور بقسم الشريعة الإسلامية- كلية القانون

جامعة بنغازي- بنغازي (ليبيا)

saadkhhh@yahoo.fr

الملخص:

تشير العلاقة بين الشريعة والدستور إشكاليات عدة، على مستوى تخير النص الأكثر تعبيراً عنها، وعلى مستوى التطبيق بعد انتقاء نص يعينه للتعبير عنها، وهذه العقبات تبدأ من الخلاف حول جواز تضمين هذه العلاقة في نص دستوري، إلى اعتبار أن النص على أن الإسلام هو دين الدولة كافٍ لضبط هذه العلاقة، إلى الإصرار على صيغ أخرى، كاعتبار الشريعة هي مصدر التشريع، أو المصدر الوحيد له، إلى ما يثيره كل من هذه الصيغ من نقاشات واعتراضات، ومن ثم إشكاليات عند التطبيق، مما دعا البعض فضماً للخلاف إلى رفض وجود نص يضبط هذه المسألة أو الاكتفاء بالنص على أن مبادئ الشريعة هي المصدر للتشريع، فوقع فيما حاول تحاشيه؛ لأن كل هذه الصيغ هي اجتهادات بشرية، لها محاسنها وعلوها مأخذها، وبالأخص من حيث أثرها على المنظومة القانونية للدولة، وسعي البعض من أهل الحكم فيها أو الطامحين للتفرد به إلى تأويل النص الدستوري بما يساير توجهاتهم؛ لاعتبارات سياسية أكثر منها قانونية. وفي هذا البحث سنحاول استعراض الصيغ التي ضببت مكانة الشريعة في الدستور، وتقليب وجهات النظر التي طرحت بشأن معنى كل منها، والإشكاليات التي سيثيرها كل منها عند التطبيق، ساعين للإفادة من تجارب الغير في هذا الشأن.

كلمات مفتاحية: إسلام- شريعة- دستور- إشكالية.

Abstract:

The relationship between Sharia and the constitution raises several problems, at the level of choosing the text that is most expressive, and at the level of implementation after selecting a specific text to express it, and these obstacles start from the disagreement about the permissibility of including this relationship in a constitutional text, to the text on the consideration that Islam is the religion of the state sufficient. To adjust this relationship, to insist on other formulas, as considering the Sharia as the source of legislation, or the only source for it, to what each of these formulas raises in terms of discussions and objections, and then problems upon implementation, which led some to disagree to reject the existence of a text controlling this issue or be satisfied with the stipulation that the principles of Sharia are the source

of legislation Then he signed what he tried to avoid, because all of these formulas are human endeavors, with advantages and disadvantages. Especially in terms of its impact on the legal system of the state, and some of its rulers or those aspiring to uniqueness have sought to interpret the constitutional text in line with their orientations, for political considerations more than legal. In this research, we will try to review the proposed formulas to control the status of Sharia in the constitution, and to flip the views that were put forward regarding the meaning of each of them, and the problems that each of them will raise upon implementation, seeking to benefit from the experiences of others in this regard.

Key words: Islam - Sharia - Constitution - Problematic.

مقدمة:

لاشك أن الدستور أحد أهم ركائز الدولة المعاصرة، غايته وضع إطار قانوني ينظم الواقع السياسي في الدولة، ويحدد ملامح سياستها الداخلية والخارجية، ويرسم شكلها، ويحدد العلاقة بين الدين والدولة، ويضبط العلائق بين سلطاتها الثلاثة، ويرسخ مبدأ الشرعية، ويخضع لأحكامه الحاكم والمحكوم، وتبين في نصوصه الحقوق والحريات العامة، التي لا يجوز المساس بها، ليشكل في مجمله انعكاسا للموروث السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي الذي عايشه المجتمع، وفي دولة كليبيا يدين كل أهلها بالإسلام من الطبيعي أن يكون للدين مكانة متميزة في صدر دستورها، لينعكس هذا بالتالي على مجمل نظامها القانوني، ويتغلغل في فروعها وتطبيقاتها، ولكن أيضا للدين مكانته حتى في الدول التي يبدو ظاهريا أنها علمانية، يقوم نظامها التشريعي على الفصل التام بين الدولة والدين⁽¹⁾. ويبدو أن المسألة شائكة ومتشعبة في أصلها وجوهرها⁽²⁾، تبدأ من حكم النص شرعا على دين للدولة في الدستور إلى استبعاد ذلك، إلى النص على كونها علمانية النظام، إلى تخصيص محل للدين بين نصوص الدستور،

¹ ومنها اليونان، والتي تنص المادة الأولى من دستورها على أن "المذهب الرسمي لأمة اليونان هو مذهب الكنيسة الأرثوذكسية الشرقية"، والدنمارك والتي تنص المادة الأولى من دستورها على أن "الكنيسة الإنجيلية اللوثرية هي الكنيسة المعترف بها في الدنمارك"، بل القاعدة إن للدين دوره في دستاير كل الدول، فالمملكة المتحدة الملكة فيها هي الحاكم الأعلى للكنيسة وحملي الإيمان والعقيدة، وسويسرا يبدأ دستورها باسم الله القدير، ومملكة النرويج ينص دستورها على أن الكنيسة الإنجيلية اللوثرية هي كنسية الدولة، وأن ملكها يجب أن يكون معتنقا للمذهب الإنجيلي اللوثيري، وأن القيم تستقى من التراث المسيحي، وإيرلندا يبجل دستورها يسوع المسيح، ويعتبر الثالوث المقدس مصدر السلطات، وينص على احترام الدين، واعتباره جزءا من الهوية الوطنية، وينص دستور أيسلندا على اعتبار اللوثرية هي دين الدولة، بل إن القانون الروماني، أصل القوانين اللاتينية، والذي يلقي بظلاله على أغلب التشريعات المعاصرة: عربية وغير عربية، هو في حقيقته قانون الدولة التي ناصرت المسيحية ونشرت في ما غزته من بلدان، حتى صار له صفة عالمية وكذلك المسيحية. علي بدوي، أبحاث في أصول الشرائع، مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، السنة 5، العددان 1-2، يناير وفبراير 1935م، ص39، وعمر أبو القاسم الكلبي، النص على العلمانية أو الدين في الدستور، مقال منشور بجريدة الوسط في 13 ديسمبر 2020م،

<http://alwasat.ly/news/opinions/304174?author=1>

² بل إنها تظل برأسها قبل حتى حسم المسألة التي يتناولها هذا البحث بالدراسة، بداية من الحكم الشرعي لوجود دستور في الدولة، يتمثل في وثيقة ملزمة تحوي طائفة من الأحكام القانونية، أغلبها يتسم العموم، وبعضها منها يعالج مسائل غير ولولد، فلا يتقرر عنها غيرها، مثل ما يتعلق بنسب الدولة وعلمها، وبعضها مسائل جد فرعية، مثل ما يتعلق باختصاصات بعض الهيئات، ومحاكمة رأس الدولة عن جريمة الخيانة، التي توصف بأنها عظمى، وبعضها مسائل جد إجرائية، تتعلق بمواعيد منح الثقة للحكومة وسحبها منها، فهل يقبل الشرع الإسلامي أن تكون للدولة وثيقة بهذا النمط؟ وإذا أجبنا بالقبول فما هي القيمة القانونية لها فيه، بمعنى كيف تكون فيها أحكام أعلى درجة من غيرها، مع أنها مستمدة من ذات المصدر، ولا علاقة لها بالقسيمات الأصولية للأحكام إلى عام وخاص ومطلق ومقيد، وما إلى ذلك، ولو تجاوزنا هذا سنظل علينا مسألة جواز الاستفتاء على الوثيقة ذاتها، وكيف يُعالج ذلك إن لم تجز إلا من أكثرية الشعب لا كله، وكيف تعالج المسألة إن حاز بعض نصوصها القبول ورفض بعضها لعل نسبت لمخالفتها للشرع، وفوق هذا وقبله لماذا هذا التجاهل للمسائل الدستورية في الفقه الإسلامي، فهي على أهميتها لم تنل حظا من أبواب الفقه وكتبه، مع أن غيرها نال حجما أوسع منه على قلة أهميته وتضاول أثره، كبعض مسائل المعاملات المالية كالمضاربة والمزارعة، ثم لماذا ترك الاجتهاد في المسائل الدستورية مع أنها من الشأن العام، وكان الإجماع بصدها نادر الحدوث، إن المسألة بفروعها لها مبرراتها ومسبباتها، ولكنها على أهميتها لا يبدو لنا أن هذا هو المحل المناسب لبحثها. أنظر امحمد معمر الرازقي، الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وجهان لعملة واحدة، مجلة القانون، تصدر عن كلية القانون بجامعة طرابلس- ليبيا، العدد السادس، 2016-2017م، ص309.

لتتفرع عن ذلك خلافات وإشكاليات⁽¹⁾، ولا يبدو أن حسم شكل الدولة بين كونها علمانية أو غير ذلك يبطل الخلاف، بل إنه - حقيقةً - يزيده اتساعاً، لينبني عليه جملة من الافتراضات والتصورات والخلافات، ويكون بهذا النص الدستوري، أياً كان محتواه، هو ذاته فاتحاً لباب واسع من الخلافات.

المسألة تبدأ من الخلاف حول الحاجة أصلاً إلى دستور في دولة يدين أهلها بالإسلام، بين من يرى أننا لا حاجة بنا إليه، إذ لا دستور للبلاد ترتضيه إلا الشريعة الإسلامية، ومعللاً هذا بأن ما حل بالبلاد والعباد من عسف ليس له من سبب إلا تلك الوثائق الدستورية التي شرعنت ظلم طغاة وبررت تصرفاتهم، وبالمقابل يعترض البعض معلناً يقينه أنه لا بد من دستور للبلاد، يحكم تصرفات الحاكم قبل المحكوم، يجلب لها ولأهلها تطوراً وحفظاً للحقوق، ليتفرع عن هذا الخلاف خلاف أعمق، يدور حول تخصيص محل للدين الإسلامي (الشريعة الإسلامية) بين نصوص الدستور⁽²⁾.

فمع أن البعض يقر بأهمية الشريعة الإسلامية كنظام ديني وديني فإنه لا يرى حاجة لتخصيص محل للدين الإسلامي بين نصوص الدستور، ويرى أنه لا مبرر بالمرة لذكر أن الدولة دينها الإسلام، فالدين مسألة شخصية، يجب فصلها عن الدولة، وعلى هذا لن تكون الشريعة إلا مصدراً من مصادر التشريع العادي، مثلها مثل غيرها من مصادره، دون أن تكون لها أولوية عليها أو مزية تفضلها بها⁽³⁾، وهذا الرأي يوافقهم فيه بعض من أشد خصومهم وخصوم العلمانية، ويعارضونهم تماماً في تعليقه، كون الدين في نظرهم أكبر من أن يحشر في نص، مهما كانت مكانته القانونية.

وبالمقابل يرى البعض أن الدولة ينبغي أن تكون مدنية النظام، على أن تخضع في تشريعاتها لقوانين أصلها الشريعة الإسلامية، بحيث يجد الدستور نفسه أساسه فيها⁽⁴⁾، وعلى كل حال، أياً ما كان رأي هؤلاء ورأي أولئك، فرغم ما يبدو بينهم من اختلاف وتباعد في الرأي والوجهة، فإن ما صدر عنهم ينم عن اتفاقهم في الغاية، ويكشف عن اختلافهم في الوسيلة، فالدستور لا يمكنه - حسب ما يراه كل هؤلاء المختلفين - أن يغفل عن معالجة مكانة الإسلام، كشريعة في صدر نصوصه، فهذا أساس لا يمكنه تجاهله، ولو بإعلان رفضه له، ولكن كيف يمكن معالجة هذه المسألة دستورياً؟ وما هي الإشكاليات التي تثيرها؟ هذا ما سنحاول تقليب وجهات النظر واحتمالاتها بشأنه في هذا البحث، وفق خطة تقوم على مطالب ثلاثة، نعرض في أولها بالبيان لأبرز الإشكاليات التي تعترض عامة مسألة ضبط مكانة الشريعة الإسلامية في الدستور، أياً كانت الصيغة التي رسمت بها تلك المكانة، ثم نتناول بالبيان أهم صيغتين جرى عليهما النص في دساتير العرب والمسلمين، فنخصص المطلب الثاني لصيغة "الإسلام دين الدولة" وإشكالياتها، والمطلب الثالث لصيغة "الشريعة الإسلامية مصدر التشريع" وإشكالياتها.

¹- أنظر عرضاً لهذه الاتجاهات ومبرراتها عند رجالات الفقه الدستوري في فلسطين عند عزيز كايد، قراءة في مشروع الدستور الفلسطيني المؤقت، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، رام الله، 2000م، ص33-34، ويبدو أن هذه الاتجاهات يتردد صداها في كل بلدان العرب والمسلمين، ومنها ليبيا. ففي ليبيا يمكن النظر: الشريعة الإسلامية - دستور ليبيا / <https://legal-agenda.com> مقال لعادل عبد الحفيظ كندير نشر في 2013/11/70م، ومصطفى مصباح دبارة، وضع الشريعة في الدستور الليبي المرتقب، مجلة القانون، تصدر عن كلية القانون بجامعة طرابلس- ليبيا، العدد 6، 2016-2017م، ص321 وما بعدها. وفي مصر يمكن متابعة المسألة في مقال لسمير عبد السيد تناغو، نشر في 08/مايو/2007م <http://droitcivil.over-blog.com/article-6582344.html>

²- أنظر في عرض هذا كله: صالح بن الطيب محسن، النص على مكانة للتشريع في الدستور (إشكاليات وحلول)، مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث، الرباط، 2017م، ص24 وما بعدها.

³- أنظر في عرض هذا الرأي والرد عليه محمد عبد الظاهر حسين، الفقه الإسلامي المصدر الرئيسي للتشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م، ص122 وما بعدها.

⁴- مصطفى دبارة، ص323 وما بعدها.

المطلب الأول

الإشكاليات العامة

اختلفت الدول في ضبط مسألة مكانة الدين بين نصوص دساتيرها، وأيا كان النص المعبر عن ضبط هذه العلاقة بين الشريعة والدستور، فإنه سيثير جملة من الإشكاليات، تأتي إلا أن تطل برؤوسها، نراها تتمثل في:

1- عدم وضوح الهدف من إيراد النص، فهل يراد منه التعبير عن هوية الدولة فقط، وهذه الغاية أقرب للتناسب معها النص على أن الإسلام هو دين الدولة، وهذا ما جرى النص عليه في أغلب دساتير العرب والمسلمين، وهذا يبرره حشر هذا النص مع جملة من محددات هوية الدولة، كاللغة العربية والعلم والنشيد وكونها دولة عربية وديمقراطية ومستقلة، حيث يتم سرد كل هذا في الباب المخصص للأحكام العامة⁽¹⁾، ولكن يجب أصلا اعتبار الدين معبرا عن هوية الدولة، ثم ما الفائدة أصلا من ذكر هذا إذا لم يكن له من أثر في الواقع العلمي؟ بمعنى ما فائدة تقرير أن دولة سكانها مسلمون أن دينها هو الإسلام؟ أليس هذا من باب تحصيل الحاصل؟ وكيف سينعكس هذا النص على النظام القانوني وسير الحياة في البلاد؟ وبصورة أوضح ماذا أحدث ذكر هذا؟ وهل يضير عدم ذكره شيئا؟⁽²⁾، أم أن المراد من النص جعل الشريعة وأحكامها هي المهيمن على مجمل نظم الحياة في المجتمع، ليكون نظام الدولة كله موافقا للشرع؟ أم أن الغاية هي تحديد مصدر للتشريع لما سيصدر من تشريعات، كان وحيدا أم انضم إليه غيره، فساواه أم كان أدنى منه درجة؟ وعلى هذا اختلفت صيغ النص بين كون الشريعة مصدرا، فالمصدر، وبين كونها مصدرا رئيسا ووحيدا، بل وحتى اعتبار ما لا يستقى منها باطلا، فالسؤال هنا يثار حول الهدف قبل الحديث عن وسيلة تحقيق الهدف، ماذا نريد من النص الدستوري، ضبط هوية الدولة أم ضبط مصادر التشريع، أم أهداف سياسية ومصالح حزبية، يكون النص بل الدستور بمجمله وسيلة لها؟

2- عدم ثبات النص الدستوري المعالج لهذه المسألة، حيث يلاحظ التبدل والتغير في صيغ معالجة هذه المسألة نصيا، واختلافها باختلاف أدوات الحكم في ذات الدولة، فلو أخذنا مصر والعراق وليبيا أمثلة لهذا، لتبين لنا أن النص في مصر مر بعدة تطورات في صياغته، فقد جاء في أول ظهور له، وقد كان هذا في دستور 1923م، في مؤخرة الدستور، وتحديدًا في المادة 149، وذلك في باب الأحكام العامة، بصيغة "الإسلام دين الدولة"، وتوالى إدراجه بذات الصيغة فيما أعقب ذلك من دساتير، ولكن في مقدمة الدستور، ولم يخل منه إلا دستور الوحدة مع سوريا سنة 1958م، بينما جاء في دستور 1971م بصيغة "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع"، بحثًا من الرئيس السادات عن شرعية تميزه عن شرعية نظام يوليو (عبد الناصر)، وذلك عبر إضفاء طابع ديني على الدولة، ليعدل النص سنة 1980م إلى "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، وذلك لتمير تعديل آخر، هو تعديل المادة 77 من الدستور بإطلاق مدد ولاية رئيس الجمهورية دون حد أقصى، ليتحول في الإعلان الدستوري الصادر سنة 2011م إلى "الإسلام دين الدولة... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، ويضاف إليه نص تفسيري لمبادئ الشريعة، وهو المادة 219 التي نصت على أن "الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتمدة في مذهب أهل السنة والجماعة"، ليحذف هذا النص التفسيري من دستور 2014م⁽³⁾، وبغض النظر عن الموقف

1- المصدر السابق، ص328، عوض محمد عوض، مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع، مجلة دراسات قانونية، تصدرها اللجنة الثقافية بكلية الحقوق بالجامعة الليبية، بنغازي، المجلد الثالث، يونيو 1973، ص12.

2- للاستزادة في العلاقة بين الدستور والهوية يمكن مطالعة ما كتبه محمد عبد المحسن المقاطع، عن دور الدساتير في تحديد هوية الأفراد والمجتمع، مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة الكويت، السنة 12، العدد 3، 1988م، ص80-83.

3- تابع هذا مفصلا عند علي حسين نجيدة، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م، ص33 وما بعدها، ولينة ماجد، حول المادة الثانية من دستور 1971م،

<http://www.midanmasr.com/article.aspx?ArticleID=247>

السياسي، فوجود النص التفسيري لا يدل إلا غموض النص المفسر ويُظهر الحاجة إلى ضبطه، مما يؤكد ما قلناه من عدم انضباط النص على قاعدة الشريعة.

أما في العراق فقد أكد أول دستور للدولة، والصادر سنة 1925م، على أن "الإسلام دين الدولة الرسمي"⁽¹⁾، وحرية القيام بشعائره المألوفة في العراق على اختلاف مذاهبه محترمة، لا تمس، وتضمن لجميع ساكني البلاد حرية الاعتقاد التامة وحرية القيام بشعائر العبادة وفقاً لعاداتهم، ما لم تكن مخللة بالأمن والنظام، وما لم تتناف والآداب العامة"⁽²⁾، ليتحول سنة 1958م، أي بعد قيام الجمهورية، إلى أن "الإسلام دين الدولة"⁽³⁾، من دون ذكر للأحكام التفصيلية التي وردت في دستور 1925م، وجاء في دستور 1964م بصيغة "الإسلام دين الدولة، والقاعدة الأساسية لدستورها"⁽⁴⁾، وعاد المشرع الدستوري سنة 1968م إلى الصيغة المختصرة، فقرر أن "الإسلام دين الدولة"⁽⁵⁾، وبعد الغزو الأمريكي للعراق، جاء النص في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام 2004م بصيغة فيها إطناب وتفصيل، تقرر فيها أن "الإسلام دين الدولة الرسمي، ويعد مصدراً للتشريع، ولا يجوز سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام المجمع عليها، ولا مع مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون، ويحترم هذا القانون الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية"⁽⁶⁾، لينتهي المشرع الدستوري العراقي سنة 2005م إلى العودة للصيغة المختصرة، فعَدَّ الإسلام دين الدولة الرسمي"⁽⁷⁾، ولكنه مع حرصه على ضمان حرية العقيدة الدينية للمسلمين، كونهم أغلبية الشعب العراقي، حرص على ضمانها لغيرهم من السكان، فمَثَّل لهم بالذكر بالمسيحيين والإيزيديين والصابئة المندائيين.

أما في ليبيا فالأمر يبدو كثير التقلب، متناغماً في هذا مع تأثير السياسة عليه، فقد نظمت هذه العلاقة في دستور المملكة الصادر سنة 1951م، فنُص في المادة الخامسة على أن الإسلام دين الدولة، وظل النص على حاله في الإعلان الدستوري الصادر عن "مجلس قيادة الثورة"، فنص عليه في المادة الثانية منه، ولكنه بعد ثمان سنوات، أي سنة 1977م، تحول في وثيقة إعلان سلطة الشعب إلى "القرآن شريعة المجتمع"، في تعبير واضح عن توجه قرآني النزعة، ينكر-على الأقل من حيث ظاهر ألفاظ هذا النص- كل دور للسنة الشريفة في تنظيم الحياة وتشريع الأحكام، أما في الوثيقة الخضراء لحقوق الإنسان، الصادرة في 12 يونيو 1988م، فقد أصبح النص في مادتها العاشرة بصيغة "أبناء المجتمع الجماهيري يحتكمون إلى شريعة مقدسة ذات أحكام ثابتة، لا تخضع للتغيير أو التبديل، وهي الدين أو العرف، ويعلنون أن الدين إيمان مطلق بالغيب، وقيمة روحية مقدسة، خاصة بكل إنسان، عامة لكل الناس، فهو علاقة مباشرة مع الخالق دون وسيط، ويحرم المجتمع الجماهيري احتكار الدين واستغلاله لإثارة الفتن، والتعصب، والتشيع، والتحزب، والافتتال"، وهذا النص -ودون الخوص في تفسيراته- يظهر من ألفاظه تحاشيه ذكر الإسلام كدين أو كشريعة، ومساواته بين الدين -إسلاماً كان أم غيره- وبين العرف، ليؤول النص بعد ثورة 17 فبراير، في

الشريعة-الإسلامية-ودستور-ليبيا/ <https://legal-agenda.com> مقال لعادل كندير، نشر في 2013/11/70م.
 1- النص على رسمية الدين صيغة عراقية أثرية، لا نجد لها عند غير المشرع الدستوري العراقي، إلا ما نقله عنه دستور دولة الإمارات والدستور الإيراني، ومع هذا لا يبدو لوصف الدين بالرسمية هنا من معنى، وإنما هو مجرد تزييد لا يفيد شيئاً، ولا ينتج معنى، بل هو أقرب لسوء الصياغة، كونه يدفع إلى التساؤل عما إذا كان هناك دين رسمي وآخر ليس كذلك.
 2- المادة 13 من القانون الأساسي العراقي لعام 1925م.
 3- المادة 1 من دستور العراق لعام 1958.
 4- المادة 3 من دستور العراق لعام 1964.
 5- المادة 4 من دستور العراق لعام 1968.
 6- المادة 7 من قانون إدارة الدولة لعام 2004.
 7- المادة 2/ أولاً.

الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي في 03/08/2011م، إلى صيغة مركبة، تقرر أن ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة دينها الإسلام، وأن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع.

ويلاحظ في كل ما سبق ارتباط تغيير صيغة النص بالتغيرات السياسية التي تحدث في الدولة، مما لا يمكن معه فصله عنها، وتحاشي نسبه إليها، فما هذا إلا أثر لها ناتج عنها، وهذا يؤكد أن المسألة سياسية لا شرعية، وإن كسيت ثوبا شرعيا، فيتسع بناء عليها نطاق النص ويضيق، ويبقى ويحذف، بحسب مزاج حكام البلد وهواهم، وهذا يجعلنا نلاحظ - وإن كان هذا أمر غير محمود- أن الاستقرار وقلة الإشكاليات هو سمة الدساتير التي نصت على علمانية نظامها⁽¹⁾، والاضطراب وسرعة التغيير هو السمة التي غلبت على دساتير الدول التي ضبقت مكانة الشريعة في دساتيرها، ولعل ما وقع في بنغلاديش أوضح دليل على هذا، فالنص كان يتبدل كلما تبدل حكام البلاد، ففي أول دستور للبلاد بعد الانفصال عن الهند وباكستان، والذي صدر سنة 1971م، نُص بكل صراحة على علمانية الدولة، وأنها جمهورية اشتراكية، أو بالأحرى شيوعية الهوى والنظام، ليتم تعديله من قبل قادة انقلاب 1975م، فألغيت العلمانية، وتم التأكيد على ارتباط البلاد بالإسلام، وأعيد التأكيد على ذلك في دستور وضعه ثلة من العسكر، حكموا البلاد إثر انقلاب وقع سنة 1988م، ولكن هذا التعديل ألغي سنة 2012م، وأعيدت الحياة إلى النصوص العلمانية بحكم صدر عن المحكمة العليا، بحجة أن تلك التعديلات الدستورية غير شرعية، لصدورها عن انقلابيين⁽²⁾.

3- النص الدستوري المتعلق بقاعدة الشريعة، بأي صيغة جاء، لا يعلي من مكانتها على بقية نصوص الدستور، وإنما هو واقعا يحط منها، لأنه يجعلها في مرتبة ومكانة غيرها من القواعد الدستورية⁽³⁾، فالأصل أن كل القواعد الدستورية تتمتع بذات المرتبة والقوة القانونية، بغض النظر عن مصدرها، وأنه لا قاعدة منها تسمو على غيرها، وهذا له أثره على تفسير نصوص الدستور، إذ لا يجوز على هذا تفسير نص قاعدة الشريعة وحده، وبمعزل عن بقية مواد الدستور، مما يجعل منها ضمنا قيودا عليه، وإن كان هو نفسه قيد عليها، لأن الأصل في التفسير القانوني أن كل نص يحد من إطلاق غيره، وإلا لم يكن له من معنى⁽⁴⁾، وهذا كله يؤول إلى أن يصبح النص المتعلق بمكانة الشريعة نصا صوريا لا قيمة حقيقية له، مع أن المقصد من إيرادها عكس هذا تماما، فمن ناضل من جل تضمينه في الدستور طمح وأعلن عن أن غايته الإعلاء من قيمة الشريعة، وجعلها أعلى مكانة من كل تشريع وضعي، فتسموها على كل التشريعات الوضعية.

4- هذا النص الدستوري المبين لمكانة الشريعة لا يحول دون مخالفة الدستور نفسه لأحكام الشريعة، فإذا كانت الشريعة هي مصدر التشريعات، أو كان الإسلام هو دين الدولة، وفق نص تقرر في الدستور، فما هو مصدر نصوص الدستور نفسه، وهل تعد لهذا نصوص الدستور أعلى مرتبة من نصوص الشريعة، وهذا أمر سيثير حفيظة من ينادي بعدم إخضاع الدستور للتصويت عليه؟ ألنا خيار في العمل بأحكام الشريعة وتركها ونحن مسلمون؟ ولو خالف

¹- أنظر في هذا صالح بن الطيب محسن، ص15، ولعل تركيا وتشاد تصلحان مثلا يُذكر هنا، فقد نص الدستور التركي على علمانية الدولة منذ سنة 1924م، وظل الأمر كذلك رغم تعديلات ستة جرت عليه، ولم يمس النص على العلمانية كذلك في دساتير 1945م، 1961م، 2017م، 2020م، وما عرفته من تعديلات. <https://www.turkpress.co/node/7131>

وجرى الأمر نفسه في تشاد، فرغم كل ما عرفته البلاد من انقلابات عسكرية، أثمرت ثمانية دساتير، فإن النص على العلمانية لم يمس منذ أن ظهر في أول دستور للبلاد صدر في سنة 1960م. التقرير الدولي بشأن الحرية الدينية في تشاد لسنة 2018

<https://td.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/161/CHAD-2018-IRF-ARA-FINAL.pdf>
<https://almoslim.net/node/159852-2>

³- أنظر صالح بن الطيب محسن، ص19.

⁴- حامد الجمل، مقال بعنوان "مخاوف الأقباط وهمية"، منشور على موقع مؤسسة الأهرام، بتاريخ 2011/04/11م،

<http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx>

طارق البشري، مقال حول المادة الثانية من الدستور، منشور على موقع شبكة المحامين العرب،

<http://www.mohamoon.com/montada>

الدستور أحكام الشريعة ألا يبرز هذا تناقضا صارخا، يتمثل في أن التشريع العادي إذا وافق أحكام الشريعة يكون قد خالف الدستور، وإذا وافق النص الدستوري يكون قد خالف الشريعة؟⁽¹⁾

لاشك أنه لا يجوز عقلا للقواعد التي يقرها الدستور، ويبين فيها أسس المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفلسفة التي يقوم عليها نظامه أن تخالف الشريعة، في حين يوجب أن تكون القواعد التفصيلية والفرعية المندرجة تحت القواعد الدستورية متفقة مع الشريعة، إذ لا يستساغ عقلا أن يكون للدستور نفسه "الحق" في أن يخالف الشريعة، وهو نفسه يلزم الفروع باحترامها، أيقبل أن يلزم المشرع العادي بما لم يلزم به هو نفسه؟⁽²⁾

ولهذا خروجا من هذا الخلاف يرى البعض شمول مصطلح الشريعة، إن جاء النص الدستوري بصيغة أن الشريعة مصدر التشريع، للتشريع الدستوري والتشريع العادي، بعلة أن لفظ التشريع ورد مطلقا، وغير متبوع بوصف العادي، حتى يُخصص بما يصدر عن السلطة التشريعية، ولأنه لا تخصيص بلا مخصص، فلا يجوز على هذا استبعاد التشريع الدستوري، لأن هذا سيفضي إلى ازدواجية في البناء القانوني في الدولة، حيث يكون المشرع الدستوري مطلق الحرية في استقاء نصوصه بغض النظر عن مصدرها، وعن اتفاقها أو تعارضها مع الشريعة، في حين أن المشرع الدستوري يلزم المشرع العادي باستمداد أحكام تشريعاته من الشريعة، وإلا تعرضت للإلغاء بحجة عدم دستورتها⁽³⁾، ومع أن هذا القول مقبول عقلا، ولكن ألفاظ النص الدستوري لا تتقبله، وذلك لجريان الفهم القانوني على قصر التشريع على ما يصدر عن السلطة التشريعية، ولهذا يرى البعض أنه لا مناص من اعتباره كذلك، مع اعتبار النص الدستوري خطوة تمهيدية لعدّ الشريعة مصدر الدستور ذاته في المستقبل، نزولا عند مقتضيات الاتساق والتناغم بين التشريع الأساسي في الدولة، وهو الدستور، وبين التشريعات العادية، وهي القوانين⁽⁴⁾.

وحتى لو تجاوزنا هذا الجدل، ما الحل إذا ورد نص في الدستور يخالف نصا شرعيا قطعيا؟ ربما يصعب تصور وجود نص يجافي صراحة نصا قطعيا للدلالة في الكتاب أو السنة، ولكن الفرض الأقرب للتصور هنا هو النص في الدستور على بعض الحصانات لفئات معينة مما يخل بالعدالة، ويجعل النص الدستوري يقف على النقيض مع مقاصد الشرع ونصوصه الجزئية، فكيف سيكون الموقف من هذا النص، وقد تم الاستفتاء عليه شعبيا بالقبول؟

5- ليس في النص الدستوري، ولو جاء بصيغة أن الشريعة مصدر للتشريع، بل حتى ولو تم النص على كونها المصدر الوحيد للتشريع، ما يلزم المشرع الوضعي بتقنين كل الأحكام الشرعية في مدونات قانونية، فليس لهذا النص من معنى سوى أنه ألزم المشرع الوضعي باتخاذ الشريعة مصدرا للتشريع كلما دعت الحاجة إلى سن تشريع⁽⁵⁾، والحاجة هنا للمشرع الوضعي وحده مطلق الحرية في بيان مداها وزمانها، إذ بموجب النص الدستوري عليه فقط النهل من معين نصوص الشريعة دون التقيد بمذهب بعينه، وبهذا فإنه لا يجوز لتشريع وضعي لاحق لصدور الدستور أن يخالف حكما قطعيا من أحكام الشريعة الإسلامية، وإلا كان تشريعا مشوبا بمخالفة الدستور، ووجه المخالفة أن المشرع الوضعي عندما أصدر ذلك التشريع استمده من غير الشريعة، فقدم على الشريعة غيرها من المصادر، وخالف بهذا النص الدستوري الذي يلزمه بالعودة إلى نصوص الشريعة قبل غيرها، إن كان النص باعتبارها مصدرا رئيسا،

1- صالح بن الطيب محسن، ص 17.

2- فتحي فكري، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة في دستور 1971م، مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة الكويت، السنة 18، العدد 4، 1994م، ص 287.

3- المصدر السابق، ص 283-287.

4- عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، ص 23.

5- وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: "إن المشرع أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة، وهي بصدد وضع التشريعات، بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع". مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا (المصرية)، دعوى رقم 20، لسنة 1 ق دستورية، جلسة 1985/05/04م، ج 3، ص 209، قاعدة رقم 20.

أو بالعودة إليها وحدها، إن كان النص باعتبارها المصدر الوحيد، وبهذا فإن عدم الدستورية لا يرجع إلى مخالفة التشريع اللاحق لأحكام الشريعة، وإنما لمخالفته للنص الدستوري الذي يلزمه بإتباع الترتيب الذي حدده لمصادر التشريع، فهي إذا مخالفة لنص دستوري لا لحكم شرعي⁽¹⁾.

6- النص الدستوري المحدد لمكانة الشريعة، بأي صيغة جاء، لا أثر له على التشريعات المعمول بها، أي النافذة قبل صدور الدستور، ولو كانت تنطوي على مخالفة صارخة للأحكام الشرعية، باعتبار أنها عندما صدرت لم تكن مخالفة لدستور زمانها⁽²⁾، ومع أن المشرع العادي صار ملزماً بإعادة النظر في تشريعاته المخالفة للشريعة، وأن عليه لزاماً تنقية نظامه القانوني مما يتعارض مع شرع الله، ولكنه إلى أن يفعل هذا ستظل تلك التشريعات جزءاً سليماً قانوناً من البناء التشريعي، كما كانت قبل ورود النص الدستوري على قاعدة الشريعة⁽³⁾، ولكن أمن المقبول استمرار سريان هذه التشريعات بعد إصدار دستور تعارض تلك التشريعات النص الوارد فيه، والقاضي باعتبار الإسلام دين الدولة أو أن الشريعة هي مصدر تشريعاتها؟ لا نظن أن أحداً يجادل في أن اتخاذ الشعب في دستوره هذا الخيار الذي أكده بموافقته عليه عند الاستفتاء عليه، الشريعة مصدراً للتشريع، أو أن الإسلام دين دولته، يعني عدم رضاه عما صدر من تشريعات مخالفة لأحكام الشرع الحنيف، فهذا تعارض لا ينبغي أن يستمر، ولكن كيف يمكن رفعه؟ وما الوسيلة القانونية التي يمكن بها تقويم هذا الانحراف؟

القول إن هذا التعارض ارتفع من تلقاء نفسه بمجرد صدور الدستور حاوياً لذلك النص ينطوي على مخاطرة، ومشاكل عدة، بعضها لن يثار إلا بعد سنوات من التطبيق، وربما هذا الفهم والقول بالرفع التلقائي للتعارض لم يُرده حتى المشرع الدستوري نفسه، لأنه سيخلق منطقة فراغ قانوني واسعة، تضرب فيها الأمور، وتسوء الأحوال، وتخل باقتصاد البلاد وسير شئون الحياة فيها⁽⁴⁾، كما أن الادعاء بأن التشريعات المخالفة لأحكام الشريعة قد ألغيت بمجرد صدور الدستور لا تؤيده الأصول القانونية⁽⁵⁾، إذ لا إلغاء صريح نص عليه في الدستور لتلك التشريعات، ولم تتوافر

1- عوض محمد عوض، ص 27.

2- وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر، عند تحديدها لنطاق إلزام المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية بقولها: "إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام، بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها، لصدورها فعلاً من قبله، أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الأعمال، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا القيد". حكم المحكمة الدستورية العليا (المصرية) الصادر في 1985/05/04م في الدعوى رقم 20 لسنة 1 ق، السابق الإشارة إليه، وانظر أيضاً حكمها رقم 7 لسنة 9 ق المنشور في العدد 20 من الجريدة الرسمية (المصرية) الصادر في 16 مايو 1985م، ص 997-998.

3- وهذا ما قرره المحكمة الدستورية العليا في مصر، بقولها: "إن إعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها، وإن كان مؤداه إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس لما يضعه من تشريعات بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الالتزام بما يترتب عليه وصفه مخالفاً للدستور، إذا لم يلتزم بهذا القيد، إلا أن قصر هذا الحكم على تلك التشريعات لا يعني إعفاء المشرع من تبعية الإبقاء على التشريعات السابقة، رغم ما قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، إنما يلقي على عاتقه من الناحية السياسية مسؤولية المبادرة إلى تنقية نصوص هذه التشريعات من مخالفة للمبادئ سالفه الذكر، تحقيقاً للاتساق بينها وبين التشريعات اللاحقة في وجوب اتفاقها جميعاً مع هذه المبادئ وعدم الخروج عليها". حكمها الصادر في 1985/05/04م السابق الإشارة إليه.

4- عوض محمد عوض، ص 28، عادل عمر شريف، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى إمكانية اعتبار هذه المبادئ مرجعاً للرقابة الدستورية، مجلة الحق، تصدر عن اتحاد المحامين العرب، دمشق، 1989م، ص 341، وهذا المعنى تردد فيما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر عندما قالت: "التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة، بحيث يتعين على المحاكم تطبيقها، توصلنا للفصل في المنازعات التي ترفع إليها، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى تضارب الأحكام واضطراب ميزان العدالة، مع المساس في ذات الوقت بأحد المبادئ الدستورية، وهو مبدأ الفصل بين السلطات". هذا الحكم مشار إليه عند فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، دار النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2003م، ص 136.

5- ومع هذا ينادي البعض بالإلغاء التلقائي للمعارضات للنصوص المعارضة للشريعة، وإن كان تعليقه لدعواه يبدو في غاية الاضطراب، لأنه تصور أن الخطأ في النص الدستوري المتعلق بقاعدة الشريعة موجه مباشرة للقاضي، وأنه بهذا يلزمه باعتبار كل نص مخالف لمبادئ الشريعة منسوخاً ضمناً، وأن عليه البحث بنفسه عن الحكم الشرعي الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه، ويعمل هذا بقوله: "لما كان الدستور يعبر عن قيم الجماعة ومثلها في مرحلة زمنية معينة، فإن مبادئ الشريعة بتعيين تغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ولو تضمنتها تشريع سابق، ذلك أن التعديل الذي أدخل على المادة الثانية من الدستور (المصري) لم يكن مجرد تعديل لفظي خال من المضمون، ولا هو انتقاء لعبارة إنشائية، أريد أن يكون لها رنين خاص، يجعلها أكثر قبولاً من المواطنين، ولا هو نص أراد الدستور أن يكون للسلطة التشريعية حرية تقدير مناسبة تطبيقه، وإنما هو تعبير عن إرادة عامة في أن يكون الإسلام ديناً للدولة قولاً وعملاً، وذلك بأن يكون حاكماً لشئون الناس منظمًا لعلاقاتهم، ولا يتأتى ذلك إلا بتسييد مبادئ الشريعة وتغليبها على النصوص التشريعية التي تعارضها". على حسين نجيدة، ص 62-63. وانظر أيضاً صالح بن الطيب محسن،

شروط الإلغاء الضمني ليقال بتوافره؛ لأن التعارض المقتضي للإلغاء الضمني يوجب أن يبلغ التعارض بين النصين مبلغا يستحيل معه الجمع بين قديم النصوص وجديدها، وإمكانية تطبيق النصوص المخالفة للشريعة، حتى مع وجود نص يقضي بأولوية الإسلام وعلوية مكانة الشريعة على غيرها من مصادر التشريعات، بل حتى مع وجود نص يجعل من الشريعة المصدر الوحيد للتشريع، يدحض هذا القول⁽¹⁾، وبهذا فإن التشريعات المخالفة لأحكام الشرع ستظل سارية حتى بعد النص على أنه لا مصدر للتشريع إلا أحكام الشريعة الإسلامية، ويعزز هذا الفهم للمسألة أن البحث التاريخي كشف لنا عن تجربة ليبية سابقة، كانت سنة 1971م، شكّلت فيها لجان لمراجعة القوانين المعمول بها آنذاك، واقتراح تعديلها بما يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وكلفت تلك اللجان بحصر ما يناقض الأحكام الشرعية القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية في التشريعات الوضعية، والعمل على إزالة هذا التناقض بإعداد تشريعات بديلة، اعتناقاً من المشرع الوضعي آنذاك لفكرة التدرج في تطبيق أحكام الشريعة⁽²⁾، ومع هذا فقد بقيت جملة من النصوص القانونية المخالفة، وبصورة صارخة، لأحكام الشرع القطعية، لعل أهمها ما يتعلق بالربا وكثير من المسائل الجنائية، أهمها ما يتعلق بجريمة القتل العمد، والاستبعاد المطلق لأحكام القصاص والدية.

وبهذا فالتناقض بين مضمون النص الدستوري المبين لمكانة الشريعة، والذي قد يكون بصيغة أن الشريعة هي المصدر الوحيد للتشريع، وبين بعض التشريعات النافذة، لا يؤدي بالضرورة إلى اعتبار تلك التشريعات ملغاة بمجرد إيراد نص في الدستور، فهذا لن يكون إلا بتدخل المشرع الوضعي، وهذا وإن كان واجبا عليه، بحيث لا يحق له التنصل منه، لكن قعوده عن القيام به لن يترتب إلا مسؤولية سياسية فقط في جانبه، والنتيجة المترتبة على عدم تدخل المشرع الوضعي لإلغاء التشريعات المخالفة لأحكام الشريعة هي إمكانية بقاء تلك التشريعات سارية إلى أمد غير محدود من حيث الزمن، وعدم جواز الطعن عليها بعدم الدستورية، لأن الطعن لا يجوز إلا بالنسبة للتشريعات التالية لصدور الدستور، وامتناعه بالنسبة لما صدر قبله من تشريعات، فعدم الدستورية عيب يلحق التشريع منذ لحظة ميلاده، ولا يمكن تصور أن يكون التشريع موافقا للدستور في زمن صدوره، ومعارضاً له في زمن لاحق⁽³⁾.

7- تطبيق النص الدستوري الذي سيحدد مكانة الشريعة فيه، وإن كان بدرجات متفاوتة، أضعفها أثرا النص على أن الإسلام دين الدولة، وأكثرها تأثيرا النص على كون الشريعة مصدر للتشريع، وهذا أثر يزداد تعمقا كلما أضيف لهذه المصدرية وصف أكثر حصرا لها، بين كونها مصدرا، فمصدرا رئيسا فمصدرا وحيدا، وهذا سيترتب عليه آثار جوهرية على النظام القانوني للدولة. بل لا نبالغ إذا قلنا أنه سيؤدي إلى قلبه رأسا على عقب، لأنه سيحل ليس فقط نصوصا في أبواب من المعاملات متفرقة، بل نظما قانونية جديدة لم يألّفها الناس، محل غيرها القديم المألوف، وهذه النقلة قد تضطرب معها الأحوال، وتختل الشؤون، وهذه مخاوف -في الحقيقة- واقعية وجديرة بالاعتبار، وليس من الحكمة إغفالها⁽⁴⁾، فالعمل لا ينبغي أن يتجه فقط إلى بيان مدى صلاحية أحكام الشريعة للتطبيق، فهذا ما لا يجادل فيه إلا القلة، وإنما يتوجب البحث أيضا في إمكان التطبيق مع الوضع في الاعتبار الصعاب المادية الواقعية التي تحول دونها، أو تعرقل تنفيذها، أو تجعله أقل قبولا في التطبيق، أو أكثر مشقة وحرجا؛ لأن طرحها جانبا سيؤدي إلى انتكاس الدعوة إلى تطبيق الشريعة من أساسها، وهذا يوجب تحاشي الطفرات التشريعية، وإتخام المجتمع بسيل من نظم وتشريعات لم يهيا لها المواطنون بالقبول، ومع هذا فمما يلفت من حدة هذه المخاوف وغلوها أن النص الدستوري

ص 16. ولاشك أن القول بهذا فوق ما فيه من عاطفية طاغية فيه خروج بالقاضي عن مهمته إلى جعله مشرعا، بل حتى أعلى من السلطة التشريعية، كونه سيلقي جانبا كل ماش يراه معارضا لمبادئ الشريعة من نصوص تشريعية، وفق ما أراه إلى ذلك اجتهاده، فيحل نفسه محل السلطة التشريعية، وهذا إخلال بين مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقوم عليه الدستور والدولة الحديثة وكل نظمها، ومآله اضطراب الأحكام القضائية وتعارضها من قاضٍ لآخر.

¹- عوض محمد عوض، ص 28.

²- المصدر السابق، ص 24.

³- المصدر السابق، ص 29.

⁴- المصدر السابق، ص 30.

على قاعدة الشريعة يبدو أمراً طبيعياً في دول العالم العربي والإسلامي؛ لأنه يتناغم مع عاداتها ونظم حياة شعوبها وقيمها وتراثها، وهو بهذا يشكل عنصراً ثباتاً للتشريعات الوضعية، كون غالبها إن لم يكن مستمداً من أحكام الشريعة فإنه لا يناقضها، وهو بهذا لن يترتب عليه بالضرورة تحول الدولة فجأة من دولة مدنية إلى دينية، ولن يؤدي إلى حدوث انقلاب في نظامها التشريعي كون الدستور معبراً عن تراث الشعب، وهذا التراث هنا ذو صبغة إسلامية، سبق أن صُيغ بها قبل صدور الدستور⁽¹⁾، كما أن النص الدستوري، ولو كان بصيغة أن الشريعة هي المصدر الوحيد للتشريع، لا يلغي التشريعات السارية لا صراحة ولا ضمناً، ولو كانت متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية تعارضاً مطلقاً، فالنص ينصرف فقط إلى ما سيصدر بعده من تشريعات، وللمشرع مراجعة تشريعاته السابقة وتعديلها بما يجعلها تتوافق مع الأحكام الشرعية، وهذا عمل يتطلب دراسة وتدقيقاً يأخذان كثيراً من الوقت والجهد، يُقَلَّبُ فيهما في الأثناء الرأي على مختلف وجوهه، مع الأخذ في الاعتبار ظروف المجتمع وحاجاته وأعرافه⁽²⁾، والخشية تأتي هنا من الاستعجال في إصدار تشريعات لم تنل ما تستحقه من بحث ودراسة بدعوى تطبيق الشريعة وأحكامها، فينقلب الأمر إلى النقيض من المراد منه، ويكون -عن غير قصد- دعوة إلى تجنب تطبيقها في المستقبل، لما آل إليه أمر تطبيق بعض من أحكامها مما لن تحمد عقباؤه، فلقد حُكِّمنا خلال عقود بتشريعات غريبة، ودرجنا على الالتزام بنظم لا تَمُتُ للشريعة بصلة، ولكننا ألفناها، وانتظمت شؤون حياتنا على مهاجها، ومن الخطورة بمكان نزع الناس عما ألفوه دفعة واحدة⁽³⁾، ولو كان خاطئاً، ولو بدعوى الإصلاح والعودة إلى جادة الصواب، قبل توفير بديل له، فهذا لن يكون له من أثر إلا النفور من تطبيق أحكام الشريعة. والتطاول عليها، وإتاحة المجال واسعاً أمام أعدائها للنيل منها، واتخاذ فشلنا في تطبيقها حجة علينا، تدمغ رأي من يدعو إلى تطبيقها، وتقدم دليلاً واقعياً على عدم صلاحيتها للتطبيق في عصرنا الحاضر، وليس لهذا كله من سبب إلا استعجالنا في التطبيق، قبل أخذ الأهبة له، وإسقاط المعوقات الواقعية والظروف بمختلف صنوفها من الحسبان، لا عدم صلاحية أحكام الشريعة للتطبيق على مستجدات زماننا⁽⁴⁾، وإنما لإظهارنا لها في غير مظهرها الحقيقي، ولسوء عرضنا لمنتجاتها، فالعلة لم تكن في البضاعة، وإنما في سوء عرضها.

ومع هذا فمما يخفف من حدة هذه المخاوف ذلك التوافق في بلادنا -وإن كان يبدو أنه غير مقصود من مشرعي البلاد الليبية على اختلاف مسمياتهم من برلمان ملكي ومجلس قيادة للثورة ومؤتمرات شعبية ومجلس انتقالي ومجلس نواب- بين النظام القانوني القائم في ليبيا إلى وقتنا الحاضر وبين أحكام الشريعة في نواح عديدة، ولذا فنحن لسنا بحاجة إلى استئصال كل ما هو موجود من تشريعات وضعية، وإحلال نظام قانوني بديل يحل محلها، فالتعارض ضيق النطاق، وهو ينحصر في مسائل هي أقل بكثير من تلك التي تتفق فيها التشريعات الوضعية مع الأحكام الشرعية، ويزداد نطاقه ضيقاً إذا ما علمنا أن مناط التعديل أو الإلغاء ليس كون تلك التشريعات قد استقيت من مصدر غير الشريعة، وإنما لأن أحكامها تتعارض مع أحكام الشريعة.

¹ تابع هذا عند أحمد الخالدي، الإسلام في مشروع الدستور وطبيعة الدولة في التنظيم السياسي، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، رام الله، 2000م، 99-100، وجمال الخطيب، مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع في الإطار الدستوري، منشور ضمن كتاب الدين وحقوق الإنسان في الدساتير: تجارب مقارنة، معهد الحقوق، جامعة بير زيت، رام الله، 2012م، ص 289.

² ولعل ذكر تعليق حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها رقم 20 لسنة 1985/05/04م يبدو هنا مناسباً، حيث قالت مستدركة، بعد أن بينت عدم جواز إصدار تشريع في المستقبل يخالف أحكام الشريعة، وضرورة إعادة النظر في القوانين القائمة قبل العمل بدستور 1971م وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة: إن "الانتقال من النظام القانوني القائم حالياً في مصر، والذي يرجع إلى أكثر من مئة سنة إلى النظام الإسلامي المتكامل يقتضي الأناة والتدقيق العملي، ومن هنا فإن تقنين المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي لم تكن مألوفة أو معروفة، وكذلك ما جدَّ في عالمنا المعاصر وما يقتضيه الوجود في المجتمع الدولي من صلات وعلاقات ومعاملات، كل ذلك يستأهل الروية ويتطلب جهوداً، ومن ثم فإن تغيير النظام القانوني جميعه ينبغي أن يتاح لواضعيه والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تجمع هذه القوانين متكاملة في إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء". مشار إليه عند مجدي حافظ، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، دار محمود للنشر والتوزيع والمكتبة القانونية للنشر، القاهرة، 2008م، ج 4، ص 2285.

³ عوض محمد عوض، ص 15.

⁴ المصدر السابق، ص 31.

ولكن هذا كله لا يعني بقاء التشريعات المخالفة للشريعة سارية إلى ما لا نهاية، ولكن إلغاؤها أو تعديلها سيكون رهين ظروف المجتمع وحاجاته، وبناء على اعتبارات تتعلق بالملاءمة لا لاعتبارات قانونية مبناها التعارض، إلا أن الحاجة رغم كل هذا تقتضي التعجيل بالخلاص من قسم من التشريعات يخالف النصوص الشرعية القطعية مخالفة صريحة، كما هو الحال في مسائل تتعلق بالربا وبعض من المسائل الجنائية، إذ على المشرع الوضعي المسارعة إلى إصدار بدائل لتلك النصوص، بعد أن يهيم المناخ الصالح لتطبيق أحكام الشرع قبل أخذ الناس بها على حين غفلة، وإلا ساءت العاقبة، وكان الإفراط في الحرص على تطبيق أحكام الشريعة جنائية علميا، وتهيئة هذه البيئة والمناخ الملائم هو في الحقيقة ليس مسئولية رجالات الفقه والقانون وحدهم، وإنما هو واجب كل من له دراية وخبرة، أوله كلمة تُسمع من العامة في هذا الموضوع من أهل الاقتصاد والسياسة والاجتماع وغيرهم، كلٌّ في نطاق اختصاصه، على أن يكون هذا وفق دراسات جادة، تجمع إلى عمق فهم الشريعة ومقاصدها البصير بحاجات المجتمع وظروف أهله وخصائص زمانه، وتكون غايتها إعانة المشرع الوضعي على إظهار أحكام الشريعة في قالب يراعي حكمها وعلل نصوصها، ولا يصادم واقع الناس أو يجافي مقاصد الشارع الحكيم⁽¹⁾.

8- حشر الدين بين نصوص الدستور، سيؤدي إلى هيمنة أحكامه على التشريع ونظم الحياة، وبالتالي هيمنة رجال الدين على شؤون المجتمع عبر استئثارهم بمهمة التشريع فيه، وسيطرتهم في نهاية المطاف على مقاليد الحكم في الدولة وأجهزتها التنفيذية، وبذا تصبح البلاد عندئذ دولة ثيوقراطية، وربما يبدو هذا إلى حد ما متماشيا مع الظروف السياسية التي تسود بلدان العرب والإسلام، حيث يهدف البعض من النص الدستوري على قاعدة الشريعة بالصيغة التي راقته إلى إحداث ضغوط مستقبلية لتعديل قوانين ستحوّل الدستور كله إلى وسيلة تخدم أهدافه ويحقق من ورائها مصالحه⁽²⁾، وعلى كلٍّ يبدو هذا التخوف له ما يبرره إذا فهمنا الثيوقراطية على أنها نظام تستحوذ فيه طبقة رجال الدين على السلطة التشريعية، ولكن للثيوقراطية مفهوما آخر، وهو أنها نظام تكون تشريعاته ذات أساس ديني، والتخوف يأتي من التلازم بين النظامين، كما كان الحال قائما إبان عصور التفويض الإلهي الذي ادعاه حكام ما قبل الميلاد، وفي الغرب إبان العصور الوسطى، ولكن هذا التلازم ليس له من أساس في الشريعة الإسلامية ونظام الحكم فيها، لأنه ليس فيها طبقة يمكن تسميتها برجال الدين، فالاجتهاد بابه مفتوح في الإسلام لكل مسلم ملك أدواته⁽³⁾، وتشابك الحياة وتعقد سبلها وتداخل شؤونها يقتضي استعانة المجتهد في العلوم الشرعية بعلم غيره وخبراته من أهل كل فن واختصاص، والديمقراطية الحديثة تجعل الاجتهاد جماعيا، ليقبل فيه الخلل والزلل، فينظر رجال السلطة التشريعية للمسألة كلٌّ من زاويته، ويستقر رأيهم على نصوص تشريعية، وإن كانت مستمدة من أحكام الشريعة، لكنها -كي تحقق الغاية منها- يراعى فيها قواعد الاقتصاد والاجتماع ونظريات السياسة وقواعد القانون وغيرها.

9- النص الدستوري المبين لمكانة الشريعة سيؤدي إلى استغلاله من قبل البعض لبناء الدولة على أساس ديني، وتحت هيمنة فئة من رجال الدين، ودولة هذا أساسها ومبناها لم يعد العالم الغربي يطبق التعامل معها، ولهذا نفيا لهذه التهمة سيتهيب المشرع الوضعي من وضع ذلك النص الدستوري موضع التطبيق، ويسعى بعض أهل التشريع إلى اختلاق مبررات لتجميد العمل به، أو قصر حالات تطبيقه على أقل ما يمكن من مسائل، والأفضل من هذا كله إفراغ هذا النص من محتواه، فيصبح نصا أجوف المحتوى والمضمون، فيؤول الأمر من النص الدستوري إلى نقيض الرمد منه، وهذا الاتهام والتخوف من بناء دولة على أساس ديني، يهيمن على السلطة فيها بعض من يدعون نسبتهم إلى الدين، تعلنه بعض دول الغرب، ويجاهره بعض "المتقفين" من بني جلدتنا، والظاهر أنه ليس اتهامها أجوف دون

¹- المصدر السابق، ص33.

²- نبيل عيد الفتاح، النخبة والثورة والدولة والإسلام السياسي والقومية الليبرالية، دار العين، القاهرة، 2013م، ص413.

³- مصطفى دبارة، ص324.

حجة يقوم عليها، فالتاريخ قديماً ينبئ عن استغلال بعض حكام تلك العصور الغابرة الدين في الهيمنة، وأنه لم يكن سوى قنطرة يعبرون بها إلى كرسي الحكم، وبه يبررون ظلمهم وفرض سلطتهم، كما أن التاريخ الأوربي يكشف عن اضطهاد رجال الدين في العصور الوسطى وما بعدها لمعارضهم من أهل الفكر، وعن تدثر الحكام بستار الدين لتبرير انحرافهم بالسلطة، والكيد لكل من عارضهم الرأي أو نازعهم السلطان⁽¹⁾، وأن تكون الدولة إسلامية فهذا ادعى عند الغربيين للاعتراض، فهم لما لم يقبلوا دولة تبنى على الدين المسيحي الذي خبروه، أكانوا يقبلون قيام دولة على نهج الإسلام؟ لا شك أنه لا أحد منهم يرغب في عودة الإسلام إلى سابق عهده، كي لا يقدم المسلمون على "مغامرات عسكرية"، يستعيدون بها سالف أمجادهم⁽²⁾، وهذه المخاوف يذكي -للأسف- جذوتها بعض المسلمين بتصرفاتهم، أو بكلمة أدق بتزمتهم وإحلالهم آراءهم وأهواءهم، وبعبارة صريحة شطحات بعض مشايخهم واجتهاداتهم في تأويل ما نُص عليه صراحة، انحرافاً به عما صرحت به ألفاظ النص، فكانوا بعملهم هذا وبالاً على الإسلام، وأشد خطراً عليه وعلى أهله من أعدائه⁽³⁾، وأياً ما كان فإن ما يحاول البعض إلصاقه بالإسلام من اتهامات، وما يثيره حوله من شبهات يرجع في أساسه وكنهه إما إلى الجهل بحقيقة الإسلام، وإما إلى التزمت والكيد والحقد والمغالطة، ودفع هذه التهم وأهلها بالحجة والبرهان أمرهين، لا يأخذ إلا بعضاً من الوقت والجهد، فنور الإسلام يطرد أمامه ظلمات هذا الجهل والتجني، ولكن ما ينبغي أن يقر في الأذهان أن الاعتراض الغربي على قيام دولة يسوسها شرع الله لا يرجع إلى سبب فكري، مبعثه جهل الغربيين بحقائق الإسلام، وإنما منبعه في الحقيقة خشيتهم على مصالحهم الاقتصادية، فالدول التي يعتنق سواد أو كل رعيته الإسلام هي في الغالب الدول التي تحوي أراضيها الثروات الطبيعية، وكي لا تستثمر هذه الثروات في نشر الإسلام والعودة بأهله إلى تالد مجدهم، وبناء دولة حديثة يقودها نظام يجد أساسه في شرع المولى جل وعلا، لا بد من التنفير من مسألة إقامة دولة على أسس دينية، فلو قامت هذه الدولة لصارت منطقة جذب لكل شعوب الإسلام، وعونا لها على رفض قبول التخلف والمذلة والتبعية للغرب، والرضا بحكم أعوانه من حكام ظلمة، فرفض قيام دولة ذات أساس إسلامي هو في حقيقة الأمر ذريعة للإبقاء على وضع المسلمين الراهن واستنزاف ثرواتهم في ظل حالة التمزق والفرقة التي يعيشونها، وإلى حد كبير تبدو دعوات الغرب مكشوفة، تحمل جوانحها عناصر الشك في صدقها، ولكن الخطر الحقيقي يكمن في دعاوى المتزمتين والجهلة من المسلمين، ممن يعرضون هذا الدين الحنيف على الناس على غير حقيقته، وبشكل يشوه ملامحه، ويجعل لمن يجهله عنراً في التخوف من قيام دولة على أساسه⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

صيغة الإسلام دين الدولة وإشكالياتها

لورجعنا لتجارب غير بلدنا من دول العرب والإسلام لتبين لنا أن أغلبها انتهج هذا السبيل لضبط العلاقة بين الدين والدستور، وذلك بالنص على أن الإسلام دين الدولة⁽⁵⁾، وهذا ما جرت عليه دساتير أغلب الدول العربية والإسلامية، ومنها دساتير مصر وتونس والجزائر والمغرب وموريتانيا واليمن وكل دول الخليج والسودان بعد التقسيم

1- المصدر السابق، ص323.

2- عوض محمد عوض، ص36.

3- المصدر السابق، ص36-37.

4- عوض محمد عوض، ص37-38، مصطفى دبار، ص324-325.

5- يجد هذا النص أساسه التاريخي في الدستور التونسي لسنة 1861م، والذي يعد بداية حركة تدوين الدساتير في البلاد الإسلامية، ومع أن صياغة نصوصه تنطق بتأثر مضمونه بالدساتير الأوربية فهذا النص كذلك جاء متأثراً بها، محاكياً لما ورد في كثير منها من تحديد دين الدولة في نص يرد في مقدمة الدستور، كما تضمن الدستور العثماني لعام 1876 من والمسمى بالقانون الأساسي، نصاً بذات المعنى، مع أنه مستوحى من الدستور البلجيكي. توفيق عبد العزيز السديري، الإسلام والدستور، وكالة المطبوعات والبحث العلمي بوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، السعودية، ط1، 1425هـ، ص159.

والصومال وجيبوتي، ولم يشذ عن هذه الدول العربية إلا سوريا، حيث اقتصر دستورها في مادته الأولى على النص على وجوب أن يكون دين رئيس الدولة هو الإسلام، وتحاشى دستور لبنان معالجة المسألة برمتها، وهذا التوجه في إبراز العلاقة بين الدين والدولة في صلب الدستور يمكن أن نجد له آثارا في دساتير بعض ملكيات أوروبا المعاصرة، كالسويد والنرويج وإسبانيا، والتي لم تكتف بالنص على الدين بل صرحت بالمذهب الديني أيضا الذي تسير عليه الدولة⁽¹⁾، ولو اتخذنا هذه الصيغة سبيلا لضبط العلاقة بين الدولة والدين لما وجدنا لها من علة غير قولنا: أن كل أو جل سكان هذه الدولة يدينون بالإسلام، فمن الطبيعي إذاً أن نصفها بأنها دولة دينها الإسلام، ولكن هل يحقق هذا النص ما يُبتغى من تحكيم شرع الله في نظم الدولة ومعاملات أهلها؟

هنا تبرز لنا ملاحظات أولية، أولاها: إصرار بعض المشرعين الدستوريين على تأكيد هذه العلاقة بذات الصيغة في محال أخرى من ذات الدستور، إما بذكر ذلك في ديباجة الدستور⁽²⁾، وإما بوصف الدولة نفسها بأنها جمهورية إسلامية كما فعلت إيران وموريتانيا⁽³⁾، وثانيها: وصف البعض الإسلام بأنه ليس فقط دين الدولة بل هو دينها الرسمي، وهذا ما فعله المشرع الدستوري العراقي، بنصه على أن "الإسلام هو الدين الرسمي للدولة"، وهو ما نقله عنه مشرعا إيران ودولة الإمارات، وهذا الوصف يبدولنا غير مفهوم المعنى، وعديم الفائدة، كونه يدفع إلى تساؤل غريب مفاده: أن هناك دين رسمي ودين غير رسمي، أي: عرفي، وثالثها: اشتراط التدين بالإسلام في أغلب دساتير الدول العربية والإسلامية فيمن يتولى مناصب عليا فيها، كرئيس الدولة مثلا، ولكن هذا في أغلبها هو شرط ابتداء، يلزم توافره عند الترشح لهذا المنصب، وليس شرط بقاء، يلزم توافره طوال مدة شغله لهذا المنصب⁽⁴⁾.

وعلى كل حال، بتحليل عبارة أن الإسلام دين الدولة نجدها لا تعني إلا أن الدولة ليست على غير دين الإسلام، فهي ليست لا مسيحية ولا يهودية ولا بوذية ولا علمانية، ولا... ولا... ولا، فهي دولة تدين هي نفسها بالإسلام، وليس شعبيها أو نظامها القانوني، وبمعنى آخر هي دولة تقرر شعبيها على اختياره الإسلام دينا له، وهي لا تنفخ عليه اختياره هذا ولا تنكره، ولا شيء أكثر من هذا⁽⁵⁾، ولكن النص لا يعني وجوب الالتزام بأحكام الشريعة كمصدر للتشريعات، وإنما كل ما يعنيه النفي عن الدولة تبنيها لدين غير الإسلام، وبالذات للعلمانية، وأن معظم شعبيها أو كله يعترف بالإسلام ديانة له⁽⁶⁾، والنص بهذا المعنى لا يخلو من مثالب، فهو من ناحية فارغ من المحتوى، ومن ناحية ثانية يدل على فهم خاطئ للإسلام، ومن ناحية ثالثة هو عديم الفائدة، ومن ناحية أخيرة يدل على الاحتيال، وسيؤدي إلى عكس المراد منه، حيث سيقر علمانية نظام الدولة أكثر من إسلاميته.

1- وهذا ما فعله أيضا الدستور الإيراني لسنة 1979م عندما نص في المادة 12 منه على أن "الدين الرسمي لإيران هو الإسلام، والمذهب الجعفري الإثنا عشر"، مع الاحتفاظ بالاحترام لغيره من المذاهب. وهنا يلاحظ سوء المفرد في الصياغة، حيث وقع عطف المذهب الجعفري على الدين الإسلامي مما يفيد تغايرهما، وكذلك فعل دستور سلطنة بروناي الصادر سنة 1959م، عندما نص في مادته الثالثة على أن الدين الإسلامي وفقا للمذهب الشافعي...".

2- حيث وقع هذا مثلا في دستور إيران لسنة 1979م، ودستور موريتانيا لسنة 2017م. بل إن وصف الدولة يبدو دائما فارغ المحتوى، ومن هذا وصفها بأنها ديمقراطية، كما وقع في دستور كوريا الشمالية، والتي سمت نفسها جمهورية كوريا الشعبية الديمقراطية، فهذه الدولة القائمة على تقديس الحاكم وتأييده، والتي ينعدم فيها كل مظهر لحرية التعبير، ولم يترك حاكمها لأحد من فرصة كي يتحسس رأسه إن فتح فاه، ورد في دستورها وصفها بأنها ديمقراطية أكثر من أي دستور في العالم، إذ لما رجعت إلى نسخته بالفرنسية عددت فيه وصف هذه الدولة بالديمقراطية أكثر من 84 مرة. <https://mjp.univ-perp.fr/constit/kp2009.htm>

3- وكانت دولة الوحدة بين ليبيا وتونس في يناير 1974م قد أطلق عليها اسم الجمهورية العربية الإسلامية.

4- ومن المثير أن نذكر هنا تفرد دستور مالديف لسنة 2008م بالسماح للمسلمين فقط بالحصول على جنسية هذه البلاد، ومنعه المسلمين وغيرهم من ممارسة، بشكل جماعي وعلني، أي شعائر تعود لدين غير الإسلام، وكذلك منعه نشر أي ديانة أخرى في البلاد، وإلزامه كل مقيم بتنشئة أبنائه على العقيدة الإسلامية، واشترطه أن يكون الرئيس والوزراء وأعضاء البرلمان كلهم مسلمين، وأن تسند الأحكام القضائية إلى الشريعة الإسلامية، مع حظره تطبيق أي قانون يخالف مبادئ الإسلام.

5- عوض محمد عوض، ص11، مصطفى دبار، ص328.

6- عوض محمد عوض، ص11، سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1986م، ص123.

فهذا النص فارغ المحتوى؛ لأن الإسلام كدين يتمثل في علاقة بين المرء وخالقه، علاقة يخضع فيها العبد لشرع الله جل وعلا، بامتثاله لأوامره وتركه ما نهاه عنه، أما الدولة فلا يستقيم وصفها بالإسلام إلا على معنى أن كل أو جل مواطنيها مسلمين، أو أن نظامها القانوني منبعه شريعة الإسلام، وعلى المعنيين يكون وصف الدولة بأنها مسلمة أو أن دينها الإسلام هو تابع لاعتناق أفراد شعبها لهذا الدين، أو خضوع نظامها القانوني لأحكام هذه الشريعة⁽¹⁾، وهذا يعني أن الدقة كانت تقتضي صياغة النص بعبارة -مثلا- ليس أن الإسلام دين الدولة، وإنما شعب الدولة مسلم، أو أن نظامها القانوني نظام إسلامي؛ لأنه لو جاز لنا وصف دولة بأنها مسلمة لجاز لنا في المقابل وصف غيرها بأنها غير مسلمة، أي كافرة، ولجاز أيضا وصف دولة مسلمة بأنها قد ارتدت إن خرجت عن ثوابت دين الإسلام، وعلى كلٍّ، فهذا النص لا يحول دون تصور أن يكون أفراد شعب الدولة جُلهم أو كلهم غير مسلمين مع أن الدولة دينها الإسلام، وهذا فرض لم يتحقق في الواقع حتى الآن، أو أن يكون نظام الدولة القانوني منقطع الصلة أو بعيدا عنها في كثير من جنباته عن الشريعة الإسلامية، وهذا فرض كثير الوقوع⁽²⁾.

وعلى أي حال، يمكن الوصول إلى ذات النتيجة التي يقرها هذا النص الدستوري بأن الإسلام دين الدولة حتى في حال عدم وجوده، فوجوده وعدمه سياتى، وحذفه من بين نصوص الدستور لن يغير من الأمر شيئا، فالشعب في ليبيا مثلا مسلم، سواء وُجد هذا النص أم لم يوجد، بل يمكن الوصول إلى ذات النتيجة التي يقرها هذا النص بإقرار نص معارض له تماما، يمقته من يطالب بتمييز مكانة الشريعة بين نصوص الدستور، وذلك بالنص على تقرير حرية العقيدة، بما فيها الكفر الصريح، فلأن الليبيين لم ولن يختاروا غير الإسلام ديننا، فهذا يعني أن الشعب دينه الإسلام، ولما قرر الشعب عقيدته مسبقا، ولم يكتثر عند اختياره لها بهذا النص، فهو بهذا لن يحيد عنها، بقي هذا النص، وتحت أي فهم له، أم حُذف من الدستور، وأحل غيره محله، أي كانت صيغته وفهم الدستوريين له، فلا معنى بهذا لتقرير أن الإسلام دين الدولة، جاء بهذا نص دستوري أم خلا الدستور منه، بمعنى أننا لو افترضنا أن الدستور أقر حرية العقيدة، فإنه بهذا لن يمانع في اختيار الناس للإسلام ديننا يرتضونه لأنفسهم، فهم لهم دستوريا الحق في اختيار ما يروق لهم من دين، وهم لما مارسوا حقهم الدستوري، فقد ارتضوا لأنفسهم الإسلام ديننا، وحتى لو استسغنا أن يكون للدولة دين فهذا لن يغير من الأمر شيئا، لأن التثبيت من دين الدولة يوجب الرجوع في ذلك إلى ديانة أفراد شعبها وإلى نظامها القانوني، فكان بهذا النص على أن دين الدولة الإسلام فارغا من المحتوى، ما لم يؤكد التزام الأفراد بتعاليم ذلك الدين، أو استمداد النظام القانوني في تلك الدولة من شريعة الإسلام.

كما أن النص بهذه الصيغة يدل على جهل بحقيقة الإسلام، أو لنقل بعبارة أطف تجاهل لها، وذلك بالنظر لهذا الدين وكأنه المقابل للدين المسيحي، مع ما بين الدينين من فوارق، فهذا النص يجعل الإسلام "إسلامين"، ويفترض إمكانية تصور قيام أحدهما دون الآخر: إسلام بمعنى العقيدة والعبادات، وإسلام بمعنى النظام الذي يحكم العلاقات بين البشر⁽³⁾، والمقصود بالإسلام في النص المذكور -حسبما نرى- وهو ما أثبتته الواقع، إسلام العقيدة والشعائر، لا الإسلام المنظم للعلاقات بين الأفراد وبينهم وبين الدولة وبين الدولة وغيرها من الدول والمنظمات الدولية، فالإسلام بهذا المعنى عليه أن يظل حبيس المساجد، وأن يدور في فلك علاقات الزواج وشؤون الميراث، وهو فوق هذا ليس إلا شعارا للدولة، مثله مثل النشيد ولون العلم، بدليل حشر ذكره بين الخصائص المميزة للدولة

¹- امحمد الرازقي، ص309، عوض محمد عوض، ص12.

²- وهذا ما نراه واقعا، ففي عالمنا المعاصر 17 دولة على الأقل ذات أغلبية سكانية من المسلمين، وأغلبها أعضاء في منظمة التعاون الإسلامي، ومع هذا تنص دساتيرها على أنها دول علمانية، أو أنها دولة محايدة دينيا، وهذه الدول هي: تركيا، السنغال، بوركينا فاسو، بنغلاديش، ألبانيا، تشاد، النيجر، مالي، أوزبكستان، طاجكستان، تركمنستان، شمال قبرص، يضاف إليها إندونيسيا، أكثر دول العالم الإسلامي سكانا، والتي لا تعترف بأي دين للدولة، ولم يرد في دستورها ذكر لأدي دين، حتى غير الإسلام. <http://www.hespress.com> هل تعلم أنه توجد 15 دولة علمانية دستوريا 305293/

³- عوض محمد عوض، ص12، مصطفى دبارة، ص324.

وهيها في مستهل نصوص الدستور، دون أن يظهر لنا سبب وجيه أو تبرير ظاهر للربط بين الإسلام والعلم والنشيد وشعار الدولة، وإدراج هذا كله في صدر الدستور، وتحديدًا - في أغلب الحالات- في المادة الثانية من دساتير البلاد العربية⁽¹⁾.

إن الإسلام دين شامل لا يقبل التبعيض، وفهمه على أنه عقيدة فقط، هو العلمانية بعينها، وهو وإن كان يحول دون تطبيق أحكامه واقعيًا، فإنه لا يغير من حقيقته شيئًا، لأنه تجزئة لما لا يقبل القسمة، وانسياق وراء محاولات التغريب، وإسباغ لطبيعة الدين المسيحي على ديننا الحنيف، مع أنه ليس مثله ولا شبيهاً به من هذه الناحية⁽²⁾، فالإسلام لم يقصر أحكامه على جانب العبادات، بل إنه واجه شؤون الحياة كلها، وتناولت نصوصه وقواعده واجتهادات علمائه كل ما يتعلق بالمعاملات أياً كان أطرافها، كما تناولت شؤون العبادات، دون تمييز بين الجانبين، إذ لا نجد فرقا في الإسلام بين مسائل العبادات وغيرها من المسائل السياسية والاجتماعية والمالية، فكل القضايا العملية، سواء كانت عبادات أم معاملات أم مناكحات أم عقوبات، تناولها علم الفقه بالبحث وبيان الأحكام.

أما عن خلو النص بهذه الصيغة من المعنى، وكونه مجرد مظهر أجوف، وبل خادع، أنه سيظل مجرد شعار لا يرتب أثراً في الواقع، بل هو إلى الاحتيال على الشعب أقرب، لأنه يرضي عاطفة العوام، أو هكذا يراد منه⁽³⁾، ويحول في نفس الوقت، وربما كان هذا هو المقصد الأبعد والغاية النهائية من إيراده، دون تطبيق أحكام الشريعة، فاعتباره معبراً عن هوية البلاد بعلّة أن كل أفراد الشعب أو أكثرهم مسلمون أمر تغلب عليه العاطفة لا الفعل المادي؛ لأن الهوية يكفي فيها حتى الشعار الأجوف الفارغ من المضمون، ودليل صحة ما نقره هنا أن هذا النص، بل كل الدستور، وحتى في تشريعات عادية لاحقة، لم يخلق آلية قانونية منضبطة تجعل لهذا النص أي أثر في الواقع؛ لأنه بذاته غير قابل للتطبيق، حيث لا يمكن ترجمة مضمونه على أرض الواقع إلا عبر قوانين وممارسات حكومية، تتغلغل في كل مفاصل المجتمع: أفراداً ومؤسسات، وهذا ربما لم يستطعه أو بالأحرى لم يرغبه أساساً من وضع نصاً كهذا في صلب الدستور، ولعل خير دليل على أن النص بهذه الصيغة يقيم تنافراً بين التشريع الوضعي وتطبيق أحكام الشريعة أنه ورد في دستور ليبيا الصادر سنة 1951م، ومع هذا فإن الشريعة لم تعتبر إلا مصدراً ثانوياً في المادة الثانية من القانون المدني، وحُصر نطاقها ليس في نصوص الشريعة وأحكامها وإنما في مبادئها، وجاءت تلك المبادئ تالية للتشريع في الرتبة، يمكنه مخالفتها، ولا تجرؤ هي على معاندته، وأكد التطبيق الواقعي أن مبادئ الشريعة مجرد مصدر ميت، لا يُلجأ إليه إلا عرضاً، بل إن الواقع أثبت أن استمداد التشريعات منه كان إما عرضاً وإما توافقاً عن غير قصد، ولهذا لم يكن واضعوا التشريعات إبان العصر الملكي وعصر القذافي معنيين باتفاق أو تعارض ما يصدر عنهم من تشريعات مع أحكام الشريعة ونصوصها، وهذا وإن كان لا يعني تعارض كل التشريعات الليبية السابقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه يؤكد أن اتفاقها مع الأحكام الشرعية أمر عارض وغير مقصود لذاته، وهو إن حدث كان مجرد توافق لا اتفاق، فالنص الدستوري بهذه الصيغة لم يحل دون إباحة التعامل بالربا⁽⁴⁾، وفتح محلات للدعارة، ترتكب فيها الفواحش بترخيص من الدولة وتحت إشرافها، بل وأجاز تعاطي المسكرات، ونظم بيعها وتداولها، أما في تونس فالأمر أنكأ وأشد، فمع أن دستور بورقيبة ومن بعد زين العابدين وما تلا ذلك من وثائق دستورية نصت على أن الإسلام دين الدولة، فقد تقرر مساواة الرجل بالمرأة في الميراث، وجُرم تعدد الزوجات، وفي المقابل أبيض الزنا إن وقع بالتراضي، وارتكاب الفواحش علناً وبرعاية وحماية من بعض أجهزة الدولة وعلى عينها.

1- عوض محمد عوض، ص12-13.

2- عوض محمد عوض، ص12، باقر شريف القرشي، النظام السياسي في الإسلام، دار التعارف، بيروت، ط2، 1978م، ص126.

3- عوض محمد عوض، ص13، مصطفى دبار، ص328، امحمد الرازقي، ص297.

4- عوض محمد عوض، ص13، الشريعة الإسلامية ودستور ليبيا / <https://legal-agenda.com> مقال لعادل كندير نشر في 2013/11/70

المطلب الثالث

صيغة الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع⁽¹⁾ وإشكالياتها

بحسب هذه الصيغة تكون الشريعة الإسلامية مصدرا لما سيصدر من تشريعات، وهذا ما نص عليه دستور سنة 1971م في مصر، والإعلان الدستوري في ليبيا سنة 1969م، والإعلان الدستوري للثورة في ليبيا الصادر في 03 أغسطس 2011م، وإن اختلفت الصيغ قليلا في التعبير عن المراد، بين اعتبار الشريعة مصدرا (بصيغة التنكير)، والمصدر (بصيغة التعريف)، وبين اعتبار مبادئ الشريعة هي المصدر، وبين مطالبة البعض باعتبارها مصدرا رئيسا⁽²⁾، وليرتفع السقف عند البعض، فيطالب باعتبارها المصدر الوحيد⁽³⁾، ويلاحظ هنا تقلب صياغة النص في الدساتير المصرية، مصدر الدساتير العربية، بحسب اعتبارات غالبا سياسية، ليست قانونية أو شرعية، حيث ورد النص في دستور 1971م على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدرا رئيسيا للتشريع"، ليصبح بعد تعديله سنة 1980م "المصدر الرئيسي للتشريع"، وتقدم على وفقه العديد من مشاريع القوانين التي تنسجم مع أحكام الشريعة، ولكنها كلها لم تر النور، ليتحول النص في دستور 2012م إلى "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع فيها"، ويضاف إليه كنص تفسيري المادة 219، والتي قررت أن "مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتمدة في مذاهب أهل السنة والجماعة"، ولكن هذا النص التفسيري لم يرد في دستور 2014م، وهذه التقلبات في صيغ النص لم يكن لها من سبب إلا تلك الصراعات السياسية على الحكم، ومحاولة البعض استرضاء طرف سياسي، أو سعي غيره إلى الهيمنة عبر هذا النص، وسعي خصومه إلى تنحيته من الساحة السياسية، عبر حذف نصه من الدستور⁽⁴⁾.

وهذا النص على تعدد صيغه يتفق فيها كلها على اعتبار الشريعة مصدر التشريع، وهي بهذا تثير عدة إشكاليات، من حيث المصطلح ومن حيث التطبيق، منها:

1- يراد بالتشريع هنا بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة، وليس إيجاد شرع مبتدأ، فهذا ليس إلا الله بما أنزله من كتاب وما أقر عليه رسوله الكريم، وبهذا يكون المراد بالتشريع في النص الدستوري حق الدولة بأجهزتها الرسمية المختصة في إصدار قوانين تنظم حياة الناس وتضبط سلوكهم في المجتمع. باسم صبحي بشناق ومحمد رفيق الشوبكي، دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني وأثره في تنظيم وعمل السلطة القضائية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، غزة، المجلد 24، العدد 1، 2016م، ص 224.

2- حيث وردت بصيغة "المصدر الرئيسي للتشريع" في دساتير مصر وقطر، وبصيغة "مصدر رئيسي للتشريع" في دساتير الكويت والبحرين والإمارات، أما دساتير تونس والجزائر والمغرب، فقد اقتصر على عبارة "الإسلام دين الدين"، دون التعرض للشريعة الإسلامية من حيث دورها كمصدر للتشريع. بينما يقترح بشناق وزميله الشوبكي أن يكون النص بصيغة المبادئ الأصلية للشريعة، بإضافة وصف الأصلية للمبادئ، دونما بيان منها للمراد بالأصلية، ولا تحديد لها، ولا تعليق لجدوى هذه الإضافة. باسم بشناق ومحمد الشوبكي، ص 219.

3- بل إن بعض من قال بوجوب كون الشريعة المصدر الوحيد للتشريع اشتد في دعواه، ورأى في القول بغير قوله خروج على مبادئ أحكام الدين الإسلامي، معللا ما يراه بأنه "لا حكم إلا لله"، مقيما دعواه على ظاهر بعض النصوص القرآنية التي وصفت من لم يحكم بما أنزل الله بالكفر والظلم والفسوق، وفهم منها أن في استمداد تشريع من غير الشريعة جعل لهذا الغير ندا ومساويها لشرع الله، وهذا فيه كفر صريح. أنظر في بيان هذا الرأي إبراهيم دعيح الصباح، الشرعية الإسلامية والشرعية الدستورية، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2000م، ص 323-329. وهذا القول فوق ما فيه من فهم لا يتناسب مع الآيات المستدل بها ومقاصدها، فيه خلط واضح بين الشريعة والفقه، ومساواة بين النصوص وما فهمه العلماء من فقه تلك النصوص، يضاف لهذا فيه مساواة بين المصادر الأصلية من كتاب وسنة نبوية وبين المصادر التبعية من قياس واستحسان ومصالح مرسلة وعرف وغيرها من وسائل الاجتهاد. باسم بشناق ومحمد الشوبكي، ص 226، وبهذا تؤول هذه الدعوة ليس إلى تطبيق النصوص، بل إلى تطبيق ما فهمه صاحب هذه الدعوة من النصوص، واعتبار قوله شرعا مقدسا، تحرم مخالفته، ولا محل للقول بغيره.

4- تابع هذا السرد التاريخي عند نوار بدير وعاصم خليل، الإشارة إلى الإسلام والشريعة في الوثائق الدستورية وأثر ذلك على الحرية الدينية "دراسة مقارنة"، ورقة قدمت إلى مؤتمر الدين والدولة الذي عقدته بكلية الحقوق بجامعة هارفرد المنظمة العربية للقانون الدستوري والجمعية التونسية للقانون الدستوري بالتعاون مع برنامج الدراسات القانونية الإسلامية تحت عنوان "القانون والتغيير المجتمعي"، ونشرت في الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري الصادر سنة 2019م، ص 12.

1- النص على اعتبار الشريعة مصدرا للتشريع ينصرف -حسب ما يبدو لنا- إلى اعتبارها مصدرا ماديا موضوعيا لا مصدرا شكليا⁽¹⁾، وبهذا فهو لا يسبغ على أحكام الشريعة قوة إلزامية ذاتية، وإنما تظل أحكامها كما كانت قبل خروج هذا النص إلى الحياة مجرد قواعد دينية لا تلزم أحدا إلا بحسب ورعه ووازعه الديني، ولن يكون للأحكام الشرعية شيء من قوة القانون إلا بعد أن يتدخل المشرع الوضعي ويقتنها في صورة تشريعية، فتصبح عندئذ ملزمة لا بذاتها وإنما بتقريرها تشريعا وضعيا، فتكون ملزمة بسُلطان الدولة لا بسُلطان الدين، ولا تدخل على هذا في التطبيق إلا بعد أن يُدخلها فيه المشرع الوضعي⁽²⁾.

2- الخطاب في هذا النص موجه إلى المشرع الوضعي، أي السلطة التشريعية في البلاد، وليس إلى المواطن أو القضاء أو غيرهما من مؤسسات الدولة⁽³⁾، فهو يطلب منه تحري مبادئ الشريعة عند سنه للتشريعات الوضعية، دون أن يترتب على وروده في الدستور تحوله إلى قاعدة موضوعية، تخاطب القاضي مباشرة⁽⁴⁾، فالنص بهذه الصيغة هو فقط يلزم المشرع الوضعي -إن رغب في إصدار تشريع في موضوع ما- باستمداد أحكام ذلك التشريع من الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾، ولكن ما الحل، وكيف سيكون الحال، لو تقاعس المشرع الوضعي عن أداء مهمته، ولم يقن أحكام الشريعة كلها أو في موضوع بعينه؟ وما الآلية التي تلزمه بالقيام بذلك قبل أن نتحدث عن إتقانه لها وإخلاصه فيها؟

3- النص بصيغة جعل الشريعة مصدرا للتشريع رأى فيه البعض تعميما يحتاج إلى ضبط، فبعض المسائل سينكل المشرع الوضعي عن ضبطها تشريعا وفق أحكام الشريعة تحت دعاوى وتبريرات مختلفة، فاقترح لهذا جعلها مصدرا رئيسا للتشريع، ولكن هذا قد يفهم منه اعتبار ما عداها مصدرا ثانويا⁽⁶⁾، فاقترح البعض تحاشيا لهذا الفهم الذي لم يرق له جعل الشريعة المصدر الوحيد دون سواه للتشريع؛ لأن جعلها مصدرا رئيسا يفتح المجال -حسب فهمه- أمام المشرع الوضعي لاستمداد طرف من تشريعاته من مصادر أخرى غير الشريعة، والنص بصيغة المصدر الرئيس -حسب فهمه له أيضا- لا أثر له عندئذ إلا إلزام المشرع الوضعي بالرجوع إلى الشريعة أولا كلما عن له إصدار تشريع في مسألة ما، فإن وجد في نصوصها ضالته قننه، وإن لم يجدها بحث عنها في مصادر أخرى⁽⁷⁾، وهذا المنطق، وإن بدا صحيحا في ظاهره، وأراد به قائله الدفاع عن شرع رب العباد، فإنه يكشف عن قلة علم من قال به بالعلوم الشرعية، وأيضا ببديهيات الفقه، لأن هذا القائل من ناحية يدعي -وهو محق- كمال الشريعة، وإغنائها لنا عن غيرها، ولهذا فهو يريد المصدا الوحيد، لأن لها حكما في كل شأن من شؤون الحياة، ثم يعود فينكص على عقبه، ويفترض -دفاعا عنها- أن النص على اعتبار الشريعة مصدرا رئيسا سيؤدي إلى استمداد بعض الأحكام القانونية من غيرها من المصادر، لعدم وجود حكم فيها لهذه الحادثة، وهو بهذا يعلن عجز الشريعة، وهذا وإن لم يقله فإنه

1- المصدر المادي أو الموضوعي عبارة عن المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية، أما المصدر الرسمي فيراد به الوسيلة التي خرجت بها القاعدة القانونية إلى حيز الوجود. علي حسين نجيدة، ص 29-30.

2- عوض محمد عوض، ص 16، الشريعة الإسلامية ودستور ليبيا / <https://legal-agenda.com> / مقال لعادل كندير نشر في 2013/11/70م

3- عوض محمد عوض، ص 16، ورغم منطوقية هذا القول عقلا فإن نتائجه لا تبدو مقبولة لمن وضع النص الدستوري المتعلق بقاعدة الشريعة بهذه الصيغة أو طالب به، ولعل ما قرره المحكمة الإدارية العليا في مصر في معرض حكمها الصادر في 13 أبريل 1982م ما يغني عن قول غيره، ولذا نورد بنصه مع شيء من التصرف فيه، حيث قررت المحكمة أن "سن النظام التشريعي الكامل الموافق لأحكام الشريعة هو مهمة المشرع، وأنه إلى أن ينبثق هذا النظام الكامل، ويستكمل قوته الملزمة فإن التشريعات السارية تظل نافذة، ويتعين على المحاكم تطبيقها، لأن مهمتها لا تمتد إلى تعديل النصوص التشريعية القائمة، وبهذا فإن تطبيقها لقاعدة تحريم الخمر بمقولة أنها نافذة بذاتها هو في حقيقة الأمر تعديل لتشريعات سابقة عليها، ولا تزال معمولا بها، وهو ما يخرج عن اختصاصاتها القضائية، وينطوي على مزاحمة منها للسلطة التشريعية". هذا الحكم مشار إليه عند علي حسين نجيدة، ص 63-64.

4- المصدر السابق، ص 63.

5- باسم بشناق ومحمد الشويكي، ص 244.

6- الشريعة الإسلامية ودستور ليبيا / <https://legal-agenda.com> / مقال لعادل كندير نشر في 2013/11/70م

7- تابع هذا عند عادل عمر شريف، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى إمكانية اعتبار هذه المبادئ مرجعا للرقابة الدستورية، مجلة الحق، 1989م، ص 345، ومحمد شلبي، تطبيق الشريعة الإسلامية بين المؤيدين والمعارضين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980م، ص 38.

سيكون مفاد قوله وثمرته، مع أنه على العكس تماما مما يقصده، عن الوفاء بحكم في مسألة ما، وهو بهذا يهتم الشريعة بالنقص والقصور وعدم الكمال، والحقيقة أن النص على اعتبار الشريعة مصدرا رئيسا للتشريع، وإن كان فيه دعوة ضمنية للمشرع إلى مراجعة التشريعات القائمة، وتبين مدى ملاءمتها مع أحكام الشريعة⁽¹⁾، فإنه سيؤول عند التطبيق إلى أن تكون هي المصدر الوحيد⁽²⁾، لأنه ليس من المتصور أن تعيا الشريعة عن تقرير حكم في أي واقعة حدثت أو استحدثت؛ لأن القول بغير هذا فيه إتهام للشارع الحكيم - جل وعلا - بالغفلة والقصور، وهذا ما يتنافى مع النصوص الشرعية ذاتها، ولا يقبله العقل الراجح، ولم يقل به حتى أشد العلماء معارضة للاجتهاد، ولم يصدقه الواقع طوال عصور الفقه⁽³⁾.

4- النص بصيغة أن أحكام الشريعة نفسها أو بصيغة أن مبادئها هي المصدر للتشريع يقتضي تحديد المقصود بالأحكام والمبادئ، وحتى لو لم نختلف بصدد الأحكام القطعية، فإننا - بالتأكيد - سنختلف بشأن الأحكام خارج دائرتها، وسنختلف بعد هذا في تحديد ما هو قطعي وما هو ظني، وبعد هذا الاجتهاد في ضبط الأحكام غير القطعية واختيار حكم قانوني بشأنها أيجوز أن نوكله إلى المشرعين في السلطة التشريعية؟ ونحن نعرف أن بعضهم، إن لم نقل كثير منهم، ليسوا من ذوي الاختصاص بالعلم الشرعي، بل ربما لا يتردد بعضنا، جريا وراء مآرب سياسية، في إتهام بعضهم - بحق وبدونه - في أنهم من العلمانيين الداعين إلى عدم تطبيق شرع المولى عز وجل، وأننا لن نصدقهم ولو أقسموا بأغلظ الأيمان، وأتوا بما ينفي عنهم هذه التهمة، فلن نرى في هذا إلا التفافا منهم وتحايلا وذرا للرماد في العيون، ثم ما هي القواعد والضوابط التي سيتم على وفقها الترجيح والاختيار بين الأقوال الفقهية في صدد ما هو ظني الدلالة من النصوص؟ لأن عدم تحديد هذه القواعد والضوابط سيؤدي إلى نتائج غير مقبولة شرعا، ربما هنا سيقول البعض محتجا أنكم تثيرون مسائل لا داعي لها؛ لأن الرأي فيها واضح ومحدد، فهؤلاء المشرعون - بالتأكيد - سيستشيرون لجنة من أهل الاختصاص في العلوم الشرعية والقانونية، خروجا من هذا الإشكال، وسترا لمطعن أنهم قليلو الزاد من العلم الشرعي، ولكننا نرى أن الأمر مع هذا لم يخرج من بين أيديهم، فعلى أي أساس سيتم اختيار أعضاء اللجنة؟ وبصريح القول من أي اتجاه سياسي سيكون هؤلاء، أمن "المتشددين" أم من "المتساهلين"؟ الكارثة أن تُختار لجنة من العلمانيين، أو ممن يهتمهم البعض بأنهم كذلك، لصياغة مشروع قانون "شرعي الأساس"، وعلى كل حال، الأمر في أوله وآخره لن يكون خاضعا إلا للمماكحات السياسية، ومصير عمل اللجنة ونتائج أعمالها، ولو كانت من ذوي الأهلية والنزاهة، سيكون تحت رحمة من ربما لم يشم للفقه رائحة، فضلا عن أن يكون عالما بأصوله ودقائقه.

5- خروجا من الخلاف الذي قد يؤدي إليه محاولة صياغة الأحكام الاجتهادية في صورة قوانين اقترح البعض أن يتم النص على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع، ويرى من قال بهذا أنه بهذا قد حسم الخلاف وخرج من الأزمة فأراح واستراح، ولكن مسعى هؤلاء لم يكشف إلا عن عمق عدم علمه ليس بالفقه الإسلامي وحده وقواعده وإنما باللغة أيضا، فكلمة مبادئ، فوق أنها هي بذاتها تحتاج إلى ضبط، وتدفعنا بهذا إلى دهليز من الخلافات لن نخرج منه إلا إلى غيره، فإن هذه الكلمة، والتي يراد منها - حسب فهم من قال بتلك الصيغة للنص الدستوري - القواعد والكليات الشرعية، لا تؤدي هذا المعنى في اللغة، فالكلمة مشتقة من الفعل بدأ، أي فعل الشيء أولا، ومن هذا المبدئ، وهو المولى عز وجل، لأنه هو من أنشأ الأشياء واختراعها من غير سابق مثال، ففي التنزيل العزيز ورد قوله

¹- عوض محمد عوض، ص18، عادل شريف، ص230.

²- وحتى في غير هذا الفهم فإن النص بصيغة المصدر الرئيس يعني أنها المصدر الذي يجب الاستناد إليه من قبل المشرع أولا عند إعداده للتشريعات العادية، وهو وإن كان يجيز له اللجوء إلى مصادر أخرى، وهي هنا لن تكون إلا فرعية، فإن شرطها هو عدم مخالفتها للمصدر الرئيس، وعدم تقدمها عليه، لأن وصف مبادئ الشريعة بالمصدر الرئيس يعني أن ما سواها فاقده لهذه الصفة، وبالتالي حلت به صفة الثانوية، وهي بهذا متأخرة الرتبة. باسم بشناق ومحمد الشويكي، ص277، ومحمد حسين، ص185-186.

³- عوض محمد عوض، ص20.

تعالى: ﴿اللَّهُ يَبْدَأُ الْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُ ثُمَّ إِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾⁽¹⁾، أي أنشأه من غير مثال يسبقه، قال ابن جرير الطبري مبينا هذا المعنى: "فيحدثه من غير شيء، بل بقدرته عز وجل، ثم يعيد خلقا جديدا بعد إفناؤه وإعدامه، كما بدأه خلقا سويا، ولم يك شيئا"⁽²⁾، وبهذا فمبدأ الشيء لغة أوله وأساسه ومادته التي يتكون منها، وعلى هذا فالنواة هي مبدأ النخل، والحروف هي مبدأ الكلام، وجمعه مبادئ، حيث يقال: مبادئ علم كذا، أي المقدمات الأساسية التي يتوجب العلم بها ممن أراد التقدم فيه، والمبدأ بهذا المعنى لا علاقة له بما يراد منه من معنى اصطلاحى⁽³⁾، وفي المقابل تواتر علماء الشريعة على استعمال اصطلاحات أخرى، تتقارب مع المعنى الذي أراده رجال القانون للمبادئ، منها مقاصد الشريعة وكلياتها وأحكامها وقواعدها⁽⁴⁾، وحتى لو كان المراد من كلمة مبادئ يوافق اللغة واستعمالها، فإن الأمر مع هذا يبدو لنا غريبا، إذ لما كان لكل نظام مصطلحاته، التي لا يستمدّها من غيره، كونها جزءاً من تكوينه، وتمثل تعبيراً عن جوهره، ولما لم ترد كلمة مبادئ عن أهل البصر بعلوم الشرع وأحكامه، فلا يجوز لهذا استعمالها من غيره من العلوم، كون هذا يعني استعارة مصطلح قانوني ليعبر به عن جوهر النظام الشرعي وتحديد المراد به، من حيث حدوده وضوابطه.

كما أن المصدر الذي تستقى منه التشريعات يجب أن يكون محددا منضبطا، فما هي المصادر التي يمكن الاعتماد عليها لمعرفة هذه المبادئ؟ أوجد كتاب واحد وضعه أهل البصر بالفقه قديما أو حديثا اسمه أو موضوعه مبادئ الشريعة، لنرجع إليه في معرفتها إن قلبنا صفحاته، ويكون بهذا هو الحكم والفيصل بيننا عند الاختلاف في ضبطها وتحديد معنى كل منها، أعدت رسالة ماجستير أو دكتوراه واحدة عن هذه المبادئ، فبينت ولو طرفا منها؟ أوجد بحث علمي واحد يخبرنا عن ماهية هذه المبادئ وكيفيةها؟⁽⁵⁾.

إن النص بصيغة مبادئ الشريعة هي المصدر عبارة خاطئة في نصها، ملبسة على الناس أمر دينهم، ومفرغة عن معناها، وأثرها رمزي أكثر منه عملي⁽⁶⁾، فهي استعمال غير صحيح لغة، لأن القانونيين استعملوها على أنها القواعد والكليات الشرعية، وهذا ما لم تقره اللغة، وحتى لو نحينا هذا الخطأ اللغوي جانبا، فإن العبارة تنص على مبادئ الشريعة وليس على أحكامها ولا على نصوصها⁽⁷⁾، وهذه مصطلحات على غير ترادف، ولعل أقرب تعريف يكشف عن حقيقة المراد بالمبادئ ما قرره القانوني الكبير عبد الرزاق السنهوري من أنها كليات الشريعة التي ليست

1- سورة الروم: الآية 11.

2- محمد بن جرير، أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1422هـ، 2001م، ج18، ص467.

3- على طول بحث في كتب اللغة، لم يرد فيها مبادئ بمعنى كليات أو قواعد وفق ما يريده أهل القانون منها، فهذا المعنى لم يرد عن أي من أساطين اللغة، كما لم يرد أبداً لا في الكتاب الكريم ولا في السنة الشريفة.

4- وبالنظر لعدم ورود المبادئ كمصطلح شرعي فقد حاول بعض من رجال القانون بيان معناها، فتعددت لهذا تفسيراته عندهم، ووقعوا في بعض الخلط، ومن هذا أن العلامة السنهوري من ناحية لا يفرق بين مصطلحي الأحكام والمبادئ، ويستخدمهما على سبيل الترادف، ولكنه من ناحية أخرى يفرق بين المبادئ أو الأحكام الشرعية الكلية القطعية التي مصدرها الكتاب والسنة، وهذه يسميها المبادئ العامة التي لا يجوز مخالفتها، وبين المبادئ والأحكام التي مصدرها الفقه الإسلامي، وهذه لا يشترط التقيد فيها بمذهب معين، وإنما يمكن الرجوع فيها لأي من المذاهب الأربعة، بل حتى أقوال علماء غيرها من مذاهب الشيعة. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، ج1، ص48-49.

5- بعد طول بحث وكثير من عناء الاستقصاء لم أعثر إلا على رسالة ماجستير قدمها مبارك صانغي لمعهد الحقوق والعلوم الإدارية بجامعة الجزائر، عنوانها مبادئ الشريعة كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري، ومع أنها جاءت في 303 صفحة فإن كاتبها انشغل بتعريف المبادئ عن حصرها وبيانها عدا، كما خدعنا كتاب في 239 نشرته الجامعة الافتراضية السورية، وضعه أسامة الحموي، عنوانه (مبادئ الشريعة الإسلامية)، وهو في حقيقته لم يعرض لها ولو عرضا، حيث تناول فيه ما يدرس في الكتب المدرسية التي تعد لطلبة كليات القانون تحت عنوان المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، من بيان لمعنى الشريعة والفقه وخصائص الفقه الإسلامي ومصادره وأدواره وقواعده، دون أن يعرض للمبادئ ولو من طرف بعيد، ولم نجد من حاول حصرها عدا، إلا كاتب مصري عرف بسلطة لسانه، وكثرة تهجمه على شرع الله وأهل الفقه فيه، نشر عدة مقالات لا ننصح أحدا بالنظر فيها، لأن غايتها الطعن في الدين، وإظهاره بغير حقيقته، حيث تفوح منها رائحة علمانية طاغية، وتترع بمخالفة ما هو معلوم من الدين بالضرورة، ومنها ما كتبه عن مبادئ الشريعة، فادعى فيها حصرها في سنة، هي: المساواة، وحكم الشعب بالديمقراطية المباشرة وتحريم الاستبداد، والحرية المطلقة في الدين، والعدل والقسط، وحق الحياة وحصانة النفس البريئة، والتخفيف والتيسير في إصدار التشريعات.

6- نوار بدبير وعاصم خليل، ص9.

7- المصدر السابق، الموضوع نفسه.

محل خلاف بين الفقهاء⁽¹⁾، وعرفها البعض بأنها "الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلائلها الواردة في القرآن والسنة"⁽²⁾، فمبادئ الشريعة على هذا ستقتصر على الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلائلها وعلى مبادئ الكلية وأصول الشريعة الثابتة التي لا تحتل أي اجتهاد أو اختلاف فقهي⁽³⁾، وبهذا تحقق لدعاة عدم تطبيق الشريعة مبتغاهم، وبضربة واحدة، وبعبارة واحدة مختصرة، فهم بهذا نحواً جانباً نصوص الشريعة من كتاب وسنة شريفة عن التطبيق، وأحلوا محلها ما فهمه العلماء منها من قواعد وأحكام، فصار المصدر للتشريع هو اجتهادات العلماء لا نصوص الشريعة ذاتها، ممثلة في الكتاب الكريم والسنة المطهرة، ثم حتى اجتهادات العلماء حصرت في دائرة أكثر من ضيقة، لأنها قُصرت على ما أجمع عليه العلماء، فخرج بهذا كل ما هو ظني الثبوت أو الدلالة أو هما معاً، أي كل ما أباح لنا الشارع الاجتهاد بخصوصه، وبهذا صار الغالب الأعم من التصرفات خارجاً عن نطاق الشريعة، كونه يحكم بنصوص لا بمبادئ، وسيحكم بتشريعات تستمد من مصادر أخرى ليست هي الشريعة الإسلامية، لقصور ما أجمع عليه العلماء عن بيان حكمه، لتعذر الإجماع بشأنه لأسباب عديدة، ليس هنا محل بحثها، فها قد ضيقت منطقة الاجتهاد لأقصى مدى، مع أن توسعتها لم تأت اعتباراً، ولا جاءت مصادفة، وإنما هو أمر مقصود للشارع، أراد به التوسعة على عباده، ولشريعته العموم والخلود والصلاحية لكل زمان ومكان، ولكن ما وقع من تضيق على الاجتهاد وأهله سد هذا كله.

وأما كونها صيغةً ملبسة على الناس أمر دينهم؛ فلأنها عبارة صيغت بدهاءٍ ومكر خادعين، لثوهم الناس أنهم أمام دستور إسلامي، أو جاء ليضع الشريعة موضع التطبيق، ولكنها ستؤدي في الحقيقة إلى خلاف ذلك تماماً، وهذا ما نراه واقعاً أمامنا، بل إنها ستفتح للخلاف أبواباً، تشرع على غيرها، فيعم الجدل، ويسود الخلاف، بداية من تحديد ما المراد بهذه المبادئ.

وأما كونها صيغةً مفرعةً من المعنى؛ فلأن هذه العبارة لم ولن تكون محلاً للتطبيق أبداً، وإنما ستكون فقط من باب ذر الرماد في العيون، وغايتها التدجيل على العامة، وإيهامهم بأن الحكم ونظامه سيسيران على نهج الإسلام، والحقيقة أنه لن يكون إلا على غير ذلك، أو على الأقل لن تكون الشريعة من أولى اهتماماته، فهي صيغة تتخذ من عبارة "إسلامية" سبيلاً لعدم تطبيق شرع الله، والواقع خير برهان، فهو يؤكد ما خلصنا إليه، فهذه العبارة وردت في صلب قانوننا المدني، عند بيانه في مادته الأصول لمصادر القانون، ومع هذا وطوال أكثر من سبعين سنة لم نجد لها تطبيقاً واقعياً واحداً.

6- ستؤول هذه الصيغة إلى عدم تقييد المشرع الوضعي باتباع مذهب معين، وربما هذا مقصودٌ مراد، وهذا توجه حسن ومشروع في أصله، فالشريعة أوسع وأكبر من أي مذهب، وبهذا فإن النص بهذه الصيغة يوسع على المشرع الوضعي والمواطن؛ لأن التوسعة على المشرع ستؤول في نهايتها إلى التوسعة على الناس، والعكس بالعكس⁽⁴⁾، وهذا التوجه أقرب إلى الوصول إلى حكم شرعي أقرب إلى الصواب من التمسك بمذهب بعينه، وإلزام الناس به ولو أدى إلى

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ص48-49. وهذا الفهم لمعنى مبادئ الشريعة تردد صداها في القضاء المصري، لاسيما عند المحكمة الدستورية العليا، والتي تواترت على تقرير أن المراد بها "أحكام الشريعة في أصولها ومبادئها الكلية في إطارها العام وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك إنكاراً لما عُلم من الدين بالضرورة، ولا تشمل الأحكام الظنية غير الثابتة بدلائلها والآراء الاجتهادية في المسائل المختلف فيها. راجع أحكام المحكمة الدستورية العليا (المصرية): رقم 5 سنة 8 ق الصادر في 06/01/1996م، ورقم 7 سنة 8 ق الصادر في 15/05/1993م، ورقم 16 سنة 16 ق الصادر في 06/06/1998م. مجدي حافظ، ج3، ص1724-1735.

² باسم بشناق ومحمد الشوبكي، ص241، والغريب أن من قال بهذا التعريف عارضه بعد أسطر قليلة من ذكره له، وذلك عندما طبقه على حكم اشتراط الإسلام والذكورة في القاضي، فعرض اختلاف العلماء في المسألة، وخلص إلى أنه يمكن بشيء من التعليل القول بجواز قضاء غير المسلم ولو على المسلم فيما تجوز عليه شهادته فيه، وبذات الفهم يعلل إجازته لتولي المرأة منصب القضاء، مستنداً إلى اجتهادات لبعض المعاصرين، المعتلين لقولهم بأنه لم يرد في المسألة نص قطعي الثبوت أو الدلالة يحظرها، وهذا كما هو واضح اجتهاد في مسألة لا نص فيها من الكتاب أو السنة، فكيف يمكن نسبته إلى مبادئ الشريعة وقد قيل قبل قليل إنها الأحكام القطعية الواردة فيهما؟

³ نوار بدير وعاصم خليل، ص8.

⁴ عوض محمد عوض، ص24، مصطفى دبارة، ص331.

إعنات المشرع الوضعي، والتضييق على عامة الناس، وما قد يستتبعه هذا من نفور من الشريعة ومن أحكامها، ومن ثم النأي عن تطبيقها واستبدالها بقوانين وضعية، أو على الأقل التحايل عليها، والسعي للتخلص من أحكامها، ولكن هذا التوجه من ناحية أخرى قد يؤدي إلى تليفق الأحكام وتتبع الرخص، فيؤول الأمر بهذا إلى العبث بالوحدة الفكرية أو تضارب الأحكام القانونية، ومن قبلها تضارب الاختيارات الفقهية، وربما ينتهي إلى نكسة تجافي المراد من تطبيق أحكام الشريعة، فيحدث هذا بلبله تقوى معها أصوات الداعين إلى عدم تطبيق شرع الله تعالى، الساعين لإحلال قوانين مستوردة محلها، خروجاً من كل هذا الخلاف والتفرق.

7- النص بهذه الصيغة يراد منه تدخل المشرع الوضعي بتقنين الأحكام الشرعية في صورة تشريعات وضعية، ولكنه إن فعل سينزع عن الأحكام الشرعية طابعها الديني، فتعدل على هذا وتلغى، ويحل محلها غيرها، ويتغير فهمها ويتبدل تفسيرها باختلاف المفسرين من قضاة وقانونيين، مثلها مثل غيرها من التشريعات الوضعية غير ذات المصدر الشرعي، وهذا له أثره على هيبتها، وقبل هذا على الإلزام والالتزام بها، ومع أننا بهذه الصيغة نتحاشى نسبة الخطأ والخلل فيما قد يعتبر عمل المشرع الوضعي من مثالب إلى كتاب الله تعالى وسنة نبيه الكريم، ونخرج بهذا من محذور، فإننا نقع في مثله أو في أسوأ منه⁽¹⁾، وهذا يقتضي منا تحديد نطاق الشريعة الإسلامية، وهل نقصد بها فقط النصوص، أم نقصد بها فقه تلك النصوص؟ وهل هي فقط -في مقام النص الدستوري على اعتبار الشريعة مصدراً للتشريع- النصوص القطعية، أم هي النصوص القطعية والظنية معاً؟ وقبل هذا كله ما هي آليات الاجتهاد وضوابطه فيما يتعلق بظني الدلالة أو الثبوت أو هما معاً؟

لاشك أنه -إن راق للمشرع الدستوري النص على اعتبار الشريعة مصدراً للتشريع، تحت أي من صيغها المقاربة لهذا المعنى، فإنه سيتعين على المشرع الوضعي تقنين الأحكام التي وردت بها نصوص قطعية الثبوت والدلالة⁽²⁾، فتحت أي صيغة للنص وتحت أي فهم له، هي تشكل مصدراً، أو مصدر التشريع الرئيس أو الوحيد أو مبادئ الشريعة، ولكن هذه النصوص على قطعيتها، وبالتالي أهميتها، قليلة العدد، وتعالج مسائل محددة، أما النصوص ظنية الثبوت أو ظنية الدلالة فباب الاجتهاد بصدها مفتوح، وعلى المشرع الوضعي ترجيح ما يراه من الاجتهادات أولى بالإلتباع، وفق ما يرجح لديه أنه محقق لمصلحة المجتمع⁽³⁾، ولكن وفق أي ضوابط، وبناء على أي آليات عليه أن يفعل هذا؟ وما الحل والحال إن حاد في اجتهاده عن الصواب؟

الخاتمة

نأتي بهذا وقد خلصنا من بحث هذا الموضوع بعرض ما يكتنفه من إشكاليات، سواء على مستوى المصطلح، أو على مستوى التطبيق عند صياغة النص المبين لمكانة الشريعة دستورياً، إلى تلمس بعض من النتائج والتوصيات، رأينا أهمية بيانها، وهي تتمثل في:

أولاً- النتائج:

1- هذه الإشكاليات هي ما ظهر لنا، وهناك غيرها ربما يعنُّ لغيرنا الحديث عنه، وهي مع هذا مجرد ملاحظات لا ينبغي أن تعزب عن البال عند صياغة نصوص الدستور، فنحت دستور للبلاد بملايين شعبها يضع الجميع أمام مسؤولية تاريخية جسيمة، لا تقتصر على مجرد صياغته، وإنما الجهد يجب أن ينصب على ما بعده، وهذا يوجب إظهار شريعة الإسلام على حقيقتها، وليس مجرد حشرها في نص ذي كلمات معدودة، وبهذا نتبين أن الأمر ليس هينا كما خيل

¹- مصطفي ديار، ص330.

²- عوض محمد عوض، ص23.

³- المصدر السابق، ص24.

للبعض، فهو ليس فقط صياغة نص دستوري، وانتقاء أفضل العبارات وأكثرها بيانا للمعنى المراد، وإنما هو إنشاء لدولة، وبنائها على أسس حديثة، تراعي المتطلبات الشرعية دون أن تغفل متطلبات الحداثة.

2- النص الدستوري، وتحت أي صيغة ورد، أثره على النظام القانوني يبدو محدودا، لأن صياغته كانت دائما تتماهى مع الظروف السياسية المرتبطة بالأحداث التي يمر بها البلد، والصراع على سدة الحكم فيه، والغاية منه غالبا هي التأكيد على خصوصية الهوية الثقافية والدينية لا أكثر من هذا، ولهذا نلاحظ أن توابع هذا النص على النظام القانوني ارتبطت بالظروف السياسية أكثر من ارتباطها بالنص نفسه.

3- كل الصيغ التي طرحت لبيان مكانة الشريعة في صدر الدستور لا تخلو من انتقادات ترد عليها، ولم تسلم واحدة منها من إشكالات تعرض لها، إما على صعيد المصطلح وإما على صعيد التطبيق، وهذا أمر لم يثر لدينا أي غرابة، لأن الصياغة القانونية لا تعلق عن أن تكون اجتهادا بشريا، يعتره كل ما يلحق بني جلدتنا من مثالب الخطأ والخلل والقصور والزلل، وهذا يظهر لنا من ناحية أخرى أن الأهمية ليست لعبارة النص الدستوري وإنما في أمور خارجه، وأنه لوحده لا يكفي لتغيير الحال وضبط الأحوال لتوافق النمط الشرعي، وإنما تكمن الأهمية في أمور يعتمد النجاح في تطبيق أحكام الشريعة على وضعها في الاعتبار، تتمثل في:

أ- الرغبة الشعبية في تطبيق شرع الله تعالى، فمع صحة أنه ينبغي حظر التعامل بالربا، ولكن يكفي في القضاء على هذه الموبقة إصدار تشريع يجرمها؟ لأن من تعود التعامل بالربا المصرفي، حينما كان جائزا قانونا، إن لم يردعه وازعه الديني قبل الجزاء القانوني، سيلجأ إلى صور أخرى من الإقراض "السري" أو المعاملات، يحتال بها على الحظر القانوني، ونكون بهذا كأننا لم نفعّل شيئا، وقل الأمر نفسه على تعاطي الدعارة، ونحن بهذا لا نريد أن نجرد حظر التعامل بالربا ومقارفة الفاحشة قانونا من كل معنى وفائدة، ولكننا نرى أن المنع إن لم يواكبه علاج شرعي واقتصادي واجتماعي لمسببات ذلك الممنوع شرعا، والسعي لإعادة النظر في كامل المنظومة المصرفية وتقويم اعوجاجها، وهذا يقتضي منا تهيئة المناخ والأرضية الصالحة الكفيلة بضمان نجاعة وسرعة تطبيق القانون المحرم للربا، ولنقل الأمر نفسه بشأن تجريم الفسق ومجون الدعارة، فإن لم نفلح في ضربه في معازل مسبباته فلن يكون للعلاج القانوني كبير أثر.

ب- حسن اختيار السلطة التشريعية من قبل الشعب، وتنوع خبرات واختصاصات أعضائها، بحيث لا تكون فقط معبرة عن شرائح المجتمع كافة، وإنما أيضا عاكسة لتنوعه العلمي والمناطقى والثقافي، لتكون معبرة بصدق عما يريده الشعب، لأن هيمنة حزب أو قبيلة أو منطقة أو أهل اختصاص علمي ما، ولو كان هو التخصص في العلوم الشرعية، لن يجلب للبلاد إلا تشريعات توافق هوى هؤلاء لا الشعب كله، وهي لهذا لن تلقى قبولا شعبيا، وستظل مجرد تشريعات ورقية، لا تغني فتيلًا، وربما سينظر البعض إليها على أنها مجرد أداة للهيمنة وتوسيع دائرة التحكم والنفوذ.

4- تجاهل الشريعة الإسلامية واعتبار غيرها مصدرا للتشريع وضبط نظام الدولة ومعاملات الأفراد سيثير حساسية من ناحيتين، فإما أن تلك التشريعات ستواجه بالإهمال والازدراء، وبالتالي عدم الاحترام، ومن ثم تكثير محاولات الخروج عليها علنا، أو تحايلا على الالتزام بها، فتفقد بذلك سلطانها، والذي لن يكون له من هيبة إلا بما يكون للدولة من قوة في فرضه، وإما لأن تلك التشريعات لن تحقق مصلحة رآها الناس أولى بالاعتبار، ورأوا أن أحكام الشريعة تحققها لهم، وبهذا فإن نهل التشريعات من غير المصدر الشرعي سيوقع المشرع الوضعي بين حالين: إما قلب النظام السائد في المجتمع أو معارضة ما استقر عليه الحال فيه، والأمران كلاهما لا خير فيه.

التوصيات:

1- تشكيل لجان من مختلف التخصصات، ودون الاقتصار فيها على أهل الدراية بأحكام الشرع، لمراجعة التشريعات السارية، والعمل على إزالة ما بينها وبين أحكام الشريعة من تناقض، واقتراح تعديلها بما يتوافق معها، وكذلك اقتراح

مشاريع قوانين لتنظيم الهيئات وضبط سير عملها بما يجعل خادمة للشرع لا معيقة لتطبيقه، واقتراح مشاريع قوانين للمسائل التي غفل المشرع الحالي عن تنظيمها شرعياً، وعدم الانغلاق على مسائل الأحوال الشخصية وفقه الجنايات. 2- من غير المنطقي أن تتعارض نصوص الدستور مع بعضها البعض، حتى ولو لم تسمُ قاعدة فيه على أخرى، إذ لا بد أن تكون تلك النصوص متوافقة متناغمة مع بعضها البعض، وإلا اعتور الدستور كله اضطراب وانعدم فيه التوازن، وهذا يوجب مراجعة الدستور بنصوصه كلها من الناحية الشرعية، لا عزل الشريعة وحشرها في نص منه. 3- المشكلة ليست في صيغة النص الدستوري الضابط للعلاقة بين الدستور والشريعة، وإنما في تلك التركة من التشريعات السابقة، التي استقيت من تشريعات ونظم غير إسلامية، وهي المطبقة في البلاد الآن، وهي بهذا تعد سارية ما لم تلغ صراحة أو ضمناً، والواجب تحديد الموقف منها، وبيان مدى توافقها مع شريعة الإسلام من عدمه؟ وما الذي ينبغي فعله بصددها ما يعارض أحكام الشريعة منها؟ أنبقي عليه أم نلغيه؟ ونبقي على ماذا ونلغي ماذا؟ ومن يحدد متى وماذا سنلغي؟ ومن يحدد قبل هذا وجود ذلك التعارض بين التشريع الساري غير الإسلامي المصدر وبين أحكام الشريعة؟ وكيف نزيل ذلك التناقض؟ أنزله دفعة واحدة أم على دفعات؟⁽¹⁾ وستزيله بواسطة القضاء أم أن المشرع الوضعي هو من سيفعل ذلك بنفسه عبر إصدار تشريعات بديلة، أم أنه سيكتفي بنص عام يلغي به كل ما يعارض نصوص الشريعة وقواعدها من تشريعات وضعية؟ ليتترك البلاد وأهلها بعد ذلك في متاهة تحديد كل هذا، وهذا كله يوجب وضع المسألة برمتها على بساط البحث، وإسنادها لأهل الاختصاص لا أهل الإعلام وغيرهم ممن لا يجيدون غير الكلام، مما يضع على أهل الاختصاص مسؤولية التعرض لها بالبيان، ويوجب الحجر على غيرهم من التحدث فيها.

4- الأهمية لم ولن تكون لصيغة النص الضابط للعلاقة بين الدستور والشريعة النص الدستوري الضابط لمكانة الدين، فأحكام الشريعة ستطبق وستجد محلها، بقدر ما، بين النصوص الوضعية، كونها المعبر عن قيم الشعب ومثله، والمصدر الأكثر توافقاً مع عاداته وتقاليده، ولكن الأهمية يجب توجيهها نحو اختيار الوقت المناسب لتقنين أحكام يستمدتها من الشريعة، وفق آلية لا تشل حركة المجتمع ولا تعيق تطوره، كي يتخلص النظام القانوني من أدران علقته به على مدى عشرات السنين، بغية السير به أثناء فترة نقاهة تعيد إليه حيويته وعافيته دون خشية الانتكاسة على عقبيه، وهذا يوجب أن يكون وضع التشريعات محور اهتمام عام، وبحث دؤوب، لا يتغلق فيه على ثلثة من البرلمانين، يتأنقون في ألفاظ النصوص، ولا ينظرون إلا لما امتد إليه بصرهم من حاجات المجتمع ومتطلباته، حتى تتناغم التشريعات الوضعية مع متطلبات الشعب وتوجهاته، ويكون في تلك التشريعات إظهار لمكانة الدين الإسلامي وتعبير عن التوافق بينها وبين المزاج الشعبي وعادات الناس وأعرافهم.

5- الأهمية قبل النص الدستوري وبعده، وقبل إصدار تشريعات مستمدة من الشريعة وبعدها، لضبط آليات تطبيقها من قضاة وأعضاء نيابة ومستويات إدارية على تنوعها، وتدريبها بما يزرع عنها كل صنوف صورة إعاقته لمسيرة التطبيق، ويجعل منها أدوات فاعلة ومعينة على الفهم الصحيح للنصوص والاجتهاد في إطار مصدرها الشرعي، فمهما أحكمت صياغة النصوص، فإن الخلاف يظهره تطبيقها في حالات لم تخطر على بال من صاغ كلمات النص، ويحول ما هو قطعي منها إلى محل للاجتهاد، مما يقتضي تدريب من سيطبقه عليه.

وأخيراً هذه جملة من الإشكاليات عرضناها، لا بقصد الفت من العضد، وإنما للتنبيه عليها، فأول خطوات النجاح تكون بالتعرف على كنه المشكلة وجوهرها، فهذا أكبر معين على معالجتها وتلافي استفحالها أو وقوعها مستقبلاً، وهذا ما طمحنا إليه في هذا البحث.

¹ عوض محمد عوض، ص 14.

ثبت المصادر

أولا- الكتب والمقالات:

- إبراهيم دعيح الصباح، الشرعية الإسلامية والشرعية الدستورية، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2000م.
- أحمد الخالدي، الإسلام في مشروع الدستور وطبيعة الدولة في التنظيم السياسي، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، رام الله، 2000م.
- امحمد معمر الرازي، الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وجهان لعملة واحدة، مجلة القانون، تصدر عن كلية القانون بجامعة طرابلس- ليبيا، العدد السادس، 2016-2017م.
- باسم صبيح بشناق ومحمد رفيق الشوبكي، دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني وأثره في تنظيم وعمل السلطة القضائية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، غزة، المجلد 24، العدد 1، 2016م.
- باقر شريف القرشي، النظام السياسي في الإسلام، دار التعارف، بيروت، ط2، 1978م.
- توفيق عبد العزيز السديري، الإسلام والدستور، وكالة المطبوعات والبحث العلمي بوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، السعودية، ط1، 1425هـ.
- جمال الخطيب، مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع في الإطار الدستوري، منشور ضمن كتاب الدين وحقوق الإنسان في الدساتير: تجارب مقارنة، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، رام الله، 2012م.
- سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1986م.
- صالح بن الطيب محسن، النص على مكانة للتشريع في الدستور (إشكاليات وحلول)، مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث، الرباط، 2017م.
- عادل عمر شريف، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى إمكانية اعتبار هذه المبادئ مرجعا للرقابة الدستورية، مجلة الحق، تصدر عن اتحاد المحامين العرب، دمشق، 1989م.
- عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، منشأ المعارف، الإسكندرية، ط1.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2.
- عزيز كايد، قراءة في مشروع الدستور الفلسطيني المؤقت، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، رام الله، 2000م.
- علي بدوي، أبحاث في أصول الشرائع، مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، السنة 5، العددان 1-2، يناير وفبراير 1935م.

- علي حسين نجيدة، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م، ص33 وما بعدها، ولينة ماجد، حول المادة الثانية من دستور 1971م.
- عوض محمد عوض، مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع، مجلة دراسات قانونية، تصدرها اللجنة الثقافية بكلية الحقوق بالجامعة الليبية، بنغازي، المجلد الثالث، يونيو 1973م.
- فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، دار النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2003م.
- فتحي فكري، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة في دستور 1971م، مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة الكويت، السنة 18، العدد 4، 1994م.
- مجدي حافظ، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، دار محمود للنشر والتوزيع والمكتبة القانونية للنشر، القاهرة، 2008م.
- محمد بن جرير، أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1422هـ، 2001م.
- محمد شلبي، تطبيق الشريعة الإسلامية بين المؤيدين والمعارضين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980م.
- محمد عبد الظاهر حسين، الفقه الإسلامي المصدر الرئيسي للتشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
- محمد عبد المحسن المقاطع، عن دور الدساتير في تحديد هوية الأفراد والمجتمع، مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة الكويت، السنة 12، العدد 3، 1988م.
- مصطفى مصباح دبارة، وضع الشريعة في الدستور الليبي المرتقب، مجلة القانون، تصدر عن كلية القانون بجامعة طرابلس- ليبيا، العدد 6، 2016-2017م.
- نبيل عبد الفتاح، النخبة والثورة والدولة والإسلام السياسي والقومية الليبرالية، دار العين، القاهرة، 2013م.
- نوار بدير وعاصم خليل، الإشارة إلى الإسلام والشريعة في الوثائق الدستورية وأثر ذلك على الحرية الدينية "دراسة مقارنة"، ورقة قدمت إلى مؤتمر الدين والدولة الذي عقدته بكلية الحقوق بجامعة هارفرد المنظمة العربية للقانون الدستوري والجمعية التونسية للقانون الدستوري بالتعاون مع برنامج الدراسات القانونية الإسلامية تحت عنوان "القانون والتغيير المجتمعي"، ونشرت في الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري الصادر سنة 2019م.

ثانيا- المواقع الإلكترونية:

- الشريعة الإسلامية-ودستور-ليبيا/ <https://legal-agenda.com> / مقال لعادل عبد الحفيظ كندير نشر في 2013/11/70م.



- عمر أبو القاسم الككلي، النص على العلمانية أو الدين في الدستور، مقال منشور بجريدة الوسط في 13 ديسمبر 2020م، <http://alwasat.ly/news/opinions/304174?author=1>
- سمير عبد السيد تناغو، مقال بعنوان المادة الثانية من الدستور المصري (اعتبار الشريعة المصدر الرئيس للتشريع) نشر في 08/مايو/2007م
 - <http://droitcivil.over-blog.com/article-6582344.html> -
 - <http://www.midanmasr.com/article.aspx?ArticleID=247>
 - <https://www.turkpress.co/node/7131>
 - [-https://td.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/161/CHAD-2018-IRF-ARA-FINAL.pdf](https://td.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/161/CHAD-2018-IRF-ARA-FINAL.pdf)
 - [https://almoslim.net/node/159852-](https://almoslim.net/node/159852)
- حامد الجمل، مقال بعنوان "مخاوف الأقباط وهمية"، منشور على موقع مؤسسة الأهرام، بتاريخ 11/04/2011م، <http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx>
- طارق البشري، مقال حول المادة الثانية من الدستور، منشور على موقع شبكة المحامين العرب، <http://www.mohamoon.com/montada>
- [305293.Html](http://www.hespress.com/305293) هل-تعلم-أنه-توجد-15-دولة-علمانية-دستوريا
- <https://www.hespress.com/>
 - <https://mjp.univ-perp.fr/constit/kp2009.htm>

ثالثا- أحكام المحاكم:

- مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا (المصرية)، دعوى رقم 20، لسنة 1 ق دستورية، جلسة 04/05/1985م، ج3، ص209، قاعدة رقم 20.
- 2- حكم المحكمة الدستورية العليا (المصرية) الصادر في 04/05/1985م في الدعوى رقم 20 لسنة 1 ق.
- 3- حكم المحكمة الدستورية العليا (المصرية) رقم 7 لسنة 9 ق المنشور في العدد 20 من الجريدة الرسمية (المصرية) الصادر في 16 مايو 1985م، ص997-998.

اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع بين صياغة النص وأثار التطبيق

Considering Islamic Sharia as a source of legislation of the text and the effect of application

أ. د. علي أحمد شكورفو

أستاذ دكتور بقسم القانون الخاص بكلية القانون

جامعة مصراته – مصراته (ليبيا)

dr.ali.ahmed.ali.57@gmail.com

الملخص:

إن المشرع الليبي كغيره من المشرعين العرب تبني مبدأ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، حيث نص الدستور الليبي 1951م والوثائق الدستورية المتعاقبة على هذا المبدأ. تدور هذه الورقة حول مدى فاعلية النص على هذا المبدأ على التشريعات، وهل حقق النص بناءً على هذا المبدأ الهدف من النص عليه بأن أصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في ليبيا؟ حيث تم من خلال المنهج العلمي التحليلي للنصوص المتعلقة باعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في كل من المواثيق الدستورية والقانون المدني، ومن خلال خطة بحثية ثنائية التقسيم تُسلط الضوء على هذا الموضوع وذلك من خلال مطلبين رئيسيين، حيث تناولنا في المطلب الأول: أساس اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع من خلال النصوص الدستورية والقانون المدني، حيث خصص فرع لكل منهما، وتناولنا في المطلب الثاني الآثار المترتبة على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، وبيان تلك الآثار على كل من التشريعات القائمة والمشرع والقضاء، حيث خصص لكل منها فرع مستقل.

وقد حاولنا في هذه الدراسة استعراض الآراء الفقهية والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع عند تحليلنا للنصوص القانونية ذات العلاقة المشار إليها أعلاه.

وقد خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات منها:

أولاً: النتائج.

- 1- إن هدف المشرع من النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع هو أن تكون كافة التشريعات منسجمة مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- 2- إن الألفاظ التي عبر بها المشرع عن هدفه وإن كانت دقيقة ومنصفة، إلا أنها أفرزت إشكاليات عديدة عند التطبيق.
- 3- إن النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع لا يعني إلغاء التنظيم القانوني السائد دفعة واحدة لما في ذلك من اضطراب للمجتمع، وما قد يخلقه من فراغ تشريعي.



ثانياً: التوصيات.

نوصي بأن يتبنى المشرع التطبيق التدريجي لأحكام الشريعة الإسلامية عن طريق العمل على حصر التشريعات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ودراستها من قبل لجان متخصصة والعمل على إيجاد تقنين يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، ومن ثم العمل على تعديل التشريعات السابقة أو إلغائها.

الكلمات المفتاحية:

الشريعة الإسلامية - المصدر - التشريع - المشرع - الصياغة - آثار.

Abstract:

The Libyan legislator like the other arab legislators adopted the principle of Islamic sharia as source of legislation [as the Libyan 1951, constitution].

This paper revolves around the effectiveness of the provision on this principle on legislation and whether the provision on this principle achieved the purpose of providing for the Islamic sharia to become a source of legislation in Libya?

Through the analytical scientific sharia as a source of legislation in both constitutional charters and civil law and through a bidivided research plan we highlighted this issue through two main demands where we addressed in this first demand the basis of considering Islamic sharia as source of legislation and civil low where we allocated a branch to each and addressed the second requirement the implication of considering Islamic sharia as a source of legislation and stating those effect on bothe existing legislation, legislator and judiciary each with an independent branch.

In this study we have tried to review the jurisprudential opinions and judicial judgment related to the subject when analyzing the relevant legal texts referred to above.

We have concluded through this study to several result and recommendation including.

First: The Result:

The Aim of the legislator to provide for the Islamic sharia to be a source of legislation is to have all legislation in accordance with the provisions of Islamic sharia!

The words expressed by the legislator and if they are accurate and fair they have produced many problems when applying!

The provision that Islamic sharia should be a source of legislation close not mean the abolition of the prevailing legal regulation at once because of the disruption to society and the legislative vacuum it may creat!

Second: Recommendation:

We recommend that the legislator adopt the progressive application of Islamic sharia by working to limit legislation that violates Islamic sharia and study it by specialized committees and work to define a legalization that derives their provisions from Islamic sharia and how work edited of repealed previous legislation.

Key words:

Islamic Sharia, source, legislation, legislator, drafting, effects

مقدمة:

الحمد لله ملء السماوات وملء الأرض وملء ما شاء من شيء بعد، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين.

أما بعد: فإن المشرع الليبي كغيره من المشرعين العرب⁽¹⁾، تبنى مبدأ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، حيث نص في دستور 1951م، والوثائق الدستورية المتعاقبة على هذا المبدأ، وإن كان بصياغات مختلفة، حيث عبر تارة بأن الدين الإسلامي دين الدولة، وتارة بأن أضاف إلى هذه العبارة عبارة الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع أو أن الشريعة الإسلامية مصدر التشريع أو أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع.

فهل حققت هذه الصياغات اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في التنظيم القانوني الليبي، أم أن وجودها والعدم سواء؟ هذا ما نحاول في هذه الورقة البحثية الإجابة عنه؟

وحيث إنه لكل بحث علمي منهج يسير عليه وخطة علمية يلتزم بها فإننا سنتناول هذا الموضوع من خلال المنهج العلمي التحليلي؛ حيث سنقوم بتحليل النصوص ذات العلاقة بالموضوع وما ثار بشأنها من آراء فقهية وأحكام قضائية في الفقه والقضاء الليبي والمقارن من خلال الخطة البحثية التالية:

المطلب الأول: أساس اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع.

الفرع الأول: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في النصوص الدستورية.

الفرع الثاني: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في القانون المدني.

المطلب الثاني: آثار النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع.

الفرع الأول: آثار النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع على التشريعات القائمة.

الفرع الثاني: آثار النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع على المشرع.

الفرع الثالث: آثار النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع على القضاة.

خاتمة تتضمن النتائج والتوصيات.

ونأمل أن يكون في هذا معيناً على الوصول إلى الهدف، فإن الكمال لله وحده، وهو الذي نسأله تعالى، أن يكمل الجهود بالنجاح والمسعى بالتوفيق.

(1) مثل الدستور المصري لسنة 1971 حيث نصت المادة الثانية منه على أن الإسلام هو دين الدولة، والدستور العراقي لسنة 2005م حيث نصت المادة الثانية منه على أن الإسلام دين الدولة الرسمي، والدستور الأردني لسنة 1952م في مادته الثانية، والدستور التونسي لسنة 1976م في مادته الأولى، دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971م في مادته السابعة، والدستور البحريني لسنة 1973م في مادته الثانية، وكذلك الدستور القطري لسنة 1972م في مادته الأولى.

المطلب الأول

أساس اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع

إن أساس اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع يجد أساسه في نصوص الدستور الليبي الأول الصادر في 7 أكتوبر 1951م والوثائق الدستورية المتعاقبة التالية له، وأكدها القانون المدني الصادر في عام 1954م وتعديله بالقانون 6 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون المدني، فما منهج كل منهم في ذلك؟ هذا ما نبينه تباعاً في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في النصوص الدستورية

اتجهت نصوص الدستور الليبي عام 1951م والوثائق الدستورية المتعاقبة بشأن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: تبني النص على الهوية الإسلامية للمجتمع الليبي دون النص على أن الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع ويمثله الدستور الليبي 1951م، حيث جاء في نص المادة 5 منه على أن "الإسلام دين الدولة"، والإعلان الدستوري الصادر في 11/12/1969م حيث نصت المادة 1/2 على أن "الإسلام دين الدولة".

الاتجاه الثاني: ونص على أن "الدين الإسلامي دين الدولة والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" ويمثله الإعلان الدستوري الصادر في 3/8/2011م حيث نص في مادته الأولى على أن "ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة الشعب فيها مصدر السلطات عاصمتها طرابلس ودينها الإسلام والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع..." ومشروع الدستور الليبي الذي أعدته الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الذي صدر في 29/7/2017م ولم يتم الاستفتاء عليه بعد؛ حيث نص في مادته السادسة على أن "الإسلام دين الدولة والشريعة الإسلامية مصدر التشريع". أما الاتجاه الثالث: والذي يمثله إعلان قيام سلطة الشعب الصادر في 2/3/1977م حيث نصت الفقرة الثانية منه على أن "القرآن الكريم شريعة المجتمع في الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية"⁽¹⁾.

لكن هل حققت صياغة هذه النصوص الغاية المرجوة منها بجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع؟ هذا ما نتناول الإجابة عنه من خلال مواقف هذه الوثائق الدستورية من خلال تقسيمها إلى مجموعتين رئيسيتين، بحسب تبنيها للهوية الإسلامية، وبحسب نصها على أن الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع. أولاً- من حيث النص على أن الدين الإسلامي دين الدولة:

يثار التساؤل حول تعبير الدين الإسلامي دين الدولة الوارد في النصوص الدستورية - حسبما أوضحنا سابقاً - ومدى إحداه أثره في اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع⁽²⁾.

إن المتتبع لأحكام القضاء والفقهاء يجد أن هذه المسألة يتجاذبها اتجاهان: اتجاه يتبنى أن عبارة الدين الإسلامي دين الدولة تعنى تأثير الدين في التشريع، واتجاه يتبنى عدم تأثيره، وهذا ما نبينه في التالي:

(1) لقد أثار هذا الإعلان جدلاً فقهيًا كبيراً حول مدى وصفه بالصفة الدستورية حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى وصفه بالدستورية ومنهم د. عبد الرضا حسين الطعان، التنظيم الدستوري في ليبيا، ج1، ط2، 1995م جامعة قاريونس (بنغازي)، د. سالم عبد الرحمن عميض، المدخل إلى علم القانون، دراسة في نظريتي القانون والحق، ط1، 1991م، جامعة الجبل الغربي، وهناك من ذهب إلى نفي هذه الصفة عنه ومنهم د. صبيح مسكوني، مفهوم الإدارة الشعبية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، م8، 9، 1979م، د. عبد السلام علي المزوعي، النظرية العامة للقانون، ك1، المدخل لعلم القانون، ج1، نظرية القانون، ط1، 1986م، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس.

(2) كما بينا سابقاً فإن الدستور الليبي الصادر عام 1951م هو ما تبني أن الدين الإسلامي دين الدولة على خلاف غيره من الوثائق الدستورية التي تبنت الدين الإسلامي دين الدولة وأن الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع.

1 - الاتجاه الذاهب إلى إحداث الأثر:

يذهب هذا الاتجاه إلى أنه في ظل هذا النص الدستوري يجب على المشرع أن يراعي عند إصداره للتشريعات انسجامها مع مقاصد وضوابط الشريعة الإسلامية، ويجب أن تكون التشريعات غير مخالفة لها، وهو ما لمسناه في أحد أحكام المحكمة العليا حيث جاء فيه "حيث إن دستور هذه البلاد ينص على أن دين الدولة هو الإسلام كما جاء ذلك في الإعلان الدستوري القائم⁽¹⁾ في المادة الثانية منه "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية"، وأوضح هذا النص الدستوري أن الغرض الأساسي هو جعل البلاد مصطبغة بالصبغة الإسلامية، وتسير في حياتها ونظامها الاجتماعي وفق الأسس والخطط العريضة التي خطها الإسلام لحياة الأمة الإسلامية؛ لتكون كلمة الله هي العليا، وقد أكدت ذلك السلطات العليا، حيث حرصت وأعلنت أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع"⁽²⁾.

وهو ما أكدته هذه المحكمة بعد صدور إعلان قيام سلطة الشعب في 1977/3/2م حيث جاء في أحد أحكامها "أن النص في إعلان قيام سلطة الشعب بأن القرآن الكريم هو شريعة المجتمع كما هو موجه إلى الكافة موجه على وجه الخصوص إلى المشرع، فأحكام شريعة المجتمع لا تكتسب قوة الإلزام التي تحظى به قواعد القانون في المحاكم إلا إذا تدخل المشرع فقنتها.

وحيثما تدعو الحاجة إلى سن تشريع جديد يتعين على المشرع ابتداءً من صدور الإعلان أن يستمد أحكامه من شريعة المجتمع"⁽³⁾.

وهو ما يؤكد جانب من الفقه الليبي حيث يذهب إلى عدم مخالفة القوانين لهذا النص الدستوري، وإلا عدت خارقة له، ولا يشترط أن تكون القوانين مطابقة لهذا النص"⁽⁴⁾.

2 - الاتجاه الذاهب إلى رفض إحداث الأثر:

يذهب أنصار هذا الاتجاه⁽⁵⁾ إلى أن النص في الدستور على أن الإسلام دين الدولة لا يلزم المشرع في شيء، حيث إن النص بهذه الصيغة لا أثر له وليس له دلالة سوى بيان أن الدولة ليست علمانية، وأنها تعترف بالدين الإسلامي ديناً للشعب، ومن ثم فإن هذا النص الدستوري لا يعني إلزام المشرع بأن يجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريعات.

ثانياً- من حيث النص على أن الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع:

لقد عبر المشرع في الإعلان الدستوري الصادر عام 2011م بشأن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع بعبارة "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" وعبر عن ذلك في مشروع الدستور 2017م بعبارة "الشريعة الإسلامية مصدر التشريع" فهل لهذه الصياغات تأثير على مصداقية الشريعة الإسلامية للتشريع؟ قبل الإجابة عن هذا السؤال لا بد لنا من تحليل عبارة الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، حيث إن الألفاظ المكونة لها تحتمل أكثر من معنى، فماذا يقصد بالشريعة الإسلامية؟ وماذا يعني المصدر؟ وأي أنواع التشريع الذي تكون الشريعة الإسلامية مصدراً له؟

(1) يقصد بذلك الإعلان الدستوري الصادر في 11 ديسمبر 1969م.

(2) عمر عمرو، المجموعة المفهومة لكافة المبادئ الدستورية والإدارية والانتخابية والشرعية والجناحية والمدنية التي قررتتها المحكمة العليا بالجمهورية العربية الليبية في عشر سنوات 1964-1974م، ج3، المبادئ الجناحية، طعن جنائي 19/70 في جلسة 1976/3/6م، دار مكتبة النور، طرابلس، 1975م، ص169، 170.

(3) طعن مدني 36/3 في جلسة 1990/12/2م مجلة المحكمة العليا ع1، 2، 25 أكتوبر 1988م يناير 1989م، ص139، 140.

(4) د. عادل عمر شريف، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى إمكان اعتبار هذه المبادئ مرجعاً للرقابة الدستورية، بحث منشور في مجلة المحامي نقابة المحامين العددان 31، 32 س8 يوليو ديسمبر 1990م، ص52.

(5) د. عوض محمد عوض، مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، 3م، 3، 1973م، ص11، 12.

1 - المقصود بالشريعة الإسلامية:

لقد اختلف الفقه في مفهوم عبارة الشريعة الإسلامية الواردة في النصوص الدستورية على النحو التالي⁽¹⁾:
أ - ذهب اتجاه في الفقه إلى القول بأن المقصود بالشريعة الإسلامية في النصوص الدستورية هو مجموعة النصوص الواردة في الكتاب والسنة، وإذا تبين عدم وجود حكم فيها يكون للمشرع الرجوع إلى المصادر الاجتهادية الأخرى، ومن ثم فإن الشريعة الإسلامية لا تستغرق مصادر التشريع، ولكنها تتقدمها فقط باعتبارها المصدر الرئيس.
ب - وذهب اتجاه آخر إلى أن المقصود بالشريعة الإسلامية في النصوص الدستورية هو الفقه الإسلامي لما يشكله من ثراء أمام محدودية النصوص، وما الفقه إلا آراء مبنية ومستمدة من النصوص.
ج - وذهب اتجاه ثالث⁽²⁾ إلى القول بأنه يقصد بالشريعة الإسلامية في النصوص الدستورية النظام القانوني المبني على النص والاجتهاد الذي تتسع أحكامه لكافة الوقائع، ويتناول كافة الجزئيات، ولا يكون مقتصرًا على الكليات. ويلاحظ أن حديثنا هنا لم يتطرق إلى النص الوارد في إعلان قيام سلطة الشعب الذي نص على أن القرآن الكريم شريعة المجتمع، حيث إن هذا النص لم يستعمل مصطلح الشريعة الإسلامية من جهة، وأنه حدد مصادر التشريع في مصدر وحيد وهو نصوص القرآن الكريم. فأى من هذه المعاني الثلاثة التي بينها يتبناه المشرع الليبي؟
2 - المقصود بالمصدر⁽³⁾:

من المستقر في الفقه القانوني أن للقاعدة القانونية مصدران، مصدر شكلي أو رسمي يتمثل في طريقة التعبير عن القاعدة القانونية، وهو ما يعطيها صفة الشرعية بما يضيفه عليها من إلزام، ومصدر موضوعي أو مادي وهو ما يقدم جوهر القاعدة القانونية، فأى المصدرين يقصده المشرع الليبي؟
3 - المقصود بالتشريع الذي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرًا له:

عندما قام المشرع المصري بتعديل المادة الثانية من الدستور بحيث أصبحت تنص على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع ثار خلاف فقهي حول المقصود بالتشريع الذي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرًا له.
فذهب اتجاه في الفقه⁽⁴⁾ إلى القول بأن المقصود بالتشريع هو التشريع العادي غير الدستوري وأن المشرع قصد إلزام المشرع العادي دون الدستوري بأن تكون الشريعة الإسلامية مصدره في التشريع.
وهذا ما وجد صداه في أحكام المحكمة العليا الدستورية حيث ذهبت إلى أن المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها أبانت بأن المشرع الدستوري أتى بقيد على السلطة التشريعية مفاده إلزامها عند وضع التشريعات باللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع⁽⁵⁾.
إلا أن هناك جانباً من الفقه⁽⁶⁾ يذهب إلى أن المقصود بالتشريع معناه الواسع حيث لا يقتصر على التشريع العادي وحده بل يشمل التشريع الأسامي "الدستور" فإلى أي من الاتجاهين يمكن أن يصنف اتجاه المشرع الليبي؟

(1) المرجع السابق، ص23.

(2) ينظر د. عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص21.

(3) المرجع السابق، ص16.

(4) د. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ط3، 1973م، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص21 وما بعدها، د. حسن كبره، المدخل إلى القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق ط6، 1993م، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص301.

(5) أحمد هندي، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية من أول أحكام المحكمة العليا عام 1971م حتى 1987/6/30م ط1، 1988م، دن، مبدأ رقم 345 ص197.

(6) د. فتحي فكري، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور 1971م منشور في مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت 4 ص18 1994م، ص279 وما بعدها.

بعد هذا البيان المختصر لتفسير الألفاظ الواردة في النصوص الدستورية في عبارة "الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع" نأتي إلى بيان الإجابة عن التساؤل الذي طرحناه حول تأثير صياغة النصوص الدستورية بعبارة المصدر الرئيسي للتشريع، ومصدر التشريع على إلزامية مصدرية الشريعة الإسلامية للتشريع.

يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى القول بأن اختلاف الصيغتين لا يؤثر في الإلزام التي تنشئ هذه العبارات للتشريع إذا لم ينص الدستور على مصدر آخر من المصادر.

وهناك من يرى⁽²⁾ أن مجرد تخصيص الشريعة الإسلامية بالنص يجعلها هي المصدر الرئيس الوحيد وأن غيرها من المصادر يأتي في مرتبة ثانية، والقول بغير ذلك يجعل هذا التخصيص لا معنى له.

ويذهب جانب آخر من الفقه⁽³⁾ إلى القول بأن هناك اختلاف بين الصيغتين من حيث إلزام المشرع فصيغة الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع تلزم المشرع بأن يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ولا يجوز له الأخذ من غيرها.

أما صيغة الشريعة الإسلامية مصدر رئيس فهي لا تلزمه بذلك، حيث يمكن للمشرع أن يأخذ من غيرها مع وجود حكم المسألة في الشريعة الإسلامية، والحديث عن الإلزام يقودنا إلى التطرق إلى معرفة درجة الإلزام في النصوص الدستورية التي تقضي بأن تكون الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، وفي هذا الصدد ينقسم الفقه إلى اتجاهين:

اتجاه يرى⁽⁴⁾ أن هذه النصوص الدستورية لا تعني سوى توجيه المشرع وجهة إسلامية وحثه على الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية كلما كان ذلك ممكناً، ولا تمنعه من اللجوء إلى مصادر أخرى، وهذا ما تبنته محكمة النقض المصرية حيث جاء في أحد أحكامها "لما كان ما نص عليه الدستور في المادة الثانية منه من أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع ليس واجب الأعمال بذاته وإنما هو دعوة للتسارع بأن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس فيما يشرعه من قوانين، ومن ثم فإن المناط في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية استجابة الشارع لدعوته وإفراغ مبادئها السمحاء في نصوص محددة منضبطة يلتزم القضاء بالحكم بمقتضاها"⁽⁵⁾.

واتجاه يذهب⁽⁶⁾ إلى أن هذه النصوص الدستورية لا تعني توجيه المشرع وإرشاده بل توجب عليه وتلزمه بعدم الالتجاء إلى غير الشريعة الإسلامية من المصادر لقدسية هذه النصوص وطبيعتها الدستورية.

فإلى أي من الاتجاهين ينحاز مشرعنا الليبي؟

ويلاحظ أن جانباً من الفقه⁽⁷⁾ يذهب في هذا المقام إلى أن النص الدستوري على أن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع أو مصدراً رئيسياً للتشريع لا يعني أن هذا النص واجب الأعمال بذاته، بل هو دعوة للمشرع إلى أن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريعات باستسقاء أحكامها معها مع بقاء التشريع المصدر الرسمي المنثني للقاعدة القانونية.

(1) المرجع السابق، ص 324 وما بعدها.

(2) د. عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 17.

(3) د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة ط 1985م، دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، ص 79.

(4) المرجع السابق نفسه، ص 77، 78.

(5) نقض مدني 51/2370 ق جلسة 23 يناير 1982م المدونة الذهبية للقواعد القانونية التي قررت محكمة النقض الإصدار المدني ع، 2، م، 2، ط 1984م، ص 1582.

(6) د. عادل عمر شريف، مرجع سابق، ص 55، 56، د. عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 25.

(7) د. حسام كامل الأهواني، أصول القانون، القاهرة 1988م د. ن. ص 189، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 1، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، ط 6، تنقيح د. حبيب إبراهيم الخليلي، القاهرة، 1987م، د. ن. ص 446، 447.

الفرع الثاني: الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في القانون المدني

تبنى المشرع في القانون المدني الصادر عام 1954 الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، حيث جاء في نص مادته الأولى تحت عنوان أصول القانون¹ - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

2 - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فيمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ القانوني الطبيعي وقواعد العدالة².

وبقي العمل بهذا النص منذ إصدار القانون إلى تاريخ 2016/1/19م، حيث قام المشرع بإصدار القانون رقم 6 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون المدني حيث هبت رياح التغيير على نصوص القانون المدني، وكان مما شملته بالتعديل نص المادة الأولى من القانون، حيث نص هذا القانون على تعديلها بالنص التالي:

"1 - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية"⁽¹⁾.

2 - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها المعتبرة.

3 - يعد من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطيعة القائمة على نص قطعي⁽²⁾ أو إجماع⁽³⁾ أو قياس جلي⁽⁴⁾ أو قاعدة فقهية⁽⁵⁾.

وقد أوجبت المادة الرابعة من القانون 6 لسنة 2016م العمل بهذا القانون من تاريخ صدوره وإلغاء كل حكم

يخالف ما ورد فيه؛ مما يعني إلغاء المادة الأولى من القانون المدني الصادر عام 1954م والعمل بنصها الوارد فيه.

وعليه يمكن القول بأن مصادر القاعدة القانونية في القانون المدني الليبي تكمن في النصوص التشريعية السائدة غير المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها المعتبرة التي حددها المشرع واعتبرها من النظام العام، ثم تلي ذلك أحكام الشريعة الإسلامية؛ حيث يتم الرجوع إليها عند عدم وجود نص يحكم المسألة في القانون المدني؛ باعتبارها مصدراً احتياطياً للقاعدة القانونية، فهي ينبوع الاجتهاد.

لكن ماذا لو لم يجد القاضي حكماً من أحكام الشريعة الإسلامية يحكم المسألة المعروضة عليه أمام تحديد

المشرع للمصدر الاحتياطي الوحيد المتمثل في أحكام الشريعة الإسلامية؟

أعتقد أنه يكون له الاجتهاد كما اجتهد الفقهاء الأسبقون بالاستعانة بتراثهم الفقهي، مراعيًا ظروف عصره،

مستعملاً وسائل الاجتهاد المعروفة من قياس واستحسان ومصالح مرسله واستصحاب وغيرها.

(1) نعتقد أن المشرع يقصد بأحكام الشريعة الإسلامية، الشريعة الإسلامية بمفهومها في النصوص الدستورية المشار إليه آنفاً لا الأحكام الشرعية بصيغة الجمع لعبارة الحكم الشرعي الذي يقصد به خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخبيراً أو دفعا، ينظر في مفهوم الحكم الشرعي، د. عبد المجيد محمود مطلوب، أصول الفقه والحكم وما يتعلق به 1985م، دار النهضة العربية، ص9 وما بعدها.

(2) نصوص القرآن الكريم جميعها قطعية الثبوت لكن منها ما هو قطعي الدلالة على الأحكام وما هو ظني، أما نصوص السنة النبوية فإنها ليست قطعية الثبوت كالقرآن فمنها ما هو قطعي الثبوت ومنها ما هو ظني، وكذلك من حيث دلالتها على الأحكام منها قطعي الدلالة ومنها ظني. ينظر د. زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، ط3، 1974م، منشورات جامعة بنغازي، كلية الحقوق، ص47، وما بعدها.

المشرع لم يحدد المقصود بالقطعي ما إذا كان من حيث الثبوت أو الدلالة أو من حيث الثبوت والدلالة معا ولا يوجد في النص ما يخصص ذلك.

(3) يقصد بالإجماع: اتفاق المجتهدين من أمة محمد - صلى الله عليه وسلم - بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي وله شروط فصلها الفقهاء ينظر د. عمر مولود عبد الحميد الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ص114 وما بعدها، د. زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص88 وما بعدها.

(4) يعرف القياس بأنه: إلحاق أمر لم يرد حكمه في الكتاب أو السنة أو الإجماع بأمر ورد حكمه في أحدهما لاشتراكهما في علة الحكم، د. زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص113، د. عبد المجيد محمود مطلوب، أصول الفقه الإسلامي، الأدلة الشرعية وما يتعلق بها من أحكام، 1984م، دار النهضة العربية، ص110.

(5) يقصد بالقاعدة الفقهية: "قضية كلية شرعية عملية يتعرف منها على أحكام جزئياتها"، ينظر سعاد أوهاب، المسائل المستثناة من القواعد الفقهية العامة وأسباب استثنائها، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1426هـ-2005م، ص36.

وأخيراً فإنه مما يحسب للمشرع الليبي أنه ابتعد عن التعصب المذهبي سواء في النصوص الدستورية أو في نص القانون المدني، فلم يتحيز لمذهب معين، بل جعل الأمر حراً حيث يتم الاجتهاد والانتقاء من الآراء بما يناسب العصر ويواكب التطور ويحقق مصلحة المجتمع، وهو ما يتفق مع ما عمل به أصحاب المذاهب أنفسهم⁽¹⁾، حيث إن اجتهادهم وآراءهم تشكل تراثاً ورصيداً فقهياً غير ملزم⁽²⁾، وهو بذلك يخرج عما كان قد تبناه عند إصداره العديد من التشريعات⁽³⁾.

المطلب الثاني

آثار اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع

إن النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع له آثار تنعكس على التشريعات القائمة وقت إصدار النص أولاً، وله آثار تنعكس على المشرع ثانياً، وآثار تنعكس على القضاء ثالثاً، وهذا ما نتناول بيانه في الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: أثر اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع على التشريعات القائمة

إن واقع التشريعات القائمة عند صدور النصوص باعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع يقتضي تقسيمها إلى ثلاثة أقسام⁽⁴⁾:

القسم الأول: تشريعات مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية مباشرة من خلال تقنين هذه الأحكام، مثل: قانون الأحوال الشخصية، وقانون الوقف، وقانون القصاص والدية، وتشريعات الحدود، ومثل هذا النوع من التشريعات لن يكون عرضة للمراجعة والتعديل كأثر لاعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع.

القسم الثاني: تشريعات لا تتعارض أحكامها مع أحكام الشريعة الإسلامية رغم أن أحكامها لم تستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وهي الغالب الأعم من التشريعات مثل: القانون المدني، والقانون التجاري، وقانون العقوبات، وقانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الإجراءات الجنائية فهذا النوع من التشريعات وإن كانت لا تستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن أغلب نصوصها لا تتعارض مع أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها، ومن ثم فإن المصادر غير الشرعية المأخوذة منها لا تكون سبباً لتعديلها أو إلغائها؛ لأن العبرة في ذلك هو تعارض أحكامها مع أحكام الشريعة الإسلامية لانتمائها لمصدر غير شرعي.

القسم الثالث: تشريعات تتعارض في أحكامها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهي قليلة، ويترتب على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع إلغائها أو تعديلها، مثل: النصوص المتعلقة بالربا، أو النصوص التي تتعلق بجرائم الحدود مثل: الزنا، وشرب الخمر.

ذلك أن النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع يصبح عديم الفائدة إذا لم يكن له تأثير على التشريعات التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، فلا بد من أن يكون هناك انعكاس لهذا النص على هذه

(1) ينظر د. عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، بحث فقهي مقارنة 1986م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ص 14، 15، محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ج 2، تاريخ المذاهب الفقهية، دت، دار الفكر العربي، ص 79، 80.

(2) د. عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 22.

(3) حيث أخذ بأرجح الأقوال في مذهب الإمام مالك كما في المادة 17 من القانون 29 لسنة 1962م، بإصدار قانون نظام القضاء، الجريدة الرسمية، عدد خاص س 12 / 11 ديسمبر 1962م. وأخذ أحياناً بالمشهور من مذهب الإمام مالك كما في المادة 47 من القانون رقم 124 لسنة 1972م بشأن أحكام الوقف، الموسوعة التشريعية الليبية.

وأخذ في أحيان أخرى بالإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون كما في المادة 7 من القانون 6 لسنة 1994م بشأن القصاص والدية، الجريدة الرسمية، ع 5، س 32، 1994م.

وأخذ أحياناً بالمشهور من أيسر المذاهب، كما في المادة الأولى من القانون 8 لسنة 1975م الجريدة الرسمية، ع 9، س 13، 1975م.

التشريعات؛ فكيف يكون هذا الانعكاس أو التأثير؟ وبمعنى آخر: هل يترتب على هذا النص سقوط هذه التشريعات والغاؤها مباشرة أم أن الأمر يقتضي تدخلاً من المشرع؟

لا شك أن المنطق السليم يوجب رفع التعارض بين النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع والتشريعات القائمة التي تتعارض أحكامها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأن إزالة هذا التعارض تقتضي تدخلاً من المشرع لتحقيق الانسجام والمواءمة بين النصوص التشريعية والنص الدستوري؛ ذلك أن القول بسقوط هذه التشريعات المتعارضة في أحكامها مع أحكام الشريعة الإسلامية بمجرد النص في الدستور على أن تكون الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع استبعده جانب من الفقه ولم يؤيده لأسباب عدة منها⁽¹⁾:

(1) ما ينتج عنه من فراغ يؤدي إلى اضطراب الحياة، وهذا ما لا يراد الوصول إليه.

(2) إن المشرع لم يبلغ هذه التشريعات صراحة ولا ضمناً.

كما أن القضاء لم يأخذ به، وهو ما يفهم من حكم المحكمة العليا الليبية الذي جاء فيه: "أن التشريعات السابقة لصدور إعلان قيام سلطة الشعب المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية كانت صحيحة وقت صدورها ولا سبيل لإلغائها إلا بأن تنشط المؤتمرات الشعبية الأساسية صاحبة السلطة في التشريع لأداء واجبها في التشريعات القائمة بما يرفع التعارض بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية.

وليس من المصلحة في شيء اعتبار التشريعات المخالفة لأحكام شريعة المجتمع ملغاة تلقائياً؛ لما يترتب على ذلك من نتائج عملية كالفراغ التشريعي، واضطراب المعاملات مع ما يستلزمه من إيجاد نظم وقواعد بديلة"⁽²⁾.

الفرع الثاني: أثر اعتبار الشريعة مصدراً للتشريع على المشرع

إن النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع يلزم المشرع عند تقريره إصدار أي تشريع جديد أن يراعي عند سنه وصياغته لهذا التشريع أحكام الشريعة الإسلامية؛ ليستلهم منها نصوص هذا القانون.

ويعني ذلك أن النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع يحدث أثراً في التشريعات اللاحقة لصدوره، يتمثل في عدم مخالفة هذه التشريعات لأحكام الشريعة الإسلامية، وإنما إذا لم تراعى ذلك تكون مشوبة بعيب مخالفة الدستور؛ مما يستوجب الطعن عليها بعدم الدستورية؛ لأن المشرع حين إصدارها لم يلتزم بالنص الدستوري الموجب للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ونهل القواعد القانونية من أحكامها⁽³⁾.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا، حيث جاء في أحد أحكامها "أن أحكام شريعة المجتمع لا تكتسب قوة الإلزام الذي تحظى به قواعد القانون في المحاكم إلا إذا تدخل المشرع وقتها.

وأنه حينما تدعو الحاجة إلى سن تشريع جديد يتعين على المشرع ابتداءً من صدور الإعلان أن يستمد أحكامه من شريعة المجتمع وهو القرآن الكريم"⁽⁴⁾.

فالنص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، وإن كان لا يحدث أثراً مباشراً في التشريعات السابقة إلا أنه يوجب على المشرع مهمة إزالة أية مخالفة فيها لأحكام الشريعة الإسلامية؛ من أجل تحقيق الانسجام بين هذه التشريعات والأخذ باعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، وهذا ما يفرض عليه القيام بمراجعتها وتعديلها بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية.

(1) د. عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص 21-22، د. عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها.

(2) طعن مدني 36/3 في جلسة 1990/12/2م مجلة المحكمة العليا ع 1، 2، 25 أكتوبر 1988م يناير 1989م ص 139، 140، وفي نفس المعنى د. أحمد هبة، مرجع سابق، المبدأ 221 ص 133، 134.

(3) د. عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 26، د. عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص 22.

(4) طعن مدني 36/3 سبق الإشارة إليه، وفي نفس المعنى د. أحمد هبة، مرجع سابق، ص 139.

كما يوجب عليه عندما تدعوه الحاجة إلى إصدار تشريع جديد لاحق - بعد صدور النص باعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع - مراعاة أن تكون هذه التشريعات مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، حيث إن النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع يوجب عليه عدم إصدار أي تشريع مستقبلي مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية.

والواقع إن المتتبع لحركة التشريع في ليبيا يجد أن المشرع سعياً منه لتحقيق الانسجام بين النص على اعتبار الشريعة مصدراً للتشريع والتشريعات القائمة السابقة لصدوره، أصدر العديد من التشريعات منها على سبيل المثال:

القانون رقم 74 لسنة 1972م بشأن تحريم ربا النسينة في المعاملات المدنية والتجارية بين الأشخاص الطبيعيين، والقانون رقم 86 لسنة 1972م بشأن تحريم بعض عقود الغرر في القانون المدني وتعديل بعض أحكامه بما يتفق والشريعة الإسلامية، والقانون 70 لسنة 1973م في شأن إقامة حد الزنا، وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات. وبالرغم من ذلك فإن دوره لازال محدوداً، حيث لازال العمل مستمراً بالعديد من التشريعات السابقة التي تخالف في ثناياها أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإنه يمكن القول بأن بقاء هذه التشريعات في دائرة الأعمال رغم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية؛ يرجع لعدم وجود ما يمنع ذلك قانوناً، بل إن القانون نفسه أعطاهم صلاحية البقاء لامتناع الطعن فيها بعدم الدستورية، حيث إن مناط الطعن هو مخالفة التشريع للدستور وقت صدوره، وهو ما لا يتحقق في التشريعات السابقة لصدوره⁽¹⁾، فهل يقف القضاء مكتوف الأيدي أم أن له دوراً في ذلك؟ هذا ما نبينه في الفقرة التالية:

الفرع الثالث: أثر اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع على القضاء

بادئ ذي بدء لا بد من الإشارة في هذا المقام إلى أن هناك جانباً من الفقه⁽²⁾ يذهب إلى إعطاء القضاء دوراً فيما يتعلق بإعمال الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في التشريعات القائمة وقت صدور النص الدستوري باعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع حيث لا يسلم بالمسؤولية السياسية⁽³⁾ للمشرع عند امتناعه أو تقاعسه عن التدخل لتحقيق الانسجام بين النص الدستوري والتشريعات القائمة، ويرى أنه يجوز الطعن بعدم دستورية هذه التشريعات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية رغم نفاذها، وهو بذلك يمنح للقضاء دوراً في تحقيق الانسجام بين التشريعات السابقة للنص الدستوري والنص الدستوري نفسه، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو هل يمكن للقاضي أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية عند وجود نص واجب التطبيق في التشريع مخالف لها⁽⁴⁾، أم أن هذه الأحكام غير قابلة للتنفيذ بذاتها ويجب أن يصوغها المشرع في تشريع؟

إن المتتبع والقارئ للوثائق الدستورية المتعاقبة في ليبيا يجدها متفقة على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، وأنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون وهذا ما تكشف عنه نصوصها وفقاً للتالي:

أ) نصت المادة 17 من دستور 1951م على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون".

ب) نصت المادة 31/أ من الإعلان الدستوري 1969م على أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون".

ج) نصت المادة 31 من الإعلان الدستوري 2012م على "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص...".

(1) د. عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص29.

(2) د. همام محمد محمود، د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، دار المعارف بالإسكندرية، دبت، ص53، 54.

(3) د. عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص29.

(4) أي تشريع سابق لوجود النص الدستوري، باعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع.

د) نص مشروع الدستور الليبي 2017م في المادة 62 على أنه ... لا جنائية ولا جنحة إلا بقانون، ولا عقوبة سالبة للحرية في المخالفات، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون...".

وعليه فإنه يمكن القول بأن أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالتجريم والعقاب لا يمكن أن تدخل حيز التطبيق العملي إلا من خلال قانون صادر عن السلطة التشريعية عملاً بما تقتضيه النصوص الدستورية سواء كانت هناك نصوص قانونية مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو لم تكن هناك نصوص قانونية تجرم الأفعال التي تجرمها أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

أما في نطاق القانون المدني فإن القانون المدني نفسه يلزم القاضي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع المعروض عليه إذا لم يكن هناك نص تشريعي يحكمه طبقاً لما وضعه القانون من ضوابط لإعمال أحكام الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة لفروع القانون الأخرى فإنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق النص التشريعي لكونه مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويركن إلى إعمال أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً للتشريع، كما نص عليها الدستور والوثائق الدستورية، سواء باعتبارها نصاً دستورياً أو أنها تعتبر في منزلة الدستور.

إلا أنه يجوز له في رأينا إذا تبين له أن النص اللازم للفصل في الدعوى مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي اعتبرها المشرع مصدراً للتشريع أن يوقف السير في الدعوى وإحالتها إلى المحكمة العليا طبقاً لنص المادة 1/23 من قانون المحكمة العليا⁽²⁾ للفصل في مسألة دستورية هذا النص، هذا إذا لم يدفع أيّاً من الخصوم بعدم دستورية النص، أما إذا تم الدفع بهذا الدفع أمامه من أحد الخصوم ورأى أنه دفع جدي فيوقف السير في الدعوى ويحدد لمن آثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا.

من كل ذلك يتضح أن وجود نص تشريعي مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية يقف حجر عثرة أمام القاضي في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإنه لا يمكن للقاضي إعمال أحكام الشريعة الإسلامية عند وجود ما يخالفها من قواعد قانونية.

بعد بيان أثر اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع على كل من التشريعات والمشرع والقضاء يدور سؤال في الذهن مؤداه: هل حققت النصوص التي تنص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع هدف المشرع بأن تكون كافة النصوص القانونية منسجمة مع قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية ولا تخالفها؟

يمكن القول أنه وإن كان المشرع قد تبني النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، وأنه كان منصفاً للشريعة الإسلامية ودقيقاً في تعبيره عما يهدف إليه كما يصفه بعض الفقهاء⁽³⁾، إلا أنه أفرز إشكاليات عند تطبيقه تكمن في غموض العبارات الواردة فيه، حيث إنها احتملت أكثر من تفسير - ومنها المصدر الرئيسي، أو مصدر رئيسي، والتشريع، والشريعة الإسلامية - حيث اجتهد الفقهاء والقضاء في إعطاء معانٍ متباينة فيما بينها لهذه العبارات والألفاظ، مما يعني أنها لم تتبلور بعد بشكل واضح، وهذا ما يعيق تطبيقها.

وأمام ذلك فإنه لا يمكن التسليم بأن نصاً يقضي باعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع يكون كفيلاً بإلغاء القوانين الوضعية، والنظام القانوني السائد في المجتمع دفعة واحدة، دون أن يكون هناك تنظيم قانوني بديل مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فذلك ما يخلق فراغاً تشريعياً، كما أن قلب النظام القانوني وإحلال نظم جديدة لم يتعود عليها الناس سيؤدي إلى اضطراب الحياة في المجتمع.

(1) في هذا المعنى، د. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، 1966م، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص44.

(2) القانون 6 لسنة 1982 بإعادة تنظيم المحكمة العليا، الجريدة الرسمية س20 ع22، ص754 وما بعدها.

(3) منصفاً للشريعة الإسلامية، حيث نظر إلى الشريعة بأنها مصدراً تستقي منه أحكام المعاملات وعلاقة المجتمع بغيره إلى جانب أنها عقيدة دينية، ودقيقاً في تعبيره حيث اختار من العبارات الدقيقة والمحددة في عمومته بنظر د. عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص14.

كما لا يمكن التسليم بأنه يجب على القضاة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وعدم تطبيق التشريعات المخالفة لها؛ لأن في ذلك تحميل للقضاء بأعباء بنو كاهلهم عن حملها، ولما قد يؤدي إليه ذلك من وجود أحكام قضائية متضاربة متناقضة لاختلاف وجهات نظر القضاة في استنباط الأحكام من الآراء الفقهية.

ولكن هل يعني ذلك أن الطريق مسدود في إعمال الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع؟

يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى أنه على المشرع في ضوء النص على أن الشريعة مصدراً للتشريع أن يعمل على التالي: أ) تقنين الأحكام القطعية الواردة في النصوص الواضحة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، أما النصوص التي تقبل التأويل واختلفت فيها آراء المجتهدين فإن على المشرع الموازنة بين الآراء المختلفة وما يراه واجب الاتباع وصياغته في شكل قاعدة قانونية ملزمة.

ب) أما ما لم يرد فيه نص خاص فيجهد المشرع فيه ويصوغ من الأحكام ما يراه مناسباً للمجتمع واضعاً نصب عينيه قواعد الشريعة الكلية ومبادئها العامة دون تعصب لمذهب أو عصر معين.

ج) وما لم يرد بشأنه قواعد أصولية يكون للمشرع الاجتهاد فيها بوضع ما يراه موافقاً لمصالح الناس وله أن يستمد قواعده من أي مصدر يراه.

لكن كيف يتسنى للمشرع القيام بذلك؟

نرى أن يسير المشرع في اتجاهين متوازيين على النحو التالي:

1. إنه ووفقاً للنصوص التي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع فإن المشرع ملزم بعدم إصدار أي قانون جديد لا يستلهم قواعده من قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية كأثر لوجود هذا النص.

2. أن ينتهج المشرع سياسية التدرج في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية حيث يُبقي العمل بالقوانين والنظم القانونية السائدة وإن كانت متعارضة أو مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وأن يبدأ وعلى وجه السرعة بحصر النصوص التشريعية المخالفة للشريعة الإسلامية وأن تعطى الأولوية للنصوص الأكثر شيوعاً في التطبيق، ومراجعتها بحسب ما لها من أهمية، ويتولى إلغاؤها أو تعديلها بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية.

ونرى أن سبيل تطبيق ذلك يتم على النحو التالي:

1. تشكيل لجنة عليا من المتخصصين في الفقهين الشرعي والقانوني لإعادة النظر في القوانين المعمول بها، تنبثق عنها لجان فرعية تكون تحت إشراف اللجنة العليا من حيث توجيهها ومراجعة أعمالها.

2. تكون اللجان الفرعية نوعية بمعنى أن كل لجنة تختص بمراجعة نوع معين من القوانين تتولى دراسة التشريعات القائمة في هذا النوع وحصرها فيها من مخالفات لأحكام الشريعة الإسلامية وتضع مشروعات لتعديل هذا النوع من القوانين تقوم بإحالتها للجنة العليا لمراجعتها وتقديمها للمشرع لإصدارها.

3. أن تأخذ هذه اللجان بما يصدر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا من أحكام تتعلق بعدم دستورية النصوص التشريعية والقوانين السائدة.

(1) د. عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 23 وما بعدها.

الخاتمة

هكذا نصل إلى نهاية هذه الورقة البحثية التي استخلصنا منها ما يلي:

أولاً - النتائج:

1. إن نص المشرع الليبي على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع أدخل الطمأنينة في قلوب المؤمنين وحمل البشرى إلى نفوس المتقين وروى ظمأ العطشى إلى العمل بأحكام الشريعة الإسلامية مؤكداً على الهوية الإسلامية للمجتمع الليبي.
2. إن هدف المشرع من اعتبار الشريعة مصدراً للتشريع يكمن في أن تكون كافة التشريعات متفقة ومنسجمة مع أحكام الشريعة الإسلامية.
3. إن الألفاظ التي عبر بها المشرع عن هدفه وإن كانت دقيقة ومنصفة إلا أنها أفرزت إشكاليات عند التطبيق بسبب الاختلافات الفقهية في تفسيرها ومعانيها مما شكل عائقاً أمام تحقيق هدف المشرع.
4. إن النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع لا يعني إلغاء التنظيم القانوني السائد دفعة واحدة لما في ذلك من اضطراب للمجتمع وما يخلقه من فراغ تشريعي.
5. إن النص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع لا يعني إلزام القضاء بالامتناع عن تطبيق ما يخالف الشريعة الإسلامية وتطبيق قواعدها؛ لما في ذلك من إرهاق لهم وتكليفهم بما لا يطيقون؛ ولما ينتج عنه من تضارب وتعارض في الأحكام لاختلافهم في استنباط الأحكام القضائية من القواعد والآراء الفقهية في المسألة الواحدة.

ثانياً- التوصيات:

نوصي المشرع - في محاولة لتقديم شيء ما يمكن أن يساهم في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية - بأن يتبنى التطبيق التدريجي لأحكام الشريعة الإسلامية بحيث يتم حصر التشريعات المخالفة لهذه الأحكام من خلال لجان متخصصة تعمل على دراستها بحسب أهميتها في التطبيق أولاً بأول، ومن ثم إيجاد تقنين يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية يصدر أولاً ويتم العمل به بعد تعديل التشريعات السابقة، أو إلغائها؛ حتى لا يكون هناك فراغاً تشريعياً، ولا تضارب الحياة في المجتمع بتطبيق نظم جديدة لم يألّف العمل بها.

ونأمل من الله العليّ القدير أن نكون بجهدنا هذا قدّمنا ما يفيد قارئاً ويعين مسؤولاً ويفتح لباحث آخر طريقاً وأسهمنا بتقديم شيء ضئيل لخدمة شريعتنا الإسلامية السمحة الغراء.

وفي الختام أسأل الله الكريم أن يتقبل منا هذا العمل المتواضع ويجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن يعفو عما سبق من زللي وخطئي وألا يجعل حظي منه الدعوى، إنه بالإجابة جدير، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة بأهم المراجع

أولاً - مراجع الفقه القانوني:

- د. عبد الرضا حسين الطعان، التنظيم الدستوري في ليبيا، الجزئين الأول والثاني، الطبعة الأولى، جامعة قار يونس، 1995م.
- د. سالم عبد الرحمن غميص، المدخل إلى علم القانون، دراسة في نظريتي القانون والحق، الطبعة الأولى، جامعة الجبل الغربي، 1991م.
- د. عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة للقانون، الكتاب الأول، المدخل لعلم القانون، الجزء الأول، القانون، الطبعة الأولى، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس، 1986م.
- د. حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، القاهرة، دون ناشر، 1988م.
- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المدخل للعلوم القانونية، وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، الطبعة السادسة، تنقيح د. حبيب إبراهيم الخليلي، دون ناشر، 1987م.
- د. عبد المجيد محمود مطلوب، أصول الفقه الإسلامي، الحكم وما يتعلق به، دار النهضة العربية، 1985م.
- د. - أصول الفقه الإسلامي، الأدلة التشريعية وما يتعلق بها من أحكام، دار النهضة العربية، 1984م.
- د. زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، منشورات جامعة بنغازي، كلية الحقوق، 1974م.
- محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، الجزء الثاني، تاريخ المذاهب الفقهية، دار الفكر العربي، دون تاريخ نشر.
- د. عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، بحث فقهي مقارنة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1986م.
- د. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1975م.
- د. حسن كبيره، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993م.
- د. همام محمد محمود، ود. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون تاريخ نشر.
- د. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1966م.
- د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة، 1985م، دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت.

ثانياً – الرسائل الجامعية:

- سعاد أوهاب، المسائل المستثناة من القواعد الفقهية العامة وأسباب استثنائها، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1426هـ - 2005م.

ثالثاً – البحوث والتعليقات:

- د. صبيح مسكوني، مفهوم الإدارة الشعبية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، الجامعة الليبية، المجلد الثامن، السنة التاسعة، 1979م.
- د. عادل عمر شريف، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى إمكانية اعتبار هذه المبادئ مرجعاً لرقابة الدستورية، مجلة المحامي (نقابة المحامين ليبيا) العددان 31، 32 السنة الثامنة يوليو – ديسمبر 1990م.
- د. عوض محمد عوض، مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، الجامعة الليبية، المجلد الثالث، السنة الثالثة، 1973م.
- د. فتحي فكري، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي، مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور 1971م مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الثامنة عشر.

رابعاً – المدونات القضائية:

- المجموعة المفهومة لكافة المبادئ الدستورية والإدارية والانتخابية والشرعية والجنائية والمدنية التي قررتها المحكمة العليا بالجمهورية العربية الليبية في عشر سنوات 1964-1974م، الجزء الثالث، المبادئ الجنائية، دار مكتبة النور طرابلس، 1975م، إعداد عمر عمرو.
- مجلة المحكمة العليا – منشورات المكتب الفني بالمحكمة العليا الليبية، العددان الأول والثاني، السنة 25 أكتوبر، 1988م، يناير، 1989م.
- المدونة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، الإصدار المدني، العدد الثاني، المجلد الثاني، طبعة 1984م.
- موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية من أول أحكام المحكمة العليا عام 1971م حتى 1987/6/30م الطبعة الأولى، دون ناشر، 1988م، إعداد أحمد هندي.

إشكالية الفراغ التشريعي النَّاجم عن التَّعاطي الدَّستوريّ
مع أحكام الشَّريعة الإسلاميّة
"قراءةٌ في بعض أفضية المحكمة العليا حول المسألة"

THE ISSUE OF THE ABSENCE OF LEGISLATION CAUSED BY THE CONSTITUTIONAL
ENGAGEMENT WITH THE PROVISIONS OF ISLAMIC LAW
"READING IN SOME SUPREME COURT CASES ON THE MATTER"

د. مصطفى إبراهيم العربي

أستاذ مشارك بقسم القانون الجنائي بكلية القانون

جامعة المرقب - الخمس (ليبيا)

mialarabi@elmergib.edu.ly

الملخص:

تعالج هذه الورقة إحدى الإشكاليات المهمة التي ترتبت على التعامل التشريعي مع أحكام الشريعة الإسلامية على المستوى الدستوري، وهي المتمثلة في الفراغ التشريعي الذي يواجهه القاضي في حالة عدم تقنين تلك الأحكام أو في حالة تقنينها وتصادم نصوص القانون معها. وقد حاول الباحث رصد الحلول المطروحة على مستوى التشريع والقضاء لمعالجة هذا الإشكال وتقييمها، ثمّ الإسهام في طرح الحلّ الملائم للمعالجة، وانحسرت خلاصة الرأى في ضرورة أن تكون معالجة هذا الفراغ بنوعيه بنصوص دستورية واضحة ومحددة تكفل منح القاضي سلطة مباشرة في إسقاط النصوص الشرعية قطعية الدلالة على الوقائع دون الحاجة إلى تقنينها أو إحالة الأمر إلى المحكمة العليا للحكم بعدم دستورية النصوص القانونية المخالفة لتلك النصوص في حالة التصادم.

الكلمات المفتاحية:

الفراغ التشريعي- النصوص الشرعية قطعية الدلالة- المحكمة العليا الليبية- الحدود- القصاص.

Abstract:

This Paper deals with one of the important issues that arise from the legislative dealings with the provisions of Islamic law at the constitutional level. The issue is the absence of legislation that the judge faces when these provisions of Islamic Law are either not codified or already codified, yet in conflict with the texts of law. The author tries to monitor and evaluate the solutions presented at the legislative and judicial levels for this issue, then contribute to proposing an appropriate solution. The proposal is to address the absence of legislation in both of its forms, with clear and specific constitutional texts. Such texts are supposed to ensure that the judge is granted direct authority to apply the Islamic definitive texts (Qateiya) to the facts, without the need to codify them or bring the matter to the Supreme Court to hold law texts that contradict Islamic definitive texts as unconstitutional.

Keywords: The absence of legislation - The Islamic definitive texts (Qateiya)- The Libyan Supreme Court - Hudood - Qisas.

مقدمة:

الحمد لله وكفي، وسلاماً على عباده الذين اصطفى، أما بعد: فإنه لما كان السواد الأعظم من الجمهور العربي يدين بدين الإسلام، فلازم ذلك أن تكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأسمى من مصادر التشريع في الدول العربية، ولأن المجتمعات العربية قد مرت بحقبة من الزمن انقطع فيها التواصل العلمي في المجال الشرعي؛ بسبب أزمات الحروب التي عاشتها والاستعمار الذي كبلها بقيود ثقافية وقانونية، أسهمت بشكل مباشر في إضعاف علاقة هذه المجتمعات بدينها. وإدراكاً من الكثير من الدول العربية لهذه الحقيقة فقد نفرت طائفة منها، مثل ليبيا والسودان واليمن والإمارات العربية المتحدة، لتجديد العهد بتطبيق هذه الأحكام من بعد أن كادت تزيع أنظمتها التشريعية عنها؛ بسبب تلك الحقبة من الحروب والاستعمار والأزمات. وهي في محاولتها الجادة نحو الرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لم تكتف بمحاولة تقنين تلك الأحكام، وإنما حاولت أن تبلغ بها المرتبة التي ينبغي أن تكون عليها في المنظومة التشريعية؛ فخصّصت نصوصاً في دساتيرها لتعتبرها المصدر الأساسي للتشريع فيها.

والحقيقة أن دور التشريع في السعي نحو تحقيق هذه الغاية لا يكفي بذاته ما لم يؤازره التطبيق العملي من قبل الهيئة القضائية للنصوص ذات العلاقة بأحكام الشريعة الإسلامية. ويحتل الدور الذي ينبغي أن تطالع به المحكمة العليا في هذا المجال الأهمية القصوى؛ باعتبارها ترتفع على هرم السلم القضائي؛ حيث أناط بها المشرع مهمة تفسير النصوص وإرساء المبادئ القانونية التي ينبغي أن تسير عليها المحاكم الأدنى درجة عند تطبيقها لتلك النصوص على الوقائع، علاوة على التزام الجهات كافة بتلك التفسيرات والمبادئ.

ولا شك أن هذه المحكمة قد واجهت الكثير من الإشكاليات على مستوى تطبيق نصوص الدستور في علاقته بالشريعة الإسلامية، وحاولت التصدي لها وإيجاد الحلول بشأنها انطلاقاً من وظيفتها ووفقاً لما رآته صواباً في هذا الشأن. ونظراً لأن أحكام الشريعة التي ينبغي تطبيقها تتصل بكل مجالات القانون، ولعل أكثر هذه المجالات أهمية في هذا الشأن المجال الجنائي وهو المتعلق بالدرجة الأولى بأحكام الحدود والقصاص؛ بالنظر لما ينطوي عليه تطبيق عقوبات الحدود والقصاص من خطورة تتصل بحياة الإنسان أو بدنه. ولهذا رأى الباحث أن يتناول بعض أحكام المحكمة العليا في شأن تفسير النصوص الدستورية ذات العلاقة بأحكام الشريعة الإسلامية. وما أسهم به هذا التفسير من فراغ تشريعي على مستوى التطبيق.

أهمية البحث في الموضوع:

كما هو معلوم فقد عُرض على المحكمة العليا الكثير من القضايا الدستورية ذات العلاقة بمنزلة أحكام الشريعة الإسلامية في المنظومة التشريعية، وقد فصلت فيها انطلاقاً من فهمها لهذه النصوص الدستورية ووفقاً لما استقر عليه وجدانها من مبادئ قانونية مهيمنة على عملية تطبيق القانون، كمبدأ الشرعية ومبدأ الفصل بين السلطات. ويمكن القول إن فصلها في هذه القضايا كان محصّله إما مناشدة المشرع أن يتدخل بتقنين الأحكام الشرعية؛ باعتبار أن الخطاب الدستوري بتطبيق أحكام الشريعة موجه له على وجه الخصوص وفقاً لوجهة نظرها، وإما الوقوف فقط عند الحكم بعدم دستورية النص القانوني المخالف للنص الشرعي في حالة التصادم، دون أن تبحث إمكانية استجلاب هذا النص الشرعي أو تلزم القضاء الأدنى بتطبيقه على الواقعة. وفي كلتا الحالتين واجه القضاء ولإزال يواجه فراغاً تشريعياً في مواجهة الوقائع التي لا تكاد تنتهي.

ولأنّ الأمر لا يتعلّق بتطبيق نصوصٍ قانونيةٍ صرفةً وتغليب بعضها على بعضٍ في حالة التّصادم، وإنّما له صلةٌ وثيقةٌ بتطبيق أحكام الشّريعة الإسلامية، فإنّ بحث هذا الأمر يكتسي أهميّةً رأى الباحث معها أن يخوض غماره في هذه الورقة، مستهدفاً محاولة تشخيص الفراغ التشريعيّ النّاجم عن التّعاطي مع نصوص الدّستور ذات العلاقة بأحكام الشّريعة الإسلامية دون إغفال مناقشة الحلول المطروحة للمعالجة.

إشكالية البحث:

تدور إشكالية البحث حول الفراغ القانوني الذي أفرزه التّعاطي التشريعي مع أحكام الشّريعة الإسلامية على مستوى الدّستور، فمن جهةٍ يُعتبر القضاء مُطالباً بالفصل في القضايا التي تُعرض عليه، وإلاّ أُعتبر منكرّاً للعدالة، ومن جهةٍ أخرى وتقيّداً بمبدأ الشّرعية الجنائية هو لا يستطيع أن يُسقط حكماً على واقعةٍ معيّنة ما لم يوجد نصٌّ يقنّن هذا الحكم، ولو كان مصدر هذا الحكم الشّريعة الإسلامية. فما مدى جدوى الحلول المطروحة لمعالجة هذا الإشكال؟ وما الحل الذي يمكن طرحه؟ خصوصاً إذا ما عرفنا - ولا بد أن نعرف - أن الحكم المنطبق على الواقعة قد يكون نصّاً من النّصوص الشّرعية قطعية الدّلالة؟ إذ القاضي في هذه الحالة قد لا تحوم حوله شبهة إنكار العدالة فحسب، وإنّما قد يُعتبر معطلاً لتطبيق حكمٍ شرعيّ قطعيّ الدّلالة. فالمسألة إذاً غايةً في الأهميّة والخطورة؛ لتعدّيها - في الكثير من الأحيان - الجانب المقاصديّ وتعلّقها بالجانب التّعديدي في مثل هذا النوع من الأحكام.

أهداف البحث:

يهدف الباحث من وراء خوض غمار هذا الموضوع إلى تحقيق بعض الغايات، لعلّ من أبرزها:

- الإسهام في محاولة إيجاد معالجةٍ تشريعيةٍ ملائمة لحلّ مشكلة الفراغ التشريعيّ النّاجم عن التّعاطي الدّستوري مع أحكام الشّريعة الإسلامية.
- إبراز المكانة التي ينبغي أن تكون عليها نصوص الشّريعة الإسلامية قطعية الدّلالة في المنظومة التشريعية، وأهميّة منح القاضي دوراً أوسع في تطبيقها؛ بحيث لا يتوقّف في تطبيقها على إحالة الأمر إلى المحكمة العليا؛ لتتظنر في مسألة مدى دستورية النّصوص المخالفة لأحكام الشّريعة، أو إلى دفع أحد الخصوم، وإنّما التّصدي المباشر لبحثها كلّما وجد في القضية المعروضة عليه اتّصلاً بها.

منهج البحث:

سيعتمد الباحث في بحث جوانب هذا الموضوع على المنهجين التحليلي والتّقدي، وذلك بتقييم الحلول المطروحة لمواجهة الإشكال، واقتراح الحلّ الأنسب لمعالجة هذا الإشكال إن أمكن.

خطة البحث:

البحث في هذا الموضوع سيتمّ من خلال محورين، يُخصّص الأول لبيان مظاهر الفراغ التشريعيّ النّاجم عن التّعاطي الدّستوري مع أحكام الشّريعة الإسلامية، ويُخصّص الآخر لبحث الحلول المطروحة والممكنة لمواجهة الإشكال.

المحور الأوّل - مظاهر الفراغ التشريعيّ النّاجم عن التّعاطي الدّستوري مع أحكام الشّريعة الإسلامية:

من خلال استعراض أفضية المحكمة العليا حول منزلة أحكام الشّريعة الإسلامية في المنظومة التشريعية يتبيّن أنّ لهذا الفراغ مظهرين: الأوّل يبدو جليّاً حينما لا يتدخّل المشرّع بتقنين أحكام الشّريعة الإسلامية المنطبقة على الواقعة، ويظهر الآخر بطريق الاستنباط من الحالة التي يتدخّل فيها المشرّع بتقنين تلك الأحكام ولكنّ تطبيقها يتصادم مع نصّ قانونيّ معيّن. وسنحاول من خلال الفقرتين الآتيتين استجلاء حقيقة هذين المظهرين.

أولاً - الفراغ التشريعيّ النّاجم عن التّعاطي الدّستوري مع أحكام الشّريعة الإسلامية في حالة عدم التقنين:

كما هو معلوم فإنّ الدول العربية في إطار محاولتها تلبية رغبة السّواد الأعظم من الجمهور العربي الذي يدين بدين الإسلام ويتعطّش لتطبيق أحكامه لتنظيم شؤون الحياة، تستخدم في دساتيرها لتحقيق هذه الرّغبة بعض العبارات الدالّة على منزلة الشّريعة الإسلامية في المنظومة التّشريعية. وصيغ هذه العبارات لا تخرج عن إحدى الصّيغ المشهورة أو ما في معناها، وهي: "الإسلام دين الدّولة"، "الشّريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتّشريع"، "الشّريعة الإسلامية مصدر التّشريع". والدول العربية في هذا الشّأن صنفان؛ صنفٌ يقصر الدّستور على النّصّ على العبارة الأولى "الإسلام دين الدّولة"، دون أن يضمّمها أية عبارة أخرى من العبارتين اللتين أشرنا إليهما أو ما في معناهما⁽¹⁾، وصنفٌ آخر يجمع في دستوره بين تلك العبارة وإحدى العبارتين المشار إليهما أو ما في معناهما⁽²⁾.

وسواءً اقتضت هذه الدول على استخدام العبارة الأولى أو أضافت إليها إحدى العبارات الأخرى، ورغم وضوح دلالة كلّ هذه العبارات على أنّ أحكام الشّريعة تتبوأ المكانة الأعلى في المنظومة التّشريعية أو هكذا يفترض أن يفهم منها إذا كان للغة العربية من وظيفة في هذا الشّأن، فإنّ واقع أكثر هذه الدّول يشير بوضوح إلى أنّ أقصى ما يمكن أن تدلّ عليه هذه العبارات هو إمّا التّعبير عن الهوية الإسلامية فقط ودون تطبيق أحكام الشّريعة الإسلامية في الكثير من المجالات، وهذا واضحٌ بالنّسبة للدول العربية من القسم الأول؛ إذ الإسلام هو فقط دين العقائد والشّعائر ولا يمتدّ إلى تنظيم العلاقات، وإمّا التّعبير عن اتّخاذ الشّريعة الإسلامية كمصدرٍ يستلهم منه المشرع أحكام القانون عند رغبته في تنظيم أمرٍ ما؛ أي دون أن تكون لها إلزاميّة في ذاتها، وهذا واضحٌ بالنّسبة للدول العربية من القسم الثاني⁽³⁾.

وفي ليبيا ومصر نجد القضاء يسير في الاتّجاه ذاته الذي تسير فيه دول القسم الثاني؛ فالمحكمة العليا الليبية وكذا محكمة النّقض المصرية تقرّان أنّ الخطاب في الدّستور والمتعلق بأحكام الشّريعة الإسلامية موجّهٌ إلى المشرّع وليس إلى القاضي؛ وذلك بأن ينشط هذا المشرّع ويقنّن أحكام هذه الشّريعة في قوالب قانونية؛ وإلّا ما استطاع القضاء تطبيقها؛ تقيداً بمبدأ الشّريعة ومبدأ الفصل بين السّلطات، واللذين يعينان أن يقتصر دور القضاء على مهمّة تطبيق القانون دون أن يتعدّاه إلى اشتراعه.

ففي حكمٍ قديمٍ شهيرٍ للمحكمة العليا الليبية تؤكّد على ذلك بقولها: "وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنّ إعلان سلطة الشعب... تضمّن مبدئين مهمّين، أولهما...، وثانيهما أنّ القرآن الكريم هو شريعة المجتمع، وهو خطابٌ كما هو موجّهٌ إلى الكافة موجّهٌ على وجه الخصوص إلى المشرّع، ولذلك فإنّ التّشريعات السّابقة على صدور هذا الإعلان لا سبيل إلى إلغائها إلّا بأن ينشط [المشرّع] صاحب السّلطة في التّشريع لأداء واجبه في تعديل التّشريعات القائمة بما يرفع التّعارض بينها وبين أحكام الشّريعة الإسلامية"⁽⁴⁾.

ويشير بوضوح أكثر من حكمٍ لمحكمة النّقض المصرية إلى سيرها في هذا الاتّجاه. ففي حكمٍ لها تقول: "النّصّ في المادة الثانية من الدّستور على أنّ الشّريعة الإسلامية المصدر الرئيسيّ للتّشريع هو بمثابة دعوى للشّارع بالتزام ذلك

(1) من هذه الدول على سبيل المثال تونس؛ حيث تنصّ المادة الأولى من دستور هذه الدولة لسنة 2014م، على أنّ: "تونس دولة حرّة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها".

(2) من هذه الدول على سبيل المثال: ليبيا ومصر ودولة الإمارات العربية المتّحدة. راجع نصّ المادة الأولى من الإعلان الدّستوري الليبي لسنة 2011م قبل تعديله سنة 2015م، والذي جاء فيه: "ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام، والشّريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتّشريع...". ونصّ المادة السادسة من مشروع الدّستور الليبي لسنة 2017م، والذي جاء فيه: "الإسلام دين الدّولة، والشّريعة الإسلامية مصدر التّشريع"، ونصّ المادة الثانية من الدّستور المصري لسنة 2014م، والذي جاء فيه: "الإسلام دين الدّولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشّريعة الإسلامية المصدر الرئيسيّ للتّشريع". ونصّ المادة السابعة من دستور دولة الإمارات العربية لسنة 1971م، والذي جاء فيه: "الإسلام هو الدّين الرّسمي للاتّحاد، والشّريعة الإسلامية مصدرٌ رئيسيٌّ للتّشريع فيه...". ونصّ المادة الثانية من الدّستور المصري لسنة 2014م، والذي جاء فيه: "الإسلام دين الدّولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشّريعة الإسلامية المصدر الرئيسيّ للتّشريع".

(3) راجع: عوض محمّد عوض، دراساتٌ في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر، ص2.

(4) طعنٌ دستوريّ رقم 39/197 ق، 3/11/1997م.

فيما يستنّه من قوانين، ومن ثمّ فإنّ تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية منوطٌ باستجابة الشارع لدعوى الدستور وإفراغ أحكامها في نصوصٍ تشريعيةٍ محدّدةٍ ومنضبطةٍ تنقلها إلى مجال التنفيذ⁽¹⁾.

وتقول في حكمٍ آخر أيضاً: "المناطق في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية استجابة الشارع لدعوته في إفراغ مبادئها السّماحة في نصوص القوانين التي يُلزم القضاء بإعمال أحكامها، بدءاً من التاريخ الذي تحدّده السّلمة الشّرعية لسريانها، والقول بغير ذلك يؤدّي إلى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية التي تتأبى مع حدود ولايته. ويؤكّد هذا النّظر أنّه لما كان الدستور المصري قد حدّد السّلمتات الدّستورية وأوضح اختصاص كلّ منها وكان الفصل بين السّلمتات هو قوام النّظام الدّستوري ممّا لازمه أنّه لا يجوز لإحداها أن تجاوز ما قرّره الدستور باعتباره القانون الأعلى، وكانت وظيفة السّلمة القضائية وفق أحكامه تطبيق القوانين السّارية، فإنّه يتعيّن عليها إعمال أحكامها، فضلاً عن ذلك فإنّ المادّة 191 من الدستور تنصّ على أنّ كلّ ما قرّره القوانين واللوائح من أحكامٍ قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً وناظراً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقرّرة في هذا الدستور. ومن ثمّ فإنّه لا مجال للتّحدّي بأحكام الشّريعة الإسلامية مادام أنّ السّلمة الدّشريعة لم تقنّ مبادئها في تشريعٍ وضعيٍّ"⁽²⁾.

وما يترتّب على هذا الموقف لقضاء النّقض في ليبيا ومصر والدول العربية التي تسير في هذا الاتّجاه من النّصوص الدّستورية ذات العلاقة بأحكام الشّريعة الإسلامية - كما هو واضح - هو عدم إمكانية تطبيق الحكم الشّرعّي من قبل القضاء الأدنى، ما لم يُقنّ المشرّع هذا الحكم. وهذا هو مظهر الفراغ التّشريعي الأوّل. والأمر يبدو أكثر حساسيّةً حينما يكون هذا الحكم من الأحكام الشّرعية الثابتة بنصوص قطعية الدّلالة، وهي التي لا تقبل مجالاً للتأويل أو التفسير أو التّعطيل⁽³⁾، وهو ما يجعل القضاء في موقفٍ أكثر حرجاً في مثل هذه الأحوال؛ إذ نكوله عن تطبيق هذا الحكم على الواقعة رغم وضوح انطباقه عليها قد يجعله مسهماً - ولو بقدرٍ - في تعطيل تطبيق حكمٍ شرعيٍّ واجب التطبيق.

ثانياً - الفراغ التّشريعيّ النّاجم عن التّعاطي الدّستوري مع أحكام الشّريعة الإسلامية في حالة التقنين: بعيداً عن الاختلاف الفقهيّ حول مسألة تقنين أحكام الشّريعة الإسلامية⁽⁴⁾: فإنّ الواقع قد يميل على المشرّع ضرورة التّدخل وتقنين تلك الأحكام؛ بسبب ضعف التّأهيل الشّرعّي للكثير من قضاة هذا العصر، وضعف القدرة أيضاً على الخوض في آراء الفقه الإسلامي ومذاهبه، الأمر الذي قد يجبر المشرّع على ضرورة تدوين أو تقنين الأحكام،

(1) محكمة النّقض المصرية، الطعن الجنائي رقم 85 / 12396، جلسة 14 / 12 / 2017م، منشورٌ على موقع المحكمة على شبكة المعلومات الدولية، ورابط الموقع هو:

(2) محكمة النّقض المصرية، الطعن التجاري رقم 77 / 5990، جلسة 10 / 5 / 2015م. منشورٌ على الموقع السابق الإشارة إليه. راجع أيضاً الطعن الجنائي رقم 86 / 25650، المنظور بجلّسة 13 / 5 / 2017م، والمنشور على الموقع ذاته.

(3) تُعرّف النّصوص القطعية الدّلالة بأنّها: "كلّ ما لا يرد عليه احتمالٌ، أو كلّ ما ورد عليه احتمالٌ ليس ناشئاً عن دليلٍ". وتُعرّف الظنّية بأنّها: "ما دلّت على عدّة معانٍ، أو التي تدلّ على معنًى ولكنّه يحتمل غيره". محمد معاذ مصطفى الخن، القطعيّ والظنّيّ في الثبوت والدّلالة عند الأصوليين، دار الكلم الطيّب، دمشق، سورية، ط1، 2007م، ص67. سعيد محمّد الجليدي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، بدون اسم ناشر ولا مكان نشر، 2019م، ص264. ومصادر هذه النصوص تتنوّع بين القرآن الكريم والسّنّة النبوية المطهّرة والإجماع. ومن الأحكام القطعية الثابتة بأيّ القرآن الكريم حكم قطع يد السارق الثابت بقوله تعالى: (وَ السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) [سورة المائدة، الآية 38]، ومن الأحكام القطعية الثابتة بالسّنّة حكم بيان موضع القطع في السرقة الحديثة، حيث بيّن السّنّة أنّه من رسغ اليد اليمنى. راجع: سعيد محمّد الجليدي، المرجع السابق، ص271. ومن الأحكام الثابتة بالإجماع اشتراط الحرز في السرقة الحديثة، وقد نقل هذا الإجماع ابن المنذر بقوله: "وقول عوام أهل العلم: أنّ القطع إنّما يجب على من سرق ما يجب فيه قطع اليد من حرزٍ". بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشيد الحفيد، تحقيق: محمد صبحي حسن خلّاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ط1، 1994م، ج4، ص404. الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر محمّد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د. أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكيّة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات، ط1، 2005م، ج7، ص201.

(4) راجع حول هذا الاختلاف: عبد الرّحمن بن سعد بن علي الشّثري، تقنين أحكام الشّريعة الإسلامية، دار الصّميعي للنّشر والتوزيع، السّعودية، ط1، 2007م، ص23 وما بعدها. فوزي سالم أوليطي، تقنين أحكام الشّريعة الإسلامية بين القبول والرّفص، مجلّة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة الزّيتونة، ع1، 2013م، ص171 وما بعدها.

ولكن مع التقيّد - بطبيعة الحال - بالضوابط والشروط التي أحاطها الفقه بعملية التّفنّن، والتي من بينها وضوح النّصّ وتحديد معنى المصطلح⁽¹⁾.

والواقع أنّ نصوص التّفنّن ذات العلاقة بأحكام الشّريعة الإسلامية في التّشريع الليبي قد أثارت العديد من الإشكاليات والتي أسهمت بشكلٍ أو بآخر في إرباك عمليّة التّطبيق، ورغم أهمّيّتها إلّا أنّ المقام يضيق عن بحثها، إضافةً إلى سبق بحث بعضها في مناسباتٍ سابقة⁽²⁾، ولعلّ من أبرز هذه الإشكاليّات اختلاف الحكم الذي يقرّره النّصّ القانوني للواقعة عن الحكم الذي تقرّره نصوص الشّريعة الإسلامية للواقعة ذاتها، الأمر الذي دفع قضاء النّقض وبموجب سلطته في أعمال الرّقابة على دستوريّة القوانين - ودون تردّدٍ - في الحكم بعدم دستوريّة نصوص القانون المخالفة.

ومن بين أقضية المحكمة العليا الليبية التي يُمكن أن يُشار إليها في هذا الشّأن قضاؤها بعدم دستورية المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425 ميلادية في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1369 ور (2001م) فيما تضمنه من جواز إثبات جرمي السرقة والحرابة بأية وسيلة إثباتٍ علمية؛ لمخالفة ذلك لما هو ثابتٌ في الشّريعة من قصور وسائل الإثبات في جرمي السرقة والحرابة المُعاقب عليها حدًّا على الإقرار في مجلس القضاء والشّهادة، حيث قالت: "وحيث إنّ القرآن الكريم شريعة المجتمع وفقاً لما نصّت عليه التّشريعات ذات الطّابع الدّستوري، وأنّ السّنّة النبوية الثّابتة مُفسّرةً للقرآن ومتمّمةٌ له؛ لقوله تعالى: ﴿بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [سورة النحل، الآية 44]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ [سورة النجم، الآيتان 3، 4]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [سورة الحشر، الآية 7]، بما تكون معه أحكام القرآن الكريم والسّنّة النبوية المُجمع على ثبوتها عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- من القواعد الدّستورية التي يجب أن تصدر كافّة التّشريعات موافقةً لها، فإن خرجت عليها اتّسمت بعدم الدّستورية. لما كان ذلك وكان جمهور فقهاء المسلمين قد أجمعوا على أنّ السرقة والحرابة المُعاقب عليها حدًّا لا تثبتان إلّا بالإقرار في مجلس القضاء أو بالبينة وهي شهادة رجلين عدلين وفقاً لهذين المصدرين (القرآن والسّنّة)، وكان القانون رقم 10 لسنة 1369 ور بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 1425م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة ينصّ في المادة التاسعة منه على أنّه: (تثبت جريمة السرقة والحرابة المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون باعتراف الجاني بمرحلة التّحقيق أو المحاكمة أو بالشّهادة أو بأية وسيلة إثباتٍ علمية)، وبذلك يكون قد خرج عن مبادئ الشّريعة الإسلامية المُستقاة من القرآن والسّنّة في عدم جواز إثبات

(1) راجع حول هذه الضّوابط: محمد عبد اللطيف رجب عبد العاطي، تفنّن أحكام الشّريعة الإسلامية ضرورةً عصريّةً، بحثٌ مقدّمٌ لندوة القضاء الشرعيّ في العصر الحاضر: الواقع والأمال، الذي انعقد بكلية الشّريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، في الفترة 11 - 13 / 4 / 2006م، ص22 وما بعدها. عزّ الدين كحيل، وعبد المجيد بو كركب، تفنّن الأحكام الشرعيّة ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمّد خيضر بسكرة، ع37/36، نوفمبر 2014، ص240 وما بعدها.

(2) من هذه الإشكاليات: عدم تحديد المقصود بالمصطلحات الواردة في التّشريعات ذات العلاقة بأحكام الشّريعة الإسلامية كتشريعات الحدود على سبيل المثال، ومن هذه المصطلحات: مصطلح المشهور من أيسر المذاهب ومصطلح المذهب ومصطلح المعتمد من المذاهب. ومن الإشكاليّات أيضاً السكوت عن بيان حكم مسائل مهمّة تختلف النظريّة التي تحكمها في الفقه الإسلامي تمام الاختلاف عن النظريّة التي تحكمها في نصوص قانون العقوبات، كالسكوت عن بيان حكم الشريك في الحدود والقصاص. وقد حاول الباحث وغيره من أساتذة القانون الاجتهاد في بحث الكثير من هذه الإشكاليّات وطرح الحلول بشأنها. راجع على سبيل المثال: مصطفى إبراهيم العربي، الإشكاليات العملية المترتبة على نصوص الإحالة في تشريعات الحدود، مجلة العلوم الشرعيّة والقانونيّة، كلية القانون، جامعة المرقب، ع1، 2016م. ص66 وما بعدها. وللباحث نفسه راجع أيضاً: عقوبة الشريك في جرائم الحدود والقصاص بين الإغفال التشريعيّ والاجتهاد القضائيّ، "تعليق على المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا الليبية المنعقدة بدوائرها المجتمعة في قضية الطعن الجنائي رقم 752/35، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة بنغازي، ع27، 2020م، ص22 وما بعدها. راجع أيضاً: طارق الجملي: ملامح من ضوابط التّجريم والعقاب في القوانين الجنائيّة الخاصّة والمُكمّلة، ورقة عملٍ قدّمت إلى المؤتمر التّكريمي الثالث الذي أقيم بكلية القانون، جامعة طرابلس، بتاريخ 29. 4. 2019م، تحت شعار: (بحوث مُهداةً للدكتور الكوني عبودة)، مجلة القانون، جامعة طرابلس، عدد خاص بأعمال المؤتمر المذكور، 2019م، ص332. نجلاء محمود الجياش، مدى صحّة توقيع عقوبة القصاص على الشريك في القتل العمد، "تعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 752 لسنة 55ق"، مجلة الجامعي، النقابة العامّة لأعضاء هيئة التّدريس الجامعي بالجامعات الليبية، ع31، 2020م، ص90 وما بعدها.

جريمتي السرقة والحراية المعاقب عليهما حدًا بغير الإقرار والشهادة على النحو السالف بيانه، وأجاز إثباتهما باعتراف الجاني في غير مجلس القضاء وبأية وسيلة إثباتٍ علميةٍ مما يصمّه بعدم الدستورية في هذا الشأن⁽¹⁾. ومن ذلك أيضاً قضاؤها بعدم دستورية نصّ المادة الثالثة مكرر من القانون رقم 7 لسنة 1430 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 بشأن أحكام القصاص والدية؛ لكونه ترك أمر تحديد مقدار الدية لوليّ الدّم، مؤيِّدةً في ذلك نعي الطّاعن على الحكم المطعون فيه بمخالفته مخالفةً صريحةً لمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها التي حدّدت مقدار الدية وجنسها ولم تتركه لوليّ الدّم، ولمخالفة هذا الحكم للمادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر سنة 2001م، والتي تنص على أنّ الإسلام دين الدولة والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع؛ حيث قالت: "وحيث إنّ نعي الطّاعن بعدم دستورية النصّ المطعون فيه سديد؛ ذلك أنّ المادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 3/ 8/ 2011م تنصّ على أنّ ... الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ...، وتنصّ المادة 31 من الإعلان الدستوري المؤقت على أنه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نصّ...). لما كان ذلك وكانت الدية في جرائم القتل تجمع بين وصفي العقوبة والتعويض، فإنّه يجب أن يُحدّد مقدارها بنصّ في القانون وفي الحدود المقررة في المصدر الرئيسي للتشريع؛ عملاً بالقاعدة الدستورية المشار إليها التي تقضي بالألّا عقوبة دون نصّ. وإذ خالف النصّ المطعون فيه ذلك ولم يحدّد مقدار الدية وترك ذلك لوليّ الدّم، فإنّه يكون قد خالف المادة الأولى من الإعلان الدستوري المشار إليها، وهو ما يقتضي تدخل المشرّع لمعالجة ذلك، ويتعيّن معه الحكم بعدم دستورية النصّ المطعون فيه"⁽²⁾.

ومن ذلك كذلك قضاؤها في مجال الأحوال الشخصية بعدم دستورية نصّ المادة الثالثة عشرة من القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وأثارهما المُستبدل بها نصّ المادة الأولى من القانون رقم 9 لسنة 1994م؛ لتقييدها تعدّد الزوجات المخالف للثابت في شأن جوازه بمقتضى نصوص الكتاب والسنة والإجماع. وقد ورد في حيثيات حكمها قولها: "وحيث ينعي الطّاعن على القانون المطعون فيه أنه خالف مبادئ الشريعة الإسلامية مخالفةً صريحةً على سندٍ من القول إنّ الشريعة الإسلامية ومبادئها تجيز تعدّد الزوجات فقد وردت في جواز التعدد آيات قرآنية، قال تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾. في حين أنّ المادة الثامنة المعدلة بالقانون رقم 9/ 1991م قد وضعت من القيود على التعدد ما يؤدي به إلى استحالتة في أغلب الأحيان، ذلك أنّ تعليق الزواج بامرأة ثانية على موافقة الزوجة الأولى أمرٌ في غاية الصعوبة؛ لمنافاته لطبيعة المرأة، التي لا تقبل مشاركة غيرها في زوجها، فضلاً عن أنّ النصّ قد تجاهل معالجة وضع الأولاد الذين قد يُولدون من الزوجة الثانية إن فُسخ عقد زواجها. ولما كان الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 3/ 8/ 2011م قد نصّ على أنّ (ليبيا دولةً ديمقراطيةً ودينها الإسلام والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع) فإنّ مخالفة الشريعة تكون مخالفةً للدستور. وحيث إنّ هذا النعي سديد، ذلك أنّ جواز التعدد منصوصٌ عليه في الكتاب والسنة وعليه إجماع الأمة، وقام به السلف الصالح من الصحابة والتابعين ومن أتى بعدهم إلى يومنا هذا، ومُطبّقٌ في جميع بقاع العالم الإسلامي حتّى أصبح معلوماً بالضرورة، لا يجوز إنكاره فقد جاء في سورة النساء ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾، وهذا دليلٌ على إباحة التعدد. ومما يؤكّد هذا النظر ما جاء أيضاً في سورة النساء من قصر المنع من التعدد على الجمع بين الأختين، وما ورد في السنة من عدم جواز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها مما يدل بمفهوم المخالفة على أنّه في عدا هذا الحظر يظلّ التعدد جائزاً شرعاً، ولا يجوز بالتالي سنّ قوانين تحظره، وإلا كانت مخالفةً للشريعة الإسلامية. ولما كان الإعلان الدستوري قد نصّ صراحةً على أنّ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع فيجب ألا تصدر قوانين تخالفها. لما كان ذلك وكانت المادة الثالثة

(1) طعنٌ دستوريٌّ رقم 50/ 3 ق، جلسة 24/ 3/ 2014م، غير منشور.

(2) الطعن الدستوري رقم 59/ 29 ق، جلسة 23/ 12/ 2013م، غير منشور.

عشرة من القانون رقم 10/1984 المُستبدلة بها المادة الأولى من القانون رقم 9 لسنة 1994 قد قيّدت جواز التّعَدّد بشروطٍ يتعدّر تحقّقها، ومن ثمّ فإنّه بذلك يكون قد حظر ضمناً التّعَدّد، ويكون من ثمّ مخالفاً لنصّ الدّستور. وحيث إنّهُ لما كان ما تقدّم فإنّ الطّعن يكون قائماً على أساسٍ ممّا يتعيّن معه الحكم بعدم دستورية النّصّ محلّ الطّعن⁽¹⁾.

وعلى الرّغم من عدم تردّد المحكمة العليا في القضاء بعدم دستورية التّصوص المُشار إليها؛ لمخالفتها لأحكام الشّريعة الإسلامية، وهو لا شكّ أنّه قضاءٌ معبّرٌ بوضوحٍ عن رغبة هذه المحكمة في ردّ الأمور إلى نصابها والمتمثّل في تحري حكم الله في المسألة كما يشير إلى ذلك جانبٌ من الفقه⁽²⁾، إلّا أنّ الذي ترتّب على قضائها هذا هو الإسهام في وجود فراغٍ تشريعيٍّ أدّى إلى تعطيل القضاء الأدنى عن القيام بواجبه نحو خدمة العدالة، وهذا هو المظهر الآخر للفراغ التشريعي موضوع البحث.

ويُثار الآن التّساؤل عن كيفة معالجة هذا الفراغ التشريعيّ بمظهره اللذين تمّ بياهما، وهو ما سيتمّ بحثه في المحور الآتي.

المحور الثاني - الحلول المطروحة لمواجهة الفراغ التشريعي النّاجم عن التّعاطي الدّستوري مع أحكام الشّريعة الإسلامية:

يقتضي البحث عن حلٍّ لهذا الإشكال بيان الحلول القضائية والتّشريعية المطروحة وتقييمها لا بداء الرّأي بشأن مدى نجاعتها لحلّ هذا الإشكال. وسنقدّم بيان الحلول القضائية على الحلول التّشريعية مع أنّ العكس هو الذي ينبغي أن يحدث؛ لسببٍ واحدٍ وهو أنّ أحكام المحكمة العليا التي سنبحث من خلالها عن الحلول القضائية أسبق وجوداً من التّعديل التشريعي.

أولاً - الحلول القضائية المطروحة لمواجهة الإشكال:

أ- مناقشة المشرّع والاعتماد عليه في التّدخل لمعالجة الفراغ:

هذا الحلّ تعتمد عليه المحكمة العليا كثيراً عند تصدّيها للمسائل الدّستورية ذات العلاقة بأحكام الشّريعة الإسلامية، سواءً صرّحت بذلك أو أشار إليه لسان حالها. ومن القضايا التي ناشدت فيها المشرّع بذلك قضية الطّعن الجنائي رقم 754/52ق، وهو المتعلّق أيضاً بعدم تحديد قانون القصاص والدية لمقدار الدّية؛ حيث قالت بعد أن أشارت إلى القصور التشريعيّ في بيان مقدار هذه الدّية: "لذلك فإنّ هذه الدّائرة تهيّب كما أهابت غيرها من الدّوائر بالمحكمة العليا بالجهة المُختصة بالتّشريع أن تتدخّل بتحديد مقدار المبلغ المالي للدّية، والجهة التي تتحمّل هذه الدّية، أو تقرّر ترك ذلك لقاضي الموضوع يقدر الدّية المحكوم بها وفقاً للقواعد العامّة في القانون المدني وقانون العقوبات"⁽³⁾.

هذا الحلّ وكما هو ظاهرٌ يشير بوضوحٍ إلى عجز المحكمة العليا عن استجلاب الحكم الشّرعّي وتطبيقه على الواقعة؛ وذلك بسبب الإطار الوظيفي المحدّد للمحكمة العليا على مستوى الرّقابة الدّستورية على نصوص القوانين؛ فوظيفتها تنحصر في مجرّد الفصل في الطّعون التي يرفعها كلّ ذي مصلحةٍ شخصيّةٍ مباشرةٍ في أيّ تشريعٍ أو نصّ يكون مخالفاً للدّستور لتحديد ما إذا كان التّشريع موافقاً للدّستور أو مخالفاً له، ولا يتعدّاه إلى ابتداع النّصّ الذي يحكم الواقعة (بند أولاً من المادة الثالثة والعشرين من القانون رقم 6 لسنة 1982م بإعادة تنظيم المحكمة العليا).

وإلى أن يتدخّل المشرّع بمعالجة الفراغ سيبقى هذا الفراغ قائماً، وقد يطول العهد على التّدخل، خصوصاً إذا كان المشرّع يواجه ظروفاً تعيقه عن أداء وظيفته التّشريعية، كما هو حال مشرّعنا في الوقت الرّاهن؛ حيث تعيش

(1) طعنٌ دستوريّ رقم 3/59ق، جلسة 5/2/2013م. غير منشور.

(2) خالد فلاح، تعليق على الحكم الصّادر عن المحكمة العليا في الطّعن الدّستوري رقم 29/59ق، مجلّة العلوم القانونية، كلية القانون بترهونة، جامعة الزّيتونة، ع7، ص4، 2016م، ص66 وما بعدها.

(3) طعن جنائي رقم 754/52ق، جلسة 31/10/2006م، غير منشور.

البلاد حالةً من الانقسام والتشظي طالمت مجلس نوابنا الموقر، حتى أصبح عاجزاً عن مواجهة بعض الظروف التي تحتاج إلى التدخل العاجل والحاسم. ولهذا فإن هذا الحلّ علاوةً على اقتصره على محاولة معالجة حالاتٍ فرديةٍ لا يصلح للمعالجة الشاملة الثابتة والمستقرة. فنحن نحتاج إلى إقرار مبدأ تشريعي يكفل للقضاء أن يستجلب الحكم الشرعي ويطبّقه على الواقعة في حالة الفراغ التشريعي بمظهره المشار إليهما، دون أن يتنظر فترةً من الزمن قد تطول بسبب تقاعس المشرّع عن القيام بواجبه أو بسبب عدم استطاعته ذلك بحكم ما يواجهه من ظروفٍ قاهرة.

ب- المعالجة المباشرة لسد الفراغ:

كشف عن هذا الحلّ موقفٌ للمحكمة العليا حاولت من خلاله معالجة أحد الفراغات التشريعية على مستوى قانون القصاص والدية، وهو الفراغ المتعلق بالعقوبة التي ينبغي أن تُطبّق على الشريك في القصاص (والأمر ينسحب أيضاً على الشريك في الحدود؛ لتشابه المسألة)، ورغم أنّ نصوص الإحالة في قانون القصاص كافيةٌ بمعالجة هذا الفراغ؛ إلا أنّ الذي يبدو أنّ هذه المحكمة اعتبرت عدم بيان المشرّع في هذا القانون عقوبة الشريك في القتل العمدة نوعاً من أنواع الفراغ التشريعي الذي يحتاج إلى معالجة، وهي في قضائها في الطعن المتعلق بهذه المسألة لم تكتف بالحكم بامتناع الإحالة؛ لمخالفتها مبدأ الشرعية المقرّر على المستويين الدستوري والقانوني، وإنّما بينت الحكم الواجب التطبيق عليها، وهو المماثلة بين الفاعل والشريك في العقاب طبقاً للقاعدة المستقرة في قانون العقوبات (من اشترك في جريمة فعلية عقوبتها)؛ حتى لا يفلت الجاني من العقاب أو تكون عقوبته أقلّ من عقوبة الفاعل إذا ما طبّق في شأنه نصّ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية؛ حيث السائد هناك أن الشريك بالتسبب يُعزّر، ولا يُحدّ ولا يُقتص منه. وقد جاء في حيثيات حكمها قولها: "وحيث إنّ القانون رقم 6 لسنة 1423م في شأن القصاص والدية وتعديلاته قد خلا من تنظيم أحكام الاشتراك في جرائم القتل، وقد نصّ في مادته السابعة على الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمةً لأحكامه، وإعمالاً لنصّ المادة (31) من الإعلان الدستوري والمادة الأولى من قانون العقوبات اللذين ينصّان على أنّه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وما يقضيانه من عدم جواز الإحالة في شأن التجريم والعقاب، فإن هذه الإحالة تُفسّر في غير ما يتعلق بالتجريم والعقاب، ومنها تحديد عقوبة الشريك في القتل العمدة التي يجب أن يُرجع فيها إلى أحكام الاشتراك في قانون العقوبات دون سواها. ولما كانت المادة 101 من قانون العقوبات تنصّ على أنّ من اشترك في جريمة فعلية عقوبتها إلا ما أُنصت بنصٍ خاص، وإذ لم يرد ما يستثني معاقبة الشريك في القتل من عقوبة الفاعل، ويتعيّن من ثمّ الأخذ بالمبدأ الذي يُقرّر عقوبة الشريك في الجريمة المذكورة وفقاً لأحكام قانون العقوبات"⁽¹⁾.

ورغم أنّ هذا الحلّ قد جاء بعد تخبّط واضطرابٍ شديدٍ في موقف المحكمة العليا من المسألة المطروحة وهي مسألة عقاب الشريك في جريمة القتل العمدة⁽²⁾، ورغم انتقاد الباحث - في مناسبة سابقة - لموقف المحكمة العليا هذا من المسألة؛ من حيث الأساس الذي بنت عليه حكمها، وهو عدم مشروعية نصوص الإحالة؛ لأنّ الإحالة - في نظر الباحث - أمرٌ حتميٌ تقتضيه عملية التقنين التي يستحيل - بحكم الواقع - أن تكون شاملةً لكلّ أحكام الحدود والقصاص؛ بسبب كثرة هذه الأحكام وعدم انحسارها؛ لكونها ترتبط بالوقائع وفروضها التي لا تكاد تتحدّد أو

(1) طعن جنائي رقم 55/752، جلسة، 23. 12. 2013م. المبدأ منشورٌ على موقع المحكمة العليا الليبية على شبكة المعلومات التولية، ورابط الموقع هو: <https://cutt.us/8CoNK> تاريخ الزيارة 3/ 2/ 2021م.

(2) إذ الملاحظ أنّ هناك وجهات نظر متباينة للمحكمة العليا من المسألة، فأحياناً تقضي بخضوع الشريك للنظرية الساندة في الفقه الإسلامي في شأن عقوبة الشريك بالتسبب في الجريمة، والتي مفادها تعزيره وليس حدّه أو الإقتصاص منه كما يفعل بالشريك المباشر، وأحياناً تقضي بعدم خضوعه لهذه النظرية وإنّما للقاعدة المعمول بها في القانون، وهي من اشترك في جريمة فعلية عقوبتها؛ حتى تقرّر عقابه بالعقاب ذاته المقرّر للفاعل. راجع على سبيل المثال قضاءها في الطعون التالية إضافةً إلى قضائها في الطعن السابق والذي قرّرت بموجبه عدولها عن المبادئ السابقة التي قرّرتها حول المسألة: طعن جنائي رقم 27/431، جلسة 27/4/1981م، مجلة المحكمة العليا الليبية، س18، ع2، 1982م، ص119. مُشارٌ إليه عند: الهوني، والعسلي: ص184، والطعن الجنائي رقم 52/47، جلسة 23/2/2005م، مجموعة أحكام المحكمة العليا الليبية، القضاء الجنائي، ج1، 2005م، ص136، والطعن الجنائي رقم 50/1934، الصادر عن هذه المحكمة بجلسته 1/3/2004م.

تنحصر⁽¹⁾، إلا أن تكليف المحكمة العليا نفسها بإيجاد حلٍ لهذا الفراغ هو الفكرة المحمودة التي تُسجّل في الجانب الإيجابي لاجتهاد المحكمة العليا في معالجة المسألة. اتفقنا معها في النتيجة التي توصلت إليها في هذا الحكم أو لم نتفق، فالأمر الأكثر أهميّةً أنّها حاولت أن تسدّ الفراغ وتعالج الخلل.

ومع هذا يبقى هذا الحلّ معالجةً فرديةً أيضاً لمسألةٍ معيّنة لا يمكن أن يُبنى عليها حكمٌ شموليٌّ لكل ما يمكن أن يواجهه القضاء الأدنى من فراغٍ تشريعيٍّ مرتبطٍ بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في بعض الأحيان.

ثانياً – الحلول التشريعية لمواجهة الإشكال:

إدراكاً من السلطة المنوط بها مهمّة إصدار التشريع في ليبيا بعد قيام ثورة السابع عشر من فبراير 2011م، وهي المتجسّدة في المؤتمر الوطني العام، لأهميّة المشكلة وخطورتها؛ لكونها ترتبط بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، التي يُفترض أن تحتلّ الأحكام القطعية الدلالة فيها مرتبة السمو والإلزام الذاتي، وأن تطبيقها يُفترض أن يتم من القاضي مباشرةً ودون التوقّف على أية آلية قانونية كالطعن بعدم الدستورية فيما يتعلّق بالنص القانوني المخالف، حاولت هذه السلطة أن تحدث تعديلاً بنصوص الدستور والقانون المدني ذات العلاقة بتطبيق تلك الأحكام، وبما يفي بالغرض من إسباغ صفة السمو والإلزام الذاتي على الأحكام القطعية المشار إليها.

ولهذا نجد على المستوى الدستوري تعديلاً لنصّ المادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت، بحيث أصبحت صياغة هذا النصّ بعد التعديل تجري على هذا النحو: "ليبيا دولةً مسلمةً مستقلةً، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر كل تشريع، ويُعدّ باطلاً كل تشريع أو عملٍ أو تصرفٍ يصدر بالمخالفة لأحكامها ومقاصدها..." (المادة الأولى من التعديل الدستوري التاسع لسنة 2015م)، ونجد أيضاً على مستوى القانون المدني تعديلاً لنصّ المادة الأولى من هذا القانون وهي التي تحدّثت عن التراتبية في مصادر القاعدة القانونية، وذلك بموجب نصّ الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون المدني، وقد أصبحت صياغة هذا النصّ بعد التعديل تجري على هذا النحو: "1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. 2- فإذا لم يوجد نصٌّ تشريعيٌّ يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وأدلّتها المُعتبرة. 3- يُعدّ من النظام العام: أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة على نصٍّ قطعيٍّ أو إجماعٍ، أو قياسٍ جليٍّ أو قاعدةٍ فقهيةٍ".

وبعيداً عمّا يمكن أن يُثار حول هذين النصّين من جدلٍ حول مدى دستوريتهما؛ لكونهما ربّما صدرا عن المؤتمر الوطني العام بعد انتهاء ولايته، فإنّ الذي يعنينا من أمرهما في مقام البحث هو الصياغة وما يمكن أن تسمح به من استنباطٍ لحلّ مشكلة الفراغ التشريعي الذي يعاني منه القاضي على مستوى الفصل في القضايا ذات العلاقة بأحكام الشريعة الإسلامية.

وفي معرض بحثنا عن الحلّ المشار إليه في هذين التعديلين لا بد أن ندرك أولاً أنّ الاعتماد على التعديل الدستوري لنصّ المادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت مجرداً عن الارتباط بالتعديل الوارد على نصّ المادة الأولى من القانون المدني، ربّما لا يفيدنا كثيراً؛ لكونه لم يضيف شيئاً جديداً إلى الصياغة الشهيرة "الإسلام دين الدولة"، ذلك أنّ العبارتين المُضافتين بهذا التعديل وهما: "الشريعة الإسلامية مصدر كل تشريع، ويُعدّ باطلاً كل تشريع أو عملٍ أو تصرفٍ يصدر بالمخالفة لأحكامها ومقاصدها" هما من مقتضيات تطبيق تلك العبارة "الإسلام دين الدولة"؛ فما دام الإسلام كذلك؛ أي هو دين الدولة، فلا بد أن تكون تعاليمه وأحكامه هي المهيمنة على كل شأنٍ من شؤون هذه

(1) راجع مصطفى إبراهيم العربي، عقوبة الشريك في جرائم الحدود والقصاص بين الإغفال التشريعي والاجتهاد القضائي، "تعليق على المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا الليبية المنعقدة بدوائرها المجتمعة في قضية الطعن الجنائي رقم 752/55ق، مرجع سبق ذكره، ص36.

الدولة، ولا معنى لتجزئة أحكامه وقبول بعضها ليكون هو المهيمن على بعض الشؤون وإقصاء بعضها ليحل محلها مصدر آخر، فالإسلام كل لا يقبل التجزئة أو التبعض ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ﴾ [سورة النحل: 89]، ولهذا فإن كل ما يخالف أحكام هذا الدين أو الشريعة يُعتبر باطلاً بالضرورة، إذا كان لقواعد اللغة والفهم السليم من وظيفة في هذا الشأن.

إذاً لا بد من الجمع بين هذا التعديل الدستوري والتعديل الوارد على نص المادة الأولى من القانون المدني، وإذا ما تم الجمع بينهما فلا بد أن نصل إلى هذه النتيجة، وهي أن السلطة التشريعية تريد بالتعديل أن تميز بين نوعين من النصوص الشرعية، وهما النصوص الشرعية ظنية الدلالة والنصوص الشرعية قطعية الدلالة، وبالنسبة للنوع الأول من الأحكام أو النصوص يمكن القول إنه لا يكتسب صفة الإلزام في ذاته، بمعنى أن القاضي لا يستطيع أن يطبقه على الواقعة في حالتي الفراغ التشريعي المشار إليهما إلا إذا فُتِن هذا النوع من النصوص، وهذا على عكس النوع الآخر منها؛ أي القطعية الدلالة، حيث اعتبرها المشرع من النظام العام، ومعنى كونها من النظام العام إمكانية تطبيقها حتى دون تقنين أو دفع من أحد الخصوم.

وعلى هذا الأساس يمكننا القول أيضاً إن المفاهيم السائدة في مجال الرقابة على دستورية القوانين في التشريع الليبي قد اكتسبت بعداً جديداً في ظل هذا التعديل، بحيث لم يعد مجال هذه الرقابة مقتصرًا على النوعين المعروفين في الفقه الدستوري، وهما: الرقابة عن طريق الدفع والرقابة عن طريق الدعوى الأصلية⁽¹⁾، وإنما يمتد منح القضاء ما يمكن أن يُطلق عليه برقابة التصدي التلقائي أو سلطة التصدي، والتي تمنحها بعض الدول للمحاكم الدستورية العليا لتمارس سلطتها في الرقابة الدستورية من تلقاء نفسها عن طريق إلغاء النص المخالف لأحكام الدستور كما رأت أن هذا النص مشوبٌ بشائبة عدم الدستورية، وكان ذا صلةٍ بالتزاع المطروح عليهما⁽²⁾. وفي التشريع الليبي فإن الفهم السليم لهذا النص يشير بوضوحٍ إلى عدم منح هذه السلطة للمحكمة العليا فحسب، وإنما إلى القضاء الأدنى أيضاً؛ وذلك لما هو مقررٌ من أن اعتبار مسألة ما من النظام العام إمكانية الحكم بها من قبل المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى من تلقاء نفسها وإن لم يثر أحد الخصوم ذلك أمامها⁽³⁾. وتبرير اعتبار المشرع النصوص الشرعية قطعية الدلالة من النظام العام يرجع - بكل تأكيدٍ - إلى تنبهه إلى صفة القداسة التي ينبغي أن تكون عليها هذه النصوص في المنظومة التشريعية القائمة.

وإذ يُؤيد الباحث هذا التوجه ويزكيه؛ لما يوحى به من رغبة المشرع في إعادة الأمور إلى نصابها وتصويب الفهم السائد فيما يتعلق بأهمية تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي ينبغي ألا تتوقف عملية تطبيق النصوص القطعية فيها على آلية قانونية معينة كالتقنين أو إحالة الأمر إلى المحكمة العليا للفصل في مدى دستورية النص القانوني المتصادم معها، ولما فيه أيضاً من معالجةٍ لسد الفراغ التشريعي الناتج عن عدم تقنين الأحكام الشرعية أو عن تصادم النصوص القانونية مع هذه الأحكام، إلا أن ما ينبغي أن يكون في أولويات طموحنا هو أن تكون هذه المعالجة على مستوى نصوص الدستور لا على مستوى نصوص القانون، وأن تكون بصياغةٍ مختصرةٍ وواضحةٍ؛ بحيث لا تقبل الجدل أو التأويل حول المكانة التي ينبغي أن تحظى بها مثل هذه النصوص على وجه الخصوص من مكانةٍ في المنظومة التشريعية، وأن تُغلب على ما عداها؛ انسجاماً مع ما تقضي به آي القرآن الكريم في هذا الشأن، ومنها

(1) راجع حول صور الرقابة السائدة على دستورية القوانين في التشريع الليبي: صبحي مصباح زيد، أساس دعوى عدم الدستورية "دراسة تحليلية لمضمون الدعوى في النظام القانوني الليبي"، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2015م، ص22 وما بعدها.

(2) راجع حول هذا المفهوم للرقابة الدستورية: حنان محمد إبراهيم الشويهدى، القضاء الدستوري، المؤسسات والإجراءات، دراسة مقارنة، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، ط1، 2012م، ص86 وما بعدها.

(3) الكوني علي إعيودة، قانون علم القضاء (قانون المرافعات المدنية والتجارية)، النظام القضائي الليبي، جامعة ناصر، ليبيا، 1991م، ص430 وما بعدها.

قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [سورة المائدة، الآية 45]. وهذا نكون قد عالجننا مشكلة الفراغ التشريعي الذي قد يترتب على عدم المعالجة التشريعية للتصوص ذات العلاقة بأحكام الشريعة الإسلامية.

الخاتمة

بعد الفراغ من بحث هذا الموضوع يمكن القول إن التخوف على مستوى التشريع والقضاء من الإخلال بمبدأ الشرعية وضعف الإمكانيات الفقهية لدى الكثير من قضاة العصر، والذي قد يقف حائلاً دون إمكانية ولوجهم إلى مدونات الفقه الإسلامي واختيار الحلول الفقهية لمعالجة ما يُعرض من وقائع ذات صلة بالشريعة الإسلامية، أدى التردد نحو الحسم التشريعي لمسألة مرجعية الشريعة الإسلامية في النظام التشريعي القائم، والحكم ببطلان كل ما يخالفها، وأدى أيضاً إلى إرباك القضاء العالي في تطبيق النصوص الدستورية والقانونية ذات العلاقة بهذه الشريعة الغراء، الأمر الذي ترتب عليه وجود فراغ تشريعي في بعض الأحيان، عسر على القضاء الأدنى مهمته في تحقيق العدالة وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الوقائع المعروضة التي تنطبق عليها هذه الأحكام.

ولهذا ينبغي أن تتم معالجة موضوع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بنصوص دستورية واضحة تكفل سد الفراغات التشريعية التي يمكن أن تواجه القضاء في أداء مهمته، وتكفل في الوقت ذاته إسباغ صفة القداسة أو الإلزامية على النصوص الشرعية قطعية الدلالة؛ بحيث يستطيع القاضي تطبيقها في حالة انطباقها على الواقعة، ودون الحاجة إلى طلب ذلك من أحد الخصوم أو إلى إحالة الأمر إلى المحكمة العليا؛ لتفصل في مسألة الدستورية ذات العلاقة بهذه النصوص.

وفيما يتعلق بالنصوص ظنية الدلالة لا يرى الباحث مانعاً من تقنينها؛ بغية إرشاد القاضي إلى ما يناسب العصر من آراء المذاهب الفقهية المعتبرة حول مقاصدها، خصوصاً مع ضعف إمكانيات هذا القاضي الفقهية حول أحكام الشريعة الإسلامية. ومع هذا ربما يحتاج أمر تطبيقها إلى بذل مزيد الجهد وتعميق البحث من قبل المختصين على مستوى الفقه الإسلامي والفقه القانوني على حدٍ سواء؛ بغية الوصول إلى أفضل الآراء حول مسألة التطبيق؛ كون هذا التطبيق يحتاج إلى تقنين أو تكفي فيه إحالة القاضي على مذاهب معينة من المذاهب المشهورة.

وفي كل الأحوال لا بد من أن نلفت نظر القائمين على سلطة اتخاذ القرار إلى ضرورة تقوية الإمكانيات الفقهية لدى سلطات تطبيق وإنفاذ القانون؛ بما يُسهّل على أعضائها مهمة الولوج إلى بحور الفقه الإسلامي ومقارنة الآراء لمعرفة الأنسب منها لما يخدم قضايا المجتمع وبما لا يُخالف أصول الشريعة الإسلامية ومبادئها، ولا يتم ذلك إلا بعقد الدورات والإلزام بحضور المحاضرات التي ينبغي أن تُعطى من أساتذة أكفاء في مجال الفقه المقارن، وأن يتم الاهتمام أيضاً بهذا المجال على مستوى كليات القانون؛ بحيث تُضاف مقررات إلى المقررات الموجودة وعلى وجه الإلزام لتفي بتكوين الطالب كي يكون أهلاً للولوج إلى الفقه المقارن، وعلى رأس هذه المقررات مقاصد الشريعة الإسلامية والسياسة الشرعية ومناهج البحث في الشريعة الإسلامية. وفي المقابل لا بد أن تُضاف كذلك مقررات قانونية إلى مقررات كليات الشريعة؛ بحيث لا ينشأ الطالب في هذه الكليات على مجرد فهم أصول الشريعة وقواعدها وأحكامها دون القدرة على إسقاطها على الواقع أو تقييم ما يُقرّر من قواعد قانونية بشأن القضايا التي تعالجها؛ ليُحدّد الموافق والمخالف ويستطيع طرح الحلول التي تتفق وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها لمعالجة المخالف منها وبما لا ينفّر منه الناس في عصرهم.

هذا ما يسر الله بحثه وبيانه، فإن أصاب الحقّ فذلك من توفيق الله على الباحث، وإن كانت الأخرى فما هو إلا نتاج محض اجتهادٍ من اجتهادات البشر، وفي كلّ خيرٍ إن شاء الله.

قائمة بأهم المراجع

أولاً- كتب الحديث ومراجع الفقه الإسلامي:

- السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج8، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003م.
- سنن النسائي، الإمام النسائي، تحقيق: د. السيد محمد سيد، أ. علي محمد علي، أ. سيد عمران، ج4، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2010م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشيد الحفيد، تحقيق: محمد صبيح حسن خلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ط1، 1994م، ج4.
- الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د. أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات، ط1، 2005م، ج7.
- محمد معاذ مصطفى الخن، القطعي والظني في الثبوت والدلالة عند الأصوليين، دارالكلم الطيب، دمشق، سورية، ط1، 2007م.
- سعيد محمد الجلدي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، بدون اسم ناشر ولا مكان نشر، 2019م.

ثانياً - مراجع الفقه القانوني:

- حنان محمد إبراهيم الشويهدى، القضاء الدستوري، المؤسسات والإجراءات، دراسة مقارنة، دارالفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، ط1، 2012م.
- خالد فلاح، تعليق على الحكم الصادر عن المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 29/59 ق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون بترهونة، جامعة الزيتونة، ع7، س4، 2016م.
- صبيح مصباح زيد، أساس دعوى عدم الدستورية "دراسة تحليلية لمضمون الدعوى في النظام القانوني الليبي"، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2015م.
- طارق الجملي: ملامح من ضوابط التجريم والعقاب في القوانين الجنائية الخاصة والمكتملة، ورقة عمل قدمت إلى المؤتمر التكريمي الثالث الذي أقيم بكلية القانون، جامعة طرابلس، بتاريخ 29.4.2019م، تحت شعار: (بُحوثٌ مُهداةٌ للدكتور الكوني عبودة)، مجلة القانون، جامعة طرابلس، عدد خاص بأعمال المؤتمر المذكور، 2019م.
- عبد الرحمن بن سعد بن علي الشترى، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصمعي للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2007م.
- عز الدين كحيل، وعبد المجيد بوكركب، تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع37/36، نوفمبر 2014م.
- عوض محمد عوض، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر.
- فوزي سالم أوليطي، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين القبول والرفض، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة الزيتونة، ع1، 2013م.
- الكوني علي عبودة، قانون علم القضاء (قانون المرافعات المدنية والتجارية)، النظام القضائي الليبي، جامعة ناصر، ليبيا، 1991م.



- محمد عبد اللطيف رجب عبد العاطي، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ضرورةً عصريّةً، بحثٌ مقدّمٌ لندوة القضاء الشرعيّ في العصر الحاضر: الواقع والآمال، الذي انعقد بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، في الفترة 11- 13 / 4 / 2006م.
- مصطفى إبراهيم العربي:
 - الإشكاليات العملية المترتبة على نصوص الإحالة في تشريعات الحدود، مجلة العلوم الشرعيّ والقانونيّة، كلية القانون، جامعة المرقب، ع1، 2016م.
 - عقوبة الشرك في جرائم الحدود والقصاص بين الإغفال التشريعيّ والاجتهاد القضائيّ، "تعليق على المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا الليبية المنعقدة بدوائرها المجتمعة في قضية الطعن الجنائي رقم 752 / 55ق، مجلّة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة بنغازي، ع27، 2020م.
- نجلاء محمود الجيآش، مدى صحّة توقيع عقوبة القصاص على الشرك في القتل العمد، "تعليقٌ على حكم المحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 752 لسنة 55ق"، مجلة الجامعي، النقابة العامّة لأعضاء هيئة التدريس الجامعي بالجامعات الليبية، ع31، 2020م.

نظرة تأملية في الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية لجريمة القتل الخطأ

**A contemplative look at combining ta'zazir punishment and blood money for the
crime of manslaughter**

د. أشرف عمران محمد زايد

أستاذ مشارك بقسم القانون الجنائي بكلية القانون

جامعة الزيتونة – تهرونة (ليبيا)

Ashraf.Zayed@yahoo.com

الملخص:

تناولت الورقة البحثية تقييماً لمسلك المشرع الليبي في نص المادة الثالثة من القانون (18) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423 م بشأن أحكام القصاص والدية؛ حيث اتبع المشرع أسلوب الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية لجريمة القتل الخطأ؛ في إطار محاولته لإحداث التوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، في حين أن جزاء القتل الخطأ واضح وجلي بنص القرآن الكريم المتمثل في: الكفارة والدية في الآية (92) من سورة النساء، ولهذا رأيت اختيار العنوان التالي: (نظرة تأملية في الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية لجريمة القتل الخطأ)؛ للتعرف على الحكمة التي حرص المشرع للوصول إليها من خلال الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية في الجريمة سالفة الذكر؛ وللإجابة على بعض التساؤلات المهمة، وقد قُسم البحث إلى مطلبين يتعلق المطلب الأول بقراءة للعقوبة المقررة لجريمة القتل الخطأ وفق آخر التعديلات، ويتناول المطلب الثاني تقييم مسلك المشرع في الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية، وينتهي البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية:

العقوبة التعزيرية – الدية – القتل الخطأ .

Abstract:

The research paper dealt with an assessment of the behavior of the Libyan legislator in the text of Article 3 of (18) for the year 2016 CE regarding amending some provisions of Law No. (6) of 1423AD regarding the provisions of qisas and parentage. Where the legislator used the method of combining the discretionary punishment and blood money for the crime of manslaughter. In the context of his attempt to bring about compatibility with the provisions of Islamic Sharia, while the penalty for wrongful killing is clear and clear in the text of the Noble Qur'an represented in: expiation and blood money in verse (92) of Surat al-Nisa', and for this I saw choosing the following title: A contemplative view on combining discretionary punishment and blood money For the crime of manslaughter); To learn about the wisdom that the legislator was keen to reach by combining the discretionary punishment and blood money in the aforementioned crime; In order

to answer some important questions, the research has been divided into two demands, the first requirement relates to a reading of the penalty prescribed for the crime of manslaughter, according to the latest amendments, and the second requirement deals with the evaluation of the legislator's behavior in combining the discretionary punishment and parental punishment, and the research ends with a conclusion that includes the most important findings and recommendations

.Keywords:

The discretionary punishment - blood money - wrongful killing

مقدمة:

في إطار محاولته لإحداث التوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية أصدر المشرع القانون رقم (18) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية، وقد استوقفني نص المادة الثالثة من هذا التعديل بعنوان: (القتل الخطأ) التي نصت على الآتي: " - إضافة إلى العقوبات المقررة بشأن من قتل نفساً خطأ الواردة في المادة 377 من قانون العقوبات العام والمادة 59 من قانون المرور على الطرق العامة - حسب الأحوال - يحكم القاضي بالدية المقررة شرعاً على العاقلة وفقاً لأحكام هذا القانون. - وفي كل الأحوال لا تأخذ الدية أحكام الغرامة المقررة في قانون العقوبات. "

فالملاحظ من خلال هذا النص إتباع المشرع لأسلوب الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية لجريمة القتل الخطأ لأول مرة منذ صدور قانون العقوبات الليبي في حين أن جزاء القتل الخطأ واضح وجلي بنص القرآن الكريم المتمثل في الدية والكفارة لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً: وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا: فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ [سورة النساء، الآية 92].

ولهذا رأيت اختيار العنوان التالي: (نظرة تأملية في الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية لجريمة القتل الخطأ): للتعرف على الحكمة التي حرص المشرع للوصول إليها من خلال الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية في الجريمة سألته الذكر، فهل كان موفقاً في ذلك؟ وما هي الغاية من هذا الجمع؟ وهل نحن بحاجة إلى هذا التشدد العقابي؟ وهل حقق المشرع التوافق المزعوم مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء؟ وهل كان صائباً في الإحالة إلى نص المادة (377) من قانون العقوبات الليبي؛ الذي ألغى ضمناً بموجب القانون رقم 6 لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية؟ كل هذه التساؤلات وغيرها ستمت الإجابة عليها بالاعتماد على المنهجين التحليلي والنقدي مع الاستعانة بالمنهج المقارن وفقاً لخطة البحث التالية:

مقدمة:

المطلب الأول: قراءة للعقوبة المقررة لجريمة القتل الخطأ وفق آخر التعديلات.

المطلب الثاني: تقييم مسلك المشرع في الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية.

وينتهي البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

والله الموفق.

المطلب الأول

قراءة للعقوبة المقررة لجريمة القتل الخطأ وفق آخر التعديلات

حددت المادة الثالثة من القانون رقم (18) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية عقوبة جريمة القتل الخطأ، ولهذا سنخصص (الفرع الأول) لدراسة العقوبة التعزيرية للقتل الخطأ، ونتطرق في (الفرع الثاني) لدراسة عقوبة الدية.

الفرع الأول: العقوبة التعزيرية للقتل الخطأ

نصت المادة (3) من القانون 18 لسنة 2016م على الآتي: "إضافة إلى العقوبات المقررة بشأن من قتل نفساً خطأ الواردة في المادة 377 من قانون العقوبات العام والمادة 59 من قانون المرور على الطرق العامة - حسب الأحوال - يحكم القاضي بالدية المقررة شرعاً على العاقلة وفقه لأحكام هذا القانون. وفي كل الأحوال لا تأخذ الدية أحكام الغرامة المقررة في قانون العقوبات".

وهذا يعني أن العقوبة الواردة في نص المادة (377) من قانون العقوبات الليبي هي التي تطبق إذا وقع القتل الخطأ بوسيلة غير المركبة الآلية كمن يقتل آخر برصاص مسدسه خطأ فتطبق العقوبة المنصوص عليها، أما إذا وقع القتل الخطأ عن طريق المركبة الآلية فتطبق العقوبة المنصوص عليها في المادة (59) من قانون المرور على الطرق العامة على النحو الآتي بيانه:

أولاً - عقوبة القتل الخطأ في قانون العقوبات :

نصت المادة (377) من قانون العقوبات الليبي على عقوبة القتل الخطأ على النحو التالي: "من قتل نفساً خطأ أو تسبب في قتلها بغير قصد ولا تعمد يعاقب بالحبس وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

فإذا ترتب على الفعل موت أكثر من شخص أو كان الجاني متعاطياً مواد مسكرة أو مخدرة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تتجاوز أربع مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين".

يتضح من نص المادة (377) عقوبات أن للقتل الخطأ صورتين: بسيطة ومشددة⁽¹⁾ :

حيث قرر المشرع في الصورة البسيطة عقوبة الحبس التي تتراوح بين 24 ساعة وثلاث سنوات ، وغرامة من مائة درهم إلى مائتي دينار أو إحدى هاتين العقوبتين⁽²⁾ ، وترك السلطة التقديرية للقاضي ليطبق عقوبة الحبس والغرامة معاً أو يطبق عقوبة الحبس فقط أو الغرامة فقط حسب ظروف الجاني .

وقد قرر المشرع تشديد العقاب إذا ترتب على الفعل موت أكثر من شخص أو كان الجاني متعاطياً مواد مسكرة أو مخدرة بحيث يطبق القاضي عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تتجاوز أربع مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين على النحو التالي :

أ_ تعدد المجني عليهم:

(1) أبو بكر أحمد الأنصاري، شرح قانون العقوبات الليبي (القسم الخاص) ، دن ، ط 1 ، 2013م ، ص 234.
(2) لم يحدد نص المادة (377) من قانون العقوبات الليبي الحد الأدنى والأعلى لعقوبة الحبس ، وقد أوضحت المادة (22) من قانون العقوبات الليبي عند تعريفها لعقوبة الحبس الحد الأدنى والأعلى لهذه العقوبة بقولها: "عقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو المحلية المدة المحكوم بها عليه، ولا يجوز أن تقل هذه المدة بأي حال من الأحوال عن أربع وعشرين ساعة، كما لا يجوز أن تزيد على ثلاث سنوات إلا في الأحوال الخاصة المنصوص عليها قانوناً"، ولم توضح المادة (377) من قانون العقوبات الحد الأدنى لعقوبة الغرامة ، فبالرجوع إلى المادة (26) من قانون العقوبات الليبي نجدها قد حددت المقدار الأدنى لعقوبة الغرامة بقولها: "عقوبة الغرامة هي إلزام المحكوم عليه أن يدفع إلى خزنة الدولة المبلغ المقدر في الحكم، ولا يجوز أن ينقص هذا المبلغ عن عشرة قروش بأي حال من الأحوال".

من هنا يتضح أن المشرع شدد العقوبة لجسامة النتيجة المترتبة على الفعل بموت أكثر من شخص ، ولا يكفي لقيام هذا الظرف أن يقتل شخصاً واحداً فقط حتى إذا أصيب عدد آخر بجروح أو كسور ، ومثاله: قيام الجاني بتنظيف سلاحه فتنتقل منه عدة أعيرة نارية تؤدي لوفاة أكثر من شخص لعدم درايته بكيفية تنظيف وصيانة السلاح الناري⁽¹⁾ .

وينبغي القول أن تشديد العقوبة لتعدد المجني عليهم يتعارض مع الاتجاهات الدولية بعدم إنزال عقوبات سالبة للحرية في جرائم الإهمال بصفة عامة ، فموت أكثر من شخص نتيجة لفعل واحد لا يدل على خطورة كامنة لدى الجاني⁽²⁾ .

ب - حالة الجاني :

هو أن يكون الجاني متعاطياً لمواد مسكرة أو مخدرة أثناء ارتكابه للسلوك الإجرامي الذي أدى إلى النتيجة المتمثلة في وفاة المجني عليه ، ولم تشترط المادة (377/ 2) من قانون العقوبات الليبي أن يكون الجاني في حالة سكر أو تخدير ، فالظرف المشدد يتحقق بمجرد أن يكون الجاني متعاطياً لمسكر أو مخدر أثناء ممارسته للسلوك الإجرامي بغض النظر عن الكمية التي تعاطاها⁽³⁾ ، ويجب أن يكون التعاطي للمسكر أو للمخدر اختيارياً ومعاصراً للفعل⁽⁴⁾ .

وكان أحرى بالمشرع تشديد عقوبة القتل الخطأ إذا كان الجاني في حالة سكر أو تخدير دون الاكتفاء بالتعاطي لهذه المواد ؛ حتى تكون حكمة التشديد أكثر وضوحاً ، ويكون لحالة السكر والتخدير علاقة بحصول الحادث⁽⁵⁾ .

والحقيقة أن نص المادة (377) من قانون العقوبات الليبي كان ملغىً ضمناً بموجب القانون رقم (6) لسنة 1423 م بشأن أحكام القصاص والدية ، ولهذا فالإحالة إلى هذا النص بموجب القانون الأخير 18 لسنة 2016 م هي في الواقع إحالة على معدوم⁽⁶⁾ .

وهذا اتضح لنا عقوبة القتل الخطأ في قانون العقوبات ، يبقى أن نتعرف على عقوبة القتل الخطأ في قانون المرور على الطرق العامة إذا ارتكب الفعل بواسطة المركبة الآلية على الطرق العامة .

ثانياً - عقوبة القتل الخطأ في قانون المرور على الطرق العامة:

نصت المادة (59) من قانون المرور على الطرق العامة رقم (11) لسنة 1984 م على عقوبة القتل الخطأ حيث جاء نصها على النحو التالي: " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ، وبغرامة لا تقل عن مائتي دينار ولا تتجاوز الألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وبسحب ترخيص القيادة مدة لا تقل عن سنة ، ولا تتجاوز أربع سنوات كل من قتل بمركبته الآلية نفساً خطأً أو تسبب في قتلها " .

وهذا النص تم إعادة العمل به بموجب القانون رقم (19) لسنة 2016 م بشأن إلغاء حكم من القانون رقم (13) لسنة 1423 م ، بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (11) لسنة 1984 م بشأن المرور على الطرق العامة حيث كان النص على النحو التالي: "مع عدم الإخلال بأحكام قانون تحريم شرب الخمر وقانون المخدرات والمؤثرات العقلية يعاقب بالسجن كل من قتل بمركبته الآلية نفساً خطأً أو تسبب في قتلها " .

(3) أبو بكر أحمد الأنصاري ، مرجع سابق ، ص 234 وما بعدها.

(4) محمد رمضان بارة ، القانون الجنائي الليبي (القسم الخاص) ، الجزء الأول ، دن ، طرابلس ، ط4 ، 1998م ، ص 136.

(5) أبو بكر أحمد الأنصاري ، مرجع سابق ، ص 235.

(6) محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دط ، ص 107 وما بعدها.

(7) محمد رمضان بارة ، مرجع سابق ، ص 137.

(8) طارق محمد الجملي ، "ملامح من ضوابط التجريم والعقاب في القوانين الجنائية الخاصة والمكملة" ، مجلة القانون للبحوث والدراسات القانونية، كلية القانون ، جامعة طرابلس ، عدد خاص بالمؤتمر التكريمي الثالث ، 2019م ، ص 314 وما بعدها .

يشترط لانطباق هذا النص أن يكون القتل الخطأ بالمركبة الآلية على الطرق العامة ، أما إذا وقع القتل خطأً بوسيلة أخرى غير المركبة الآلية فلا ينطبق هذا النص، وينطبق في هذه الحالة نص المادة (377) من قانون العقوبات الليبي المشار إليه آنفاً .

وقد حدد القانون رقم (11) لسنة 1984م بشأن المرور على الطرق العامة المقصود بالمركبة الآلية وأنواعها ، حيث بينت المادة (1) من هذا القانون :المقصود بالمركبة الآلية بأنها : " كل مركبة ذات محرك آلي معدة للسير على الطرق العامة عدا المعدة للسير على السكك الحديدية ، وتعتبر في حكم المركبة الآلية كل مركبة مقطورة بإحدى المركبات الآلية " .

وبينت الفقرة (3) من ذات المادة المقصود بالطرق العامة على النحو التالي : "وتعتبر من الطرق العامة في تطبيق أحكام هذا القانون الطرق والمسالك الصالحة لمرور المركبات داخل المزارع والمنشآت العامة أو الخاصة وما في حكمها " .

وتم تحديد أنواع المركبات الآلية في المادة الثانية من هذا القانون⁽¹⁾ ، وألحقت بها أنواع خاصة من المركبات الآلية بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام (سابقاً) رقم 257 لسنة 1994م بشأن إلحاق بعض أنواع المركبات الآلية بأنواع المركبات المنصوص عليها في قانون المرور على الطرق العامة⁽²⁾ .

وفيهم مما تقدم أن العقوبة المنصوص عليها للقتل الخطأ في المادة (377) عقوبات هي التي ستطبق إذا وقع القتل الخطأ بمركبة غير آلية مثل: العربة المجرورة بحيوان أو بقوة الإنسان أو دراجة عادية .

ولا يشترط أن تكون المركبة الآلية في حالة قيادة من قبل سائقها فيسأل عن قتل الخطأ إذا أوقف مركبته في منحدر دون أن يتخذ ما يلزم لمنع تحركها ، فتتحرك وتصدم أحد المارة وتتسبب في وفاته⁽³⁾ .

والملاحظ أن المشرع اعتبر القتل الخطأ بالمركبة الآلية من الجنح قبل التعديل الأخير حيث كانت جناية ؛ لأن عقوبتها السجن ، ويحكم بسحب ترخيص القيادة مدة لا تقل عن سنة ، ولا تتجاوز أربع سنوات كعقوبة تكميلية .

ويذهب رأي إلى أن التمييز بين القتل الخطأ بطريق المركبة الآلية والقتل بطرق أخرى في غير محله ؛ لوجود طرق أخرى للقتل الخطأ أخطر من المركبة الآلية كالقتل الخطأ بالمواد الكيماوية أو النووية أو المشعة⁽⁴⁾ ، ويمكن القول أن التمييز لا يوجد ما يبرره باعتبار أن الفعل ارتكب بدون تعمد فلا عبرة بالوسيلة التي بواسطتها ارتكب القتل الخطأ .

(9) حددت المادة الثانية من القانون رقم (11) لسنة 1984م بشأن المرور على الطرق العامة أنواع المركبات الآلية على النحو الآتي بيانه : "تحدد أنواع المركبات الآلية بما يلي:

- 1- سيارة خاصة: وهي المعدة للاستعمال الشخصي.
- 2- سيارة ركوب عامة: وهي المعدة لنقل سبعة ركاب فأقل بمقابل.
- 3- سيارة حافلة: وهي المعدة للنقل العام أو الخاص للركاب أو لنقل الركاب في رحلات سياحية.
- 4- سيارة نقل بضائع: وهي المعدة لنقل البضائع والمهمات والحيوانات سواء كانت مخصصة للاستعمال الخاص أو للنقل بمقابل ويجوز لهذه السيارة حمل بعض الركاب في حدود ما تقرره اللجنة الشعبية العامة للعدل.
- 5- سيارة جرارة: وهي معدة لجر المركبات المقطورة ولا يسمح بتصميمها بوضع أية حمولة عليها.
- 6- مركبة مقطورة: وهي المعدة للسير على عجلتين فأكثر مقطورة بمركبة آلية.
- 7- دراجة نارية: وهي المعدة للسير على ثلاث عجلات ولا يكون تصميمها على شكل سيارة مهما بلغت قوة المحرك.

ويجوز بقرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل إلحاق أي نوع آخر من المركبات الآلية بإحدى الأنواع المذكورة في هذه المادة" .

- (10) حيث تضمن هذا القرار النص على الآتي :
- 1- تلحق بالسيارات الخاصة المركبات الآلية التالية : سيارات الإسعاف ، والسيارات المعدة للتأجير ، وسيارات نقل الموتى .
 - 2- تلحق بسيارات نقل البضائع المركبات الآلية التالية : سيارات المستشفيات المتنقلة ، سيارات الإطفاء ، سيارات الإنقاذ ، السيارات الراقعة ، السيارات ذات السلام ، سيارات حفر الآبار ، سيارات الأغراض الخاصة ، الجرارات الزراعية ، الجرارات الصناعية ، الآلات الثقيلة ، مصطفى عبد الحميد الناكوع ، المواجهة الجنائية للقتل والإيذاء الخطئين في قانون المرور الليبي ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة الزيتونة ، غير منشورة ، 2019م ، 16 وما بعدها .

(11) أبو بكر أحمد الأنصاري ، مرجع سابق ، ص 238 وما بعدها .

(12) خالد سالم فلاح ، فرج عبدالواحد نويرات ، الدية وإشكالياتها في القانون الجنائي الليبي ، مجلة جامعة الزيتونة ، جامعة الزيتونة ، ترونة ، العدد 33، مارس 2020م ، ص 319.

وبعد أن تعرفنا على العقوبة التعزيرية للقتل الخطأ ، يبقى أن نتعرف على عقوبة الدية للقتل الخطأ في (الفرع الثاني) .

الفرع الثاني: عقوبة الدية للقتل الخطأ

يحكم القاضي بالإضافة إلى عقوبة القتل الخطأ في قانون العقوبات أو في قانون المرور على الطرق العامة بالدية المقررة شرعاً على العاقلة وفقاً لأحكام القانون ، وفي كل الأحوال لاتأخذ الدية أحكام الغرامة المقررة في قانون العقوبات ، ومعنى ذلك أنه يجوز الحكم بعقوبة الغرامة المقررة طبقاً لنص المادة (377) من قانون العقوبات الليبي إذا وقع القتل الخطأ بوسيلة أخرى غير المركبة الآلية، حيث يمكن للقاضي الحكم بالغرامة كعقوبة أصلية في الصورة البسيطة للقتل الخطأ بما لا يجاوز مائتي دينار أو بما لا يجاوز أربعمئة دينار في الصورة المشددة في حالة تعدد المجني عليهم أو إذا كان الجاني متعاطياً مواد مسكرة أو مخدرة، وأيضاً يحكم بالغرامة في جريمة القتل الخطأ باستخدام المركبة الآلية التي لاتقل عن مائتي دينار ولا تتجاوز الألف دينار بالإضافة إلى الحكم بالدية المقررة شرعاً . والدية مبلغ محدد شرعاً يحكم به في أحوال محددة هي : القتل الخطأ، ويحكم بها على العاقلة، وفي القتل العمد غير الموجب للقصاص، ويحكم بها على الجاني، وفي كل الأحوال يجوز الاتفاق على إسقاط الدية أو إنقاصها أو طريقة سدادها ، سواء في القتل العمد أو الخطأ⁽¹⁾ .

وقد حددت المادة (3) من القانون رقم 18 لسنة 2016م مقدار الدية على النحو التالي :

أولاً : مقدار دية قتل الذكر خطأ في حال الحكم بها على العاقلة قيمة مائة من الإبل أو 4250 جراماً من الذهب الخالص أيهما أقل، وتقدر بالدينار الليبي من الجهات الرسمية بالدولة وقت صدور الحكم بها.
ثانياً : تكون دية المرأة على النصف من دية الرجل.

وتجب الدية على العاقلة⁽²⁾ في القتل الخطأ وتعدد بتعدد القتلى فإن لم توجد عاقلة تولاهما المجتمع ، وتنفيذ الدية بطرق تنفيذ الالتزام المدني، وتحتسب منها المبالغ المدفوعة من شركات التأمين⁽³⁾ .

ولا تعدد الدية بتعدد الجناة وتوزع عليهم بمقدار اشتراكهم ، و يجوز اتفاق مستحقي الدية مع العاقلة على التخفيف منها أو تعجيلها ، ويجوز للجاني في قتل الخطأ الاتفاق مع المستحقين للدية على أن يقوم بسدادها مقابل تنازلهم عن الدية وتبرأ العاقلة بذلك من الدية وتسري عليه أحكام الفضالة⁽⁴⁾ ، وتستحق دية القتل للورثة حسب أحكام الميراث⁽⁵⁾ .

هكذا تبين لنا العقوبة المقررة للقتل الخطأ في القانون الليبي : يُطرح التساؤل الآتي : هل كان المشرع موقفاً في الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية لجريمة القتل الخطأ ؟ وهو ما ستم الإجابة عليه في (المطلب الثاني)

المطلب الثاني

تقييم مسلك المشرع في الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية

بعد استعراض العقوبة المقررة للقتل الخطأ حسب آخر التعديلات في القانون رقم 18 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية، اتضح لنا أن المشرع قد جمع بين

(13) راجع المادة (3) مكرر (أ) من القانون رقم (18) لسنة 2016م .

(14) عاقلة الشخص هم عصبته فإن لم يوجدوا أو لم يمكن جبرهم على الوفاء أدخل أهل المهنة، ويصدر حكم قضائي بإلزامهم بالسدق وطريقة تنظيم الدفع، فإن لم يتحقق ذلك تولاهما المجتمع. راجع المادة (5/3) من القانون رقم 18 لسنة 2016م .

(15) راجع المادة (5) من القانون رقم (18) لسنة 2016م .

(16) راجع المادة (5 / 5 - 4 - 6) من القانون رقم 18 لسنة 2016م .

(17) راجع المادة (6) من القانون رقم 18 لسنة 2016م .

العقوبة التعزيرية والدية، وقد كان هذا التعديل بموجب المقترح المعروض من لجنة مراجعة القوانين بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية؛ الأمر الذي يدعو إلى الاستغراب والتساؤل، فجزاء القتل الخطأ واضح وجلي بنص القرآن الكريم المتمثل في الدية والكفارة لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً: وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا: فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ: وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [سورة النساء، الآية 92]

ولهذا سنحاول تقييم مسلك المشرع في الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية من خلال المقارنة بين العقوبة المقررة للقتل الخطأ في القانون 6 لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية (الفرع الأول) ومسلكه في آخر تعديل طبقاً للقانون رقم 18 لسنة 2016م في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقييم مسلك المشرع للعقوبة المقررة للقتل الخطأ في القانون رقم 6 لسنة 1423م
نصت المادة الثالثة من القانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن القصاص الدية على الآتي: "القتل الخطأ: مع عدم الإخلال بأحكام قانون المرور على الطرق العامة وقانون تحريم الخمر وقانون المخدرات والمؤثرات العقلية يعاقب كل من قتل نفساً خطأ أو تسبب في قتلها بغير قصد ولا تعمد بالدية كما ورد في سورة النساء الآية 91-92".
تبين من خلال هذا النص أن الدية هي العقوبة المقررة للقتل الخطأ بوسيلة غير المركبة الآلية، أما إذا وقع القتل الخطأ عن طريق المركبة الآلية على الطرق العامة فتكون العقوبة السجن وفقاً لنص المادة (59) قبل تعديله بالقانون رقم 19 لسنة 2016م) من القانون رقم 11 لسنة 1984م بشأن المرور على الطرق العامة.
بهذا تكون الدية هي المطبقة على جريمة القتل الخطأ بوسيلة غير المركبة الآلية طبقاً لما ورد في سورة النساء الآية 92.

وعليه يكون المشرع قد وافق الشريعة الإسلامية في تقريرها للدية كعقوبة للقتل الخطأ، وإن كانت الشريعة الإسلامية لم تفرق في وسيلة القتل الخطأ فالدية هي الجزاء المقرر للقتل الخطأ بصفة عامة دون اعتبار للوسيلة التي تم بها القتل الخطأ.

الواقع أن التمييز في العقاب لجريمة القتل الخطأ بناءً على اختلاف الوسيلة؛ لا يوجد ما يبرره؛ لأن الجريمة في كل الأحوال ارتكبت بدون تعمد، فكان حرياً بالمشرع أن يقرر عقوبة الدية بغض النظر عن الوسيلة التي ارتكب بها القتل الخطأ حتى يتحقق التوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وبعد أن تطرقنا لتقييم مسلك المشرع للعقوبة المقررة للقتل الخطأ في القانون رقم 6 لسنة 1423م، يبقى لنا تقييم مسلك المشرع للعقوبة المقررة للقتل الخطأ في القانون رقم 18 لسنة 2016م في (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: تقييم مسلك المشرع للعقوبة المقررة للقتل الخطأ في القانون رقم 18 لسنة 2016م

بناءً على ما عرضته لجنة مراجعة القوانين بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية التي أنشئت بموجب قرار رئيس المؤتمر الوطني العام رقم (25) لسنة 2015م تم إقرار القانون رقم 18 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية، والذي بموجبه تم الجمع بين العقوبة التعزيرية للقتل الخطأ المنصوص عليها في قانون العقوبات أو قانون المرور على الطرق العامة حسب الأحوال والدية، بحيث يحكم القاضي بالدية المقررة شرعاً وفقاً للقانون رقم 18 لسنة 2016م، والحقيقة أن مهمة اللجنة هو تعديل القوانين بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية التي لم تقرر إلا الدية والكفارة فقط بموجب النص القرآني الصريح في سورة النساء، الآية (92) لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً: وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ

مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ۚ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ۚ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ۚ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٤٠﴾ .

فالنص هنا واضح ولا يحتاج إلى تأويل بإنزال عقوبة الكفارة والدية للقتل الخطأ⁽¹⁾، وبهذا فرضت الشريعة الإسلامية عقوبة مقدره لا يجوز مخالفتها ويتوجب إنزالها على الجاني متى ثبت ارتكابه لهذه الجريمة⁽²⁾، والدية في القتل الخطأ تتحملها العاقلة، أما الكفارة فتقع على القاتل.

الواقع أن الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية سيضعنا أمام إشكال غريب ومعقد، وهو الإزدواج العقابي عن طريق تطبيق العقوبة التعزيرية والدية معاً، فكان من الأجدر الإبقاء على الدية كعقوبة للقتل الخطأ كما فعل المشرع في القانون رقم 6 لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية، فلا مجال للخروج من هذا المأزق إلا بالاتفاق على إسقاط الدية مع المستحقين لها عملاً بنص المادة (3) مكرر(أ) من القانون رقم 18 لسنة 2016م التي جاء فيها: "... وفي كل الأحوال يجوز الاتفاق على إسقاط الدية أو إنقاصها أو طريقة سدادها".

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام: ماهي الغاية من وراء التشدد العقابي للقتل الخطأ بالجمع بين العقوبة التعزيرية والدية، ألا يجدر بنا التوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء بإقرار عقوبة الدية للقتل الخطأ: لأن القتل الخطأ لا ينم على خطورة إجرامية.

بالإضافة إلى ما تقدم فنص المادة (377) قد ألغي ضمناً بموجب القانون رقم 6 لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص فكيف تتم الإحالة إليه وإعادة العمل به من جديد بموجب القانون رقم 18 لسنة 2016م.

في الحقيقة نحن بحاجة إلى إعادة تقييم شامل ومتكامل للمنظومة العقابية بصفة عامة؛ بعيداً عن هذا التخبط الحاصل، فهل يعقل أن يكون التوافق بين الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الليبي بهذا الشكل، فما توصلت إليه اللجنة لا يمكن اعتباره إلا تليفقاً غير مقبول على الإطلاق.

وعليه يجب المضي في إجراءات أكثر فاعلية لتعديل القانون رقم 18 لسنة 2016م وإقرار عقوبة الدية لجريمة القتل الخطأ، أو الطعن فيه دستورياً لمخالفته الصريحة لنص المادة الأولى من الإعلان الدستوري الليبي الصادر في عام 2011م الذي جاء فيه ما يلي: "ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع..."

وفي هذا السياق أصدرت المحكمة العليا حكماً في الطعن الدستوري رقم 59/29 ق بعدم دستورية نص المادة رقم (3) مكرر من القانون رقم 1430/7 م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 1423/6 م بشأن أحكام القصاص والدية الذي نص على الآتي: "يحدد المقدار المالي للدية بما يقبل به ولي الدم".

وجاء من ضمن أسباب حكمها ما يلي: حيث إن نعي الطاعن بعدم دستورية النص المطعون فيه شديد، ذلك أن المادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 2011.8.3 ينص على أن: "... الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ..."⁽³⁾، فحكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبعدم دستورية نص المادة الثالثة مكرر من القانون رقم 7 لسنة 1430 م بتعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 بتعديل أحكام قانون القصاص والدية، وينشر في الجريدة الرسمية.

(18)دليلة براف، "عقوبة القتل الخطأ في الفقه الإسلامي"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، الجزائر، المجلد 3، العدد 1، 2013م، ص 105.

(19) محمد جبر جميل، "عقوبة جريمة القتل الخطأ في قانون العقوبات المصري والجزائري" (دراسة تقيمية في ضوء الشريعة الإسلامية)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالحفلة، الجزائر المجلد 5، العدد 4، ديسمبر 2020 م، ص 552 وما بعدها.

(20) المحكمة العليا، طعن دستوري رقم 59/29 ق، جلسة 2013/12/23.

فاللجوء إلى القضاء من بين الوسائل المتاحة لمحاولة إيجاد العلاج المناسب للإشكال المترتب على الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية ؛ ومحاولة التدخل لإصلاح الأخطاء التي وقع فيها المشرع ؛ ولإحداث التوافق مع أحكام شريعتنا الغراء .

الخاتمة

توصلنا من خلال هذا البحث إلى بعض النتائج والتوصيات على النحو الآتي :

أولاً – النتائج:

- فرضت الشريعة الإسلامية عقوبة مقدره للقتل الخطأ متمثلة في : الكفارة والدية فلا يجوز مخالفتها ويتوجب تطبيقها متى ثبت ارتكاب الجريمة.
- بناءً على ما عرضته لجنة مراجعة القوانين بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية التي أنشئت بموجب قرار رئيس المؤتمر الوطني العام رقم (25) لسنة 2015م تم إقرار القانون رقم 18 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية ، والذي بموجبه تم الجمع بين العقوبة التعزيرية للقتل الخطأ المنصوص عليها في قانون العقوبات أو قانون المرور على الطرق العامة حسب الأحوال والدية ، وبهذا تكون هذه اللجنة قد خالفت أحكام الشريعة الإسلامية وابتعدت عن الهدف الذي أنشئت من أجله .
- لا يوجد ما يبرر التمييز في العقاب لجريمة القتل الخطأ؛ لأن الفعل ارتكب بدون تعمد فلا عبرة بالوسيلة التي بواسطتها ارتكب القتل الخطأ .
- الإحالة إلى نص المادة (377) من قانون العقوبات الليبي بموجب القانون الأخير 18 لسنة 2016م هي في الواقع إحالة على معدوم؛ لأن نص المادة (377) كان ملغىً ضمناً بموجب القانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية .
- الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية سيضعنا أمام إشكال معقد ألا هو: الازدواج العقابي عن طريق تطبيق العقوبة التعزيرية والدية معاً ، فكان من الأجدر الإبقاء على الدية كعقوبة للقتل الخطأ كما فعل المشرع في القانون رقم 6 لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية .
- لا مجال للخروج من مشكلة الجمع بين العقوبة التعزيرية والدية إلا بالاتفاق على إسقاط الدية مع المستحقين لها عملاً بنص المادة (3) مكرر(أ) من القانون رقم 18 لسنة 2016م التي جاء فيها : "...وفي كل الأحوال يجوز الاتفاق على إسقاط الدية أو إنقاصها أو طريقة سدادها " ، أو العمل على تعديل القانون وإقرار عقوبة الكفارة والدية للقتل الخطأ .

ثانياً – التوصيات:

أوصي بتعديل نص المادة الثالثة من القانون رقم 18 لسنة 2016م ؛ بحيث يكتفى بتطبيق عقوبة الدية لجريمة القتل الخطأ ؛ تماشياً مع الشريعة الإسلامية .

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً - القرآن الكريم برواية قالون عن نافع.

ثانياً- مراجع الفقه القانوني :

- أبوبكر أحمد الأنصاري، شرح قانون العقوبات الليبي (القسم الخاص)، الكتاب الأول، دن، ط1 ، 2013م.
- خالد سالم فلاح ، فرج عبدالواحد نويرات ، الدية وإشكالياتها في القانون الجنائي الليبي ، مجلة جامعة الزيتونة، جامعة الزيتونة ، ترهونة ، العدد 33، مارس، 2020م.
- دليلة براف ، عقوبة القتل الخطأ في الفقه الإسلامي ،مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البليدة ، الجزائر، المجلد 3 ، العدد 1 ، 2013م.
- طارق محمد الجملي ، " ملامح من ضوابط التجريم والعقاب في القوانين الجنائية الخاصة والمكملة" ، مجلة القانون للبحوث والدراسات القانونية، كلية القانون ، جامعة طرابلس ، عدد خاص بالمؤتمر التكريمي الثالث ، 2019م.
- محمد جبر جميل ، "عقوبة جريمة القتل الخطأ في قانون العقوبات المصري والجزائري"(دراسة تقويمية في ضوء الشريعة الإسلامية) ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، جامعة زيان عاشور بالجفلة ، الجزائر المجلد 5 ، العدد 4 ، ديسمبر 2020 م.
- محمد رمضان بارة ، القانون الجنائي الليبي (القسم الخاص) ، الجزء الأول ، دن ، طرابلس ، ط4 ، 1998م.
- محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، دط ، دس.
- مصطفى عبدالحميد الناكوع ، المواجهة الجنائية للقتل والإيذاء الخطئيين في قانون المرور الليبي ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة الزيتونة ، غير منشورة ، 2019م.

مكانة الشريعة الإسلامية من القواعد الدستورية

"ليبيا أنموذجاً"

The status of Islamic law among the constitutional rules

"Libya as a model"

د. محفوظ علي تواتي

أستاذ مشارك بقسم القانون " العام " بكلية الشريعة والقانون

الجامعة الأسمرية الإسلامية – زيتين (ليبيا)

mahfodtwati@asmarya.edu.ly

الملخص:

تعد العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقواعد الدستورية محل جدل كبير في الجوانب الفقهية والسياسية والقانونية، وتمثل هذه العلاقة نقطة خلاف بين الكثير من الباحثين والمفكرين، ولعل ذلك يرجع إلى النظرة التي ينطلق منها كل باحث في هذا الموضوع، ولا نبالغ بقولنا إن العلاقة بين الشريعة الإسلامية والدستور تمثل في زماننا الحالي حلقة صراع كبرى بين الدول، وخاصة في مجال حقوق الإنسان، وقد زادت هذه المناقشات والأفكار في الظهور بعد ما عرف بالربيع العربي والبدء في وضع دساتير لبعض الدول التي شهدت تحولات سياسية جذرية، وبدأ الحديث عن مكانة الشريعة الإسلامية في الدساتير المقبلة ومكانتها بالنسبة للدستور، وبالتالي للتشريعات الأخرى التي تلي الدستور في المرتبة، وليست ليبيا ببعيد عن هذه المسألة كونها تمر بمرحلة وضع دستور جديد، تظهِر فيه الحاجة لبيان مكانة الشريعة الإسلامية منه ومن التشريعات الأخرى، خاصة أن الدولة الليبية مرت بعدة مراحل دستورية كان لكل مرحلة منها قواعدها القانونية التي تنظمها، وبالتالي كان هذا البحث وسيلة للتعرف على دور الشريعة الإسلامية في صياغة الدساتير وأثرها على التشريعات بمختلف درجاتها.

الكلمات المفتاحية:

دستور، شريعة، قانون، ليبيا، مصادر.

Abstract:

The relationship between Islamic law and constitutional rules is subject of controversy in the jurisprudential, political and legal aspects; this relationship represents a point of contention between many researchers and thinkers.

Perhaps this is due to the point that every researcher bases on this topic, and we do not exaggerate when we say that the relationship between Islamic law and the constitution in our current time represents a major conflict between countries, especially in the field of human rights.

These discussions and ideas increased in the emergence of what was known as the Arab Spring and the start of drafting constitutions for some countries that underwent radical political changes. A discussion began about the position of Islamic law in future constitutions and its

position in relation to the constitution and thus other legislations that follow the constitution in rank.

Libya is not far from this issue, as it is going through a stage of drafting a new constitution, in which the need arises to indicate the status of Islamic law from it and from other legislation, especially since the Libyan state went through several constitutional stages, each of which had its legal rules. It was organized by them, and thus this research was a way to learn about the role of Islamic law in drafting constitutions and its impact on legislation of various degrees.

Key words: Constitution, Sharia, Law, Libya, sources.

مقدمة:

تعد الدساتير قمة الهرم التشريعي في الدول، ولذلك فإن نصوصها تعتبر أهم القواعد القانونية، فهي المصدر الأساسي للمشروعية، سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أو غير مكتوبة، ولما كانت للدساتير هذه الأهمية، فإن الخلفية والمرجعية التي تستقى منها القواعد الدستورية تعد أهم عناصر صياغة الدساتير، ومع اختلاف هذه المصادر والمرجعيات نجد أن نصوص الدساتير تختلف في بعض الأحكام والقواعد، وتتوافق في أحكام وقواعد أخرى. ولعل أبرز المصادر التي يبرز اختلاف الدساتير فيها هو المصدر الديني، خاصة الشريعة الإسلامية، فهي باعتبارها تمثل ديننا شاملا لتنظيم كافة مناحي الحياة الإنسانية والمعاملات الدنيوية، فلا تقتصر على تنظيم علاقة الإنسان بربه، بل تُعنى أيضا بتنظيم علاقته مع الغير بما فيهم الدولة حكاما ومحكومين، وتنظم الشريعة المعاملات والعلاقات التجارية والأسرية بما فيها البيع والشراء والزواج والطلاق بل وحتى تربية الأبناء واللباس. ومع تطور الحياة الدستورية في العالم وظهور الدساتير برزت مسألة ظلت محل نقاش إلى يومنا الحالي، خاصة مع ظهور المفاهيم الحديثة لحقوق الإنسان والعلاقات الدولية، فأصبحت مسألة العلاقة بين الدستور والشريعة الإسلامية ومكانتها منه محل جدل وخلاف فقهي، وعلى مستويات رسمية وغير رسمية، هذا النقاش في الواقع يبرز من خلال قاعدتين، الأولى: قاعدة شرعية ثابتة في الشريعة الإسلامية، وهي إلزامية أحكام الشريعة لكافة المسلمين امتثالا للأمر الإلهي في القرآن الكريم ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [سورة المائدة، الآية 49]، وقوله تعالى ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [سورة الحشر، الآية 7]، والثانية: هي قاعدة قانونية تجعل الدستور في قمة الهرم التشريعي؛ في هذا الجانب انقسمت الآراء إلى قسمين، قسم يرى أن الشريعة الإسلامية ذات مكانة تسمو على الدستور، وبالتالي فسواء نُص فيه على ذلك أم لم ينص فالشريعة ملزمة بذاتها، وفريق يرى عكس ذلك ويقول أنه لتكون الشريعة ملزمة فلا بد من النص عليها صراحة في الدستور، عليه فإننا في هذا البحث سنحاول دراسة إشكالية رئيسية تتمثل في كيفية التوفيق بين هذه الآراء، من خلال الإجابة على عدة أسئلة أهمها:

- ما هي مصادر الدستور؟ وهل الشريعة الإسلامية تصلح لتكون مصدرا للدستور؟
- وما مفهوم الشريعة؟ وما المصادر التي تستقى منها أحكامها وقواعدها؟
- وما طبيعة العلاقة بين نصوص الدساتير الليبية والشريعة الإسلامية؟ وما أثر ذلك على التشريعات الليبية؟

هذه الإشكاليات والتساؤلات سنبحثها وفقا لفرضيتين:

الفرضية الأولى- الشريعة الإسلامية مكانتها سامية على الدستور سواء نص عليها فيه أو لا.

الفرضية الثانية- تتحدد مكانة الشريعة من القواعد الدستورية بما يحدده النص الدستوري.

وباتباع المنهج التحليلي النقدي سنحاول دراسة هذا الموضوع وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: الشريعة الإسلامية كمصدر للدستور

المطلب الأول: مصادر القاعدة الدستورية

المطلب الثاني: مصادر الشريعة كمرجع لنشأة القواعد الدستورية

المبحث الثاني: الشريعة والدستور في القانون الليبي

المطلب الأول: علاقة الشريعة الإسلامية بالدستور في ليبيا

المطلب الثاني: مكانة الشريعة الإسلامية بالنسبة للتشريعات العادية في ظل النصوص الدستورية

المبحث الأول

الشريعة الإسلامية كمصدر للدستور

يمثل الدستور قمة الهرم التشريعي في الدول الحديثة، وبالتالي فهو يعد ذا أهمية بالغة في تحديد طبيعة القواعد القانونية التي ستطبق داخل الدولة، ذلك أن هذه القواعد بمختلف درجاتها توضع وفقا لما يرد فيه من مبادئ وبما لا يخالفه، فمتى ما اعتنق دستور دولة ما مذهبا سياسيا أو عقائديا معيناً كان لزاماً أن تكون بقية القواعد الأدنى منه مرتبة هي الأخرى على ذات النسق والمنوال تطبيقاً لمبدأ سمو الدستور، وبالتالي فإن أي مخالفة تشريعية لنص دستوري تجعل النص الأدنى غير مشروع⁽¹⁾.

لكن ولئن كان هذا هو الأصل بالنسبة للقواعد الأدنى من الدستور، فإن السؤال الذي يرد عن قواعد الدستور ذاتها، من أين تستقى قواعدها وأحكامها، وما هي القواعد الملزمة لمن يضع الدستور؟ وما علاقة الشريعة الإسلامية بذلك؟

المطلب الأول

مصادر القاعدة الدستورية

إن القواعد الدستورية كغيرها من القواعد القانونية الأخرى لا تنشأ من العدم، ولا تكون مجرد صدفة، بل هي نتاج لمبادئ عدة تختلف باختلاف الأزمان والأماكن، والدساتير تتحد في بعض القواعد وتختلف في البعض الآخر، فنجد أنها تتفق في مسائل محددة كالحقوق الشخصية والمبادئ العامة كالعدالة والمساواة، وقد تختلف في مسائل أخرى كمسائل الحكم والنظم السياسية ومصادر القواعد القانونية الأدنى، وذلك كله يرجع إلى الفكرة التي على أساسها يبنى الدستور، ولهذا تتنوع مصادر الدستور إلى:

1- المصدر الطبيعي: ويقصد به القواعد التي يتم استنباطها من المبادئ الطبيعية والتي تتفق فيها أغلب الدساتير، كونها تنظم الحياة الإنسانية وتعنى بالحقوق الطبيعية والإنسانية، كالحق في الحياة، والحق في تكوين الأسرة، والتنقل، وغيرها من الحقوق المرتبطة بالإنسان، والتي تتفق فيها جميع الشعوب ونجدها في أغلب

(1) المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي رقم 31/45 الصادر بتاريخ 1986/2/4 الذي قضت فيه بأن (إن للتشريع في الدولة درجات ثلاث يمثل التشريع الأساسي فيها المقام الأعلى ويتلوه في المرتبة التشريعية العادي أو الرئيسي وهو ما يعرف بالقانون ، ثم يأتي التشريع الفرعي وهو ما يسمى بالوائح من تنفيذيه وتنظيميه ولوائح ضبط في المرتبة الأدنى وان هذا التدرج بين التشريعات في القوة يقتضى خضوع الأدنى منها للأعلى، ذلك أن كل تشريع يستمد قوته من مطابقته لقواعد التشريع الذي يعلوه ، فان صدر مخالفا لأحكامه عد ما ورد به من مخالفة لاغيا ، فالتشريع العادي - أي القانون - يجب ألا يعارض التشريع الأساسي ، والتشريع الفرعي او اللانحي ينبغي ألا يخالف القانون وأنه كما لا يحق للتشريع الأدنى أن يتضمن من الأحكام ما يخالف التشريع الذي يعلوه لا يحق له أيضا أن يأتي بما يفيد مطلق ذلك التشريع أو يخصص عامه أو يضع استثناء عليه، أو ينسخ حكما ورد فيه فان تضمن شيئا من ذلك كانت القوة والقابلية للتطبيق لما يرد بالتشريع الأعلى دون إعطاء أي قوة قانونية لما يحويه التشريع الأدنى من أوجه المعارضة أو المخالفة أو التقييد أو الإطلاق)، مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة 24، العدد 1-2، ص 198.

الديساتير؛ فسلطان الدولة يتحدد بالقواعد القانونية الموجودة منذ الأزل، والتي تعلق قواعد القانون الوضعي، وهذه القواعد تشتمل على مجموعة من النظم التي يتفق عليها الأفراد جميعهم باعتبارها مستنبطة من العقل والمنطق السليم، وهي باعتبارها صالحة للتطبيق باختلاف الزمان والمكان فهي تعلقها الدولة من قوانين وضعية، وبالتالي فعلى جميع سلطات الدولة أن تلتزم بأحكام وقواعد القانون الطبيعي فهي قواعد أبدية سرمدية⁽¹⁾، وفي هذا المعنى ذهب حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 14/1 ق الصادر بتاريخ 14/06/1970 حيث جاء فيه (... وحرمان أي مواطن من حق الالتجاء إلى القضاء مخالف لكل دساتير العالم المكتوبة وغير المكتوبة على أنه إذا خلا أي دستور مكتوب من النص على حق كل مواطن في الالتجاء إلى قضاء تؤمن له فيه حقوق الدفاع فإن هذا الحق مكفول دون الحاجة إلى النص عليه صراحة؛ لأنه حق مستمد من أوامر العلي القدير، وهو من الحقوق الطبيعية للإنسان منذ أن خلق)⁽²⁾.

2- المصادر الفلسفية: ويقصد بها المصادر التي يتم من خلالها وضع القواعد والأحكام الدستورية وفقا للفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها النظام السياسي في الدولة، فبعض الدول قد يكون نظامها مبنيًا على الرأسمالية أو الليبرالية أو الاشتراكية، فنجد أن القائمين على الدستور يضعون نصوصا دستورية تتماشى مع هذه الأنظمة⁽³⁾، فتضيق أو تتسع الحقوق الفردية والاقتصادية تبعًا لذلك، ويظهر ذلك جلياً عند الثورات والتغييرات السياسية المبنية على تطور الفكر الإنساني، كما هو الحال في فرنسا بعد الثورة الفرنسية حيث لا زالت الأفكار والحقوق التي وردت في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 مستمرة بدءًا من دستور الجمهورية الفرنسية الأولى لعام 1792 وحتى دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة الحالي لسنة 1958، ونلاحظ ذلك أيضا في دستور كوريا الشمالية عام 1948، ودستورها سنة 1972 حيث تظهر جليا في هذا الدستور الخلفية الاشتراكية التي وضعت القواعد الدستورية على أساسها⁽⁴⁾.

3- العرف: يعتبر العرف من المصادر الأساسية للقانون الدستوري، وبالرغم من انتشار التدوين والديساتير المكتوبة إلا أن العرف لا زال يشكل إلى اليوم دورا بارزا في نشأة القواعد الدستورية في الدول المعاصرة حتى تلك التي لها دساتير مكتوبة، ذلك أن العرف في القانون الدستوري قد يكون مصدرا للقاعدة القانونية وقد يغير أو يضيف بعض القواعد القانونية الموجودة، وحتى تلك القواعد المكتوبة، وبالتالي فإن للعرف مكانة عند وضع النصوص الدستورية، فكثير من الدول عند وضع دساتيرها استندت إلى قواعد عرفية تضمنتها في دساتيرها⁽⁵⁾.

4- المصدر التاريخي: بعض النصوص الدستورية يتم وضعها من خلال حوادث وسوابق تاريخية، بل وتستند على التاريخ والجدور التاريخية لدولة ما، ويتم النص عليها دستوريا لزيادة التأكيد عليها وترسيخها، كالنص على

(1) ينظر في تفصيل ذلك منصور ميلاد بونس، الوجيز في القانون الدستوري، بدون تحديد دار أو مكان النشر، 2013، ص 205-209.
(2) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 14/1 ق الصادر بتاريخ 14/06/1970/ مجلة المحكمة العليا، السنة 7، العدد 1، ص 11.

(3) فمثلا نجد في الإعلان الدستوري للجمهورية الليبية لسنة 1969 النص بوضوح على الاشتراكية حيث تضمنت أكثر من مادة إشارة صريحة إلى ذلك منها المواد (6) التي نصت على (تهدف الدولة إلى تحقيق الاشتراكية وذلك بتطبيق العدالة الاجتماعية التي تحظر أي شكل من أشكال الاستغلال وتعمل الدولة - عن طريق إقامة علاقات اشتراكية في المجتمع - على تحقيق كفاية من الإنتاج وعدالة في التوزيع، بهدف تذويب الفوارق سلميا بين الطبقات والوصول إلى مجتمع الرفاهية مستلهمة في تطبيقها للاشتراكية تراثها الإسلامي العربي وقيمه الإنسانية وظروف المجتمع الليبي)

والمادة (7) التي نصت على (تعمل الدولة على تحرير الاقتصاد القومي من التبعية والنفوذ الأجنبيين وتحويله إلى اقتصاد وطني إنتاجي يعتمد على الملكية العامة للشعب الليبي والملكيات الخاصة لأفرادها)

(4) ينظر في شرح نظام كوريا الشمالية، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، وثيقة أساسية تشكل جزءا من تقارير الدول الأطراف "جمهورية كوريا الشعبية الديمقراطية"، إصدارات الأمم المتحدة، 20 مارس 2000.

(5) للمزيد من التفصيل ينظر محمد عبدالعال السناري، القانون الدستوري "نظرية الدولة (الحكومة) دراسة تحليلية مقارنة"، جهاز نشر وتوزيع الكتاب الجامعي، جامعة حلوان، بدون تاريخ، ص 100-119.

انطواء أستراليا تحت العرش البريطاني⁽¹⁾، والنص في الدستور الياباني على تجريم الحروب في المادة 9 منه، والتي تم إضافتها في تعديل سنة 1947 والتي نصت على (إن الطموح الصادق للشعب الياباني للسلام العالمي يعتمد على العدل والقانون الذين يرفضان الحرب أو استخدام القوة لحل الخلافات الدولية ولتحقيق ذلك لن تمتلك اليابان، وللا بد، أية قوة حربية هجومية في البحر أو الجو أو على الأرض، أو أي نوع آخر من الإمكانيات العسكرية العدوانية، كما لن تعترف بحق الدولة في العدوان الحربي الهجومي)⁽²⁾.

5- المصدر الدولي: مع تطور المجتمع الدولي والعلاقات بين الدول ومفاهيم الحقوق الإنسانية، ظهرت الوثائق الدولية التي تنظم عديد الأمور التي ترد في الدساتير، وأصبحت جزءاً رئيسياً منها خاصة في مجال حقوق الإنسان، ومسائل السلم والحرب، ومن هذه الوثائق؛ ميثاق الأمم المتحدة³، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽⁴⁾، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁽⁵⁾، وغيرها من الوثائق التي تعد مصدراً من المصادر التي يلجأ لها واضعو الدساتير لتضمينها لدستور دولة ما باعتبارها تمثل إرثاً وقواعد مشتركة بين الدول.

6- الدين: هذا المصدر يتمثل في الديانة التي تُستقى منها بعض الأحكام القانونية، خاصة في الديانات التي تحتوي على أحكام تنظم العلاقات الاجتماعية أو علاقة الدولة بالأفراد، ويظهر هذا المصدر بوضوح في القواعد التي تنظم الأسرة أو تلك التي تنظم علاقة الحاكم والمحكوم، كما أنها تظهر في بعض الديانات بخلاف الديانات الأخرى، في هذا المجال نجد أن الدين الإسلامي يمثل مصدراً أساسياً للقواعد الدستورية في الدول الإسلامية نظراً للطبيعة الخاصة لأحكامه التي لا تقتصر على تنظيم علاقة العبد بربه فقط بل تتعداها لتنظم علاقة الأفراد ببعضهم، وتنظم حرياتهم، وتنظم علاقتهم بالسلطة الحاكمة، وهذه الأمور تعتبر من أهم القواعد الدستورية والقانونية، بالتالي نجد بعض الدول تجعل من الدين دستوراً، ومثال ذلك ما ورد في النظام الأساسي للمملكة العربية السعودية الصادر في 1992، الذي نصت المادة الأولى منه على أن (المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية... دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صل الله عليه وسلم)؛ حيث يعتبر القرآن والسنة هما دستور الدولة، ومنهما تستقى القواعد التشريعية بمختلف أنواعها ودرجاتها؛ في المقابل نجد أن الدين له تأثير على الدولة ليس فقط في الدول الإسلامية بل حتى في الدول الأخرى، بحيث تُضفى على الدولة طابعا دينيا صرفا، ويكون الحاكم فيها حاكما دينيا، من ذلك الحالة الفريدة لدولة الفاتيكان التي تأسست بالاستناد على اتفاقية لاتران في 11 فبراير 1929 حيث اعترفت فيها إيطاليا بدولة الفاتيكان، التي "يتمتع فيها البابا بالسلطة العليا بشكل مطلق، بما في ذلك السلطة القانونية والتنفيذية والتشريعية. وتقوم دولة الفاتيكان بمساندة أنشطة الكرسي الرسولي والمحافظة على إرثه الديني والثقافي والفني،" أي أنها وسيلة تأكيد حرية واستقلالية الكنيسة الكاثوليكية، وخاصة الكنيسة العالمية، فسيادة البابا -كونه يمثل الكرسي الرسولي- مجردة ومطلقة على جميع التابعين للكنيسة الكاثوليكية حول العالم⁽⁶⁾.

(1) جاء في ديباجة دستور أستراليا الصادر سنة 1901 النص على (حيث أن شعوب نيو ساوث ويلز، فيكتوريا، جنوب أستراليا، كوينزلاند، وتسمانيا، اعتمادا بتواضع على نعمة الله سبحانه وتعالى، وافقوا على التوحد في كومونولث اتحادي واحد لا يتجزأ، تحت عهد المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا)

(2) ورد هذا النص في الفصل الثاني من الدستور الياباني المكون من مادة واحدة وهي المادة التاسعة، وعنوان الفصل هو نبذ الحرب. وللمزيد عن خلفية هذه المادة وأصلها ينظر "من هو مؤلف المادة 9 من دستور اليابان"، مقال منشور على موقع اليابان بالعربي <https://www.nippon.com/ar/column/g00269> تاريخ الإطلاع 25 مارس 2021.

(3) وقع ميثاق الأمم المتحدة في 26 حزيران/يونيه 1945 في سان فرانسيسكو في ختام مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية وأصبح نافذاً في 24 تشرين الأول/أكتوبر 1945.

(4) اعتمد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من قبل هيئة الأمم المتحدة في 10 ديسمبر/كانون الأول 1948.

(5) اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966.

(6) ينظر في تفصيل ذلك ولاء علي، دبلوماسية الفاتيكان: سياسية أم دينية؟، جامعة بيرزيت "معهد إبراهيم أبو لغد للدراسات الدولية"، ص8،

<http://ialiis.birzeit.edu/blog/wp-content/uploads/2020/08/Walaa1-paper-pdf.pdf>

ولما كان موضوع هذا البحث يتركز على مكانة الشريعة الإسلامية من القواعد الدستورية، فإن السؤال هو عن دور الشريعة الإسلامية كمصدر للدستور، وماهية المصادر التي يستقي منها المشرع الدستوري أحكام الشريعة الإسلامية؟ وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

مصادر الشريعة كمرجع لنشأة القواعد الدستورية

إن مصطلح الشريعة الإسلامية تعبير مركب يتكون من كلمتين لكل منهما معناها اللغوي، فالشريعة مشتقة من الفعل شَرَعَ، وهو بمعنى سن شريعة، يقال (شرع الله لنا كذا بشرعه) أي: أظهره وأوضحه، ويقال شَرَعَ وأشْرَعَ الطريق أي بينه، واشترع الشريعة أي: سنّها، والشرع: ما شرع الله لعباده، والشريعة هي: العادة أو المثل، يقال هذه شِرْعَةُ فلان أي: مثلها، والشريعة جمعها شرائع: أي: السنة؛ ما شرع الله لعباده من السنن والأحكام، فالشرعي ما وافق الشرع وانطبق عليه⁽¹⁾، فالشرع والشريعة والتشريع معناها في اللغة واحد، فهي جميعاً مصدر من شَرَعَ بمعنى سن الأحكام والقواعد للناس، فالشريعة بمعنى المشروع والأحكام والقواعد الشرعية نفسها، فالشريعة هي الطريقة الظاهرة في الدين⁽²⁾.

أما الشق الثاني من المصطلح فهو الإسلامية، وهو مشتق من الإسلام، وهو في اللغة: الانقياد لأمر الأمر ونهيه بلا اعتراض⁽³⁾، فمعنى المصطلحين عند اجتماعهما هو انقياد الناس وخضوعهم لما شرع الله هذا من الجانب اللغوي. أما اصطلاحاً فهي ما سنه الله لعباده من الأحكام والقواعد بما أنزله في كتابه لتنظيم حياتهم الدينية والدينية؛ فيعرف بذلك البعض الشريعة الإسلامية بأنها "جملة من الأحكام والقواعد التي سنّها الله تعالى لعباده والتي أنزلها على نبينا محمد - صلى الله عليه وسلم - فيما يتعلق بأحكام العقيدة والعبادات والمعاملات والأخلاق"⁽⁴⁾، وعند ابن تيمية فإن مفهوم الشريعة اصطلاحاً أحد أقسام ثلاث "شرع منزل وهو ما شرعه الله ورسوله، وشرع متأول وهو ما ساغ فيه الاجتهاد، وشرع مبدل وهو ما كان من الكذب والفجور الذي يفعله المبطلون بظاهر من الشرع أو البدع أو الضلال الذي يضيفه الضالون إلى شرع الله"⁽⁵⁾ ويعرف البعض الآخر الشريعة الإسلامية بأنها "مجموعة الأوامر والأحكام الاعتقادية والعملية التي يوجب الإسلام تطبيقها لتحقيق أهدافه الإصلاحية في المجتمع"⁽⁶⁾، وعليه فالشريعة الإسلامية هي (الأوامر والنواهي التي وردت في دين الله لعباده ليسيروا عليها منهاجاً في حياتهم اليومية سواء كانت عبادات أو معتقدات أو معاملات)، فالشريعة الإسلامية هي الدين بالنسبة للمسلمين، وهم ملزمون بأن تكون جميع تصرفاتهم وأعمالهم متوافقة مع أحكامها وقواعدها، سواء كان ذلك بالنسبة لمعاملاتهم أو عباداتهم، وهنا يثار التساؤل عن مصادر الشريعة الإسلامية التي تؤخذ منها هذه الأحكام والقواعد.

تتعدد مصادر الشريعة الإسلامية التي تؤخذ منها الأحكام الشرعية في كافة الأمور، ويمكننا تقسيمها إلى:

أولاً- المصادر الإلهية: ونقصد بذلك الأوامر المباشرة لله العلي القدير سواء كان ذلك في كتاب الله تعالى أو وحياً وارداً في سنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - :

(1) لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، الطبعة 16، 1966، ص382.
(2) أسامة الحموي، مبادئ الشريعة الإسلامية، الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية 2018، منشور الكتروني، ص10.
(3) لويس اليسوعي، المرجع السابق، ص347.
(4) أسامة الحموي، المرجع السابق ذكره، ص10.
(5) باسم صبحي بشناق، محمد رفيق الشوبكي، دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني أثره في تنظيم وعمل السلطة التشريعية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثاني، 223-251 يونيو 2015، ص226.
(6) نفس المرجع، ص227.

1- القرآن الكريم : وهو المصدر الأساسي والأول للتشريع الإسلامي⁽¹⁾ ، فهو أصل لجميع الأصول الذي تبنى عليه جميع الأحكام ، ونصوصه قطعية لا تقبل التفتيد ولا الرد، فهو بالتالي قطعي الثبوت لوصوله لنا بالتواتر⁽²⁾ ، إلا أن دلالاته على الأحكام قد تكون قطعية وقد تكون ظنية، وذلك تبعاً لعدم احتمال بعض ألفاظه التأويل أو التفسير أو احتمال بعض ألفاظه لذلك، (فإذا كان اللفظ خاصاً لا يحتمل إلا معنى واحداً ولا يقبل التأويل ولا التفسير كانت دلالاته على الحكم قطعية وذلك كالأيات التي بها ألفاظ خاصة : مثل آيات الحدود والموارث ، قال تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [سورة النور، الآية 4]، وقال تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [سورة النساء، الآية 11]، وقال تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلِكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ [سورة النساء، الآية 12]، فلفظ ثمانين والنصف والرابع ونحوها من الألفاظ التي لا تحتمل إلا معنى واحداً، ولذا فهي تدل على معناها دلالة قطعية⁽³⁾؛ وإذا كان اللفظ الوارد في القرآن الكريم محتملاً لأكثر من معنى كانت دلالاته على الحكم دلالة ظنية، ويكون بالتالي محلاً للاجتهاد إذا لم توضحه السنة إجمالاً⁽⁴⁾.

2- السنة النبوية: وهي عند الأصوليين ما نقل عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من قول غير القرآن أو فعل أو تقرير⁽⁵⁾ ، والسنة بهذا المعنى تنقسم إلى⁽⁶⁾:

- 1- سنة قولية ، كقوله - صلى الله عليه وسلم - : (خيركم من تعلم القرآن وعلمه).
- 2- سنة فعلية : وهي ما نقل إلينا من فعله كصلاته - صلى الله عليه وسلم - وكيفية حجه وغير ذلك من العبادات التي قام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بها.
- 3- سنة تقريرية : ما وقع من فعل الصحابة وبلغه فعلهم أو فعل أحدهم فيقر ذلك ولا ينكره ، إما بالسكوت مع القدرة على الإنكار أو بإظهار أمارات الرضا⁽⁷⁾.

والسنة التشريعية بهذا لا تخرج عن أمرين؛ إما أن يوحى الله لنبيه بحكم معين في مسألة معينة ولكن الوحي لا يأتي للرسول - صلى الله عليه وسلم - كقرآن وإنما وحي من عند الله ويلفظ به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بكلمات من عنده ، قال تعالى (وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ)⁽⁸⁾ ، أو أن يكون الحكم من اجتهاد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فيستشير وينتهي إلى أمر يقرره، على أن لا يصح بقرءان بعد ذلك وإلا فإن السنة تُنسخ بالقرآن، وهو ما حدث في أسرى بدر عندما استشار فأشار عليه الصحابة بالفدية إلا عمر، فنزل القرآن الكريم في سورة الأنفال بقوله تعالى (مَا كَانَ لِإِنبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ)⁽⁹⁾ . أما ما فعله الرسول - صلى الله عليه وسلم - بوصف كونه

(1) يطلق التشريع الإسلامي على الأحكام التي أرسنها الرسالة الخاتمة، وحيا ورأياً، نصا واجتهاداً ثابتاً ومتغيراً..... فهو أي التشريع الإسلامي ينظم العلاقات الإنسانية كافة كعلاقة الإنسان بأخيه الإنسان إضافة إلى علاقته بربه، وبنفسه، وبالموجودات الأخرى من حيوانات وجمادات) ينظر د. صالح الطيب محسن، النص على مكانة التشريع الإسلامي في الدستور إشكاليات وحلول، ورقة علمية أقيمت في ندوة: «إشكاليات التشريع في الفكر الإسلامي المعاصر»، المنعقدة بنواكشوط 28-29 آذار/ مارس 2015م، تنسيق: د. ديدى ولد السالك. مؤسسة مؤمنون بالحدود للدراسات والأبحاث، ص4.

(2) ينظر في تفصيل ذلك، عباس متولي حمادة، أصول الفقه، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1388هـ -1968، ص45.

(3) نفس المرجع ص57.

(4) نفس المرجع السابق، نفس الصفحة، وينظر في ذات معني ما سبق كذلك محمد أبو زهرة، مالك "حياته وعصره-آراؤه وفقهه"، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ، 279-283.

(5) منصور محمد الشيخ، أصول الأحكام، مطبعة السعادة، مطبوعات الجامعة الإسلامية بالبيضاء، بدون تاريخ، ص74.

(6) ينظر في ذلك عباس متولي حمادة، المرجع السابق ذكره، ص108-110.

(7) محمد الشيخ، نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.

(8) سورة النجم الآية 3-4

(9) سورة الأنفال الآية 67

إنسانا كالقيام والقعود والنوم ولبس الثوب فليس تشريعاً فلا نلزم بفعله على الوجه الذي صدر منه عليه الصلاة والسلام⁽¹⁾.

وأما منزلة السنة من القرآن فهي ترد على أربعة وجوه⁽²⁾:

الوجه الأول: أن تكون السنة موافقة لما جاء في كتاب الله ومطابقة لما دل عليه من الأحكام، وهذه تعتبر مؤكدة ومقررة، فيكون للحكم في هذه الحالة دليان دليل من القرآن ودليل من السنة. ومن أمثلة ذلك توافق قوله عليه الصلاة والسلام (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه) مع قوله تعالى { يائها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}.

الوجه الثاني: أن السنة قد تكون مفسرة من خلال تفسير الآيات وتأويلها وبيان معناها وتوضيح مجمل القرآن، ففي الصلاة والزكاة والحج كان القرآن الكريم مجملاً وجاءت السنة ببيان أحكامها وأصولها.

الوجه الثالث: سنة مقيدة لمطلق الكتاب وذلك كما جاء في قوله جل شأنه (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما)، فالسنة قيدته بأن بينت النصاب الذي يقطع فيه وفي شروطه وحتى في كيفية تطبيق حد القطع.

الوجه الرابع: أن تشرع السنة أحكاماً جديدة سكت عنها القرآن الكريم، كتوريث الجدة السدس، وتحريم الرضاع بحيث يحرم من الرضاع من النسب، ووجوب صدقة الفطر.

ثانياً- المصادر غير الإلهية: وهي المصادر التي تستقي الأحكام من القرآن والسنة ولكنها تظل أقوالاً للفقهاء ولا ترقى لمرتبة المصادر الإلهية، ولا تكون إلا في الأحكام والقواعد ظنية الدلالة وبالتالي لا يتصور أن تخالف القواعد قطعية الثبوت والدلالة، ولعل أبرز وأهم هذه المصادر هي:

- 1- الإجماع: هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد - صلى الله عليه وسلم - في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي⁽³⁾. وعلى هذا الأساس فإن علماء الأصول يرون أن الإجماع لا يكون إلا بتوافق:
 - أ- أن يكون الاتفاق من المجتهدين من هم أهل للنظر في مدارك الأحكام الشرعية.
 - ب- أن يكون الاتفاق من جميع المجتهدين على حكم من الأحكام، أما إن كان الاتفاق من أكثرهم فإنه لا يكون إجماعاً؛ لأن الحق يحتمل أن يكون في جانب المخالف للأكثر ولو كان واحداً.
 - ت- أن يكون المجتهدون من أمة محمد عليه أفضل الصلاة والسلام، فلا يعتد باتفاق المجتهدين من أمة غيره من الأنبياء كالمستشرقين مثلاً.
 - ث- أن يكون الإجماع بعد وفاته عليه الصلاة والسلام، وعلى هذا لا وجود للإجماع ولا اعتباره في عصره؛ لأنه إذا وافق عليه الصلاة والسلام على الحكم الذي يتفق عليه الصحابة أصبح الحكم ثابتاً بالسنة التقريرية كما سبق البيان، وإن خالفهم سقط اتفاقهم، ولا يكون ما اتفقوا عليه حكماً شرعياً.
 - ج- أن يكون الحكم الذي اتفقوا عليه حكماً شرعياً كالوجوب أو الحرمة أو الصحة أو الفساد، وبالتالي لا يعد إجماعاً اتفاقهم على الأحكام الأخرى كالأحكام اللغوية أو غيرها من الأحكام العقلية، كثبات معلومة أو نظرية علمية أو ما شابه. فإذا ما تحققت هذه الشروط كان الإجماع متحققاً سواء كان إجماعاً صريحاً أو سكوتياً⁽⁴⁾.

(1) للمزيد من التفصيل ينظر زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، الطبعة الثانية، 1971، ص77-86.

(2) ينظر في تفصيل ذلك، محمد أبو زهرة، مرجع سبق ذكره، ص304-307.

(3) محمد بن صالح العثيمين، الأصول من علم الأصول "رسالة مختصرة من علم الأصول"، دار ابن الحوزي بالمملكة العربية السعودية، 1430 هـ، ص64. وتتنظر في تفصيل مفهومه وأحكامه، زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص87-111.

(4) ينظر للمزيد حول الإجماع وشروطه ينظر عباس متولي حمادة، مرجع سبق ذكره، ص115-143، وكذلك منصور محمد الشيخ، مرجع سبق ذكره، ص128.

رابعاً- القياس: وهو إلحاق أمر لم يرد حكمه في الكتاب أو السنة أو الإجماع بأمر ورد حكمه في أحدهما لاشتراكهما في علة الحكم⁽¹⁾، وقد أجمع عليه الفقهاء واعتبروه مرجعاً من مراجع التشريع وضربوا له أمثلة عديدة كحرمان الموصى له إذا ما قتل الموصي، قياساً على حرمان القاتل من الوصية الذي ثبت بالسنة (لا يرث القاتل)⁽²⁾، وأركان القياس أربعة:

1- الأصل الذي ورد النص على حكمه والذي يقاس عليه.

2. الفرع المطلوب معرفة حكمه بطريق القياس.

3. الحكم الشرعي الذي يراد إثباته للفرع.

4. الصلة المشتركة بين الأصل والفرع التي بسببها يؤخذ حكم الأصل للفرع⁽³⁾.

هذه هي أهم مصادر الشريعة الإسلامية، وبالطبع يوجد غيرها من المصادر، منها: الاستحسان، والمصالح المرسلة، والعرف، وشرع من قبلنا، وقول الصحابي، والاستصحاب، وعمل أهل المدينة، لمن يرى بذلك من المذاهب المختلفة⁽⁴⁾، عليه فإن هذه المصادر تعد أساساً في استنباط القواعد الشرعية من الأوامر الإلهية، وهي جميعاً صالحة لأن تكون أساساً للقواعد الدستورية والقانونية، وفي هذا الإطار فإن أحكام الشريعة الإسلامية يمكن تقسيمها وفقاً لمصادرها إلى:

القسم الأول/ الأحكام قطعية الثبوت قطعية الدلالة؛ وهذه الأحكام لا محل للاجتهاد فيها، إذ أنها ثابتة بالتواتر لا شك في ثبوتها، كما أن دلالتها ومعناها صريح واضح لا شك فيه فلا محل للاجتهاد، وهذا القسم هو شرع منزل. القسم الثاني/ أحكام قطعية الثبوت ظنية الدلالة؛ وهي الأحكام التي ثابتة بتواترها، ولكنها ظنية في معناها، إذ ليس لها معنى صريح، وبالتالي محل الاجتهاد في دلالتها مفتوح للفقهاء، وهو القسم الذي قال عنه الإمام ابن تيمية وهو ما ساع فيه الاجتهاد.

القسم الثالث/ وهو الأحكام التي ليس فيها نص صريح أو وردت بنص ظني الثبوت، وبالتالي يؤخذ الحكم فيها لاجتهاد عن طريق القياس أو المصالح المرسلة أو أية وسيلة فقهية، بشرط ألا تخالف القسمين السابقين. فإن خالفت القسمين السابقين كان شرعاً مبدلاً.

ولعل السؤال هنا، أي من الأقسام الثلاثة السابقة يعد مصدراً للقاعدة الدستورية؟

في هذه المسألة يميز البعض⁽⁵⁾ بين أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، فيرى أن ما يعتبر مصدراً للقواعد القانونية هي مبادئ الشريعة الإسلامية لا أحكامها، ذلك أن المبادئ هي الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها الواردة في القرآن والسنة دون غيرها من مصادر الفقه الإسلامي كالإجماع والقياس والاستحسان التي تقوم على الاجتهاد البشري خلافاً للقرآن والسنة، فمصدرهما الله سبحانه وتعالى، فالسنة باعتبارها وحى من الله سبحانه وتعالى تلحق بالقرآن الكريم فيما أتت به من أحكام شرعية قطعية الثبوت والدلالة، وهو ما معناه أن القسم الأول فقط هو ما يصلح أن يكون مصدراً ملزماً للقاعدة القانونية بصفة عامة والقاعدة الدستورية بصفة خاصة، ذلك أن الشريعة الإسلامية لما كانت - وفقاً لمن يرى بهذا الرأي - تتضمن من القواعد ما هو ظني الثبوت ظني الدلالة أو قطعي الثبوت وظني الدلالة، وبالتالي فالأنسب أن يؤخذ بالقطعي في ثبوته ودلالته إذ لا اختلاف فيه، أما بقية الأحكام فهي - كما

(1) عباس متولي حمادة، نفس المرجع السابق، ص144.

(2) زكي الدين شعبان، مرجع سبق ذكره، ص115.

(3) محمد أبو زهرة، مرجع سبق ذكره، ص364.

(4) ينظر في تفصيل ذلك أسامة الحموي، المرجع السابق ذكره.

(5) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م، ص85، 84، أشار إليه محمد رفيق مؤمن الشويكي، أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها والفرق بينهما، بحث منشور على <https://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-86-206295.htm> تاريخ الاطلاع 2021/03/23.

يرى الدكتور السنهوري- مذاهب متعددة لا محل للوقوف على أحدها دون الآخر، بل وكما يقول "لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة فهناك مذاهب أخرى، كمذهب الزيدية ومذهب الإمامية، يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد"⁽¹⁾، والواقع أن المحكمة الدستورية العليا المصرية بينت أ[الأقسام التي تعد مصدرا للقاعدة القانونية في حكمها في الطعن الدستوري رقم 19/16 ق الصادر بتاريخ 1998/6/6 والذي قضت فيه بأن (وحيث أن قضاء هذه المحكمة مطرد، على أن حكم المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها في 22 من مايو سنة 1980- يقيد السلطة التشريعية اعتباراً من تاريخ العمل بهذا التعديل، وأن مؤداه: ألا تناقض تشريعاتها أصول الشريعة الإسلامية التي لا يجوز الاجتهاد فيها، والتي تمثلها ثوابتها- مصدراً وتأويلاً- إذ هي عصبية على التأويل ولا يجوز تحريفها. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها، أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيماً لشؤون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً، ولا يعطل حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها متحرياً منهاج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً للشريعة عموم مقاصدها بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفوس والعقل والعرض والمال)⁽²⁾.

ولكن يبقى السؤال، بالرغم من أن الشريعة فيها من الأحكام والمبادئ التي تصلح لتكون مصدراً للقواعد الدستورية، ما هو الموقف بالنسبة للوضع في ليبيا، هل كانت الشريعة مصدراً للدساتير الليبية، وما تأثيرها ومكانتها بالنسبة للنصوص الدستورية والتشريعات الأدنى منها؟

المبحث الثاني

الشريعة والدستور في القانون الليبي

يمكن من خلال الشريعة الإسلامية استنباط المبادئ الشرعية ووضعها في قالب دستوري يلزم بقية التشريعات لتكون متوائمة مع النصوص الشرعية، إذ أنها تحتوي على مبادئ أساسية كالعادلة والمساواة والمساءلة للحاكم ووجوب طاعة الدولة، وكذلك القواعد العامة والتفصيلية لأحكام الأسرة والمعاملات التجارية وغيرها. وللوصول إلى النتائج المرجوة من هذا البحث لمعرفة مكانة الشريعة الإسلامية من القواعد الدستورية في القانون الليبي، وجب بيان ودراسة علاقة الشريعة الإسلامية بالدستور في ليبيا (مطلب أول) وكذلك دراسة مكانة الشريعة الإسلامية بالنسبة للتشريعات العادية في ظل النصوص الدستورية (مطلب ثان).

المطلب الأول

علاقة الشريعة الإسلامية بالدستور في ليبيا

مرت الدولة الليبية منذ استقلالها عام 1951 بمراحل سياسية عدة، وعرفت مراحل قانونية مختلفة، كان لهذه المراحل تأثيرها على الواقع التشريعي بصفة عامة والدستوري بصفة خاصة، وذلك نظراً لاختلاف الرؤى والخلفيات التي صيغت على ضوءها الدساتير الليبية، ومن خلال تتبع هذه الدساتير، يمكن توضيح القواعد الدستورية في ليبيا وعلاقتها بالشريعة الإسلامية في الآتي:

1- الشريعة كمرجعية للقواعد الدستورية: يمكن التكهن بمرجعية القواعد الدستورية من خلال ديباجة الدساتير، ذلك أن الديباجة تمثل المبادئ والقواعد الفلسفية والتوجهات الفكرية والعقائدية للدولة، فوفقاً للديباجة يمكن أن نتعرف على محتوى الحقوق والحريات ونطاقها، فهي إذاً مرآة للمصادر التي استند عليها المشرع

(1) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ص 61.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 19/16 ق، منشور على موقع المحكمة على الإنترنت على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/RuleViewer.jspx> تاريخ الاطلاع 2012/03/24.

الدستوري عند وضع النصوص الدستورية، وفي ليبيا التي عرفت منذ استقلالها عام 1951 العديد من الدساتير والوثائق الدستورية، يمكن القول بأن الإشارة إلى الدين أو الشريعة وردت في ديباجة كل الوثائق الدستورية عدا الإعلان الدستوري لسنة 1969، فقد جاء في دستور المملكة الليبية لسنة 1951 النص على (وبعد الاتكال على الله مالك الملك وضعنا وقررنا هذا الدستور للمملكة الليبية المتحدة)؛ ويلاحظ على هذا النص أنه لم يرد فيه ما يرجح أن هذا الدستور ذو مرجعية دينية، ولكن فقط إشارة إلى مسألة الملك وأن الله مالك الملك دون أن يكون في بقية نصوص الديباجة ما يشير إلى مرجعية الشريعة، والواقع أننا نرى أن النص على "التوكل على الله مالك الملك" إشارة إلى ما يعرف بالنظريات الإلهية لإضفاء نوع من الصبغة الدينية ليس على نصوص الدستور بل على منصب الملك، وبالرغم من احتواء الديباجة على بعض المبادئ التي تعد من مبادئ الشريعة والقانون الطبيعي كذلك⁽¹⁾، وهي مبادئ وإن جاء ذكرها في الديباجة لا تكفي للقول بأنها مستقاة من الشريعة الإسلامية، بل قد تكون من المواثيق الدولية ومبادئ القانون الطبيعي إذ هي نصوص موجودة في دساتير أخرى لدول غير مسلمة، في المقابل فإن وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب التي أعلنت عام 1977 والتي جاء النص في ديباجتها (مستعينا بالله متمسكا بكتابه الكريم أبداً مصدراً للهداية وشريعة للمجتمع)؛ ويلاحظ هنا النص صراحة على مرجعية الدين، بل الملاحظ هو النص فقط على القرآن الكريم وليس الشريعة الإسلامية، ونرى أن هذا النص مقصود للتمييز بين القرآن وغيره من مصادر الشريعة الإسلامية باعتباره هو أساس كل الأصول، وربما تكون نتيجة فلسفة يعتنقها واضعو هذا الإعلان؛ أما الإعلان الدستوري الليبي لسنة 2011 فقد جاء في ديباجته النص على (...). ويعمل على تنشئة الأجيال الصاعدة على الروح الإسلامية) والملاحظ أن واضع هذا النص أراد من إدراج "الروح الإسلامية" الإشارة إلى مرجعية دينية في وضع نصوص الإعلان الدستوري، وصولاً لغاية يكون فيها المجتمع متمسكاً بطابع إسلامي يؤثر ليس فقط على الحاضر بل على المستقبل أيضاً من خلال التأثير على النشء، ولا يكون ذلك إلا بظهور الشريعة الإسلامية في كافة المعاملات والتصرفات سواء على المستوى الرسمي بما فيها التشريعات أو غير الرسمي.

2- الشريعة الإسلامية ونصوص الدستور: إن القواعد الدستورية تكتسي أهمية كبيرة في مجال الحياة القانونية على مختلف المستويات التشريعية، ذلك أنه واستناداً على مبدأ سمو الدستور، فإن نصوص الدستور ملزمة للمشرع، وأية مخالفة لهذا المبدأ سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية يهدد بإلغاء التشريع الأدنى⁽²⁾، عليه، فالنص الدستوري له أهميته عند تحديد دور الشريعة الإسلامية في صناعة التشريعات، وإن كانت الديباجة في الدساتير الليبية قد جاءت بنص وحيد فضفاض مبني على احتمال معناه، فما هو الحال بالنسبة للنصوص؟ الواقع أن نصوص الدساتير الليبية المختلفة قد جاءت جميعاً بنص على الشريعة الإسلامية، وقد اتفقت جميعاً على نص يحدد "دين الدولة" حيث جاء في المادة 5 من دستور 1951 النص على (الإسلام دين الدولة). وفي المادة 2 من إعلان الدستور لسنة 1969 ورد النص على (الإسلام دين الدولة...)، أما الإعلان الدستوري لسنة 2011 فقد نص في الباب الأول منه (مادة 1) على (ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها

(1) جاء في الديباجة النص على (نحن ممثلي شعب ليبيا من بوقة وطرابلس الغرب وخزان المجتمعين بمدينة طرابلس فمدينة بنغازي في جمعية وطنية تأسيسية بإرادة الله.

بعد الاتفاق وعقد العزم على تأليف اتحاد بيننا تحت تاج الملك محمد إدريس المهدي السنوسي الذي بايعه الشعب الليبي ونادت به هذه الجمعية الوطنية التأسيسية ملكاً دستورياً على ليبيا.

وعلى تكوين دولة ديمقراطية مستقلة ذات سيادة تؤمن الوحدة القومية وتصون الطمأنينة الداخلية وتهيئ وسائل الدفاع المشتركة و تكفل إقامة العدالة وتضمن مبادئ الحرية والمساواة والإخاء وترعى الرقي الاقتصادي والاجتماعي والخير العام.

وبعد الاتكال على الله مالك الملك وضعنا وقررنا هذا الدستور للمملكة الليبية المتحدة.)

(2) ينظر حكم المحكمة العليا الليبية رقم 31/45 ق السابق الإشارة إليه.

طرابلس، ودينها الإسلام)، هذه العبارة التي حددت دين الدولة وكما يرى البعض⁽¹⁾ أنها تحدد دين الشعب أو أغلبيته وليست نصا على ضرورة الالتزام بتطابق التشريعات مع أحكامها، فهو نص يمثل توجيهها عاما من المشرع الدستوري لكافة مؤسسات الدولة بأن تأخذ ذلك بعين الاعتبار، ويرى البعض⁽²⁾ أن هذا النص لا يستقيم مع المفهوم القانوني للدولة بوصفها شخصا اعتباريا ولا صفة دينية لها، والقول بأن النص تعبير عن دين شعب الدولة هو قول غير دقيق كونه ليس من وظيفة الدستور التدخل في دين الناس واعتقاداتهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن هذا المعنى يؤدي إلى التضارب مع مفهوم المواطنة التي تعني عدم معرفة المواطن بدينه أو عرقه، بل يعرف بانتمائه إلى الدولة من خلال جنسيتها بصرف النص عن الدين أو غيره⁽³⁾، فهذا النص لا يعني بالضرورة تطبيق الإسلام والأخذ بأحكامه، إذ لا يعدو أن يكون مجرد تعبير عن واقع اجتماعي لكونه دين الأغلبية، وقد حسمت المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي رقم 19/70 ق الصادر بتاريخ 1973/03/06 مفهوم النص على دين الدولة بالقول (إن الغرض الأساسي من النص في الدستور على أن دين الدولة هو الإسلام جعل البلاد التي صدر فيها هذا الدستور مصطبغة بالصبغة الإسلامية وتسير في حياتها ونظامها الاجتماعي وفق الأسس والخطوط العريضة التي خطها الإسلام لحياة الأمة الإسلامية لتكون كلمة الله هي العليا من خلال تنظيم الحياة الاجتماعية وفق الخطوط العريضة التي خطها الإسلام)⁽⁴⁾، فكان الحكم لم يرتب على هذا النص أن تكون جميع القوانين متوافقة مع الدين الإسلامي، بل فقط تلك المتعلقة بالأمور الاجتماعية، كالأحوال الشخصية والمواثيق دوناً عن العقوبات وبقيّة التشريعات الأخرى؛ وهذا التفسير أصبح واضحاً مع وجود قوانين مخالفة للشريعة الإسلامية، كالتعامل بالربا في بعض المسائل المصرفية، وهو ما سنوضحه في الجزء الثاني من هذا المبحث.

وفي محاكاة لهذه النصوص، جاء النص في إعلان قيام سلطة الشعب النص على أن (القرآن الكريم شريعة المجتمع)، وبالرغم من أن المفهوم للوهلة الأولى يتبادر إلى إلغاء التشريعات المخالفة للقرآن الكريم، إلا أن المحكمة العليا قد فسرت هذا النص تفسيراً جعل منه مجرد توجيه عام للسلطة التشريعية، ولم يرتب عليه في حد ذاته إلغاء التشريعات المخالفة، فقد قضت المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 39/197 ق الصادر بتاريخ 1997/11/3 بأن (التشريعات النافذة السابقة على صدور إعلان سلطة الشعب والتي يتضمن بعضها نصوصاً مخالفة لأحكام شريعة المجتمع لا مراء أنها صدرت صحيحة في ظل النظم التشريعية التي كانت سائدة آنذاك، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن إعلان سلطة الشعب الذي صدر في الثاني من شهر الربيع "مارس" سنة 1977 ف تضمن مبدئين هامين أولهما أن السلطة الشعبية هي أساس النظام السياسي في الجماهيرية، وثانتهما: أن القرآن الكريم هو شريعة المجتمع وهو خطاب كما هو موجه إلى الكافة موجه على وجه الخصوص إلى المشرع ولذلك فإن التشريعات السابقة على صدور هذا الإعلان لا سبيل لإلغائها إلا بأن تنشط المؤتمرات الشعبية الأساسية صاحبة السلطة في التشريع لأداء واجبها في تعديل التشريعات القائمة بما يرفع التعارض بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية فتكمل بذلك المسيرة التي بدأها مجلس قيادة الثورة، ولما كان الأمر يستلزم قيام نظم وقواعد بديلة فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 74 ما يؤكد ذلك بقولها "إن هذا التعديل قد اقتصر في المشروع الحالي على المعاملات المدنية والتجارية فيما بين الأفراد الطبيعيين دون المعاملات بين الأشخاص المعنوية بعضها البعض أو فيما بينها وبين الأفراد، وليس معنى ذلك بلا شك أن هذه المعاملات سوف تبقى على حالها بمنأى عن التعديل، أو أن الأمر قد قام بتغليب جانب على جانب وإنما أُرْجئ

(1) نوفان العجارمة، الإسلام دين الدولة: إشكالية المفهوم والتطبيق؟، مقال منشور على

<https://www.ammonnews.net/article/412696> بتاريخ 2018/11/13. تاريخ الاطلاع 2021/03/23

(2) حسني بوالديار، مفهوم الدين وأهميته في الدستور الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 48، ديسمبر 2018، ص128.

(3) نفس المرجع.

(4) مجلة المحكمة العليا، السنة 9، العدد 4، ص117.

النظر في شأن هذه المعاملات إلى جولة قريبة قادمة⁽¹⁾. والواضح أن هذا الحكم قد أقر صراحةً بصحة التشريعات المخالفة للشريعة الإسلامية قبل الإعلان بالرغم من وجود النص على أن دين الدولة هو الإسلام وغيرها من النصوص الأخرى، بل ووفقاً لهذا الحكم فإن هذه التشريعات المخالفة للشريعة الإسلامية تستمر في السريان إلى حين تعديلها بما يوافق الشريعة أو إلغائها بنص تشريعي من السلطة التشريعية. إذ وفقاً للمحكمة العليا فليس النص على أن القرآن الكريم شريعة المجتمع أو دين الدولة هو الإسلام سبباً مرتباً لإلغاء التشريعات المخالفة تلقائياً.

3- النص دستورياً على علاقة الشريعة بالتشريعات العادية: إن النص الدستوري في الدساتير الليبية المتعاقبة وإن كان أشار إلى دين الدولة كما سبق البيان، إلا أنه أجهض بالنص على السيادة وتحديدها للأمة تارة وللشعب تارة أخرى، إذ ورد في دستور 1951 في المادتين 40 و41 على أن السيادة للأمة، وكذلك الأمر بالنسبة للإعلان الدستور لسنة 1969 في المادة 18 منه والتي نصت على أن السيادة للشعب، أما الإعلان الدستوري لسنة 2011 فقد خلا من النص على السيادة سوى في المادة 17 منه والتي نصت على من يمارس هذه السيادة وهو المجلس الوطني الانتقالي، ووفقاً لذلك يستطيع صاحب السيادة أن يتبنى في الدستور الذي يضعه وفي تشريعاته الأخرى، النظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الذي يراه مناسباً دون أن تحد سلطته سلطة أخرى أعلى منها سواء كانت دينية أو غير دينية، وهو ما يراه البعض⁽²⁾ مخالفاً لمبدأ الحاكمية التي تعني الهيمنة وعدم الخضوع، والتي لا تكون إلا لله، ومما يؤكد ذلك مثلاً ما ورد في الإعلان الدستوري لسنة 1969 في المادة 6 منه التي جعلت تطبيق الاشتراكية الهدف الأسمى، بل يجعل "التراث الإسلامي" ملهماً لتحقيق هذا الهدف⁽³⁾، كما يلحظ من نص المادة 8 من ذات الإعلان على اختيار المشرع الدستوري لبعض الأحكام الشرعية لتكون مصدراً وحيداً للتشريع خلافاً لبعض الأحكام الأخرى، وهذا ما نلاحظه في نص المادة 8 من الإعلان التي جاء فيها (الملكية العامة للشعب أساس تطوير المجتمع وتنميته وتحقيق كفاية الإنتاج والملكية الخاصة الغير مستغلة مصونة، ولا تنزع إلا وفقاً للقانون والإرث حق تحكمه الشريعة الإسلامية).

وبعد صدور الإعلان الدستوري لسنة 2011 جاء النص في المادة الأولى منه على أن (الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، والواضح أن مشرع الدستور في هذا النص أراد أن يجمع بين أمرين: الأول: جعل الشريعة الإسلامية المصدر الأول الذي تستقى منه القوانين ولا تخالف أحكامها، الثاني: تعدد مصادر التشريعات بالإضافة للشريعة الإسلامية، فالشريعة ليست الوحيدة كمصدر تشريعي بل يجوز اللجوء لغيرها من المصادر الأخرى شرط أن لا تخالف الشريعة الإسلامية كونها في المرتبة الأولى ولا يكون اللجوء لغيرها من المصادر إلا إذا لم يوجد فيها ما ينظم المسألة محل التشريع. ولكن هل هذا النص كان كافياً للقول بسقوط كل التشريعات المخالفة للشريعة الإسلامية تلقائياً؟ إن الواقع التشريعي في ليبيا لا يؤدي لهذا المعنى: إذ الملاحظ أن النصوص التشريعية المخالفة للشريعة الإسلامية استمرت إلى حين صدور ما يلغىها، وبالتالي فلا يمكن القول أن النص على أن الشريعة هي المصدر الأساسي للتشريع يلغي التشريعات القائمة تلقائياً، بل لا بد من تدخل السلطات المختصة، ولذلك نرى عدة محاولات لذلك منها تشكيل لجنة من وزارة العدل لدراسة التشريعات ومقارنتها بأحكام الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾، وكذلك صدور القانون

(1) حكم غير منشور.

(2) ينظر في تفصيل ذلك حسني بوالديار، المرجع السابق ذكره، ص 124 وما بعدها.

(3) تنص المادة 6 على (تهدف الدولة إلى تحقيق الاشتراكية وذلك بتطبيق العدالة الاجتماعية التي تحظر أي شكل من أشكال الاستغلال وتعمل الدولة - عن طريق إقامة علاقات اشتراكية في المجتمع - على تحقيق كفاية من الإنتاج وعدالة في التوزيع، بهدف تذويب الفوارق سلمياً بين الطبقات والوصول إلى مجتمع الرفاهية مستلهمة في تطبيقها للاشتراكية تراثها الإسلامي العربي وقيمه الإنسانية وظروف المجتمع الليبي).

(4) ينظر قرار وزير العدل رقم 1621 لسنة 2013 بشأن تشكيل لجنة. والملاحظ أن هذا القرار قد نص على مقارنة التشريعات بالأحكام القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية حيث جاء في نص المادة (2) من القرار (تتولى اللجنة حصر التشريعات واستظهار ما يناقض منها الأحكام القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية والعمل على إزالة هذا التناقض بإعداد مشروعات بديلة أخذاً من مختلف مذاهب أهل السنة مع تخير

رقم 1 لسنة 2013 في شأن منع المعاملات الربوية⁽¹⁾ ويؤكد ما ورد في هذا القانون ما وصلنا إليه من رأي؛ حيث نصت المادة 7 منه على (يسري هذا القانون على معاملات الأشخاص الاعتبارية فيما بينها ابتداء من تاريخ 2015/1/1م)، وكذلك نص المادة 8 التي ورد فيها (يعمل بأحكام هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ويلغى كل حكم يخالف أحكامه) أي أن المعاملات الربوية قبل هذا التاريخ صحيحة وإذا ما علمنا أن الإعلان الدستوري صادر في 2011/8/3، فإن ما ورد في المادة 7 و8 دليل على ضرورة تدخل المشرع لتعديل أو إلغاء التشريعات المخالفة للشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

مكانة الشريعة الإسلامية بالنسبة للتشريعات العادية في ظل النصوص الدستورية

كما رأينا في المطلب السابق، تعددت النصوص الدستورية التي تناولت الإسلام والشريعة الإسلامية، وعرفنا أنها جاءت وفقاً لتفسير القضاء الليبي في لفظ العموم وتوجيهات عامة، ولا تؤدي تلقائياً لإلغاء التشريعات المخالفة للشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن بيان أثر هذه النصوص على التشريعات العادية ومكانة الشريعة منها يكون ببيان الآتي:

1- القانون المدني: حدد القانون المدني الليبي القواعد التي تطبق على المسائل المعروضة على القضاء، فجاء النص في نص المادة 1 من القانون المدني النص على (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها- 2. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، وهذا النص نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م، أي في ظل دستور المملكة الليبية وظل العمل به بالرغم من التغييرات الدستورية المختلفة، وقد جعل الشريعة في مرتبة تلي التشريعات العادية، وتفسير ذلك برأينا أن السيادة للأمة أو الشعب، وبالتالي فكل ما يصدر تعبيراً عن هذه السيادة يعد مقبلاً على غيره من القواعد والأحكام، وقد أكدت المحكمة العليا على ذلك في العديد من المبادئ الصادرة عنها، ومنها ما ورد في الطعن المدني رقم 12/39 ق والصادر بتاريخ 1966/12/31 والذي جاء فيه (إنه وإن كان القانون المدني قد خلت مواده من بيان أحكام الضمان الخاص بهلاك الفاكهة قبل أو بعد نضجها إلا أن كتب الشريعة الإسلامية قد حفلت بتلك الأحكام، وقد كان على المحكمة وقد خلا القانون المدني من تلك الأحكام أن تلجأ إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وهي أولى بالتطبيق من العرف "المادة 1 من القانون المدني"⁽²⁾). وهو ما أشارت إليه كذلك في الطعن المدني رقم 1/3 ق والذي قضت فيه بأن (الشفعة وإن كانت إسلامية المصدر إلا أنها تدخل في نطاق المعاملات المدنية ولذلك استقر قضاء محكمة الاستئناف المدنية في ليبيا من 1920 على اختصاص المحاكم المدنية بها دون القضاء الشرعي. ولما كانت غير معروفة في التشريعات الإيطالية السابقة حتى صدور القانون المدني الليبي- فقد جرى القضاء المدني في ليبيا على تطبيق القانون المدني العثماني (المجلة) الذي كان معمولاً به من قبل احتراماً لمألوف قواعد المعاملات السارية قبل الاحتلال، ولأن هذا القانون العثماني يجري على مذهب أبي

أيسر الحلول حسبما تقتضيه المصلحة ومع مراعاة ما جرى عليه العمل في البلاد مما لع أصل في المذهب السائد فيها، كما تتولى اللجنة دراسة ما يحال إليها ويقدم إليها من وزارة العدل لمراجعتها وإعادتها إلى الوزارة لاتخاذ الإجراءات اللازمة بشأنها)
(1) الجريدة الرسمية الليبية، السنة الثانية، العدد 5، بتاريخ التاسع من جمادى الأولى 1434 هـ الموافق 2013/03/21، ص 241.
(2) ينظر مجلة المحكمة العليا، السنة 4، العدد 2، ص 12.

حنيفة، وهو بما اشتمل عليه من تشديد في شروط الشفاعة وتضييق في مواعيدها هو أقرب المذاهب إلى النظم القضائية الحديثة وإلى مقتضيات الاقتصاد الاجتماعي⁽¹⁾.

2- في الشق الجنائي: تزخر الشريعة الإسلامية بالعديد من القواعد والأحكام فيما يتعلق بالجرائم الجنائية، وهذه الأحكام بعضها ما يعد من القواعد المعلومة من الدين بالضرورة ولا جدال فيها، لورودها بلفظ صريح لا يحتمل التأويل، ولكن وبالرغم من هذا إلا أن التشريعات اللببية في المسائل الجنائية مرت كذلك بمراحل متعددة يظل فيها التشريع العادي هو الأولى من أحكام الشريعة غير المقننة، وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 24/372 ق الصادر بتاريخ 1978/1/3 بأن (من المقرر أن أدلة الإثبات الشرعية إنما يتعين توفرها في جرائم الحدود، وتلك الجرائم أوردتها القوانين على سبيل الحصر، ومن ذلك جريمة شرب الخمر المبينة بالمادة 5 من القانون 74-89 بشأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب والذي حددت المادة 12 منه وسائل الإثبات الشرعية وفق ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، ولما كانت التهمتان الموجهتان إلى الطاعن والمدان بهما هما تهمة تصنيع الخمر وحيازته فلا يشترط لقيامهما وثبوتهما توفر الدليل الشرعي، إذ أن القانون أطلق في وسائل إثباتهما، ونصت المادة 20-3 من نفس القانون على تطبيق قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، ولذلك فإثباتهما يكون بأدلة الإثبات العامة)⁽²⁾، والذي يفهم من هذا الحكم أن الأصل هو القانون الخاص المنظم للمسألة، وفيما لم يرد به نص لا يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بل إلى قواعد الإثبات الوضعية، فلو لم تكن المسائل الجنائية الواردة في الشريعة الإسلامية مقننة بتشريعات صادرة من سلطة تشريعية فلن تطبق، وستطبق القوانين الوضعية.

3- الأحوال الشخصية: تعد مسألة الأحوال الشخصية مسألة خطيرة ومهمة؛ إذ هي التي تنظم تكوين الأسرة والتي لا يمكن تصورها في المجتمع المسلم إلا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، كذلك المسألة بالنسبة للمواريث والوصية، والواقع أن الإعلان الدستوري الليبي لسنة 1969 قد ورد فيه النص صراحة على تنظيم مسألة المواريث حيث جاء في نص المادة 8 منه أن (..... الإرث حق تحكمه الشريعة الإسلامية)، فالمسائل التي تنظمها القواعد قطعية الثبوت والدلالة لا يمكن اللجوء فيها لغير الشريعة الإسلامية، فهي مقدمة على القانون الوضعي، وفي هذا قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن 16/62 ق الصادر بتاريخ 1970/12/15 بأن (الأهلية والوصاية من مسائل الأحوال الشخصية التي تدخل في ولاية المحاكم الشرعية (م15، 20) من قانون نظام القضاء) والمحكمة الشرعية إنما تطبق أحكام الشريعة فلا جناح عليها أن تعين وصيا على قصر إذا كان هذا الوصي لم يبلغ بعد الإحدى والعشرين عاما المقررة سنا للرشد في القانون المدني (م44 مدني) ذلك أن المحكمة الشرعية لا تطبق أحكام القانون المدني إذا تعارضت مع أحكام الشريعة الغراء)⁽³⁾، وفي الطعن الشرعي رقم 42/21 ق الصادر بتاريخ 1996/6/27 قضت المحكمة العليا بأنه (من المعلوم من الدين بالضرورة أن الدليل الشرعي في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وبيان حق كل وارث ومن يرث بالفرض أو بالتعصيب وبالرد ومن لا يرث وأسباب المنع من الميراث كل ذلك أساسه وسنده كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم)⁽⁴⁾، هذه المسائل ومثلها من الأحكام التي ليس لها مصدر سوى الشريعة الإسلامية في المجتمع الليبي المسلم نجد أن أحكامها مطابقة للشريعة، وهي الأولى في التطبيق؛ وذلك لأن الأثر المترتب على مخالفة أحكام الشريعة له أثر في البنية واللبنة

(1) حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1956/3/28، مجلة المحكمة العليا، الباحث في مبادئ المحكمة العليا الإصدار الأول، إصدار وزارة العدل الليبية، ص103.

(2) مجلة المحكمة العليا، السنة 14، العدد4، ص124.

(3) مجلة المحكمة العليا، السنة 7، العدد2، ص116.

(4) غير منشور

الأساسية في المجتمع وهي الأسرة، ومن مثل هذه المسائل ذات المرجعية الشرعية نجد كذلك مسائل الوقف التي قننها المشرع واستمد أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية مع خضوعها لأحكام القانون المدني في غير ذلك، وفي هذا قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 24/32 ق بأن (لوقف نظاما خاصا، فبالنسبة لما يتعلق بقيامه وشروطه والاستحقاق فيه يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، وأما علاقة الوقف بالغير فإنها تخضع للقانون المدني وتختص المحكمة المدنية بالفصل في النزاع بين الوقف والغير، ولا يكون حكمها معييا مستحقا للنقض إلا إذا خالف حكم الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بقيام الوقف وشروطه والاستحقاق فيه...) (1).

ختاما يمكن القول بأنه بالرغم من أن تطبيق الشريعة الإسلامية يظل ظاهرا في بعض المسائل إلا أن هذا التطبيق من وجهة نظرنا ليس نابعا من اتجاه المشرع الدستوري والعادي للأخذ بأحكام الشريعة، إذ لو صدر تشريع مخالف لكان أولى بالتطبيق عند الفصل في المنازعات، وبالتالي فإن أعمال أحكام الشريعة في ليبيا لا يستند إلى إلزام الشرع الحنيف بل لإلزام النص الدستوري والتشريعي، وكما يقول الدكتور السهوري (أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات التي تختلج بها الصدور، وتنطوي عليها الجوانح...) (2).

الخاتمة

من خلال دراسة مكانة الشريعة الإسلامية من القواعد الدستورية، وتسليط الضوء على نشأة القواعد الدستورية، ودور الدين كمصدر منشئ لهذه النصوص، وذلك بالتطبيق على الشريعة الإسلامية والدساتير الليبية، يمكن تحديد أهم النتائج في الآتي:

أولاً - النتائج:

- 1- الشريعة الإسلامية تعد مصدراً للقواعد الدستورية العامة كالمساواة والعدالة وغيرها.
- 2- مبادئ الشريعة الإسلامية وفقا للقضاء الدستوري صالحة لتكون مصدرا للقواعد الدستورية.
- 3- المرجعة الدينية باعتبارها مصدرا لاستلهاام القواعد الدستورية ليست ملزمة إلا إذا اتجهت إرادة المشرع الدستوري لذلك.
- 4- في النظام الدستوري الليبي ورد النص على الإسلام والشريعة، ولكن هذه النصوص توجيهية عامة وليست ملزمة.
- 5- الشريعة الإسلامية للأسف ظلت تلي القوانين الوضعية مرتبة في النظام القانوني الليبي.
- 6- وفقا لما معمول به حاليا، يفترض إصدار تشريعات تتوافق مع الشريعة، وإلا فإن أي نص مخالف للشريعة سيظل قائما إلى أن يتم إلغاؤه.
- 7- لجعل الشريعة الإسلامية مطبقة في ليبيا وإلغاء ما يخالفها يجب أن يكون النص صريحا في الدستور على أعمال أحكام الشريعة الإسلامية وإلغاء ما يخالف أحكامها.

ثانياً - التّوصيات:

- 1- جعل الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي في الدستور وغيره من التشريعات

(1) حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1979/4/29، مجلة المحكمة العليا، السنة 16، العدد 1، ص 105.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص 60 هاشم رقم 1.

- 2- أوصي المشرع الدستوري بالوضوح عند النص على مكانة الشريعة الإسلامية حتى لا ندخل في تأويلات فقهية وقضائية.
- 3- الاستفادة من محاولات تقنين أحكام الشريعة الإسلامية لاستنباط المبادئ الرئيسية والأحكام التفصيلية لوضع قواعد قانونية متوائمة مع الشريعة الإسلامية
- 4- زيادة دراسة هذه المسألة من مختصين في مجال الشريعة والقانون للوصول إلى صيغة قانونية تكون فيها الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع وسقوط ما يخالفها.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً – مراجع الفقه الإسلامي:

- زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، الطبعة الثانية، 1971.
- عباس متولي حمادة، أصول الفقه، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1388هـ -1968.
- د. محمد أبو زهرة، مالك "حياته وعصره-آراؤه وفقهه"، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ.
- الشيخ محمد بن صالح العثيمين، الأصول من علم الأصول "رسالة مختصرة من علم الأصول"، دار ابن الحوزي بالمملكة العربية السعودية، 1430هـ، ص64.
- د. منصور محمد الشيخ، أصول الأحكام، مطبعة السعادة، مطبوعات الجامعة الإسلامية بالبيضاء، بدون تاريخ.

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

- د. أسامة الحموي، مبادئ الشريعة الإسلامية، الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية 2018، منشور إلكتروني.
- د. باسم صبيحي بشناق، د. محمد رفيق الشوبكي، دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني وأثره في تنظيم وعمل السلطة التشريعية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثاني، 223-251 يونيو 2015.
- حسني أبو الديار، مفهوم الدين وأهميته في الدستور الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 48، ديسمبر 2018.
- د. صالح الطيب محسن، النص على مكانة التشريع الإسلامي في الدستور إشكاليات وحلول، ورقة علمية أقيمت في ندوة: «إشكاليات التشريع في الفكر الإسلامي المعاصر»، المنعقدة بنواكشوط 28-29 آذار/ مارس 2015م، تنسيق: د. ديدى ولد السالك. مؤسسة مؤمنون بال حدود للدراسات والأبحاث.
- د. عبدالرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
- لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، الطبعة 16، 1966.

- د. منصور ميلاد يونس، الوجيز في القانون الدستوري، بدون تحديد دار أو مكان النشر، 2013.
- د. محمد عبدالعال السناري، القانون الدستوري "نظرية الدولة (الحكومة) دراسة تحليلية مقارنة"، جهاز نشر وتوزيع الكتاب الجامعي، جامعة حلوان، بدون تاريخ.
- د. محمد رفيق مؤمن الشوبكي، أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها والفرق بينهما، بحث منشور على <https://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-86-206295.htm> تاريخ الاطلاع 2021/03/23.
- نوفان العجارمة، الإسلام دين الدولة: إشكالية المفهوم والتطبيق؟، مقال منشور على <https://www.ammonnews.net/article/412696> بتاريخ 2018/11/13. تاريخ الاطلاع 2021/03/23
- ولاء علي، دبلوماسية الفاتيكان: سياسية أم دينية؟، جامعة بيرزيت "معهد إبراهيم أبو لغد للدراسات الدولية"، ص 8.
<http://ialiis.birzeit.edu/blog/wp-content/uploads/2020/08/Walaa1-paper-pdf.pdf>
- الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، وثيقة أساسية تشكل جزءاً من تقارير الدول الأطراف "جمهورية كوريا الشعبية الديمقراطية"، إصدارات الأمم المتحدة، 20 مارس 2000.
- "من هو مؤلف المادة 9 من دستور اليابان"، مقال منشور على موقع اليابان بالعربي <https://www.nippon.com/ar/column/g00269> تاريخ الاطلاع 25 مارس 2021.
- موقع المحكمة الدستورية العليا المصرية
<http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/RuleViewer.jspx> تاريخ الاطلاع 2012/03/24
- ميثاق الأمم المتحدة
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية
- دستور المملكة الليبية المتحدة لعام 1951
- الإعلان الدستوري للجمهورية الليبية لعام 1969
- إعلان قيام سلطة الشعب لعام 1977
- الإعلان الدستوري الليبي 2011
- الباحث في مبادئ المحكمة العليا الإصدار الأول، إصدار وزارة العدل الليبية.
- مجلة المحكمة العليا الليبية

جريمة الحرابة داخل العمران

بين الفقه الإسلامي والتشريع الجنائي الليبي

"بمناسبة التعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 58/123ق"

الصادر في 26 شعبان 1438هـ الموافق : 23 / 7 / 2017م

The Crime of Banditry within the Urban Area

Between Islamic jurisprudence and Libyan criminal legislation

"Commentary on the Supreme Court ruling on Criminal Appeal No. 123/58

Issued on May 23, 2017"

د. عبد المنعم إمام الصرارعي

أستاذ مشارك بقسم القانون الجنائي بكلية القانون

جامعة المرقب - الخمس (ليبيا)

Aesrarei@elmergib.edu.ly

الملخص:

كانت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون رقم 148 لسنة 1972م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة تشترط لقيام جريمة الحرابة داخل العمران عدم إمكانية الغوث، وقد تم إلغاء هذا القانون بموجب القانون رقم 13 لسنة 1425م بشأن حدي السرقة والحرابة، الذي لم يعد يشترط ذلك الشرط، وهو ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من أن الحرابة تتحقق في الصحراء والعمران على حد سواء، ولكن مع ذلك ظلت بعض محاكم الجنايات في بلادنا تطبق نص المادة من القانون رقم 148 لسنة 1972م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة، رغم إلغائها، والمحكمة العليا قضت بنقض الحكم محل الطعن؛ لاستبعاده تطبيق نص الحرابة؛ لأن المشرع لم يعد يشترط لقيام جريمة الحرابة أن تقع خارج العمران، وهو ما قال به جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو ما يتماشى مع الواقع الذي تعيشه بلادنا في السنوات الأخيرة، حيث شهدت تزايداً ملحوظاً في جرائم السطو المسلح "الحرابة، السرقة بالإكراه"، وما صاحبه من فقد كثير من الأرواح والأموال، وعلى هذا فالتوسع في معنى الحرابة بحيث تشمل كل الأماكن خارج العمران أو داخله موافق لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو توسع محمود تقتضيه الظروف التي تمر بها بلادنا على نحو ما أشرنا. وانتهت الدراسة إلى أن المحكمة العليا كانت مصيبة في حكمها، وأوصت بضرورة تعديل نص المادة الرابعة من القانون رقم 13 لسنة 1425م بشأن السرقة والحرابة، بحيث يتم النص صراحة على قيام جريمة الحرابة في الطريق العام خارج المدن أو في أي مكان داخل العمران.

الكلمات المفتاحية: سرقة، حرابة، العمران، قطع الطريق، السرقة بالإكراه.



Abstract:

The third item of Article 4 of Law No. 148 of 1972, regarding the establishment of robbery and banditry punishment, stipulated that the crime of banditry within the urban area would not be possible without relief. This law was cancelled according to Law No. 13 of 1996, regarding robbery and banditry punishment, which no longer requires that condition. The view of the majority of jurists is that banditry can be committed in desert and urban area alike. However, some criminal courts still apply the text of the third item of Article 4 of Law No. 148 of 1972, regarding establishment of robbery and banditry punishment, despite its cancellation. The Supreme Court ruled to repeal the appealed ruling, as it excluded the application of the text of establishment of robbery and banditry punishment. However, the legislator no longer requires that the crime of banditry to be committed outside the urban area.

The study concluded by commenting on this ruling, that the Supreme Court was right in this ruling. It recommended that the text of Article 4 of Law No. 13 of 1996 should be amended regarding robbery and banditry. It is expressly stated that the crime of banditry takes place on public roads outside the cities or anywhere within the urban area.

Keywords: Robbery, Burglary, Banditry, Islamic jurisprudence, urbanism.

مقدمة:

تعد جريمة الحرابة من أخطر الجرائم⁽¹⁾؛ كونها تهدد الأرواح والأموال، وتشكل اعتداء على أمن المجتمع بأكمله، وتعيش بلادنا في السنوات الأخيرة تزايداً ملحوظاً لمثل هذا النوع من الجرائم، والذي كان سبباً في فقد كثير من الأرواح والأموال؛ ففي ظل غياب الدولة انتشرت العصابات المنظمة التي تسرق وتقتل وتخطف وتسطو على البيوت، وما أدى إليه من فقد الشعور بالأمن والأمان لدى كثير من المواطنين، خاصة أن هذه الجريمة أصبحت ترتكب في وضوح النهار داخل المدن والقرى، في ظل ضعف السيطرة الأمنية داخل الدولة، أو غيابها بالكلية في كثير من الأحيان، وهي بدون شك مرحلة زمنية حرجة تمر بها بلادنا الحبيبة، عقب الانفلات الأمني الذي أعقب سقوط نظام الحكم في ليبيا عام 2011م، ولما تقدم سوف نعرض في هذا البحث لدراسة مدى قيام هذه الجريمة داخل المدن والقرى، وذلك بمناسبة التعليق على حكم للمحكمة العليا في هذا الخصوص.

أولاً - أهمية البحث:

تعد التشريعات من أقوى الوسائل التي تسعى الدول من خلالها إلى تحقيق الأمن داخل المجتمع، وذلك بسنّ تشريعات تكفل معاقبة كل من تسول له نفسه زعزعة الأمن، أو المساس بأرواح المواطنين وأموالهم ومصالحهم، والبحث عن الحلول للحد من ازدياد ارتكاب جريمة الحرابة، كان لا بد أن ينطلق من أحكام شريعتنا الغراء التي نصت على عقوبات رادعة في حد الحرابة، يقول المولى عزوجل: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا

(1) الحرابة تعني: "الاستيلاء على مال الغير مغالبة، وقطع الطريق على الكافة، ومنع المرور فيها بقصد الإخافة، وذلك باستعمال السلاح أو أية وسيلة صالحة للإيذاء الجسماني، أو التهديد بأي منهما". عبد العزيز مفتاح الغافود، أحكام جريمة الحرابة في التشريع الجنائي الليبي "دراسة مقارنة في قانون حدي السرقة والحرابة وأحدث تعديلاته"، رسالة ماجستير، مدرسة العلوم القانونية، قسم القانون الجنائي، الأكاديمية الليبية-مصراة، 2020م، غير منشورة، ص 15.

وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿33﴾ (سورة المائدة: الآية 33)، خاصة وأن المشرع الليبي كان قد تبني في وقت مبكر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، حيث صدرت عدة قوانين مستقاة من أحكام هذه الشريعة، والتي كان من ضمنها تبني حد الحرابة في القانون رقم 148 لسنة 1972م⁽¹⁾ والذي ألغي بموجب القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) بشأن حدي السرقة والحرابة، والذي تعرض هو الآخر لجملة من التعديلات كان آخرها بموجب القانون رقم 12 لسنة 2016م⁽²⁾، ونحن في هذه الظروف التي تمر بها بلادنا يجب علينا إلقاء نظرة على هذا التشريع المنظم لهذه الجريمة، ومحاولة تقييمه من ناحية صياغته والأحكام التي نص عليها فيما يتعلق بجريمة الحرابة داخل المدن والقرى، وما مدى موافقة هذه الأحكام للشريعة الإسلامية مصدر هذا التشريع؟ وما مدى نجاح المحكمة العليا في تفسير هذا التشريع بما يتفق وأحكام هذه الشريعة؟

ثانيًا- أهداف البحث:

في حدود هذه الدراسة، يهدف الباحث إلى تقييم تجربة كانت رائدة في تطبيق هذه الشريعة منذ زمن، وما أعقبها من محاولات جادة لتسهيل تطبيق أحكامها على أرض الواقع، والتي كان آخرها التعديلات التشريعية لمجموعة القوانين المستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية الصادرة في سنة 2016م، فهذه الشريعة الإسلامية -كما هو معلوم- صالحة لكل زمان ومكان، حيث أفردت عقوبة رادعة لهذه الجريمة موضوع هذا البحث، مع الإشارة إلى أن هذا البحث سوف يقتصر على دراسة جريمة الحرابة داخل العمران في الفقه الإسلامي والتشريع الجنائي الليبي، حيث يلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في هذه المسألة بين موسع ومضيق، كل بحسب ما انتهى إليه اجتهاده، الأمر الذي يجعل الهدف من هذه الدراسة يتجلى في معرفة ما هو الملائم من هذه الآراء لواقعنا الذي نعيشه في ليبيا، آخذين في الاعتبار موقف قانون حدي السرقة والحرابة رقم 13 لسنة 1425م (1996م) من هذه الآراء، مع الإشارة إلى دور الاجتهاد القضائي في المسألة محل البحث.

ثالثًا- إشكاليات البحث:

يحاول الباحث في هذا البحث الإجابة على التساؤلات الآتية: هل تقوم جريمة الحرابة داخل العمران في ظل الفقه الإسلامي والتشريع الجنائي الليبي؟ وإذا كانت المسألة محل خلاف بين فقهاء الشريعة، فبأي الآراء أخذ المشرع في القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996) بشأن حدي السرقة والحرابة وتعديلاته؟ وما هو رأي القضاء بخصوص هذه المسألة؟ وقد كانت المحكمة العليا قد تصدت لهذه المسألة في الطعن الجنائي رقم 58/123ق، الصادر في جلسة 26 شعبان 1438هـ الموافق: 23/5/2017م، حيث قضت بقيام جريمة الحرابة داخل العمران، الأمر الذي يثير التساؤل هنا عن الأساس الذي استندت إليه المحكمة العليا في هذا الحكم، وهل يوافق حكمها أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدرًا لقانون السرقة والحرابة رقم 13 لسنة 1425م (1996)؟ وهل ما تضمنه قانون حدي السرقة والحرابة المشار إليه في حكم هذه المسألة محل البحث يعتبر موافقًا لأحكام الشريعة الإسلامية؟

رابعًا- خطة البحث:

لما كانت الدراسة تنطلق في الإجابة على تساؤلاتها من خلال التعليق على طعن جنائي للمحكمة العليا يحمل رقم 58/123ق، الصادر في جلسة 26 شعبان 1438هـ الموافق: 23/5/2017م، فإن الباحث سوف يتولى التعليق على هذا الحكم من خلال الخطة الآتية:

مقدمة:

أولًا- ملخص وقائع وإجراءات وأسباب الطعن الجنائي رقم 58/123ق.

(1) منشور بالجريدة الرسمية، العدد (60) لسنة 1972م بتاريخ 23-12-1972م ..

(2) منشور بالجريدة الرسمية، العدد 4، السنة 2016م، بتاريخ 24-4-2016م، ص 221..

ثانيًا- أسباب الحكم في الطعن الجنائي رقم 58/123 ق.

ثالثًا- المسائل القانونية التي يثيرها حكم المحكمة العليا، وتقييم معالجتها.

الخاتمة:

أولًا- ملخص وقائع وإجراءات وأسباب الطعن الجنائي رقم 58/123 ق.

اتهمت النيابة المتهمين بأنهم بتاريخ 3-2-2010م وبدائرة مركز شرطة السواني :

المتهمون من الأول حتى الرابع:

1- استولوا مغالبة على مال منقول مملوك للغير، وذلك بأن استولوا على المبلغ المالي المبين وصقًا وقيمة بالمحضر والمملوك للمجني عليه (...) حالة كون الاستيلاء حصل مغالبة باستعمال سلاح "بندقية كلاشنكوف، وكان حال المتهمين عاقلين أموا الثماني عشرة سنة ميلادية من عمرهم، مختارين غير مضطرين وفق الثابت بالأوراق.

2- استولوا ليلاً وبطريق الإكراه على منقول مملوك للغير، وذلك بأن استولوا على المبلغ المالي الخاص بالمجني عليه سالف الذكر، حالة كون الواقعة حصلت بالتسلل إلى بناء مسكون، ومن أكثر من ثلاثة أشخاص، يحمل أحدهم سلاحًا ظاهرًا، وينتحل المتهمان الأول والثاني صفة رجال الأمن وفق الثابت بالأوراق.

المتهم الخامس :

عد شريكًا للمتهمين من الأول إلى الرابع بأن قام بتحريضهم والاتفاق معهم على ارتكاب الجريمة المسندة

إلهم، ووقعت هذه الجريمة بناء على هذا التحريض والاتفاق وفق الثابت بالأوراق.

وقد قدمت النيابة العامة جميع المتهمين إلى غرفة الاتهام طالبة إحالتهم إلى محكمة الجنايات، بموجب المواد

4،5،8،9 من القانون رقم 13 لسنة 1425 م (1996م) بشأن إقامة حدي السرقة والحراية. والمواد 1/100، 3، 1/101، 450، 3،4 عقوبات، والغرفة قررت ذلك، ومحكمة جنايات طرابلس بعد أن نظرت الدعوى قضت حضورياً بمعاقبتهم بالسجن لمدة ثلاث سنوات، وتغريم كل واحد منهم مئة دينار عما نسب إليهم وبلا مصاريه.

لم ترتض النيابة العامة هذا الحكم، فقررت الطعن عليه بالنقض، حيث نعت عليه بمخالفته للقانون

والخطأ في تطبيقه وتأويله، تأسيساً على أن الحكم استند على الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون رقم 148 لسنة 1972م بشأن إقامة حدي السرقة والحراية، والذي اشترط عدم إمكانية الغوث إذا وقعت الحراية داخل العمران، واستبعدت بناء على ذلك تطبيق قانون حدي السرقة والحراية، في حين أن القانون المذكور قد تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) بشأن حدي السرقة والحراية والذي لم يشترط ذلك الشرط، وخلصت النيابة العامة في طعنها إلى طلبها بقبول طعنها شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم مع الإعادة.

ثانيًا- أسباب الحكم في الطعن الجنائي رقم 58/123 ق:

قضت المحكمة العليا في الحكم محل التعليق بقبول الطعن المقدم من النيابة العامة شكلاً، وفي الموضوع

بنقض الحكم وإعادة الدعوى إلى محكمة استئناف طرابلس دائرة الجنايات لنظرها مجددًا من هيئة أخرى، وقد

أشارت المحكمة العليا إلى أن الحكم المطعون فيه استبعد تطبيق حد الحراية بمقولة أن الواقعة حصلت بداخل

استراحة بمنطقة النجيلة ويحيط بها مساكن ومبان إدارية، الأمر الذي ترى معه المحكمة عدم توافر شروط تطبيق

حد الحرابة وهو وقوعها في الطريق البعيدة عن العمران مغالبة باستعمال السلاح، وأن القدر المتيقن فيها هو السرقة بالإكراه المعاقب عليها بموجب المادة 450 عقوبات⁽¹⁾، وانتهت إلى عدم انطباق الوصف والقيد الوارد بقرار النيابة.

وقد ورد في أسبابها بأنه لما كانت المادة الرابعة من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة رقم 13 لسنة 1425 م(1996م)⁽²⁾ والمعنونة بـ(جريمة الحرابة والشروط الواجب توافرها لإقامة الحد) تنص على أن:

1. تتوافر جريم الحرابة في حالتين⁽³⁾:

أ. الاستيلاء على مال الغير مغالبة أو علناً.

ب. قطع الطريق.

2. ويشترط في الحالتين المذكورتين استعمال السلاح أو أية أداة صالحة للإكراه البدني أو النفسي أو التهديد بأي منهما.

3. ويجب أن يكون الجاني عاقلاً أتم ثماني عشرة سنة ميلادية مختاراً غير مضطرب."

وذكرت أنه بمقتضى هذا النص، فإن المشرع لم يعد يشترط لقيام جريمة الحرابة أن تقع خارج العمران، بل يصح أن تقع داخل العمران سواء أمكن الغوث أم لا، طالما أن الاستيلاء على المال قد تم بطريق المغالبة، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى خلاف ذلك واستبعد تطبيق قانون الحرابة، فإنه يكون قد خالف القانون، الأمر الذي حجب عن الفصل في الدعوى على الوجه الصحيح مما يكون معه معيباً بالقصور في التسبب ويستوجب نقضه مع الإعادة.

ثالثاً- التعليق على حكم المحكمة العليا:

يثير الحكم مسألتين على قدر كبير من الأهمية هما:

المسألة الأولى: هل يلزم لقيام جريمة الحرابة أن تقع في طريق عام، أو كما يعبر عنه فقهاء الشريعة في الصحراء بعيداً عن العمران؟

لم يتضمن قانون حدي السرقة والحرابة نصاً يعالج هذه المسألة، وقد ذهب جمهور فقهاء الشريعة إلى أن الحرابة لا تكون إلا في طريق عام، فيما عدا الإمام المالك وأهل الظاهر الذين يوسعون في معنى الحرابة بحيث تشمل كل الأماكن حتى داخل المساكن إذا ما دخل الجاني إليها مسلحاً ومعه قوة، حيث يلاحظ هنا أن المذهب المالكي يشترط في الحرابة عمومًا أن تكون على وجه يتعذر معه الغوث، فقد جاء في مواهب الجليل⁽⁴⁾ أن المحارب هو من قطع الطريق على الناس ومنعهم من السلوك فيها وإن لم يقصد أخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث.

(1) لمزيد من التفصيل حول جريمة السرقة بالإكراه وتوافر أركانها وطرق إثباتها في التشريع الليبي راجع د. مصطفى إمام الصرارعي، جريمة السرقة بالإكراه في التشريع الليبي والمصري (دراسة تحليلية مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2013م، ص 524 وما بعدها.

(2) الصادر في 13-12-1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، السنة 24، العدد 6، 1996م، بتاريخ 28/3/1996م، موسوعة التشريعات، ج 6، ملحق 3، ص 25.

(3) ويلاحظ هنا أن القانون رقم 13 لسنة 1425 (1996م) يميل إلى التوسع في إثبات جريمة الحرابة، وكانت المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة انتهت إلى عدم دستورية نص المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425 م(1996م) في شأن حدي السرقة والحرابة، المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1369 و.ر (2001م) فيما تضمنه من جواز إثبات جريمتي السرقة والحرابة باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو أية وسيلة إثبات علمية؛ وذلك لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع بحثنا بعنوان: مدى دستورية إثبات جريمتي السرقة والحرابة باعتراف الجاني أمام سلطة التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية "تعليق على المبدأ الذي أصدرته المحكمة العليا الليبية بدوائرها المجتمعة في قضية الطعن الدستوري رقم 3/56 الصادر بتاريخ 24/3/2014م"، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، تصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون جامعة بنغازي، العدد 29، سنة 2021م، ص 138 وما بعدها.

(4) محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (الخطاب الرعيني)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء السادس، 1995م، ص 427.

والمرجع الليبي بسكوته عن هذه المسألة، يبدو أنه مال إلى الأخذ برأي الإمام مالك، وهو ما يعتبر أكثر مسaire لتطور المجتمع، وتحقق به مصالحه، خاصة مع الظروف التي تعيشها بلادنا هذه الأيام في ظل الانفلات الأمني، وضعف الأجهزة الأمنية الذي صاحب سقوط نظام الحكم في ليبيا، وبناء على ذلك فإن جريمة الحراية في ظل التشريع الليبي لا يشترط لقيامها أن تقع في طريق عام، وهو ما يؤدي إلى التوسع في معنى الحراية بحيث تشمل كل الأماكن حتى داخل المساكن إذا ما دخل الجاني إليها مسلحاً، وهو توسع محمود تقتضيه الظروف التي تمر بها بلادنا على نحو ما أشرنا.

والمحكمة العليا في حكمها لم تتعرض لهذه المسألة؛ على اعتبار أن حكمها صدر في ظل القانون رقم 13 لسنة 1425م بشأن حدي السرقة والحراية، والذي لم يقيد حصول الحراية في طريق عام، الأمر الذي يسمح بقيام هذه الجريمة في الطريق العام أو خارجه كالمساكن وغيرها.

المسألة الثانية: مدى قيام جريمة الحراية إذا كان الطريق داخل العمران؟

رأينا أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن جريمة الحراية لا تقوم إلا في طريق عام، ولكنهم اختلفوا

في مكان هذا الطريق، هل ينبغي أن يكون خارج العمران؟ أم أن الحراية تقع ولو كان الطريق داخل المدينة؟

المسألة محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى أن الحراية لا تكون إلا في الصحراء خارج العمران، أما إذا وقعت في العمران فلم تكن حراية، وحجتهم في ذلك أن الحراية تقع بقطع الطريق، وهذا لا يصدق إلا في الصحراء، فحصولها داخل العمران لا تتحقق به الحراية⁽¹⁾؛ لإمكان الغوث غالباً داخل العمران، ومع إمكانية الغوث تذهب شوكة المعتدين، ويكونون بمثابة مختلسين لا محاربين⁽²⁾.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الأمر في العمران يدور على إمكان الغوث وقربه أو عدم إمكانه وبعده، فإذا لم يمكن الغوث أصلاً أو كان بعيداً، كانت محاربة، وإن أمكن وكان قريباً لا تكون محاربة، وهو رأي أبي يوسف من الحنفية والشافعي والأوزاعي والليث بن سعد وأبي ثور⁽³⁾، وهو ما كان يأخذ به القانون رقم 148 لسنة 1972م في مادته الرابعة⁽⁴⁾ التي كانت نصت صراحة على أنه: "... وإذا وقعت الحراية داخل العمران فيشترط عدم إمكان الغوث..."

في حين يذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف⁽⁵⁾ إلى أن الحراية تتحقق في

الصحراء والعمران على حد سواء، فالعبرة عندهم هي بإمكان الغوث لا بموقع الطريق⁽⁶⁾، وسندهم في ذلك أن فقد

(1) وجدير بالذكر هنا أن هذا الرأي هو الذي تأخذ به بعض التشريعات الوضعية عند تقدير قيام جريمة السرقة بالإكراه عندما تحصل في طريق عام، فالتشريع الليبي مثلاً ينص صراحة في المادة 1/446 بند 2 — والتي تعتبر ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة بالإكراه — على تشديد العقوبة إذا حصلت السرقة في طريق عام خارج المدن والقرى، وهو ما أخذ به قانون العقوبات العراقي في مادته 441 والتي نصت صراحة على تشديد عقوبة السرقة إذا حصلت في طريق عام خارج المدن . د. محمد علي هاشم وآخرون، الحراية وأثرها في النزاع الداخلي المسلح، مجلة مركز الكوفة، مجلة فصلية محكمة، العدد 50، سنة 2018م، ص33.

(2) أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، باكستان، المكتبة الحبيبية، الطبعة الأولى، الجزء السابع، 1989م، ص 92، كمال الدين بن محمد بن الهمام، شرح فتح القدير، بيروت لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، 2003م، ص 407، محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، بيروت، لبنان، دار المعرفة، بدون طبعة، الجزء التاسع، 1993م، ص 201.

(3) ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الطو، السعودية، الرياض، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني عشر، 1997م، ص 474-475، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 92، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، الجزء الثامن، 2003م، ص 3،4، محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتخريج محمد صبحي حلاق، القاهرة، كنية بن تيمية، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، 1415 هـ، ص 417 .

(4) منشور بالجريدة الرسمية، العدد (60) لسنة 1972م بتاريخ 23-12-1972م .

(5) مواهب الجليل، جزء 6، ص 314، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، بيروت لبنان، دار المعرفة، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، 1997م، ص 236، ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني الشرح الكبير على متن المقنع " طبعة مرقمة المسائل والفصول طبقاً للمعجم الصادر عن وزارة الأوقاف الكويتية"، بيروت لبنان، دار الفكر ، الطبعة الأولى، الجزء العاشر، 1984م، ص 298.

(6) عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي المتوفى سنة 710 هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية، تحقيق زكريا عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، 1418هـ - 1997م، ص 113، بدائع الصنائع، الجزء السابع، ص 92.

الأمن وإدخال الرعب على الناس داخل العمران أشد من فقدته خارج المدن في الطريق العام، فوقوع الحراية في المدن أولى بالعقوبة منه في الصحراء، فإقدام الجناة على الحراية مع ما تتطلبه من قدر كبير من شدة المغالبة؛ حتى يتمكنوا من سلب مال الناس في ديارهم، هذا يدل على أنهم أكثر خطراً ممن يرتكب هذه الجريمة خارج العمران بعيداً عن احتمال المقاومة ورد الاعتداء من قبل المجني عليهم⁽¹⁾. والباحث⁽²⁾ يؤيد رأي جمهور الفقهاء الذي لا يفرق لقيام هذه الجريمة بين حصولها في الصحراء أو العمران⁽³⁾: فهو ما يتلاءم مع واقعنا الذي نعيشه في ليبيا، فخطورة الجريمة لا تقتصر على طبيعة مكان ارتكابها فحسب، بل تظهر فيما يترتب عليها من إخافة السبيل وإدخال الرعب على الناس والمساس بأمنهم وأموالهم وأرواحهم، وبهذا الرأي أخذ المشرع الليبي في قانون إقامة حدي السرقة والحراية رقم 13 لسنة 1425 م (1996م)، والذي ألغى القانون رقم 148 لسنة 1972م بشأن حدي السرقة والحراية، ونشير هنا إلى أن المحكمة العليا كانت مصيبة في الحكم محل التعليق، حيث كان نص المادة الرابعة من القانون رقم 148 لسنة 1972م، كما ذكرت المحكمة العليا، يشترط عند وقوع الحراية في العمران عدم إمكانية الغوث، لكن بعد إلغاء هذا القانون بموجب القانون رقم 13 لسنة 1425م بشأن السرقة والحراية لم يعد يشترط هذا الشرط، ومن ثم فإن المشرع في القانون الجديد وسع من نطاق تطبيق جريمة الحراية داخل العمران، والمحكمة العليا إذ قضت بموجب المادة الرابعة من القانون رقم 13 لسنة 1425 تكون قد التزمت صحيح القانون .

ونشير أخيراً إلى ضرورة تعديل نص المادة الرابعة من القانون رقم 13 لسنة 1425 م بشأن السرقة والحراية، بحيث يتم النص صراحة على قيام جريمة الحراية في الطريق العام خارج المدن أو في أي مكان داخل العمران، وهو ما أخذ به مشروع تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري⁽⁴⁾، حيث نصت المادة 100 من هذا المشروع على أن: " يعد محارباً كل من ارتكب جريمة ضد النفس أو المال أو إرهاب المارة، سواء وقع الفعل في طريق عام، أو في مكان داخل العمران...".

(1) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، بدون مكان نشر، بدون ناشر، الطبعة الأولى، الجزء العاشر، 1955م، ص 291-292.

(2) من هذا الرأي: عيسى العمري، فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، بدون مكان نشر، المنهل، طبعة 2010م، الجزء الأول جرائم الحدود وعقوباتها، يناير 2010م، ص 161، محمد عارف مصطفى فهمي، الحدود والقصاص بين الشريعة والقانون، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الثانية، 1979م، ص 167، عبد العزيز الغافود، أحكام جريمة الحراية في التشريع الجنائي الليبي، دراسة مقارنة في قانون حدي السرقة والحراية وأحدث تعديلات، المرجع السابق، ص 85.

(3) وهو ما أخذ به مشروع قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، المعد من قبل لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري في المادة 100 المتعلقة بحد الحراية.

(4) راجع: لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري، قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة "قانون العقوبات"، المرجع السابق، ص 408 وما بعدها.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من التعليق على حكم المحكمة العليا، نأتي في الختام لنعرض لأهم النتائج والتوصيات، وذلك على النحو الآتي:

أولاً - النتائج:

1. كانت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون رقم 148 لسنة 1972م بشأن إقامة حدي السرقة والحراية تشترط لقيام جريمة الحراية داخل العمران عدم إمكانية الغوث.
2. تم إلغاء القانون رقم 148 لسنة 1972م بموجب القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) بشأن حدي السرقة والحراية، الذي لم يعد يشترط ذلك الشرط، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الحراية تتحقق في الصحراء والعمران على حد سواء.
3. المشرع في القانون الجديد وسع من نطاق تطبيق جريمة الحراية داخل العمران، حيث لم يعد يشترط لقيام جريمة الحراية داخل العمران عدم إمكانية الغوث، وهو توسع محمود تقتضيه الظروف التي تمر بها بلادنا.
4. ظلت بعض محاكم الجنايات في بلادنا تطبق نص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون رقم 148 لسنة 1972م بشأن إقامة حدي السرقة والحراية، رغم إلغائه بموجب القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) بشأن حدي السرقة والحراية.
5. المحكمة العليا كانت مصيبة في حكمها عندما قضت بنقض الحكم؛ لاستبعاده تطبيق نص الحراية؛ لأن المشرع لم يعد يشترط لقيام جريمة الحراية أن تقع خارج العمران، بل يصح أن تقع داخل العمران سواء أمكن الغوث أم لا، طالما أن الاستيلاء على المال قد تم بطريق المغالبة.

ثانياً - التوصيات:

يوصي الباحث بتعديل نص المادة الرابعة من القانون رقم 13 لسنة 1425م بشأن السرقة والحراية، بحيث يتم النص صراحة على قيام جريمة الحراية في الطريق العام خارج المدن أو في أي مكان داخل العمران.

قائمة بأهم المراجع

أولاً - مراجع الفقه الإسلامي:

- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركيّ وعبد الفتاح محمد الحلو، السعودية، الرياض، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني عشر، 1997م.
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني الشرح الكبير على متن المقنع " طبعة مرقمة المسائل والفصول طبقاً للمعجم الصادر عن وزارة الأوقاف الكويتية"، بيروت لبنان، دار الفكر، الطبعة الأولى، الجزء العاشر، 1984م.
- أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، باكستان، المكتبة الحبيبية، الطبعة الأولى، الجزء السابع، 1989م .

- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت لبنان، دارالكتب العلمية، الطبعة الثالثة، الجزء الثامن، 2003م.
- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، بيروت لبنان، دارالمعرفة، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، 1997م.
- عبدالله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية) تحقيق زكريا عميرات، بيروت، دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى ن الجزء الخامس، 1418هـ - 1997م.
- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، بدون مكان نشر، بدون ناشر، الطبعة الأولى، الجزء العاشر، 1955م.
- كمال الدين بن محمد بن الهمام، شرح فتح القدير، بيروت لبنان، دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، 2003م.
- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، بيروت، لبنان، دارالمعرفة، بدون طبعة، الجزء التاسع، 1993م.
- محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق محمد صبحي حلاق، القاهرة، كتبة بن تيمية، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، 1415هـ .
- محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي (الخطاب الرعييني)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، بيروت - لبنان، دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء السادس، 1995م.

ثانياً - مراجع الفقه القانوني:

- عبد العزيز مفتاح الغافود، أحكام جريمة الحراية في التشريع الجنائي الليبي "دراسة مقارنة في قانون حدي السرقة والحراية وأحدث تعديلاته"، رسالة ماجستير، مدرسة العلوم القانونية، قسم القانون الجنائي، الأكاديمية الليبية- مصراتة، 2020م، غير منشورة.
- عبد المنعم إمام الصراري، مدى دستورية إثبات جرمي السرقة والحراية باعتراف الجاني أمام سلطة التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية "تعليق على المبدأ الذي أصدرته المحكمة العليا الليبية بدوائرها المجتمعة في قضية الطعن الدستوري رقم 3/56 الصادر بتاريخ 24/3/2014م"، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، تصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون جامعة بنغازي العدد 29، سنة 2021م.
- عيسى العمري، فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، بدون مكان نشر، المنهل، طبعة 2010م، الجزء الأول جرائم الحدود وعقوباتها، يناير 2010م .
- لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري، قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة "قانون العقوبات"، القاهرة، دار الفوائد، دار ابن رجب، ط1، 2012م.
- محمد عارف مصطفى فهمي، الحدود والقصاص بين الشريعة والقانون، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الثانية، 1979م.
- محمد علي هاشم وآخرون، الحراية وأثرها في النزاع الداخلي المسلح، مجلة مركز الكوفة، مجلة فصلية محكمة، العدد 50، سنة 2018م
- مصطفى إمام الصراري، جريمة السرقة بالإكراه في التشريعين الليبي والمصري (دراسة تحليلية مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2013م.

القيود التي تلحق النص على تطبيق الشريعة الإسلامية

(تأصيل وتقييم)

Restrictions mentioned on the application of Islamic law

(Rooting and Evaluation)

د. عبدالباسط الهادي أحمد النعاس

أستاذ مشارك بقسم الشريعة كلية القانون

جامعة طرابلس - طرابلس (ليبيا)

dralnaas@gmail.com

الملخص:

تطبيق الشريعة الإسلامية مطلب أصيل لكل المسلمين، ولقد دأبت أغلب الدول المسلمة في العصر الحديث -ومنها ليبيا- على تضمين دساتيرها وقوانينها النص على هذا المبدأ، إلا أن النص على مبدأ تطبيق الشريعة الإسلامية لا يبقى على إطلاقه، فعادة ما تلحقه العديد من القيود التي تضبط عمل الجهات المكلفة بتطبيقه.

ونظرا لكون الشريعة الإسلامية تحتوي على العديد من المذاهب والآراء، فإن وجود تلك القيود أمر ضروري من حيث المبدأ، لكونها بمثابة المنهج الذي تسير عليه الجهات التي تقوم بصياغة القوانين، أو مراجعتها وتعديلها، أو القضاة الذين يطبقون القوانين في المحاكم.

ولكي تكون هذه القيود صحيحة ومقبولة لا بد أن تتوافق مع معيار مهم، وهو: ألا تؤدي إلى الاستنقاص من تطبيق الشريعة الإسلامية، وهذا الانتقاص يحدث إذا كانت القيود تؤدي إلى الحد من شمول الشريعة الإسلامية، أو الحد من مصادرها وأحكامها، أو الحد من هيمنتها على التشريع، أو الحد من فورية تطبيقها.

وعندما نتبع القيود الواردة في التشريع الليبي سنجد العديد منها لا يتوافق مع المعيار السابق، وأهم الأمثلة

عليها هي:

- 1- اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا، أو مصدرا أساسيا لكن معه مصادر أخرى.
- 2- اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية أو قواعدها الأساسية هي مصدر التشريع دون باقي المصادر الأخرى كالقرآن والسنة.

3- الأخذ بالأحكام القطعية -وهي قليلة- وترك الأحكام الظنية.

إن وجود مثل هذه القيود سيؤدي إلى الاستنقاص من تطبيق الشريعة الإسلامية التي أمرنا الله بالأخذ بها كلها، وفي جميع المجالات؛ ولذلك لا بد من إجراء مراجعة شاملة لكل القيود الواردة على النص بتطبيق الشريعة الإسلامية، فما كان منها مقبولا يبقى، وما كان منها مردودا يلغى.

الكلمات المفتاحية: تطبيق الشريعة الإسلامية- الشريعة الإسلامية في الدستور- مبادئ الشريعة الإسلامية- تقييد النص الدستوري

**Abstract:**

The applications of Islamic laws are fundamental requirements of all Muslims.

Most Islamic countries in the modern era, including Libya, have always included in their constitutions and laws the text of this principle.

However, stating the principle of applying Islamic law does not remain open, as it is usually followed by many restrictions that control the work of the bodies charged with implementing it.

In view of the fact that Islamic law contains many schools of thoughts and opinions, basically the existence of these restrictions is necessary, as it is the approach that is followed by the bodies that draft laws, review or amend them, or the judges who apply the laws in the courts.

In order for these restrictions to be correct and acceptable, they must comply with an important criterion, It does not lead to underestimation of the application of Islamic law, and this contradiction occurs if the restrictions lead to the limitation of the inclusion of Islamic law, or to limit its sources and provisions, or to limit its dominance of legislations, or to limit Immediate application.

When we follow the restrictions mentioned in the Libyan legislation, we will find many of them that do not comply with the previous standard, and the most important examples of them are:

- 1- Considering Islamic law as a main source, or as a primary source, but with other sources included
- 2- Considering the principles of Islamic law or its basic rules as the source of legislation and not taking into considerations the other sources such as the Qur'an and the Sunnah
- 3- Taking peremptory rulings - which are few - and abandoning presumptive judgments

The presence of such restrictions will lead to an underestimation of the application of the Islamic Sharia, which God has commanded us to adopt all of them, in all areas, therefore it is necessary to conduct a comprehensive review of all the restrictions stated of the application of Islamic law. What was acceptable remains, and what was otherwise is canceled

Keywords: - The application of Islamic law - Islamic law in the constitution - Principles of Islamic law - Restriction of the constitutional text

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

ما من شك في أن الغالبية العظمى من المسلمين⁽¹⁾ يرغبون في رؤية أحكام دينهم مطبقة في سائر شؤون حياتهم، ولا غرابة في ذلك؛ فالمسلم الحق لا يستسيغ أن تكون أحكام الإسلام مجرد آيات تتلى، وأحاديث تروى، وفقه يدرّس، بينما تحكم حياته قوانين من صنع البشر، وبعضها جاءته ممن لا دين لهم أصلاً. ومنذ بداية تشكل الدول الحديثة في العالمين العربي والإسلامي بعد عقود من الاستعمار الأجنبي، وما صاحب ذلك من ظهور للأنظمة التشريعية بدساتيرها، وقوانينها وما تفرع منها، أخذت رغبة الشعوب المسلمة تلك تتبوأ موقعا لا بأس به في تلك التشريعات، وأصبح من المعتاد أن يُنصّ في الدستور وما في حكمه، أو في القوانين على تطبيق الشريعة الإسلامية بصيغ وعبارات مختلفة كما سيأتي بيانه لاحقاً.

واللافت للنظر في معظم التجارب في هذا الشأن - ومنها التجربة الليبية - أنها كانت لا تكتفي بالنص على تطبيق الشريعة الإسلامية، وإنما كانت تضيف إلى ذلك وضع قيود عديدة ومتنوعة عند إرادة تحويل النص الدستوري إلى نص تشريعي في مختلف الصور.⁽²⁾

أولاً / المقصود بالقيود:

الذي قصدته بالقيود التي تلحق النص على تطبيق الشريعة الإسلامية تلك المحددات التي تضبط عمل الجهة التي يناط بها تحويل النص الدستوري إلى نص تشريعي أو تطبيقه في بعض الصور، وقد فضلت تسميتها بالقيود⁽³⁾ لأنها - بالفعل - تحول بين من يناط به تطبيق النص الدستوري في مختلف الصور، وبين الأخذ من خارج حدودها، حتى لو كان يراه الأحسن والأنسب.

والمعتاد أن تكون هذه الحدود إما بتحديد مرتبة الشريعة الإسلامية بين مجموعة من المصادر الأخرى، وإما بتسمية مذهب أو مجموعة من المذاهب، وإما بتحديد صفة أو مجموعة من الصفات في الرأي أو المذهب الذي ينبغي الأخذ به، كاليسر والملاءمة والشهرة...، وقد تكون القيود عبارة عن مفاهيم عامة ومجملّة كالمبادئ والأسس والقواعد والمقاصد، وغير ذلك مما يقيد المعنى بتطبيق النص الدستوري كما سيأتي في ثنايا هذا البحث.

ثانياً / أهمية البحث في هذه المسألة:

من خلال نظرة تقييمية لتجربة النص على تطبيق الشريعة الإسلامية والتي يقارب عمرها في بعض البلاد - ومنها بلادنا ليبيا - نصف قرن⁽⁴⁾، فإن مسألة القيود التي توضع على ذلك النص تفرض نفسها بجدارة عند الحديث عن تطبيق الشريعة الإسلامية، ومن غير المبالغ فيه القول إن تلك القيود تتحكم - فعلاً - في مجريات هذا التطبيق؛ فمن خلالها قد يتحقق ما يرغب فيه عموم المسلمين برؤيتهم أحكام دينهم تطبق، ومن خلالها أيضاً قد يفرغ النص على تطبيق الشريعة الإسلامية من محتواه، إما بتعطيل جانب منها عند العمل، وإما باستبعادها عن بعض القضايا والشؤون، ونحو ذلك؛ وهو ما يدعو إلى عدم التسليم بكل ما يرد من تلك القيود، فكما نقبل من حيث المبدأ

1- أقول الغالبية العظمى، لأنه لا يخلوا الحال من وجود من يعارض ذلك من العلمانيين والمتحليلين من قيود التدين، ومن يرون في ذلك تخلفاً، وتأسيساً لحكم كهنتي... وإلى ما هنالك من الدعاوى الباطلة.

-ينظر: الأشقر، عمر، معوقات تطبيق الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان-الأردن، ط الأولى، 1412هـ 1992م، ص33 وما بعدها
2- قد يكون ذلك بإنشاء قوانين جديدة، أو مراجعة وتعديل ما هو موجود، كما قد يكون عند تنزيل حكم على واقعة معينة من قبل القاضي عند عدم وجود نص في القانون عملاً بنصوص الإحالة، أو ما تقوم به المحكمة الدستورية من مراقبة للتشريعات المختلفة من حيث موافقتها للشريعة الإسلامية.

3- وقد يسميها البعض بالضوابط أو الشروط وما إلى ذلك.

4- هذا إن اعتبرنا التجربة الليبية في النص على تطبيق الشريعة الإسلامية بدأت في القانون المدني الليبي الصادر سنة 1953م، وتحديدًا في المادة الأولى منه، حيث جاء فيها: "ف2 فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"

بوجودها ، ينبغي القبول - كذلك - بأن منها ما هو مقبول وما هو مردود، فالنص على تطبيق الشريعة الإسلامية - رغم أنه مكسب عظيم - يظل ناقصا ما لم تكن تلك القيود اللاحقة له منسجمة معه نظريا وعمليا.
ثالثا/ حدود البحث:

رغم أن حديثنا عن القيود التي تلحق النص على تطبيق الشريعة الإسلامية يتناول الموضوع من حيث المبدأ أو الفكرة أيا كان البلد، إلا أن النصيب الأكبر - خصوصا من الناحية التطبيقية - سيكون موجها إلى التجربة التشريعية في ليبيا والتي بدأت مع الاستقلال سنة 1951م وإلى يومنا هذا؛ حتى يكون للبحث أثر عملي، وفائدة تمس الواقع.
رابعا/ خطة البحث:

إن الحديث عن القيود التي توضع لاحقا للنص على تطبيق الشريعة الإسلامية يستلزم معرفة ما ستقع عليه تلك القيود، وخصوصا إذا تعددت معانيه، وكثرت مكوناته؛ ولذلك سأخصص المبحث الأول لمعنى الشريعة الإسلامية وما يراد بها عند الإطلاق، لأننتقل بعد ذلك للحديث عن مدى الحاجة إلى إلحاق الشريعة الإسلامية بقيود حتى يمكن العمل بها سواء في مجال التشريع، أو في مجال القضاء.
أما المبحث الثاني فسأخصصه لعرض نماذج للقيود المردودة مع بيان الأساس الذي يقوم عليه هذا التقييم، لينتهي بحثنا بعد ذلك بخاتمة نجل فيها ما توصلت إليه من نتائج وما أقترحه من توصيات.
والله أسأل أن يجعل التوفيق حليفي إنه سميع مجيب

الباحث

الزاوية في 2021/3/30م

المبحث الأول

التعريف بالشريعة الإسلامية ومدى الحاجة إلى وضع قيود عند تطبيقها

فضلت معظم الدساتير - وما في حكمها - استعمال عبارة: الشريعة الإسلامية عند التعبير عن الرغبة في تطبيق أحكام ديننا الحنيف، رغم وجود عبارات أخرى يمكن أن تفي بالغرض وإن بدرجات متفاوتة، من أهمها: الدين الإسلامي⁽¹⁾، والفقهاء الإسلامي⁽²⁾، والكتاب والسنة...، ثم ألحقت تلك العبارة بعدد القيود - كما بينا ذلك في مقدمة البحث-، ومن خلال الحديث عن المعنى الذي تدل عليه عبارة: الشريعة الإسلامية في اللغة والاصطلاح سيكون من الممكن تقدير مدى الحاجة إلى وضع قيود عليها عند إرادة تحويلها لنصوص تشريعية ونحو ذلك.

المطلب الأول

التعريف بالشريعة الإسلامية

أولاً/ المعنى اللغوي أصل المعنى الاصطلاحي:

لمعرفة معنى الشريعة في الاصطلاح يستحسن أولاً الرجوع إلى معناها في اللغة، فبين المعنيين ارتباط وثيق. وعند النظر في معاجم اللغة العربية - سيما القديمة منها - نجدها تكاد تتفق على أن أصل الشريعة في اللسان العربي هو مورد الماء الجاري بنفسه، والذي يستقي منه الناس ودواهم بغير عناء، والشريعة مثلها في المعنى⁽³⁾، وتبعاً لهذا المعنى صارت المواضع التي يُنحدر منها إلى الماء (الطرق) تسمى - أيضاً - شريعة وشرعة⁽⁴⁾، ثم توالى إطلاق الشريعة على معانٍ أخرى بينها وبين المعنى الأول مناسبة ما، ومن ذلك إطلاق لفظ الشريعة على ما شرع الله لعباده من الدين⁽⁵⁾، والمؤكد أن هذا المعنى جاء تالياً للمعنى السابق، حيث أُستعير للدلالة على أحكام الدين لأنها كالماء تحيي النفوس وترويهما مما ينفعها، وتوصلها إلى الحياة الدائمة، والنعيم الباقي.

من الواضح أن إطلاق لفظ الشريعة - في معاجم اللغة - على ما شرعه الله من الدين لم يخص نوعاً من الأحكام دون أخرى كما أنه من الواضح أيضاً أن هذا المعنى العام الشامل لكل أنواع الأحكام قد استقر بين العرب حتى لم يعد مستعاراً (اصطلاحياً) بل صار معنى تورده معاجم اللغة قديماً وحديثاً، ضمن مادة: شرع.

ولقد درج العلماء ممن اعتنوا بتعريف الشريعة في الاصطلاح - خصوصاً المعاصرون منهم - على حدها بأنها: كل ما سنه الله لعباده من الأحكام الاعتقادية والأخلاقية والعملية⁽⁶⁾.

¹ - وهي العبارة التي استعملها الدستور العراقي (م2)

² - وهي العبارة التي استعملها الدستور السوري (م3)

³ - ينظر: ابن منظور الإفريقي، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ب ط، ب ت، ج 8 ص 175.

- الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط الثانية، 1399 هـ - 1979 م، ج 3 ص 1236.

⁴ - ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 8 ص 175.

- مجمع اللغة العربية - جمهورية مصر العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ط الخامسة، 1431 هـ - 2010 م، ص 498.

⁵ - ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 8 ص

- الجوهري، الصحاح، مرجع سابق، ج 3 ص 1236.

- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 498.

⁶ - ينظر: ابن تيمية، تقي الدين أحمد، مجموعة الفتاوى، تحقيق: عامر الجزار، أنور الباز، دار الوفاء، المنصورة، جمهورية مصر العربية، ط الثانية، 1422 هـ - 2001 م، ج 19 ص 165، 166.

- التهانوي، محمد علي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط الأولى، 1996 م، ج 1 ص 1018.

- شعبان، محمد إسماعيل، التشريع الإسلامي مصادره وأطواره، ب ن، ب م ن، ط الأولى، 1397 هـ - 1977 م، ص 6، 7.

ثانيا/ تخصيص لفظ الشريعة بأحكام دون أخرى:

بإزاء المعنى الاصطلاحي الواسع للشريعة ظهرت معاني أخرى اقتصر على نوع أو فرع من الأحكام دون غيرها. أ/ الشريعة هي الأحكام العملية.

أطلق لفظ الشريعة اصطلاحاً على معنى أخص من السابق، وهو الأحكام الشرعية العملية، المتمثلة في العبادات والمعاملات دون غيرها،⁽¹⁾ وقد ذكر بعض من تناول هذا المعنى أنه مستحدث شاع وانتشر في العصر الحديث، لكن الصحيح أن هذا المعنى قديم.

يقول الإمام ابن تيمية رحمه الله: "ومن العلماء والعامّة من يرى أن اسم الشريعة والشرع لا يقال إلا للأعمال التي يسعى علمها علم الفقه"⁽²⁾

وهذا المعنى ليس في قدم وأصالة المعنى الأول الواسع الذي وجد في الصدر الأول، حيث إنه منسوب للمتأخرين.⁽³⁾

ب/ الشريعة هي الأحكام المنصوصة (القطعية)

ومما خُص به لفظ الشريعة من المعاني: الأحكام الشرعية القطعية التي ورد النص عليها في الكتاب والسنة، فهذه تسمى شريعة، ويقابلها الأحكام الشرعية التي استنبطها المجتهدون من الأدلة الظنية، وتسمى: فقهاً⁽⁴⁾ وبمقتضى ذلك صارت الشريعة - عند البعض - شيئاً، والفقه شيئاً آخر، أو بمعنى آخر: الشريعة إلهية، والفقه وضعي.⁽⁵⁾

ثالثاً/ الأحكام جزء من مكونات الشريعة:

على الرغم من أن تعريف الشريعة الإسلامية ينعتمها بالأحكام: إلا أن هذه الأحكام - في الحقيقة - ما هي إلا الجزء الظاهر والبارز من مكوناتها، والذي يمثل الخلاصة فيها: ففي الشريعة الإسلامية مكونات أخرى، فالأحكام لها مصادر تؤخذ منها، وطرق تُستنبط بها، ومقاصد تتوخاها، وأسس ومبادئ تقوم عليها، وقواعد تجمع متفرقاتها، ونظريات تؤطر مسائلها، وبعد كل ذلك فيها مذاهب وآراء واجتهادات يصعب حصرها، فالأحكام ليست كلها منصوصة أو مجمع عليها، ولا جميع أدلتها مقطوع بها، فكل ما سبق ذكره داخل في معنى الشريعة، إما أصالة وإما تبعاً، إما صراحة وإما دلالة، وحصر الشريعة في أحد تلك المكونات أو بعضها، هو تقطيع لأوصالها وتشويه لكيانها.

وبمجموع تلك المكونات استطاعت الشريعة أن تلبّي كل الحاجات، وتحل جميع المشكلات، وتواكب كل الأماكن والعصور.⁽⁶⁾

1- ينظر: الأشقر، عمر سليمان، المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان-الأردن، ط الأولى، 1425هـ، 2005م، ص 15 -محمد إسماعيل، التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 7
2- ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، مرجع سابق، ج 19 ص 167.
-وانظر كذلك: التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مرجع سابق، ج 1 ص 1019.
3- ينظر: ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، مرجع سابق، ج 19 ص 74.
-الأشقر، المدخل إلى الشريعة، مرجع سابق، ص 43.
4- ينظر: الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار العلم، دمشق، سوريا، ط الثانية، 1425هـ - 2004م، ج 1 ص 153.
-الأشقر، المدخل إلى الشريعة، مرجع سابق ص 42.
5- ينظر: القرضاوي، يوسف، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط الأولى، 1414هـ، 1993م، ص 22، 23
-الأشقر، المدخل إلى الشريعة، مرجع سابق، ص 43.
6- ينظر: القطان، مناع، تاريخ التشريع الإسلامي- التشريع والفقه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، ط الثانية، 1417هـ، 1996م، ص 134، 135.

المطلب الثاني

مدى الحاجة للقيود عند العمل على تطبيق الشريعة الإسلامية

أولاً/ تعدد الآراء من سمات الشريعة:

يعتبر الاختلاف الفقهي أحد السمات التي تتميز بها الشريعة الإسلامية، فليس فيها قول واحد إلا فيما ندر من المسائل التي جاء فيها نص قطعي الثبوت والدلالة، أو انعقد عليها إجماع صحيح، أما ما عدا ذلك فمذاهب متعددة، وآراء متنوعة، حتى صار وجود قولين أو ثلاثة في المسألة الواحدة أمراً مألوفاً، وفي بعض المسائل قد تصل الأقوال إلى عشرة أو تزيد.

ولم يكن هذا الاختلاف وتعدد الآراء - يوماً - عيباً في ذاته توصم به الشريعة،⁽¹⁾ ومما أثر عن عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - قوله: "ما أحب أن أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يختلفوا، لأنه لو كان قولاً واحداً كان الناس في ضيق، وإنهم أئمة يقتدى بهم، ولو أخذ رجل بقول أحدهم كان في سعة"⁽²⁾ ومما يدل على أن الاختلاف في الآراء الفقهية غير مستنكر من حيث المبدأ، عناية العلماء - قديماً وحديثاً - به، حيث ألفت فيه عديد الكتب سواء من حيث تأصيله بذكر أسبابه، وأنواعه، وكيفية التعامل معه،⁽³⁾ أو من حيث جمع الآراء في المسألة الواحدة، وتتبع أدلتها والترجيح فيما بينها فيما بات يعرف لاحقاً بالفقه المقارن.⁽⁴⁾

ثانياً/ تعدد الآراء يفرض وجود القيود:

من المؤكد - حسب ما هو معهود - أن الجهة التي توكل إليها مهمة تطبيق النص الوارد في الدستور أو القانون، والقاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية لن تبدأ من ورقة بيضاء وتطرح كل الأقوال السابقة جانباً وتشترع في الاجتهاد من جديد، فذلك غير متصور لأسباب غير خافية، بل ستستحضر ما هو موجود من أقوال في الموضوع، خصوصاً إذا صاحب عملها ذلك الانفتاح على مختلف المذاهب الفقهية. فلم يعد أمام تلك الجهة إلا سلوك طريق الاختيار من بين تلك الأقوال، وهو ما اصطلح على تسميته بالاجتهاد الترجيحي أو الانتقائي،⁽⁵⁾ حيث يتم الأخذ برأي في المسألة وفق ضوابط (قيود) محددة، وهذا النوع من الاجتهاد شاع في هذا العصر؛ مواكبة للدعوة إلى نبذ المذهبية، وانتشار الدراسات الفقهية المقارنة، وتقنين أحكام الشريعة الإسلامية،⁽⁶⁾ مع بقاء الباب مفتوحاً أمام الاجتهاد في المستجدات والنوازل التي ليس لها فيما سبق حكم، لا نصاً ولا اجتهاداً، طالما اتبع في ذلك المنهج الصحيح في الاجتهاد.

¹ - يراجع في هذا مبحث مهم للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1 ص269 وما بعدها
² - ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله بن محمد، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: سعد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط الأولى، 1421هـ، 2000م، ص347.
³ - من أهمها قديماً: رفع الملام عن الأئمة الأعلام لابن تيمية، والانصاف في أسباب الاختلاف لابن السيد البطلبوسي، والانصاف في بيان سبب الاختلاف في الأحكام الفقهية للدهلوي، أما حديثاً فمنها: أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ علي الخفيف، وفقه الاختلاف للدكتور عمر الأشقر، وضوابط الاختلاف في ميزان السنة للدكتور عبدالله شعبان، والاختلاف الفقهي أسبابه وأدابه للدكتور الصديق بشير نصر.
⁴ - ومن ذلك قديماً تلك الكتب التي اعتنت بذكر الخلاف العالي، أي الآراء التي قيلت في المسائل من مختلف المذاهب، ولعل أشهرها كتاب المغني لابن قدامة، وكذلك كتاب المجموع شرح المهذب للإمام النووي، أما في العصر الحاضر: فأغلب الرسائل الجامعية، والبحوث الفقهية من هذا النوع.
⁵ - لقد أشار إلى وجود هذا النوع من الاجتهاد الامام ابن القيم، انظر: ابن القيم محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: هاني الحاج، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ب ط، ج4 ص248.
وانظر كذلك: ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، مرجع سابق، ص347، 348، و القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 243
⁶ - ينظر: حسونة، عارف عز الدين حامد، مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر، رسالة دكتوراة في الفقه وأصوله، مقدمة إلى الجامعة الأردنية-كلية الدراسات العليا، 2005م، ص426 وما بعدها

وإذا أضفنا إلى كثرة الأقوال في كل مسألة أن الجهة المعنية بتطبيق النص الدستوري (لجنة، هيئة، إدارة) عادة ما تجمع عددا غير قليل من الأعضاء وفي تخصصات مختلفة⁽¹⁾، فالدخول إلى الشريعة الإسلامية – والحال هذه – دخول إلى بحر خضم، واسع الأرجاء، إذا لم تمخر عبابه برؤية واضحة، وخطة محكمة، وأدوات صالحة، تشعبت على الداخل الطرق، وتناقضت عليه الأحكام، ولم يظفر من مراده إلا بالنذر اليسير، ومن هنا كان لا بد لهذا النوع من الاجتهاد -كما الأنواع الأخرى- من منهج يُتبع⁽²⁾ أو بعبارة أخرى -تناسب هذا البحث- قيود تضبط عمل القائمين به، حتى لا يتسم بالعشوائية والاضطراب، وتحكيم الأهواء والأغراض.⁽³⁾

والخلاصة أن وضع قيود على النص القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية ضروري من حيث المبدأ، ولا مجال للنقاش فيه، وإنما النقاش في مضمون هذه القيود، وهو محل الدراسة في المبحث الثاني إن شاء الله، ولهذا لم تشذ جهة مكلفة بصياغة أو مراجعة وتعديل التشريعات وفق أحكام الشريعة الإسلامية عن هذه القاعدة، ولو تصورنا جهة لم توضع لها قيود تضبط عملها، أو لم تضع هي لنفسها هذه القيود، ومع ذلك باشرت عملها، لكان ذلك دليلا على عدم كفايتها، ومؤشرا على عدم سلامة ما يخرج عنها.

المبحث الثاني

تقييم القيود التي تلحق النص القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية

انتهينا في المبحث الأول إلى أن وضع قيود تضبط عمل الجهة -أو الجهات- التي تعمل على تنفيذ النص القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية أمر ضروري، سواء كان هذا التنفيذ في صورة تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية، أو في صورة مراجعة وتعديل للتشريعات الموجودة، أو كان في صورة تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع المعروضة على القضاة في المحاكم عند عدم وجود نص في القانون، وذلك عن طريق ما يعرف بنصوص الإحالة⁽⁴⁾، يضاف إلى ذلك ما تقوم به الجهة المختصة بالرقابة على دستورية التشريعات (محكمة – دائرة في محكمة) للتأكد من عدم مخالفة تلك التشريعات للشريعة الإسلامية.

ففي كل الصور السابقة تمثل القيود التي تلحق النص القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية منهجا يضبط أداءها لعملها، وهي ملزمة باتباعه.

إن القبول بوجود تلك القيود من حيث الأصل لا يعني بالضرورة القبول بكل القيود التي توضع بالفعل؛ فعند استقراء العديد من القيود الواردة في التجربة التشريعية الليبية تحديدا، نجدتها تحمل في طياتها مخالفات عميقة تمس مبدأ تطبيق الشريعة الإسلامية.

وفي هذا الخصوص ثمة مسألة مهمة لا بد من القبول بها، وهي أن المعيار الذي على أساسه تُقيم تلك القيود ليُعرف المقبول منها والمرفوض ينبغي أن يحظى بقبول الشريعة الإسلامية نفسها، وعلى واضعي القيود مراعاة ذلك.

ورغم أن البحث في هذه المسألة موجه إلى القيود الموجودة حالياً والمنصوص عليها في عدة مواضع – كما سيأتي – إلا أنه سيكون مفيداً – كذلك – فيما يمكن أن يوضع من قيود مستقبلا.

¹ - على سبيل المثال، في قرار مراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية الصادر عن مجلس قيادة الثورة في 1974/10/28م، كان عدد أعضاء اللجنة العليا تسعة، وكان عدد أعضاء اللجنة الفرعية المعنية بمراجعة القوانين المدنية والتجارية والبحرية وقانون المرافقات تسعة كذلك، وأما اللجنة الفرعية المعنية بمراجعة التشريعات الجنائية فكان عدد أعضائها ستة.

وفي قرار مفتي عام ليبيا رقم 2 لسنة 2012م بشأن تشكيل لجنة لمراجعة بعض القوانين الصادر في 2012/2/8م كان عدد أعضاء اللجنة ثمانية من مختلف التخصصات.

² - وما ظهر المذاهب المعروفة، وانتشارها وتميزها، إلا انعكاس للمناهج التي سار عليها أئمتها في الاجتهاد والاستنباط.

³ - ينظر: القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 243

⁴ - هي النصوص التي يحيل فيها المشرع إلى تشريع آخر، أو إلى مصادر يمكن أن يستخدمها القاضي للحكم في المسألة وذلك لتلافي أي نقص في التشريع يحدث فراغا في المسألة، وسيأتي ذكر بعض هذه النصوص أثناء البحث

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، أخصص الأول لمحاولة وضع معيار يمكن عن طريق إخضاع القيود له معرفة ما هو مقبول وما هو مردود، وأخصص الآخر للنظر فيما هو موجود من قيود في التشريع الليبي يتبين من خلال إخضاعها لذلك المعيار أنها قيود مردودة.

المطلب الأول

محاولة لوضع معيار للتقييم

من السهل - أحيانا - رفع شعار تطبيق الشريعة الإسلامية، كما أنه من السهل - في أحيان أخرى - النص على هذا المبدأ في نصوص التشريع (دستور - قانون - قرار) إلا أنه عندما يحين أوان تحويل الشعار إلى حقيقة، والنص إلى واقع فالأمر لا يخلو من تحديات، أولها وأهمها - في اعتقادي - أن يكون تطبيق الشريعة الإسلامية كاملا غير منقوص، وهو ما اعتبره صالحا لأن يكون معيارا تُقيم به القيود التي تلحق النص القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية.

ولكي يكون تطبيق الشريعة الإسلامية كاملا غير منقوص لا بد من مراعاة كل الأبعاد المكونة لهذا التطبيق، وإلا عدّ ذلك تعطيلا له.

أولا/ أبعاد التطبيق:

تطبيق الشريعة الإسلامية مفهوم يتحقق من تعاضد مجموعة من المكونات، كل منها يمثل بُعدا لهذا التطبيق، بحيث لا يتم كاملا إلا بوجوده، وهي على النحو الآتي:

أ/ الشمول:

الشمول من خصائص الشريعة الإسلامية،⁽¹⁾ فأحكامها تستغرق كل جوانب الحياة: العقيدة، العبادات، المعاملات بأنواعها، العقوبات، السلوك والأخلاق، كما أنها من حيث المكلف بها، تعم شؤونه الدينية والاجتماعية والسياسية والمالية، سواء تعلق ذلك به شخصا أو تعلق بعلاقته بالآخرين أفراداً، وجماعات، ودولا، وفي أي حيز زمني أو مكاني.⁽²⁾

ب/ المصادر والأحكام:

الشريعة الإسلامية لها مصادر متعددة، على رأسها الوحي بنوعيه: القرآن والسنة، ثم تأتي الأدلة الأخرى التي تستند إليها، وأهمها: الإجماع والقياس، وهما محل اتفاق، ثم تأتي بقية الأدلة كالعرف وسد الذرائع والمصلحة المرسله، وعمل أهل المدينة... وهذه الأدلة الأخيرة متفاوتة الحجية، والخلاف في الأخذ ببعضها كبير. ويستتبع وجود الأدلة وجود الأحكام المأخوذة منها حسب الطرق والمناهج الموضوعية لذلك، إما استمدادا من النصوص القطعية مباشرة، وإما استنباطا عن طريق الاجتهاد، ما يعني أن هذه الأحكام منها ما هو قطعي لا يحتاج إلى اجتهاد، ومنها ما هو ظني ودور المجتهدين الكشف عنه لا إنشاؤه، وكل ذلك مبين في مظانه في كتب أصول الفقه.

¹ - ينظر: القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 137 وما بعدها، ص 209 وما بعدها. الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1 ص 50 وما بعدها.

الأشقر، المدخل إلى الشريعة، مرجع سابق، ص 60، 61.

² - ينظر: القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 131 وما بعدها.

ج/الهيمنة:

الشريعة الإسلامية مهيمنة عند التطبيق، لا ينازعها في ذلك أي تشريع آخر،⁽¹⁾ لا سابق ولا لاحق ولا مساوٍ، قال تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ﴾ [الآية 20، سورة الشورى] ، وقال أيضاً: ﴿إِنِ احْكُمُوا إِلَّاءَ لِلَّهِ﴾ [الآية 41، سورة يوسف]

د/الفورية في التطبيق:

الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق فوراً ودون تردد، وهذا هو مقتضى الإيمان بالله رباً، وبالإسلام ديناً، وبمحمد - صلى الله عليه وسلم - نبياً ورسولاً،⁽²⁾ قال تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَفْتُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [الآية 49، سورة النور]

ثانياً/ الحد من أبعاد التطبيق تعطيل للشريعة الإسلامية:

إن التدخل في الأبعاد المكونة لتطبيق الشريعة الإسلامية عن طريق الحد منها - كلياً أو جزئياً - يجعل من ذلك التطبيق تطبيقاً منقوصاً، ولا تكييف لهذا الانتقاص في التطبيق، سوى أنه تعطيل للشريعة الإسلامية. وتعطيل بعضها كتعطيل كلها، فالشريعة الإسلامية وحدة متكاملة لا تقبل التجزئة⁽³⁾

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أُدْخِلُوا فِي السَّلْمِ كَأَقَّةِ﴾ [الآية 206، سورة البقرة] ويقول أيضاً: ﴿أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ فَمَا جَزَاءُ مَن يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنكُمُ إِلَّا خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرَدُّونَ إِلَىٰ أَشَدِّ الْعَذَابِ وَمَا اللَّهُ بِغَفِيلٍ عَمَّا يَعْمَلُونَ﴾ [الآية 84، سورة البقرة]

ولو أخذنا بُعد الهيمنة مثلاً على ذلك فإن الحد منه يمكن أن يكون عن طريق مساواة الشريعة الإسلامية بتشريع آخر بحيث لا يكون لها أية مزية عنه، ويكون تطبيقها أمراً اختيارياً، كما يمكن أن يكون الحد منه بتعليق تطبيق الشريعة الإسلامية على عدم وجود حكم للمسألة في تشريع آخر، فتكون مجرد تشريع احتياطي لا يلجأ إليه ابتداءً فضلاً عن أن يكون الوحيد، وقد يكون الحد من الهيمنة بالإحالة إلى تشريع آخر بدعوى عدم وجود حكم في الشريعة الإسلامية، وفي هذا رمي لها بالعجز والنقص.

وكل ما سبق تُنزه عنه الشريعة الإسلامية، شريعة الله عز وجل، قال تعالى: ﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ﴾ [الآية 53، سورة الأعراف]

وما جرى في هيمنة الشريعة الإسلامية يمكن أن يجري في الأبعاد الأخرى، وهو ما سنرى أمثلة له من واقع ما هو موجود من قيود منصوص عليها في التشريع الليبي في مواضع متعددة، حيث وقع عن طريقها حد واضح لتلك الأبعاد مما يوجب رد تلك القيود وعدم القبول بها.

¹ - ينظر: الأشقر، المدخل إلى الشريعة، مرجع سابق، ص 49

² - ينظر: القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 207 وما بعدها.
- عويس، عبد الحليم، تطبيق الشريعة الإسلامية، الشركة السعودية للأبحاث والتسويق، جدة-السعودية، ط الأولى، 1986م، ص 37 وما بعدها.
- الأشقر، معوقات تطبيق الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها
ولا بد من الإشارة هاهنا إلى وجود أمر آخر له علاقة بموضوع فورية تطبيق الشريعة الإسلامية وهو التأجيل حيث أجاز البعض تأجيل تطبيق الحكم الشرعي إذا كانت هناك اعتبارات معينة تفرض ذلك
- ينظر للمزيد حول هذه المسألة: شحادة، جهاد داوود سليمان، التدرج في تطبيق الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة القدس، القدس-فلسطين، كلية الدراسات العليا، 1438هـ-2016م، منشورة على شبكة الإنترنت، موقع الألوكة-قسم الكتب، ص 108 وما بعدها

³ - ينظر: مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 134

المطلب الثاني

نماذج من القيود المردودة

يمكن في ظل المعيار الذي سبق تناوله في المطلب السابق تقييم ما ورد في التشريع الليبي من قيود لحقت النص على تطبيق الشريعة الإسلامية، ولأن تلك القيود عديدة، ومجال البحث محدود لا يسمح بتناولها كلها؛ فإنني سأختار نماذج منها مما أراه قد مثل حدًّا من الأبعاد المكونة لتطبيق الشريعة الإسلامية، وهو ما سبق تكييفه بأنه تعطيل لهذه الشريعة لا ينبغي الإقرار به.

وفي هذا الشأن فإن أهم وأبرز تلك القيود في تقديري تقييد الشريعة الإسلامية من حيث هيمنتها، وذلك بإشراك غيرها من التشريعات معها في التطبيق، وتقييد الشريعة الإسلامية من جهة مصادرها بالإحالة على مفاهيم عامة كالمبادئ والأسس بدلا من المصادر المعهودة، وأخيرا تقييد الشريعة الإسلامية من حيث أحكامها وذلك بقصرها على القطعي المنصوص عليه دون ما هو ظني مستنبط بالاجتهاد.

أولا/ تقييد الشريعة الإسلامية من حيث هيمنتها على التشريع:

لعل أشهر ما يقابلنا من قيود تحدّ من هيمنة الشريعة الإسلامية على التشريع هي تلك الصيغة التي اعتدنا على رؤيتها في عديد النصوص - خصوصا الدستورية منها - وأعني بذلك النص على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وقد تأتي أحيانا بدون ال التعريف (مصدر رئيسي).

وقد وقع استخدام هذه الصيغة في التجربة الدستورية الليبية الأخيرة، حيث نصت المادة الأولى من الإعلان الدستوري الصادر في 2011/8/3م، على أن: "... الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"⁽¹⁾

كما سبق استخدام هذه الصيغة في دستور اتحاد الجمهوريات العربية،⁽²⁾ وليبيا كانت إحدى الدول الأعضاء فيه إضافة إلى مصر وسوريا، حيث جاء في المادة 6 منه: "تؤكد دولة الاتحاد على القيم الروحية وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسا للتشريع..."، وعندما صدر قرار تشكيل لجنة لمراجعة التشريعات في ليبيا وتعديلها⁽³⁾ استعمل ذات الصيغة حيث جاء في المادة الأولى منه ما يأتي: "تؤكد الجمهورية العربية الليبية على القيم الروحية وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسا للتشريع..." ولقد اعتمدت هذه الصيغة أغلب دساتير الدول العربية، كالدستور الكويتي (م 2) والدستور القطري (م 1) والدستور الإماراتي (م 7)

وقد يعتبر البعض أن إضافة (ال) التعريف لكلمتي: مصدر، ورئيسي تجعل الشريعة الإسلامية صاحبة الأولوية بين المصادر الأخرى، إلا أن مثل هذا الفهم لا يمكن التعويل عليه كثيرا في تغيير مفهوم الصيغة من حيث كونها تقر بوجود مصادر أخرى تشارك الشريعة الإسلامية في التشريع⁽⁴⁾ تسمى أحيانا بالمصادر الفرعية أو الاحتياطية، مثل: العرف⁽⁵⁾، والقانون الطبيعي، ومبادئ العدالة، والاجتهادات البشرية المحضنة.

وثمة صيغة أخرى استعملتها بعض الدساتير العربية، وهي: مصدر أساسي، كما في الدستور العراقي (م 2) والدستور العماني (م 2)، لكنها لا تختلف في شيء عن الصيغة التي قبلها، فليس فيها ما يفيد تفرد الشريعة الإسلامية في مجال التشريع.

1- نشر في الجريدة الرسمية، العدد (1) السنة الأولى بتاريخ 2012/2/9م 17 ربيع الأول 1433هـ

2- صدر في دمشق بعد أن تم إعلان الاتحاد بين الدول الثلاثة في بنغازي سنة 1971م

3- صدر في 28 أكتوبر 1971م، وبعد صدور دستور اتحاد الجمهوريات العربية، بدليل أنه أشار إليه في ديباجة القرار

4- يراجع في هذا الشأن مقال بعنوان: معركة (ال) التعريف في الدستور الكويتي، للدكتور عبد الحميد الأنصاري، منشور في جريدة (الأيام)

البحرينية، النسخة الإلكترونية، العدد 8355 بتاريخ 2012/2/24م الموافق 2 ربيع الآخر 1432هـ

5- للأسف تصر بعض الأنظمة التشريعية على اعتبار العرف قسيما للشريعة الإسلامية في حين أنه قسم منها، باعتباره أحد المصادر التي يستقى منها الحكم الشرعي، كما هو مدون في جميع كتب أصول الفقه الإسلامي

ومؤخرا تدارك المؤتمر الوطني العام في ليبيا ما وقع من خلل في نص المادة الأولى من الإعلان الدستوري المذكورة آنفا، وأجرى عليها تعديلا فيما يعرف بالتعديل الدستوري التاسع والذي جاء فيه:

"يعدل صدر المادة الأولى من الإعلان الدستوري لتكون على النحو الآتي: م (1): ليبيا دولة مسلمة... والشريعة الإسلامية مصدر كل تشريع، ويعد باطلاً كل تشريع أو عمل أو تصرف يصدر بالمخالفة لأحكامها ومقاصدها..."⁽¹⁾

وهو ما يفيد حصر مصادر التشريع في الشريعة الإسلامية دون غيرها.

ولعل الخوف من إيجاد تفسيرات لغوية لهذه العبارة تؤدي إلى إدخال مصادر أخرى فيها -باعتبار أن لفظ مصدر جاء نكرة-، هو الذي استدعى اعتبار كل تشريع أو عمل أو تصرف يصدر بالمخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها باطلاً.⁽²⁾

وفي دساتير الدول العربية نجد دستور اليمن الصادر سنة 1994م قد نعى نفس المنحى، ونص في المادة الثالثة منه على أن: "الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات"

أما القانون المدني الليبي الصادر سنة 1953م - والذي يعد التجربة الأولى في ليبيا بعد الاستقلال في النص على تطبيق الشريعة الإسلامية - فقد كان أكثر صراحة في الحد من هيمنة الشريعة الإسلامية على التشريع، وذلك عندما قيد تطبيقها بحالة وجود الفراغ التشريعي، أي بانعدام النص القانوني فقد نصت المادة الأولى (ف1) على الآتي: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها" (ف2): "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..." ومعلوم أن نصوص القانون ليست أحكاما شرعية، وفيما مما يصادم أحكام الشريعة الإسلامية الشيء الكثير، وإن كان يتخلله بعض الأحكام الموافقة للشريعة الإسلامية⁽³⁾، أي أن نصوص القانون مقدمة على الشريعة الإسلامية التي أصبحت مجرد مصدر احتياطي.⁽⁴⁾

ثم زاد القانون المدني الليبي في مادته الأولى من الانتقاص من هيمنة الشريعة الإسلامية، عندما افترض أنه يمكن ألا يوجد فيها حكم لمسألة من المسائل، فأحال على مصادر أخرى هي: العرف، ثم مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة.

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على الآتي: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة."

غير أن تعديلا أجراه المؤتمر الوطني العام على نص المادة الأولى من القانون المدني الليبي أحدث تغييرا في هذا الخصوص فلم يعد للشريعة الإسلامية ذلك الترتيب المتأخر، ولا الدور الاحتياطي، ولا فرضية خلوها من الأحكام، حيث نصت المادة الأولى المعدلة على أنه:

1- صدر هذا التعديل في 2015/5/24م ونشر في الجريدة الرسمية العدد الأول، السنة الرابعة 2015/2/15م

2- أشير هنا إلى أن أحد أعضاء الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور في ليبيا، وهو الدكتور مراجع علي نوح قد نشر على حسابه في الفيسبوك بتاريخ 2021/1/25م توضيحا لنص المادة (6) من مسودة الدستور الليبي التي أعدتها الهيئة، والتي تنص على أن "الإسلام دين الدولة والشريعة الإسلامية مصدر التشريع" ذكر من ضمنه أن المشروع "لم يقل المصدر بل قال مصدر وهذا يعني تعدد المصادر.. والمتعارف عليه عند علماء اللغة العربية الفرق بين تعريف الاسم بإضافة الألف واللام، وبدون الإضافة..."

3- ينظر: عبودة، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي - المدخل إلى علم القانون - القانون، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس-ليبيا، ط الرابعة، 2003م، ص38

4- ينظر: عبودة، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سابق، 249

- غمبيض، سالم عبد الرحمن، المدخل إلى علم القانون، دراسة في نظريتي القانون والحق في التشريع الليبي، جامعة الجبل الغربي غريان-ليبيا، ط الثانية 1997م ص 124

- مع الإشارة أن مسائل الأحوال الشخصية تحديدا كانت في تلك الفترة تخضع لفقهاء المالكي، وليس للقانون المدني إلى أن صدر القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن أحكام الزواج والطلاق

"ف1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ف2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها المعتمدة"⁽¹⁾ والنتيجة أن كل النصوص التي سبق إيرادها في هذه الفقرة، قد قيدت تطبيق الشريعة الإسلامية من حيث تفردا بالتشريع، فأشركت معها غيرها فيه، وهو ما يجعل هذا التقييد مردودا.

ثانيا/ تقييد الشريعة الإسلامية من حيث مصادرها:

ذكرت سابقا أن للشريعة الإسلامية مصادر معروفة معهودة، تؤخذ الأحكام منها إما مباشرة وإما استنباطا، على رأسها القرآن والسنة، ثم يأتي الإجماع والقياس، ويلى ذلك بقية المصادر كالمصالح المرسله وسد الذرائع... الخ. وعندما ينص على أن الشريعة الإسلامية مصدر التشريع (أساسي أو رئيسي أو وحيد أو غير ذلك) فإن العبارة تبقى مستوعبة لتلك المصادر، إلا أنه في بعض الأحيان يجري الحد من الأدلة عندما تقييد الشريعة الإسلامية بقيد يؤدي إلى ذلك، ومن أشهر هذه القيود تقييد الشريعة الإسلامية بالمبادئ، ومثلها في ذلك القواعد الأساسية، حيث تصبح هي المصدر الذي يرجع إليه لأخذ الأحكام بدلا عن المصادر المعهودة، والتي - حسب الصياغة - تم استبعادها، ولا شك أن هذا من أوضح صور تعطيل الشريعة.

وبحسب الاستقراء والتتبع يتبين أن فكرة إحلال مبادئ الشريعة الإسلامية محل المصادر المعهودة ظهرت في القانون المدني المصري الصادر سنة 1948م، حيث نص في الفقرة الثانية من مادته الأولى على أن القاضي إذا لم يجد حكما في النصوص التشريعية أو في العرف فإنه يحكم بمبادئ الشريعة الإسلامية، ثم تأكد هذا في الدستور المصري الصادر سنة 1971م عندما أدخلت الشريعة الإسلامية في الدستور باعتبارها مصدرا للتشريع للمرة الأولى، حيث جاء في المادة الثانية منه إن: "...مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع".

وعند صدور القانون المدني الليبي سنة 1953م اقتبس ذات الصياغة الموجودة في القانون المدني المصري مع تغيير في مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث صارت تسبق العرف، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على الآتي: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."

ثم كانت المناسبة الثانية التي قيدت فيها الشريعة الإسلامية بالمبادئ قرار تشكيل لجان مراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، الصادر في 1971/10/28م، حيث نصت المادة الثانية منه على الآتي: "تشكل لجان لمراجعة القوانين المعمول بها واقتراح تعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رئيسا للتشريع..." ووفق هذا النص لم تعد المبادئ في عمومها هي القيد - كما في القانون المدني - وإنما المبادئ الأساسية وحسب.

وفي سنة 1984م، صدر القانون رقم 10 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما⁽²⁾، وأحال على مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوصه في حالة وجود فراغ تشريعي، حيث نصت الفقرة ب من المادة الثانية والسبعين منه على الآتي: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة

¹ - القانون رقم 6 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون المدني، صدر في 2016/1/19م، منشور في الجريدة الرسمية العدد 2، السنة الخامسة بتاريخ 2016/3/3م، ص123

² - بتاريخ 1984/4/19م منشور في الجريدة الرسمية، العدد 16، السنة الثانية والعشرون، بتاريخ 1984/6/3م

الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" ثم تكررت الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية في قانون الوصية⁽¹⁾ (م 47) وقانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم⁽²⁾ (م 48)

ورغم كون عبارة: مبادئ الشريعة الإسلامية مما كثر تداوله في عديد النصوص الدستورية والقانونية وغيرها، إلا أن معناها ظل محل جدل وخلاف كبيرين، فقد فسرها الدكتور سعيد الجلدي بأنها: "أصولها الكلية ومبادئها العامة التي لا تختلف فيها المذاهب دون حلولها التفصيلية التي يطرحها الفقهاء للمسائل الجزئية كل حسب رأيه واجتهاده"⁽³⁾

أما عند الدكتور الكوني اعبودة فهي: "القواعد والأصول الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، ومنها الأمور بمقاصدها، واليقين لا يزول بالشك..."⁽⁴⁾

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور المصري الصادر سنة 2012م قد وضع تفسيراً لمبادئ الشريعة الإسلامية في المادة 219 منه، والتي نصت على أن: "مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية الفقهية ومصادرها المعتمدة في مذاهب أهل السنة والجماعة"، وهو بلا شك تفسير واسع جداً، غير معهود قبل الآن، أما المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد كان لها تفسير آخر لمبادئ الشريعة الإسلامية، حيث جاء في حكم لها أنها: "الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلائلها... وهي تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً"⁽⁵⁾

إن العينة السابقة من النقول لدليل على مقدار وعمق الخلاف في معنى مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو ما سينعكس -دون شك- على الاستدلال بها واتخاذها مصدراً للأحكام بدلا عن المصادر المعهودة، وحتى على فرض عدم وجود الخلاف السابق، فإن الاستدلال بمبادئ الشريعة الإسلامية من الصعوبة بمكان، خصوصا بالنسبة للقضاة في المحاكم وقد أحالتهم بعض القوانين عليها.⁽⁶⁾

وقبل ذلك والأهم منه أن تقييد الشريعة الإسلامية بالمبادئ يفتح الباب واسعا لإزاحة المصادر الحقيقية للأحكام الشرعية، والتعامل مع الشريعة الإسلامية لا على أساس أنها نظام تشريعي متكامل ومحكم، بل مجرد جملة من المفاهيم والواسعة القابلة للحمل على معان شتى، والتكييف وفق التوجهات والأغراض المختلفة، ولقد نبه إلى هذه الحقيقة الدكتور الكوني اعبودة عندما قال: "لا شك أن لفظ مبادئ الوارد بالفقرة الثانية من المادة الأولى [من القانون المدني الليبي] ظاهر الدلالة في أن المقصود ليس الشريعة الإسلامية كنظام قانوني متكامل، بل فقط المبادئ العامة..."⁽⁷⁾

وعندما أجرى المؤتمر الوطني العام في ليبيا تعديلات على بعض القوانين كان من بين ما عدله نص المادة الأولى من القانون المدني، وبموجبه ألغي تقييد الشريعة الإسلامية بالمبادئ، وعاد الاعتبار لمصادر الأحكام الشرعية

¹ - القانون رقم 7 لسنة 1423 ميلادية، صادر بتاريخ 1423/1/29 ميلادية، منشور في الجريدة الرسمية عدد (4) سنة (32) بتاريخ 1994/3/21م

² - القانون رقم 17 لسنة 1992م، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 36، بتاريخ 1992/12/15م

³ - الجلدي، سعيد محمد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وأثارهما دراسة فقهية مقارنة، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراتة- ليبيا، ط الأولى، 1936م، ج-1 ص14

⁴ - الكوني اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سابق، ص250

- وانظر كذلك: سالم غميض، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص126

⁵ - نقلا عن عمر، منة: مبادئ الشريعة الإسلامية في المادة 2 من الدستور المصري: صراع بشأن تفسيرها سعياً إلى إغلاق أبواب الاجتهاد، مقال منشور في موقع المفكرة القانونية بتاريخ 2013/8/28م www.legal-agenda.com

⁶ - ينظر: سعيد الجلدي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج-1، ص 13، 14

⁷ - الكوني اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سابق، ص 249، 250

المعهودة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى بعد التعديل على الآتي: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها المعتمدة"⁽¹⁾

كما لحق التعديل نص الفقرة ب من المادة الثانية والسبعين من قانون أحكام الزواج والطلاق رقم 10 لسنة 1984م التي كانت تحيل على مبادئ الشريعة الإسلامية لتصبح على النحو الآتي: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى المذاهب الفقهية المعتمدة الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون"⁽²⁾

وما قيل في تقييد الشريعة الإسلامية بالمبادئ يقال في تقييدها بالقواعد أو الأسس، وقد وقع التقييد بها فعلا كما في قرار تشكيل لجان مراجعة التشريعات وتعديلها الصادر في 1971/10/28م المذكور سابقا، وذلك في المادة الثانية منه، كما وقع أيضا في قرار وزير العدل رقم 1621 لسنة 2013م بشأن تشكيل لجنة لمراجعة التشريعات المعمول بها، والصادر بتاريخ 2013/11/9م المذكور سابقا.

ورغم أن بعض العلماء يجيز اتخاذ القواعد الفقهية مصدرا للأحكام الشرعية⁽³⁾، إلا أن الاعتراض على تقييد الشريعة الإسلامية بالقواعد – وكذلك الأسس – مازال قائما لم يتغير، حيث إن هذا القيد حد من مصادر الشريعة الإسلامية كثيرا بتنحيته جانبا المصادر الأخرى المعهودة، والتي هي أصل وجود تلك القواعد والأسس، وهو بيت القصيد في بحث هذه المسألة.

ثالثا/ تقييد الشريعة الإسلامية من حيث الأحكام:

سبق وبينت أن من أحكام الشريعة الإسلامية ما هو قطعي، وهو ما كان دليله قطعي في ثبوته ودلالته، ومنها ما هو ظني، وهو ما كان دليله إما ظني الثبوت، وإما ظني الدلالة، أوهما معاً.

ومن بين ما يقع تقييد الشريعة الإسلامية به عند النص على تطبيقها تقييدها بالأحكام القطعية⁽⁴⁾، وقد جرى هذا في التشريع الليبي أكثر من مرة، ففي كل من القرار بشأن تشكيل لجان مراجعة التشريعات وتعديلها، الصادر في 1970/10/28م، وقرار وزير العدل رقم 1621 في ذات الغرض، الصادر في 2013/11/9م قُيدت الشريعة الإسلامية بالأحكام القطعية، حيث جُعِلت في القرار الأول معيارا للحكم المخالف للشريعة الإسلامية، بينما جُعِلت في القرار الثاني، معيارا للتعديلات المقترحة بدلا عن النصوص الأصلية.

كما ورد ذكر هذا القيد في التعديل الذي أجراه المؤتمر الوطني العام على نص المادة الأولى من القانون المدني الليبي، حيث جاء في الفقرة الثالثة منها ما يأتي: "يعد من النظام العام: أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة على نص قطعي أو إجماع، أو قياس جلي، أو قاعدة فقهية"

وعندما نُص في مسودة الدستور الليبي التي أعدتها الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور في المادة السادسة على أن: "الإسلام دين الدولة، والشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع" فُسرت الشريعة الإسلامية من قبل أحد أعضاء الهيئة بالنصوص القطعية في ثبوتها ودلائلها⁽⁵⁾، وهو ما سيؤدي بالضرورة إلى عدم قبول الأحكام الشرعية ما لم تكن قطعية.

ولا يخفى أن تطبيق الشريعة الإسلامية عند التقييد بالأحكام القطعية فيه تعطيل لمعظم الشريعة الإسلامية، فعلى الرغم من عدم وجود إحصائية دقيقة أو حتى تقريبية لعدد الأحكام القطعية إلا أن أي متخصص

¹ - سبقت الإشارة إلى هذا التعديل في صفحة (15) من هذا البحث

² - صدر هذا التعديل بتاريخ 2015/10/14م، ونشر في الجريدة الرسمية عدد 5، السنة الرابعة، بتاريخ 2015/11/17م ص 297

³ - يراجع في هذا الموضوع: الخلفي، رياض منصور، القاعدة الفقهية حجيتها وضوابط الاستدلال بها، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ط الأولى، ب ت.

⁴ - وفي معنى ذلك تقييدها بالنصوص القطعية، لأنها هي مصدر الأحكام القطعية.

⁵ - سبقت الإشارة إلى المصدر، انظر فيما سبق ص (14) هامش (38)

يدرك أنها قليلة جداً جداً، وهو ما سيؤدي إلى طرح سؤال مهم عن تلك الوقائع التي ليس لها أحكام قطعية في الشريعة الإسلامية: من أين تؤخذ أحكامها إذا؟!

في رأبي أن التقييد السابق سوف يفتح باباً واسعاً تتسرب منه الأحكام المخالفة والمناقضة للشريعة الإسلامية، وسيجد من يؤيد هذه الأحكام سنده في تفسير الشريعة الإسلامية بالأحكام القطعية، فحيث إنه لا وجود لأحكام قطعية تكفي كل المسائل والقضايا فمسموح حينها بوضع الأحكام من خارج الشريعة الإسلامية.

ولبيان خطورة القيد السابق أضرب مثالا بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [الآية 226، سورة البقرة] وهذا النص قطعي الثبوت، لكنه ظني الدلالة؛ فالقراء يعني: الحيض ويعني الطهر، ولا معنى ثالث له، والمحصلة أن المدة التي تبقاها المطلقة في العدة ظنية⁽¹⁾، فإذا نُص في قانون الأحوال الشخصية على أن المطلقة تعتد بأسبوع واحد مثلاً، فلا مجال للاعتراض عليه، أو الطعن فيه وفق هذا الرأي؛ لأن الشريعة واجبة التطبيق هي الأحكام القطعية وحسب!، وقس على ذلك ما لا يحصى من المسائل.

والأمر نفسه يحدث عند مراجعة وتعديل التشريعات المعمول بها، فإذا كانت ستقع فقط على تلك الأحكام التي تناقض الأحكام الشرعية القطعية، فإن الأحكام التي لا توجد فيها هذه المناقضة، لكنها تناقض الأحكام الظنية، ستكون محمية من المراجعة والتعديل!!، وليكن مثالنا على هذا ما سبق وذكرناه من وجود نص في قانون الأحوال الشخصية يقضي بأن عدة المطلقة أسبوع واحد، فهذا الحكم لا يناقض حكماً قطعياً، ولكنه يناقض الأحكام الظنية التي تحصر العدة في ثلاثة أطهار أو ثلاث حيضات، ولا حكم ثالث في المسألة.

وعلى الرغم من أن صرف عبارة: الشريعة الإسلامية للأحكام القطعية دون الظنية قد قيل به - كما سبق وذكرت ذلك عند تعريف الشريعة الإسلامية⁽²⁾ - إلا أن المقام هاهنا ليس مقام تعريف وبيان للمعاني والمفاهيم، بل مقام تطبيق وعمل وذكر للمصدر الذي ينبغي للمسلمين اعتماده للتشريع، فإذا كان من الثابت عندهم أن الحكم لله، وأن الشريعة التي أنزلها صالحة لكل الشؤون والقضايا وفي كل زمان ومكان فلن يعوقهم عن اتخاذها مصدراً وحيداً للتشريع أنه في معرض التعريف وبيان المعاني قد قُصرت على الأحكام القطعية؛ لأن هذه الشريعة كما تكفلت ببيان الأحكام نصاً تكفلت بوضع طرق وأدوات لبيان الحكم اجتهاداً؛ فالظني كالتقطعي عائد إليها وإن سماه البعض فقهاً، فما يقوم به المجتهدون - على التحقيق - هو الكشف عن الأحكام لا إنشاؤها⁽³⁾، ولذلك جعلت الشريعة للذي أصاب في اجتهاده أجرين ومن أخطأ أجراً واحداً⁽⁴⁾، ولقد أحسن الإمام الشاطبي في الرد على من فرق بين الأحكام المنصوصة (القطعية) وبين الأحكام التي استنبطها المجتهدون (الظنية) ودلل على إرجاع الأخيرة إلى الأولى⁽⁵⁾

¹ - ينظر: ابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ب ط، ج 7، ص 452 وما بعدها

² - انظر: فيما سبق ص 6

³ - ينظر: الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 2، 1983م، ج 1 ص 43

⁴ - دل على ذلك حديث صحيح رواه البخاري في صحيحه، حديث رقم 7352، ومسلم في صحيحه حديث رقم 1716

⁵ - ينظر: الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الاعتصام، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ب ط، ج 2، ص 304 وما بعدها

الخاتمة

تطبيق الشريعة الإسلامية خيار وحيد لا بديل عنه عند كل مسلم صادق الإيمان، ورغم أن أصل الموضوع فرض نفسه في العديد من دساتير وقوانين الدول المسلمة ومنها ليبيا، إلا أن تحويله إلى واقع مازال يواجه العديد من العقبات، ومن أهمها تلك القيود التي توضع على النص القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية، فبعض هذه القيود التي طالت كل أبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية أدت إلى الانتقاص من ذلك التطبيق، فتحوّلت الشريعة الإسلامية إلى مجرد مصدر احتياطي للتشريع تارة، وتارة أخرى أقصى منها جل أحكامها... الخ

وفي خاتمة هذا البحث المتواضع أريد أن أعرض مجموعة من النتائج، وأبدي جملة من التوصيات وذلك

على النحو الآتي:

أولاً – النتائج:

- 1- النص على تطبيق الشريعة الإسلامية في الدساتير والقوانين يعد مكسباً لا يستهان به، لكنه خطوة أولى غير كافية لوحدها تحتاج إلى خطوات أخرى بعدها، من بينها العناية بالقيود التي تلحق هذا المبدأ
- 2- القيود التي تلحق النص على تطبيق الشريعة الإسلامية ضرورية من حيث المبدأ، فهي بمثابة منهجية تنظم وتسهل عمل الجهات المعنية بهذا التطبيق
- 3- فيما يتعلق بالتشريع الليبي تحديداً فإن القيود التي لحقت النص على تطبيق الشريعة الإسلامية اتسمت بالتعدد والتضارب وعدم الانسجام، ناهيك عن كون بعضها أدى إلى جعل ذلك التطبيق منقوصاً
- 4- وجود قناعة بأن بعض القيود التي لحقت النص على تطبيق الشريعة الإسلامية غير سليمة وينبغي إلغاؤها، والدليل على ذلك التعديلات التي جرت في الآونة الأخيرة على العديد من النصوص القانونية المحتوية على هذه القيود

ثانياً – التوصيات:

- 1- جهود المطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية ينبغي ألا تتوقف عند مجرد النص على المبدأ في الدستور أو القانون، بل لا بد أن تستمر لمتابعة ومراقبة ما يوضع من قيود تلحق ذلك المبدأ
- 2- إجراء مراجعة عامة لكل القيود الواردة في التشريع الليبي التي تمس تطبيق الشريعة الإسلامية، لمعرفة ما هو مقبول منها وما هو مردود
- 3- مهمة وضع القيود التي تضبط عملية تطبيق الشريعة الإسلامية ينبغي أن توكل إلى المتخصصين وأهل الخبرة، وتخضع للدراسة والتقييم قبل وضعها؛ حتى لا تؤدي إلى جعل هذا التطبيق منقوصاً
- 4- توحيد القيود في كامل النظام التشريعي بقدر الإمكان بدل أن يكون لكل موضوع أو مجال قيوده الخاصة به لما يترتب على ذلك التوحيد من توافق وانسجام بين مختلف التشريعات.

قائمة بأهم المراجع

أولاً - القرآن الكريم برواية قالون عن نافع المدني

ثانياً - مراجع الحديث النبوي

● صحيح الإمام البخاري

● صحيح الإمام مسلم

ثالثاً - مراجع اللغة العربية:

● ابن منظور الإفريقي، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ب ط، ب ت.

● التهانوي، محمد علي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط الأولى، 1996م.

● الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط الثانية، 1399هـ - 1979م

● مجمع اللغة العربية - جمهورية مصر العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ط الخامسة، 1431هـ-2010م

رابعاً - مراجع الفقه الإسلامي:

● ابن تيمية، تقي الدين أحمد، مجموعة الفتاوى، تحقيق: عامر الجزار، أنور الباز، دار الوفاء، المنصورة، جمهورية مصر العربية، ط الثانية، 1422هـ - 2001م.

● ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله بن محمد، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: سعد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط الأولى، 1421هـ، 2000م.

● ابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ب ط، ب ت.

● ابن القيم محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: هاني الحاج، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ب ط، ب ت.

● الأشقر، عمر سليمان، المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان-الأردن، ط الأولى، 1425هـ، 2005م.

● الأشقر، عمر، معوقات تطبيق الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان-الأردن، ط الأولى، 1412هـ 1992م.

● الجليدي، سعيد محمد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما دراسة فقهية مقارنة، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراتة-ليبيا، ط الأولى، 1936م.

● الخليفي، رياض منصور، القاعدة الفقهية حجتها وضوابط الاستدلال بها، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ط الأولى، ب ت.

● الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار العلم، دمشق، سوريا، ط الثانية، 1425هـ - 2004م.

● الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الاعتصام، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ب ط، ب ت.

● شعبان، محمد إسماعيل، التشريع الإسلامي مصادره وأطواره، ب ن، ب م ن، ط الأولى، 1397هـ - 1977م.

- عويس، عبد الحلیم، تطبيق الشريعة الإسلامية، الشركة السعودية للأبحاث والتسويق، جدة-السعودية، ط الأولى، 1986م.
- القرضاوي، يوسف، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط الأولى، 1414هـ، 1993م.
- القطان، مناع، تاريخ التشريع الإسلامي- التشريع والفقه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، ط الثانية، 1417هـ، 1996م.
- الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1983م.
- خامساً – مراجع الفقه القانوني:
 - عبودة، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي-المدخل إلى علم القانون- القانون، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس-ليبيا، ط الرابعة، 2003م.
 - غميض، سالم عبد الرحمن، المدخل إلى علم القانون، دراسة في نظريتي القانون والحق في التشريع الليبي، جامعة الجبل الغربي غريان-ليبيا، ط الثانية 1997م.
- سادساً – الرسائل العلمية:
 - حسونة، عارف عز الدين حامد، مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر، رسالة دكتوراة في الفقه وأصوله، مقدمة إلى الجامعة الأردنية-كلية الدراسات العليا، 2005م.
 - شحادة، جهاد داوود سليمان، التدرج في تطبيق الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة القدس، القدس-فلسطين، كلية الدراسات العليا، 1438هـ-2016م، منشورة على شبكة الإنترنت، موقع الألوكة-قسم الكتب.
- سابعاً – المقالات:
 - الأنصاري، عبد الحميد، معركة (ال) التعريف في الدستور الكويتي، منشور في جريدة (الأيام) البحرينية، النسخة الإلكترونية، العدد 8355 بتاريخ 2012/2/24م الموافق 2 ربيع الآخر 1432هـ
 - عمر، منة: مبادئ الشريعة الإسلامية في المادة 2 من الدستور المصري: صراع بشأن تفسيرها سعياً إلى إغلاق أبواب الاجتهاد، مقال منشور في موقع المفكرة القانونية بتاريخ 2013/8/28م www.legal-agenda.com
- ثامناً – الدوريات:
 - الجريدة الرسمية - ليبيا

التطبيقات المعاصرة للمصلحة المرسله في تشريع الأحكام والقوانين الليبية
Contemporary applications of the interest sent in the legislation of Libyan provisions
and laws

د. أحمد رمضان قشوط

أستاذ محاضر بقسم القانون بكلية الشريعة والقانون

الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية – زليتن (ليبيا)

gashoot8490@gmail.com

الملخص:

إنَّ الشريعة الإسلامية غنية بمصادرها الفقهية الأصلية منها والتبعية ميزتها عن بقية الشرائع السماوية السابقة، ومن بين هذه المصادر مصدر عظيم خصب عرف باسم "المصلحة المرسله" فبواسطتها يمكن إحداث التشريعات والقوانين اللازمة لكل ما يستجد من وقائع وتقتضيه ظروف الحياة المعيشية من أجل تحقيق المنفعة وتلبية حاجات ومطالب الأمة المتجددة إذا أعوزنا الدليل الخاص من الكتاب، أو السنة، أو القياس. وبناءً عليه فإنه يمكن تطبيق قاعدة المصلحة المرسله في الحياة الدنيوية وذلك بإصدار القوانين اللازمة والتشريعات الضرورية لكثير من الوقائع أو المستجدات التي لم يشهد لها دليل من الشارع يدل على الاعتبار، ولا دليل يدل على الإلغاء ولا يوجد لها نظير تقاس عليه، والتي تعود على أفراد المجتمع بالمنفعة المقصودة للشارع، وقد ركزت في هذا البحث على تطبيقات معاصرة للمصلحة المرسله في بعض المجالات هي التشريعات المتعلقة بتنظيم السير والعمل وبعض العقود المالية.

الكلمات المفتاحية: المصلحة المرسله، قانون المرور، قانون العمل، الاستصناع، السلم، المضاربة، الرهن

Abstract:

The Islamic Sharia is rich in bits original jurisprudential sources, including dependency and its distinction from the rest of the previous heavenly laws. Among these sources is a great fertile source known as the "sent interest", through which it is possible to create legislation and laws necessary for all new facts that are required by living conditions in order to achieve benefit and meet the needs And the nation's renewed demands if we lack special evidence from the book, the Sunnah, or the analogy.

Accordingly, it is possible to apply the principle of the interest sent in worldly life by issuing the necessary laws and legislation necessary for many facts or developments for which no evidence from the street has ever witnessed evidence of consideration, and there is no evidence of cancellation, and there is no counterpart for it to be measured, and which accrues to the members of society with the benefit The intended purpose of the street, and I focused in this research on

contemporary applications of the mission in some areas, namely legislation related to the organization of traffic, work and some financial contracts.

Keywords:

Sent Interest, Traffic Law, Labor Law, Istisna'a, Salam, Speculation, Mortgage

مقدمة:

من الخصائص التي انفرد بها التشريع الإسلامي خاصية الخلود والبقاء والصلاح لكل زمان ومكان، وهذه الخاصية تؤدي إلى ظهور العديد من الأحكام، ومن أبرزها تنوع الأدلة الشرعية وتعددتها، وهذا ما وضّحه لنا الشارع الحكيم فيما يتعلق بجانب العبادات بأنها قائمة على الدليل القطعي (الكتاب والسنة) واللذان يعتبران أصل وعماد الأدلة، وأمّا ما يتعلق بأمور العادات والمعاملات فلم يُفصّل فيها فجاءت أحكامها مُجملة، وتُترك التفاصيل فيها للمجتهدين، وبالتالي فإنّ إقرار هذه الأحكام يكون بحسب ما تقتضيه المصلحة، وهو الذي يمنح الشريعة الإسلامية القدرة على مواكبة العصر ومراعاة التطور، مهما كثرت النوازل وتعددت الوقائع والمسائل، ويبقى ذلك في ظل الضوابط ومقاصد الشريعة.

جاءت الشريعة الإسلامية من أجل تحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل، والحال والمآل، بجلب المنافع وتقريب المصالح، ودرء المفاسد ودفع القبائح، حيث إنّ في أصولها وكلياتها وجزئياتها، مقاصد شرعية عظيمة، أنيط الحكم بها، فما من حكم شرعي إلا وله غاية ومصلحة، وما من واقعة إلا ولها حكم يُناسيها، قد شرع من أجلها وإن لم ندركه بعقولنا القاصرة، ولا يصح تجريد الحكم من غايته ومصلحته التي شرعه الله من أجل تحقيقها. وهذا الأمر يقتضي الأخذ بمصادر أخرى تابعة للأدلة الأصلية، وعدم الوقوف على حرفية هذه الأخيرة، فإنّ لهذه المصادر امتدادها وأثارها في إثبات حيوية الشريعة الإسلامية في وقتنا الحاضر وواقعنا المعاصر، حيث وجدت مسائل كثيرة لم يرد فيها نصّ خاص يُظهر حكمها الشرعي، فبالتالي فإن الوصول إلى الأحكام المناسبة يكون من خلال الرجوع إلى تلك المصادر الاجتهادية التبعية، فكان من جملة ما شرع، ومما يعرف من الأدلة قاعدة "المصلحة المرسلة" التي يُستمد منها في إثبات الأحكام والوقائع المستجدة التي جاءت الشريعة لتحقيقها، وهي جلب المصالح ودرء المفاسد. فبواسطة المصالح المرسلة يمكن إحداث التشريعات والقوانين اللازمة لكل ما يستجد من النوازل والوقائع وتقتضيه ظروف الحياة المعيشية من أجل تحقيق المنفعة وتلبية حاجات ومطالب الأمة المتجددة إذا أعوزنا الدليل الخاص من الكتاب أو السنة أو الإجماع .

مطلب تمهيدي

ماهية المصلحة المرسلّة

أولاً- تعريف المصلحة المرسلّة وبيان أهميتها :

المصلحة المرسلّة هي كل واقعة لم يرد عن الشارع نص يدل على اعتبارها ولا على إلغائها، وليس لها نظير تقاس عليه، فهي إذن تكون في الوقائع المسكوت عنها، ولكن يحصل من بناء الحكم عليها جلب منفعة للخلق أو دفع مفسدة عنهم⁽¹⁾.

وإن مما يدل على أهميتها في بناء الأحكام عليها عمل الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - في كثير من وقائع الحياة التي لم يأت نص معين يدل عليها ولا يوجد نظير لها تقاس عليه مثل: المصلحة في قتل الجماعة بالواحد، فهي واقعة لم يرد بها دليل يدل على الاعتبار ولا الإلغاء، فلولم يقتل الجماعة بالواحد لأدى ذلك إلى إهدار الدماء وفوات الحكمة التشريعية من القصاص، ولأدى إلى انتشار القتل بالجماعة.

وكذلك المصلحة في جمع القرآن الكريم وتضمين الصناع ولم يقف الحد في العمل بها في عصر الصحابة بل وفي عصر التابعين، فقد روى البيهقي بسنده عن أبي العباس الأصمّ عن الشافعي قال: قَدْ ذَهَبَ إِلَى تَضْمِينِ الْقَصَّارِ شُرَيْحٌ، فَضَمَّنَ قَصَّارًا اخْتَرَقَ بَيْتَهُ فَقَالَ: تَضْمِنُنِي وَقَدْ اخْتَرَقَ بَيْتِي، فَقَالَ شُرَيْحٌ: «أَرَأَيْتَ لَوْ اخْتَرَقَ بَيْتَهُ كُنْتَ تَتَرَكُّ لَهُ أَجْرَكَ؟»⁽²⁾، فتضمن شريح للقصار كان أمراً مصلحياً دعت حاجة معينة إلى الأخذ به⁽³⁾.

وهكذا يتبين لنا من الأمثلة السابقة أن العمل بالمصلحة المرسلّة ولد في عهد الصحابة - رضي الله عنهم - وتعهده التابعون والأئمة المجتهدون بالتتابع، وبغير هذا المنهاج فإنه يتعذر إيجاد الحلول الحاسمة لمشاكل الناس واختلاف البلدان وتباينها، ولم يقف الحد في العمل بها في الماضي، بل وفي الحاضر فإن الحاجة تدعو إلى تطبيق هذه القاعدة من أجل تحقيق المنافع الكثيرة المقصودة للشارع والتي يجب المحافظة عليها ورعايتها، وسوف يستمر العمل بها حتى يرث الله الأرض ومن عليها فكانت المصلحة المرسلّة أحد مظاهر تفوق الفكر الإسلامي وفقهه مدى الدهر.

ثانياً- الأسباب الداعية إلى الأخذ بالمصالح المرسلّة وأحكامها:

أ - الأسباب: لا يجوز الأخذ بالمصلحة المرسلّة مطلقاً، بل لا بد من وجود أسباب تدعو إلى الأخذ بها يمكن ردها إلى ما يلي:

السبب الأول: جلب المنافع، وهي الأمور التي يحتاج إليها أفراد المجتمع لتوفير الأشياء الضرورية والمهمة لحياة الناس .
السبب الثاني: درء المفساد، وهي الأمور التي تفضي إلى إلحاق الضرر بأفراد المجتمع سواء أكان ضررها مادياً أم معنوياً.

السبب الثالث: تغير الزمان، أي اختلاف الناس في عاداتهم وأخلاقهم وأوضاع حياتهم المعيشية العامة عما كانت عليه⁽⁴⁾.

فكل واحد من هذه الأسباب السابقة يدعو إلى سلوك طريق الاستصلاح باستحداث الأحكام العامة التي يترتب على تشريعها تحقيق السعادة لأفراد المجتمع.

ب - الأحكام التي تراعى فيها المصلحة المرسلّة: إنّ غاية الشارع من تشريع الأحكام إنما هو من أجل تحقيق المصلحة للعباد، وهذه الأحكام منها ما يجعل الشارع للعقل سبيلاً إلى إدراك المصلحة التي بُني الحكم عليها، ومنها ما لم يجعل

(1) عبدالرحمن إبراهيم زيد الكيلاني، تطبيقات معاصرة للمصلحة المرسلّة في المجال الأسري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة مؤتة، المملكة الأردنية، العدد السابع والعشرون، جمادى الثانية 1427 هـ يوليو 2006، ص 177.

(2) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الصناع، ج6، ص202، حديث رقم 11664.

(3) مصطفى أحمد الزرقا، الاستصلاح والمصالح المرسلّة في الشريعة الإسلامية وأصول فقها، دار القلم، دمشق، ط 1988، ص37.

(4) مصطفى أحمد الزرقا، الاستصلاح والمصالح المرسلّة في الشريعة الإسلامية وأصول فقها، مرجع سابق، ص37.

الشارع للعقل سبيلاً إلى إدراك المصلحة التي بُني الحكم عليها، وقد أطلق الفقهاء على النوع الأول الأحكام التعبدية، والمطلوب من المكلف الاتباع كما بيّنه الشارع، وأطلقوا على النوع الثاني: المعاملات أي فيما يتعلق بمعاملة الناس بعضهم مع بعض، وهذا النوع هو مجال العمل بالمصلحة المرسلة، وبناء الأحكام الشرعية على أساسها، وقد بين الشاطبي مجالات العمل بالمصلحة المرسلة، فقال: أحكام الشريعة قسمان، الأول: ما يتعلق بشؤون الآخرة والعبادات، والآخر: ما يتعلق بشؤون الدنيا وهو ما سوى العبادات من الأمور العادية والتعاملية ونحوها.

فالقسم الأول لا يسوغ البحث فيه عن العلل والمصالح لربطه بها، لأن الأمر فيه مبني على الإلتزام التعبدية، وأما القسم الثاني وهو الذي يتكون من تشريع النظم العملية، فإنه معلل بمصالح العباد ومرتبطة بالمعاني المصلحية في هذه الحياة، كما تفيد نصوص الشريعة نفسها⁽¹⁾.

ثالثاً - شروط الأخذ بالمصالح المرسلة: اشتراط العلماء للعمل بالمصلحة المرسلة جملة من الشروط هي:

- ألا تخالف دليلاً شرعياً قطعي الثبوت والدلالة، فإذا خالفت المصلحة المرسلة دليلاً شرعياً قطعي الثبوت والدلالة فإنه يُترك العمل بها، أما إذا خالفت المصلحة المرسلة دليلاً شرعياً ظني الثبوت أو الدلالة، والمصلحة المرسلة ثابتة ثبوتاً قطعياً فإن المصلحة المرسلة تخصص النص عند بعض الفقهاء كأن يكون الدليل عامّاً غير قطعي.
- أن تكون عامة بحيث تحقق منفعة لأكبر عدد من الناس، وعلى هذا لا يصح العمل بالمصلحة التي يترتب عليها تحقيق مصلحة خاصة.
- أن تكون معقولة في ذاتها، بحيث لو عرضت على أهل العقول السليمة تلقوها بالقبول.
- ألا تفوت المصلحة المرسلة مصلحة أهم منها، وهو ما يسمى في فقه الشريعة بـ "فقه الموازنات" أو "فقه مراتب الأعمال" أو "فقه الأولويات" وهو أصل ثابت باستقراء عامة جزئيات الأحكام الشرعية⁽²⁾.

رابعاً - المصلحة المرسلة ودورها في تشريع الأحكام والقوانين:

قال الله سبحانه وتعالى عن نظام العدل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: 58]، وقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - هو القاضي والمنفذ للأحكام، ثم اتسع الأمر في زمن الصحابة رضي الله عنهم، فعينوا قضاة على الأمصار، ثم اتسع الأمر أكثر في زمن التابعين وسلف الأمة، فاستُحدث منصب قاضي القضاة.

أما الآن فالأمر مختلف، فلا يمكن للحاكم أو القاضي أو حتى قاضي القضاة أن يقوم بكل السلطات؛ التشريعية والقضائية والتنفيذية، مما حتم استحداث طرق جديدة لتحقيق العدل بناء على قاعدة المصالح المرسلة، ومن بين ما استُحدث:

- 1- مبدأ الفصل بين السلطات: بحيث أصبحت هناك سلطة تشريعية: وتتولى سن القوانين، وسلطة قضائية: وتقوم بالفصل بين النزاعات والدعاوى، وسلطة تنفيذية: وتسهر على تنفيذ القوانين التي ترتكز عليها تنظيم الدولة.
- 2- استحداث مؤسسة للقضاء: حيث لم يعد القاضي وحده يحكم ويفصل في النزاعات، وإنما أصبحت هناك لجنة تسهر على ذلك، وأيضاً قسمت المحاكم لتسهيل عملية القضاء، فهناك محكمة الجنايات: وتتولى قضايا الجرائم، والمحكمة المدنية: وتتولى الخصومات والنزاعات، وأيضاً هناك قضاء الأحداث: وينظر في قضايا الأحداث (دون سن الرشد القانوني 18 سنة) وفي كل من هذه توجد المحاكم الابتدائية: ودورها النظر في الدعاوى المقدمة إليها بصفة

(1) الاعتصام، للشاطبي، ج2، ص607.

(2) المستصفي في علم الأصول، للغزالي، ج1، ص173 وما بعدها.

ابتدائية، مع حفظ حق الاستئناف، ومحكمة الاستئناف: وهي موضوعة للبحث في القضايا الجنائية، والنظر في القضايا التي تم استئنافها.

ولعل من أهم ما نحتاج إليه في عصرنا تقنين العقوبات التعزيرية مثل عقوبة أكل الربا، وأخذ الرشوة، وأكل مال اليتيم، والاعتداء على النساء والأطفال بالضرب والإهانة، ومنع الزكاة وترك الصلاة، والاتجار في الأغذية الفاسدة والملوثة، إلى غير ذلك من الآفات والرذائل التي تنتشر في المجتمع، ولا تجد الرد الكافي، ويكتفى فيها بالوعظ والإرشاد مع العلم أنّ الله يزغ بالسلطان ما لا يزغ بالقرآن⁽¹⁾.

إنّ القضاء يقوم بحل الخلافات والمنازعات على أساس الالتزام بالقواعد والأحكام المقررة في الشريعة لتنظيم علاقات الناس وتعاملهم مع بعضهم البعض على أسس قانونية مبنية على العدالة وحماية الحقوق ومنع العدوان وضمان استقرار التعامل، وقد كان القضاء يقوم بذلك بالاعتماد على قاض واحد لينظر في كل القضايا على اختلاف أنواعها، وبحيث يكون حكمه في حل الخلاف بآناً لا مراجعة فيه، ومهما مرّ من وقت على الحقوق التي يطالب بها المدعي، ولما تعقدت القضايا وتنوعت وفسدت الذمم وصعب إثبات الحقوق، ومن أجل تحقيق العدالة وضمان سلامة التقاضي فقد اجتهد العلماء بتبني جملة من الإجراءات تهدف إلى تحقيق قواعد العدالة وفق أسلم الضمانات، وباتت هذه الإجراءات اجتهادية شرعية وفق مصدر الاستصلاح بهدف مقاصد الشريعة في حل منازعات الناس والخلافات بينهم على أساس من العدل والأمانة، ومن هذه الإجراءات:

- تقسيم المحاكم إلى أنواع بحيث يختص كل نوع منها بنوع من القضايا مثل المحاكم الجنائية، والمحاكم المدنية، وغيرها.
- تعدد القضاة في المحكمة الواحدة ووضع شروط لاتخاذ حكم سليم وقانوني بعيداً عن أي هوى أو ضعف أو قصور.
- جعل القضاء على درجات بحيث يمكن للخصوم الطعن في الحكم في الدرجة الأولى أمام الدرجة الأعلى. وقد استقر التطبيق على جعل القضاء درجتين ضمن ضوابط وشروط بهدف الوصول إلى حكم عادل في حلّ أي خلاف أو نزاع.
- منع سماع الدعاوى بالحقوق القديمة؛ لأنّ السكوت عن المطالبة سنوات طويلة يشكك في أصل الحق، كما أنه يربك القضاء ويؤدي إلى نبش الوقائع القديمة، وهذا ما يعرف بالتقادم أو مرور الزمان.
- وضع القواعد لأصول المحاكمات وتنظيم المحاكم مما يعتمد على قاعدة المصالح المرسلّة، حيث تبين قوانين أصول المحاكمات وكيفية رفع الدعوى ورسومها وكيفية تقديم البيّنات وسماعها مما يعود بعضه لما هو منصوص عليه، ويعود البعض الآخر لصلاحية وليّ الأمر في تنظيم هذا القطاع المهم على أساس من تحقيق مصالح الناس ولرفع المفاسد والمضار عنهم.

(1) يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مطبعة المدني، القاهرة، 1998 م، ص 104 وما بعدها.

المبحث الأول

أثر المصلحة المرسلة في تشريع القوانين

يمكن تطبيق مبدأ المصلحة المرسلة في الحياة الدنيوية وذلك بإصدار القوانين اللازمة والتشريعات الضرورية لكثير من الوقائع أو المستجدات التي لم يشهد لها دليل من الشارع يدل على الاعتبار، ولا دليل يدل على الإلغاء، ولا يوجد لها نظير تقاس عليه، والتي تعود على أفراد المجتمع بالمنفعة المقصودة للشارع، وفيما يلي بعض تطبيقات المصلحة المرسلة في المجالات الآتية:

المطلب الأول

المصلحة المرسلة وتشريعات تنظيم السير (قانون المرور)

من قبيل المصالح المرسلة قضايا التعامل مع وسائل النقل الحديثة، كإيجاب الحصول على رخصة للسماح بقيادة المركبات البرية والجوية والبحرية، واحترام إشارات المرور والعبور وأنظمة السير، وما يترتب على مخالفة ذلك من عقوبات يفرضها القانون.

إنّ قواعد المرور التي تنظم سير السيارات في الشوارع العامة، وما تفرضه من ضوابط على السائقين والراجلين على حد سواء، تحقق عددًا معتبرًا من المصالح، فباتباعها يتم حفظ أنفس الناس وأبدانهم وأموالهم، وبالتهاون بها تتعرض هذه المقاصد الضرورية للخطر، وقد تفوت جميعًا في حادث مروري. فهذه القوانين تنص على وجوب جعل سائق السيارة يحمل رخصة موافقة للسيارة التي يقودها، وأن يمثل للقواعد الخاصة بحركة المرور، حتى لا يشكل أي خطر عليه أو على غيره من مستخدمي الطريق، وأن يستعمل حزام الأمان إجباريًا ويتخذ كل الاحتياطات لئلا تتسبب السيارة في إلحاق ضرر بالغير أو تشكل خطرًا عليهم، وسائق السيارة يتحمل المسؤولية الجزائية والمدنية على المخالفات التي يرتكبها.

أولاً- الإشارات الضوئية:

يشهد العالم اليوم تطورًا سريعًا وملحوظًا في وسائل النقل، يقابل هذا التطور الزيادة المطردة في النمو السكاني، ومن مقومات الدولة العنصر البشري، أي الإنسان باعتباره أحد الموارد الرئيسة التي تعمل على تقدم ورقي الدولة، فالناس يذهبون في كل صباح إلى وظائفهم وإلى قضاء حوائجهم وإلى مدارسهم، وقد يضطر بعضهم إلى الانتقال من شارع إلى آخر، فربما يقطع أحد الشارع فتمربه سيارة فتصدمه، وقد تكون النتيجة الموت، ولا ننسى في هذه الأيام الأعداد الكبيرة التي تموت بسبب حوادث السيارات⁽¹⁾.

ويترتب على استخدام الإشارات الضوئية تنظيم سير المشاة والمركبات تنظيمًا دقيقًا ومنظمًا فلا يقع التقاء ولا تصادم بإذن الله - ومن ثمّ يسير الناس بكل أمان واطمئنان، فحفظ النفوس والأموال من الضروريات الخمس التي جاء الإسلام من أجل المحافظة عليها.

وبمفهوم المخالفة فإن عدم احترام الإشارات الضوئية يُعتبر متعارضاً مع مبدأ المصلحة المرسلة، ويترتب عليه أضرار للأخريين، مما جعل المشرع الليبي يُرتب عقوبة على من يخالف هذه المصلحة، وهي الإشارات الضوئية، حيث نصّ في المادة 56 من قانون المرور الليبي على انه : " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى

(1) ذكرت مصادر الإدارة العامة للمرور في ليبيا أنّ إحصائيات حوادث المرور خلال الفترة من بداية شهر يناير 2012 إلى نهاية شهر نوفمبر 2012 - سجّلت وقوع أكبر نسبة من حوادث المرور بلغت 2122 حادث قتل، توفي على إثرها 2728 شخصاً، وسجّلت الإحصائيات أيضاً وقوع 1568 حادث إصابة بليغة، أصيب فيها 3200 شخص، ووقوع حوادث إصابات بسيطة بلغت 1271 حادثاً، تسببت في إصابة 3347 شخصاً بإصابات بسيطة، وجاء في هذه الإحصائيات أن هذه الحوادث تسببت في وقوع خسائر مادية، وأضرار بلغت 19 مليوناً 470 ألف و455 ديناراً ليبيا كأضرار للسيارات فقط. <http://libyaaljaddidah.com>

يعاقب كل من اخترق بمركبته الإشارة الضوئية الحمراء بغرامة لا تقل عن عشرين ديناراً ولا تزيد عن مائة دينار، ويجوز المركبة لمدة لا تقل عن شهرين ولا تزيد عن خمسة أشهر مع سحب ترخيص القيادة للمدة نفسها⁽¹⁾.

ثانياً- العلامات المرورية:

إنّ التضاريس الطبيعية للأرض الظاهرة للعيان متنوعة من جبال مرتفعة وسهول منخفضة أو منبسطة وأودية تؤدي مهمة واحدة في تصميم وإنشاء الطرق التي تسير عليها المركبات، الأمر الذي يجعل تصميم الطرق على أشكال مختلفة، فتارة نرى طريقاً مستقيماً وآخر متعرجاً وتارة نشاهده منحدرًا أو مرتفعًا، طبقاً لهذه التضاريس، فعدم وضوح أو وجود ما ينبه قائد السيارة على مثلها يجعل من الصعب عليه أخذ الحيطة والحذر من أجل القيام بما هو لازم لتجنب ما لا تحمد عقباه، فإذا فوجئ بمنعطف مثلاً، وكانت سرعته زائدة فإنه لا يستطيع تخفيف السرعة بشكل مفاجئ مما يؤدي به إلى الارتباك وعدم القدرة على كبح جماح سيارته فيقع الحادث الذي ربما ينتج عنه إصابات خطيرة وبالغة، وقد يشمل أعداداً كبيرة من الأشخاص خاصة في حوادث الحافلات الكبيرة. ومن وسائل تنظيم السير على الطرق وضع الشواخص المرورية التي توضح معالم الطريق لكل سائر علمها، وترشده إلى ما يجب فعله أو تجنبه، ويتربط على إصدار قانون وضع الشواخص المرورية على الطرقات ومصطلحات مهمتان للإنسان، وهما: حفظ نفسه ونفس من معه، وحفظ ماله ومال غيره، وهاتان المصلحتان مقصودتان للشارع بل هما من الضروريات الخمس.

وهذا ما نصّ عليه قانون المرور في الدولة الليبية بقوله: " يجب اتباع الإشارات والعلامات المرورية والقواعد التي تقررها أو تضعها شرطة المرور لتنظيم حركة المرور وسلامة الركاب والمشاة بما في ذلك قصر مرور أنواع معينة من المركبات الآلية أو غير الآلية أو الدراجات العادية على طرق أو جسور معينة أو في اتجاه معين"⁽²⁾.

ثالثاً- الفحص الدوري:

بعض الناس يقوم بإجراء الفحوصات الطبية على جسمه بشكل دوري، ليتأكد من الأمراض، فإذا وجد خللاً أو ألماً في جسمه فإنه يقوم بأخذ الدواء اللازم له فنحكم عليه بأنه من الحريصين على سلامة صحته. ومن منطلق المحافظة على الجسم فإنه ينبغي المحافظة على المركبة التي يقودها، وهذا الأمر يتطلب منه الاعتناء والاهتمام بأليته على الدوام، ومن مظاهر هذا الاهتمام تفقدها قبل الاستعمال للتأكد من سلامتها، فإذا وجد بها خللاً لا يتركه، بل يقوم بإصلاحه دون تأخير، ومما ينبغي التركيز عليه في السيارة والالتفات إليه الإطارات، والأنوار والكوابح ومساحات الزجاج، أما أهمية الإطارات فتبدو واضحة جداً؛ لأنّ المركبة لا يمكن لها أن تسير من دونها أو من دون أحدها مما يستلزم مراقبتها للتأكد من صلاحيتها، علماً بأنّ لها عمراً محدوداً في الدول المتقدمة يحدد للإطارات عدد معين من الكيلومترات فإذا قطعت السيارة هذه الكيلومترات أصبحت الإطارات غير صالحة للاستعمال ولو بدت لبعضهم أنها صالحة، كما تبدو أهمية الأنوار كذلك فلا يمكن للسائق السير من دونها؛ لأنها توضح له الطريق وتكشف له مخاطرها، أما بالنسبة للكوابح فهي من الأهمية بمكان حيث تمكّن السائق من تخفيف سرعته إذا شاهد إنساناً أو حيواناً أو اقتراب من سيارة أو من منعطف فيتوقف في الوقت المناسب، ولا تقل أهمية مساحات الزجاج عن سابقتها فبواسطتها يتم تنظيف الزجاج من كل ما يتعلق به وخاصة في الأيام الممطرة مما يمكن السائق من الرؤية بوضوح ومتابعة سيره والوصول بأمان وسلام دائمين بإذن الله.

ويستلزم مما تقدم قيام مالك السيارة بإجراء الفحص الدوري على المركبة بشكل دائم، والأصل أن يقوم به طوعاً ولكن من أجل إلزام الجميع به فإنه لا بد من تشريع قانون يقضي بإجراء الفحص الدوري على جميع الآليات

(1) قانون رقم (11) لسنة 1984م بشأن المرور على الطرق العامة المنشور بعدد الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 1984م .

(2) المادة 31 من القانون رقم (11) لسنة 1984م بشأن المرور على الطرق العامة .

في وقت محدد، وخاصة تلك المخصصة لنقل الأشخاص، ويتم ذلك تحت إشراف نفر من ذوي الاختصاص في هذا الشأن.

وينبغي عدم التواطؤ مع أحد في هذا الخصوص، ولا تقل المصلحة المترتبة على إصدار هذا القانون أهمية عن سابقتها (العلامات)؛ لأن عدم الاهتمام بالمركبة سبب في وقوع الحوادث المرورية.

تنص المادة الخامسة من القانون رقم (11) لسنة 1984م بشأن المرور على الطرق العامة في ليبيا على أنه " تقدم المركبة الآلية المطلوب لها الترخيص لفحصها فنياً من قبل مالكها أو وكيله أو المسؤول عنها وذلك في الزمان والمكان اللذين تحددهما الجهة المختصة بالترخيص، ويشمل الفحص الفني تجربة أجهزة المركبة والتحقق من استيفائها لشروط المتانة والأمن وذلك كله وفقاً للتحديد الذي يصدره قرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل". وهذا يعتبر تطبيقاً معاصراً للمصلحة المرسله، حيث إن الفحص الدوري للمركبة الآلية لم يرد نص عليه من الشارع الحكيم، إلا أنه يحمل في طياته حماية مصلحة الفرد والمجتمع والحرص على سلامته، نص المشرع الليبي في قانون المرور على ضرورة إجراء الفحص الفني للمركبة وترتيب آثار قانونية على مخالفته أو التقاعس في إجرائه، وهذا كله مبني على أساس المصلحة المرسله⁽¹⁾.

رابعاً- إنشاء الأنفاق والجسور:

يشهد العالم اليوم نمواً سكانياً لم يشهده من قبل، وتقدماً حضارياً واسع النطاق، والزيادة في عدد السكان تتناسب طردياً مع عدد السيارات بخلاف الطرق المنشأة في الزمن الماضي، فهي غير قادرة على استيعاب أعداد السيارات في السنين القادمة، فإذا قارنا بين عدد السيارات في الوقت الحاضر والتي تسير على طريق صُمم في الماضي نجد عدم تكافؤ الطريق مع عدد السيارات، فينتج عنه حدوث الاختناقات المرورية التي تؤدي إلى عدم وصول الموظف إلى عمله في الوقت المحدد له، وقد لا يخلو الأمر من وجود مريض في إحدى السيارات قاصداً مكان التطبيق فيؤدي تأخيرها إلى زيادة تأثيره، وقد تُقل بعض السيارات جريحاً أو مصاباً بحادث مروري فلا يصل إلى المعالج في الوقت المناسب.

ومن خلال ما تقدم فإنه يمكن إصدار قانون يقضي بإقامة الجسور والأنفاق والتي من شأنها التسهيل والتسيير على المواطنين، وتجنب ما يسمى بالاختناقات المرورية، والتقليل من الحوادث، وهذه الأمور المترتبة على هذا القانون تحقق ما قصده الشارع.

لم يتطرق المشرع الليبي لهذه المسألة على وجه التفصيل، وإنما أشار إليها بقوله "يجب اتباع الإشارات والعلامات والقواعد التي تقررها أو تضعها شرطة المرور لتنظيم حركة المرور وسلامة الركاب والمشاة بما في ذلك قصر مرور أنواع معينة من المركبات الآلية أو غير الآلية أو الدراجات العادية على طرق أو جسور معينة أو في اتجاه معين"، إلا أن هذا لا يتعارض مع ما قصده الشارع الحكيم من تحقيق للمصلحة المرسله، ولا سيما أنه يدخل تحت قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

خامساً- الكشف الميداني الدائم على الطرق:

تتأثر الطرق بالظروف المناخية كالأمطار والثلوج والحرارة الشديدة، وكذا بكثرة السيارات التي تسير عليها، وخاصة المحملة بالحمولات الزائدة على تحمل الطريق، مما يؤدي إلى تشققها وتصدها، وتعرض أحيانا لأعمال

(1) تنص المادة السادسة من القانون رقم (11) لسنة 1984م بشأن المرور على الطرق العامة في ليبيا على أنه " إذا ثبت من خلال الفحص الفني عدم صلاحية المركبة الآلية فيخطر طالب الترخيص بكتاب مسبب برفض طلبه وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ الفحص"، والمادة الثامنة من القانون نفسه على " لا يجوز الترخيص لسيارة ركوب عامة أو تجديد ترخيصها إذا مضى على صنعها عشر سنوات إلا إذا ثبت من الفحص الفني صلاحيتها لمدة أخرى يحددها قرار الفحص".

الحفريات المختلفة من أجل إصلاح بعض الأعطال الخاصة بالمياه أو الكهرباء أو الهاتف، فتشقق أو تصدع الطرق، وبقاء بعض الحفريات دون إصلاح يؤدي إلى فقد حياة أناس أبرياء.

ولمعالجة ما سبق فإنه يتحتم تشكيل لجنة من ذوي الخبرة في هذا المجال تكون مهمتها الكشف على الطرق ومعرفة مدى صلاحيتها ثم تبليغ الجهات المعنية للمبادرة بعمل اللازم، إن إصدار قانون بهذا الشأن يترتب عليه مصلحة مقصودة للشارع وهي حفظ النفس والمال.

وهذا ما نص عليه المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مؤتمره الثامن حول قانون السير، والتي جاء فيه: «بسم الله الرحمن الرحيم قرار رقم: 71 (8/2) إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيرى بيجوان بروناي دار السلام من 1 إلى 7 محرم 1414 هـ الموافق 21-27 حزيران (يونيو) 1993 م. بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع حوادث السير، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، وبالنظر إلى تفاقم حوادث السير وزيادة أخطارها على أرواح الناس وممتلكاتهم، واقتضاء المصلحة سن الأنظمة المتعلقة بترخيص المركبات بما يحقق شروط الأمن كسلامة الأجهزة وقواعد نقل الملكية ورخص القيادة والاحتياط الكافي بمنح رخص القيادة بالشروط الخاصة بالنسبة للسن والقدرة والرؤية والدراية بقواعد المرور والتقييد بها وتحديد السرعة المعقولة والحمولة، قرر ما يلي:

أولاً - (أ): إن الالتزام بتلك الأنظمة التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية واجب شرعاً؛ لأنه من طاعة ولي الأمر فيما ينظمه من إجراءات بناءً على دليل المصالح المرسله، وينبغي أن تشمل تلك الأنظمة على الأحكام الشرعية التي لم تطبق في هذا المجال.

(ب): مما تقتضيه المصلحة أيضاً سن الأنظمة الزاجرة بأنواعها، ومنها التعزير المالي لمن يخالف تلك التعليمات المنظمة للمرور لردع من يعرض أمن الناس للخطر في الطرقات والأسواق من أصحاب المركبات ووسائل النقل الأخرى أخذاً بأحكام الحسبة المقررة.

ثانياً- الحوادث التي تنتج عن تسيير المركبات تطبق عليها أحكام الجنايات المقررة في الشريعة الإسلامية، وإن كانت في الغالب من قبيل الخطأ، والسائق مسؤول عما يحدثه بالغير من أضرار، سواء في البدن أم المال إذا تحققت عناصرها من خطأ وضرر ولا يعني من هذه المسؤولية إلا في الحالات الآتية:

(أ): إذا كان الحادث نتيجة لقوة قاهرة لا يستطيع دفعها وتعذر عليه الاحتراز منها، وهي كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان.

(ب): إذا كان بسبب فعل المتضرر المؤثر تأثيراً قوياً في إحداث النتيجة.

(ج): إذا كان الحادث بسبب خطأ الغير أو تعديه فيتحمل ذلك الغير المسؤولية⁽¹⁾.

وخلاصة القول: إن قانون المرور قانون إسلامي، وإن صدر عن غير المسلمين، لأنه مبني على قاعدة إسلامية معتبرة، هي "المصلحة المرسله" ولأنه يحفظ واحداً من الضروريات التي حفظها الإسلام، وهي النفس، وله تعلق كبير بالمال، لذا لا يجوز لأحد مخالفته، ومن فعل فهو آثم.

(1) عن موقع مجمع الفقه الإسلامي: www.fiqhacademy.org.sa.

المطلب الثاني

المصلحة المرسله وتشريعات العمل

وفيما يلي بعض المسائل الخاصة بمجال العمل والعمال والتي لم يرد عن الشارع دليل يدل على الاعتبار أو الإلغاء وهي:

أولاً- تحديد مدة لإنهاء خدمة العامل:

يمر الإنسان في حياته بمراحل عدة، فأولها مرحلة الطفولة، وثانها مرحلة الشباب، وثالثها مرحلة الشيخوخة، وتتفاوت قدراته في مرحلتي الشباب والشيخوخة، فأولها في المرحلة الثالثة وأشدّها في المرحلة الثانية، ويقل أو يزيد إنتاجه حسب قدرته في المرحلة التي هو فيها، ويصعب تحديد مرحلة الشيخوخة من شخص لآخر، ومن ثمّ فإنه لا يمكن جعلها علامة يتوقف عندها عطاء العامل؛ لأنّ الأعمال مختلفة ومتنوعة فمنها ما يعتمد على التفكير العقلي، كالتعليم مثلاً، ومنها ما يعتمد على بذل الجهد الجسدي كالعامل في المناجم، ويترتب على تحديد المدة التي تنتهي عندها خدمة العامل تحقيق المساواة بين العمال جميعاً والاستفادة مما لديهم من طاقات ما دام ذلك ممكناً⁽¹⁾.

وفي هذا الشأن تنص المادة 77 من القانون رقم (12) لسنة 1378 و.ر/2010 مسيحي بإصدار قانون علاقات العمل على أنه: "لا يجوز لجهة العمل إنهاء العقد إلاّ لسبب يرجع إلى عدم مقدرة العامل على العمل أو تدني مستوى أدائه أو سوء سلوكه أو مقتضيات العمل، بما في ذلك إعادة الهيكلة أو لأسباب اقتصادية، وفي هذه الأحوال يجب إخطار كل من النقابة الذي ينتمي إليها العامل ومكتب التشغيل المختص بالإنتهاء، وسببه قبل شهر واحد على الأقل من تاريخ الشروع في إنهاء العقد للتحقق من سلامة وجدية أسباب الإنهاء".

ثانياً- تأمين العامل بالإجازات العادية والطارئة:

الراحة مطلب شرعي وهي ضرورية للعامل وحرمانه منها يؤثر في العامل والعمل، فقد قال - صلى الله عليه وسلم-: «إن لجسدك عليك حقاً»⁽²⁾. وقوله صلى الله عليه وسلم: «يا حنظلة: ساعة وساعة»⁽³⁾. فإذا كانت الراحة مطلوبة في العبادات، فهي مطلوبة في العاديات من باب أولى، وما سميت صلاة التراويح بهذا الاسم إلاّ لأنّ المصلين كانوا يستريحون فترة من الوقت بين الصلوات، ولا يخفي ما يترتب على هذا من مصلحة للعامل.

ويمكن تحديد الإجازة السنوية بعدد من الأيام كأن تكون شهراً في السنة، أو أكثر أو أقل، كما ويمكن منح العامل إجازة طارئة على أن لا يسقط حق العامل المالي عن تلك المدة، ويمكن منح العامل إجازة يومية أو أسبوعية وهكذا حسب الشروط المتفق عليها بين الطرفين.

واستناداً على ما سبق وما تقتضيه المصلحة المرسله للعامل فإنّ المشرع الليبي في قانون العمل قد نص على هذا النوع من الإجازات في الفصل الرابع منه في المادة 30 وما بعدها على النحو التالي:

المادة (30) "تكون الإجازة السنوية ثلاثين يوماً في السنة وخمسة وأربعين يوماً في السنة لمن بلغ سن الخمسين أو تجاوزت مدة خدمته عشرين عاماً، ولا يجوز أن يتنازل العامل أو الموظف عن إجازته، كما لا يجوز منعه منها أو تأجيلها أو قطعها إلاّ لضرورة تقتضيها مصلحة العمل أو إذا رغب في ذلك، وفي جميع الأحوال يجب أن يتمتع العامل أو الموظف بإجازة لا تقل عن خمسة عشر يوماً متصلة في السنة".

(1) للمزيد حول هذا الموضوع انظر: د. عبدالغني عمرو الرويمض، علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، الطبعة الثانية، 2010، ص391 وما بعدها.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب حق الجسم في الصوم، ج3، ص39، حديث رقم 1975.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب التوبة، باب فضل دوام الذكر والفكر في أمور الآخرة والمراقبة وجواز ترك ذلك في بعض الأوقات والاشتغال بالدنيا، ج4، ص2106، حديث رقم 2750.

المادة (31) "يستحق العامل أو الموظف إجازة طارئة لسبب قهري لا يتمكن معه من استئذان رؤسائه مقدماً لترخيص له في الغياب، على أن يقدم فور عودته إلى العمل مبررات غيابه، ولا تكون الإجازة الطارئة أكثر من ثلاثة أيام في المرة الواحدة، ولا تتجاوز اثني عشر يوماً في كل سنة، ويسقط حقه فيها بمضي السنة، ولا تحسب هذه الإجازة من الإجازات السنوية".

المادة (32) "يستحق العامل أو الموظف عند انتهاء خدمته مقابلاً نقدياً يحسب على أساس مرتبه عن إجازته السنوية التي لم يتمتع بها لمصلحة العمل، ولا يستحق العامل أو الموظف التعويض عن إجازته التي لم يتمتع بها إذا كان التأجيل بناء على رغبته إلا في حدود ستة أشهر".

المادة (33) " للعامل أو الموظف الحق في إجازة مرضية مدفوعة المقابل أو المرتب لمدة لا تزيد عن خمسة وأربعين يوماً متصلة أو ستين يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة، ويكون منح الإجازة المرضية بناء على تقرير طبي من طبيب معتمد، وإذا مرض العامل أو الموظف أثناء وجوده في الخارج كان منح الإجازة بناءً على تقرير طبي من الطبيب المعتمد لدى البعثة السياسية للدولة الليبية أو من يقوم مقامها . فإذا تجاوزت الإجازة المرضية الممنوحة له خلال السنة المدة المشار إليها في الفقرة السابقة فيعرض الأمر على اللجنة الطبية المختصة وتطبق بشأنه الأحكام المنصوص عليها في قانون الضمان الاجتماعي، وفي جميع الأحوال يجب ألا تزيد مدة الإجازة المرضية الممنوحة للعامل أو الموظف وفقاً لحكم هذه المادة على ثلاثة أشهر خلال السنة الواحدة.

المادة (34) "يكون للعامل أو الموظف الحق في إجازة خاصة بمرتب كامل في الحالات الآتية:-

أ. أداء فريضة الحج، وتكون لمدة عشرين يوماً ولا تمنح إلا لمرة واحدة طوال مدة الخدمة.

ب. الزواج وتكون لمدة أسبوعين، ولا تمنح إلا لمرة واحدة طوال مدة خدمته.

ج. للمرأة عند وفاة زوجها، وتكون لمدة أربعة أشهر وعشرة أيام.

د. أداء الامتحانات الدراسية، وتكون للمدة المقرر لأداء الامتحان⁽¹⁾.

ثالثاً- حماية العامل من الفصل التعسفي:

من أهم الواجبات المنوطة بالعامل أداء العمل الموكول إليه على أكمل وجه، فبيد ما بوسع من أجل إنجاز العمل بكل أمانة وإخلاص، قال صلى الله عليه وسلم: «إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه»، غير أن العامل قد يرتكب مخالفة كأن يتأخر في المجيء إلى عمله أو يخرج قبل انتهاء الوقت المحدد له مثلاً، أو يترك عمل اليوم إلى الغد وهكذا، وإذا ارتكب العامل إحدى المخالفات السابقة أو المشابهة لها، فإنه ربما يعرض نفسه إلى عقوبة من قبل رب العمل، وقد تكون العقوبة أحياناً غير متكافئة مع المخالفة فيظلم، كالاستغناء عنه مثلاً، أو عزله وحرمانه من حقوقه كافة وغير ذلك، فيصبح فاقداً لوظيفته وكرامته وحقوقه، ومن أجل حماية العامل من الفصل التعسفي فإنه يمكن تشكيل لجنة من أهل الخبرة تكون مهمتها وضع قانون يضمن حق العامل وصاحب العمل، كأن تنظم اللجنة سجلاً بالمخالفات التي يتوقع حصولها من العامل وما يناسبها من عقوبات، لئلا يصار إلى الفصل المذكور ويترتب على هذا التشريع مصلحة مقصودة للشارع وهي إقامة العدل بين الناس في حقوقهم ورفع الظلم عنهم، ثم يعطى كل ذي حق حقه.

رابعاً- تحديد الحد الأدنى للأجور:

قرر الإسلام الأجر للعامل لقاء ما يقوم به من عمل، وطلب من رب العمل إعطاء العامل أجره دون ظلم، أو بخس فقال تعالى ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾ [الشعراء: 183]، وقال أيضاً ﴿وَلِكُلِّ دَرَجَاتٍ مِّمَّا عَمِلُوا وَلِيُؤْتِيَهُمْ

(1) للمزيد انظر د. عبدالغني عمرو الرويمض، علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 270 وما بعدها .

أَعْمَالَهُمْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ» [الشعراء، الآية: 19]، وهذا الأجر الذي يستحقه العامل حق له لا منة فيه فقد قال الله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَهُمْ أَجْرٌ غَيْرُ مَمْنُونٍ﴾ [فصلت: 8]، إلا أن الإسلام لم يحدد مقدار هذا الأجر الذي يتقاضاه العامل لقاء العمل الذي أداه، ويترتب على تحديد الحد الأدنى للأجور مقصد للشارع وهو تحقيق العدل ورفع الظلم⁽¹⁾.

خامساً- تحديد ساعات العمل:

إنَّ ما يقوم به الناس اليوم من أعمال طلباً للرزق كثيرة، وهي في تغير وتطور مستمرين من عصر إلى عصر، وكل عمل يحتاج إلى ساعات معينة في اليوم أو في الأسبوع، وبعض الأعمال ربما يحتاج إلى توفير ست ساعات في اليوم، وبعضها قد يصل إلى ثماني ساعات أو إحدى عشرة ساعات، هكذا حسب طبيعة كل عمل، كما أن العامل لا يستطيع مواصلة العمل لساعات طويلة؛ لأنه يؤدي إلى إرهاقه، ومن ثمَّ كان من الضروري تحديد ساعات العمل بعدد معين يتفق مع طبيعة العمل، وكذا تخصيص فترات الاستراحة، ويترتب على هذا عدم إرهاق العامل وتكليفه فوق ما يستطيع والله تعالى يقول ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 286].

وقد قام المشرّع الليبي في قانون العمل بالنص الصريح والواضح على تحديد ساعات العمل تحديداً دقيقاً، ومن بينها الحد الأقصى لساعات العمل الفعلية، والحد الأقصى لمدة بقاء العامل في مكان العمل، والحد الأقصى لساعات العمل المتواصل، وتنظيم ساعات العمل الإضافي، إذ ينص في المادة 14 على أن: "لا يجوز أن تزيد ساعات العمل عن ثمان وأربعين ساعة في الأسبوع كما لا يجوز أن تتجاوز عشر ساعات في اليوم الواحد، ويجوز تخفيض ساعات العمل لبعض فئات العاملين في الصناعات أو الأعمال التي يصدر بتحديداتها قرار من اللجنة الشعبية العامة بناء على اقتراح من الجهة المختصة" وفي المادة 15 من القانون نفسه "وفي جميع الأحوال يجب ألا يزيد متوسط ساعات العمل على مدى ثلاثة أسابيع عن ثماني ساعات في اليوم أو ثمان وأربعين ساعة في الأسبوع"⁽²⁾.

سادساً- كفالة العامل عند عجزه وكفالة أولاده من بعده:

يُعدّ العامل جزءاً مهماً في المجتمع، لكونه عنصراً فاعلاً، وقد يتعرض في أثناء القيام بالعمل لبعض الأخطار، كأن يصاب بعاهة تقعه عن العمل أو بمرض مزمن لا يرجى برؤه أو غير ذلك، ومن ثمَّ يتوقف عن طلب الرزق، وأحياناً قد لا يكون له من ينفق عليه من مأكّل ومشرب ومسكن وكل ما يحتاجه، وأحياناً قد يكون له أطفال بحاجة إلى من ينفق عليهم، فيعيش هذا العامل وأمثاله عيشة الكفاف وربما تجبره الحياة إلى سؤال الناس.

وقد فعل هذا الخليفة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - مع بعض العجزة من اليهود والنصارى حيث فرض لهم فريضة من بيت المال عجزوا عن العمل بسبب الشيخوخة، فقد أخرج صاحب كتاب الخراج أن عمر أمر بكفالة العامل إذا أقعدته الشيخوخة، أو العاهة عن العمل إذ مرَّ عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بباب قوم وعليه سائل يسأل شيخ كبير ضرير البصر فضرب عضده من خلفه وقال: "من أي أهل الكتاب أنت؟ فقال: يهودي، قال: فما ألجأك إلى ما أرى؟ قال: أسأل الجزية والحاجة والسن، قال: فأخذ عمر بيده وذهب به إلى منزله فرضخ - أي أعطاه شيئاً ليس بالكثير - له بشيء من المنزل، ثم أرسل إلى خازن بيت المال فقال: انظر هذا وضرباه فوالله ما أنصفناه، إن أكلنا شبيبته ثم نخذله عند الهرم ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة: 60]،

(1) تنص المادة 20 من القانون رقم (12) لسنة 1378 و.ر / 2010 مسيحي بإصدار قانون علاقات العمل على أنه: "لوزارة العمل بناء على عرض من الجهة المختصة وتوصية المجلس الاستشاري المختص أن تصدر قرارات بتعيين الحد الأدنى لمقابل العمل أو إدخال تعديلات عليه"، وكذلك المادة 82 من القانون نفسه على أنه "يجب أن يكون عقد التدريب لغرض العمل مكتوباً باللغة العربية وتحدد فيه مدة التدريب ومراحله والمقابل في كل مرحلة على ألا يقل في المرحلة الأخيرة عن الحد الأدنى لمقابل العمل المحدد للمهنة أو الحرفة التي يتدرب عليها".
(2) لمعرفة المزيد عن ساعات العمل الفعلية والإضافية للعامل انظر المادة 17 وما بعدها من القانون رقم (12) لسنة 1378 و.ر / 2010 مسيحي بإصدار قانون علاقات العمل.

فالفقراء هم المسلمون، وهذا مسكين من أهل الكتاب، ووضع عنه الجزية وعن ضربائه⁽¹⁾، وكذلك قرر عمر للأرامل حقهنّ في بيت المال وقال: "أما لئن بقيت لأرامل أهل العراق لأدعهنّ لا يحتجنّ إلى أحد بعدي"⁽²⁾ ويترتب على كفالة العامل عند إصابته بضرر في جسمه أو وفاته مصلحة ظاهرة للعامل نفسه ولأولاده وخاصة إذا كان الأولاد صغاراً.

سابعاً- تأمين العامل صحياً:

المرض من العوارض السماوية التي ليس للإنسان دخل في وقوعها أو ردها، فقد يصاب الإنسان بمرض ما، وفي الحديث «تداووا فإنّ الله عزّ وجلّ لم يضع داء إلا وضع له دواء، غير داء واحد الهرم»⁽³⁾، فالإنسان مأمور بالتداوي للحديث السابق، والمرض لا يفرق بين كبير أو صغير ولا بين ذكر أو أنثى ولا بين إنسان يعمل وآخر لا يعمل. وقد يصاب العامل في أثناء قيامه بعمل ما، فيضطر إلى مراجعة الطبيب من أجل التداوي وأخذ العلاج، وهذا يحتاج إلى نفقات وقد تكون النفقات باهظة الثمن، بحيث يعجز العامل عن توفيرها في الحال، فتوفير التأمين الصحي للعامل من قبل صاحب العمل يترتب عليه مصلحة للعامل وهي حفظ النفس ورعايتها ومن ثم استمراره في ممارسة عمله وحافزاً له أيضاً على الابتعاد في عمله، ومصلحة لصاحب العمل وهي استمرار مواصلة الإنتاج وعدم توقفه مما يعود عليه بالربح الوفير.

أقر المشرع الليبي هذا النوع من التأمين للعامل ونص على أنه: "على جهات العمل إجراء التأمين اللازم على العاملين أو الموظفين بها ضد أمراض وأخطار المهنة، وأن توفر الرعاية الصحية والحماية الاجتماعية اللازمة لهم ولأفراد أسرهم، وذلك مع عدم الإخلال بأي نظام قانوني آخر"⁽⁴⁾.

وخلاصة ما سبق فإنّ المصالح المرسله هي الوعاء الذي يحتوي هذه القوانين ويصعب عليها المشروعية بما تحقق من مصالح معتبرة، وتدرؤه من مضار خطيرة على الأنفس والا بدان والأموال، فقد قرر مجمع الفقه الإسلامي: "أنّ الالتزام بتلك الأنظمة التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية واجب شرعاً؛ لأنه من طاعة وليّ الأمر فيما ينظمه من إجراءات بناءً على دليل المصالح المرسله، وينبغي أن تشمل تلك الأنظمة على الأحكام الشرعية التي لم تطبق في هذا المجال"⁽⁵⁾.

(1) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، الخراج، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، ص139.

(2) المرجع نفسه، ص48.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطب، باب في الرجل يتداوى، ج4، ص3، حديث رقم 3855.

(4) المادة 38 من القانون رقم (12) لسنة 1378 و.ر / 2010 مسيحي بإصدار قانون علاقات العمل.

(5) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، جزء 2، عام 1415هـ، قرار رقم (8/2/75) صادر في 1993/06/27م. دار السلام-بروناي.

المبحث الثاني

أثر المصلحة المرسله في تشريع العقود

تحتاج المجتمعات الإنسانية إلى الأعمال والمهن أيما حاجة، فلا بد من تنظيم التخصص فيها وشروط تقديم الخدمات للجمهور تحقيقاً لمصالحهم ودرءاً للمفاسد عنهم، وهذا يتطلب الإلزام بالتأهيل والتخصص لتأمين الكوادر القادرة على العمل والأمانة عليه، كما يتطلب وضع الشروط لترخيص المهن ومزاوتها من جهات مسؤولة وضمن شروط محدّدة.

وكثير مما يعمل في هذا المجال أساسه مبدأ المصالح المرسله، حماية للناس من الغش والتلاعب، وتمكيناً لهم من التعامل مع المؤهلين القادرين، لما في ذلك من تحقيق لمصالحهم الحقيقية، وحماية لهم من الضرر والفساد، ولذا يظهر أنّ ما تصدّره الدول من قوانين وأنظمة لتنظيم قطاع الحرف والمهن داخل في مجالات هذا المصدر، وكذلك ما تقوم به من تنظيمات نقابية ومهنية وما تضع لذلك من قواعد وأحكام يدخل في هذا المجال أيضاً

المطلب الأول

أثر المصلحة المرسله في تشريع عقود البيوع (السلم - الاستصناع)

أولاً- المصلحة المرسله وعقد السلم:

أ - تعريف السلم: لغة يُقال: أسلمَ وسلّمَ إذا أسلف، وهو أن يعطي ذهاباً وفضة في سلعة معلومة إلى أمد معلوم، فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة وسلّمته إليه⁽¹⁾. واصطلاحاً: عرفه الفقهاء كلُّ بتعريفه واختلفوا في ذلك على النحو التالي:

عرفه الحنفية: فقالوا بأنه بيع أجل بعاجل.

عرفه الشافعية: بأنه بيع شيء موصوف في ذمة بلفظ سلم.

عرفه المالكية: فقالوا عقد معاوضة يوجب شغل ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين.

عرفه الحنابلة: السلم عقد على شيء يصح بيعه موصوف في الذمة إلى أجل⁽²⁾.

ب- الحكم الشرعي للسلم: اتفق الفقهاء على أنّ السلم مباح شرعاً، لثبوته بالنص والكتاب والسنة والإجماع.

من الكتاب: قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: 282]. ووجه

الاستدلال: والدّين شامل لكل ما يثبت في الذمة من الحقوق المالية، وليس من اللازم أن يكون نقداً، بل قد يكون مواد موصوفة في الذمة، من الأغذية كالقمح أو الشعير، أو مصنوعات محددة بالجنس والوصف، كالأقمشة أو السيارات، أو الآليات، أو من مواد الخام كالنحاس والحديد أو غيرها.

من السنة: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "ولما قدم النبي ﷺ المدينة وهم يُسلفون في الثمار السنة

والسنتين والثلاث قال: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ»⁽³⁾.

من الإجماع: فقد أجمع أئمة علماء المسلمين على جوازه من غير خلاف، حيث قال أحد العلماء: أجمع كل

من تحفظ عنه أهل العلم، على أنّ السلم جائز؛ لأنّ بالناس حاجة إليه، لأنّ أرباب الزروع والثمار، والتجارات، يحتاجون إلى النفقة على الزرع ونحوها حتى تنضج، فجوز لهم السلم دفعاً للحاجة⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج 8، ص 290.

(2) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، ص 272.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم، ج 2، ص 124، حديث رقم 2239.

(4) محمد علي الصابوني، الفقه الشرعي المبسر في ضوء الكتاب والسنة، دار العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، 1433هـ-2012م، ص 179.

ج - الحكمة من مشروعيتها: لمشروعية السلم حكمة ظاهرة، فعقد السلم مما تدعو إليه الحاجة، فالمزارع مثلاً قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهده زرعها إلى أن يدرك، ولا يجد من يقرضه ما يحتاج إليه من مال، ولذلك فهو في حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول ما يحتاج إليه من المال، وإلا فانت مصلحة استثمار أرضه، فمن أجل ذلك أبيض السلم⁽¹⁾.

د - شروط السلم:

1- أن يُبين كل منهما (البائع والمشتري) جنس الشيء الذي يرغب السلم فيه، كالقطن والصوف.. ونحوها، سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً⁽²⁾.

2- أن يقبض الثمن في المجلس حتى لا يصبح من باب الدين بالدين المحرم⁽³⁾.

3- أن يكون المسلم فيه ديناً، فلا ينعقد في عين محاذرة من الغرر بين المعين إلى أجل، أو على تخليصه من يد مالكه، ولأن لفظ السلم للدين، ولو أسلم بلفظ الشراء انعقد سلفاً وعجل رأس المال⁽⁴⁾.

4- أن يوضح النوع الذي يرغب فيه، كالتمر البرني، أو التمر الصفوي ونحو ذلك، وكما يجب على البائع أن يبين للمشتري صفته، هل هو من النوع الجيد، أو الوسط أو الرديء.. إلخ لتزول الجهالة⁽⁵⁾.

5- أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، لئلا يكون من بيع ما ليس عند الإنسان، وكما يكون أيضاً مقدوراً على تسليمه عند المحل، لئلا يكون تارة بيعاً وتارة أخرى سلفاً، فلا يصح السلم في المنقطع لدى المحل⁽⁶⁾.

6- أن يكون أجله معلوماً محدداً، وهو أن يذكر البائع وقت التسليم كأن يقول له: أسلمت المبيع بعد شهر أو غير ذلك لإزالة الجهالة؛ لأن جهالة النوع، والجنس، والصفة، والوقت، مُفضية إلى المنازعة، وهي مفسدة للعقد⁽⁷⁾.

هـ - أثر المصلحة المرسله في عقد السلم: إن عقد السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي، وفي نشاطات المصرف الإسلامية خاصة، وذلك من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة وكذا للنفقات الرأسمالية الأخرى.

يُعتبر السلم الموازي من الصور المعاصرة التي لجأت إليها البنوك الإسلامية، وذلك لتحقيق مآرب كثيرة للمنتج، والشركات الإسلامية، والتاجر، والمستهلك، ويظهر ذلك في الصفقات الكبيرة، ومثاله: هو أن يبيع المصرف إلى الطرف الثالث بضاعة في الذمة من نفس الجنس المسلم فيه بكل مواصفاته، وليس من خصوص البضاعة المسلم فيها مؤجلاً، ويكون تسلم الثمن مقدماً، أي -بطريقة السلم-، وبالتالي فدور المصرف هنا دور المسلم إليه، فإذا تسلم المصرف البضاعة سلمها إلى الطرف الثالث أداء لما في ذمته.

إنّ المصرف عندما يبيع سلفاً، يكون السعر حينها أرخص من السعر الحاضر، فإن كان بسعر الصفقة الأولى، مع اتفاق الأجلين، لم يستفد المصرف شيئاً، وإن كان السعر العكس حصل له على بعض الربح.

وكما أنّ تأخر أحد الصفقتين عن الأخرى، كأن يشتري في الأول من شهريناير، ويبيع في الأول من شهر فبراير مثلاً من نفس العام، أمكن تحصيل ربح بدرجة معقولة، على أنه إن لم يسلم العميل الأول البضاعة عند الأجل، فعلى المصرف تسليم ما باعه للطرف الثالث بعد تحصيله من الأسواق⁽⁸⁾.

(1) د. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصلحة المرسله وأثرها في المعاملات المالية، دار كنوز اشبيلية، الرياض، الطبعة الأولى، 2010، ص278.

(2) محمد علي الصابوني، الفقه الشرعي المبسر في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص182.

(3) الصادق عبدالرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، ص326.

(4) جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ص753.

(5) محمد علي الصابوني، الفقه الشرعي المبسر في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص182.

(6) جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، مرجع سابق، ص753.

(7) محمد علي الصابوني، الفقه الشرعي المبسر في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص182.

(8) محمد سليمان الأشقر، بحث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 1998، ص218.

ثانياً- المصلحة المرسله وعقد الاستصناع:

أ - تعريف الاستصناع: لغةً قوله اصطنعوا أي: اتخذوا صنيعاً، يعني طعمًا تنفقونه في سبيل الله. يُقال: اصطنع فلانًا خاتمًا إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتمًا، واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه⁽¹⁾. اصطلاحًا: تعددت التعريفات لعقد الاستصناع، واخترنا منها:

هو عقد مع الصانع على عمل شيء معين في الذمة، أو عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئًا، كأن يطلب المستصنع (وهو المشتري أو المستأجر) من الصانع (البائع أو العامل) بصناعة ذلك الشيء المعين بأوصاف محددة، مقابل ثمن معلوم، عملاً يجري به العرف، وتكون المواد الأولية الخام عادة من الصانع، وينعقد بالإيجاب والقبول بين المستصنع والصانع⁽²⁾.

ب - مشروعية عقد الاستصناع: اختلف جمهور الفقهاء في حقيقة جواز الاستصناع بين مجيز ومانع، حيث ذهب فريق من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الاستصناع قسمًا من أقسام السلم تُشترط فيه شروطه، وكما ذهب جمهور الأحناف إلى جواز الاستصناع، وعلى أنه ليس سلمًا ولا يجب فيه مراعاة شروط السلم، ومنها يُطرح الإشكال: هل عقد الاستصناع عقد جائز أم لا؟

1- القول الأول: وهو ما قال به الحنفية ما عدا زفر، حيث أجازوا الاستصناع وأكدوا على صحته، على أنه عقد مستقل، ولا يجب فيه مراعاة أحكام السلم.

• أدلة القول الأول: من الكتاب قال تعالى: ﴿قَالُوا يَا ذَا الْقُرْآنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾ [الكهف: 94].

وجه الاستدلال: والظاهر أنهم كانوا يريدون منه أن يقوم بذلك من عنده؛ لأنهم لا يعرفون كيفية بناء ذلك السد وكما وصفهم القرآن، قال تعالى: ﴿لَا يَكَادُونَ يُفْقَهُونَ قَوْلًا﴾ [الكهف: 93].

حيث إنه هو لم ينكر هذه الصيغة، وقوله تعالى: ﴿قَالَ مَا مَكِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ﴾ [الكهف: 85]، ليس اعتراضًا على ذلك، بل هو اقتراح لصيغة أخرى أفضل منها، لييسرها عليهم، بأن يقدموا ما لديهم من إمكانيات من مواد خام ويد عاملة ويقدم هو الخبرة والعمل الفتي، بحيث لم يرفض القرآن الطريقة التي اقترحها ولا أنكرها، فإنها تكون مشروعة في ديننا⁽³⁾.

من السنة: عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتمًا من ذهب وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرق المنبر فحمد الله وأثنى عليه فقال: «إني كنت أصطنعُهُ وإني لا ألبسه» فنَبَذَهُ فَنَبَذَ النَّاسُ⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال: دلّ الحديث على مشروعية الاستصناع والحاجة الماسة إليه خاصة في وقتنا الحاضر الذي أصبح الحصول فيه على الكثير من السلع إنما يتم عن طريق الاستصناع⁽⁵⁾.

2- القول الثاني: وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء منهم المالكية وكذا الشافعية والحنابلة والذين أقرروا على عدم جواز عقد الاستصناع وعدم صحته إذا لم تكتمل فيه شروط السلم.

رأي المالكية: على أن عقد الاستصناع نوع من السلم يعتبر فيه الشروط ما يعتبر في السلم.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 8، ص 209.

(2) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص 303.

(3) محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق، ص 228.

(4) صحيح البخاري، كتاب اللباس، باب من جعل فصًا لخاتم في بطن كفه، ج 4، ص 70، حديث رقم 5876.

(5) سعد بن تركي الختلان، فقه المعاملات المالية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص 136.

رأي الشافعية والحنابلة: على أنه عقد على وجه السلم بشروطه صحّ وكان سلمًا، أما أن يستصنع سلعة من صنائع معيّنة ومادة معيّنة على غير وجه السلم فلا يجوز⁽¹⁾.

• أدلة القول الثاني:

1- أنّ النبي ﷺ: «نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»، والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينًا له على رجل بدين على رجل آخر⁽²⁾.
وجه الاستدلال: لأنّ المجيزين له لا يشترطون كون الثمن معجلًا وكون المعقود عليه غير مؤجل، فصحّ تعجيل العوضين وتأجيلهما، وبيع الكالئ بالكالئ مجمع على تحريمه⁽³⁾.

2- أنّ النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان بقوله: «لا تبع ما ليس عندك»⁽⁴⁾.
وجه الاستدلال: الاستصناع عقد وارد على المعدوم؛ لأنّه يدخل في بيع ما في الذمة مما ليس هو مملوكًا له (على ما ليس عندك) ولا يقدر على تسليمه، لذا فهو ضمن النهي الوارد في الحديث⁽⁵⁾.
ج - شروط صحة الاستصناع:

1- بيان الجنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته، لأنه مبيع، فلا بد من أن يكون معلومًا، والعلم يحصل بذلك⁽⁶⁾.
2- أن يكون المصنوع مما يجري فيه تعامل الناس وقد كان التعامل جاريًا في المصنوعات من الحليّ، والأخذية والأواني، والأمتعة، حيث إنّ العرف أساس مشروعيتها في هذا العقد، وكما أنّ التعامل يختلف بحسب الأزمنة والأمكنة⁽⁷⁾.

3- ألا يذكر فيه أجل مُحدّد، فإن ذكر أجلًا انقلب إلى عقد سلم، ولزوم فيه مراعاة شروط السّلم وأحكامه، ولا يترتب فيه خيار، وقال البعض أنه لا يصير سلمًا، بل يبقى استصناعًا، ويكون ذكر المدة للتعجيل، أما أن يضرب الأجل في ما لم يجر التعامل على الاستصناع فيه فهو سلم بالاتفاق⁽⁸⁾.

د - أثر المصلحة المرسلّة في عقد الاستصناع: يتضح مما سبق بيانه أنّ عقد الاستصناع عقد على معدوم، ولكنه ألحق بالموجود لمسيس الحاجة إليه، فهو كالمسلم فيه، فاجتمع فيه السلم والإجارة، وهما عقدان جائزان، فاجتماعهما يكون جائزًا كذلك⁽⁹⁾.

وأساس الحاجة التي تدعو إلى عقد الاستصناع، أنّ الناس قلّ ما يجدون في السوق ما يلي حاجاتهم الخاصة من الألبسة والأدوات، فيحتاجون إلى من يصنعها لهم، فلولم يجز الاستصناع لوقع الناس في الحرج.

يقول الإمام الكاساني عن الاستصناع: «وأما جوازه، فالقياس أنه لا يجوز: لأنّه بيع ما ليس عند الإنسان، لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، ويجوز استحسانًا: لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر العصور من غير نكران. وقد قال ﷺ: «لا تجتمع أمّتي على ضلالة»⁽¹¹⁾. وقال أيضًا: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحًا فهو عند الله قبيح»⁽¹²⁾.

(1) محمد سليمان الأشقر، بحث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق، ص225.

(2) المستدرك على الصحيحين، للنيسابوري، كتاب البيوع، ج2، ص65، رقم الحديث 2342.

(3) عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، دار كنوز اشبيلية، الرياض، الطبعة الأولى، 1434هـ، 2013م، ص119.

(4) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك، ص514، حديث رقم 1232.

(5) محمد سليمان الأشقر، بحث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق، ص243.

(6) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص633.

(7) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص58.

(8) محمد سليمان الأشقر، بحث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق، ص232.

(9) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ج5، ص3 وما بعدها.

(10) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ج5، ص6.

(11) رواه الترمذي في سننه، باب ما جاء في لزوم الجماعة، ج4، ص36، حديث رقم 2167.

(12) المستدرك على الصحيحين، للنيسابوري، كتاب ما حذر من بيعه وأبو طلحة، ج3، ص83، حديث رقم 4465.

وقد أبيحت هذه المعاملات لحاجة الناس إليها، وتعلق قضاء مصالحهم بإباحتها، وهي في أصلها منافية لقواعد البيوع في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث

أثر المصلحة المرسله في تشريع عقود التبرعات (الهبة - الوصية)

أولاً - المصلحة المرسله وعقد الهبة:

أ - تعريف الهبة: لغةً هي العطية الخالية عن الأغراض والأعراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً⁽¹⁾. اصطلاحاً: تعددت التعريفات للهبة ومن بينها نختار واحداً: أنها عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً⁽²⁾.
ب - مشروعية الهبة: من الكتاب: قال تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء:4]. من السنة: عن سهل⁽³⁾: «أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ النَّبِيَّ ﷺ بِبُرْدَةٍ مَنْسُوجَةٍ، فِيمَا حَاشِيَتِهَا، أَتَدْرُونَ مَا الْبُرْدَةُ؟ قَالُوا: الشَّمْلَةُ، قَالَ: نَعَمْ، قَالَتْ: نَسَجْتُهَا بِيَدِي فَجِئْتُ لِأَكْسُو كَهَا، فَأَخَذَهَا النَّبِيُّ ﷺ مُخْتَاَجًا إِلَيْهَا، فَخَرَجَ إِلَيْنَا وَإِنَّمَا إِزَارُهُ، فَحَسَنَّا فُلَانًا. فَقَالَ: أَكْسَيْنِيهَا، مَا أَحْسَنَهَا، قَالَ الْقَوْمُ: مَا أَحْسَنَتْ، لَيْسَهَا النَّبِيُّ ﷺ مُخْتَاَجًا إِلَيْهَا، ثُمَّ سَأَلْتُهُ، وَعَلِمْتُ أَنَّهُ لَا يَزِدُّ، قَالَ: إِنِّي وَاللَّهِ، مَا سَأَلْتُهُ لِأَلْبَسَهُ، إِنَّمَا سَأَلْتُهُ لِتَكُونَ كَفَيْي، قَالَ سَهْلٌ: فَكَانَتْ كَفْنَهُ»⁽³⁾. وجه الاستدلال: أَنَّ هذه البردة وَهَبَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ثُمَّ هُوَ وَهَبَهَا إِلَى رَجُلٍ آخَرَ⁽⁴⁾.

من الإجماع: أجمع أهل العلم على جواز الهبة، وذلك على أَنَّ الرجل إذا وهب لرجل داراً، أو أرضاً، أو عبداً على غير عوض بطيب من النفس المعطي، وقبل الموهوب له ذلك، وقبضه بدفع من الواهب ذلك إليه وأجازته؛ أَنَّ الهبة تامة⁽⁵⁾.

ج - الحكمة من مشروعية الهبة: شُرعت الهبة لما فيها من تأليف القلوب، وتوثيق المحبة بين الناس، خاصة إذا كانت على قريب، أو جار، أو ذي عداوة، فقد تحصل الخصومات، ويقع التنافر، وتنقطع صلة الأرحام، فشرع الله الهبة والهدية لتصفية القلوب، وإزالة كل ما يسبب الفرقة بين الناس، ويطهر النفوس من رذيلة البخل والشح والطمع، وتحصيل الأجر والثواب لمن فعلها ابتغاء وجه الله تعالى.

د - أركان الهبة :

- 1- الواهب: يكون أهلاً للتبرع، وهو من كان رشيداً طائعاً، فمن أكره على الهبة، فلا تصح هبته، ولا تصح ممن ليس أهلاً للتبرع، وهو الصبي، المجنون، السكران، والمحجور عليه.
- 2- الموهوب: أن يكون مملوكاً للواهب، منتفعاً به شرعاً، فلا يجوز هبة الغاصب ما اغتصبه ولا تجوز هبة الخمر، ولا الميتة والدم لأنه لا تجوز تملكها، ولا الانتفاع بها شرعاً⁽⁶⁾.
- 3- الموهوب له: وهو ما كان أهلاً للتملك، سواء كان موجوداً كفلان، أو سيوجد، كالمساجد والمستشفيات، وتجوز الهبة لغير المسلم.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج1، ص803.

(2) عبد العزيز بن عبد الله العمار، المصالح المرسله وأثرها في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص497.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب من استعد الكفن في زمن النبي ﷺ، فلم ينكر عليه، رقم الحديث (1277)، 994/1.

(4) عبد الله بن عمر بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، مرجع سابق، ص210.

(5) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص3260.

(6) الصادق عبدالرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص254.

4- الصيغة: هي الإيجاب والقبول الدالة على التملك بغير عوض⁽¹⁾.

هـ - أثر المصلحة المرسلّة في الهبة: تختلف الهبات بين الناس لكل طريقته في ذلك، إلا أنّ أثرها كبير لما فيها من رفع للحرج ودفع للضرر، وهذا لمراعاة مصلحة الفرد، ومن بين هذه الهبات هناك هبات عضوية أباحها الشرع مراعاة بصالح العباد والحاجة إليها.

فإنّ نقل عضو من جسم الإنسان حيّ وزرعه في جسم إنسان آخر أو حتى من إنسان ميّت إلى حيّ، مضطر إليه وهذا لإنقاذ حياته أو استعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية، هو عمل لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه، كما أنّ فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه، فإنّ إنقاذ هذه النفس، هو هدف مشروع ومصلحة مقررة شرعاً، ومعتد بها، فضلاً عن أن رعاية مصلحة الحي في امتداد حياته، أولى من رعاية مصلحة الميّت في عدم المساس بجسمه⁽²⁾.

ثانياً- المصلحة المرسلّة والوصية:

أ - تعريف الوصية لغةً: يُقال: وصّى من الوصاية. والوصية: ما أوصيت به، وسُمّيت وصية لاتصالها بأمر الميّت⁽³⁾، واصطلاحاً: تعددت التعاريف للوصية ومن بينها: أنها عقد يوجب على عاقده حقاً في ثلث ماله، يلزمه بموته أو نيابة عنه بعده⁽⁴⁾.

ب - مشروعية الوصية: من الكتاب: قال تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ﴾ [النساء: 11].

وجه الاستدلال: أنّ الله سبحانه وتعالى قرن الوصية بالذّين الواجب الأداء فدلّ هذا على جوازها بالمعنى الأعم، وقُدّمت الوصية على الذّين للاهتمام بشأنها، لكونها أفضل أو لأنها حظ الفقير غالباً⁽⁵⁾. من السنة: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال: «ما حق امرئ مسلم يبیت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلاّ ووصيته مكتوبة عند رأسه»⁽⁶⁾.

وجه الاستدلال: ليس من الحزم والرأي السديد أن يمر على الإنسان زمن يملك فيه مالاً يوصي به ولا يكتب وصيته فليس المراد خصوص الليلتين بل حتّى على المبادرة بكتابة الوصيتين⁽⁷⁾.

الإجماع: أنّ الأمة من عهد النبيّ ﷺ إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد، فيكون هذا إجماعاً من الأمة على مشروعية الوصية⁽⁸⁾.

ج - الحكمة من مشروعية الوصية: اقتضت حكمة الله تعالى في تشريعها مراعاة مصالح العباد، فلم يشرع شيئاً إلا وفيه جلب مصلحة لهم، أو دفع مفسدة، ومن ذلك شُرعت الوصية، لحكمٍ جلييلة، ومقاصد سامية، وأهداف نبيلة

(1) وهذا ما قضت به المحكمة العليا بقولها " إنّ مقتضى نصّي المادتين 477 و 377 من القانون المدني أن عقد الهبة هو عقد شكلي لا يتم بمجرد توافق إرادتي الواهب والموهوب له وإنما يجب أن يتم ذلك في ورقة رسمية ، والورقة الرسمية هي التي يقوم موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة بتحريرها بعد أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضاهما سواء كان ما وثقه قد تم على يديه أم تلقاه من ذوي الشأن من أقوال وبيانات وتقريرات في شأن التصرف القانوني الذي تشهد به الورقة أي ما وقع تحت سمعه وذلك في حدود سلطته واختصاصه ثم يوقع هذه الورقة بإمضائه ، أما مجرد التصديق على الورقة العرفية فلا يجعل منها ورقة رسمية ويقتصر أثره على إثبات صحة التوقيع عليها وحصوله في تاريخ معين بحيث لا يجوز إثبات عكس ذلك إلا بطريق الطعن بالتزوير دون أن يبطال هذا التصديق مضمون الورقة " طعن مدني رقم 279 / 46 ، بتاريخ 2004/01/14م .

(2) عبد العزيز بن عبد الله بن العمار، المصالح المرسلّة وأثرها في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص519.

(3) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج15، ص394.

(4) الصادق عبدالرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص685 .

(5) عبد العزيز بن عبد الله العمار، المصلحة المرسلّة وأثرها في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص528.

(6) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج3، ص278.

(7) عبد العزيز بن عبد الله العمار، المصلحة المرسلّة وأثرها في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص529.

(8) المرجع نفسه، ص528.

تجمع بين مصالح العباد في الدنيا ورجاء الثواب في الآخرة، وكما أنه لطف الله بعباده أن أباح لهم من أموالهم عند خروجهم من الدنيا ما يتزودون منها لآخرتهم⁽¹⁾.

د - أركان الوصية:

1- الموصي: وشرطه أن يكون حرًا مميّزًا ، مالكًا لما يوصي به، فلا تصح وصية العبد لأنّ ماله لسيّده، ولأنّ المجنون والصبيّ الذي لا يميّز، مسلوب العبارة، وفاقد لأهلية التصرف لعدم التكليف.

2- الموصى له: أن يكون ممن يصحّ تملكه لما أوصى له به، وهي تصحّ لكل من يتصوّر له الملك.

3- الموصى به: وتصح الوصية لكل مقصود يقبل النقل، ولا يشترط كونه موجودًا أو عينًا، بل تصحّ الوصية بالحمل وبثمرة الشجر والمنفعة، ولا كونه معلومًا أو مقدورًا عليه، وكما أنها لا تصحّ بما لا يجوز تملكه كالخمر.

4- الصيغة: وتكون بلفظ يدل على الإيضاء صراحة، ك أوصيتُ، أو بأي لفظ تفهم من إرادة الوصية، ك أعطوا الشيء لفلان بعد موتي، ويكون الإيجاب أيضًا بالكتابة أو الإشارة المفهمة ولو لقادر على النطق⁽²⁾.

هـ - أثر المصلحة المرسله على الوصية

الوصية الواجبة هيلست وصية كما أنها ليست ميراثًا على الحقيقة، ولكنها أشياء من الميراث مع بعض خصائص الوصية تجمّعت فخرج منها ما يُسمّى في عرف القانون الوصية الواجبة.

اتخذت الوصية الواجبة صفة الوجوب لكونها تنفذ قضائيًا لا دينيًا، أي أنّ القاضي هو الذي يوجبه في مال المتوفي للفتات التي نصّ القانون على إعطائهم هذه الوصية سواء أوصى لهم الميت أم لم يوص، سواءً رضي الورثة أو لم يرضوا⁽³⁾.

شُرّع هذا النوع من الوصية لصنف معيّن من الأقارب حُرّموا من الميراث لوجود من يحجهم عن ذلك، وهذا لتفادي تلك الحالة التي كثرت منها الشكوى، وهي حالة الأحفاد الذين يموت أبوهم أو أمهم في حياة الجدّ والجدّة، وهو ما ينتج عنها الحاجة والضعف الذي يصيب هذه الفئة من الأبناء (الذين يتوفي والدهم قبل أبيه)، وهذا ما دفع القانون إلى تشريع الوصية الواجبة⁽⁴⁾.

وهذا ما نصّت عليه المادة 37 من القانون رقم 7 لسنة 1423 ميلادية 1993 بشأن أحكام الوصية بقولها " من توفي له أبناء ابن مات أبوهم قبله أو معه وجبت في ماله لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزل واحداً كان أو أكثر وصية بمقدار ما كان يرثه أبوهم عن أصله المتوفي على فرض حياته إذا كان لا يزيد عن ثلث التركة. فإن زاد لا يدفع لهم إلا الثلث وصية واجبة "

وتنص المادة 40 من القانون نفسه على أن: " الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة "⁽⁵⁾.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج10، ص7443.

(2) الصادق عبدالرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص692.

(3) عبد العزيز بن عبد الله العمار، المصالح المرسله وأثرها في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص534.

(4) الصادق عبدالرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص689.

(5) وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بقولها: "إنّ المستفاد من نص المادتين 37 و39 من القانون رقم 7 لسنة 1423 ميلادية بشأن أحكام الوصية أنه من توفي وله أولاد ابن وإن نزل غير وارثين له توفي أبوهم قبله أو معه ولم يوص لهم بمثل ما كان يستحقه أبوهم ميراثًا وجبت لهم وصية في تركته بقدر ما كان يستحقه الابن بما لا يزيد على الثلث إلا إذا أعطاهم جدهم في حياته ما يساوي نصيبهم فيما يستحقونه بالوصية الواجبة فإن نقص ما أوصى لهم به استوفوا ما نقص. ولما كان الطاعنون لا يباذرون في أن مورثهم هو جد للمطعون ضدهم لأبيهم وأنهم غير وارثين لهم وقد توفي أبوهم قبله ولم يوص لهم جدهم المذكور أو يعط لهم حال حياته قدر ما يستحقون من مورثهم في التركة فإن الحكم المطعون فيه وقد انتهى إلى تأييد حكم محكمة أول درجة القاضي باستحقاقهم في تركة جدهم بما لا يزيد على الثلث وصية واجبة تنفيذ الأحكام القانون رقم 7 لسنة 1423 ميلادية فإنه يكون قد طبق صحيح القانون " طعن شرعي رقم 50 / 28 ، بتاريخ 2004/01/29م .

الخاتمة

يتبين لنا من خلال هذه الدراسة أن الشريعة الإسلامية جاءت من أجل تحقيق مصالح العباد في العاجل والأجل، والحال والمآل، بجلب المنافع وتقريب المصالح، ودرء المفاسد ودفع القبائح، حيث إن في أصولها وكلياتها وجزئياتها، مقاصد شرعية عظيمة أنيط الحكم به، فما من حكم شرعي إلا وله غاية ومصصلحة، وما من واقعة إلا ولها حكم يناسبها، ولقد استجدت مسائل كثيرة لم يرد فيها نص خاص يُظهر حكمها الشرعي، ولذلك فإن الوصول إلى الأحكام المناسبة يكون من خلال الرجوع إلى المصادر الاجتهادية التبعية، ومنها المصالح المرسله، والتي يرجع إليها في بيان الأحكام والقوانين للوقائع المستجدة في العصر الحالي.

أولاً - النتائج:

- 1- أنّ الشريعة الإسلامية جاءت لحماية مصالح العباد ورفع الحرج عنهم .
- 2- أن المصلحة المرسله هي كل واقعة لم يأت نص شرعي يدل على اعتبارها أو إلغائها، ولم يوجد لها نظير تقاس عليه ويترتب عليها منفعة للناس والأحكام التي تراعى فيها هي كل ما يتعلق بشؤون الدنيا .
- 4- الأخذ بالمصلحة المرسله لا بد له من أسباب تقدّم ذكرها، وإذا توافرت أسباب الأخذ بالمصلحة المرسله فإن الأخذ بها مقيد بشروط وضعها العلماء .
- 5- تبرز أهمية المصلحة المرسله حيث إنه يمكن بواسطتها إحداث التشريعات والقوانين اللازمة لكل ما يستجد من وقائع وما تقتضيه ظروف الحياة المعيشية .
- 6- إنّ المصلحة المرسله لها اعتبار في الأحكام معقولة المعنى كالمعاملات، أما العبادات فلا اعتبار للمصلحة المرسله فيها بعكس المعاملات، وأن تكون المصلحة معقولة في ذاتها بحيث لو عُرضت على العقل تلقاها بالقبول.
- 7- بالمصالح المرسله تُبيت العديد من حاجات الناس خاصة في جانب العقود والمعاملات المالية خاصة المتداولة في السوق.
- 8- ترخيص وإباحة العديد من الأحكام المتعلقة بجانب المعاملات المالية لما فيها من حاجة الفرد والمجتمع.

ثانياً - التّوصيات:

- 1- اعتبار المصلحة كدليل شرعي في المستجدات والنوازل، واعتمادها كحل لكثير من المسائل التي تشكل على كثير من الباحثين، حتى لا يؤدي بهم ذلك إلى رفض الجديد، والحكم عليه بالمنع أو التحريم، بحجة عدم ورود النص الشرعي، مع أن الدليل متوفر في اعتبار الشريعة الإسلامية للمصلحة المرسله بضوابطها وشروطها
- 2- الإقبال على المستجدات بالبحث والدراسة، وعدم الجمود على القديم، مع التأكيد على اعتبار ضوابط الأخذ بالجديد.
- 3- ضرورة النظر إلى كل زمان ومكان على حدة، فما ناسب زمناً معيناً قد لا يناسب آخر، وليس لكل من هبّ ودبّ أن يتخذ المصلحة المرسله كدليل شرعي، ويحكم على الأشياء من منظور ضيق أو يعتمد على هوى نفس أو مصلحة حزبية أو وطنية دون مراعاة الشروط الواجب توافرها للأخذ بالمصلحة المرسله
- 4- الدعوة إلى تشكيل مجمع فقهي من العلماء العدول الذين يتجردون لله من العالم الإسلامي بصفة عامة وفي الدولة الليبية بصفة خاصة، لكي يحكموا على كل المستجدات والنوازل والحوادث، للحد من فوضى الفتاوى عند من ينتسبون إلى العلم زوراً وهتافاً .

- 1- العمل على تكاتف الجهود المتمثلة في عقد الندوات والمؤتمرات العلمية المتعلقة بتشريع اللوائح والقوانين في الأمور المستجدة في الحياة اليومية والأخذ بمبدأ المصلحة المرسله في التشريع وذلك بما يتوافق مع الشرع الحكيم.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً – مراجع الفقه الإسلامي:

- القرآن الكريم برواية قالون عن نافع المدني
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الأفرقي ، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة ، 1414 هـ .
- أبوداود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط-محمّد كامل قرههليلي.
- أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار المغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1996 م .
- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، الخراج، المكتبة الأزهرية للتراث ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422 هـ
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني أبوبكر البيهقي، السنن الكبرى ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م .
- جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق : حميد بن محمد أحمد، دار المغرب الإسلامي ، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، 1430 هـ - 2009 م .
- سعد بن تركي الخثلان، فقه المعاملات المالية، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005 م .
- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي ، الاعتصام ، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة: الأولى، 1412 هـ - 1992 م .
- الصادق عبدالرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مكتبة الشعب ، ليبيا ، الطبعة الثالثة ، 2005.
- عبدالرحمن إبراهيم زيد الكيلاني ، تطبيقات معاصرة للمصلحة المرسلّة في المجال الأسري ، مجلة الشريعة والقانون ، جامعة مؤتة ، المملكة الأردنية ، العدد السابع والعشرون ، جمادى الثانية 1427 هـ يوليو 2006
- عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصلحة المرسلّة وأثرها في المعاملات المالية، دار كنوز اشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى، 2010 .
- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1424 هـ-2003 م.
- عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، دار كنوز اشبيليا ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1434 هـ ، 2013 م .
- الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، المستصفي في علم الأصول، تحقيق : محمد عبدالسلام عبدالشافي، دار الكتب العلمية، بيروت 1983 م .

- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1406هـ ، 1986م .
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، دار السلام، بروناوي.
- محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين مع كتاب التعليقات في التلخيص الذهبي، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ-1990م.
- محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 1998.
- أحمد علي الصابوني، الفقه الشرعي الميسر في ضوء الكتاب والسنة، دار العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، 1433هـ-2012م.
- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- مصطفى أحمد الزرقا ، الاستصلاح والمصالح المرسله في الشريعة الإسلامية وأصول فقہها، دار القلم، دمشق، ط 1988.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية .
- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، دمشق ، الطبعة الأولى ، 1423هـ ، 2002م .
- يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مطبعة المدني، القاهرة، 1998م.

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

- عبدالغني عمرو الرويمض، علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، الطبعة الثانية، 2010 .
- القانون رقم (11) لسنة 1984م بشأن المرور على الطرق العامة .
- القانون رقم (12) لسنة 1378و.ر/ 2010 مسيحي بإصدار قانون علاقات العمل .
- القانون رقم 7 لسنة 1423 ميلادية 1993 بشأن أحكام الوصية .
- مبادئ المحكمة العليا ، وزارة العدل ، الإصدار الأول .

ثالثاً – مراجع الكترونية:

- موقع مجمع الفقه الإسلامي: www.fiqhacademy.org.sa.
- موقع ليبيا الجديدة [/http://libyaaljadidah.com](http://libyaaljadidah.com)

دلالة النص على مصدر التشريع "مشروع الدستور الليبي نموذجاً"

The significance of the text on the source of legislation - the Libyan draft constitution as an example

د. محمود محمد علي اغنيّه

أستاذ مساعد بقسم الشريعة الإسلامية - كلية القانون

جامعة بني وليد- (ليبيا)

Agniahagniah35@gmail.com

الملخص:

تناولت هذه الدراسة ما يتعلق بتعريف التشريع لغة وشرعا وقانونا، وبيان الحكم الشرعي في استعمال مصطلح التشريع ومشتقاته عند أهل القانون، وكذلك بيان الأثر المترتب على اختيار صياغة معينة لتطبيق الشريعة في الدستور، ثم تسليط الضوء على مشروع الدستور الليبي، والصياغة التي اختارها وهل أدت هدفها؟ وقد خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات من أهمها: أن التشريع حق خالص لله تعالى لا يشاركه فيه أحد، فهذا ينبغي ضبط المصطلحات والابتعاد عن الموهم منها، وأن الصياغة التي اختارها الهيئة التأسيسية لمشروع الدستور تُعدّ توجها واضحا نحو تطبيق الشريعة الإسلامية، وحتى تؤدي الهدف المنشود ينبغي أن تكون متنسقة مع باقي مواد الدستور، ولذا لا بد من وجود رقابة سابقة على إصدار القوانين، وذلك بإسناد هذه القوانين إلى هيئة شرعية متخصصة تنظر في مدى التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية .
الكلمات المفتاحية: التشريع – مشروع الدستور – الشريعة الإسلامية .

Abstract:

This study deals with the definition of legislation in language, Sharia and law, and the Shari'a ruling on the use of the term legislation and its derivatives among the people of law, as well as explaining the effect of choosing a specific formulation for the application of Sharia in the constitution, then shedding light on the Libyan draft constitution, and the wording that he chose and whether it fulfilled its goal ?

This study concluded with a set of conclusions and recommendations, the most important of which are: Legislation is a pure right for God Almighty and no one can share in it. Therefore, terminology should be controlled and avoided from illusions, and that the wording chosen by the founding body of the draft constitution is a clear direction towards the application of Islamic law, and in order to lead The desired goal should be consistent with the rest of the articles of the constitution, and therefore there must be prior control over the issuance of laws, by assigning these

laws to a specialized Sharia body that examines the extent of its commitment to the provisions of Islamic Sharia.

Keywords: legislation - Draft Constitution - Islamic Sharia

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فإن من مقتضيات شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله التحاكم إلى شريعة الله التي أنزلها الله على نبيه محمد - ﷺ - حيث قال تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ سورة النساء، الآية 65، فالسعادة البشرية تكمن في تطبيق شريعة رب البرية، فهي أحسن الأحكام، وبها يحصل الوئام ﴿ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾. سورة المائدة، الآية 50 ولما كانت كل أمة تستمد نظامها من عاداتها وتقاليدها كان من الطبيعي أن تكون الدول الإسلامية محكومة بشريعة الإسلام؛ لأن عاداتها كذلك، وهذا ما حدا بكثير من هذه الدول في العصر الحديث على إيراد نص يحدد هوية الدولة ومصدر تشريعاتها، والناظر في نصوص دساتير الدول الإسلامية يجدها تنص على ذلك، فدين الدولة الإسلام؛ ولكن الخلاف يكمن في مسألة مصادر التشريع، ولاسيما في الآونة الأخيرة بعد أحداث ما يعرف بالربيع العربي، حيث تعالت الأصوات بضرورة تطبيق الشريعة في شتى مناحي الحياة، فحصل الاختلاف بين القائمين على إعداد الدساتير الحديثة بين من يتمسك بأن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع أو هي المصدر الرئيس أو الوحيد إلى غير ذلك من الصياغات المختلفة التي يتمسك بها كل طرف ويحشد لها الأدلة، ولأن واقعنا الليبي يعيش في ظل هذه الظروف ويمر بهذه التحديات لاسيما مع صدور مشروع الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور ومحاولة طرحه للاستفتاء؛ فإن من أبرز ما يثار هو ما جاء في المادة السادسة منه التي تتعلق بمصدر التشريع. فهل ثمة أثر على الصعيد العملي في ترجيح صياغة على أخرى؟

جواب هذا السؤال هو ما سيكون عنوان مشاركتنا - بإذن الله - في المحور الأول من محاور المؤتمر الدولي لكلية القانون بجامعة المرقب والموسومة بـ " دلالة النص على مصدر التشريع - مشروع الدستور الليبي نموذجاً - ". وسأعتمد في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي والمقارن، وذلك من خلال استعراض جملة من الدساتير الإسلامية التي تنص على تطبيق الشريعة الإسلامية والمقارنة بينها، وبيان أثر ذلك على الواقع العملي في مدى الالتزام بتطبيق الشريعة الإسلامية .

وتتألف هذه المشاركة من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة تحتوي على أبرز النتائج وجملة من التوصيات، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية التشريع . وفيه تعريف التشريع لغة واصطلاحاً، والفرق بين المعنى الشرعي والقانوني للتشريع، وحكم استعمال مصطلح التشريع ومشتقاته .

المبحث الثاني: دلالة الصياغة على مصدر التشريع. وفيه بيان أوجه الفرق بين الصياغات المختلفة لكون الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع وبيان أرجحها، وهل ثمة ثمرة لهذا الاختلاف؟

المبحث الثالث: أثر الصياغة المقترحة للتشريع في الدستور الليبي على التقنين. وفيه بيان أثر الصياغة المقترحة والتعارض بينها وبين ما تقتضيه هذه الصياغة، من خلال مبدأ الشرعية الجنائية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ".

المبحث الأول ماهية التشريع

أولاً- التشريع في اللغة:

التشريع : مصدر شرعَ بالتشديد، وهي مبالغة في شرع. قال ابن فارس: "الشين والراء والعين أصل واحد، وهو شيء يفتح في امتداد يكون فيه. من ذلك الشريعة، وهو مورد الشاربية الماء."⁽¹⁾

والتشريع: سنّ الشريعة، وأصل الشريعة: مورد الماء الذي يقصد للشرب، ثم استعملتها العرب في الطريقة المستقيمة.⁽²⁾ ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾. سورة الجاثية، الآية 18

قال الراغب الأصفهاني: "و الشرع: نهج الطريق الواضح، يقال: شرعت له طريقا، ثم جعل الشرع اسما للطريق النهج، ف قيل له: شَرَعٌ وَشَرَعٌ وَشَرِيعةٌ".⁽³⁾

وفي القاموس : " الشريعة : ما شرع الله تعالى لعباده، والظاهر المستقيم من المذاهب "⁽⁴⁾.

وقال الفيومي: " الشريعة بالكسر الدين، والشرع والشريعة مثله مأخوذ من الشريعة، وهي مورد الناس للاستقاء، سميت بذلك لوضوحها وظهورها وجمعها شرائع، وشرع الله لنا كذا يشرعه أظهره وأوضحه."⁽⁵⁾

ثانيا- التشريع في الاصطلاح:

ينقسم مصطلح التشريع بحسب ما يتداول اليوم إلى قسمين:

أ- المعنى الشرعي (الفقهي) للتشريع:

لم يتناول الفقهاء الأوائل مصطلح التشريع بالتعريف؛ لكنه لا يخرج عن تعريف الحكم الشرعي، يقول الزحيلي: " التشريع اصطلاحا لم يعرفه الفقهاء، وإنما عرفوا مضمونه ومحتواه، وهو الحكم الشرعي، فعرفه علماء الأصول بأنه: خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء، أو تخييرا، أو وضعاً، يجعله مرتبطاً بغيره كالسبب والشرط والمانع"⁽⁶⁾.

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: " التشريع في الاصطلاح: خطاب الله المتعلق بالعباد طلباً أو تخييراً أو وضعاً."⁽⁷⁾

ب- المعنى القانوني للتشريع :

" سن القواعد القانونية بواسطة السلطة المختصة "⁽⁸⁾.

(1) مقاييس اللغة، باب الشين والراء وما يتلثهما، مادة "شرع"، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، راجعه وعلق عليه: أنس محمد الشامي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1429هـ، 2008م. ص(457).

(2) ينظر: لسان العرب، مادة (شرع)، محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 2000م، ج8، ص178. وكذلك ينظر: تاج العروس شرح القاموس، مادة (شرع)، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية سنة 1306هـ، من منشورات دار مكتبة الحياة، ج5، ص394.

(3) مفردات ألفاظ القرآن، الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، مادة " شرع " تحقيق: صفوان عدنان داودي، دار القلم دمشق، والدار الشامية بيروت، ط1، 1421هـ، ص(450).

(4) القاموس المحيط، مادة " شرع "، مجد الدين محمد بن يعقوب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، بيروت- لبنان، ط6، 1419هـ-1998م، ص(854).

(5) المصباح المنير، مادة (شرع)، أحمد بن محمد الفيومي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1424هـ، 2003م.

(6) الإعجاز القرآني في التشريع الإسلامي، محمد الزحيلي، دار ابن كثير، بيروت، ط1، 1436هـ، ج1، ص28.

(7) الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ط2، 1404هـ، ج1، ص17.

(8) مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، عبد الناصر توفيق العطار، دار الفضيلة للطباعة مصر، ص185.

" مجموعة القواعد القانونية العامة المجردة التي تصدر مما يعرف بالسلطة التشريعية أو إحدى سلطات الدولة ، لتنظيم أمر من الأمور " (1).

ثالثا- حكم استعمال مصطلح التشريع ومشتقاته:

يستعمل أهل القانون كلمة التشريع بكثرة، فعندما يتحدثون عن الجهة التي تتولى سن القوانين يسمونها (بالسلطة التشريعية)، ويعبرون عن إصدار القانون بأنه (المشرع) سواء كانت هذه التشريعات موافقة للشريعة الإسلامية أو مخالفة. فهل هذه الاصطلاحات سائغة دون نكير؟!

ذهب أكثر أهل العلم⁽²⁾ إلى عدم جواز إطلاق مصطلح التشريع وما يشتق منه إلا على من له حق التشريع وهو الله - ﷻ - وقد يطلقه بعضهم على النبي - ﷺ - بوصفه مبلغا عن الله - ﷻ - وأن الله لا يقدر على اجتهاد يخالف الشرع، وبالتالي هم لا يجوزون إطلاق وصف المشرع على واضعي القوانين؛ لأن التشريع حق خالص لله تعالى قصره على نفسه فلا يتعداه إلى غيره كائنا من كان، ولا يجوز تسمية غيره بالمشرع، وإقرار تشريع لسلطة بشرية في فرد أو جماعة شرك بالله قال تعالى: ﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَفُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾. سورة الشورى، الآية، 21.

قال الشنقيطي: " فقد سعى تعالى الذين يُشْرَعُونَ من الدين ما لم يأذن به الله شركاء " (3).

وقال الزحيلي: " فالتشريع هو إصدار الأحكام وإنشاؤها وبيانها للناس للعمل بها . وهو في الأصل حق خالص لله تعالى ؛ لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَفْصُلُ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ ﴾ سورة الأنعام، الآية (57) وليس لأحد أن يشرع حقيقة فيما يتعلق بحقوق الله والعباد؛ لأن الله تعالى خلق الإنسان، وشرع له الأحكام التي يسير عليها لحاجته إليها قال تعالى: ﴿ أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ ﴾ سورة الأعراف، الآية (54) " (4).

وذهب الشيخ عبد الوهاب خَلاف إلى التفريق بين معنيين فقال: " تطلق كلمة التشريع ويراد بها أحد معنيين: أحدهما: إيجاد شرع مبتدأ ، وثانيتها: بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة . فالتشريع بالمعنى الأول في الإسلام ليس إلا لله، فهو سبحانه ابتدأ شرعا بما أنزله في قرآنه ، وما أقر عليه رسوله، وما نصبه من دلائله، وبهذا المعنى لا تشريع إلا لله.

وأما التشريع بالمعنى الثاني وهو بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة ، فهذا هو الذي تولاه بعد رسول الله خلفاؤه من علماء صحابته، ثم خلفاؤهم من فقهاء التابعين وتابعيهم من الأئمة المجتهدين ، فهؤلاء لم يشرعوا أحكاما مبتدأة، وإنما استمدوا الأحكام من نصوص القرآن أو السنة وما نصبه الشارع من الأدلة وما قرره من القواعد العامة ؛ فمن استنبط منهم حكما بواسطة القياس مثلا فهو لم يشرع حكما مبتدأ ، وإنما اجتهد في تعرف علة الحكم المنصوص عليه وعدى الحكم من موضع النص إلى موضع اشترك معه في الوصف الذي هو مناط الحكم، وهو العلة، فهو اجتهاد استبان له أن النص يشمل موضعين: الموضع الظاهر فيه، والموضع الذي يشترك معه في علة الحكم " (5).

ورغم وجهة ما ذهب إليه الشيخ عبد الوهاب خلاف إلا أنه يحسن الابتعاد عن هذه الاستعمالات والاستغناء عنها بألفاظ أخرى بعيدة عن الإيهام؛ فنستخدم التنظيم أو التقنين عوضا عن التشريع، وبالأخص لو

(1) الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين ، محمود محمد علي صبرة، ص11.

(2) ينظر: موسوعة الفقه الإسلامي، وزارة الأوقاف بجمهورية مصر العربية، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة ، ط1418هـ ، ج1، ص16-17. وينظر كذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج1، ص17.

(3) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، للشيخ محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط1، 1417هـ، ج4، ص422.

(4) الإعجاز القرآني في التشريع الإسلامي، محمد الزحيلي، (28/1).

(5) السلطات الثلاث في الإسلام - التشريع، القضاء، التنفيذ، عبد الوهاب خلاف، دار القلم: الكويت، ط2، 1405هـ، ص80-82.

وجدت نصوص قانونية مخالفة للشريعة الإسلامية ، فحينئذ لا يسوغ بحال أن نسمي ذلك تشريعاً أو أن نصف من أصدره بالمشرع.

المبحث الثاني

دلالة الصياغة على مصدر التشريع

تتنوع دساتير الدول الإسلامية في صياغتها من حيث مكانة الشريعة الإسلامية بين مصادر التشريع، وكثيراً ما يحدث النزاع بين أعضاء لجنة إعداد الدستور في تحديد الصياغة المختارة لتوظيف الشريعة الإسلامية، فهل تكون مصدراً من مصادر التشريع، أو مصدراً رئيساً أو وحيداً، ولكل فريق في تفضيل بعضها على بعض حجج وأسانيد، ومن أبرز الصياغات المعمول بها في الدول الإسلامية ما يلي:

أولاً- الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع:

وهذه الصياغة تعني أن الشريعة الإسلامية تُعدّ من جملة المصادر التي يُرجع إليها، إلا أنه قد توجد مصادر أخرى أبرز وأهم من الشريعة. وهذه الصياغة التي يُروّج لها في البلاد الإسلامية يتمسك بها من تأثروا بالأفكار العلمانية، وهي في الحقيقة لا تتضمن أية إضافة، بل هو تقرير لأمر واقع، ومحاولة لاسترضاء الإسلاميين. وكما يقولون هولدر الرماد في العيون ليس إلا، كما لا يترتب عليها أية آثار من الناحية القانونية؛ لأن هذه المكانة ثابتة للشريعة الإسلامية أصلاً دون الحاجة إلى نص يشير إليها.⁽¹⁾

ثانياً- الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع:

وقد تبني هذه الصياغة وإن لم تكن بحرفية اللفظ إلا أنها تؤدي المعنى نفسه الدستور اليمني لعام 1991م بقوله في المادة الثالثة: (الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات).⁽²⁾ وكذلك دستور المملكة السعودية 1992م في المادة الأولى: (المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ...).⁽³⁾

وكذلك مشروع الدستور الليبي 2017م ففي المادة السادسة: (الإسلام دين الدولة والشريعة الإسلامية مصدر التشريع).⁽⁴⁾

ويقصد بالشريعة الإسلامية مصدراً وحيداً للتشريع يعني أنها المصدر الأول والأخير، ولا يتساوى معها أي مصدر من أي نوع كان؛ لأنها من عند الله الذي خلق البشر وهو يعلم ما يصلح أحوالهم، قال تعالى: ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾ سورة الملك، الآية (14) وقال تعالى: ﴿ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾. سورة المائدة، الآية 50

ووفقاً لذلك ينبغي أن تكون الشريعة الإسلامية وحدها مصدر التشريع، وألا يكون مصدر آخر ندّاً أو مساوياً لها، فهذه الصيغة تقتضي أن الشريعة هي المصدر الوحيد الذي يجب أن يستقي منه المشرع أحكامه، فالشريعة الإسلامية بمصادرها الرحبة والمتعددة صالحة لجميع شؤون الحياة في كل زمان ومكان.⁽⁵⁾

(1) ينظر: دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، عوض محمد، دار المطبوعات الجامعة: القاهرة، ص7. وينظر كذلك: التنظيم الدستوري لمكانة الشريعة الإسلامية في النظام القانوني، حيدر حسين علي الكريطي، كلية القانون- جامعة الكوفة، مجلة الأطروحة للعلوم الإنسانية المحكمة، العدد الخامس، سنة النشر 2017م، ص16.

(2) دستور اليمن الصادر سنة 1991، المادة (3) بموجب التعديل الدستوري الصادر عام 1994م.

(3) النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية سنة 1992م المادة (1).

(4) مشروع الدستور الليبي الصادر عن الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، مدينة البيضاء، 29- يوليو- 2017م، المادة (6).

(5) ينظر: الشرعية الإسلامية والشرعية الدستورية، إبراهيم دعيج الصباح، دار الشروق: القاهرة، 2000م، ص328-329. وينظر كذلك: دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني وأثره في تنظيم وعمل السلطة التشريعية، بسام صبحي شناق و محمد رفيق الشوبكي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 23، العدد الثاني، 2015 م، ص231.

ثالثا- الشريعة الإسلامية مصدر رئيس أو أساس للتشريع:

ومن أبرز الدساتير التي تبنت هذه الصياغة دستور الكويت الصادر في 1962 على أن: (دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع).⁽¹⁾

وينص دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر عام 1971م على أن (الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه).⁽²⁾

وفي دستور مملكة البحرين الصادر في 2002م على أن: (دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ولغتها الرسمية هي اللغة العربية).⁽³⁾

وجاء في دستور العراق النافذ لعام 2005م (الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع).⁽⁴⁾ وهذه الصياغة جاءت بالتنكير (مصدر رئيس أو أساس) وهي تدل على أن الشريعة تُعدّ من المصادر الرئيسية والأساسية التي يعتمد عليها في التشريعات إلا أنها متساوية مع غيرها من المصادر الأخرى حتى لو كانت مخالفة للشريعة، ولهذا تخلّت بعض الدول الإسلامية عن هذه الصياغة؛ لما تثيره من إشكالات واستغنت عنها بالتعريف، أو بيّنت المقصود من هذه الصياغة بصورة أوضح ترفع عنها هذا اللبس.⁽⁵⁾

رابعا- الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع:

وهذه الصياغة جاءت بالتعريف وهي تفيد أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس الذي يُستمد التشريع منها، ويمكن أيضا أن يستمد من غيرها إلا أن الشريعة مقدمة على غيرها من المصادر عند التعارض.

ومن أبرز تطبيقات هذه الصياغة دستور مصر لعام 1971م بعد تعديله عام 1980م: (الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع).⁽⁶⁾

وكذلك جاء الدستور المصري لسنة 2012م (الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع).⁽⁷⁾

وأیضا الإعلان الدستوري في ليبيا لعام 2011م: (ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع).⁽⁸⁾

وبالنظر إلى الدساتير التي جعلت من الشريعة الإسلامية مصدرا نجد أفضلها من جعل الشريعة مصدرا وحيدا؛ لأنه توجه صريح نحو تطبيق الشريعة دون موارد؛ يقول السنهوري: "أما جعل الشريعة الإسلامية هو الأساس الأول الذي ينبني عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات التي تختلج بها الصدور، وتنطوي عليها الجوانح ..."⁽⁹⁾.

(1) دستور الكويت الصادر عام 1962م، وأعيد العمل به عام 1992م، المادة (2).

(2) المادة (7) من الدستور الإماراتي لعام 1971م.

(3) دستور مملكة البحرين، الصادر عام 2002م، المادة (2).

(4) المادة (2) من دستور العراق لعام 2005م.

(5) ورد في حكم المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة ما يأتي: (وحيث إن المادة السابعة من دستور الاتحاد قد نصت على أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد قد نصت على أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه... ولا تثير عبارة النص أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع في دولة الإمارات ما أثير من خلاف فقهي حول تفسيرها في دول أخرى عما إذا كانت تلك العبارة تعني أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرسمي الوحيد للقانون فهي أسمى من التشريع أم أنها تعني وجود مصادر أخرى تقوم بجوارها فقد انحسم هذا الخلاف حينما أفصح المشرع عن إرادته وانصرافها إلى أن تكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي والرئيسي لكل ما يصدر عن سلطات الدولة من تشريعات بنصه في المادة الخامسة والسبعين من القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1973 في شأن المحكمة الاتحادية العليا على أن تطبق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية... وبمعنى آخر فإن المشرع قد اختار أن تكون شرعة الله هي المصدر الرئيسي لكل تشريع ومن أحسن من الله شرعة). حكم المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات، الصادر بتاريخ 1983/12/25. ينظر: التنظيم الدستوري لمكانة الشريعة الإسلامية في النظام القانوني، ص 17.

(6) المادة (2) من الدستور المصري لعام 1970.

(7) المادة الثانية من الدستور المصري لسنة 2012م.

(8) المادة (2) من الإعلان الدستوري في ليبيا الصادر عام 2011م.

(9) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي: بيروت لبنان، (د، ت) (48/1).

ولأن الواقع العملي في الدساتير التي تبنت الصياغات الأخرى أوجد نصوصاً قانونية مخالفة لأصول الشريعة وقواعدها؛ الأمر الذي يجعل من هذه الصياغات مُجرّد حبر على ورق. وعلى كل فإن الصياغة المختارة لا تحقق الغرض المنشود منها إلا أن تكون متسقة مع باقي مواد الدستور، فلا قيد عليها، ولا إقصاء لها بتقديم شيء عليها كما هو حاصل في مشروع الدستور الليبي.

المبحث الثالث

أثر الصياغة المقترحة للتشريع في مسودة الدستور الليبي على التقنين.

لقد أنهت الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الليبي عملها يوم السبت 6 ذي القعدة 1438هـ الموافق 29 يوليو 2017م، وتم اعتماد مشروع الدستور بعد التصويت عليه بأغلبية (43) صوت من (44) صوت بالجلسة العامة للهيئة التأسيسية رقم (74) المنعقدة بمقر الهيئة التأسيسية بمدينة البيضاء، وجاءت المادة السادسة فيما يتعلق بتطبيق الشريعة الإسلامية على النحو الآتي: (الإسلام دين الدولة والشريعة الإسلامية مصدر التشريع).⁽¹⁾

والمبادر للذهن لأول مرة - وكما تقدم - أن الهيئة التأسيسية قد جنحت إلى أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع، الأمر الذي حدا بالبعض إلى تهويل الأمور وإخراجها عن سياقها حتى وصفه بدستور تورا بورا⁽²⁾، أو دستور يكرّس للدولة الثيوقراطية (الدينية)، وأن الشعب الليبي إذا صوت على الدستور ب (نعم) سيكون ذلك وبالاً عليه وحسرة وندامة!.

وفي الحقيقة ينبغي أن لا نستعجل في الحكم، ولا نأخذ الأمور بالظاهر؛ لأن الناظر في الصياغات المختلفة في توظيف تطبيق الشريعة يدرك دون أدنى شك أن الصياغة التي اختارتها الهيئة التأسيسية تُعدّ توجهها واضحاً نحو تطبيق الشريعة الإسلامية وأنها مصدر التشريعات. لكنّ هذا النص على قوته ووجاهته قد يصطدم مع نص آخر أو يقيد، وهذا ما قد يغفل عنه بعض المناصرين لهذا الدستور.⁽³⁾ والأصل أن المواد الدستورية تحتل نفس المكانة ولا يعلو بعضها على بعض، ولكن إذا نظرنا إلى نص المادة السادسة فإنه لا ينسجم مع المادة الثانية والستين من مشروع الدستور التي تتكلم عن أصل البراءة والشريعة الجنائية والتي جاء فيها: (الأصل في الإنسان البراءة، والمتمم برئ حتى تثبت إدانته، وتصنف الجرائم إلى جنائيات وجنح ومخالفات، ولا جنائية ولا جنحة إلا بقانون، ولا عقوبة سالبة للحرية في المخالفات، ولا عقاب، إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون....)⁽⁴⁾.

وتعني هذه المادة أن أساس التجريم والعقاب هو التقنين لا الشريعة، فما لم يصدر بشأنه قانون يجرمه لا يعتبر جريمة وإن كانت الشريعة تجرمه، ولعل ما ظهر مؤخراً من مشروع قانون تجريم السحر والشعوذة خير دليل على ذلك، وكذلك الحال بالنسبة للعقوبة فلا يمكن للقاضي أن يحكم بعقوبة موجودة في الشريعة دون أن يتبناها

(1) مشروع الدستور الليبي الصادر عن الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، مدينة البيضاء، 29-يوليو-2017م، المادة (6).

(2) محاضرة للدكتور إبراهيم أبو خزام بعنوان: (خيارات القاعدة الدستورية للمرحلة التمهيدية) عبر اليوتيوب.

<https://www.youtube.com/watch?v=n-hXKNMwYo>

(3) يقول المستشار حامد الجمل عن الماد الثانية من الدستور المصري والتي تنص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع: (المادة الثانية لا يمكن تفسيرها وحدها بمعزل عن المواد الأخرى في الدستور...) ينظر: مخاوف الأقباط وهمية، حامد الجمل، مقال منشور على موقع مؤسسة الأهرام، بتاريخ 11-4-2011م،

وكذلك المستشار طارق البشري حيث قال: (فنحن عندما نفرس أي قانون ونستقرئ أحكامه لا ننظر إلى كل نص فيه على حدة ... وهذا ما يطلق عليه النصوص يفسر بعضها بعضاً). ينظر: تقنين الشريعة الإسلامية في مجلس الشعب؛ طارق البشري و إبراهيم بيومي، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2012م، ص34.

(4) إن إعطاء مبدأ الشرعية الجنائية هذه القيمة الدستورية جاء ليميز الدولة القانونية التي تلتزم به وذلك خلافاً للدولة البوليسية، فهذا المبدأ الدستوري الجنائي هو الذي يضمن احترام الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة الدولة. ينظر: القانون الجنائي الدستوري، أحمد فتحي سرور، دار الشروق مصر، ط4، 2006م، (32).

القانون وينص عليها، وهذا لا شك أنه تضارب كبير لا يجعل المادة السادسة تؤدي الغرض الذي وضعت له بالصورة الأكمل.

و عليه: فلا يمكن العمل بالمادة الثانية والستين على هذا الوضع خاصة مع وجود جملة من الأحكام الشرعية التي تتضمن التجريم والعقاب لعدد من الأفعال دون أن ينص عليها في القوانين، الأمر الذي يحتاج إلى العمل على استقرار النصوص الشرعية فيما يتعلق بالأفعال التي تشكل جريمة والعقوبات المقررة لها وتقنينها، مع الأخذ في الاعتبار أن مبدأ الشرعية الجنائية بالنسبة للحدود والقصاص والدية واضح المعالم، فجميع الأفعال التي تنتمي لطائفة جرائم الحدود والقصاص والدية قد تم النص على تجريمها والمعاقبة على ارتكابها في الكتاب والسنة، بخلاف التعازير، فالشريعة الإسلامية جعلت للحاكم سلطة تقديرية في العقوبات التي يوقعها على من تشكل أفعالهم جريمة، والتي قد تصل إلى القتل تعزيراً، وذلك بحسب المصلحة الشرعية المعتبرة.

وبذلك يمكن القول: إن هذا النوع – أي التعازير- قد التزم بجزء من ما جاء به مبدأ الشرعية الجزائية وهو " لا جريمة إلا بنص "... أما بالنسبة للجزء الآخر من المبدأ وهو " لا عقوبة إلا بنص " فقد توسع هذا النوع فيه بعدم تحديد العقوبة الخاصة بكل معصية . حيث تركت مسألة تقدير العقوبات الخاصة بالمعاصي لولي الأمر بداية أو للقاضي ناظر القضية نيابة عنه.⁽¹⁾

وهذا يحتم على الدولة إصدار القوانين في أكبر عدد من الجرائم التعزيرية، والتي يمكن أن تهدد المجتمع وتمس أمنه واستقراره بشكل مباشر.

ولكن قد يتدّرع بعض المناصرين لمشروع الدستور بأن المادة السادسة من الدستور لا تقييد لها كما تقدم ؛ بل على العكس من ذلك فثمة نص دستوري آخر يشدّ من أزرها، وهو ما يعرف بالرقابة اللاحقة على الدستور من الطعن بعدم دستورية القوانين المخالفة للشريعة الإسلامية كما جاء في نص المادة(141): (يجوز لكل ذي مصلحة اللجوء إلى المحكمة الدستورية للطعن بعدم الدستورية سواء بطريق مباشر أو بالدفع الجدي بعدم الدستورية في دعوى منظورة أمام المحاكم وفق ما ينظمه القانون).

ولذا؛ فلا يمكن إصدار أي قانون مخالف لأصول وثوابت الشريعة الإسلامية ، ويرد على هذا القول إن الرقابة على القوانين بالأحرى أن تكون سابقة لا لاحقة؛ ذلك أن النص على أن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع فيه تقييد للسلطة التي تضع القوانين؛ فلا يصدر إلا أن يكون موافقا للشريعة ؛ وهذا يحتاج إلى هيئة شرعية مختصة تمر القوانين من خلالها لتحكم بشرعيتها أو عدمه.

ثم إن الإشكال الأكبر يكمن – كما تقدم – في الأفعال التي تعد جريمة في الشريعة ولم ينص عليها في القانون، ولهذا فإن الصياغة المقترحة التي تتماشى مع المادة السادسة تكون على النحو التالي: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي أو نص قانوني)، وذلك حتى يتسنى التطبيق الفعلي للشريعة الإسلامية في أبهى صورها .

(1) ضوابط تقدير العقوبات التعزيرية، عبد الله بن محمد آل خنين، المجلة القضائية، العدد الأول، محرم 1432هـ، (ص64-74).

الخاتمة

من خلال ما تقدم تمكنا من الوصول إلى النتائج الآتية :

أولاً – النتائج:

- 1- التشريع حق خالص لله تعالى لا يشاركه فيه أحد، ويسمى ما تقوم به السلطة التي تضع وتقر القوانين بالتنظيم أو التقنين.
- 2- إذا كانت النصوص القانونية مخالفة للشريعة الإسلامية فلا يجوز تسميتها تشريعاً باتفاق العلماء.
- 3- الصياغة التي تحقق تطبيق الشريعة الإسلامية هي كونها المصدر الوحيد للتشريع ، وهذه الصياغة المختارة لا تحقق الغرض المنشود منها إلا أن تكون متسقة مع باقي مواد الدستور.
- 4- إن الصياغة التي اختارتها الهيئة التأسيسية لمشروع الدستور تُعدّ توجهاً واضحاً نحو تطبيق الشريعة الإسلامية وأنها مصدر التشريعات.
- 5- مبدأ الشرعية الجنائية في المادة 62 يضعف من قوة المادة السادسة التي تقضي بأن الشريعة مصدر التشريع.

ثانياً – التوصيات:

- 1- ينبغي الاهتمام بالمصطلحات وضبطها والابتعاد عن الموهوم منها، ومن ذلك مصطلح التشريع ومشتقاته عند القانونيين؛ لما يثيره من إبهام ولبس، وبالأحرى إذا كان التشريع مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية.
- 2- ينبغي أن تصاغ المادة 62 التي تتعلق بمبدأ الشرعية الجنائية بصياغة تتماشى مع المادة السادسة وذلك بأن تكون على النحو الآتي: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي أو نص قانوني).
- 3- إعمال الرقابة السابقة على القوانين، وذلك بإسناد هذه القوانين إلى هيئة شرعية متخصصة تنظر في مدى التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية .

قائمة بأهم المراجع

أولاً – مراجع الفقه الإسلامي:

- الإعجاز القرآني في التشريع الإسلامي، محمد الزحيلي، دار ابن كثير، بيروت، ط1، 1436هـ.
- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، للشيخ محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط1، 1417هـ.
- تاج العروس شرح القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية سنة 1306هـ ، من منشورات دار مكتبة الحياة.
- التنظيم الدستوري لمكانة الشريعة الإسلامية في النظام القانوني، حيدر حسين علي الكريطي، كلية القانون- جامعة الكوفة ، مجلة الأطروحة للعلوم الإنسانية المحكمة ، العدد الخامس، سنة النشر 2017م.
- دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني وأثره في تنظيم وعمل السلطة التشريعية، بسام صبحي شناق و محمد رفيق الشوبكي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 23، العدد الثاني، 2015 م.
- السلطات الثلاث في الإسلام – التشريع، القضاء، التنفيذ، عبد الوهاب خلاف، دار القلم: الكويت، ط2، 1405هـ.
- الشرعية الإسلامية والشرعية الدستورية، إبراهيم دعيح الصباح، دار الشروق : القاهرة، 2000م.



- ضوابط تقدير العقوبات التعزيرية، عبد الله بن محمد آل خنين، المجلة القضائية، العدد الأول، محرم 1432هـ.
- القانون الجنائي الدستوري، أحمد فتحي سرور، دار الشروق مصر، ط4، 2006م..
- مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، عبد الناصر توفيق العطار، دار الفضيلة للطباعة مصر.
- المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1424هـ، 2003م..
- مفردات ألفاظ القرآن، الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان داودي، دار القلم دمشق، والدار الشامية بيروت، ط1، 1421هـ.
- مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، راجعه وعلق عليه: أنس محمد الشامي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1429هـ، 2008م.
- موسوعة الفقه الإسلامي، وزارة الأوقاف بجمهورية مصر العربية، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة، ط1418هـ.
- الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ط2، 1404هـ.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرزاق أحمد السهموري، دار إحياء التراث العربي: بيروت لبنان، (د، ت).

دور قضاء المحكمة العليا الليبية في مسألة الطلاق التعسفي تأصيلاً، وتفريعاً:

" سدُّ لفراغٍ تشريعيٍّ بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي "

Le rôle de la jurisprudence de la Cour suprême libyenne dans la question du divorce abusif : Un comblement d'angle mort législatif conformément aux dispositions de fiqh islamique

د. أفراح مختار العاتي

محاضر بكلية القانون- جامعة طرابلس

طرابلس- (ليبيا)

alati_m@yahoo.com

الملخص:

هذه المشاركة تسلط الضوء على الدور الذي أداه قضاء المحكمة العليا الليبية بتصديده للفراغ التشريعي المتعلق بمسألة الطلاق التعسفي، وما يترتب عنه من أثر، وذلك من خلال عرض اجتهادات المحكمة المذكورة بهذا الخصوص، هذا الدور أصلاً أولاً لمسألة الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، وبعد ذلك فرغ من هذا التأصيل حق المطلقة في التعويض عن الضرر الناتج عن هذا النوع من الطلاق. ثم إن قضاء المحكمة العليا نظم الموضوع المذكور، وفصله في جوانب مختلفة، وتميّزت المعالجة بنهج منفتح، واعتمد هذا القضاء على نقطة جوهرية وهي: إثبات الضرر من الطلاق التعسفي.

باختصار: حيث إن تصدّي المحكمة العليا لهذا الموضوع سدّ فراغاً تشريعياً ناتجاً عن عدم وجود النص المنظم للطلاق التعسفي، وما يترتب عنه من حق للمطلقة في المطالبة بالتعويض، كما نظم الجوانب المختلفة لهذا الموضوع بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تُعدّ مصدر تشريع القانون رقم (10) لسنة 1984م، وتعديلاته. الكلمات المفتاحية: طلاق، طلاق بإرادة الزوج المنفردة، طلاق تعسفي، ضرر، تعويض، تطبيق أحكام الفقه الإسلامي.

Résumé:

Cette contribution vient mettre en lumière le rôle qu'a joué la Cour suprême libyenne sur la question du divorce abusif. Faisant preuve d'une réelle ouverture d'esprit, la haute juridiction vient combler l'absence de texte législatif règlementant le divorce abusif. En effet, prenant pour fondement le fiqh islamique, la haute juridiction a, dans un premier temps, établi le fondement sur lequel on peut qualifier le divorce prononcé unilatéralement par le mari comme un divorce abusif. Puis, dans un second temps, prenant appui sur ce fondement, la haute juridiction est venue reconnaître le droit pour la femme divorcée abusivement à bénéficier de la réparation du préjudice résultant de ce type de divorce.

La juridiction de la Cour suprême qui a réglé le sujet susmentionné s'est appuyée sur un élément focal : « la preuve d'un préjudice dû au divorce abusif ».

Cette jurisprudence est donc capitale car elle est venue tracer les contours du divorce abusif conformément aux dispositions de droit islamique qui est la source principale de la loi n° 10 de l'année 1984 et ses modifications, portant sur le mariage, le divorce et leurs effets.

Mots clés : Divorce, divorce par la volonté unilatérale du mari, divorce abusif, préjudice, réparation, Loi n° 10 /1984, angle mort législatif, fiqh islamique, Cour suprême libyenne, jurisprudences, application des dispositions de droit islamique.

مقدّمة

عقد الزواج الذي يُعدّ الشكل المشروع الوحيد لتكوين أسرة في الفقه الإسلاميّ ليس من مقاصده الطلاق⁽¹⁾، ولكنّ هذا الأخير هو أحد طُرُق إنهاء الزواج حال حياة الزوجين. بمعنى آخر: الزواج ليس من غاياته الطلاق، ولكنّ الطلاق يُعدُّ مرتبطاً بشكل أساسي بالزواج⁽²⁾.

المقصد الشرعي من تشريع إنهاء الزواج بالطلاق بشكل عام هو: ارتكاب أخف الضررين عند استحالة العشرة بالمعروف⁽³⁾ والطلاق باعتباره وسيلة لإنهاء عقد الزواج له صور عدّة⁽⁴⁾، من أبرزها: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة الذي يسمح للزوج - الراغب في التخلّص من الرابطة الزوجيّة - أن يستقلّ بإنهاء هذا العقد بمجرد تلفظه بعبارة تصدر منه مُسنّدة إلى زوجته تدلّ على طلاقها منه، ورفع القيد الذي يربطهما. منذ سنوات طويلة ثار جدلٌ فقهيٌّ مُعاصر حول مسألة إمكانيّة وصف الطلاق الصادر من الزوج من دون سبب يُبرّر ذلك بالطلاق التعسّفي⁽⁵⁾، وما يمكن أن يترتّب عن هذا الوصف من أثر، وهو التعويض.

(1) المقصود بالطلاق بشكل عام هو فكّ رابطة الزواج بين الزوجين، وهو كما عرّفته المادة 28 من القانون رقم (10) لسنة 1984م: " حلّ عقدة الزواج"، ولكنّ البحث في هذه الورقة يتعلّق فقط بصورة واحدة من صور الطلاق، ألا وهي: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

(2) يُنظر: ALATI (A.), La rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse: Étude de législation française et de législation islamique appliquée en pays arabes, vol. I, Éditions Universitaires Européennes, 2018, p.21.

(3) يقول الإمام محمد الطاهر بن عاشور عن إنهاء الزواج بالطلاق: " المقصد الشرعي فيه ارتكاب أخفّ الضرر عند تعسّر استقامة المعاشرة وخوف ارتباك حالة الزوجين وتسربّ ذلك إلى ارتباك حالة العائلة. فكان شرع الطلاق لحلّ أصرة النكاح، وقد أشار إلى ذلك قوله تعالى: (إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله) [البقرة: 229]". يُنظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، دار سحنون للنشر والتوزيع (تونس) — دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة (القاهرة)، مصر، (د. ط)، 2006م، ص: 162.

(4) الطلاق في الفقه الإسلاميّ يمكن الحديث عنه من جانبين، الأوّل من حيث اعتباره وسيلة لإنهاء عقد الزواج، أمّا الجانب الآخر فمن حيث كونه أحد تكيفي الفرقة التي تحصل بين الزوجين حال حياتهما. وفيما يتعلّق بالجانب الأوّل، يمكن تصنيف صور الطلاق باعتباره وسيلة لإنهاء عقد الزواج في الفقه الإسلاميّ إلى: الطلاق بإرادة أحد الزوجين المنفردة، الطلاق باتفاق الزوجين. ففي الطلاق بالاتفاق أو ما يُعرف فقهاً بالمخالعة (الخلع الرضائي)؛ تتفق إرادة الزوجين على إنهاء الزواج، بقبول الزوجة لدفع العوض للزوج وقبول هذا الأخير التلّفظ بالطلاق. أمّا بالنسبة للطلاق بإرادة أحد الزوجين المنفردة فيمكن تصنيفه إلى قسمين: الأوّل: طلاق من دون سبب خاضع لسلطة القاضي التقديرية، ويشمل: طلاق الزوج لزوجته بإرادته المنفردة، والخلع الجبري لمن يقول بجوازه، أو عندما تشترط الزوجة في عقد الزواج أن تكون عصمتها بيدها عند من يُجيز ذلك مُطلقاً أو بشكل مقترن بشرط. ففي جميع هذه الحالات لا يكون الطلاق مرتبطاً بسبب يمكن للقاضي معه أن يُقدّر مدى وجهة إنهاء الزواج من عدمه. أمّا القسم الثاني فيتمثّل في: الطلاق مع وجود سبب خاضع لسلطة القاضي التقديرية، أي: أنّ القاضي هو من سيقدّر — في هذه الحالة — السبب الذي من أجله يُطلب الطلاق، من ذلك الطلاق للضرر بمفهومه الشامل لصور عدّة، ومنها: الإيذاء والإضرار، غيبة الزوج، عدم الإنفاق، العيب... الخ.

أمّا فيما يتعلّق بالجانب الآخر المرتبط بالحديث عن الطلاق فهو من حيث تكيف الفرقة الحاصلة بين الزوجين حال حياتهما، فيمكن القول إنّه إما طلاق أو فسخ. لمعلومات أكثر تفصيلاً حول هذا التقسيم يُنظر:

(5) لمعلومات أوفى عن مسألة مدى جواز التعويض عن الطلاق التعسّفي في الفقه الإسلاميّ المعاصر، يُنظر: القُدومي، عيبر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمّان، ط: 1، 2007م، ص: 192 وما بعدها.

القانون رقم (10) لسنة 1984م، وتعديلاته⁽¹⁾ - الذي يستمد أحكامه كما هو معلوم من الفقه الإسلامي - من جانبه لم يتناول مسألة إمكانية وصف الطلاق من دون سبب معقول بالطلاق التعسفي، كما أنه لم يتناول مدى إمكانية الحق في المطالبة بالتعويض عن هذا النوع من الطلاق⁽²⁾.

وقد تصدّت المحكمة العليا الليبية للفراغ التشريعي بخصوص المسألة المذكورة في اجتهادات عدّة تناولت فيها مسألة الطلاق التعسفي من ناحية، وما يترتب عنه من أثر من ناحية أخرى.

تصدّي المحكمة العليا لهذا الموضوع يُعدّ صورة واقعية لدور القضاء في التطبيق الأمثل لأحكام الفقه الإسلامي، عند عدم وجود نصّ تشريعي يُنظّم المسألة المثارة في أروقة قضاء الموضوع.

استناداً إلى ما تمّ ذكره، تطرح هذه الورقة إشكاليات عدّة، تتمثل في: كيف أسّس قضاء المحكمة العليا الليبية لمسألة الطلاق التعسفي بالتأصيل له أولاً في الفقه الإسلامي؟ ثم كيف فرّع قضاؤها ثانياً لمسألة الحق في التعويض من تأصيل هذا النوع من الطلاق المذكور؟ وما المعيار الذي نُظّم على أساسه الحق في التعويض؟ والآثار المترتبة عنه؟

وقد تمحورت الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بخصوص الموضوع محل البحث حول تأصيل معنى الطلاق التعسفي من الفقه الإسلامي (المبحث الأول)، وتفريع الحق في التعويض من هذا الطلاق التعسفي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تأصيل معنى الطلاق التعسفي من الفقه الإسلامي

التعسف بشكل عام يمكن تعريفه بأنّه: "استعمال الإنسان ما له من حق أو رخصة على وجه الإخلال بمقصود الشرع [...]"⁽³⁾. بمعنى: "استعمال الحق في غير ما شرّع له"⁽⁴⁾، "بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"⁽⁵⁾. أو هو: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"⁽¹⁾، أي: مُضادة قصد الشارع في تصرف فعلي أو قولي مأذون فيه شرعاً⁽²⁾.

(1) المقصود به القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما بتعديلاته المختلفة. تجدر الإشارة إلى أنّ هذا القانون عُدّل ثلاث مرّات منذ صدوره: الأولى بالقانون رقم (22) لسنة 1991م بتعديل المادتين 13، 39 من القانون رقم (10) لسنة 1984م. أما المرة الثانية فكانت بالقانون رقم (09) لسنة 1423 من مولد الرسول محمد □ (1994م)، بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما. والمرة الثالثة بالقانون رقم (14) لسنة 2015م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما. تُنظر نصوص القانون رقم (10) لسنة 1984م، وتعديلاته في الجريدة الرسمية، الأعداد التالية على التوالي: ع (06)، س (22)، بتاريخ 3 يونيو 1984م، ص: 640؛ ع (22)، س (29)، بتاريخ 9 نوفمبر 1991م، ص: 739؛ ع (05)، س (32)، بتاريخ 23 مارس 1423م (1994م)، ص: 112؛ ع (05)، س (04)، بتاريخ 17 نوفمبر 2015م، ص: 297.

(2) تعد الفقرة "أ" من المادة "39" الموضوع الوحيد الذي نصّ فيه المشرّع بشكل صريح على الحق في التعويض عن الفقرة بين الزوجين. وتجدر الإشارة إلى أنّ مشرّع القانون رقم (10) لم ينصّ على الحق في التعويض بشكل عام إلا في الفقرة المذكورة، وفي العدول عن الخطبة في الفقرة "د" من المادة الأولى من القانون المذكور. وعن مدى جدوى إفراد التعويض عن العدول عن الخطبة، وعن التطبيق للضرر بنصّين خاصين يتساءل الأستاذ الدكتور: العبار، ويقول: إنّ "الأمر لا يقبل إلا أحد هذين الاحتمالين: إمّا أنّ المشرّع أراد العزوف عن القواعد العامة في شأن المسؤولية التقصيرية، وإفراد التعويض عن العدول عن الخطبة، وعن التطبيق للضرر بأحكام خاصة، وبناء على هذا الفهم فالتعويض لا يكون جائزاً إلا في حال توافر إحدى هاتين الحالتين. وإمّا أنّ هذين النصّين (1/د، 39) هما مُجرّد تطبيق، و تأكيد لما تقره القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، ممّا يعدّ معه إيرادهما تكراراً و تزيّداً ياباهما حسن الصياغة، ويفترض تنزيه المشرّع الوضعي عنه". و يختم الكاتب مُستحيباً "إلغاء هذين النصّين فيما يخصّ إقرار التعويض، و ترك الأمر للقواعد العامة في شأن التعويض عن الفعل الضار [...]" . لمعلومات أكثر تفصيلاً حول هذه المسألة يُنظر: العبار، سعد، التعارض بين النصوص: دراسة في ضوء القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، مجلة الجامعة الأسمرية، س: 7، ع: 14، 2010م، ص: 522، 523.

(3) موافي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عقّان للنشر والتوزيع، الخبر، السعودية، م: 1، ط: 1، 1997م، ص: 97.

(4) المرجع نفسه، ص: 847.

(5) السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق - بيروت، لبنان و دار النيريين - دمشق، سوريا، ط: 9، 2001م، ص:

ومحاكاة لهذا التعريف العام الأخير للتعسف، يمكن تعريف التعسف في الطلاق بأنه: "مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعاً حسب الأصل"⁽³⁾.
وعلى هذا: فطلاق الزوج لزوجته تعسفاً يعني الخروج باستعمال الطلاق "عن الحكمة التي اقتضت إباحته"⁽⁴⁾، وهي: الخلاص من مساوئ حياة زوجية بغیضة لم تحقق مقاصدها وأغراضها من المودة والرحمة والسكينة بين الزوجين⁽⁵⁾.
ووصف الطلاق الصادر من الزوج من دون سبب معقول بالطلاق التعسفي⁽⁶⁾، والذي يُعدّ مثار جدل فقهي معاصرين معارض⁽⁷⁾ لهذا الأمر ومؤيد له⁽⁸⁾، أصلت له المحكمة العليا الليبية في العديد من الأحكام الصادرة عنها. هذه الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة المذكورة بهذا الخصوص، والمربطة بتأصيل معنى الطلاق التعسفي، ركزت في المقام الأول على أنّ الطلاق حق للزوج، ولكنّه في الوقت ذاته مُقيّد بالحاجة الداعية إليه (المطلب الأول)، ومن ثمّ فإنّ الطلاق لغير حاجة يُعدّ تعسفاً في استعمال الحق (المطلب الثاني).

- (1) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسّسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط: 4، 1988م، ص: 87.
(2) يُنظر: المرجع نفسه، ص: 87 إلى 91.
(3) الدباغ، أيمن، التعسف في الطلاق "حقيقته، معاييره، حالاته، الجزاء المترتب عليه"، مجلة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية)، م: 18، ع: 1، 2014م، ص: 68.
(4) السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص: 242.
(5) يُنظر في حكمة تشريع الطلاق: شعبان، زكي الدين، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، ليبيا، ط: 4، 1978م، ص: 368 وما بعدها.
(6) من الحالات التي يمكن أن ينطبق عليها أيضاً وصف الطلاق التعسفي هي: الطلاق في مرض الموت، أو ما يُطلق عليه فقهاً طلاق الفار أو المريض. والمقصود بهذا الطلاق هو "طلاق الزوج لزوجته بانناً في حال مرض موته، [...]". ومرض الموت الذي يصير به الرجل فاراً من توريث زوجته هو - في المجمل، و على رأي جمهور الفقهاء - "المرض المخوف الذي يتصل بالموت، و لو لم يكن الموت بسببه [...]". ويتفق الفقهاء على صحّة طلاق الزوج لزوجته في هذه الحالة وكأنّه غير مريض ما دام كامل الأهلية. فإذا طلق الزوج المريض مرض الموت زوجته طلاقاً بانناً ومات في العدة، فقد ذهب جمهور الفقهاء - منهم الأحناف، المالكية، الحنابلة في الأصحّ و الشافعي في القديم - إلى أنّها تترتّب منه ما دامت عدتها قائمة؛ معاملة له بنقيض قصده، و يُعدّ بهذا الطلاق فاراً من إرثها، و تعتدّ في هذه الحالة بأبعد الأجلين. فهؤلاء الفقهاء يعتبرون المطلّق في هذه الحالة استخدم حقه في الطلاق بإرادته المنفردة بشكل تعسفيّ؛ بقصد إبطال حق زوجته في الميراث، ولهذا يُردّ عليه قصده؛ بتوريثها منه ما دامت العدة قائمة. وذهب الإمام مالك إلى القول بتوريثها ولو انقضت عدتها، وتزوجت بأخر، بينما يذهب الحنابلة في قول ثان لهم - وهو خلاف الأصحّ عندهم - إلى توريث المرأة في طلاق الفار ولو انتهت عدتها ما لم تتزوج رجلاً آخر. وفي المجمل: يشترط الفقهاء لتوريث المرأة في حالة طلاق الفار أن لا يكون الطلاق بطلبها أو رضاها بالبينونة، وآلا تكون المرأة غير مستحقة أصلاً للإرث منه كان تكون كتابية؛ لأن اختلاف الدين من موانع الميراث.
يُنظر في كل ما سبق ذكره، و لمعلومات أكثر تفصيلاً حول هذا الموضوع: الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط: 1، 1993م، ج: 29، ص: 49 وما بعدها؛ ط: 1، 1997، ج: 37، ص: 5 وما بعدها.
(7) يرفض جانب من الفقه المعاصر وصف الطلاق من دون سبب يُبرّره بالطلاق التعسفي، و مع ذلك فإنّ هذا الجانب من الفقه لا يُبرّر موقفه من هذه المسألة استناداً إلى أنّ الأصل في الطلاق هو الإباحة، و أنّ الزوج غير مُقيّد في إيقاع الطلاق بوجود الحاجة التي تدعو إليه، بل يعتبر أنّ الأصل في الطلاق هو الحظر لا الإباحة، و أنّه لا يُباح إلا للحاجة - كما هو رأي كثير من الفقهاء - و يُعلّل رفضه لوصف الطلاق بالتعسفي - و من ثمّ الحق في التعويض عنه - بأنّ: هذه الحاجة تقديرية، و قد تكون بواعثها نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، و قد تكون ممّا يجب ستره. فيحسب هؤلاء: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة هو حق تقديري، أي: أنّ صاحب الحق هو الشخص الوحيد الذي يمكنه تقدير الواجب الملقى على عاتقه حين يستعمل هذا الحق، فالحق التقديري لا يُوصف من يستعمله بالتعسف. يُنظر على سبيل المثال: أبو زهرة، محمّد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (د. ط)، (د. ت)، ص: 285؛ شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص: 381 وما بعدها؛ الأشقر، عمر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، ط: 4، 2007م، ص: 305 وما بعدها.
(8) يرى جانب آخر من الفقه المعاصر أنّ الطلاق من دون سبب مشروع يُعدّ تعسفاً في استعمال الحق، بناء على أنّ الطلاق لا ينبغي للجوء إليه إلا إذا وجد سبب مقبول يدعو إليه و إلا كان ذلك كفراناً لنعمة الزواج الذي وُصف بالميثاق الغليظ. بحسب هذا الرأي: إذا طلق الزوج زوجته من دون سبب معقول يدعو إلى الطلاق فقد أساء استعمال هذا الحق، و من ثمّ بإمكان القاضي إذا ثبت لديه تضرر المطلقة من هذا الطلاق أن يعوّضها عن هذا الطلاق التعسفي. لمعلومات أكثر تفصيلاً يُنظر على سبيل المثال: سرحان، معوّض، الأحوال الشخصية حسب المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية والسودانية والمجالس الحسبية، مطابع رسيس، الإسكندرية، (د. ط)، 1953م، ص: 291؛ خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 2017، ص: 144؛ السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص: 242؛ الصابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، (د. م. ن)، ط: 2، 1968م، ج: 1، ص: 117 وما بعدها؛ الغندور، أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للفضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ط: 5، 2006م، ص: 355 وما بعدها؛ الزلمي، مصطفى، أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، نشر إحسان للنشر والتوزيع، ط: 1، 2014م، ص: 227.

المطلب الأول

الطلاق حق للزوج ولكنه مُقيّد بالحاجة

الطلاق بإرادة الزوج المنفردة - بحسب ما هو ثابت في الفقه الإسلامي - هو "حق للزوج في الأصل"⁽¹⁾، ولكنه - وفقاً لكثير من الفقهاء - مقيّد بوجود سبب صحيح يُبرِّره، أي بوجود الحاجة الداعية إليه⁽²⁾، ومن ذلك أن تكون الزوجة سيئة الخُلق أو سيئة العشرة لزوجها أو مؤذية لغيره بالقول أو الفعل وتضرّر الزوج منها⁽³⁾. هذه المسألة أكّدها المحكمة العليا الليبية في حكم صادر عنها بتاريخ 30 نوفمبر 1995م؛ حيث قالت: "... من المقرّر شرعاً أنّ الطلاق حق للزوج يوقعه بإرادته المنفردة، وليس حقاً لسواها، إلّا أنّ استعمال هذا الحق مقيّد بشروط منها حسبما يراه أكثر الفقهاء أن تكون هناك حاجة تدعو إليه"⁽⁴⁾.

واستناداً إلى هذا الأمر، إذا كان "طلاق [الزوجة] من زوجها... بإرادته المنفردة كان بسبب منها...؛ بأن كانت هي التي التي تسببت في هذا الطلاق بأفعالها التي أثبتتها الحكم..."⁽⁵⁾، فإنّ هذا الطلاق له سبب صحيح يُبرِّره، ومن ثمّ تدعو الحاجة إليه. على سبيل المثال "رفض الزوجة" الإقامة مع زوجها [في المدينة التي يقيم فيها من دون مبرّر مشروع]، [يجعل من طلاقه لها ما يُبرِّره]، وأتته قد استعمل حقه على الوجه المشروع"⁽⁶⁾. بمعنى آخر: طلاق الزوج لزوجته في مثل هذه الحالة يستند إلى حاجة تدعو إليه، ومن ثمّ فهو موافق لما قصده الشارع من تشريع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

بالتأكيد، "[...] مسألة قيام أو عدم قيام [...] الحاجة مسألة موضوعية تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع"⁽⁷⁾. قضية المحكمة العليا أكّدت في عديد الأحكام ضرورة أن يبحث قاضي الموضوع مسألة ما إذا كان الطلاق "[...] بسبب من [الزوجة] أم لا؟"⁽⁸⁾. وفي حكم آخر صادر عن المحكمة ذاتها، عاب قضاتها حكم محكمة موضوع ناقضين إيّاه: "[...] عيب في تطبيق القانون والقصور في التسبب [...]؛ لأنه [...] لم تُبحث أسباب الطلاق والدوافع التي أدت إليه، [ولم يتمّ] التّحقق من وجود المبرّرات المشروعة التي تدعو إلى الطلاق [...]"⁽¹⁰⁾.

(1) موسوعة فقه عمر بن عبد العزيز، لمحمّد رواس قلعه جي، مجلس النشر العلمي "لجنة التّأليف والتّعريب والنشر"، جامعة الكويت، ط: 1، 2001، ص: 582.

(2) الطلاق يُعد من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بإرادته المنفردة، و كل تصرف — كما هو معلوم — له حكم تكليفي من وجوب أو حرمة أو غيرهما، وعلى هذا الاعتبار فالطلاق هنا — بالنسبة إلى أسبابه وظروفه — تعتربه الأحكام الخمسة، وذلك على النحو التالي:

- واجب: وذلك إذا كان الزوج غير قادر على القيام بحقوق الزوجية مثلاً، وتضرّرت الزوجة ولم ترض بالبقاء معه.
- مندوب: كما لو كانت الزوجة سيئة الأخلاق، وخاف منها الوقوع في الحرام إن استمرّ معها في الزواج.
- حرام: وذلك إذا طلق طلاقاً بدعيّاً مخالفاً للسنة في إيقاع الطلاق مثلاً.
- مكروه: كما لو كان طلاقه لزوجته من دون سبب يدعو إليه.
- مُباح: فيما لو كان بالزوجة عيب يمنع من المعاشرة، و رغب الزوج في عدم الارتباط بها.

هذا التقسيم هو ما ذهب إليه بعض الفقهاء، في حين أنّ من الفقهاء من ذهب إلى أنّ الطلاق لا يكون مباحاً بأي حال من الأحوال؛ إذ لا يمكن أن يتساوى طرفاه (بين الفعل والترك)، فهو إمّا راجح، أي: (واجب أو مندوب) أو مرجوح: (حرام أو مكروه).

وفي جميع هذه الأحوال يقع الطلاق، ويكون الزوج أتماً ديانة في حالتي: التحريم، والكراهة. يُنظر في كلّ ما سبق ذكره، و لمعلومات أكثر تفصيلاً: الزلمي، مصطفى، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، نشر إحسان للنشر والتوزيع، ط: 1، 2014م، ص: 175؛ الخفيف، علي، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط: 1، 2008م، ص: 25 وما بعدها.

(3) يُنظر: الغرياني، الصادق، الأسرة أحكام وأدلة، المقري للنشر و التوزيع، ط: 4، 2004م، ص: 180؛ شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص: 379.

(4) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 06 / 42 ق، بتاريخ 30 نوفمبر 1995 م، مجلة المحكمة العليا، س: 30، ع: (2 ، 3) ص: 12 و 13.

(5) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6) حكم صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 26 نوفمبر 2008م، دعوى مُقيّدة في السجل العام تحت رقم: 377 / 2008، (نسخة حكم غير منشورة).

(7) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 06 / 42 ق، بتاريخ 30 نوفمبر 1995 م، (سبق ذكره).

(8) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 31 و 32 / 40 ق، بتاريخ 16 يونيو 1994م، (نسخة حكم غير منشورة).

(9) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 37 / 52 ق، بتاريخ 09 مارس 2006م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 78.

(10) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وبناءً على هذا، يجب على قاضي الموضوع - كي لا يكون حكمه " قاصر التسيب"⁽¹⁾ - أن يبحث السبب الذي دعا الزوج إلى طلاق زوجته بإرادته المنفردة، وأما إذا كانت الزوجة هي المتسببة في هذا الطلاق بسلوكها أو تصرفاتها. إذا كانت الزوجة هي المتسببة في هذا الطلاق، فإن الزوج الذي طلق زوجته بإرادته المنفردة يكون مُستخدماً لحقه في الطلاق وإنهاء الزواج وفقاً لما شرع له الطلاق من قبل الشارع.

بشكل مجمل: إن الطلاق مع وجود الحاجة التي تدعو إليه تجعله مستنداً في هذه الحالة إلى سبب معقول ومقبول، الأمر الذي يجعل الزوج قد استخدم حقه في الطلاق وفقاً لما أعطاه الشرع له، ومن ثمّ فاستخدام الطلاق هنا كان موافقاً لمقصد الشارع من تشريع الطلاق.

أما إن كان الطلاق من غير حاجة، أي: من دون سبب يُبرّره فإن الأمر يختلف تماماً في هذه الحالة؛ إذا سيكون تعسفاً في استعمال الحق في الطلاق.

المطلب الثاني

الطلاق لغير حاجة تعسفاً في استعمال الحق

يتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة سواءً أكان لحاجة تدعو إليه أم لم يكن كذلك⁽²⁾، وإن اختلفوا في تأييم من طلق زوجته من دون سبب يدعو إلى الطلاق، وهذا مبني على مسألة حكم الطلاق من حيث أصله⁽³⁾ (بمعنى وصفه الشرعي)، أي: هل الأصل في الطلاق الإباحة⁽⁴⁾ أم الحظر⁽⁵⁾؟

- (1) م. ع. ل، طعنا أحوال شخصية رقماً: 31 و 32 / 40 ق، بتاريخ 16 يونيو 1994م، (سبق ذكره).
- (2) لا يختلف الفقهاء في وقوع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة مادام مستوفياً لشرائطه الشرعية وإن لم تكن هناك حاجة تدعو إليه، ويُبرّر البعض هذا الأمر بأن: " الحاجة التي تدعو إلى الطلاق خفية يصعب تقديرها فلا يصح أن يوكل أمرها إلى القضاء بل يوكل إلى علام الغيوب". يُنظر: شعبان، الأحكام الشرعية لأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص: 381؛ الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، المرجع السابق، ص: 170.
- (3) المقصود هنا هو الحكم الأولي للفعل، أي: " الحكم المجعول للشيء أولاً وبالذات، أي بلا لحاظ ما يطرأ عليه من العوارض الأخر". يُنظر: تقي الحكيم، محمد، الأصول العامة للفقهاء المقارن، المجمع العالمي لأهل البيت، ط: 2، 1997م، ص: 69.
- (4) يرى جانب من الفقهاء أن الأصل في الطلاق هو الإباحة وليس الحظر، فالطلاق حق مطلق للزوج لا يتقيد بالحاجة، أي: يجوز للزوج أن يطلق زوجته لمجرد الرغبة في الخلاص منها ولو لم يكن هناك سبب يدعو إلى الطلاق. واستدل من قال بهذا ببعض الأدلة، منها:
- قوله تعالى: (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً) 236 [سورة البقرة]، ففسروا كلمة (لَا جُنَاحَ) في هذه الآية بمعنى: لا إثم ولا حرج، أي: أن الطلاق مباح وليس محظوراً.
 - أن النبي ﷺ طلق بعض زوجاته — المقصود طلاقه للسيدة أم المؤمنين زمنة بنت سودة، و للسيدة أم المؤمنين حفصة رضي الله عنهما ثم راجعهما —، وأن بعض الصحابة طلقوا زوجاتهم، فلو كان الطلاق في أصله محظوراً ما أقدموا عليه؛ فهم لا يفعلون مكروهاً ولا محظوراً.
- وقد نوقشت هذه الأدلة من قبل الفقهاء القائلين إن الأصل في الطلاق الحظر بالقول: إن الآية المذكورة إنما تدل على نفي الجناح في التطبيق قبل الدخول بالزوجة وتسمية الصداق من ناحية إيقاعه على هذا الوضع، ولا يرفع ذلك الجناح في الإقدام عليه من دون سبب يبرّره، والذي هو محل الخلاف مع من يرى أن الطلاق مقيد بالحاجة الداعية إليه.
- أيضاً لم يثبت أن النبي ﷺ وكذلك الصحابة — رضي الله عنهم — قد طلقوا زوجاتهم لغير سبب يدعو إلى الطلاق حتى يكون هذا حجة على أن الأصل في الطلاق هو الإباحة لا الحظر.
- يُنظر في كل هذا، و لمعلومات أكثر حول هذا المسألة: الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 87 و ما بعدها؛ الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، المرجع السابق، ص: 170 و ما بعدها.
- (5) يرى جانب آخر من الفقهاء أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع وليس الإباحة، فهو عندهم لا يُباح إلا استثناءً للحاجة والضرورة، أي: إلا إذا كان هناك سبب يدعو إلى الطلاق، كسوء عشرة الزوجة لزوجها مثلاً. واستدل من قال بهذا ببعض الأدلة، ومنها:
- قوله تعالى: (فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً) 34 [سورة النساء]، فذه الآية نهت عن التعرض للزوجات إذا استقام أمرهن و صلح حالهن، و هو يُفيد تحريم الطلاق عند صلاح حال الزوجة و عدم الحاجة إليه، و أيّبغي أشدّ من الطلاق من دون سبب يدعو إليه.
 - كما استدل أصحاب هذا الاتجاه ببعض الأحاديث التي تدل على أن الطلاق من دون سبب أمر مبعوض من الشارع، و منها: " أبغض الحلال إلى الله الطلاق".
- يُنظر في كل هذا، و لمعلومات أكثر حول هذه المسألة: الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 88 و ما بعدها؛ الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، المرجع السابق، ص: 171 و ما بعدها.

وإن قضاة المحكمة العليا من جانبهم قد اتخذوا موقفاً واضحاً من هذه المسألة بتصريحهم بأن: " من المقرّر شرعاً أنّ من أوقع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعاً، وإثمه دليل على أنّه أساء استعمال الحق الذي جعله له الشارع ولم يستعمل حقه على الوجه المشروع، وإذا كان [إثمه] دليلاً على إساءته استعمال الحق فكل مُطلّق آثم شرعاً بإيقاع طلاقه؛ لأنّه أساء استعمال الحق[...]"⁽¹⁾.

وفي حكم آخر، صرّحت المحكمة العليا قائلة: إنّ قضاءها " قد جرى على أنّ من أوقع الطلاق بغير حاجة تدعو إليه إلاّ الخلاص، فطلاقه واقع وهو آثم شرعاً، وإثمه دليل على إساءة استعمال هذا الحق الذي جعله له المشرّع، ولم يستعمل حقه على الوجه المشروع، وأنّه وإن كان حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة مشروطاً بشروطاً بأن تكون هناك حاجة تدعو إليه، إلاّ أنّ قيام هذه الحاجة من عدمه مسألة موضوعيّة يستقلّ بتقديرها بتقديرها قاضي الموضوع"⁽²⁾.

إذن المحكمة العليا تبنت رأي أغلب الفقهاء الذين يرون أنّ الأصل في الطلاق هو الحظر⁽³⁾، فلا يجوز إنهاء الزواج إلاّ لحاجة تدعو إليه - وهو ما يتوافق "مع منهج المشرّع الليبي في [التقليل] من حالات الطلاق"⁽⁴⁾، - وإلاّ عدّ موقعه مُتعمّفاً في استعمال حقه في الطلاق⁽⁵⁾.

حيثيات الحكمين السابق ذكرهما - والمستند أحدهما في صياغته إلى بعض فقهاء الشريعة المعاصرين⁽⁶⁾ - أكّد العديد من النقاط التي تستحق التوقّف عندها، وذلك على النحو التالي:

النقطة الأولى- الاعتراف بالطلاق التعسفي من حيث وقوعه:

الطلاق بإرادة الزوج المنفردة من دون حاجة تدعو إليه حتّى وإن وُصف بالتعسّف فإنّه واقع ويُعتدّ به شرعاً شرعاً وقانوناً، وهو ما يتفق تماماً مع رأي جميع الفقهاء المؤيدين والرافضين لوصف الطلاق من دون سبب يبرّره بالتعسّف. هذا الاعتراف بوقوع الطلاق يمكن تبريره بالحاجة إلى ضرورة ضبط الطلاق بإرادة الزوج المنفردة بأمر ظاهر منضبط يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات وهذا يتحقّق مع صدور اللفظ من المطلق ما توافرت فيه شروطه الشرعيّة⁽⁷⁾.

(1) م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 26 / 40 ق، بتاريخ 10 فبراير 1994 م، مجلة المحكمة العليا، س 28، ع (1 ، 2) ص 16.

(2) م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 37 / 52 ق، بتاريخ 09 مارس 2006م، (سبق ذكره).

(3) ومن الفقهاء الذين يذهبون إلى أنّ الأصل في الطلاق هو الحظر: شيخ الإسلام ابن تيمية، إذ يقول: "الأصل في الطلاق الحظر وإنما أبيح منه قدر الحاجة". وفي موضع آخر يقول: "الطلاق إذا لم تدع إليه حاجة منهي عنه باتفاق العلماء إمّا نهي تحريم أو نهي تنزيه". يُنظر: مجموعة فتاوى ابن تيمية الكبرى، دار المنار، (د. ط)، (د. س)، م: 3، ص: 16 و 62.

(4) زبيدة، الهادي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مؤسسة شروق للترجمة والنشر، المنصورة، مصر، ط: 1، 2013م، ج: 2 (الطلاق غير القضائي)، ص: 56.

(5) في ليبيا انقسم بعض شرّاح القانون رقم (10) فيما بينهم بخصوص وصف الطلاق من دون سبب يُبرّره بالتعسّف، وإن اتفقوا جميعاً على أنّ الأصل في الطلاق هو الحظر لا الإباحة. الاتجاه الأول: يرفض وصف الطلاق من دون حاجة تدعو إليه بالتعسّف، ومن ثمّ يرفض حق المطلقة في التعويض عن هذا النوع من الطلاق. فيحسب هذا الاتجاه: ما يجب للمطلقة من نفقة في العدة ومن متعة كافٍ لتعويضها عن الطلاق من دون الحاجة إلى تقدير تعويض آخر. يُنظر: الجليدي، سعيد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، مطابع عصر الجماهير، الخمس، ط: 2، 1998م، ج 2، ص: 54، 55؛ شبيبة، مصطفى، نصوص الطلاق والتطبيق في القانون رقم 84/10 بين قصور في الحكم و غموض في الصياغة، مجلة الجامعة الأسمرية، س: 7، ع: 14، 2010م، ص: 212 وما بعدها.

في المقابل، يرى اتجاه آخر أنّ الطلاق بإرادة الزوج يمكن أن يُوصف بالتعسّف، وأنّ من حق الزوجة أن تطلب التعويض إذا تعسّف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ويقضي لها القاضي بذلك إذا بان له أنّها تضررت من هذا الطلاق التعسّف. يُنظر: العالم، عبد السلام، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعيّة، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ط: 2، 1995م، ص: 268 وما بعدها.

(6) جدير بالذكر أنّ الصياغة التي اعتمدها المحكمة العليا في الحكم المذكور منقولة عن الشيخ: عبد الوهاب خلاف الذي يرى أنّ الطلاق يمكن أن يُوصف بالتعسّف. يُنظر: أحكام الأحوال الشخصيّة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 144.

(7) وفي هذا المعنى يقول الدكتور: الدباغ: " الشارع قصد إلى ربط انحلال الزواج بوصف ظاهر منضبط، وهو التلفظ بلفظة الطلاق بإرادة حرّة مختارة، لا ببواعث ذاتية ومقاصد خفية دفعت إلى ذلك التلفظ؛ لأنّ موضوع انحلال الرابطة الزوجيّة أخطر من أن يُربط ببواعث ذاتية خفية لا تنضبط، ويسهل ادّعاء وجودها أو عدمه، وبالتالي يفقد التلفظ بالطلاق كل قيمة، ولا يكون هناك حدّ واضح فاصل بين الرابطة الزوجيّة وانحلالها، وهو أمر خطير يتعلّق بالأعراض والمعايشة الزوجية والأسر". يُنظر: التعسف في الطلاق، المرجع السابق، ص: 82.

النقطة الثانية- تأثيم الشرع للطلاق من دون سبب قرينة على التعسف في استعمال الحق:

التعامل مع الآثار المترتبة عن الطلاق التعسفي، وبمعنى آخر: الطلاق التعسفي الذي هو من دون سبب إليه - في الحالة المذكورة - واقع، وإن كان موقّعه أثم شرعاً، ولكن هذا الإثم هو الذي جعله تعسفياً أو موصوفاً بإساءة استعمال الحق، فإثم موقع الطلاق في هذه الحالة كما تقول المحكمة العليا: "دليل على إساءة استعمال الحق الذي جعله له المشرّع، ولم يستعمل حقه على الوجه المشروع"⁽¹⁾. بعبارة أخرى للمحكمة ذاتها: "تأثيم الشرع لإيقاع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص دليل على إساءة استعمال الحق تستوجب التعويض عن الضرر المترتب عليه"⁽²⁾.

وهذه المسألة أكّدها قضاء المحكمة ذاتها ولكن هذه المرّة في طعن دستوري احتج فيه رافعه بالقول: "إنّ الطلاق في الشرع مباح أيّاً كانت مبرّراته، وإذا كان الأمر كذلك فلا جزاء على من يوقعه، ولا يُلزم بأي شيء نحو من وقع عليها"، ولهذا رأى الطاعن في التعويض عن الطلاق من دون سبب يُبرّره مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية. الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا من جانبها رفضت هذا الطعن، وصرّحت قائلة: "لا شك أنّ الطلاق بلا يُعدّ إساءة لاستعمال الحق، ومن أساء استعمال حقه تحمّل تبعه ذلك"⁽³⁾.

النقطة الثالثة- إخضاع الحاجة الداعية إلى الطلاق لسلطة القاضي التقديرية:

كون الطلاق تعسفياً لافتقاره إلى الحاجة الداعية إلى ذلك أم لم يكن كذلك، فهذه "مسألة موضوعية في تقديرها لقاضي الموضوع"،⁽⁴⁾ فـ "حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة [وإن كان] مشروطاً بأن تكون هناك حاجة تدعو إليه، إلّا أنّ قيام هذه الحاجة من عدمه مسألة موضوعية يستقلّ بتقديرها قاضي الموضوع"⁽⁵⁾.

وقضاة الموضوع - الموكل إليهم أمر تقدير وجود الحاجة الداعية إلى الطلاق من عدمه - قضوا " [...] أنّ المدعى عليه أوقع الطلاق على المدعية بإرادته المنفردة [من] دون أن يُثبت أنّ المدعية هي المتسببة في الطلاق]، ومن ثمّ فإنّه أساء استعمال هذا الحق لأنّه لم يستعمله الاستعمال المشروع [...]"⁽⁶⁾.

وفي حكم آخر يقول قضاة الموضوع: إنّ إقدام الزوج على حقه في طلاق زوجته بإرادته المنفردة " خاصة وأنّ الطلاق كان بسبب منه، ولم يُثبت أنّ الطلاق كان بسبب من الزوجة [يجعل الزوج] قد أساء استعمال هذا الحق [...]"⁽⁷⁾.

كما قضى قضاة الموضوع في حكم آخر قائلين: إنّ " [...] المدعى عليه قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق بعد أن أوقع الطلاق من جانبه، ولم يأت على بيان المبرّرات التي تُبرّر ذلك [...]"⁽⁸⁾، أي: " [من] أوقع الطلاق بالإرادة المنفردة [من] دون أن يُبرّر سبب طلاقه [يُعدّ] متعسفاً في استعمال حقه"⁽¹⁾.

(1) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 37 / 52 ق، بتاريخ 09 مارس 2006م، (سبق ذكره).
(2) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 12 / 48 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص 144.

(3) م. ع. ل، طعن دستوري رقم: 02 / 60 ق، بتاريخ 24 مارس 2014م، (نسخة حكم غير منشورة).
(4) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 06 / 42 ق، بتاريخ 30 نوفمبر 1995 م، (سبق ذكره).
(5) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 37 / 52 ق، بتاريخ 09 مارس 2006م، (سبق ذكره).
(6) حكم صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة أبو سليم (الدائرة الشرعية الثالثة)، بتاريخ 26 مارس 2009م، حكم رقم: 2009/149، دعوى مُقيدة في السجل العام تحت رقم: 2008 / 579، (نسخة حكم غير منشورة). يُنظر أيضاً: حكم صادر عن المحكمة ذاتها، دائرة أبو سليم (الدائرة الشرعية الأولى)، بتاريخ 10 يناير 2010م، حكم رقم: 2010/78، دعوى مُقيدة في السجل العام تحت رقم: 2008 / 486، (نسخة حكم غير منشورة).

(7) حكم صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة أبو سليم (الدائرة الأولى / الأحوال الشخصية)، بتاريخ 28 ديسمبر 2008م، حكم رقم: 2008/538، دعوى مُقيدة في السجل العام تحت رقم: 2008 / 633، (نسخة حكم غير منشورة).

(8) حكم صادر عن محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 16 ديسمبر 2003م، حكم رقم: 2003/746، دعوى مُقيدة في السجل العام تحت رقم: 2002 / 775، (نسخة حكم غير منشورة).

وما دام المطلق الذي لم يُبين سبب الطلاق لا يُعدّ مستعملاً لحقه استعمالاً مشروعاً، أو على الأقل أساء استعمال هذا الحق، فبالتأكيد أنّ من طلق لسبب تافه يُعدّ مُتعسِّفاً في استعمال حقه في الطلاق. باختصار: إنّ المحكمة التي تُقدّر أنّ الزوج إنّما " طلق لحاجة إلى الخلاص " (2)، لن تعتبر هذا الزوج قد أساء استعمال حقه في الطلاق، ومن ثمّ لن يكون طلاقه تعسِّفاً. ومن باب أولى ما إذا كان الطلاق بناء على طلب الزوجة ورغبتها فيه، فإنّه لا مجال لوصف الطلاق بالتعسفي في هذه الحالة أيضاً. تأصيل قضاء المحكمة العليا للطلاق التعسفي من الفقه الإسلامي لم يكن هدفاً مقصوداً لذاته، وإنّما الغرض منه إقرار مبدأ الحق في التعويض عن هذا النوع من الطلاق.

المبحث الثاني

تفريع الحق في التعويض من الطلاق التعسفي

إقرار مسألة الطلاق التعسفي من قِبَل المحكمة العليا ترتّب عنه تفريع الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن هذا النوع من الطلاق.

فالمحكمة العليا - ومن خلال العديد من اجتهاداتها القضائية المذكورة سابقاً - أكّدت هذا الحق بقولها: "[...] إذا ترتّب ضرر للمطلّقة يُلزم [من أساء استعمال حقه في الطلاق] بتعويض هذا الضرر، أمّا إذا طلق لحاجة إلى الخلاص، أو لم يترتب للمطلّقة ضرر فلا تعويض" (3).

التعويض (4) عرّف على أنّه: " دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير" (5)، أو هو: "تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ" (6)، فالمقصد من التعويض هو: "جبر الضرر، وترميم آثاره" (7).

مسألة التعويض عن الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة لم تكن محلّ تطبيق من قِبَل بعض محاكم الموضوع التي رفضت الحكم بالتعويض عن الطلاق الواقع بالإرادة المنفردة؛ بحجّة أن التعويض لا يكون إلّا حين يكون التطبيق بحكم القضاء وفقاً للمادة 39 (8) من القانون رقم (10).

(1) حكم صادر عن محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية الثانية (غوط الشعال)، بتاريخ 18 نوفمبر 2009م، حكم رقم: 2009/578، دعوى مُقيّدة في السجل العام تحت رقم: 2009 / 221، (نسخة حكم غير منشورة). يُنظر أيضاً: حكم صادر عن محكمة زليتن الابتدائية المدنية، الدائرة الاستئنافية بتاريخ 10 نوفمبر 2013م، حكم رقم: 2013/32، استئناف مُقيّد في السجل العام تحت رقم: 2013 / 16، (نسخة حكم غير منشورة). في هذا الحكم اعتبر قضاء الموضوع أنّ الزوج متعسف في استعمال حقه في الطلاق؛ لأنّه "انفرد بطلاق المدعية من دون ذكر سبب، وحرّمها من حياتها التي كانت ترسمها وتسعى إليها".

(2) م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 26 / 40 ق، بتاريخ 10 فبراير 1994 م، (سبق ذكره).

(3) م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 26 / 40 ق، بتاريخ 10 فبراير 1994 م، (سبق ذكره).

(4) لم يستخدم الفقهاء قديماً لفظ التعويض و إنّما لفظ الضمان، و المقصود هنا الضمان بمعنى التزام التعويض لا الضمان بمعنى الكفالة.

(5) الموسوعة الفقهيّة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط: 2، 1988م، ج: 13، ص: 35.

(6) الزحيلي، و هبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط: 9، 2012م، ص: 82.

(7) المرجع نفسه، الصفحة نفسها. يُنظر في هذا المعنى أيضاً أحكام المحكمة العليا، و من ذلك الطعون التالية: طعن أحوال شخصيّة رقم: 22 / 51 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004 م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 331؛ طعن أحوال شخصيّة رقم: 34 / 54 ق، بتاريخ 28 فبراير 2008م؛ رقم: 08 / 55 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م، (نسخنا حكم غير منشورين).

(8) تنصّ المادة 39 من القانون رقم (10) - المعدّلة بالقانون رقم (22) لسنة 1991م - والمعنون لها بـ: التطبيق بحكم القضاء على:

" أ. إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين تولّت المحكمة الفصل في النزاع، وفي هذه الحالة تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين. فإذا تعدّر عليها ذلك، وثبت الضرر حكمت بالتطّيق. فإذا كان المتسبب في الضرر - مادياً أو معنوياً - هي الزوجة، حكمت المحكمة بسقوط حقّها في مؤخّر الصداق، والحضانة، والنفقة، والسكن. مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر. أمّا إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخّر الصداق. وذلك كلّ مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق".

ومن جانبها فإن المحكمة العليا راقبت وبشكل صارم الأحكام الصادرة عن مثل هذه المحاكم، وأكدت في العديد من أحكامها مبدأ تعميم الحق في التعويض أيّاً كان سبب الفرقة. هذا التأكيد يلخصه الحكم الصادر 28 يونيو 2001م؛ حيث صرّح قضاة المحكمة العليا بالقول: " مفاد المادتين (39 و51⁽¹⁾) من القانون رقم 10 لسنة 1984 ف أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة أو بحكم القضاء إذا سبّب ضرراً يلزم المتسبب فيه بتعويض الطرف الآخر المتضرر" ⁽²⁾.

والمتتبع للأحكام الصادرة عن المحكمة العليا بخصوص موضوع البحث يجد أنّها تمحورت حول تأكيد الحق في التعويض عن الطلاق التعسفي بتأسيس هذا الحق على نقطة ارتكاز محورية وهي: الضرر، أي أنّ الضرر هو أساس تقرير التعويض (المطلب الأول)، وتقديره (المطلب الثاني)، وبغض النظر عن أي شيء آخر.

المطلب الأول

ثبوت الضرر أساس تقرير التعويض

الضرر هو: "الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعدياً، أو تعسفاً، أو إهمالاً"⁽³⁾. أو هو: " كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته"⁽⁴⁾.

ارتكزت المحكمة العليا منذ البداية على نقطة جوهرية لتبرير سبب استحقاق المطلقة تعسفاً للتعويض بالقول: إنّ قضاءها " قد استقرّ على أنّ استحقاق المطلقة للتعويض لا يترتب على الطلاق في حدّ ذاته، وإنما ينشأ حقها فيه عن الضرر الذي يلحقها من ذلك وبسببه، والذي يتعيّن على محكمة الموضوع قبل القضاء به أن تبحث عناصره ومكوناته وأسبابه، ثمّ تُقدّره على ضوء ذلك"⁽⁵⁾.

سبب استحقاق المطلقة التعويض - كما بيّنت المحكمة العليا هنا - هو الضرر لا فعل الطلاق في ذاته ⁽⁶⁾، ولكن هناك استثناء يجب أخذه بعين الاعتبار - أكدته المحكمة ذاتها في حكم آخر لها - وهو ألا يكون " ... هذا الطلاق قد وقع بسبب من مدعي الضرر، فمتى ثبت الضرر المدعى به قضت المحكمة بالتعويض المناسب عنه للمضرور الذي طلب ذلك منها"⁽⁷⁾.

ومن خلال إقرار المحكمة العليا لمبدأ الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق، واعتمادها في تقرير هذا الحق على نقطة ارتكاز جوهرية في هذا الموضوع وهي الضرر، أكدت - في العديد من أحكامها - نقاطاً عدّة يمكن إجمالها في التالي:

(1) تنص المادة 51 من القانون رقم 1984/10م على أنّ: " تحدد المحكمة المختصة في حالة وقوع الطلاق نفقة الزوجة المطلقة أثناء عدتها. إن كان الطلاق بسبب من الزوج حكمت المحكمة بتمتع حاسب بسر المطلق أو عسره دون إخلال بحكم المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون".

(2) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 12 / 48 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، (سبق ذكره). وفي حكم آخر صرّحت محكمة القانون قائلة: إنّ قضاءها قد استقرّ " [...] على أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة أو بحكم القضاء إذا سبّب ضرراً يلزم المتسبب فيه بالتعويض للطرف الآخر المتضرر". يُنظر: م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 19 / 55 ق، بتاريخ 20 نوفمبر 2008م، (نسخة حكم غير منشورة).

(3) موافي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 97.

(4) الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 29.

(5) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 67 / 52 ق، بتاريخ 02 فبراير 2006م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 69.

(6) وهذا خلاف ما يذهب إليه بعض الباحثين في الموضوع و من هؤلاء الأستاذة: القدومي التي ترى أنّ: " [...] القول بالتعويض ينبغي أن يكون عن فعل الطلاق وليس عن ضرر الطلاق؛ لأنّ الطلاق لا يخلو غالباً من الضرر، ويبقى التعويض عن إيقاع الطلاق ما دام لم يثبت تدخل المرأة تدخلاً مباشراً في إيقاعه؛ لأنّ الآثار المترتبة على الطلاق تتأثر بها المرأة أكثر من غيرها لذا كان لها المطالبة بالتعويض". يُنظر: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص: 194. و لا شك أنّ هذا القول مردّه إلى أنّ هؤلاء الباحثين يرون أنّ التعويض عن الطلاق التعسفي هو المتعة ذاتها وليس حقاً آخر غير المتعة.

(7) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم 44/37 ق، بتاريخ 30 يوليو 1998م، (نسخة حكم غير منشورة).

النقطة الأولى- استحقاق المطلقة للحقوق المترتبة عن الزواج والطلاق لا يُغني عن التعويض:

نص القانون رقم (10) - في بعض من مواده - على استحقاق المطلقة لعدد من الحقوق، والمتمثلة في: مؤخر الصداق⁽¹⁾، نفقة العدة⁽²⁾ والمتعة⁽³⁾.

العديد من الطعون - التي قُدمت أمام قضاة المحكمة العليا - استندت في نعيها للأحكام الصادر عن محاكم الموضوع إلى مدى حق الزوجة التي استحققت حقوقها المالية المترتبة عن الزواج والطلاق في الحصول على التعويض. في أحد الطعون المقدمة أمام المحكمة المذكورة جادل " الطاعن من أن استحقاق المطلقة لما يترتب عن الطلاق من تبعات مالية يُلزم بها الزوج المطلق والمتمثلة في مؤخر الصداق، ومتعة الطلاق، ونفقة العدة يُعتبر تعويضاً تعويضاً لها، من دون حاجة إلى تقدير تعويض آخر"⁽⁴⁾.

قضاة المحكمة العليا الذين وصفوا هذا الجدل بغير السديد بينوا الأساس الذي ارتكزوا عليه في مخالفة ما ما ذهب إليه الطاعن وذلك بالقول: " إن استحقاق الزوجة للصداق أساسه العقد الصحيح، وإن استحقاقها للمتعة للمتعة مردّه إلى أنه: إذا كان الطلاق بسبب من الزوج، وأن نفقة العدة واجبة على الزوج المطلق وفقاً للمادتين (19 و 51) من القانون رقم 1984/10 ف في شأن الزواج والطلاق وأثارهما، فلا تبرا ذمة الزوج من هذه الحقوق إلا بالأداء، أو الإبراء، أو تطبيق الزوجة منه لثبوت إضرارها به عملاً بالمادة 39/أ بند 1 من القانون المذكور المعدلة بالقانون رقم 1991/22 ف، فلا يحول القضاء للمطلقة بهذه الحقوق دون استحقاقها للتعويض عن الضرر الذي لحقها من الطلاق"⁽⁵⁾.

وفي حكم آخر صادر بتاريخ 14 يونيو 2001م صرح قضاة المحكمة ذاتها: "... أنه لا تلازم بين الحكم بالمستحق من الصداق وبين الحكم بالتعويض، لأنّ الصداق يترتب على العقد، أما التعويض يستحق بثبوت الضرر"⁽⁶⁾.

وفي حكم ثالث صادر بتاريخ 31 أكتوبر 2002م أكد القضاة ذاتهم على أن " استحقاق الزوجة لصداقها المعجل والمؤجل ومتعة الطلاق وفقاً لأحكام القانون رقم 84/10 ليس فيه ما يمنعها من طلب التعويض عن ضرر التطبيق"⁽⁷⁾.

وفي حكم رابع - وبعد التذكير بأحكام المادتين 51 و 39 من القانون رقم 1984/10 م - فصلت المحكمة العليا قائلة: "ومفاد ما تقدم أنّ الطلاق إذا كان بسبب من الزوج، وترتب عليه ضرر للزوجة، استحققت التعويض المناسب عن هذا الضرر، وجميع حقوقها الأخرى المترتبة على الطلاق أو التطبيق"⁽⁸⁾.

وبشكل أكثر تفصيلاً صرح قضاة المحكمة المذكورة: "أنّ الاستفادة من المواد 51 و 19 و 33 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق وأثارهما أنّ القضاء للمطلقة بمتعة وتحديد نفقة لها أثناء عدتها وبمؤخر صداقها لا يمنع حقها في طلب التعويض عن الضرر إعمالاً للمادة 39/أ بند 3 أنفة الذكر. وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة أو التطبيق بحكم القضاء إذا سبب ضرراً يُلزم المتسبب فيه بالتعويض

(1) تنص المادة 19 - من القانون رقم 1984/10 م - في فقرتها (هـ) و (ز) على: " (هـ) يجب المهر بالعقد الصحيح، ويتأكد كله بالدخول أو الوفاة[...]. (ز) التأجيل في المهر ينصرف إلى البيونة أو الوفاة ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك".

(2) تنص المادة 51/ف1 من القانون رقم (10) على أن: " تحدد المحكمة المختصة في حالة وقوع الطلاق نفقة الزوجة المطلقة أثناء عدتها [...]".

(3) تنص المادة 51/ف2 من القانون رقم (10) على أنه: " [...] إن كان الطلاق بسبب من الزوج حكمت المحكمة بمتعة حسب يسر المطلق أو عسره دون إخلال بحكم المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون".

(4) يُنظر طعن الأحوال الشخصية رقم: 15 / 50 ق المنظور أمام المحكمة العليا بتاريخ 26 يونيو 2003م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 181.

(5) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 15 / 50 ق بتاريخ 26 يونيو 2003م، (سبق ذكره)، ص: 181 و 182.

(6) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 48/23 ق، بتاريخ 14 يونيو 2001م، (ملخص مبدأ غير منشور).

(7) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 49/11 ق، بتاريخ 31 أكتوبر 2002م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 367.

(8) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 48/53 ق، بتاريخ 31 يناير 2002 م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 279.

للطرف الآخر المتضرر بالإضافة إلى الحقوق المترتبة عن الطلاق، والمنصوص عليها في القانون رقم 1984/10 المشار إليه إذا ثبت ذلك الضرر لمحكمة الموضوع⁽¹⁾.

باختصار: فإنّ " الحكم بالحقوق الزوجية من عدمه، وهي حقوق مترتبة عن عقد الزواج لا علاقة له التعويض، وتقديره، ... وإثماً المعوّل عليه في هذا الشأن هو وقوع الضرر، ومقداره"⁽²⁾.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ الحق المالي الأكثر التباساً بالحق في التعويض هو الحق في المتعة؛ على اعتبار أنّ البعض - من الفقهاء⁽³⁾ وقوانين عربية⁽⁴⁾ - ترى في هذه الأخيرة هي التعويض ذاته عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي. وقد كانت المحكمة العليا الليبية واضحة بخصوص هذه المسألة بما لا يدع مجالاً لأيّ التباس بين الحقيقتين: المتعة ليست هي التعويض في هذه الحالة؛ فلا يستويان مثلاً في هذا المقام. بمعنى آخر: المتعة هي لجبر المرأة المطلقة لمجرد الطلاق مادام الزوج هو المتسبب فيه، أمّا التعويض فهو لجبر الضرر الناتج عن الطلاق فلا يُستحقّ إلاّ بثبوت الضرر.

وعلى الرغم من وضوح ما برزت به المحكمة العليا حق المطلقة التي استحققت المتعة في الحصول أيضاً على التعويض في حال ثبوت الضرر، إلاّ أنّ هذا التبرير لم يُقنع البعض الذين رأوا في الجمع بين المتعة والتعويض مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية. ففي طعن دستوري قُدّم أمام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الليبية، اعتبر الطاعن المادة 39 من القانون رقم (10) في شقّها المتعلّق باستحقاق المطلقة للتعويض غير دستورية؛ "لمخالفتها الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية" - التي تعدّ المصدر الرئيس للتشريع في ليبيا وفقاً للإعلان الدستوري -؛ مُعتبراً أنّ المتعة تُعدّ تعويضاً للمطلقة، وأنها، أي: المتعة هي ما نصّ عليه في كتاب الله عزّ وجلّ، فهي الأصل وإن تشابهت مع التعويض. فبحسب ما جاء في هذا الطعن: الشقّ المتعلّق بالتعويض في المادة المذكورة يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي قرّرت المتعة للمطلقة ولم تقرّر لها التعويض؛ والمطلقة التي يُقضى لها بالتعويض عن الضرر تحصل على تعويض مرتين عند القضاء "لها بالمتعة والتعويض معاً بالرغم من أنّ المتعة تستغرق التعويض شرعاً، وهو ما يُعدّ ظلماً [للمطلقة] يجب أن يُرفع".

وقد وصفت المحكمة العليا هذا الجدل بغير السديد، ورفضت هذا الطعن مُبرّرة رفضها بالقول: "لا شكّ أنّ الطلاق بلا سبب يُعدّ إساءة لاستعمال الحق، ومن أساء استعمال حقه تحمّل تبعه ذلك. وحيث إنّ لا يوجد نصّ من القرآن أو السنة قطعي الثبوت والدلالة على عدم جواز الجمع للمطلقة بين المتعة والتعويض، ولم ينعقد الإجماع على عدم الجمع بينهما، وجاء النصّ المطعون بعدم دستوريته موافقاً لاجتهاد بعض فقهاء الشريعة بجواز الجمع للمطلقة بين المتعة والتعويض باعتبار أنّ موجب المتعة غير موجب التعويض، ولهذا] فإنّ النصّ المطعون بعدم دستوريته لا يكون قد خالف قاعدة دستورية [...]"⁽⁵⁾.

(1) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم 49/36 ق، بتاريخ 13 مارس 2003م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص81.

(2) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 55 / 08 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م، (سبق ذكره).

(3) يُنظر على سبيل المثال: الأستاذ الدكتور: الصابوني؛ حيث يقول: " ونرى أن يكون هذا التعويض المتعة التي شرعها الله". يُنظر: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 119 و ما بعدها. يُنظر أيضاً: الغندور، أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، المرجع السابق، ص: 355 و ما بعدها.

(4) تُنظر على سبيل المثال المادة 155 من آخر قانون للأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة 2019م، الجريدة الرسمية، ع: 5578، بتاريخ 02 يونيو 2019م، ص: 3201؛ و المادة 117 من القانون رقم (4) لسنة 2019م المتضمن تعديل بعض المواد من قانون الأحوال الشخصية السوري، و الصادر في 07 فبراير 2019م.

(5) م. ع. ل، طعن دستوري رقم: 60 / 02 ق، بتاريخ 24 مارس 2014م، (سبق ذكره).

وبهذا حسمت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا النقاش حول مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي بعامّة، والجمع بين المتعة والتعويض عن الطلاق بخاصّة، وسدّت برفضها هذا كل باب يمكن أن يُطرق من جديد لإعادة الجدل بخصوص هذه المسألة.

النقطة الثانية- لا فرق بين الضرر المادي أو المعنوي لاستحقاق التعويض:

إنّ ثبوت الضرر وبغض النظر عن الحقوق الأخرى المستحقّة للزوجة هو ما يجب التعويل عليه لتقرير التعويض. بعد ذلك، إذا ثبت الضرر الذي هو أساس استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي، لا يهم نوع هذا الضرر. بمعنى آخر: استقرّ قضاء المحكمة العليا على إلزام "المتسبب في [الضرر] بتعويض الطرف المضروب سواء كان كان الضرر مادياً أو معنوياً [...]"⁽¹⁾، فأياً من هذين يعطي للمطلّقة تعسفاً الحق في التعويض⁽²⁾.

الضرر المادي يمكن أن يتمثل في خسارة مالية ترتبت عن المساس بحق أو مصلحة⁽³⁾، وبخصوص هذا الأمر تصرّح المحكمة العليا: "إنّ الطاعنة لم تُحدّد ماهية الضرر المادي الذي لحق بها، وعناصره، وجاء ادّعاؤها الضرر قولاً مُرسلاً، فلم تدّع مثلاً أنّها كانت تعمل [...] موظفة وتركت عملها من أجل هذا الزواج الذي لم يُقدّر له الاستمرار، الاستمرار، أو أي ضرر مادي آخر لحقها من ذلك الطلاق"⁽⁴⁾.

أما الضرر المعنوي⁽⁵⁾ الموجب للتعويض فإنّ موطنه - كما جرى - قضاء هذه المحكمة - [...] هو العاطفة والشعور والحنان [...]"⁽⁶⁾.

وفي هذا قضت المحكمة العليا قائلة: إنّ ما أورده حكم محكمة الموضوع التي اعتبرت أنّ طلاق الزوج لزوجته بإرادته المنفردة كان " [...] بلا سبب، وأنّ المطعون ضدها قد لحقها من ذلك أضرار معنوية وهي الألم والحسرة، وما ستتناقله ألسنة الناس عنها من أنّها أضحت مطلقة [...] كافٍ لتبرير التعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب المطعون ضدها جراء طلاقها من الطاعن باستخلاص سائغ وسليم ينأى به عن القصور في التسبب بما يتعيّن معه رفض الطعن"⁽⁷⁾.

كما أنّ الحكم الذي قضى بالتعويض مُستنداً في ذلك " [...] إلى ثبوت الضرر المعنوي في حق [المطلّقة]، والمتمثّل في حرمانها من الاستمرار في تكوين أسرة [...] بمنأى عمّا رماه به الطاعن فيما قضى به بالنسبة لثبوت الضرر في حق المطعون ضدها، وتقدير قيمة التعويض عنه، ويتعيّن بذلك رفض الطعن من هذا الجانب"⁽⁸⁾.

وفي حكم آخر تقول المحكمة العليا: " وحيث [إن] الحكم المطعون فيه قضى للمطعون ضدها بالتعويض كطلبها عن الضرر الناشئ عن طلاق الطاعن لها، ودلّل على ثبوته بقوله: ((لا شك أنّها قد تضررت من جراء تحوّلها

(1) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقمي: 31 و 32 / 40 ق، بتاريخ 16 يونيو 1994م، (سبق ذكره).

(2) يُنظر: الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، المرجع السابق، ص: 227.

(3) و من ذلك كما يضرّب الأستاذ الدكتور: الزلمي مثلاً: " لو طلب منها الاستقالة من وظيفتها أو إبطال دراستها أو الانصراف عن المشروع المالي الذي هي بصدد إنشائه ففعلت ذلك أو وهبته مهرها المؤجل أو أي مال آخر لغرض استمرارية الحياة الزوجية [...]". يُنظر: الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، المرجع السابق، ص: 227.

(4) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 04 / 40 ق، بتاريخ 29 مايو 1993، مجلة المحكمة العليا، س: 29، أبريل — يوليو 1993، ع: (3)، (4)، ص: 13 و 14.

(5) يُعدّ التعويض عن الضرر المعنوي بشكل عامّ من المسائل المستجدة في الفقه الإسلامي، ولهذا انقسم الفقه المعاصر على نفسه بخصوص هذا الأمر إلى اتجاهين: الأوّل يرى أنّ قواعد الفقه الإسلامي لا ترفض تقرير التعويض المالي عن الضرر المعنوي. أمّا الاتجاه الثاني فيرى أنّ الضرر المعنوي ليس فيه تعويض مالي على ما تضي به قواعد الفقه الإسلامي. في جميع الأحوال — وكما يقول الأستاذ الدكتور: وهبة الزحيلي — : التعويض عن الضرر المعنوي يمكن أن يجد مُستنده " في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لا نصّ عليه، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية لإحقاق الحق وإقرار العدل ودفع الحرج والمشقة، وأخذاً بمشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية، يفعل القاضي في ذلك ما يراه حسب الحاجة". يُنظر: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 89. يُنظر أيضاً في كلا الاتجاهين المذكورين: موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 1023 و ما بعدها.

(6) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 52 / 54 ق، بتاريخ 22 مايو 2008م، (نسخة حكم غير منشورة).

(7) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 52 / 54 ق، بتاريخ 22 مايو 2008م، (سبق ذكره).

(8) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 39 / 51 ق، بتاريخ 06 يناير 2005م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 24.

من زوجة مصونة إلى مطلقة في مجتمع محافظ، مما يتعين معه تعويضها عن هذا الضرر...))، ولما كان هذا الذي ساقه الحكم المطعون فيه قد دلت به على ثبوت الضرر الذي حصل للمطعون ضدها، وبيان عناصره التي أساساً لتقدير تعويضها عنه بما يكفي لحمل قضاة، وينأى به عمّا رماه به الطاعن من عيوب، مما يتعين معه الطعن" (1).

النقطة الثالثة- ضرورة بيان عناصر التعويض وأسبابه:

وبما أنّ الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق " لا يترتب على الطلاق في حد ذاته، وإنما ينشأ عن الضرر الذي يلحق [...] من ذلك وبسببه [...] " (2)، فإنه " يتعين على محكمة الموضوع قبل القضاء به أن تبحث عناصره، ومكوناته، وأسبابه ثم تُقدّره على ضوء ذلك " (3)، هذا ما نبّه إليه قضاة محكمة القانون في عدد من الأحكام الصادرة عنهم.

وفي حكم آخر صادر بتاريخ 19 يونيو 2008م صرح القضاة ذاتهم بالقول: " وإن كان تقدير التعويض وفق جرى عليه قضاء هذه المحكمة من المسائل التي تستقلّ بالبتّ فيها محكمة الموضوع إلّا أنّه من الواجب على أنّ تبين عناصر التعويض الذي تقضي به بياناً سائغاً وإلّا كان حكمها قاصراً" (4).

إنّ الضرر - كما يُصرّح قضاة المحكمة العليا دائماً - يُعدّ " ركناً من أركان المسؤولية، [ويُعدّ] ثبوته لازماً لقيامها، ومن ثمّ القضاء بالتعويض" (5).

لهذا يُعدّ من القصور في التسبب عند القضاء بالتعويض لمُدعي الضرر أن لا يُبين الحكم الخطأ الذي وقع فيه المحكوم عليه بهذا التعويض؛ لأنّ " المناط في التعويض هو الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وعلى المحكمة عند [النظر في] طلب التعويض أن تتحقّق من ذلك، ثم تقدّر التعويض وفق الأسس والمعايير التي حددها القانون" (6).

المطلب الثاني

مقدار الضرر أساس تقدير قيمة التعويض

لا شك أنّ " أمر تقدير التعويض ومدى تناسبه مع جبر الضرر من عدمه هو من الأمور الموضوعية التي تستقلّ بتقديرها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض طالما بنت قضاءها على أسس سائغة ومقبولة" (7).

وإن قاضي محكمة الموضوع - وكما تُؤكّد المحكمة العليا دائماً - يجب أن يُقدّر مبلغ التعويض تقديرًا " معقولاً" دونما تقدير أو إسراف طالما لا يوجد نص في القانون يُلزم باتباع معايير معينة في خصوصه" (8).

(1) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم 49/36 ق، بتاريخ 13 مارس 2003م، (سبق ذكره)، ص 81 و 82. م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 15 / 50 ق بتاريخ 26 يونيو 2003م، (سبق ذكره)، ص 181.

(2) المرجع نفسه.

(3) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم 55 / 08 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م، (نسخة حكم غير منشورة).

(4) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 12 / 48 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، (سبق ذكره).

(5) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم 53 / 25 ق، بتاريخ 01 فبراير 2007م، (نسخة حكم غير منشورة).

(6) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 22 / 51 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004م، (سبق ذكره).

(7) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 41 / 50 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 253.

كما يجب على قاضي محكمة الموضوع " بيان عناصر التقدير المكونة للضرر التي يُمكن أن تدخل في حساب التعويض"⁽¹⁾ - عند طلبه من قِبَل مُدْعِي الضرر وقبل القضاء به. وهذا بَرَّره قضاة المحكمة العليا بالقول: إنَّ هذا البيان " و" التعيين هو المعيار في بيان مدى التناسب بين مقدار التعويض والضرر"⁽²⁾.

وبعبارة أخرى لقضاة محكمة القانون: " أدلة ثبوت الضرر، وتحديد العناصر المكونة له التي يجب أن تدخل تدخل في حساب التعويض - ليتحقَّق التكافؤ بينهما ويجبر الضرر - من المسائل التي يجب بيانها في الحكم؛ لتمكين من لهم حق الرقابة على الأحكام من الخصوم ومحكمة النقض من أعمال هذه الرقابة"⁽³⁾.

وتؤكِّد المحكمة العليا أيضاً ضرورة بيان عناصر الضرر المادي، والفصل بينه وبين الضرر المعنوي في التقدير، التقدير، ففي " حالة ثبوت الضرر بنوعيه [المادي والمعنوي] يتعيَّن [على محكمة الموضوع] بيان عناصر كل ضرر، وتقدير التعويض الذي تراه جابراً له، فإذا قدرت مبلغاً واحداً للضررين، ولم تُبيِّن عناصر ومكونات الضرر المادي، فإنَّ حكمها يكون قاصراً في تقدير التعويض بأكمله[...]. وحيث إنَّ الثابت من مدوّنات الحكم المستأنف المؤيِّد بالحكم بالحكم المطعون فيه لأسبابه أنه انتهى إلى إلزام الطاعن بدفع مبلغ ثلاثة آلاف دينار تعويضاً للمطعون ضدها عمّا لحقها من ضرر مادي ومعنوي، من دون أن يُحدِّد لأي من الضررين مبلغاً معيَّناً، ومن دون أن يُبيِّن عناصر الضرر المادي، مُؤسِّساً قضاءه في ثبوت الضرر المادي الذي لحق المطعون ضدها على أنها بطلاقها من الطاعن قد فقدت مصدراً للإنفاق عليها، وهذا غير سديد في جانب الحكم المطعون فيه، ذلك أنَّ المادة "51" من القانون رقم 10 لسنة 1984 م [...].، قد رتبت حق المتعة للمطلقة بسبب من الزوج تقدّرها المحكمة بحسب يسره أو عسره، من دون إخلال بحقها في التعويض عن الضرر الذي يتعيَّن على المحكمة قبل القضاء به أن تتحقَّق من وجوده، وأن تُبيِّن عناصر الضرر المادي، وتُحدِّد مقدار التعويض الجابر له، وإذا لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنَّه يكون قاصراً متعيِّن النقض"⁽⁴⁾.

وفي حكم آخر تصرَّح المحكمة العليا: "إنَّ الحكم المستأنف المؤيِّد بالحكم المطعون فيه [...] قضى بتقدير التعويض عن الضررين المادي والمعنوي بمبلغ واحد من دون بيان نصيب كل منهما، ومن دون أن يُبيِّن أي من الحكمين العناصر الماديّة للضرر المادي، ومن ثمَّ فإنَّ الحكم المطعون فيه قاصر التسبب، بما يُجب نقضه من هذا الجانب"⁽⁵⁾.

أما في حالة الضرر المعنوي فـ" قضاء هذه المحكمة جرى على أنه لما كان موطن الضرر الأدبي الموجب للتعويض هو العاطفة والشعور والحنان، وهي من الأمور الخفيّة التي لا يمكن بالحس الظاهر إدراك ما يُصيبها من ضرر، فإنَّه من المتعذر على المحكمة تحديد عناصر هذا الضرر، ومن ثمَّ فإنَّه يكفي لسلامة الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي أن يكون تقديره معقولاً دون غلو أو إسراف"⁽⁶⁾.

(1) م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 40 / 53 ق، بتاريخ 22 مارس 2007م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصيّة"، ص: 270.

(2) المرجع نفسه.

(3) م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 12 / 48 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، (سبق ذكره).

(4) م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 03 / 52 ق، بتاريخ 17 مارس 2005م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصيّة"، ص: 87.

(5) م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 38 / 51 ق، بتاريخ 10 مارس 2005م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصيّة"، ص: 64.

(6) م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 52 / 54 ق، بتاريخ 22 مايو 2008م، (سبق ذكره).

وتؤكد المحكمة العليا مرة أخرى أن أمر "تقدير مبلغ التعويض الجابر للضرر هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان تقديرها للتعويض معقولاً دونما تقتير أو إسراف طالما لا يوجد نص في القانون يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه"⁽¹⁾.

لكن وفي جميع الأحوال: تبقى الكلمة الفصل في تقدير المبلغ المحكوم به لمحكمة الدرجة الثانية لا الأولى، وبخصوص هذه المسألة تقول المحكمة العليا: إن "الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أيّد حكم محكمة أول درجة لأسبابه فيما يتعلق بثبوت الضرر، إلا أنه قد انتهى إلى تخفيض مبلغ التعويض المحكوم به استجابة للأسباب التي أوردها المطعون ضده في استئنافه، وأورد في ذلك قوله: ((وإن كان المستأنف قد تعسف في استعمال الحق الذي منحه له الشارع بأن أوقع الطلاق على المستأنف ضدها لغير حاجة دعتة إلى ذلك، وألحق بها ضرراً موجباً لتعويضها عنه، إلا أنه يجب أن يكون التعويض متناسباً مع الضرر. وهذه المحكمة رأت أن محكمة البداية قد غالت في مبلغ التعويض، ذلك أن المقصود بالتعويض هو جبر الضرر، وليس الإثراء بدون سبب، مما ترى معه تعديل الحكم المستأنف فيما قضى به بالنسبة للتعويض إلى الحكم بتخفيضه [...])، وترى أن في ذلك ما يجبر الضرر المعنوي الذي لحق بالمستأنف ضدها...))."

وتضيف المحكمة العليا في هذا المقام قائلة: "كان البين من ذلك أن المحكمة المطعون على قضائها قد اختلفت مع محكمة أول درجة في تقديرها لمبلغ التعويض الجابر للضرر المعنوي، حيث أنقصته إلى الحد الذي رآته يتناسب مع الضرر، ولا جناح عليهما في ذلك؛ إذ إن من حق محكمة الدرجة الثانية أن تمارس سلطتها التقديرية على نحو يُغايِر رأي محكمة الدرجة الأولى، وأن تختلف معها تقدير التعويض المحكوم به؛ لأنها أعلى، ولها الكلمة الأخيرة في كل ما هو متعلق بممارسة السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بلا مُعقّب عليها من محكمة النقض [...]"⁽²⁾.

هذا بشكل عام ما أكدته المحكمة العليا بخصوص ما يجب أخذه بعين الاعتبار في تقدير التعويض، ومع ذلك فإن المحكمة ذاتها أكدت أيضاً - من خلال الأحكام الصادرة عنها بالخصوص - جملة من النقاط التي لا يجب أن تؤثر على تقدير قيمة التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق، وذلك على النحو التالي:

النقطة الأولى- لا أثر لحق الزوج في الطلاق على تقدير قيمة التعويض:

إن "حق الزوج في الطلاق وفقاً للشرع والقانون لا تأثير له على تقدير التعويض، وإنما المعوّل عليه في هذا الشأن هو وقوع الضرر، ومقداره، فكان على المحكمة أن تتناول هذا الضرر، وتحدّده، ومدى تناسبه مع ما قضت به من تعويض لجبره، فإن لم تفعل فإن حكمها يكون قاصراً، مما يتعيّن معه نقضه"⁽³⁾.

هكذا كان ردّ قضاة المحكمة العليا على الحكم الصادر عن محكمة جنوب بنغازي الابتدائية التي خفّضت قيمة التعويض؛ بحجّة أنّ: "[محكمة أول درجة] قضت للمستأنف ضدها بكافّة حقوقها، [و] أنّ الطلاق يُعتبر حقاً للزوج منحه له الشرع والقانون في إنهاء العلاقة الزوجية يلجأ إليه حال استحالة العشرة"⁽⁴⁾.

ولا شك أنّ حكم محكمة جنوب بنغازي الابتدائية لا يخلو من مُفارقة وهي: أنّ المحكمة ذاتها أخذت بعين الاعتبار في هذه القضية وقوع الضرر الناتج عن تعسف الزوج في طلاقه لزوجته بإرادته المنفردة، فكيف لها في

(1) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 41 / 50 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م، (سبق ذكره)، ص: 253.
(2) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 41 / 50 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م، (سبق ذكره)، ص: 253 و 254. يُنظر في المعنى ذاته للحكم المذكور: م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 22 / 51 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004 م، (سبق ذكره)، ص: 331 و 332.
(3) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم 08 / 55 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م، (سبق ذكره).
(4) محكمة بنغازي الابتدائية، حكم صادر بتاريخ 29 أبريل 2007م، قضية رقم: 56 / 2007م. الحكم مأخوذ من حيثيات حكم م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم 08 / 55 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م، (نسخة حكم غير منشورة).

الوقت ذاته أن تعتبر هذا الطلاق حقاً للزوج شرعاً وقانوناً؛ لتبرير خفض قيمة التعويض المقضي به من قبل قاضي أول درجة.

"الطلاق يُعتبر حقاً للزوج منحه له الشرع والقانون في إنهاء العلاقة الزوجية يلجأ إليه حال استحالة العشرة"⁽¹⁾، ولكنه مُقيّد - كما أكّدت المحكمة العليا في العديد من الأحكام المشار إليها سابقاً - "بأن تكون هناك حاجة تدعو إليه"⁽²⁾.

بمعنى آخر: " إذا طلق [الزوج زوجته] لحاجة إلى الخلاص [...] فلا تعويض"⁽³⁾ من الأساس؛ لأنّه في هذه الحالة يكون مستعملاً لحقه في الطلاق وفقاً لما قصده الشارع من إعطائه لهذا الحق، أمّا إذا ثبت الضرر الناتج عن التعسّف في استخدام الحق في الطلاق، فلا مجال هنا لإعمال الحق في الطلاق لتخفيض قيمة التعويض. النقطة الثانية- لا أثر للحقوق المالية المستحقة للزوجة والمترتبة عن الزواج والطلاق على تقدير قيمة التعويض:

في اتساق تامّ مع ما انتهجه قضاء المحكمة العليا في عدم ربط الحق في التعويض - في حدّ ذاته - بما تستحقه المطلقة من حقوق ماليّة، تؤكّد المحكمة من جديد ضرورة عدم الأخذ بعين الاعتبار ما تستحقه المطلقة من هذه الحقوق لتقدير قيمة التعويض.

وباختصار: فإنّ " الحكم بالحقوق الزوجية من عدمه، وهي حقوق مترتبة عن عقد الزواج لا علاقة له بتقرير التعويض، وتقديره، [...] وإنّما المعوّل عليه في هذا الشأن هو وقوع الضرر، ومقداره"⁽⁴⁾.
النقطة الثالثة- لا أثر لحال الملزم بالتعويض على تقدير قيمته:

ففي العديد من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، تؤكّد هذه الأخيرة " أنّ تقدير مبلغ التعويض إنّما يكون بحسب جسامته الضرر، ولا علاقة له بحالة المتسبّب فيه يسراً وعسراً"⁽⁵⁾، "ف" عدم [قدرة الملزم بالتعويض] على دفع التعويض لا يمنع المحكمة من تقديره والقضاء به؛ حيث إنّ التعويض عن الضرر سببه وجود الضرر، وتقديره يكون بحسب جسامته الضرر وضآلته، ولا يتوقّف القضاء به وتقديره على حالة المتسبّب فيه يسراً وعسراً"⁽⁶⁾.
لكن، وفي جميع الأحوال: على محكمة الموضوع أن تُقدّر مبلغ التعويض تقديراً " معقولاً دونما تقتير أو إسراف طالما لا يوجد نص في القانون يُلزم باتباع معايير معينة في خصوصه"⁽⁷⁾.

وقد استبعدت المحكمة العليا حال الملزم بالتعويض من أن يكون محل اعتبار في تقدير هذا التعويض المؤسّس على عنصر الضرر، ومن ثمّ فإنّ تقدير قيمة التعويض يجب أن يكون كافياً لجبر الضرر الذي هو أساس استحقاق التعويض. وهذا بالتأكيد بخلاف تقدير قيمة المتعة التي يجب أن تكون وفقاً لحال المطلق؛ لأنّها لجبر خاطر المطلقة، أمّا التعويض فهو لجبر الضرر الواقع على المطلقة؛ ولهذا يُراعى في تقديره جسامته هذا الأخير، وبغض النظر عن حال الملزم به.

فهذا التأكيد تكون المحكمة العليا الليبية قد تميّزت - في معالجتها للتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي - عن بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية التي أقرّت مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكنها في الوقت ذاته أخذت بعين الاعتبار حال المطلّق الماديّة عسراً ويُسراً⁽¹⁾.

(1) المرجع نفسه.

(2) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 37 / 52 ق، بتاريخ 09 مارس 2006م، (سبق ذكره).

(3) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 26 / 40 ق، بتاريخ 10 فبراير 1994 م، (سبق ذكره).

(4) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 08 / 55 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م، (سبق ذكره).

(5) المرجع نفسه.

(6) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 15 / 50 ق بتاريخ 26 يونيو 2003م، (سبق ذكره)، ص 182.

(7) م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 41 / 50 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م، (سبق ذكره).

ويمكن إرجاع السبب في اختلاف معالجة قضاة المحكمة العليا عن معالجات القوانين العربية، إلى أنّ هذه الأخيرة اعتبرت التعويض هو المتعة؛ فأخذت بعين الاعتبار حال الملزم بها، في حين أن قضاة المحكمة العليا اعتبروا أن التعويض ليس هو المتعة وإنّما هو حق مالي آخر أساس استحقاقه ثبوت الضرر. وبشكل عام: فإنّ الضرر وبغض النظر عن أي شيء آخر هو ما يجب أن يُعوّل عليه قاضي الموضوع، وهذا ليس في تقرير التعويض فحسب وإنّما في تقديره أيضاً.

الخاتمة

أدى قضاء المحكمة العليا دوراً مهماً في إقرار مسألة الطلاق التعسفي الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة، وما يترتب عن هذا النوع من الطلاق من أثر، وكل هذا بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي⁽²⁾ الذي يُعدّ مصدر تشريع القانون رقم (10) لسنة 1984م وتعديلاته، وذلك مع غياب النصّ التشريعي الحاكم للموضوع المتناول في هذه الورقة.

هذا القضاء يُعدّ مؤسساً لمبدأ إقرار الطلاق التعسفي، والحق في التعويض عنه من ناحية، كما أنّه يُعدّ مُنظماً للموضوع من ناحية أخرى. التأسيس للمبدأ المذكور اعتمد أولاً على تأصيل معنى الطلاق التعسفي فقهاً باستنباطه من مسألة تأثيم الشارع للطلاق من دون سبب يبرّره.

من هذا التأصيل فرّعت المحكمة العليا ثانياً حق المطلقة تعسفاً في المطالبة بالتعويض، وما تبع هذا التفرع من تصدي المحكمة العليا لتنظيم موضوع التعويض، ولملمة جوانبه المختلفة. تنظيم المحكمة العليا للموضوع أظهر معالجتها المتميّزة للتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي؛ وذلك بربط المسألة بثبوت الضرر لاستحقاق التعويض وبغض النظر عن أي شيء آخر. هذا التميّز في المعالجة بان بشكل واضح من خلال استبعاد عدد من المسائل التي ربما يلتبس الأمر فيها مع التعويض، وبخاصّة المتعة التي اعتبرتها بعض القوانين المقارنة هي التعويض ذاته التي تسحقه المطلقة طلاقاً تعسفياً.

(1) تنصّ المادة 155 من آخر قانون للأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة 2019م على: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول و طلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقلّ عن نفقة سنة و لا يزيد على نفقة ثلاث سنوات و يُراعى في فرضها حال الزوج عُسرًا و يُسرًا و يدفع جملة إذا كان الزوج موسراً و أفساطاً إذا كان معسراً، و لا يُؤثر ذلك على حقوقها الأخرى". تُنظر: الجريدة الرسمية، ع: 5578، بتاريخ 02 يونيو 2019م، ص: 3201. تجدر الإشارة إلى أنّ هذا النص هو ما كان يُقضى به في الأردن بموجب قوانين سابقة على صدور هذا القانون الأخير. تُنظر أيضاً: المادة 117 من القانون رقم (4) لسنة 2019م المتضمن تعديل بعض المواد من قانون الأحوال الشخصية السوري، و الصادر في 07 فبراير 2019م، والتي تنصّ على: "إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دونما سبب معقول و من غير طلب منها استحققت تعويضاً من مطلقها بحسب حاله و بما لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يحكم به جملة أو مقسطاً بحسب مقتضى الحال". القانون السوري الأخير عدّل المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (59) لسنة 1953 و المعدّل بالقانون رقم (34) لسنة 1975 و التي كانت تشترط لاستحقاق المطلقة تعسفاً للتعويض (أي: المتعة): "أنّ الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقاً".

(2) ولعلّ فيما قضت به الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا — من رفضها للطعن الذي اعتبر الجمع بين التعويض والمتعة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية — ما يُؤكّد هذا؛ إذ صرّحت أنّ: "[...] حكمة التعويض في الأساس [هي] إقامة العدل، وموجبه الضرر استناداً إلى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية، ومنها: أنّه لا ضرر ولا ضرار، وأنّ التسبّب في الضرر يوجب الضمان]، و [أنّ الطلاق بلا سبب يُعدّ إبساءً لاستعمال الحق، ومن أساء استعمال حقه تحمّل تبعه ذلك]، وعليه: فإنّ النصّ المطعون بعدم دستوريته لا يكون قد خالف قاعدة دستورية طالما لم يُقيّد الإعلان الدستوري المشرع بوجوب الأخذ برأي معيّن بما يضحى النعي عليه في غير محلّه، ويستوجب رفض الطعن". م. ع. ل، طعن دستوري رقم: 02 / 60 ق، بتاريخ 24 مارس 2014م، (سبق ذكره).

ففي نظر المحكمة المتعة ليست هي التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي؛ لأن المتعة هي لجبر خاطر المرأة المطلقة، فهي تعويض عن مجرد الطلاق مادام الزوج هو المتسبب فيه، أما التعويض فهو لجبر الضرر الناتج عن الطلاق، فلا تستحق المطلقة هذا التعويض إلا بثبوت الضرر.

إنّ السبب في هذا التميّز هو المعيار الواضح الذي على أساسه أقرت المحكمة العليا مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، أي: الضرر، فهذا الأخير هو أساس تقرير التعويض، وتقديره بغض النظر عن الحقوق الأخرى التي تستحقها المطلقة، وبغض النظر أيضاً عن حال الملزم به.

ما يُلاحظ على قضاء المحكمة العليا الليبيّ - على الرغم من الدور المتميّز الذي لعبته بخصوص الموضوع - إلا أنّه خلا من مسألة وضع معايير معينة لضبط مسألة تقدير مبلغ التعويض.

أخيراً يمكن القول: إنّ المحكمة العليا عالجت الموضوع بعقل منفتح اعتمد أساساً تأثيم الشارع للطلاق من دون سبب، ونظمت موضوع التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق بشكل عام، والطلاق التعسفي بشكل خاص وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

وفي جميع الأحوال فإن: إقرار المحكمة العليا الليبية للحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي يُعدّ تطبيقاً عملياً لقاعدتي: "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾، و "الضرر يزال"⁽²⁾.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً - مراجع الفقه الإسلامي:

- ابن تيمية، مجموعة فتاوى ابن تيمية الكبرى، دار المنار، (د. ط)، (د. س)، م: 3.
- ابن عاشور، محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار سحنون للنشر والتوزيع (تونس) - دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة (القاهرة)، مصر، (د. ط)، 2006م.
- أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (د. ط)، (د. ت).
- أحمد الزرقا. يُنظر: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط: 6، 2001م.
- خلّاف، عبد الوهّاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 2017م.
- الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط: 4، 1988م.
- الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط: 9، 2012م.
- الزلمي، مصطفى:
- * أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، نشر إحسان للنشر والتوزيع، ط: 1، 2014م.
- * مدى سلطان الإرادة في الطلاق، نشر إحسان للنشر والتوزيع، ط: 1، 2014م.

(1) حديث شريف رواه الإمام مالك في الموطأ، و عدد آخر من الرواة. يُنظر: الإمام مالك، الموطأ، مؤسسة الرسالة، بيروت/ دمشق، ط: 1، 2013، ح رقم: 1503، ص: 567.

(2) قاعدة فقهية، وهي إحدى القواعد المسوقة بشأن الضرر، و المتعلقة بوجوب إزالته إذا وقع، كما يقول الشيخ: أحمد الزرقا. يُنظر: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط: 6، 2001م، ص: 179.

- سرحان، معوض، الأحوال الشخصية حسب المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية والسودانية والمجالس الحسبية، مطابع رمسيس، الإسكندرية، (د.ط)، 1953م.
- شعبان، زكي الدين، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، ط: 4، 1978م.
- الصابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، (د. م. ن)، ط: 2، 1968م، ج: 1.
- الغرياني، الصادق، الأسرة أحكام وأدلة، المقري للنشر والتوزيع، ط: 4، 2004م.
- مالك، الموطأ، مؤسسة الرسالة، بيروت، دمشق، ط: 1، 2013، ح رقم: 1503.
- موافي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عقان للنشر والتوزيع، الخبر، السعودية، م: 1، ط: 1، 1997م
- موسوعة فقه عمر بن عبد العزيز، لمحمد رواس قلعه جي، مجلس النشر العلمي " لجنة التأليف والتعريب والنشر"، جامعة الكويت، ط: 1، 2001.
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط: 2، 1988م، ج: 13؛ ط: 1، 1993م، ج: 29؛ ط: 1، 1997، ج: 37.

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

1. الكتب باللغتين العربية، والفرنسية

- الأشقر، عمر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، ط: 4، 2007م.
- الجلدي، سعيد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، مطابع عصر الجماهير، الخمس، ط: 2، 1998م، ج: 2.
- زيدة، الهادي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مؤسسة شروق للترجمة والنشر، المنصورة، مصر، ط: 1، 2013م، ج: 2 (الطلاق غير القضائي).
- السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق - بيروت، لبنان ودار النبريين - دمشق، سوريا، ط: 9، 2001م.
- العالم، عبد السلام، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ط: 2، 1995م.
- الغندور، أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ط: 5، 2006م.
- القدومي، عبير، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط: 1، 2007م.
- ALATI (A.), La rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse: Étude de législation française et de législation islamique appliquée en pays arabes, vol. I, Éditions Universitaires Européennes, 2018.

2. البحوث و المقالات:

- الدبّاع، أيمن، التعسف في الطلاق " حقيقته، معايير، حالاته، الجزاء المترتب عليه"، مجلة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية)، م: 18، ع: 1، 2014م.
 - شيبه، مصطفى، نصوص الطلاق و التطبيق في القانون رقم 84/10 بين قصور في الحكم و غموض في الصياغة، مجلة الجامعة الأسمريّة، س: 7، ع: 14، 2010م.
 - العبّار، سعد، التعارض بين النصوص: دراسة في ضوء القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهما، مجلة الجامعة الأسمريّة، س: 7، ع: 14، 2010م.
- ثالثاً- الأحكام القضائية:**
- 1. أحكام المحكمة العليا:**
- أ. أحكام منشورة في:**
- *مجلة المحكمة العليا:**
- طعن أحوال شخصية رقم: 06 / 42 ق، بتاريخ 30 نوفمبر 1995 م، س: 30، ع: (2 ، 3) ص: 12 و 13.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 26 / 40 ق، بتاريخ 10 فبراير 1994 م، س 28، ع (1 ، 2) ص: 16.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 04 / 40 ق، بتاريخ 29 مايو 1993، س: 29، ع: (3، 4)، ص: 13 و 14.
 - *مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"
 - طعن أحوال شخصية رقم: 37 / 52 ق، بتاريخ 09 مارس 2006م، ص: 78.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 12 / 48 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، ص: 144.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 22 / 51 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004 م، ص: 331.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 67 / 52 ق، بتاريخ 02 فبراير 2006، ص: 69.
 - طعن الأحوال الشخصية رقم: 15 / 50 ق، بتاريخ 26 يونيو 2003م، ص: 181.
 - طعن أحوال شخصية رقم : 11/49 ق، بتاريخ 31 أكتوبر 2002م، ص: 367.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 53/48 ق، بتاريخ 31 يناير 2002 م، ص: 279.
 - طعن أحوال شخصية رقم 36/49 ق، بتاريخ 13 مارس 2003م، ص: 81.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 39 / 51 ق، بتاريخ 06 يناير 2005م، ص: 24.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 41 / 50 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م، ص: 253.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 40 / 53 ق، بتاريخ 22 مارس 2007م، ص: 270.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 03 / 52 ق، بتاريخ 17 مارس 2005م، ص: 87.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 38 / 51 ق، بتاريخ 10 مارس 2005م، ص: 64.
- ب. نسخ أحكام غير المنشورة:**
- طعن دستوري رقم: 02 / 60 ق، بتاريخ 24 مارس 2014م.
 - طعن أحوال شخصية رقمي: 31 و 32 / 40 ق، بتاريخ 16 يونيو 1994م.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 34 / 54 ق، بتاريخ 28 فبراير 2008م.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 19 / 55 ق، بتاريخ 20 نوفمبر 2008م.

- طعن أحوال شخصية رقم 44/37 ق، بتاريخ 30 يوليو 1998م.
 - طعن أحوال شخصية رقم : 48/23 ق، بتاريخ 14 يونيو 2001م.
 - طعن أحوال شخصية رقم: 52 / 54 ق، بتاريخ 22 مايو 2008م.
 - طعن أحوال شخصية رقم 08 / 55 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م.
 - طعن أحوال شخصية رقم 25 / 53 ق، بتاريخ 01 فبراير 2007م.
2. أحكام محاكم الموضوع غير المنشورة:
- حكم رقم: 2013/32 صادر عن محكمة زليتن الابتدائية المدنية (الدائرة الاستئنافية) بتاريخ 10 نوفمبر 2013م، استئناف مُقيد في السجل العام تحت رقم: 16 / 2013.
 - حكم صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية، (دائرة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 26 نوفمبر 2008م، دعوى مُقيدة في السجل العام تحت رقم: 377 / 2008.
 - حكم رقم: 2009/149 صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية، (دائرة أبو سليم/ الدائرة الشرعية الثالثة)، بتاريخ 26 مارس 2009م، دعوى مُقيدة في السجل العام تحت رقم: 579 / 2008.
 - حكم رقم: 2010/78 صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية، (دائرة أبو سليم الدائرة/ الشرعية الأولى)، بتاريخ 10 يناير 2010م، دعوى مُقيدة في السجل العام تحت رقم: 486 / 2008.
 - حكم صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة أبو سليم (الدائرة الأولى/ الأحوال الشخصية)، بتاريخ 28 ديسمبر 2008م، حكم رقم: 2008/538، دعوى مُقيدة في السجل العام تحت رقم: 633 / 2008.
 - حكم رقم: 2003/746 صادر عن محكمة المدينة الجزئية، (دائرة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 16 ديسمبر 2003م، دعوى مُقيدة في السجل العام تحت رقم: 775 / 2002.
 - حكم رقم: 2009/578 صادر عن محكمة المدينة الجزئية، (دائرة الأحوال الشخصية الثانية/ غوط الشغال)، بتاريخ 18 نوفمبر 2009م، دعوى مُقيدة في السجل العام تحت رقم: 221 / 2009.

تطبيق أحكام الشريعة "المفهوم والكيفية"

د. فوزي سالم أوليطي

محاضر بقسم الشريعة الإسلامية بكلية القانون

جامعة المرقب/ الخمس (ليبيا)

fsoletey@elmergib.edu.ly

الملخص:

الإيمان بسيادة الشريعة وتحكمها في بلاد المسلمين مبدأ يجب ألا يخضع للنقاش، فهو من المسلمات التي لا نكاد نجد مخالفاً لها بين فقهاء المسلمين، والأدلة الشرعية والعقلية على ذلك ماثورة ومعروفة، كما أن الدراسات والبحوث قد أتت على هذه المسألة وجمعت شتاتها، الأمر الذي يكفينا إعادة سوق الأدلة والشواهد والحجج عليها في دراستنا هذه.

بيد أن الأمر الذي يبدو لي أحوج للنقاش والحجاج هو كيفية إعمال هذا المبدأ، وتطبيقه على أرض الواقع في ظل الواقع الزماني والمكاني، فمسألة التطبيق من أهم -إن لم تكن هي أهم- المسائل التي تحتاج إلى فقه متمكن لا يجافي النصوص الشرعية والأدلة القطعية، ويراعي في الوقت نفسه الواقع الذي يعيشه المسلمون اليوم.

ومن هنا جاءت فكرة هذا البحث الموسوم بـ(تطبيق الشريعة المفهوم والكيفية) بهدف محاولة تجلية هذا العنوان "تطبيق أحكام الشريعة" وكيفية تطبيقها واقعياً في ظل واقعنا المعاصر، بعد أن زاغ به كثير من الباحثين عن مقصوده، وحصروه في أضيق أبوابه، ووضعوا أمامه الكثير من العراقيل على النحو الذي سنراه في محاور هذه البحث، والذي قسمته على مبحثين، الأول: بينت فيه مفهوم تطبيق الشريعة من خلال بيان معنى مفردتيه، تطبيق وشريعة، في مطلب أول، وإلزامية تطبيق أحكام الشريعة وبطلان كل ما يخالفها في مطلب ثانٍ، وبينت في المبحث الثاني كيفية تطبيق الشريعة في زمننا الحاضر، وذلك من ضرورة النص على ذلك دستورياً في مطلب أول، وصياغة أحكامها في صورة القوانين العصرية مع إلقاء الضوء على التجربة الليبية في ذلك في مطلب ثانٍ، وقد ختمت هذا البحث بخاتمة لأهم النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية - تطبيق الشريعة - الدستور - التقنين

مقدمة

إن الإيمان بمبدأ سيادة الشريعة وتحكمها مبدأ يجب ألا يخضع للنقاش، فهو من المسلمات التي لا نكاد نجد مخالفاً لها بين فقهاء المسلمين، والأدلة الشرعية والعقلية على ذلك ماثورة ومعروفة، كما أن الدراسات والبحوث قد أتت على هذه المسألة وجمعت شتاتها، وحررت مسألتها، الأمر الذي يكفينا أمر إعادة سوق الأدلة والشواهد والحجج عليها في دراستنا هذه.

بيد أن الأمر الذي يبدو لي أنه أحوج للبحث والنقاش هو كيفية إعمال هذا المبدأ وتطبيقه على أرض الواقع، في ظل الواقع الزماني والمكاني، فمسألة كيفية التطبيق من أهم - إن لم تكن هي أهم - المسائل التي تحتاج إلى فقه متمكن، لا يجافي النصوص الشرعية والأدلة القطعية، ويراعي في الوقت نفسه الظرف الزماني والواقع الذي يعيشه المسلمون اليوم.

ومن هنا جاءت فكرة هذا البحث الموسوم بـ (تطبيق الشريعة المفهوم والكيفية) - والذي أسأل الله العظيم أن يوفقني في خوض غمارة - بهدف محاولة تجلية مفهوم تطبيق أحكام الشريعة وكيفية تطبيقها في ظل واقعنا المعاصر، بعد أن زاغ به كثير من الباحثين عن مقصوده، وحصروه في أضيق أبوابه، ووضعوا أمامه الكثير من العراقيل على النحو الذي سنراه في محاور هذه البحث.

إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في الإجابة عن السؤالين التاليين:

- 1- ما معنى تطبيق الشريعة؟ وهل يقتصر ذلك على العقوبات فقط أم أنه نظام شامل لكافة نواحي الحياة؟
- 2- ما هي الكيفية التي يمكن بها تطبيق أحكام الشريعة في زمننا الحاضر؟ وما هي المعوقات التي قد تعترض

ذلك؟

خطة البحث:

لقد قسمت هذا البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: المقصود بتطبيق الشريعة وبطلان كل ما يخالفها.

المبحث الثاني: كيفية تطبيق الشريعة في زمننا الحاضر.

المبحث الأول

المقصود بتطبيق الشريعة وبطلان كل تشريع يخالفها

إن تطبيق أحكام الشريعة في واقع الحياة هو من أهم الواجبات وأعلهاها في حياة المسلم، إلا أن الفكر التغريبي الذي سيطر على كثير من أبناء الأمة، وما صاحبه من جهل بأحكام الشريعة حتى صار الكثير منهم يتسألون عن المقصود بتطبيق الشريعة وكيف يمكننا فعل ذلك، وهذا وإن كان من البدهيات التي يجب أن يعرفها كل مسلم ومؤمن بالله ورسوله؛ إلا أن الواقع خلاف ذلك، ومن هنا أردت من خلال هذا المبحث التنبيه على المقصود بمصطلح تطبيق الشريعة في مطلب أول، وبطلان كل تشريع يخالفها في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

تحديد المقصود بمصطلح تطبيق الشريعة

تطبيق الشريعة مركب إضافي من كلمتين: تطبيق، وشريعة، ومن هنا يجدر بنا قبل الخوض في غماره التعريف بمفردتيه بدايةً، ثم التعريف بمعناه الإجمالي؛ وذلك لبناء تصور علمي صحيح حول المفهوم أولاً، ثم خوض غمار البحث في كيفية تطبيقه على أرض الواقع، فالحكم على الشيء فرع عن تصوره.

أولاً/ تحديد مفهوم مصطلح التطبيق ومصطلح الشريعة:

التطبيق في اللغة: من طَبَّقَ، أي: وضعُ شيءٍ مبسوطٍ على مثله حتى يغطيه، وقولهم طَبَّقَ الحق: إذا أصابه، ومعناه: وافقه حتى صار ما أراده وفقاً للحق مطابقاً له⁽¹⁾، وأطبق القوم على هذا الأمر أي: اجتمعوا وصارت كلمتهم واحدة⁽²⁾، ومن معاني التطبيق في المعجم الوسيط: إخضاع المسائل والقضايا لقاعدة علمية أو قانونية أو نحوهما⁽³⁾، وتطبيق الشريعة: أي تنفيذها⁽⁴⁾.

أما الشريعة فهي في اللغة: مورد الشاربة الماء⁽⁵⁾، والشريعة والشراع والمرعة: المواضع التي ينحدر إلى الماء منها⁽⁶⁾، وشرع في الأمر: أي خاض، وشرعت الدواب في الماء: دخلت⁽⁷⁾، والشريعة أيضاً: ما شرع الله لعباده من الدين وأمر به، قال الله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمِثْجَاً﴾⁽⁸⁾، وقال سبحانه: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا﴾⁽⁹⁾ وهو المقصود في هذا الباب.

أما الشريعة في الاصطلاح: فهي الأحكام التي سنّها الله - تعالى - لعباده على لسان رسول من الرسل⁽¹⁰⁾، أو هي مجموعة الأحكام التي أوحى الله بها لسيدنا محمد - صلى الله عليه وسلم - لتبليغها إلى الناس⁽¹¹⁾.

وبذلك فإن مصطلح الشريعة يشمل كل ما سنّه الله - تعالى - من الدين وأمر به، كالصلاة، والزكاة، والحج، وسائر أعمال الخير، أو أمر باجتنابه كالقتل، والسرقه، وسائر المعاصي، وهي شاملة أيضاً للعقائد والأخلاق، ونظم الحياة كافة، وقد توسع بعض العلماء في مفهوم الشريعة فجعلها تشمل كل ولاية وعمل فيه صلاح الدين والدنيا مما جاء في كتاب الله وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم -، وما عليه سلف الأمة في العقائد والأحوال والعبادات والأعمال والسياسات والأحكام والولايات⁽¹²⁾ قال ابن تيمية: "اسم الشريعة والشرع والشرعة ينتظم كل ما شرعه الله من العقائد والأعمال"⁽¹³⁾.

وهي بذلك تتضمن ثلاثة أنواع من الأحكام:

- ما يتعلق بالعقائد الأساسية، كالأحكام المتعلقة بذات الله، وصفاته، وبالإيمان به، وبرسوله، وكتبه، واليوم الآخر، وما فيه من حساب وجزاء، وقد تكلف بدراسة هذا النوع من أحكام الشريعة علم العقيدة.

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة (طبق) ج 3 ص 440.

(2) الفراهيدي، كتاب العين، ج 1 ص 388.

(3) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج 2 ص 655.

(4) قلججي، معجم لغة الفقهاء، ج 1 ص 160.

(5) الجواهري، الصحاح تاج اللغة، ج 3 ص 236.

(6) ابن منظور، لسان العرب، مادة (شرع) ج 8 ص 175.

(7) الرازي، مختار الصحاح، ص 294.

(8) سورة المائدة، الآية: 48.

(9) سورة الجاثية، الآية: 18.

(10) سعيد محمد الجليدي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ص 21.

(11) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 65.

(12) محمد سعيد العجلوني، التدرج في تطبيق الشريعة، ص 238.

(13) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 19 ص 306..

- ما يتعلق بهتذيب النفوس وإصلاحها، كالأحكام المبينة للفضائل التي يجب أن يتحلى بها الإنسان كالصدق، والأمانة، والوفاء بالعهد، والشجاعة، والإيثار، والتواضع، والإحسان، والعفو، والصفح، والأحكام المبينة للذرائل التي يتحتم على المرء أن يتخلى عنها كالكذب، والخيانة، وخلف الوعد، والجبن، والبخل، والأنانية، والتكبر، والإساءة إلى الغير، وما إلى ذلك مما تكفل ببيانه علم الأخلاق.

- ما يتعلق بتنظيم علاقات الناس بخالقهم، كأحكام الصلاة، والصوم، والزكاة، والحج، وتنظيم علاقاتهم ببعضهم كأحكام البيوع، والإجارة، والزواج والطلاق، وغيرها، وكذلك الأحكام المنظمة لعلاقات الأفراد والدول في حال السلم والحرب، وقد انفرد بهذا النوع من أحكام الشريعة علم خاص يسمى علم الفقه⁽¹⁾.

وكل هذه الأحكام في مجملها داخلة تحت مسمى الشريعة، إلا أن العلماء اختلفوا في المراد بلفظ الشريعة إذا أطلقت: هل يراد بها الدين كله عقيدة وعبادة ونظام حياة؟ أم هي مخصوصة بالجانب العملي دون جانب الاعتقاد؟ أم هي مخصوصة بالجانب العقدي وحده في مثل تصنيف الأجرى كتابه "الشريعة" لقضايا الاعتقاد فقط؟ وهذه مسألة اصطلاحية اختلف فيها الفقهاء، ولكل رأي شواهد من النصوص الشرعية⁽²⁾.

وبناء على ما سبق يكون المراد بتطبيق الشريعة: هو اتخاذ أحكام الشريعة بمبادئها العقدية وأحكامها العملية دستوراً ينظم جوانب الحياة كافة، ومنه تستمد التشريعات، وتكون لها الحاكمية العليا على كافة تصرفاتنا، فما وافقها فهو الحق، وما خالفها فهو الباطل.

ثانياً- الفرق بين الشريعة والفقه:

لقد خضع مدلول الفقه لتطور مفهومي غير من نطاقه عبر مراحل زمنية عدة، ففي بادئ الأمر وقبل ظهور المذاهب الإسلامية الكبرى كان مصطلح الفقه يطلق على العلم بجميع الأحكام الشرعية ومعرفتها معرفة تفصيلية مستمدة من أدلتها الشرعية، سواء ما كان منها متصلاً بالعقائد أم بالأخلاق أم بأفعال المكلفين، ثم حُصص هذا العموم عقب ظهور المذاهب الإسلامية باقتصاره على فهم ومعرفة جانب من الأحكام الشرعية، وهي الأحكام الشرعية العملية التي تخص أفعال المكلفين، وخرجت عن نطاقة أحكام العقائد والأخلاق⁽³⁾، ومن هنا اصطلاح الفقهاء على تعريفه بأنه: فهم نصوص الشرع، والاجتهاد في إدراك معانيها وعللها ومراميها، أو استنباط الأحكام بالقياس، أو من روح الشريعة ومقاصدها العامة ومصادرها العقلية، في كل ما لم يرد فيه نص خاص⁽⁴⁾.

وهذا يتبين لنا أن العلاقة بين الشريعة والفقه هي علاقة عموم وخصوص، حيث إن الشريعة أعم وأشمل من الفقه، ومن هنا نلاحظ أن أغلب الدساتير التي نصت على تحكيم الشريعة استخدمت مصطلح الشريعة ولم تستخدم مصطلح الفقه، فالشريعة بقواعدها الكلية ومبادئها العامة تستوعب مستجدات العصر كافة، وهي قواعد مستقرة، بعكس الفقه والذي قد يكون مقيداً بتفصيلات وتفريعات وفقاً لأفهام معينة، في زمن معين، وظروف معينة⁽⁵⁾.

(1) سعيد محمد الجليدي، المرجع السابق، ص 21.

(2) قال ابن تيمية: "من الناس من يسمي العلم والاعتقاد والحكم والقول الخبري التابع علم الأصول، أو أصول الدين، أو علم الكلام، أو الفقه الأكبر، ونحو ذلك من الأسماء المتقاربة، وإن اختلفت فيها المقاصد والاصطلاحات، ويسمى النوع الآخر علم الفروع، أو فروع الدين، وعلم الفقه والشريعة، وهذا اصطلاح كثير من المتفقهة، والمتكلمة المتأخرين" الفتاوى الكبرى، ج 19 ص 134.

(3) صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص 17.

(4) سعيد محمد الجليدي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ص 20.

(5) حسن حسين الراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري، ص 5.

ثالثا- مفهوم تطبيق الشريعة:

لقد سبق القول أن كلاً من الشريعة وما استمد منها من فقه إسلامي لكافة شؤون الحياة هي في نظام شامل ينظم علاقة الإنسان بخالقه، وينظم العلاقات بين الأفراد والجماعات والدول في السلم والحرب، لكن هذا المفهوم قد تعرض إلى تحريف كبير، حيث حاد به بعض الناس عن المقصود به، وحصروه في أضيق أبوابه، وحولوه من منهج حياة إلى منهج عقاب، حيث حصروا تطبيق الشريعة في أحكام القصاص وإقامة الحدود الشرعية على الزنا والسراق وقطاع الطرق وغير ذلك.

إلا أنه مع أهمية هذا الباب - باب القصاص والحدود - فإن مفهوم تطبيق الشريعة أوسع من ذلك، فأحكام الشريعة وحدة واحدة ومنهج متكامل شامل لنواحي الحياة كلها، يضبط شؤونها، على المستوى الفردي وعلى مستوى المجتمع بأكمله، وما يتصل به من تربية، واقتصاد، وأنظمة حكم، وقضاء، وعلاقات دولية، وغير ذلك، كل ذلك في إطار منظومة تشريعية متكاملة يسند بعضها بعضاً، ولا يمكن فصل أجزائها: لأن كل حكم فيها ينسجم مع باقي الأحكام، ويرتبط بها، بحيث يفقد قوته ويضعف مقصوده إذا فصل عن باقي أحكامها⁽¹⁾.

فإذا أخذنا مثلاً القرآن الكريم كأحد مصادر التشريع وأسمائها منزلة نجد أن آيات الأحكام فيه لم تبلغ عشر آياته، كما ذكر ذلك العلماء⁽²⁾، أما التسع أعشار الباقية ففيها بيان أحكام العقائد، والمعاملات، والأخلاق، وأحكام الأسرة، وبناء المجتمع، والعلاقات بين الشعوب والأمم، فإذا كانت آية واحدة أمرت بإقامة الحد على السارق، فعشرات الآيات الأخرى تأمر بإيتاء الزكاة، والإنفاق في سبيل الله، وتحض على إطعام المساكين، وتحذر من الكنز والشح والتطيف والربا والميسر والظلم بكل أنواعه، وتقيم العدل والتكافل بين الناس، بحيث لا يسرق - في المجتمع المسلم الحق - محتاج أو محروم.

فالأحكام الشرعية ليس مجالها القضاء فقط ولا تقع مسؤولية تنفيذها على الحكام وأولياء الأمور فقط، وإنما كثير من الأحكام الشرعية تقع مسؤولية تطبيقها على الشعوب والأفراد، ولا تحتاج إلى حاكم وسلطان من أجل تطبيقها، كالكثير من أحكام الحلال والحرام، والأحكام التي تضبط علاقة الفرد بالفرد وبالأسرة وبالمجتمع. ومن هنا فإن مفهوم تطبيق الشريعة يجب أن يكون بالاعتقاد بأن الشريعة الإسلامية كل لا يتجزأ، وأن أحكام الإسلام وصفة متكاملة يرتبط بعضها ببعض، ويكمل بعضها بعضاً، وهي كل لا يتجزأ، عقائد وعبادات، ومعاملات، وأفكار ومشاعر، وأخلاق وقيم، وآداب وتقاليد، وقوانين وتشريعات.

إلا أن ذلك لا يعني الاستغناء عن الجهود الإنسانية وما تخلفه من تراث إنساني، ونظم تشريعية معاصرة، ولوائح ونظم، قد يستفاد منها في صياغة وتطوير تشريعاتنا الإسلامية في حدود الضوابط الشرعية⁽³⁾.

المطلب الثاني**إلزامية تطبيق أحكام الشريعة وبطلان كل تشريع يخالفها**

لا يمكن لباحث منصف أن يزعم أن المسلمين في حاجة إلى أي تشريع آخر غير أحكام الشريعة ينظم حياتهم، سواء في المجال القضائي، أو الاقتصادي، أو الجنائي، أو غير ذلك، إلا أن الغزو الاستعماري لبلادنا وما صاحبه من غزو فكري، وتبعية ثقافية غيرت هوية الأمة، وطمست معالم حضارتها، حتى وصل بناء الحال إلى

(1) جهاد داود شحاتة، التدرج في تطبيق أحكام الشريعة، ص 170.

(2) الغزالي، أبو حامد، المستصفى في علم الأصول، ص 342.

(3) جهاد داود شحاتة، التدرج في تطبيق أحكام الشريعة، ص 170.

استبدال شريعتنا - شريعة الرحمان - بقوانين وضعية غربية، وأفكار إنسانية، زاعمين بذلك أننا نريد للحق بركب الحضارة والتطور.

ومن هنا فتحكيم الشريعة اليوم أو غداً ليس شيئاً جديداً على أمتنا، بل هو رجوع إلى الأصل، وإلى الخصوصية الدينية التي عاشت في ظلها الأمة أزهى عصورها، والتي تُلزم المؤمن بها حقاً بالالتزام بأحكامها، وتبطل كل ما خالفها، وفقاً لما سنبينه في هذا المطلب.

أولاً- / إلزامية تطبيق الشريعة الإسلامية:

وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة، وقد تضافرت الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة على ذلك، وانعقد عليه إجماع الأمة، فلا محرم إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا مكروه إلا ما ورد الدليل على كراهته، ولا يجب على العبد إلا ما ورد الدليل بإيجابه، فالحكم لله العلي الكبير، هو الذي أنزل شرعه المطهر، وبينه للناس، ليتخذ عبادَه دستوراً إلهياً، يكون مرجعهم في أحكامهم، وفي تنظيم حياتهم، والحكم بينهم، قال تعالى مخاطباً رسوله الكريم: ﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾⁽¹⁾، وقال جل شأنه: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾⁽²⁾، وقال سبحانه في شأن من أراد أن يتحاكم إلى غير شرعه المطهر: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنْزَلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾⁽³⁾.

وقال عليه الصلاة والسلام: "قد تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما، كتاب الله وسنة نبيه"⁽⁴⁾، وقد قرر ذلك بقاعدة عامة في رد كل ما لم يرد الدليل الشرعي عليه، فقال عليه الصلاة والسلام: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"⁽⁵⁾.

وهذه الأدلة من القرآن الكريم والسنة تفيد وجوب تطبيق الشريعة في شؤون الحياة كلها، بل إن وجوب الأخذ بهما واستنباط الأحكام منهما هو ما تقتضيه الفطرة السليمة، والعقل القويم، والمنطق السديد، وتفيد أسباب ومبررات اجتماعية وفطرية، فهي منهج الله ونظامه الذي وضعه للإنسانية، وبعث به رسول الرحمة محمد - صلى الله عليه وآله وسلم، وهذا مما أجمع الناس عليه، ومن المسلمات التي لا ينكرها أي مسلم، فلا حاجة للإطالة فيه.

ثانياً- بطلان التشريعات المخالفة للشريعة:

في البداية ينبغي أن يُعلم أن القوانين الوضعية ليست كلها مناقضة لأحكام الشريعة، بل إن كثيراً منها فيه من الخير والعدل الشيء الكثير، كما أن فيها مبادئاً وقيماً تقرها الشريعة الإسلامية، كالعدل والمساواة بين الناس في أمور الحياة، والصدق والوفاء، وعدم الاعتداء على الآخرين بغير حق، وفيها تأديب المخالفين للنظام والقانون، وكل ذلك من المقاصد التي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها.

وبالتالي فإن ما يصدر عن الجهات التشريعية من تشريعات وقوانين ولوائح لها أحوال مختلفة، فإما أن تكون موافقة لأحكام الشريعة، وتمتشية مع مبادئها العامة وروحها التشريعية، وإما أن تكون مخالفة لأحكام الشريعة وخارجة على مبادئها، ولا شك أن لكل نوع من هذه التشريعات حكمه الشرعي.

فكل تشريع أو نظام أو قرار موافقٌ لأحكام الشريعة ومتماشٍ مع قواعدها وأسسها العامة هو تشريع شرعي يجب طاعته والتسليم لأحكامه، سواء صدر هذا التشريع بناءً على نص قرآني، أو حديث نبوي، أو إجماع، أو قياس،

(1) سورة المائدة، الآية: 49.

(2) سورة الجاثية، الآية: 18.

(3) سورة النساء، الآية: 60.

(4) الإمام مالك، الموطأ، كتاب: الجامع، باب النهي عن القول بالقدر، ج 5 ص 1323 حديث رقم (3338).

(5) متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب: الإصلاح بين الناس، باب: قوله تعالى: (أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) حديث رقم (2697)، ومسلم، كتاب: الأضحية، باب: نقض الأحكام الباطلة، ج 5 ص 132 حديث رقم (4589).

أو أي مصدر من مصادر التشريع الأخرى، مادام يحقق مصلحة للمسلمين، ولم يخالف نصًّا شرعيًّا من كتاب الله أو سنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - فإن هذا القانون تشريع شرعي، سواء كان في معاملات أو قضاء أو سياسة أو اقتصاد أو غير ذلك⁽¹⁾.

وما كان مخالفاً لأحكام الشريعة وقواعدها العامة فهي تشريعات وقوانين ولوائح باطلة بطلاناً مطلقاً، وليس لأحد أن يطيعها، بل على كل مسلم أن ينكرها سواء تعلقت بأمور السياسة، أو الاقتصاد، أو التعليم، أو غير ذلك، وسواء صدرت بدستور، أو قانون، أو لائحة، باستفتاء شعبي، أو بتصويت برلماني، أو بقرار رئاسي، كل ذلك سواءً. ودليل البطلان قوله صلى الله عليه وسلم: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"⁽²⁾ فهذا النص من السنة النبوية قد جاء ليقرر القاعدة العامة في البطلان كجزء لكل تصرف يخالف أحكام الشرع، عبادة كان أو معاملة، فكل تصرف يصدر عن المسلم يقيد في صحته وبطلانه بهذه القاعدة.

فأحكام الشرع هي بمثابة الدستور الأعلى للمسلمين، وكل ما يوافق هذا الدستور فهو صحيح ماض، وكل ما يخالفه فهو باطل مردود، وسلطة التشريع في الدولة المسلمة مقيدة في عملها بأن لا تخرج على أحكام هذا الدستور، فسلطاتها في ذلك ليست مطلقة، بل مقيدة، فيما تسنه من قوانين بأن لا يتجاوز إطار الشريعة، ويستوي في ذلك أن ينص على هذا الأمر الدستور أو لا ينص، فاعتراف الدستور أو إنكاره لهذا المبدأ ليس له قيمة في ذلك، والعبرة في هذا الأمر بالواقع، وهو أن الشريعة هي دستور كل مسلم، ومن شروط الإسلام الإقرار بذلك، فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق⁽³⁾، وإنما الطاعة في المعروف⁽⁴⁾، فلا قانون للمسلمين غير الشريعة، وكل ما خالفها من القوانين الوضعية فهو باطل سواء سمي دستوراً أو قانوناً أو لائحةً أو قراراً أو أمراً أو غير ذلك من المسميات، التي لا تعترف بها الشريعة إلا إذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارجة على مبادئها العامة⁽⁵⁾.

فالإقرار بدين الإسلام يتضمن أن شرع الإسلام هو الذي تقوم عليه حياة المسلم، وأنه المصدر الذي يأخذ عنه، والمرجع الذي ينتهي إليه، والحاكم الذي ياتمر بأمره وينتهي بهيمه، وهذا يقتضي أنه يتقيد بنصوص الشريعة الإسلامية في شؤون حياته كافة، من سياسة وتعليم وقضاء وغير ذلك، وفي كل أوجه نشاطه، فلا يحل إلا ما أحلته الشريعة، ولا يحرم إلا ما حرمته، ولا يخرج عن مبادئها في تشريعاته وأنظمتها كافة⁽⁶⁾.

المبحث الثاني

كيفية تطبيق الشريعة

لقد سبق القول إنه ليس بدعاً من المطالب وإنما هو رجوع للأصل وإلى ما كانت عليه الأمة قبل الاستعمار الغربي لأراضيها، إلا أن الواقع المعاصر قد فرض على من أراد تطبيق هذه الشريعة شكليات معينة جرت عليها الأعراف في الدول المعاصرة، منها النص على ذلك في الدستور، ثم صياغة هذه الأحكام صياغة قانونية تضمن سهولة التعرف عليها وتطبيقها، وهو ما سنوضحه في هذا المبحث.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي في الإسلام، ج 1 ص 172.

(2) سبق تخريجه.

(3) الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح الجامع الصغير وزياداته، حديث رقم (13477).

(4) متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، حديث رقم (7145)، ومسلم، كتب: الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، حديث رقم (4871).

(5) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالتشريع الوضعي، ج 1 ص 173.

(6) محمد محمود منطاوي، الفقه الجنائي الإسلامي في ضوء الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون السعودي، ص 43.

المطلب الأول

التنظيم الدستوري لمكانة الشريعة الإسلامية في النظام القانوني

إن تحديد مكانة الدين أو موقعه في المنظومة التشريعية للدولة المعاصرة أصبح من الأمور التي يجب أن يكون منصوباً عليها في النظام الدستوري لها، ذلك أن الدستور هو الأساس الذي تبنى عليه منظومة التشريعات، وتحدد بموجبه مصادر التشريع والأسس العامة التي يقوم عليها، ومن هنا نجد أن أغلب دساتير دول العالم قد دأبت على النص على موقع الدين في دساتيرها، فهذه علمانية، وتلك ليبرالية، وهذه مسلمة، وتلك بودية، ولكل من تلك التصنيفات تأثير بالغ الأهمية في تحديد السمة العامة لتشريعات تلك الدول، وهو ما جرى عليه العمل في أغلب دساتير الدول الإسلامية عموماً والدول العربية خصوصاً، حيث درجت هذه الدول على تحديد دور الشريعة الإسلامية في مجال التشريع بوجه خاص ضمن المبادئ العامة أو الأساسية في دساتيرها⁽¹⁾، وقد اتخذ هذا النص صوراً ثلاثاً كالاتي:

الأولى: اعتبار الإسلام دين الدولة.

الثانية: اعتبار الإسلام أو الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع.

الثالثة: عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.

وسنوضح هنا ما يترتب على هذه النصوص:

أولاً- مبدأ اعتبار الإسلام الدين الرسمي للدولة:

درجت أغلبية دساتير الدول الإسلامية في العصر الحديث على إيراد نص يحدد هوية الدولة يقرر أن (الإسلام دين الدولة) ومن ذلك الدستور العثماني لعام 1876م، والدستور الليبي لسنة 1951م، والمصري لعام 1970م والإماراتي لعام 1971م والأردني لعام 1952م وغيرها، وهذا النص أريد به تقرير أحد معنيين: الأول: إن الدولة دولة مسلمة يعتنق شعبها على إطلاقه أو أغليته الدين الإسلامي، وإن الدستور يعترف بهذا الواقع، ويرتب عليه جملة من الأحكام من أبرزها تلك المتعلقة بممارسة الشعائر الدينية، واحترام المقدسات والمناسبات الدينية، وهذا المعنى هو المعنى السائد في التفسير بدون نزاع على ما يبدو بهذا الخصوص⁽²⁾.

الثاني: وهو أشمل من الأول، بحيث يتبنى المفهوم الحقيقي للإسلام؛ وذلك باعتباره منظومة تشريعية متكاملة، ونظام كلي شامل يحكم شؤون الحياة كافة، ويضع الأسس والقواعد والنظم التي تحكم سلوك الأفراد والجماعات، وما يعنيه ذلك من تأسيس النظام الدستوري وفق أسس النظام الإسلامي وقواعده ومبادئه بدءاً من تحديد شكل الدولة، وطبيعة نظامها السياسي وشكله، وكذلك فيما يتصل بتكوين واختصاصات السلطتين التشريعية والتنفيذية والعلاقة بينهما، وحقوق وواجبات الأفراد، وغير ذلك من محاور النظام الدستوري، بحيث تستمد كل هذه التشريعات من الشريعة الإسلامية⁽³⁾، وهذا المعنى وإن لم يعمل به على إطلاقه إلا أنه لا أحد يمكنه إنكار أثره البالغ بصورة مباشرة أو غير مباشرة في النظام التشريعي والقضائي لهذه الدول.

ثانياً- اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع أو مصدر التشريع:

تنص غالبية دساتير البلدان الإسلامية على تحديد دور الشريعة الإسلامية في مجال التشريع، إلا أن هذه الدساتير لم تتفق على صياغة موحدة، كما أنها لم تتفق على مكانة محددة للشريعة الإسلامية في النطاق التشريعي.

(1) إقبال بن موسى، الدين في الدستور التونسي، ص5.

(2) حيدر حسين الكريطي، التنظيم الدستوري لمكان الشريعة الإسلامية في النظام القانوني، ص137.

(3) عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص1-2.

فمن حيث المصطلح نجد أن معظمها قد أورد مصطلح (الشريعة الإسلامية) كالدستور المصري⁽¹⁾ والدستور الإماراتي⁽²⁾ والدستور البحريني⁽³⁾ والدستور الكويتي⁽⁴⁾، بينما انفرد الدستور السوري بإيراد مصطلح (الفقه الإسلامي)⁽⁵⁾ أما الدستور العراقي فقد استخدم مصطلح (الإسلام)⁽⁶⁾.

ومن حيث مكانة الشريعة الإسلامية بين مصادر التشريع فنجد أن هذه الدساتير قد اختلفت أيضاً في ذلك، حيث اعتبرتها بعض الدساتير مصدرًا من مصادر التشريع وهو ما يتمثل بدستور العراق لعام 2004م.

وجعلتها أخرى مصدرًا رئيسًا كالدستور المصري لعام 1971م بعد تعديله عام 1980م والدستور الإماراتي لعام 1971م والدستور العراقي لعام 2005م، بينما اعتبرها دستور سلطنة عمان أساس التشريع.

وفي السياق نفسه أقر الدستور اليمني لعام 1991م للشريعة الإسلامية مكانة الصدارة بقوله: (الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات) وذلك بموجب التعديل الدستوري الصادر عام 1994م بعد أن كان النص يعد الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع⁽⁷⁾.

ولكل من هذه النصوص تفسيره الفقهي والقضائي وأثره على ما يصدر في ظله من تشريعات:

فأما اعتبار الشريعة مصدرًا من مصادر التشريع فيرى جانبٌ من الفقه أن هذا النص لا يترتب أية آثار من الناحية القانونية؛ لأن هذه المكانة ثابتة للشريعة الإسلامية أصلاً من دون الحاجة إلى نص يشير إليها، ذلك أن من المصادر المعروفة للقوانين: الأعراف السائدة، والتشريعات المقارنة، والاجتهادات الفقهية والقضائية، ومبادئ العدالة، وبطبيعة الحال فإن الشريعة هي جزء من ذلك⁽⁸⁾، وبالتالي فهذا النص لا يضيف شيئاً من الناحية الواقعية، بل هو تأكيد على ذلك فقط.

أما من عدَّ الشريعة مصدرًا رئيسًا للتشريع فنلاحظ أن هناك مواقف تشريعية وأخرى فقهية وثالثة قضائية تصدت لتفسير هذا النص وإيضاح ما يترتب عليه من الآثار القانونية، لعل من أبرزها ما ورد في المذكرة التفسيرية للدستور المصري لعام 1971م: (إن وضع النص بهذه الصيغة توجيه للمشرع وجهة إسلامية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها؛ تماشيًا مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن، بل وإن في النص ما يسمح مثلاً بالأخذ بالقوانين الجنائية الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الإسلامية، وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل: (الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع)؛ إذ إن مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ عن مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم، مما قد يوقع المشرع في حرج بالغ إذا ما حملته الضرورات العملية على التمهّل في التزام رأي الفقه)⁽⁹⁾.

وهو ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة بقولها: (وحيث إن المادة السابعة من دستور الاتحاد قد نصت على أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع فيه... ولا تثير عبارة النص أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع في دولة الإمارات ما أثير من خلاف فقهي حول تفسيرها في دول أخرى عما إذا كانت تلك العبارة تعني أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرسمي الوحيد للقانون فهي أسعى من التشريع، أم أنها تعني وجود مصادر أخرى تقوم بجوارها، فقد انحسم هذا الخلاف حينما أفصح

(1) المادة (2) من الدستور المصري لعام 1971.

(2) المادة (1) من الدستور الإماراتي لعام 1971.

(3) المادة (2) من الدستور البحريني لعام 1973.

(4) المادة (2) من الدستور الكويتي لعام 1962.

(5) المادة (3) من الدستور السوري لعام 1973.

(6) المادة (2) من الدستور العراقي لسنة 2005.

(7) حيدر حسين الكريطي، التنظيم الدستوري لمكان الشريعة الإسلامية في النظام القانوني، ص 143.

(8) عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 7.

(9) عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ص 19.

المشرع عن إرادته وانصرافها الى أن تكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساس والرئيس لكل ما يصدر عن سلطات الدولة من تشريعات بنصه في المادة الخامسة والسبعين من القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1973 في شأن المحكمة الاتحادية العليا على أن تطبق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية... وبمعنى آخر فإن المشرع قد اختار أن تكون شرعة الله هي المصدر الرئيس لكل تشريع، ومن أحسن من الله شرعة⁽¹⁾.

فهذا النص كما تبين مما ورد في المذكرة التفسيرية يضيء الطابع الرسمي لأولوية الشريعة الإسلامية في مجال التشريع، بحيث أصبح المشرع ملزماً بالرجوع أولاً الى أحكامها، والاستقاء من معينها، والتأسيس على مبادئها وقواعدها، إلا أن ذلك لا يمنع المشرع من أن يستمد أحكام تشريعاته من مصادر أخرى عندما تفرض الضرورات العملية ذلك، بشرط عدم تعارض الأحكام التي يستمدّها من المصادر الأخرى مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

أما الاتجاه الدستوري الثالث الذي يعد الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع فنجد أن اللجنة التي شكلها مجلس الشعب المصري لبحث التعديلات الدستورية عام 1980 فسرت عبارة (المصدر الرئيس) الواردة في المادة الثانية من الدستور بما يأتي: (إن إضافة أداة التعريف (أل) إلى كلمتي مصدر ورئيس تلزم المشرع بالالتجاء الى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء الى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل الى الأحكام اللازمة والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية)⁽³⁾.

وقد أثير خلاف حول هذه المسألة في مناقشات المجلس التأسيسي المكلف بصياغة دستور الكويت النافذ لعام 1962 هذا نصه: (فيما يتعلق بهذه المادة فإنها أثارت مناقشة في الجلسة الماضية حول ما إذا كانت العبارة التي تستعمل هي أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع أم أنها المصدر الرئيس للتشريع، وكان مثار الخلاف بين النصين أننا إذا استعملنا عبارة المصدر الرئيس للتشريع أي بألف ولام يكون معنى ذلك عدم جواز الأخذ من مصدر آخر فيما ورد فيه حكم في الشريعة الإسلامية، في حين أننا لو قلنا إنه مصدر رئيس فمعنى ذلك أنها ليست المصدر الرئيس الوحيد، وفي ذلك فتح الباب للمشرع إذا وجد من ضروريات الحياة العملية ما يقتضي الأخذ من مصادر أخرى كما هو الشأن في مسائل البنوك والشركات والتأمين وما إلى ذلك... وقد بينا في المذكرة التفسيرية بوضوح أن هذه العبارة إذ تقول إنها مصدر رئيس للتشريع فإنما تفتح الباب على مصراعيه للأخذ بالشريعة الإسلامية بالقدر الذي يراه المشرع العادي، فإذا رأى أنه بالإمكان الأخذ بالشريعة مائة في المائة وقدر أن مصلحة البلد تسمح بذلك فهذا النص الدستوري لا يمنعه منه)⁽⁴⁾.

إلا أن هناك اتجاهها في الفقه يذهب الى عدم اختلاف تعبير مصدر رئيس عن تعبير (المصدر الرئيس) من حيث الآثار المترتبة على كل منهما وإن اختلفا من جهة اللفظ والمبنى، فيما أن النص سواء الأول أم الثاني قد ورد في صلب الدستور ولم يرد معه غيره من المصادر فإن النتيجة المستخلصة هي اعتبار الشريعة الإسلامية بمفردها المصدر الرئيس ذو المرتبة العليا⁽⁵⁾.

ثالثاً- مبدأ عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام:

على الرغم من أن الاتجاه الغالب في دساتير الدول الإسلامية هو الاقتصار على تقنين مبادئ أساسية يتصلان بالإسلام هما اعتباره (دين الدولة الرسمي) و(مصدر رئيس أو المصدر الرئيس للتشريع) فإن التنظيم

(1) حيدر حسين الكريطي، التنظيم الدستوري لمكان الشريعة الإسلامية في النظام القانوني، ص149.

(2) عبد العزيز رمضان سمك، جهود مجلس الشعوب المصري في تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ص5.

(3) المرجع السابق الصفحة نفسها.

(4) فتحي فكري، تعليق على اقتراح تعديل المادة (2) من الدستور الكويتي، ص286.

(5) عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ص160.

الدستوري في العراق أتبع المبدأين المذكورين بمبدأ ثالث هو عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام وذلك طبقاً للمادة (السابعة) من دستور 2004 (قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية) التي قضت بعدم جواز سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام المجمع عليها، ثم أورد دستور العراق النافذ لعام 2005 المبدأ ذاته⁽¹⁾.

وهذا النص يمثل قيداً على اختصاص السلطة التشريعية، أي إن السلطة التشريعية مقيدة فيما تسنه من تشريعات، وفيما تدخله من تعديلات على التشريعات النافذة بعدم مخالفة ثوابت أحكام الإسلام أو مبادئ الشريعة الإسلامية بحسب تعبير الدستور المصري، وبخلاف ذلك يكون التشريع مشوّباً بعدم الدستورية، الأمر الذي يجعله عرضة للبطلان بعد الطعن بعدم دستورية أمام الجهة المناطة بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين⁽²⁾.

أما سريان القيد المذكور على التشريعات الصادرة قبل استحداثه والنافذة بعد تقريره فهو موضع اتفاق الفقه والقضاء الدستوري من حيث الشمول، إلا أن أثر القيد المشار إليه في التشريعات السابقة ليس بمحل اتفاق، ففي مصر يرى اتجاه أن تلك التشريعات أضحت مندرجة تحت حكم عدم الدستورية، فيما ذهب اتجاه آخر إلى أن القيد أعلاه لا يؤدي إلى بطلان التشريعات السابقة، وإنما تظل جزءاً سليماً من البناء التشريعي كما كانت قبل وضع القيد المذكور، إلا أن المشرع يصبح ملزماً بإعادة النظر في تلك التشريعات وتنقيتها مما يتعارض ومبادئ الشريعة الإسلامية، إذ جاء في أحد أحكام المحكمة الدستورية العليا قولها: (... إن أعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها وإن كان مؤداه إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس لما يضعه من تشريعات بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الالتزام بما يترتب عليه وصفه مخالفاً للدستور إذا لم يلتزم بهذا القيد، إلا أن قصر هذا الحكم على تلك التشريعات لا يعني إعفاء المشرع من تبعة الإبقاء على التشريعات السابقة رغم ما قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، إنما يلقي على عاتقه من الناحية السياسية مسؤولية المبادرة إلى تنقية نصوص هذه التشريعات من أية مخالفة للمبادئ سالفه الذكر، تحقيقاً للاتساق بينها وبين التشريعات اللاحقة في وجوب اتفاقها جميعاً مع هذه المبادئ، وعدم الخروج عليها)⁽³⁾.

المطلب الثاني

صياغة أحكام الشريعة في صورة قوانين

يرى كثير من المنادين بتطبيق الشريعة الإسلامية في الوقت الحاضر أن عملية التطبيق تفرض ضرورة صياغة هذه الأحكام صياغة قانونية ميسرة، وفقاً لما جرت عليه القوانين الوضعية المعاصرة، إلا أن هذا الأمر قد تترتب عليه بعض الإشكاليات والتي سنبينها في الفقرات الآتية:

أولاً- التقنين:

لقد أثار التقنين ولا يزال يثير العديد من التساؤلات سواء من حيث جوازه من عدمه أو من حيث كفيته والإشكاليات التي يمكن أن تعترضه مما يجعله مثار نقاش وجدال فقهي متواصل.

فمن حيث الجواز وعدمه اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين: الأول: يذهب إلى عدم جواز تقنين أحكام الشريعة: لأن ذلك مدعاة لحصر الشريعة في مذهب معين، أو رأي معين، وهو ما لا يتفق مع روح الشريعة وكمالها،

(1) المادة (2) من دستور العراق لعام 2005.

(2) علي حسين نجيدة، الرقابة على دستورية القوانين، ص75

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر في 1985/5/4 نقلاً عن: حيدر حسين الكريطي، التنظيم الدستوري لمكان الشريعة الإسلامية في النظام القانوني، ص156

وفيه قتل لروح الاجتهاد المأمور به شرعاً، كما أن إلزام القاضي بالقضاء وفق رأي معين، حتى ولو عارض اجتهاده وما يراه حقاً، فيه حياءً عن الحق الذي أمر باتباعه بقوله تعالى: ﴿فَأَخَكُمُ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾⁽¹⁾ والحق لا ينحصر في رأي أو مذهب بعينه⁽²⁾.

بينما ذهب فريق آخر إلى جواز ذلك للحاجة إليه في الوقت الحاضر؛ لأنه مدعاة لتوحيد الأحكام واستقرارها، وضمان لحقوق المتقاضين، بحيث يعلم المتقاضون بداية الحكم المنتظر أن يكون بحقهم، وأن الأمر إذا ترك واجتهاد القاضي فإن ذلك مدعاة للاختلاف، بخاصة مع اختلاف المذاهب الفقهية، بل اختلاف المذهب الواحد في المسألة الواحدة، كما أن من شأن التقنين أن يخفف العبء عن كاهل القاضي، حيث إن مسألة البحث في الفقه الإسلامي كله للوصول إلى الحكم ليست بالمسألة الهينة، وتتطلب في القضاة صفات قد لا تتوافر في الغالبية منهم هذه الأيام⁽³⁾.

أما من حيث الكيفية أيضاً فإن التقنين يثير كثيراً من التساؤلات، منها ما يتعلق باستمداد نصوصه، هل يكون بالالتزام بمذهب معين أم بالأخذ من كل المذاهب بما يتوافق وحاجات المجتمع؟، وهل يكون ذلك من كتب الفقهاء الأقدمين أم المعاصرين، أو بالاجتهاد المباشر في إطار الثوابت والقواعد الكلية التي تحكم الشريعة الإسلامية؟ وهل يكون ذلك بإصدار تشريع جديد كلياً مستقى من أحكام الفقه الإسلامي، وفقاً لطريقة الفقهاء واصطلاحاتهم، أم يكون بتحويل القوانين الوضعية حتى تلائم أحكام الشريعة، وإن لا يخالف الشريعة فهو من الشريعة فتعتمد الجهة التشريعية إلى المدونات القانونية فتقر ما كان فيها موافقاً لأحكام الشريعة، وتلغي ما خالفها، وتضع بديلاً له؟

وكذلك في حالة عدم وجود النص الذي يحكم النزاع فيكون على القاضي أن يلجأ إلى الشريعة الإسلامية فأين يجد القاضي الحكم، وما هي الوسيلة التي يتبعها في ذلك؟

هذه الإشكاليات وغيرها مازالت تواجه القائلين بالتقنين ومثار خلاف بينهم، وقد أفتحت العديد من الحلول لهذه الإشكاليات، والذي تطمئن النفس إليه في هذا الصدد هو وضع مدونات فقهية استرشادية بصيغة قانونية ميسرة تحت إشراف متخصصين في الشريعة والقانون تكون بمثابة المرجع للقضاة في مراحلهم الأولى دون إلزام لمن فتح الله عليه وأعطاه مكنة الاجتهاد، ويلزم من خرج عنها في قضائه أن يبرر ذلك ويخضع في ذلك لرقابة شرعية من دار الإفتاء أو لجان شرعية متخصصة في المحاكم.

ثانياً- التجربة الليبية في ذلك..:

لقد أعقبت فترة الاستعمار الغربي لجل الدول الإسلامية إرثاً ثقافياً كبيراً أثر ولا يزال يؤثر في تفكير وقناعات كثير من الشخصيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية العربية والإسلامية، كما أدى إلى تبعية ثقافية وحضارية كان من آثارها إدخال القوانين والنظم الغربية في الموسوعة التشريعية لتلك الدول، وإحلالها بديلاً عن أحكام الشريعة الإسلامية، بحيث لا نكاد نرى صورة عملية لتطبيق الشريعة إلا في أقطار محدودة من البلاد الإسلامية.

ولكن بالرغم من ذلك ظهرت العديد من المحاولات على المستوى الرسمي، وعلى المستوى الفردي تدعو لتعزيز دور الشريعة الإسلامية في النظام القانوني سواء على المستوى الدستوري أو على مستوى باقي التشريعات، وذلك من خلال نص الدستور على مصدرية الشريعة للتشريعات أو إصدار بعض القوانين المستمدة من الشريعة، وتعديل بعض ما كان مخالفاً لها.

أ- إصدار بعض التشريعات وتعديل أخرى وفقاً لأحكام الشريعة:

(1) سورة ص، الآية: 26 .

(2) محمد زكي عيد البر، تقنين الفقه الإسلامي، ص37.

(3) بكر أبو زيد، فقه النوازل، ص32.

لقد نص دستور الاستقلال في ليبيا الصادر سنة 1951م على أن الإسلام دين للدولة، وهذا النص وإن لم يكن أثار من الناحية التشريعية إلا أنه أرسى مبدأ خضوع الدولة لدين الإسلام مما سيكون له أثر في المستقبل على عقيدة المشرع والقاضي، وهو ما حدث فعلاً، حيث أصدر المشرع في تلك الفترة عدداً من القوانين المستقاة من القوانين الغربية فيما يتعلق بالمسائل المدنية والجنائية، إلا أنه ترك مسائل الأحوال الشخصية ليطبق عليها مذهب الإمام مالك، وجعل لها محاكم شرعية مستقلة، وقضاة شرعيين للفصل في دعاويها⁽¹⁾.

وبعد تغيير نظام الحكم في ليبيا الذي حدث سنة 1969م حاولت القيادة الشابة في ذلك الوقت السير في اتجاه إحلال أحكام الشريعة محل القوانين الوضعية. حيث شكلت العديد من اللجان من العلماء والقانونيين، بموجب قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 10/2/1972م بشأن تشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية لمراجعة القوانين الجنائية والمدنية والتجارية وغيرها، وحصر ما تحويه من مخالفات لأحكام الشريعة، واقتراح بدائل لتلك النصوص المخالفة⁽²⁾.

وبالفعل، فقد أدت هذه اللجان مهامها، وصدرت بناء على توصياتها قوانين مستمدة من الشريعة، مثل تلك المتعلقة بإقامة حد سرقة والحراية بالقانون رقم (148) لسنة 1972م، وحد الزنا بالقانون رقم (70) لسنة 1973م، وحد القذف بالقانون رقم (52) لسنة 1974م، وأخيراً تحريم الخمر بالقانون رقم (89) لسنة 1974م⁽³⁾.

ولم تشمل تلك المراجعات مسائل الأحوال الشخصية والتي ظلت حتى ذلك الحين خاضعة للمحاكم الشرعية وفقاً للمشهور من المذهب المالكي غير المقتن. والذي استمر العمل به حتى سنة 1984م حيث أصدر المشرع القانون رقم (10) بشأن أحكام الزواج والطلاق وأثارهما والذي لم تستمد أحكامه من المذهب المالكي فقط، بل تعدته إلى مذاهب أخرى، وربما آراء شاذة لبعض العلماء، وربما أقوال لم يسبق إليها، وهو ما جعله عرضة لتعديلات لاحقة⁽⁴⁾.

وفي سنة 2011م تغير نظام الحكم في ليبيا من جديد على إثر ثورة مسلحة للقوى الإسلامية، مما شكل ضغطاً كبيراً على الجهات التشريعية كان من نتائجه الإعلان الدستوري الصادر في أغسطس 2011م والذي نص في المادة الأولى علي أن ليبيا: "دينها الإسلام والشريعة هي المصدر الرئيس للتشريع" ولقد كان لذلك الإعلان أثر كبير على حركة التشريع في ليبيا، حيث شكلت على إثر ذلك لجان من علماء الشريعة ورجال القانون والمتخصصين في ذلك لمراجعة كافة التشريعات وفقاً لأحكام الشريعة⁽⁵⁾.

وكان من آثاره أيضاً صدور القانون رقم (1) لسنة 2013. بشأن إلغاء الفوائد التي تتقاضاها البنوك في المعاملات كافة، بما فيها تلك التي تجرمها المصارف التجارية، كما صدر بعد ذلك عدد من التشريعات أهمها القانون رقم (14) لسنة 2015م الذي عدّل القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق، والذي بموجبه ألغيت القيود المفروضة على تعدد الزوجات، بالإضافة إلى أحكام أخرى.

والقانون رقم (6) لسنة 2016م الذي عدّل (40) مادة وألغى (16) أخرى من القانون المدني، بما فيها المادة (1) التي أدرجت مصادر القانون بالترتيب الآتي: التشريع، مبادئ الشريعة، العرف، وقواعد العدالة، والقانون الطبيعي، ووفقاً للمادة المعدلة، فقد اقتصر مصدر القانون على التشريع شريطة عدم مخالفته لأحكام الشريعة.

(1) سعيد محمد الجليدي، أحكام الزواج والطلاق وآثارهما، ج 1 ص 8.
(2) سعيد محمد الجليدي، أهمية السياسة الشرعية في تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، ص 110.
(3) الجريدة الرسمية. العدد 6. ص 241-245.
(4) سعيد محمد الجليدي، أحكام الزواج والطلاق وآثارهما، ج 1 ص 12.
(5) مجلة المفكرة القانونية، التشريعات الليبية والشريعة الإسلامية عقود من المد والجزر، ص 12.

والقانون رقم (20) لسنة 2016م الذي عدّل قانون العقوبات وألغيت بموجبه الأحكام التي تخالف الشريعة، وأضاف أحكامًا جديدة بما فيها حكم ينص على عقوبة الإعدام للمرتد، وبالمثل عدّل القانون رقم (22) لسنة 2016م القانون رقم (70) لسنة 1973م بشأن إقامة حد الزنا بإدخال عقوبة الموت رجماً للمرتكب المحصن⁽¹⁾.

ب- الشريعة في مشروع الدستور الجديد:

لقد تبوّأت الشريعة الإسلامية في مسودة دستور ليبيا الجديد مكانة الصدارة في مصادر التشريع، حيث نص مشروع الدستور الصادر عن الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور بتاريخ 29/7/2017م في المادة السادسة على أن: "الإسلام دين الدولة والشريعة الإسلامية مصدر التشريع".

وهذا النص كما هو واضح من منطوقه ومفهومة يجعل الشريعة هي المصدر الوحيد للتشريع، وهي خطوة هامة في سبيل تعزيز دور الشريعة في منظومة التشريعات وتقييد سلطة المشرع في اختياره لمصادر التشريع فيما يصدر من تشريعات، ويلزمه بأحكام الشريعة وإلا كانت تشريعاته عرضة للطعن عليها بعدم الدستورية. إلا أن الأثر الفعلي لهذا النص على النظام القانوني في ليبيا قد يصطدم ببعض المعوقات التي قد يضعها البعض في طريقه منها:

- 1- تحديد المقصود بالشريعة، وهل المقصود بذلك القرآن والسنة وغيرهما من مصادر التشريع؟ أم المقصود آراء الفقهاء في مذهب معين أو مذاهب مختلفة؟ وما هي المذاهب؟ ومن هم العلماء المعتمدين في ذلك؟
- 2- كذلك فيما يتعلق بمنهجية التخيير والترجيح بين الآراء الفقهية المختلفة، فكما هو معروف فالفقه الإسلامي له مذاهب مختلفة وآراء متعددة تدور بين الراجح والمرجوح والضعيف والشاذ مما قد يجعل تبني المشرع لبعض هذه الآراء مخرجًا له من تقييد هذا النص.
- 3- أيضاً إن المحكمة الدستورية، والتي هي ذات الاختصاص الأصيل في تقرير متى يكون تشريع ما مخالفاً للشريعة ومن ثم غير دستوري؛ تقتصر في عضويتها على المختصين بالقانون مما قد يعزز من احتمالات تبني مفهوم موسع للشريعة على نحو قد ينال من أهمية هذا النص وينفي عن كثير من التشريعات القائمة مخالفتها للشريعة، ومن ثم يبقي عليها⁽²⁾.

(1) نشر عدد من هذه القوانين في العدد (5) من الجريدة الرسمية. 17 نوفمبر 2015.

(2) مجلة المفكرة القانونية، التشريعات الليبية والشريعة الإسلامية، ص22.

الخاتمة

في ختام هذا البحث ألخص في هذه الخاتمة أهم النتائج والتوصيات كالآتي:

أولاً - النتائج:

- 1- إن مفهوم تطبيق الشريعة لا ينحصر في الدعوة إلى تطبيق القصاص والحدود فقط.
- 2- إن مسئولية تطبيق الشريعة ليست مسئولية شريحة مجتمعية معينة سياسية أو قضائية بل هي مسئولية الأمة كافة.
- 3- إن مفهوم تطبيق الشريعة الذي يجب أن يدعى إليه هو المفهوم الكلي الشامل لجميع مناحي الحياة ولا يقتصر ذلك على القصاص من الجناة أو إقامة الحدود على السراق والزناة وقطاع الطرق فقط.
- 4- إن النص الدستوري على اعتبار الشريعة مصدر التشريع وبطلان كل ما يخالفها هو النص الأقوى في الدلالة على حاكمية الشريعة.
- 5- إن تقنين أحكام الشريعة وإن كان يثير العديد من الإشكاليات إلا أنه قد يكون أنسب الحلول في الوقت الحاضر.

ثانياً - التوصيات:

- 1- توعية الناس عن طريق الندوات والمحاضرات بوجوب تطبيق أحكام الشريعة في مجالات حياتهم كافة وعدم الانتظار حتى يُفرض عليهم ذلك من قبل سلطة سياسية.
- 2- الدعوة إلى ضرورة تشكيل لجان شرعية من كبار فقهاء البلاد تكون دائمة العضوية في الجهات التشريعية بالدولة حتى لا تصدر قوانين جديدة مخالفة للشريعة الإسلامية.
- 3- تشكيل لجان مختصة بمراجعة القوانين الحالية وبيان مدى توافقها أو تناقضها مع أحكام الشريعة وإبقاء الموافق وتعديل المخالف وفقاً لأحكام الشريعة.
- 4- الاهتمام بالتكوين الشرعي للقضاة وتوفير الكتب والمكتبات الفقهية في المحاكم.
- 5- إجراء مراجعة شاملة لمناهج كليات القانون وتطعيمها بالمواد الشرعية، وتنقيتها من كثير من الأفكار الغربية التي تتعارض وأحكام الشريعة.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً - مراجع الفقه الإسلامي واللغة:

1. ابن تيمية، تقي الدين، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1408هـ 1987م.
2. ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى.
3. الإمام مالك، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، الطبعة الأولى 1425هـ 2004م.
4. البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله وسننه وأيامه المسمى صحيح البخاري، المطبعة السلفية بالقاهرة، الطبعة الأولى 1400هـ.
5. الجليدي، سعيد محمد، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الدار العلمية للطباعة.
6. الجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، 1376هـ 1979م.
7. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان بيروت، طبعة سنة 1989م.
8. زكريا، أبي الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر طبعة سنة 1399هـ 1979م.
9. الغزالي، محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.
10. الفراهيدي، الخليل بن أحمد، كتاب العين، تحقيق: عبد الحميد هندواوي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1424هـ 2003م.
11. قلعي، حمد رواس وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الأولى 1405هـ.
12. مسلم، أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر من السنن (صحيح مسلم)، دار طيبة، الطبعة الأولى 1427هـ 2006م.
13. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مطبعة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة 1425هـ 2004م.

ثانياً - مراجع الفقه القانوني:

1. إقبال بن موسى، الدين في الدستور التونسي، مجلة المفكرة القانونية تونس، العدد 11 السنة 2018.
2. البراوي، حسين حسن، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، العدد 3 السنة 2013م.
3. جهاد داود سليمان شحاتة، التدرج في تطبيق الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، كلية الدراسات العليا، 1438هـ 2016م.
4. حيدر حسين علي الكريطي، التنظيم الدستوري لمكانة الشريعة الإسلامية في النظام القانوني، مجلة الأطروحة، العدد 5 السنة 2007.
5. سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وأثارهما، الجامعة المفتوحة، الطبعة الأولى 1986م.

6. سعيد محمد الجليدي، أهمية السياسة الشرعية في تقنين الأحكام الشرعية، مجلة العلوم الشرعية، العدد 5 السنة 2018م.
7. صوفي حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة 1427هـ 2006م.
8. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، منشأة المعارف الإسكندرية، دون سنة نشر.
9. عبد العزيز رمضان سمك، جهود مجلس الشعب المصري في تقنين أحكام الفقه الإسلامي، مجلة اتحاد الجمعيات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد 2 السنة 2005.
10. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالتشريع الوضعي، المكتبة التوفيقية القاهرة، الطبعة الثانية 2013.
11. علي حين نجيدة، الرقابة على دستورية القوانين، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1988م.
12. عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة.
13. فتحي فكري، تعليق على اقتراح تعديل المادة (2) من الدستور الكويتي، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد 4 السنة 8.
14. محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث، الطبعة الثانية، 1407هـ، 1986م.
15. محمد سعيد العجلوني، التدرج في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الفقه السياسي المعاصر وتطبيقاته المعاصرة، مجلة جامعة القدس المفتوحة، العدد (43) رقم (1) السنة 2018م.
16. محمد محمود منطاوي، الفقه الجنائي الإسلامي في ضوء الشريعة الإسلامية وفقًا للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، الطبعة الأولى 2005م.

قراءة في أحكام العاقلة في قانون القصاص والدية

د. فرج عبد الواحد نويرات

أستاذ مشارك بقسم القانون الجنائي بكلية القانون

جامعة الزيتونة - تروونة (ليبيا)

.abdoabduladim@gmail.com

مقدمة:

منذ ما ينيف على نصف قرن حاول المشرع الليبي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية حيث أصدر قانون حدي السرقة والحراية وغيرها من القوانين العقابية والتي آخرها القانون رقم (6) لسنة 1423/1993م بشأن أحكام القصاص والدية⁽¹⁾ والذي جاء مليئاً بالإشكاليات التي عرقلت تطبيقه التطبيق الصحيح، الأمر الذي أدى بالمشرع الى تعديله مرات عديدة، وكان ذلك بالقانون رقم (4) لسنة 1427 / 1997م⁽²⁾ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423/1993م بشأن أحكام القصاص والدية، وكذا القانون رقم (7) لسنة 1430 / 2000م⁽³⁾ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423/1993م بشأن أحكام القصاص والدية، ورغم هذه التعديلات لم تخل ساحة هذا القانون من القصور .

وبصدور الإعلان الدستوري في سنة 2011 أوضحت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريعات، بل إن أي تشريع يخالفها يقع باطلاً، وانطلاقاً من ذلك أصدر المشرع الليبي القانون رقم 18 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية⁽⁴⁾، وتجاوى هذا القانون عن الكثير من العيوب التي شابت القوانين التي سبقتة، لكنه لم يسلم هو الآخر من عيوب يرى الباحث الاكتفاء في دراسته له على أحكام العاقلة وكانت خطة العمل موزعة على النحو التالي :

أولاً : مفهوم العاقلة

ثانياً : الحكمة من العاقلة

ثالثاً : مشروعية العاقلة

رابعاً : نوع القتل الذي تحمله العاقلة

خامساً : تقدير موقف المشرع

أولاً - مفهوم العاقلة:

1 - تعريف العاقلة لغة:

العاقلة في اللغة مشتقة من العَقْل وتعني الحَجْر، والنهي، والعَصَبَة، وهم القرابة من قِبَل الأب،

لأنهم يعقلون الإبل، أي: يربطون ركبها في فناء أولياء الدم.

(1) منشور بالجريدة الرسمية، العدد الخامس، 1423 م ص 118

(2) منشور بالجريدة الرسمية، العدد الثاني، 1428 م ص 47

(3) منشور بالجريدة الرسمية، العدد الخامس عشر، 1430 م ص 513

(4) منشور بالجريدة الرسمية، العدد الرابع، السنة الخامسة، 17 رجب 1437 هـ 2016/4/24 م ص 232

فنقول: عَقَلَ القَتِيلَ أي أعطى دينه، وعقل له دم فلان: إذا ترك القود وأخذ الدية، وعقل عن فلان أي: غرم عنه جنايته، وهي أمثلة الفرق بين عقله وعقل له وعقل عنه، والعاقلة: القوم تقسم عليهم الدية، وسميت عقلاً لأنها تمسك الدم .⁽¹⁾

2 - تعريف العاقلة في مذاهب أهل السنة:

أ-تعريف العاقلة عند المالكية:

العاقلة عند المالكية: هم عصبة القاتل⁽²⁾، وافق المالكية في هذا التعريف جمهور الحنابلة⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾. والعصبة: هي القرابة من جهة الأب⁽⁵⁾ وهو قول الجمهور⁽⁶⁾، والعاصب كل قريب ذكر لا ينسب إلى الشخص بالأنثى فقط، وهي تنوع إلى ثلاثة أنواع: عصبة بالنفس، وعصبة بالغير، وعصبة مع الغير، بحيث تنقسم إلى جهات أربع مرتبة بهذا الترتيب وهي: الأولى: جهة البنوة: وهم الابناء ثم أبناؤهم وإن نزلوا. والثانية جهة الأبوة: وهم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا. والثالثة جهة الاخوة: وهم الأخوة الأشقاء ثم الأخوة لأب ثم بفرعهم وإن نزلوا. والرابعة جهة العمومة: وهم الأعمام ثم بنوهم ثم أعمام الأب ثم بنوهم ثم أعمام الجد الصحيح ثم بنوهم وإن نزلوا⁽⁷⁾.

ب- تعريف العاقلة عند الحنابلة:

العاقلة هم العصبة من كانوا من النسب والولاء⁽⁸⁾.

ج- تعريف العاقلة عند الأحناف:

العاقلة هم أهل الديوان⁽⁹⁾.

وهناك من عرّف العاقلة من الأحناف بأنها: الجماعة الذين يعقلون العقل⁽¹⁰⁾.

والديوان اسم للدفتّر الذي يضبط فيه أسماء الجند وعددهم وعطاؤهم⁽¹¹⁾.

3- تعريفات معاصرة للعاقلة:

عرفها مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بأنها " الجهة التي تتحمل دفع الدية عن الجاني في غير القتل العمد دون أن يكون لها حق الرجوع على الجاني بما أدته. وهي العصبة في أصل تشريعها، وأهل ديوانه الذين بينهم النصرة والتضامن⁽¹²⁾. كما عرفها دار الإفتاء في بلادنا بأنها "العاقلة: هم عصبة القاتل من قرابته ؛ وتشمل الآباء والأبناء والإخوة وأبناء الإخوة والعمومة وأبناء العمومة وإن بعدوا، وكذلك أهل الديوان؛ لقضاء عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بذلك في محضر من الصحابة - رضي الله عنهم -، قال ابن الحاجب رحمه الله: "والعاقلة: هي

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، (616/2)، الرازي، معجم مقاييس اللغة (139-138/2).

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (282/4)

(3) العدة شرح العمدة ص 508

(4) فتح الباري لابن حجر العسقلاني (256/12).

(5) مغني المحتاج للخطيب الشربيني (117/4)

(6) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (282/4)، مغني المحتاج للخطيب الشربيني (117/4)

(7) سيف رجب قزامل، العاقلة في الفقه الإسلامي، ط1، 1412هـ، 1991، ص9

(8) الكافي لابن قدامة (91/4)

(9) التجريد للقدوري (5747/11).

(10) المبسوط (114/26)

(11) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (283-282/4)

(12) القرار رقم 145 (16/3) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) 30 صفر - 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9 - 14 نيسان (إبريل) 2005م

العصبة، وألحق بها أهل الديوان؛ لعلة التناصر...، ويبدأ بأهل الديوان، فإن اضطر إلى المعونة أعانهم العصبة" [التوضيح: 6/275 - 276]، والمقصود بأهل الديوان؛ مَنْ يشتركون مع القاتل في الوظيفة في كامل الإقليم؛ قال الدردير رحمه الله: "الديوان: اسم للدفتر، يضبط فيه أسماء الجند وعددهم وعطاؤهم...، فيقدمون على العصبة، حيث كان الجاني من الجند، ولو كانوا من قبائل شتى" [الشرح الصغير: 4/398]، والله أعلم⁽¹⁾.

وعلى صعيد التعريفات المعاصرة للعاقلة هناك من عرفها بأنها "جهة نصره الجاني الذي هو أحد أفرادها التي تؤدي عنه الدية وجوباً للمجني عليه أو لورثته في جناية غير عمدية على نفس الآدمي أو ما يعادلها شرعاً أو ما دونها من غير أن يكون لتلك الجهة حق الرجوع على الجاني بما أدته بسبب جنايته"⁽²⁾. وعرفها بعض فقهاء القانون بأنها "جماعة من الناس تربطهم بالجاني علاقة معينة يلزمون بسببها بما يترتب على فعله من الدية للمجني عليه أو لورثته"⁽³⁾.
ثانياً - الحكمة من العاقلة:

إن الخطأ يعذرفيه الانسان، وكذا النفس محترمة فلا وجه لإهدارها، وإيجاب الدية في مال الإنسان الذي وقع الفعل منه خطأً فيه ضرر كبير عليه من غير ذنب تعمده، فلا بد من إيجاب بدله، فكان من محاسن الشريعة الإسلامية وقيامها بمصالح العباد أن أوجبت بدله على من عليه نصره القاتل، فأوجبت عليهم إعادته على ذلك كإيجاب النفقات على الأقارب⁽⁴⁾.
ثالثاً - مشروعية العاقلة:

اختلف الفقهاء في مدى مشروعية العاقلة على قولين :
القول الأول: ليس هناك عاقلة، والدية في مال الجاني، ولا تجب على أحد غيره⁽⁵⁾. واستدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة على النحو الآتي :
- من الكتاب: قول الله تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [سورة فاطر، الآية 18]. استدل أصحاب هذا القول بهذه الآية على أنه لا عاقلة تعقل عن الجاني، لظاهر معناها بأنه لا يؤخذ أحد بذنب غيره⁽⁶⁾.

-مناقشة الدليل هذه الآية تتحدث عن الإثم والذنب، كما ورد في تفسيرها فهي إخبار عن الواقع يوم القيامة في جزاء الله تعالى وحكمه وعدله ، أن النفوس إنما تجازى بأعمالها إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، وأنه لا يحمل من خطيئة أحد على أحد⁽⁷⁾ في الآخرة وليس في أمور الدنيا؛ لأن في أمور الدنيا قد يؤخذ الصالح بجريرة غير الصالح كما في حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - عندما سئل أنهلك وفينا الصالحون قال : "نعم إذا كثرت الخبث"⁽⁸⁾.

(1) الفتوى رقم 1977 الصادرة عن دار الافتاء الليبية بتاريخ 26 رجب 1435 هـ/2014/5/25
(2) محمد أحمد شحاته، العاقلة ومسئوليتها عن الدية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه منشورة، مصر، دار الجامعيين، 1426هـ/2005 ص 97.
(3) عوض محمد عوض، نظرية العاقلة في الفقه الإسلامي المعاصر، باكستان، دار الدراسات الإسلامية، 1405هـ/1985 ص 1
(4) مدار الدليل على منار السبيل لأحمد حطية (162/12)
(5) انظر المحلى لابن حزم (11/45)، المبسوط (114/26)
(6) المبسوط (114/26)
(7) تفسير ابن كثير (252/6)
(8) رواه مسلم حديث رقم 2880

- من السنة: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين دخل عليه أبو رمثة وأبوه: "من هذا معك؟" قال ابني أشهد به، قال "إنك لا تجني عليه ولا يجني عليك"⁽¹⁾. دل الحديث أن الأب لا يؤخذ بجناية ابنه والابن لا يؤخذ بجناية أبيه⁽²⁾، إذاً فلا يتحمل أي إنسان أثراً ما جنى غيره من جنایات⁽³⁾.

- مناقشة الدليل: لم يدل الحديث على عدم تحمل العاقلة للدية، وإنما المراد في الحديث الذنب والإثم وإن يقتل غير القاتل بالقتول، كما كان عليه أمر الجاهلية، كذلك فإن الحديث قد يحمل على القتل العمد ولم يقل أحد بتحمل العاقلة للقتل العمد⁽⁴⁾.

القول الثاني: وهو ما عليه جمهور الفقهاء المالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾، والحنفية⁽⁸⁾، وكثير من المحدثين⁽⁹⁾ وهو أن العاقلة مشروعة وتتحمل دفع الدية عن الجاني، واستدل أصحاب هذا القول من الكتاب والسنة والاجماع.

- من الكتاب: قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [سورة المائدة، الآية 2]. وقد أرسى الإسلام مبدأ التعاون في كثير من التشريعات التي ستمها، في الأخلاق، وفي العبادات، وفي المعاملات، ومن صور ذلك: تشريع الزكاة، وقد أكد الرسول - صلى الله عليه وسلم على التعاون بين المسلمين؛ فعن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: بينما نحن في سفر مع النبي - صلى الله عليه وسلم - إذ جاء رجل على راحلة له، فجعل يصرف بصره يميناً وشمالاً، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ((مَنْ كَانَ مَعَهُ فَضْلٌ ظَهَرَ فَلْيَعُدُّ بِهِ عَلَى مَنْ لَا ظَهَرَ لَهُ، وَمَنْ كَانَ لَهُ فَضْلٌ مِنْ زَادٍ فَلْيَعُدُّ بِهِ عَلَى مَنْ لَا زَادَ لَهُ))⁽¹⁰⁾، فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أنه لا حقَّ لأحدٍ منا في فضل.

ولا شك أن العاقلة صورة من صور التعاون على البر، وذلك بمساعدة الجاني في دفع الدية التي عجز عن دفعها وإرضاء المجني عليه في أخذ حقه.

- من السنة: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: اقتتل امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاخصموا إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقضى أن دية جنيهاً غرة، عبدٌ أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها⁽¹¹⁾.

وعن أبي جحيفة قال: سألت علياً - رضي الله عنه - : هل عندكم شيء ما ليس في القرآن؟ فقال: "والذي فلق الحب وبرا النسمة، ما عندنا إلا ما في القرآن، إلا فهماً يعطي رجلاً في كتابه، وما في الصحيفة، قلت وما في الصحيفة؟ قال: العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر"⁽¹²⁾، ووجه الدلالة أن الأثر دل بمنطوقه على ثبوت مشروعية اعتبار العاقلة.

(1) رواه النسائي حديث رقم 4832 وصححه الألباني.

(2) المبسوط للسرخسي (114/26)

(3) محمد شحاته، مرجع سبق ذكره ص103

(4) محمد شحاته، مرجع سبق ذكره ص103

(5) حاشية الدسوقي (282/4)

(6) مغني المحتاج (116/4)

(7) الكافي لابن قدامة (88/4)

(8) المبسوط نفس الموضع

(9) عوض محمد عوض، مرجع سبق ذكره ص54، عبدالقادر عودة (256/2)، عبدالحميد المجالي، مسئولية العاقلة في دفع الدية، مجلو جامعة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 13 ع2، 1998، ص70

(10) صحيح مسلم، حديث رقم: 1728

(11) صحيح مسلم، حديث رقم: 4485

(12) رواه البخاري حديث رقم 6903

- الإجماع: فقد نقل ابن المنذر الإجماع على مشروعية اعتبار العاقلة بقوله: أجمع أهل العلم على أن دية الخطأ تحمله العاقلة⁽¹⁾.

- الرأي المختار: يرى الباحث أن العاقلة واجبة شرعاً مرتبة لجميع آثارها في حق مستحقيها وحق من يتوجب عليهم دفعها.

يقول ابن تيمية - رحمه الله تعالى - : النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بالدية على العاقلة، وهم الذين ينصرون الرجل ويعينونه، وكانت العاقلة على عهدهم عصيته، فلما كان في زمن عمر جعلها على أهل الديوان، ولهذا اختلف فيها الفقهاء فيقال أصل ذلك أن العاقلة هم محدودون بالشرع أو هم من ينصره ويعينه من غير تعيين، فمن قال بالأول لم يعدل عن الأقارب فإنهم العاقلة على عهده، ومن قال بالثاني جعل العاقلة في كل زمان ومكان من ينصر الرجل ويعينه في ذلك الزمان والمكان، فلما كان في عهد النبي إنما ينصره ويعينه أقاربه كانوا هم العاقلة، إذ لم يكن على عهد النبي ديوان ولا عطاء، فلما وضع عمر الديوان كان معلوماً أن جند كل مدينة ينصر بعضه بعضاً، ويعين بعضه بعضاً، وإن لم يكونوا أقارب، فكانوا هم العاقلة، وهذا أصح القولين وإنما تختلف باختلاف الأحوال، وإلا فرجل قد سكن بالمغرب وهناك من ينصره ويعينه كيف تكون عاقلته من بالمشرق في مملكة أخرى، ولعل أخباره قد انقطعت عنهم والميراث يمكن حفظه للغائب، فإن النبي قضى في المرأة القاتلة أن عقلها على عصبتها، وأن ميراثها لزوجها وبنيتها، فالوارث غير العاقلة، وكذلك تأجلها ثلاث سنين، فإن النبي لم يؤجلها بل قضى بها حالاً وعمر أجلاً ثلاث سنين، فكثير من الفقهاء يقولون لا تكون إلا مؤجلة كما قضى به عمر، ويجعل ذلك بعضهم اجماعاً، وبعضهم قال: لا تكون إلا حالاً، والصحيح أن تعجيلها وتأجيلها بحسب الحال والمصلحة، فإن كانوا مياسير ولا ضرر عليهم في التعجيل أخذت⁽²⁾.

رابعاً - نوع القتل الذي تحمله العاقلة:

قال ابن عبد البر: الذي عليه جمهور العلماء وعامة الفقهاء: أن العاقلة لا تحمل عمداً ولا اعترافاً ولا صلحاً، ولا تعقل عمداً⁽³⁾. وأن المذاهب الأربعة اتفقوا في القتل الخطأ على أن الواجب فيه الدية على العاقلة الحنفية⁽⁴⁾، والمالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾.

وأما القتل شبه العمد؛ فقد اتفق جمهور الفقهاء القائلون به، وهم: الحنفية⁽⁸⁾، والشافعية⁽⁹⁾، والحنابلة⁽¹⁰⁾ على أنه لا قصاص فيه، وإنما يصر إلى الدية تتحملها العاقلة.

وأنكر هذا النوع من القتل ابن حزم⁽¹¹⁾ كما أنكره المالكية إلا في صورة واحدة إذا ضرب الأب ابنه بحديدة أو حذفه بحجر فمات، فلا يقتل به ولا يحمل فعله على تعمد القتل لما في الأبوة من الشفقة والحنو

(1) الإجماع لابن المنذر ص74

(2) مجموع الفتاوى (19/ 256-257) ص 138-139

(3) التمهيد (14/ 206-205)

(4) المبسوط (27/ 115)

(5) البهجة، (2/ 622).

(6) مغني المحتاج (4/ 116)

(7) العدة شرح العدة للمقدسي، ص-503

(8) المبسوط (27/ 115)

(9) مغني المحتاج، (4/ 116)

(10) الكافي لابن قدامة (4/ 88).

(11) المحلى (10/ 343).

المغروز فيها خلقة ، وذلك يمنع من قصد إزهاق الروح ويعطى فعل الأب هذا شبه العمد، وتجب فيه الدية مغلظة في مال الأب سواء كان مسلماً أو غير مسلم⁽¹⁾.

خامساً - تقدير موقف المشرع من العاقلة:

1- استمرت نصوص قانون العقوبات في ميدان التطبيق على جرائم الحدود إلى أن تبنى المشرع الليبي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية حيث اصدر القانون رقم (6) لسنة 1423/1993م بشأن احكام القصاص والدية⁽²⁾ والذي جاء مليئاً بالإشكاليات التي عرقلت تطبيقه التطبيق الصحيح ، الأمر الذي أدى بالمشرع إلى تعديله مرات عديدة، وكان ذلك بالقانون رقم (4) لسنة 1427 / 1997م⁽³⁾ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423/1993م بشأن أحكام القصاص والدية ، وكذا القانون رقم (7) لسنة 1430 / 2000م⁽⁴⁾ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423/1993م بشأن أحكام القصاص والدية، ورغم هذه التعديلات لم تخل ساحة هذا القانون من القصور إلى أن أصدر المشرع الليبي القانون رقم 18 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن احكام القصاص والدية⁽⁵⁾، وتجاوى هذا القانون عن الكثير من العيوب التي شابت القوانين التي سبقتة، لكنه لم يسلم هو الآخر من عيوب رأينا الاكتفاء في دراستنا له على أحكام العاقلة وما يعترضها من إشكالات في تطبيق أحكام هذا القانون .

2- القوانين الواجبة التطبيق في مجال العاقلة:

بيننا في الفقرة السابقة أن المشرع أصدر عدة تعديلات لقانون القصاص والدية، وكان مسلكه مضطرباً في تقرير التعديلات، والتي كان آخرها القانون رقم 18 لسنة 2016 والذي ندمغه بعدم دلالة مسمّاه على حقيقة مضمونه، حيث أطلق المشرع على عنوان التعديل الذي أجراه سنة 2016م بالقانون رقم 18 لسنة 2016م مسّى "قانون رقم 18 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون رقم "6" لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية.

وهذا العنوان يُفهم منه أن المشرع قد لجأ إلى تعديل جزئي في القانون رقم "6" لسنة 1423م بأن اختار بعض أحكامه التي رأى بلزوم تعديلها وأجرى عليها التعديلات المناسبة، ولكن ليس هذا هو الواقع؛ فالمطلع على التعديل المذكور يجد أن هذا التعديل تناول كافة الأحكام التي تناولها القانون الأصلي رقم "6" لسنة 1423م، وهذا يعني بأن التعديل الذي وصف كذلك هو قانون متكامل قد حلّ واقعيّاً محل القانون رقم "6" لسنة 1423م؛ لأن المطبق لن يحتاج إلى الرجوع للقانون المذكور لحكم الواقعة التي بين يديه، بل تكفيه الأحكام التي وردت في التعديل؛ وهذا ما تؤكد المادة الأولى من القانون رقم 18 لسنة 2016م ذاته ولعلّ سائلاً يسأل عن الفائدة من إثارة هذه الملاحظة، فنقول: إن الفائدة التي لا تغيب على فطنة كل بصيرة أن القانون الأخير بهذا العنوان سيوهم القاضي أو وكيل النيابة العامة وغيرهما من المهتمين أن القانون المعدّل باقٍ، وهو غير ذلك، حتى على قاعدة التعديل الضمني بين القوانين المتعاقبة زمنياً، ولا يُعرف في

(1) تهذيب مسائل المدونة للبراذعي(466/2)

(2) منشور بالجريدة الرسمية، العدد الخامس، 1423م ص 118

(3) منشور بالجريدة الرسمية، العدد الثاني، 1428م ص 47

(4) منشور بالجريدة الرسمية، العدد الخامس عشر 1430م ص 513

(5) منشور بالجريدة الرسمية، العدد الرابع، السنة الخامسة، 17 رجب 1437 هـ 2016/4/24 م ص 232

الصياغة القانونية ما يُعرف في الأحكام الفقهية بقاعدة النسخ مع بقاء الحكم، مما يؤدي إلى تشتيت وضياع جهد للمطبق والمهتم لا مبرر له.⁽¹⁾

3- وانطلاقاً من ذلك فإن القانون رقم 18 هو ما نرشحه دون سواه ليكون محورا للقراءة والتقييم، وقد نتهم بالعقوق باعتبار أن هذا القانون لم يطبق في بعض المحاكم في بلادنا، فنقول بأن هذا القانون تم تعميمه على المحاكم والنيابات، وقد جرى به العمل إلى يومنا هذا ولم يصدر ما يلغيه أو يعدله، وحسماً لهذه المعضلة فإن دراستنا تنصب على العاقلة التي كرر فيها هذا القانون ما جاء في التشريعات التي سبقتة والتي حل محلها في التطبيق مع اضافات جديدة أتى عليها لم تر النور في التشريعات السابقة فيما يخص موضوع العاقلة .

4- مجال العاقلة، فقد نص المشرع في القانون على تحمل العاقلة للدية في الآتي:

أ- القتل الخطأ

ب- القتل العمد إذا كان القاتل غير بالغ أو مجنوناً

وبالتالي تحدث القانون عن القتل العمد والقتل الخطأ، والإيذاء الشخصي العمد، وكذلك الواقع خطأ، ولم يفرد المشرع نصوصاً خاصة بالقتل شبه العمد والإيذاء شبه العمد، وهو ما يعرف في القانون الجنائي بالضرب أو الجرح المفضي للموت والإيذاء الشخصي غير العمد .

ورأينا في الفقرات السابقة أن القتل شبه العمد قد اتفق عليه جمهور الفقهاء، وهم الحنفية والشافعية والحنابلة أنه لا قصاص فيه وإنما يصار إلى الدية التي تتحملها العاقلة.

وهذا قصور من المشرع ينبغي تداركه بالنص على تحميل دية القتل شبه العمد على العاقلة. وبخلافه ينبغي المصير إلى نص المادة السابعة الخاصة بالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما يقرره أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص فيه. ونشير أخيراً إلى أنه لا يكفي في رأينا ما نصت عليه المادة السابعة، ذلك أن أيسر المذاهب وفقاً للنص يصعب تطبيقه من قضاة أغلبهم غير مختصين في الشريعة الإسلامية، فما يراه هذا القاضي هو الأيسر قد لا يراه الآخر كذلك. كما أن القصد منه فتح مسلك أمام القاضي لسد أي نقص تشريعي يعتبرى القانون، إلا أنه مسلك محفوف بالمخاطر ويفتح باباً لتحكم القضاة وتذبذب أحكامهم في الوقائع المتشابهة.

5- تحديد نطاق العاقلة تدرج المشرع في تحديده للعاقلة في المادة (5/ف2) على النحو التالي :

أ- عاقلة العصبية ولم يحدد المشرع من هم العصبية تاركاً التحديد إلى نص الإحالة على أيسر المذاهب ونحويل على الفقرة السابقة بأن ذلك لن يؤدي إلى معيار منضبط يطرد في أحكام المحاكم، لاسيما وأن المشرع زاد الأمر تعقيداً عندما فتح باب عدم إمكانية جبرهم على دفع الدية، وهذا ما لا يمكن قبوله مهما قيل في تبريره فالحكم الجنائي يصبح واجب التطبيق بمجرد أن يكون باتاً.

ب- ثم انتقل المشرع إلى العاقلة الثانية وهم أهل المهنة

ولم يحدد المشرع الضابط في امتداد الرابطة المهنية التي ينتهي إليها الجاني في علاقته مع عاقلة أهل مهنته. وإن كنا نرى في هذا النوع من العاقلة ملاذاً آمناً لتحقيق تحمل العاقلة للدية باعتبار أن جذوره تمتد إلى فعل سيدنا عمر - رضي الله عنه - عندما حمل ديوان الجند للدية إلا أننا باختلاف الزمان بين عصر

(1) خالد فلاح، فرج نويرات، الدية وإشكالاتها في القانون الجنائي الليبي، مجلة جامعة الزيتونة، ع33، مارس 2020 ص312 .

الصحابة وعصرنا ينبغي تنظيم تلك العاقلة بضمانات تجعلها تؤتي ثمارها وتسير عليها أحكام القضاء ويتم تنفيذها ، حيث يرى الباحث بأن ينص في الهيكل التنظيمي للوزارات والهيئات والمؤسسات والشركات على أن صندوق العاقلة يمول من أهل المهنة، ويخرج عن الأموال العامة حيث يجوز الحجز عليه بموجب الأحكام القضائية الصادرة من بتحمل عاقلة المهنة لدفع دية أحد أفرادها .

ج- قبل ان تنتقل إلى العاقلة الثالثة وهي المجتمع أردف المشرع عبارة "ويصدر حكم قضائي بإلزامهم بالدفع وطريقة تنظيم الدفع". وهنا نشير إلى أحكام المحكمة العليا باعتبار أن أحكامها ملزمة لبقية المحاكم في بلادنا حيث وجدناها قد بينت المقصود بالعاقلة " أن الدية يعاقب بها الجاني في جريمة القتل الخطأ ، وأن العاقلة هي الملزمة بدفعها لولي المقتول...ولما كانت المادة الخامسة سالفه الذكر لم تبين مفهوم العاقلة ، وكان حكم إلزام العاقلة بدية المقتول خطأ مستمداً من مبادئ الشريعة الإسلامية ، فينبغي الرجوع إليها لبيان مفهومها ، وكان رأي الجمهور من المذاهب الإسلامية وعلماء الشريعة . الذي تأخذ به هذه المحكمة . أن المقصود بالعاقلة هم أولياء دم القاتل خطأ من الذكور البالغين العاقلين ، ويشمل الآباء والأجداد وإن علوا وفروعهم وإن نزلوا ، والأبناء وفروعهم وإن نزلوا ، ومقتضى ذلك أنه يتعين على المحكمة عند إدانة المتهم عن جريمة القتل الخطأ تطبيقاً لأحكام القصاص والدية المشار إليه ، إلزام أفراد عاقلته على الوجه المذكور بدفع الدية بعد أن تتحقق من وجودهم وتحدهم تحديدا مانعا للجهالة⁽¹⁾ .

د- العاقلة الثالثة وهي المجتمع (الخزانة العامة) ولا ينتقل الحكم إليها إلا إذا عدم الجاني العاقلة الأولى والثانية ، وهو أن خزينة المجتمع لا تتحمل دية المقتول خطأ إلا إذا كان القاتل لا عاقلة له. فإن لازم ذلك أنه يتعين على محكمة الموضوع أن تتحقق من عدم وجود عاقلة للقاتل قبل أن تقضي بالدية على خزانة المجتمع .ولما كان يتضح من الحكم المطعون فيه أنه أيد حكم محكمة البداية الذي ألزم خزانة المجتمع بالدية دون أن يتحقق أي من الحكمين من عدم وجود عاقلة للقاتل فإن الحكم المطعون فيه ومن قبله الحكم الابتدائي يكونان قاصرين، ومن ثم يتعين القضاء بنقض الحكم المطعون فيه لقصوره في التسبيب⁽²⁾ .

6- سريان احكام الفضالة على الجاني الذي دفع الدية بدلا من العاقلة في القتل الخطأ، فلم يقتصر المشرع في اعتماده طريقة الإحالة على الإحالة على الأحكام الجنائية داخل المؤسسة القانونية الواحدة، بل تعداها إلى مؤسسات قانونية مدنية صرفة كالإحالة على أحكام الفضالة

وهذا من المشرع تخريج حكم وتقريره في غير محله، ذلك أن المتفضل عليه، أو كما اسماه القانون برب العمل ملزم بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يُعوضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، وأن يُعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، وفقاً لما تنص عليه المادة "198" من القانون المدني⁽³⁾ .

وحيث إن الفضولي في موضوع الدية هو في الحقيقة الجاني أو القاتل في القتل الخطأ الذي "تفضل مشكوراً" بدفع دية نيابة عن عاقلته في الوقت الذي كان بإمكانه هم الأحجام عن دفع ثمن ما اقترفته يداه هو، وتتحمل العاقلة حينها ذنبه، فإن له والجال كذلك أن يطالب وفقاً لأحكام الفضالة العاقلة بالإيفاء بما

(1) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 1665 / 50 ق جلسة 2004/4/24

(2) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 337 / 50 ق جلسة 2005/2/23 س 3-4، ع 4، ص 146

(3) انظر: في شرح أحكام الفضالة، د. عيد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1 ص 1051، وما بعدها.

التزم به تجاه أولياء الدم، مع حقه أيضاً في التعويض عن هذه التعهدات، كما له أيضاً مطالبة العاقلة برد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف كمصاريف استضافة أولياء الدم في بيته لإقناعهم بقبول الدية والتفاوض حول مبلغها، بل له أيضاً وفقاً لأحكام الفضالة المشار إليها مطالبة العاقلة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، كما لو حدث له إيذاء شخصي نتيجة مشاجرة بينه وبين أحد أولياء الدم أثناء التفاوض؟!، وهو الأمر الذي يقود بالتأكيد إلى تفرعاً تتجافي مع المنطق والعدالة بسبب إقحام نظام قانوني مع آخر مختلف عنه ومحاولة المزوجة بين جنسين لا ينتميان لنفس العائلة، بما يقود إلى صعوبات ومشاكل في التطبيق كان يمكن المشرع تفاديها⁽¹⁾.

الخاتمة

بعد هذه القراءة في نصوص قانون القصاص والدية نخلص إلى القول بأن المشرع لم يكن موفقاً في معالجته لموضوع العاقلة لاسيما فيما تعيشه بلادنا من ارتفاع في جرائم القتل الخطأ وشبه العمد نتيجة لانتشار السلاح وتمزق النسيج الاجتماعي للفتن التي شهدتها البلاد، مما يجعل حق المجني عليه في حصوله على الدية بعيد المنال من الجاني العاجز عن دفعها وعاقلة التي قد تنكب له وتكرنصرته في دفعها .

وما نرشحه هنا هو تغليب ضابط التناصر والتكافل بين الجماعة التي تنتهي إلى مجال معين من مجالات الوظيفة العامة في دواوين الدولة، ونقترح على المشرع في التقنين المنشود هو الخروج بتقنين ينظم العاقلة على نحو يقفل باب الاجتهاد بنصوص صريحة مستمدة من تراث الفقهاء على النحو الآتي :

- 1- تحديد من هم عصابة الجاني تحديداً نافياً للجهالة .
- 2- نبيذ نصوص الإحالة إلى سواها بأن لا تكون النصوص حمالة أوجه، وإنما تكون الصياغة جامعة مانعة لموضوع النص .
- 2- النص على إنشاء لصناديق العاقلة في الوزارات والهيئات والمؤسسات العامة والشركات العامة تتحمل دفع الدية عن الجاني الذي لا عصابة له .
- 3- النص على القتل شبه العمد وجرائم الإيذاء في تحميل الدية على العاقلة.
- 4- النص على أن العاقلة شخصية معنوية وهيئاتها هي: الوزارات والهيئات العامة والخاصة والسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وجهات العمل المختلفة والنقابات والجمعيات والخزانة العامة للدولة .
- 5- النص على أنه إذا كان للجاني أكثر من عاقلة تقضي المحكمة على العاقلة الأقرب وفق الترتيب المذكور في الفقرة السابقة .

6- النص على تحميل العاقلة لمبلغ الدية كاملاً.

7- تصدر لكل عاقلة لائحة خاصة بها تحدد طبيعة التعاقل وكيفية الانضمام إليها.

ختاماً فإن هذه القراءة لن تكون حاسمة في التقنين المنشود للعاقلة، لكن ما أتمناه من العلي القدير في هذا الشهر الفضيل شهر رمضان المبارك أن يكون الباحث قد ساهم بشيء يذكر ولو من طرف خفي في هذا المؤتمر الذي يهدف القائمون عليه إلى تيسير تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية . والله ولي التوفيق.

(1) الدية وأشكالها مرجع سبق ذكره، ص 315-316

قائمة بأهم المراجع

أولاً- مراجع الفقه الإسلامي:

- 1- أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، الرياض، مكتبة العارف، الطبعة الثانية، 1429هـ، 2008
- 2- أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، بيروت، دارالكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1420هـ، 1999
- 3- إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر- محمد النجار، المعجم الوسيط، دارالدعوة تحقيق مجمع اللغة العربية
- 4- إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، السعودية، دار عالم الكتب، الطبعة الاولى، 1425هـ، 2004
- 5- أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإجماع، بيروت، دارالكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1408هـ، 1988
- 6- أحمد القدوري، الموسوعة الفقهية المقارنة، التجريد - تحقيق محمد سراج، علي جمعة، دار السلام، الطبعة الثانية، 1427هـ، 2006
- 7- أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المنصورة، دار الوفاء، 1421هـ، 2001
- 8- أحمد حطية، مدار الدليل على منار السبيل، دمنهور، مكتبة بحر العلوم، الطبعة الاولى، 2012.
- 9- أحمد بن حجر العسقلاني فتح الباري بشرح صحيح البخاري، القاهرة، دار الريان للتراث، الطبعة الاولى الجزء الثاني عشر، 1407هـ، 1987
- 10- بهاء الدين عبدالرحمن المقدسي، العدة شرح العمدة، بيروت، المكتبة العصرية، 1417هـ، 1997
- 11- خلف بن أبي القاسم البراذعي، تهذيب مسائل المدونة، بيروت، دارالكتب العلمية، 2010
- 12- سيف رجب قزامل، العاقله في الفقه الاسلامي، ط1، 1412هـ، 1991، ص 9
- 13- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، بيروت، دار الفكر، الطبعة الاولى، 1419هـ، 1998
- 14- علي بن أحمد بن حزم، المحلى، بيروت، منشورات المكتب التجاري،
- 15- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نقابة المحاسبة، الجيزة، مصر، بدون رقم الطبعة، السنة 2008م.
- 16- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي، القاهرة، مكتبة دار التراث، 1424هـ، 2003
- 17- علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دارالكتب العلمية -، بيروت، الطبعة الاولى، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، 1418 هـ - 1998م
- 18- محمد بن أحمد السرخسي المبسوط، دار الفكر، بيروت، 1421هـ، 2000.
- 19- مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، القاهرة، دار الحديث، الطبعة الثالثة، 1419هـ، 1998
- 20- موفق الدين ابن قدامة، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، الاسكندرية، دارالعقيدة، الطبعة الاولى، 1425هـ، 2004
- 21- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصر، دار احياء الكتب العربية
- 22- محمد أحمد شحاته، العاقله ومسئوليتها عن الدية في الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه منشورة، مصر، دار الجامعيين، 1426هـ، 2005



23- يوسف ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، القاهرة، الفاروق للنشر، الطبعة الرابعة 1431هـ 2010،

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

1- خالد فلاح، فرج نويرات، الدية وإشكالياتها في القانون الجنائي الليبي، مجلة جامعة الزيتونة، العدد الثالث والثلاثون، مارس 2020.

2- عوض محمد عوض، نظرية العاقلة في الفقه الإسلامي المعاصر، باكستان، دارالدراسات الإسلامية 1405هـ 1985.



مكانة الشريعة الإسلامية بين قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري

The place of Islamic law between the rules of civil law and the rules of commercial law

د. مليكة جامع

أستاذ محاضر بقسم القانون بمعهد الحقوق والعلوم السياسية

المركز الجامعي علي كافي – تندوف (الجزائر)

Malika_dja@hotmail.fr

الملخص:

تهدف الشريعة الإسلامية لتحقيق الصالح للعالم من خلال جلب المصالح ودرء المفسد، وتجسيدها لهذا المبدأ حاول المشرع الجزائري أن يستنبط من الشريعة الإسلامية ومبادئها العديد من قواعد، والاعتماد عليها لإصدار قواعد قانونية تنظم وتحكم سلوكيات الأفراد في المجتمع، وتضبط العلاقات التي تجمعهم حتى يعرف كل فرد منهم ما له من حقوق وما عليه من التزامات، فإلى أي مدى تجسد تطبيق الشريعة الإسلامية ضمن قواعد القانون المدني والتجاري؟.

ونهدف من خلال هذه الورقة إلى تسليط الضوء على مكانة الشريعة الإسلامية في كل من القانون المدني والقانون التجاري، من خلال الحديث عن مدى اعتبارها مصدرا لكلا القانونين، وإبراز بعض تطبيقاتها. الكلمات المفتاحية: مبادئ الشريعة الإسلامية، المصادر، القانون المدني، احتياطية، القانون التجاري

Abstract:

Islamic law aims to achieve the good of the world by bringing interests and warding off evil, and as an embodiment of this principle, the Algerian legislator tried to deduce from Islamic law and its principles many of its rules, and rely on it to issue legal rules that regulate and govern the behavior of individuals in society, and control the relationships that bring them together so that each one of them knows His wealth of rights and obligations, so to what extent has the application of Islamic law embodied within the rules of civil and commercial law?

Through this paper, we aim to shed light on the place of Islamic law in both civil law and commercial law, by talking about the extent to which it is considered a source for both laws, and highlighting some of its applications.

Keywords: Principles of Islamic law, sources, civil law, reserve, commercial law.

مقدمة

يراد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام على لسان رسوله محمد - صلى الله عليه وسلم - سواء كانت بالقرآن الكريم، أم بالسنة القولية أو الفعلية أو التقديرية. ونظرا لكون أحكام الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، فهي تحتل مكانة بارزة في غالبية التشريعات العربية، ومن بينها التشريع الجزائري الذي اعتبرها مصدرا من مصادر التشريع استنادا لنص المادة الثانية من الدستور التي اعتبرت الإسلام دين الدولة. وبالنظر إلى ما أفرزه الواقع من تشعب في العلاقات بين الأفراد وتصادمها، الأمر الذي دفع المشرع لإصدار قواعد قانونية تنظم وتحكم سلوكيات الأفراد في المجتمع، وتضبط العلاقات التي تجمعهم حتى يعرف كل فرد منهم ماله من حقوق وما عليه من التزامات. وحتى يتمكن المشرع من تكوين هذه القواعد القانونية فهو يرجع إلى العديد من المصادر، ومن بينها أحكام الشريعة الإسلامية نظرا لكونها تحوي تنظيما قانونيا يحكم العلاقات الإنسانية والاجتماعية، لذلك نهلت القوانين الوضعية من الشريعة الإسلامية بعض أحكامها وجعلتها مصدرا من مصادرها، ترجع إليها إذا تعذر عليها إيجاد الحكم في الواقعة المعروضة أمامها في المصادر الأخرى وفقا لترتيبها. والشريعة الإسلامية هدفها الأساسي هو تحقيق المصالح للناس ودرء المفسد عنهم، لذا فهي تسعى دائما إلى إيجاد الحلول اللازمة لكل معضلة قانونية أو سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية⁽¹⁾.

لذا فقد جاءت الشريعة الإسلامية بثلاثة أنواع من الأحكام⁽²⁾:

النوع الأول: هي الأحكام التفصيلية، وهي أحكام فصلها القرآن الكريم تفصيلا دقيقا لا مجال للاجتهاد فيها، منها الأحكام المتعلقة بالعقائد، الحدود، الموارث، وبالزواج والطلاق، وبالتالي فهي واجبة التطبيق على الجميع.

النوع الثاني: هي الأحكام المجملة، والتي جاءت بصفة موجزة في القرآن الكريم، لكن تفصيلها ورد في السنة النبوية الشريفة، وهي أحكام متعلقة بالعبادات، والتي لا مجال للاجتهاد فيها باعتبار أنها واجبة التطبيق والالتزام بها.

أما النوع الثالث: فيتعلق بأحكام المبادئ العامة، وهي الأحكام التي تبين الأسس العامة التي يبني عليها التشريع، مثل مبدأ المسؤولية، مبدأ رفع الحرج ودفع المشقة، مبدأ العدالة، مبدأ لا ضرر ولا ضرار، مبدأ حفظ النفس والمال، ومبدأ عدم الإكراه في الدين إلى غيرها من المبادئ التي تمس جميع جوانب الحياة الإنسانية وفي كل المجالات.

وهذه المبادئ هي الأسس التي يجب أن تراعى عند سن التشريع، والتي ينبغي أن تؤسس عليها كل الاجتهادات سواء فقهية أو قضائية أو تشريعية، عملا بقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [سورة النساء، الآية 59].

¹ - حليلة آيت حمدي، مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 38، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/09/15، ص. 135.
² - حليلة آيت حمدي، مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص. 135.

ومن خلال هذه المداخلة سنحاول الحديث عن مكانة الشريعة الإسلامية بين قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري، خاصة وأن المادة الأولى من القانون المدني اعتبرت مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني له بعد التشريع، في حين أن المادة 01 مكرر من القانون التجاري لم تنص على أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون التجاري. إلا أن ذلك لا يعني أن القانون التجاري لا يعتد بأحكام الشريعة الإسلامية، خاصة وأنه اعتبر القانون المدني مصدرا من مصادره، وعلى ذلك نستشف ضمنا من خلال مطابقة نص المادة الأولى من القانون المدني والمادة الأولى مكرر من القانون التجاري أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الثالث من مصادر القانون التجاري عملا بقاعدة الخاص يقيد العام. وما يؤكد هذا الطرح أن هناك العديد من التطبيقات لأحكام الشريعة الإسلامية في القانون التجاري شأنه في ذلك شأن القانون المدني، وما دام أن المشرع استمدها من الشريعة الإسلامية ودونها كقاعدة ملزمة في أحكامه التجارية، فهذا يعني أنه اعتبرها ضمنا مصدرا من مصادره على النحو السالف ذكره.

وتهدف من خلال هذه المداخلة الإجابة على إشكالية مفادها كيف أثرت مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني والتجاري؟.

وسنحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال اعتمادنا على منهج تحليلي مقارنة، نقسم بمقتضاه الدراسة إلى مبحثين، نعالج في المبحث الأول مكانة الشريعة الإسلامية في القانون المدني، أما المبحث الثاني فنعالج فيه مكانة الشريعة الإسلامية في القانون التجاري.

المبحث الأول

مكانة الشريعة الإسلامية في القانون المدني

يعتبر القانون المدني من أقدم فروع القانون الخاص نظرا لأهميته؛ كونه ينظم جميع الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد مع بعضهم البعض، والتي نظمها المشرع بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

وبعد القانون المدني الشريعة العامة لجميع القوانين، يتم الرجوع إليه للحكم في المسائل التي لم تنظمها إحدى فروع القانون الخاص، لذلك تمتاز قواعده بالتنوع كونها مستمدة من العديد من المصادر، ومن بينها الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة التي تحتل مركزا هاما ضمن أحكام القانون المدني، لذلك سنحاول التعرف على مكانتها باعتبارها مصدرا من مصادر القانون المدني (المطلب الأول) ثم نتعرف على تطبيقاتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون المدني

يقصد بالمصدر المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية، وهي تتمثل في مجموع العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والدينية والأخلاقية وغيرها التي يتميز بها المجتمع⁽¹⁾، فالمصدر هو المنبع

¹ - علي فيلال، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010، ص. 157.

الذي تستقي منه القاعدة القانونية وجودها. وفي هذا السياق نصت المادة 01 ق م على أنه "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". يظهر من نص المادة أن المشرع رتب مصادر القانون المدني، وبين تدرجها من حيث أولويتها في التطبيق، وقد أبرز بمقتضى نص المادة 01 ق م السالفة الذكر مكانة الشريعة الإسلامية من بين المصادر الأخرى، واعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً أولاً، يتم الرجوع إليه إذا لم يوجد حكماً للمسألة في المصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع.

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية الأحكام القطعية والأصول الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب الفقهية، وهذه المبادئ هي الأسس التي يجب الأخذ بها لبناء الأحكام التشريعية، فمبادئ الشريعة الإسلامية تشمل جميع الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، أما بقية أحكام الفقه الإسلامي فهي لا تخرج عن كونها مجرد أحكام اجتهادية لا تأخذ صفة الإلزام وإنما تعتبر مصادر تفسيرية يستأنس بها القاضي للوصول إلى الحكم المنشود⁽¹⁾.

إن اعتراف المشرع الجزائري بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادره، جاء متوافقاً مع النص القرآني، حيث قال الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [سورة النساء، الآية 59].

والجدير بالذكر أنه لا نقصد بالشريعة الإسلامية في هذا الصدد مجموعة القواعد القانونية التي تطبق في مسائل الأحوال الشخصية، أو القواعد التي نظم بها المشرع أحكام الميراث والوصية والوقف والولاية على المال، ذلك أن هذه الموضوعات نظمها المشرع في قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم، وبالتالي يعتبر المصدر الرسمي لهذه الموضوعات هو التشريع على الرغم من أن هذه النصوص التشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

وإنما يقصد بالشريعة الإسلامية هنا المبادئ الكلية الأساسية التي تقوم عليها هذه الشريعة دون المبادئ التفصيلية، وهذه لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية، وهي بهذا المعنى تعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً من مصادر القانون، لا يلجأ إليها القاضي إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي، والقاضي حينما يلجأ إلى الشريعة الإسلامية فإنه يطبقها ليس باعتبارها قواعد دينية، وإنما باعتبارها قواعد قانونية شأنها في ذلك شأن التشريع⁽³⁾.

1- حليلة أيت حمدي، المرجع السابق، ص. 135-136.

2- حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، العدد 03، جامعة قطر، جويلية 2013، ص. 09.

3- حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 09.

المطلب الثاني

تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون المدني

نظرا لكون مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرسمي الثاني في ترتيب مصادر القانون، حيث يلتزم القاضي بالرجوع إليها عندما لا يجد نصا ينظم المسألة المعروضة أمامه في المصدر الرسمي الأول وهو التشريع، حيث نجد المشرع الجزائري تبنى العديد من الأحكام في الشريعة الإسلامية وصاغها في شكل قاعدة قانونية عامة ومجردة، ملزمة ومقترنة بجزاء.

وفيما يلي سنحاول عرض بعض تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون المدني.

أولا- نظرية التعسف في استعمال الحق:

عنيت الشريعة الإسلامية بحقوق البشر، وفرضت حرمتها وقديسيته، لذلك كان لها فضل السبق في وضع نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث أرست الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة أسس تقييد الحق ومنع ممارسته على نحو يضر بالغير⁽¹⁾. ولا أدل على ذلك من قوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا ۚ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا ۚ وَادْكُرُوا لَلَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [سورة البقرة الآية 231].

حيث تشير الآية الكريمة إلى جواز ممارسة حق الرجعة، فيمسك الزوج زوجته إذا كان القصد من وراء ذلك إعادة تأسيس حياة زوجية كريمة، أما إذا كان القصد من وراء استعمال هذا الحق هو إلحاق الضرر بالزوجة، فيراجعها إذا شارفت مدة العدة على الانتهاء، ثم يطلقها بعد ذلك، بغرض إطالة فترة عدتها أو منعها من الزواج، فهنا يكون الزوج متعسفا في استعماله لحق الرجعة لأنه لم يهدف من ورائه إلا الإضرار بالزوجة وهذا أمر منهي عنه، لذلك توعدهم الله عز وجل فقال ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾.

ومن تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، قوله عز وجل ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَاللَّاهِ أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِمَّهَا السُّدُسُ ۚ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ۚ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [سورة النساء الآية 12].

حيث تدل آيات الكتاب الكريم على حرمة التعسف في استعمال الحق، فبعد أن بين سبحانه وتعالى نصيب كل من الزوجين والأخوة لأم من الميراث، قال ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ﴾، ومعنى هذا النص الكريم أنه يجب أن تكون وصية الإنسان محققة للعدل لا أن تكون قد حصلت للإضرار والجور والحيثف، كأن يوصي الشخص بجرمان بعض ورثته، أو ينقصه عن حقه في الميراث، أو يزيده على المقدار الذي قدره الله عز وجل له، ووجه الاستدلال من هذا النص الكريم على تحريم التعسف في استعمال الحق أن الوصية مع أنها حق للمورث فإنه لا يجوز له أن يستعمل حقه فيها إلا على وجه مشروع، كأن يوصي

¹ - بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/02/27، ص. 07.

ببعض ماله في وجه من وجوه الخير في حدود ثلث أمواله، ولا يجوز له أن يستعمل هذا الحق بطريق غير مشروع، كأن يوصي بزيادة بعض الورثة عن باقيهم، أو يحرم البعض مما له من الميراث، أو ينقصه عنه، أو يقر بدين غير حقيقي حتى يضار الورثة، فمثل هذه الوصايا التي فيها إضرار بالورثة منهي عنها، وهي إساءة لاستعماله لحقه في الوصية⁽¹⁾.

من جهتها نهت السنة النبوية الشريعة عن التعسف في استعمال الحق، فعن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار)⁽²⁾.

ومعنى لا ضرر، ولا ضرار؛ أنه لا يجوز إبقاء الضرر، وأن الضرر منتفٍ شرعاً، فكل شيء فيه ضرر فإنه يجب إزالته؛ لأن الضرر مدفوع شرعاً وعقلاً، ولا يمكن للعاقل أن يقره، ولا للشريعة الإسلامية أن تقره، وأما الضرر فهو من المضارة؛ أي: ولا يحل لأحد أن يضار أخاه، حتى وإن كان فيما لا ضرر فيه ما دام يقصد أن يضار أخاه، فمن ضار؛ ضار الله به، فهذا الحديث يدل على أن الضرر منفي شرعاً سواء حصل بقصد أو بغير قصد، فإن حصل بقصد فهو مضارة وإن حصل بغير قصد فهو ضرر، فالإنسان أحياناً يفعل الشيء لا يريد الضرر، ولكنه يحصل به الضرر فإنه في هذه الحال يجب إزالته، وأحياناً يفعل ما فيه الضرر قاصداً ذلك، وحينئذ يكون مضاراً⁽³⁾.

واقتراداً بما جاء في القرآن الكريم واهتداءً بما تضمنته السنة النبوية، تبني المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون المدني نظرية التعسف في استعمال الحق بموجب المادة 124 مكرر ق م، ومن خلالها حدد حالات التعسف في استعمال الحق على سبيل المثال لا الحصر، حيث نصت أنه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

ومن تطبيقات هذه الصورة في القانون الجزائري ما نصت عليه المادة 708/2 ق م "غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني إذا كان يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"، وأيضاً ما نصت عليه المادة 881 ق م "يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به".

من جهة أخرى، اعتبر صاحب الحق متعسفاً إذا كان يهدف إلى الحصول على فائدة غير مشروعة، فلا يكفي إذن أن تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة؛ لأن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير

¹ - محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأول، القاهرة، ص. 04.
² - حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا، فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضًا.
³ - سلسلة فتاوى على الدرب على الرابط الإلكتروني: <https://binothaimeen.net/content/9242>، تاريخ الإطلاع 2021/03/25.

مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حمايته، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون أو تتعارض مع النظام العام والآداب العامة، كقيام شخص بإدارة مسكنه كمكان لتناول المخدرات أو فصل عامل عن عمله؛ نظرا لانتمائه السياسي أو النقابي. ومثاله أيضا المالك الذي يقوم بوضع أسلاك شائكة وأعمدة مذبذبة في حدود ملكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائرتها في أرض مجاورة شراء أرضه بثمن مرتفع فيكون متعسفا في استعمال حق ملكيته ويلزم بإزالة هذه الأسلاك والأعمدة. لأن المالك من وراء وضع هذه الأعمدة لا يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة بل يهدف إلى الضغط على شركة الطيران وحملها قصرا على شراء أرضه بثمن مرتفع، وبذلك فهو يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. ثانيا- نظرة الميسرة:

تعتبر نظرة الميسرة أو ما يعرف لدى بعض التشريعات بالأجل القضائي أو المهلة القضائية، قاعدة من القواعد التي نظمها الشريعة الإسلامية، فهي تعتبر الأصل التاريخي لنظرة الميسرة كونها كانت السبابة في تنظيمها ووضع أصولها، وهذا منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمن من خلال نصوص القرآن والسنة النبوية الشريفة.

ونظرة الميسرة أو المهلة القضائية عبارة عن فترة زمنية يعطيها القاضي للمدين لسداد دين عليه، فإذا حل أجل الدين وعجز المدين عن الوفاء به، فالقواعد العامة تقضي بأن للقاضي أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه إذا رأى ذلك ممكناً بشرط ألا يسبب مد أجل الوفاء ضرراً جسيماً للدائن.

وقد جاء في كتابه عز وجل، ﴿وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةً فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [سورة البقرة الآية 280].

ويظهر من الآية الكريمة رحمة الله سبحانه وتعالى عندما أمر الدائن بالصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء، وإنظار المدين المعسر أجلاً رأفة به حتى تصبح مطالبته جائزة، أي إلى أن يصبح ميسور الحال، وأضافت الآية الكريمة "وأن تصدقوا خير لكم" وهو ما يعرف بالإبراء والذي يعد أعلى درجات المعاملة في الديون. وثبت في السنة النبوية الشريفة، عن أبي هريرة، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا أَوْ وَضَعَ لَهُ، أَظْلَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ تَحْتَ ظِلِّ عَرْشِهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ" [رواه الترمذي وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ]. وفي حديث آخر: عن بريدة، قال الإمام أحمد: حدثنا عفان، حدثنا عبد الوارث، حدثنا محمد بن جحادة، عن سليمان بن بريدة، عن أبيه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: من أنظر معسراً فله بكل يوم مثله صدقة".

فهذه الأحاديث تهدف للحث على التيسير والتسهيل وحسن القضاء في المعاملات، تبعاً لذلك وأسوة بمنهج الشريعة السمحاء نص المشرع الجزائري على نظرة الميسرة أو المهلة القضائية⁽¹⁾ بموجب المادة 210 ق م التي تنص على أنه "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

¹ - أنظر أيضا المادة 119/2 و281/2 ق م.

ومن خلال نص المادة يلاحظ أن المشرع أعطى دورا إيجابيا للقاضي للتدخل، ومنح أجلا للمدين المعسر لتنفيذ التزامه، على أن يراعي في ذلك عدم لحاق ضرر للدائن من هذا التأجيل، فالقاضي يمنح أجلا للمدين بعد الموازنة بين مصالح الأطراف.

ثالثا- نظرية العلم بالمبيع (خيار الرؤية):

خيار الرؤية هو حق يثبت بمقتضاه للعاقد المشتري أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد المعين إذا لم يكن رآه عند التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه⁽¹⁾.

والسرفي ثبوت خيار الرؤية أن الشيء مهما بالغ الإنسان في وصفه لا تبلغ معرفة السامع به مبلغ معرفته بالرؤية فيكون رضاه به غير تام، والرضا التام أساس صحة العقود⁽²⁾.

وهناك من يرى بمشروعية خيار الرؤية ودليلهم ما رواه الطحاوي أن عثمان بن عفان باع طلحة بن عبد الله أرضا بالبصرة لم يرها واحد منهما، ولما قيل لكل منهما: إنك قد غبنت، قال: لي الخيار، ثم حكما جبير بن مطعم بينهما فحكما بالخيار لطلحة، وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد⁽³⁾.

والجدير بالذكر أن خيار الرؤية معروف في الفقه الحنفي استنادا لما روي عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - : "من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه"، في حين أن الجمهور (الشافعية والحنابلة) لا يعتدون به، إذ أنه حديث ضعيف باتفاق علماء الحديث، وإنما يثبون للمشتري خيار فوات الوصف، أي: عدم موافقة الصفة لواقع الوصف، أما المالكية فيعتبرونه خيارا إراديا، أي يحتاج إلى اشتراط من المتعاقد في بعض صور بيع الغائب⁽⁴⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نظم العلم بالمبيع بموجب المادة 352 ق م التي تنص على أنه "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل الحق على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع".

رابعا: تصرفات المريض مرض الموت

من أهم وأخطر التصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت بشكل عام عقود التبرعات، ومن أبرز العقود عقد الوصية التي تضاف إلى ما بعد الموت، والتي قد تضر بالذمة المالية للورثة بعد وفاة المريض، وقد جاء في أحد قرارات القضاء الجزائري: من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ إذ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد⁽⁵⁾.

¹ - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص. 532.

² - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص. 532.

³ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 533.

⁴ - شوقي بنّاسي، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني -الالتزامات نموذجًا-، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 31، العدد 02، الجزائر، 15/06/2017، ص. 313.

⁵ - كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة الوادي، أبريل 2019، ص. ص. 402-403.

وعن ابنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ مَثِيءٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ". مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

وَعَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَنَا ذُو مَالٍ، وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي وَاجِدَةٌ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلْثِي مَالِي؟ قَالَ: لَا، قُلْتُ: أَفَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ؟ قَالَ: لَا، قُلْتُ: أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلْثَيْهِ؟ قَالَ: الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَّ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّمُونَ النَّاسَ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

فهذه الأحاديث تتعلق بالوصية، والوصية مشروعة للمؤمن، إذا كان له شيء فيُوصي به، أو كان عليه دينٌ ليس عليه بينةٌ يجب عليه أن يُوصي فيه، أو كان يُحبُّ أن يُوصي بالثلث أو بالربع أو بالخمسة فيُستحبُّ له أن يُبادر بذلك؛ حتى لا يعرضَ له عارضٌ يحول بينه وبين ذلك؛ أي حتى لا يهجم عليه الأجل وهو لم يفعل هذا الخير، فالسنة له أن يُبادر بكتابة الوصية قبل هجوم الأجل، لكن ليس للشخص أن يُوصي بأكثر من الثلث، وإذا كان ولا بد فالثلاث، والثلث كثير، هذا أكثر ما يُباح له⁽¹⁾.

ومن جهته أكد المشرع الجزائري على أن تصرفات المريض مرض الموت تعتبر وصية، والوصية استناداً لأحكام المادة 185 من قانون الأسرة تكون في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة. حيث نصت المادة 1/776 ق م "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

خامساً: الحوالة المدنية

يقصد بالحوالة المدنية تحول الالتزام ذاته حقا أو ديناً من شخص لآخر، بأن يتغير أحد طرفي الالتزام (الدائن أو المدين)، فإذا كان الطرف المتغير في الالتزام هو الدائن سميت الحوالة بحوالة الحق، أما إذا تغير المدين فتسمى عندئذ بحوالة الدين.

وقد جاءت الحوالة المدنية في الفقه الإسلامي سبيلاً للتخفيف من العنت والتعنت للدائن والمدين، فهي بذلك وسيلة تسهيل على إيفاء الحقوق⁽²⁾.

وقد عرفت الفقه الإسلامي نظام الحوالة، والدليل على ذلك الحديث الذي رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ"⁽³⁾، وفي لفظ عند الطبراني: "ومن أحيل على مليء فليتبِع"⁽⁴⁾.

ومعنى المثل: التأخير، أي: تأخير الغني الواجد للمال قضاء ما عليه من الدين، وقد شرح هذا الحديث الشيخ ابن عثيمين -رحمه الله- في شرح رياض الصالحين قوله: (مطل الغني ظلم) يعني: ممانعة الإنسان الذي عليه دين عن الوفاء، وهو غني قادرٌ على الوفاء؛ ظلم، وهذا منع ما يجب؛ لأن الواجب على الإنسان أن يبادر بالوفاء إذا كان له قدرة، ولا يحل له أن يؤخر، فإن أصر الوفاء وهو قادر عليه؛ كان ظالماً. وأما معنى قوله: وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ، فقد قال النووي -رحمه الله- في شرح مسلم: وَمَعْنَاهُ: وَإِذَا أُحِيلَ بِالذَّيْنِ

1- الموقع الرسمي لسماحة الشيخ الإمام ابن باز، <https://cutt.us/w2uVN>. تاريخ الإطلاع: 2021/03/27

2- أمير أحمد فتوح الحجة، أثار عقد الحوالة المدنية (دراسة مقارنة)، مذكر ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص. 09.

3- أخرجه البخاري في كتاب الحوالات، حديث رقم 2287، ومسلم في كتاب المساقاة حديث رقم 1564.

4- أخرجه الطبراني في الأوسط 262/8.

الَّذِي لَهُ عَلَى مُوسِرٍ فَلْيَحْتَلْ، فليس للطالب أن يقول: لا أقبل؛ لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال: من أحيل على مليء، فليتب، إلا إذا كان المحول عليه فقيرًا، أو ماملًا، أو قريبًا للشخص لا يستطيع أن يرافعه عند الحاكم. المهم إذا وجد مانع فلا بأس أن يرفض الحوالة، وأما إذا لم يكن مانع فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر أن يقبل الحوالة، قال: فليتب⁽¹⁾.

وهكذا نص المشرع الجزائري بموجب أحكام القانون المدني على حوالة الحق بموجب الفصل الأول من الباب الرابع المعنون بانتقال الالتزام، حيث قضت المادة 239 منه أنه "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين".

كما نص في الفصل الثاني من نفس الباب على أحكام حوالة الدين، وفي هذا الإطار جاء في المادة 251 ق م أنه "تم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين"، كما نصت المادة 1/252 ق م أنه "لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين إلا إذا أقرها".

المبحث الأول

مكانة الشريعة الإسلامية في القانون التجاري

القانون التجاري هو ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذي ينظم نشاط فئة معينة من الأشخاص تسمى التجار، ونشاط فئة معينة من الأعمال تسمى الأعمال التجارية، والتي نظمها المشرع الجزائري بمقتضى الأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم. ومن خلال نصوص القانون التجاري سنحاول تحديد بعض مواضع تأثره بمنهج الشريعة الإسلامية، من خلال التركيز على مدى اعتبار الشريعة الإسلامية ومبادئها مصدرا من مصادر القانون التجاري (المطلب الأول)، ثم إبراز بعض تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون التجاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون التجاري

تنص المادة 01 مكرر قانون تجاري أنه "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء". يظهر من نص المادة أن المشرع لم ينص على الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون التجاري، والأكثر من ذلك أنه ساوى بين القانون المدني والعرف من حيث الإلزامية، حيث نص على أنه "وفي حالة عدم وجود نص يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء"، وحرف الواو هنا يراد به المساواة لا الترتيب، لأن المشرع لو أراد الترتيب لقال وفي حالة عدم وجود نص يطبق القانون المدني ثم أعراف المهنة. وهذا يبين أن المشرع يريد أن يعطي مكانة متميزة للعرف ضمن أحكام القانون التجاري، خاصة وأن هذا الأخير نشأ عرفيا، فكان مجرد عادات وتقاليد تواتر التجار على اتباعها وشعروا بإلزاميتها، ثم قننت هذه القواعد العرفية بعد ذلك في شكل قواعد قانونية عامة ومجردة، ملزمة مقترنة بجزاء.

¹ - موقع إسلام ويب <https://cutt.us/P65tb> تاريخ الإطلاع: 2021/03/27

ومهما يكن من أمر فالمادة تطرح إشكالا هو هل يجوز للعرف أن يخالف القاعدة القانونية الملزمة باعتبار أن المشرع ساوى بينه وبين القانون المدني؟.

نقول هنا، إن العرف مهما بلغت مكانته فلا يجوز له مخالفة القواعد المدنية الآمرة؛ لأنها من النظام العام، وبالتالي لا يجوز مخالفتها لا بقاعدة عرفية أو بعادة اتفاقية، وكل اتفاق بخلاف ذلك يعتبر باطلا. من جهةها أغفلت نص المادة -كما سبقت الإشارة- الشريعة الإسلامية، ولم تدرجها ضمن مصادر القانون التجاري، إلا أن نص المادة تحدث عن القانون المدني باعتباره مصدرا من مصادر القانون التجاري، وكما هو معروف فالشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا من مصادر القانون المدني بصريح نص المادة 01/2 م التي تنص أنه "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".

وبمطابقة نصي المادتين 01/2 قانون مدني والمادة 01 مكرر قانون تجاري، والتي اعتبرت القانون المدني مصدرا من مصادر القانون التجاري، فإننا نستشف ضمينا أن الشريعة الإسلامية تأتي في المرتبة الثالثة عملا بقاعدة الخاص يقيد العام.

المطلب الثاني

تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون التجاري

إن عدم النص على الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون التجاري، والأخذ بها ضمينا على النحو السالف ذكره، لا يعني أنه لا يوجد تطبيقات لها في القانون التجاري، بل العكس، يوجد العديد من القواعد التجارية الهامة التي يعود أصلها للشريعة الإسلامية ومن بينها:

أولا: مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

يُعنى القانون التجاري بمعاملات مبنية على السرعة، وهذه الخاصية تجعله ينفرد بقواعد قانونية خاصة تميزه عن القانون المدني، لذلك تعتبر قاعدة حرية الإثبات⁽¹⁾ تطبيقا واضحا لسرعة المعاملات التجارية، فالمشرع التجاري أطلق فيها الإثبات وحرره من كل قيد إيمانا منه بأن الحياة التجارية تقوم على دعامي السرعة والائتمان، فالتاجر من أجل تشغيل مشاريعه التجارية يبرم الكثير من العقود والصفقات مع متعامليه، مما يجعل من الصعوبة عليه أن يحزر سلفا محررات كتابية عن الصفقات التي يبرمها⁽²⁾، وبالتالي عدم إخضاع المعاملات التجارية إلى الشكلية من حيث إبرام التصرفات الواردة أو تنفيذها يتفق وخاصية السرعة التي يميز بها القانون التجاري.

ومبدأ حرية الإثبات تضمنته أحكام الشريعة الإسلامية مصداقا لقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾ [سورة البقرة، الآية 282].

1- هناك استثناءات على حرية الإثبات في المادة التجارية من أمثلتها ما اشترطه المشرع لإثبات الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة (المادة 545 ق ت)، وأيضاً العمليات الواردة على المحلات التجارية ورهنها حيث اشترط المشرع إثباتها بعقد رسمي وإلا كان باطلا من أمثلتها ما ورد بالمادة 79 ق ت، المادة 96 ق ت والمادة 120 ق ت.

2- حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 41.

وأسوة بالمنهج القرآني، نصت المادة 30 ق ت، على أنه "يثبت كل عقد تجاري: بسندات رسمية، سندات عرفية، فاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينه أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

وقبل ذلك، أكدت أحكام القانون المدني مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، حيث جاء في المادة 1/333 ق م أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

حيث استثنت المادة التجارية من إجبارية تطلب الكتابة في إثبات التصرف الذي يزيد قيمته عن 100.000 دج، وبالتالي يكون إثبات التصرف التجاري حتى وإن زاد عن هذه القيمة بمختلف وسائل الإثبات.

ثانيا: عقد الشركة

من المتفق عليه أن الشركة نظام قديم جدا عرفته الحضارات القديمة منها البابلية قبل حوالي ألفي سنة قبل الميلاد، حيث وردت في قانون حمورابي أحكاما متعلقة بالشركات، كما عرفتها الحضارة الإغريقية في القرن السادس قبل الميلاد، وعرفها العرب في الجاهلية رغم أن اقتصادهم كان مبنيا على العادات والأعراف، إلا أن الإسلام جاء وبيّن مشروعية الشركة باعتبارها تقوم على مبدأ التعاون وتحقق المصالح الفردية والجماعية، عملا بقوله عز وجل ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [سورة المائدة، الآية 02].

وهناك العديد من الأدلة في القرآن الكريم على مشروعية الشركة منها قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۗ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [سورة النساء، الآية 12].

وقوله أيضا ﴿قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالٍ نَعَجْتِكِ إِلَىٰ نِعَاجِهِ ۖ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ۖ وَظَنَّ دَاوُودُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ﴾ [سورة ص، الآية 24]. ومعنى "وإن كثيرا من الخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ" أي "وإن كثيرا من الشركاء ليتعدى بعضهم على بعض".

ومن جهتها أكدت السنة النبوية مبدأ مشروعية الشركة، ففي الحديث القدسي: «إن الله عز وجل يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانته خرجت من بينهما» والمعنى: أنا معهما بالحفظ والإعانة، أمدهما بالمعونة في أموالهما، وأنزل البركة في تجارتها، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت البركة والإعانة عنهما. وقد أقر النبي - صلى الله عليه وسلم - تعاون الناس بالشركة، كما في أحاديث كثيرة، وقال: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا» وصح أن السائب بن أبي السائب قال للنبي - صلى الله عليه وسلم - بعد بعثته: «كنت شريكي في الجاهلية، فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني» [أي لا تمانعني ولا تحاورني] رواه أبو داود. ولفظ ابن ماجه: «كنت شريكي ونعم الشريك، كنت لا تداري ولا تماري» وجاء السائب يوم الفتح، فقال له النبي عليه السلام: «مرحبا بأخي وشريكي، كان لا يداري ولا يماري»⁽¹⁾.

¹ - الفقه الإسلامي وأدلته، تاريخ الإطلاع 2021/03/27 على الرابط الإلكتروني:

لذلك، نص المشرع الجزائري على الشركة وأحكامها وأنواعها بمقتضى الكتاب الخامس من القانون التجاري وعنوانه بـ "في الشركات التجارية"، في المواد من 544 إلى 839 ق ت. ولا شك أن الشركة المدنية كانت أسبق في الظهور من الشركة التجارية، لذلك نجد بعض الأحكام المتعلقة بالشركات في القانون المدني، وهذا الأمر لا يوجد فيه أي تداخل، ولا يعني عدم استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني، ذلك أن هذا الأخير يعتبر مصدرا من مصادر القانون التجاري. تبعاً لذلك تناولت المواد 416 إلى 449 ق م عقد الشركة، وعرفته المادة 416 منه بأنه "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج، أو تحقيق اقتصاد، أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر الذي قد تنجر عن ذلك".

الخاتمة

من نافلة القول، إنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا ضمن مصادر القانون المدني، وأن القانون التجاري لم ينص عليها في المادة 01 مكرر التي تحدث فيها عن مصادره، وقد اعتبرنا ضمينا أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا للقانون التجاري باعتبار أن القانون المدني يعد مصدرا من مصادره عملا بقاعدة الخاص يقيد العام.

ومهما يكن من أمر فالحديث عن مكانة الشريعة الإسلامية ضمن القوانين الوضعية ومن خلال استقراءنا لنصوص القانون المدني والتجاري وإن وجدنا بعضا من تطبيقاتها فهذا لا يعني أن هذه القوانين في جوهرها مستمدة من الشريعة الإسلامية، ذلك أن معظم أحكامه مستمدة من القوانين الغربية لا سيما القانون الفرنسي الذي تأثر به المشرع الجزائري.

ذلك أنه توجد بعض الأحكام المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ومع ذلك فهي منصوص عليها في القانون المدني، فقد جاء في قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [سورة البقرة، الآية 275]، فالآية الكريمة منعت التعامل بالفائدة، والمشرع الجزائري وإن كان أتى بالمبدأ العام بموجب المادة 454 ق م عندما قضى أنه "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك" فهذه المادة من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، كأن يتفق الطرفان على أن يكون عقد القرض بفائدة، فهذا اتفاق باطل، وجاء موافقا مع منهج الشريعة الإسلامية.

إلا أنه من جهة أخرى أجاز للأشخاص المعنوية التعامل بالفائدة، حيث نصت المادة 455 ق م على أنه "يجوز لمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لتشجيع الادخار".

كما نصت المادة 456 ق م أنه "يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

وإن كنا من خلال مداخلتنا هذه حاولنا استخراج ما لا يخالف الشريعة الإسلامية من أحكام جاءت في القانون المدني والتجاري، إلا أنه لا نهدف إلى المغالاة بالقول أن كل الأحكام الواردة في القانونين محل الدراسة جاءت متوافقة مع الشريعة الإسلامية؛ لأن هذا القول يضر بمكانة الشريعة ويسلبها خصوصيتها وقدسيتها، والحكم عليها بأنها نظام شأنه شأن الأنظمة الوضعية.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً – مراجع الفقه الإسلامي:

- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- سلسلة فتاوى على الدرب على الرابط الإلكتروني: <https://binothameen.net/content/9242>، تاريخ الإطلاع 2021/03/25
- الموقع الرسمي لسماحة الشيخ الامام ابن باز <https://cutt.us/w2uVN> تاريخ الإطلاع: 2021/03/27.
- موقع اسلام ويب <https://cutt.us/P65tb> تاريخ الاطلاع: 2021/03/27.
- الفقه الإسلامي وأدلته، تاريخ الاطلاع 2021/03/27 على الرابط الإلكتروني: <http://www.marqoom.org/kotob/view/feqWaAdelatah/3860>

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

- حليلة آيت حمدي، مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 38، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/09/15.
- علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010.
- حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، العدد 03، جامعة قطر، جويلية 2013.
- بلجورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/02/27.
- محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأول، القاهرة.
- شوقي بنّاسي، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني -الالتزامات نموذجاً-، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 31، العدد 02، الجزائر، 2017/06/15.
- كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة الوادي، أبريل 2019..
- أمير أحمد فتوح الحجّ، آثار عقد الحوالة المدنية (دراسة مقارنة)، مذكر ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- القانون التجاري الجزائري الصادر بالأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية العدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.



- قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، الجريدة الرسمية العدد 24 المؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.

أثر التكريس الدستوري للشريعة الإسلامية على المنظومة القانونية في الجزائر

The effect of the constitutional consecration of Islamic law on the legal system in

Algeria

د. حمودي محمد

أستاذ مشارك بقسم القانون - معهد الحقوق والعلوم السياسية

د . علي محمد

أستاذ مشارك بقسم القانون - كلية الحقوق والعلوم السياسية

المركز الجامعي علي كافي تندوف – (الجزائر)

جامعة ادرار - الجزائر

alimohammedali79@yahoo.fr

tasfaout01@yahoo.fr

الملخص:

بموجب التعديل الدستوري 2020 تم النص في الديباجة على اعتبار الشريعة الإسلامية من معالم الهوية الجزائرية وأحد مضامينها، كما نص في المادة 2 من التعديل الدستوري 2020 على أن الإسلام دين الدولة.

دون أن يتضمن ذلك أية إشارة إلى علو الشريعة الإسلامية ضمن مصادر التشريع، والملاحظ أن طيلة التجربة الدستورية الجزائرية لم ينعكس التنصيص الدستوري على أن الإسلام دين الدولة على مختلف القوانين، سواء القانون المدني أو التجاري أو الجنائي حتى وإن كان يعتمد عليها في تشريعات الأحوال الشخصية كاستثناء.

من خلال هاته المداخلة سنحاول الإجابة على الإشكالية التالية: إلى أي مدى انعكس التكريس

الدستوري للشريعة الإسلامية على القوانين المنظمة للعلاقات ومكانتها كمصدر للتشريع.

ستتم الإجابة على الإشكالية من خلال المحاور التالية:

-الشريعة الإسلامية في التعديلات الدستورية

-الشريعة الإسلامية كمصدر فرعي للتشريع



- تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية- التنصيص الدستوري- القانون المدني- التعديل الدستوري- مصادر

التشريع-

Abstract:

According to the 2020 constitutional amendment, it was stipulated in the preamble that Islamic law is considered one of the features of the Algerian identity and one of its contents, as it was stipulated in Article 2 of the 2020 constitutional amendment that Islam is the religion of the state.

This does not include any reference to the rise of Islamic law among the sources of legislation, and it is noticeable that throughout the Algerian constitutional experience, the constitutional stipulation that Islam is the religion of the state has not been reflected in the various laws, whether civil, commercial or criminal law, even if it is relied upon in personal status legislation as an exception.

Through this intervention, we will try to answer the following problem: To what extent was the constitutional consecration of Islamic law reflected on the laws governing relations and their position as a source of legislation.

The problem will be answered through the following axes:

Islamic Sharia in constitutional amendments

Islamic law as a secondary source of legislation

- The applications of Islamic law in civil law and personal status law

.Keywords:

Islamic law - constitutional text - civil law - constitutional amendment - sources of legislation -...

مقدمة

احتلت الشريعة الإسلامية مكانا بارزا في أغلب التشريعات المقارنة، حيث تم تكريسها دستوريا في العديد من هذه التشريعات باعتبارها مصدرا من مصادر التشريع، واختلفت النظرة الدستورية للشريعة الإسلامية من دولة لأخرى وفي الدولة الواحدة حسب كل مرحلة طبقا لتوجه السلطة الحاكمة، فهناك أنظمة تسعى وتتجه نحو العلمانية، فلا نجد أي تأثير لمبادئ الشريعة الإسلامية في قوانينها، وهناك أنظمة أخرى تحتل فيها الشريعة مكانة محورية في منظومتها القانونية⁽¹⁾.

وتعد الجزائر من الدول التي نصت على التكريس الدستوري لمبادئ الشريعة الإسلامية في دساتيرها المتعاقبة ابتداء من دستور 1963 الى غاية التعديل الدستوري 2020⁽²⁾ رغم أن هذا التنصيص لم يكن صريحا وإنما يستشف من مواد الدستور التي تنص على أن الإسلام دين الدولة، ومختلف المبادئ المتعلقة بالشريعة الإسلامية الموجودة ضمن الديباجة.

غير أن الدساتير الجزائرية وإن حرصت جميعها على التأكيد على الصفة الإسلامية للدولة وأن الإسلام دين الدولة، فإنها لم تتعرض لموضع الشريعة الإسلامية بين مصادر التشريع في الدولة، فالإحالة على الإسلام في الدستور الجزائري يوازيه أو يقابله غياب على مستوى التنصيص على الإسلام باعتباره شريعة أو مصدرا أساسيا للتشريع، الأمر الذي يؤدي بنا إلى التساؤل عن مغزى هذا الغياب ودلالته وانعكاساته على تراتبية مصادر التشريع، وهل يقوم التنصيص على أن الإسلام دين الدولة دليلا كافيا على أن الإسلام ملزم لهذه الدولة في تشريعاتها ونظمها ومؤسساتها؟ وإذا كان القانون الوضعي ينشأ وليدا للأفكار الفلسفية والاجتماعية السائدة في المجتمع والتي تفرض على القاعدة القانونية بشكلها ومضمونها أن تكون مصاغة وفق نظرتة، فإن التشريع الإسلامي وليد الوحي منزل من خالق الكون ومدبر شؤونه، وإذا شرع نظاما فلا بد أن يصيب عين الحكمة لكونه تشريعا نابعا من علم حقيقي وإدراك⁽³⁾، فالشريعة الإسلامية تتميز بين هذه العائلات القانونية بأنها لا تفصل بين الدين والدولة، فهي تتضمن نظاما للدين والدنيا⁽⁴⁾، ومن ثم فتتظلم العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع على جميع المستويات من صميم هذه الشريعة، وبما أن القانون هو الأداة التي يتم بها تنظيم السلوك الإنساني داخل المجتمع، فلا غرو أن تحوي الشريعة تنظيمًا قانونيًا يحكم هذه العلاقات الإنسانية⁽⁵⁾.

من خلال ما سبق نطرح الاشكالية الآتية: مكانة الشريعة الإسلامية في التشريع الجزائري من خلال استعراض النصوص الدستورية المكرسة لها ومدى انعكاس ذلك على القوانين في الجزائر؟

(1) الناصر المكني، السلام والدستور، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص، 19
(2) - مرسوم رئاسي رقم 442-20 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق ل30 ديسمبر سنة 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري للمصادق عليه في استفتاء اول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82 الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق ل30 ديسمبر 2020
(3) - عبد الفتاح تقيّة، نطاق تطبيق احكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في قانون الاسرة الجزائري- بعض النماذج التطبيقية دراسة تحليلية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر العدد 01، المجلد 51، ص 15.
(4) - محمد سلام مذكور، وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1396 هـ. ص 262.
(5) - عبد الحميد متولى، أصل نشأ الدولة (بحث في الفلسفة السياسية، وتاريخ القانون العام) مجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع - سبتمبر وديسمبر 1948 - ص 14

المطلب الأول

الشريعة الإسلامية في التعديل الدستوري 2020

ينصّ الدّستور الجزائريّ في ديباجته على أنّ "الجزائر أرض الإسلام"، وفي مادّته الثّانية على أنّ "الإسلام دين الدولة" دون أن ينصّ على أن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع، أمّا المادة 87 فتشترط في رئيس الجمهورية أن يكون مسلماً، نظراً للطابع الرمزي والسيادي الذي يضيفه المنصب المذكور على شخص شاغله، فرئيس الجمهورية هو الرمز السياسي الأول للشعب وينبغي أن يكون معبراً عن ملامح البنية الاجتماعية والثقافية لشعبه، ومثلاً للتقيد بهوية وعادات وتقاليد شعبه، ومستوحياً قيّمه من واقع أمته ومبادئها ونظمها الفكرية، وتُلزمه المادة 90 بأن يقسم بالله العليّ العظيم على أن يحترم الدّين الإسلاميّ ويمجّده⁽¹⁾، وتنصّ المادة 9 على أنّ الشّعب يختار لنفسه مؤسسات، لها غايات ومهامّ، من أهمّها "المحافظة على الهوية والوحدة الوطنيّتين، ودعمهما"، كما تنصّ المادة 11⁽²⁾ على أنّه لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بأيّ سلوك مخالف للخُلُق الإسلاميّ وقيم ثورة نوفمبر، وتمنع المادة 54⁽³⁾ التي أُضيفت بموجب التعديل الدستوري 2020 التذرّع بحريّة الصحافة للإساءة إلى "ثوابت الأمة وقيّمها الدينية والأخلاقية والثقافية"، كما تمنع المادة 57⁽⁴⁾ التذرّع بحقّ إنشاء الأحزاب السياسية "لضرب القيم والمكوّنات الأساسيّة للهوية الوطنيّة"، وتقطع المادة 223 الطّريق أمام أيّ محاولة لإسقاط المادة الثّانية من الدّستور، فتقتضي بمنع أيّ تعديل دستوريّ من أن يمسّ الثّوابت الوطنيّة التي من ضمنها "الإسلام باعتباره دينَ الدولة". واعتبرها التعديل الدستوري 2020 من المواد الصّماء⁽⁵⁾ وإذا كنا نقر أن هاته المواد تعتبر مهمّة في مضمونها لتكريس الهدف الأسمى الذي اندلعت لأجله ثورة نوفمبر، ولكنّ بالنظر إلى عموميّتها وسطحيتها، تبقى غير كافية لتكريس مكانة الإسلام في الجزائر؛ فالمادّة 90 مثلاً تُلزم رئيس الجمهورية بأن يُقسّم على احترام الإسلام وتمجّده، لكنّ هذا النصّ لا يُلزمه -في ظاهره- بأن يطبّق مبادئ الإسلام ويُلزم مؤسسات الدّولة بتطبيق تشريعاته وتعاليمه.

(1) - المادة 90 من التعديل الدستوري 2020 " يؤدي رئيس الجمهورية اليمين حسب النص الاتي: بسم الله الرحمن الرحيم، وفاء للتضحيات الكبرى، ولأرواح شهدائنا الأبرار، وقيم ثورة نوفمبر الخالدة، اقسم بالله العظيم، ان احترم الدين الاسلامي وامجده، وادافع عن الدستور..."

(2) - المادة 11 من التعديل الدستوري 2020 " تمتنع المؤسسات عن القيام بما يلي:
- الممارسات الاقطاعية، والجهوية، والمحسوبية
- اقامة علاقات الاستغلال والتبعية
- السلوك المخالف للأخلاق الإسلامية وقيم ثورة اول نوفمبر "

(3) - المادة 54 من التعديل الدستوري 2020 " حرية الصحافة المكتوبة والسّمعية البصرية والالكترونية مضمونة، تتضمن حرية الصحافة على وجه الخصوص ما يلي:

- حرية تعبير وابداع الصحفيين ومتعاوني الصحافة
- حق الصحفي في الوصول الى مصادر المعلومات في اطار احترام القانون
- الحق في حماية استقلالية الصحفي والسر المهني
- الحق في انشاء الصحف والنشريات بمجرد التصريح بذلك
- الحق في انشاء قنوات تلفزيونية واذاعية ومواقع وصحف الكترونية ضمن شروط يحددها القانون
- الحق في نشر الاخبار والافكار والصور والآراء في اطار القانون واحترام ثوابت الامة وقيّمها الدينية والاخلاقية والثقافية

لا يمكن ان تستعمل حرية الصحافة للمساس بكرامة الغير وحرّياتهم وحقوقهم

يحظر نشر خطاب التمييز والكراهية

لا يمكن ان تخضع جنة الصحافة لعقوبة سالية للحرية

لا يمكن توقيف نشاط الصحف والنشريات والقنوات التلفزيونية والاذاعية والمواقع والصحف الالكترونية الا بمقتضى قرار قضائي"

(4) - المادة 57 من التعديل الدستوري 2020 " حق انشاء الاحزاب السياسية معترف به ومضمون

لا يجوز تأسيس الاحزاب السياسية على اساس ديني، او لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني او جهوي

لا يمكن التذرّع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسيّة، والقيم والمكوّنات الأساسيّة للهوية الوطنيّة، والوحدة الوطنيّة، وامن التراب الوطني وسلامته، واستقلال البلاد..."

(5) - المادة 223 من التعديل الدستوري 2020 " لا يمكن أي تعديل دستوري ان يمس:

- 1- الطابع الجمهوري للدولة
- 2- النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية
- 3- الطابع الاجتماعي للدولة
- 4- الاسلام باعتباره دين الدولة..."

والمادة 9 التي تلزم مؤسسات الدولة الحفاظ على الهوية الوطنية، ومعها المادة 11 التي تمنع هذه المؤسسات القيام بأي سلوك مخالف للخلق الإسلامي، هاتان المادتان لا تمنعان صراحة مؤسسات الدولة من سنّ قوانين وتشريعات وإصدار تعليمات -كتابية أو شفوية- تخالف قطعيات الشريعة الإسلامية؛ فالمؤسسات التي تمنع موظفاتهن من لبس الحجاب مثلاً أو تلك التي تمنح قروضاً ربوية، لا يسلم القائمون عليها لمنتقديهم بأنهم يخالفون المادتين 8 و9 من الدستور.

الفرع الأول: دور التعديل الدستوري لسنة 2020 في تكريس مبادئ الشريعة الإسلامية.

اهتمت التعديلات المقترحة على الدستور بترقية مكانة اللغة الأمازيغية وتعزيز مكانة اللغة العربية، كما اهتمت أكثر من هذا وذلك بتعزيز مكانة المرأة في المجتمع، وباستحداث مجالس استشارية وهيئات رقابية، لحقوق الإنسان، وأخرى مستقلة لمكافحة الفساد، وأخرى للشباب وللبحث العلمي والتكنولوجي، لكن هذه التعديلات لم تهتم باستحداث هيئة لتعزيز مكانة الإسلام وفرض ومراقبة احترامه واحترام مبادئه وتشريعاته، فعلاوة على كونها لم تنص على استحداث منصب "مفتي الجمهورية" الذي طال انتظاره، فإنها أبقت على الدور الاستشاري الصوري الضيق للمجلس الإسلامي الأعلى، ولا تزال المادة 206 تنص على أن دوره لا يتعدى "إبداء الحكم الشرعي فيما يُعرض عليه"، وهو ما يُفهم منه أن المجلس يقتصر دوره على الإدلاء بدلوه فيما يُعرض عليه من مسائل تُعدّ على أصابع اليد الواحدة، ولا شأن له بما لا يُعرض عليه، وبالتالي فهو ممنوع من أي دور رقابي يخول له المبادرة بإبداء الحكم الشرعي في قضايا الشأن العام والتنبيه إلى الخروق المتكررة لتعاليم الدين الحنيف.

وفي مقابل هذا الإجحاف، نجد التعديل الأخير استحدث مجالس استشارية وهيئات رقابية جديدة، أغدق عليها صلاحيات حرّمها المجلس الإسلامي الأعلى، والسؤال البديهي الذي يطرح هنا هو: أليس من حقّ هذا المجلس الإسلامي الأعلى أن يضطلع بمهمة مراقبة مدى التزام المؤسسات بتعاليم وأخلاق الإسلام، ويرفع تقارير إلى الجهات المعنية -يطلع عليها وسائل الإعلام- تتعلق بالخروق المتعمدة وغير المتعمدة لمبادئ وتعاليم الدين الحنيف؟ وعلاوة على الحاجة الملحة إلى تعزيز دور المجلس الإسلامي الأعلى، فإنّ هناك حاجة أكثر إلحاحاً إلى إعادة النظر في صياغة بعض النصوص الدستورية، ولم لا دعمها بنصوص أخرى، تقطع الطريق أمام المناورات والتأويلات الموسّعة للانفلات والتمرد على الثوابت والمسلّمات.

الواقع أن الشريعة الإسلامية استطاعت أن تفي بحاجات المجتمعات التي حكمتها، وأن تعالج كافة المشكلات في كافة البيئات التي حلّت بها بأعدل الحلول وأصلحها، ويعود ذلك لعوامل أهمها، سعة منطقة العفو المتروكة قصداً حيث تُبرّز أدلة التشريع فيما لا نص فيه (كالقياس، والاستحسان، والاستصلاح، والعرف). فالاجتهاد في كل عصر ضرورة ملحة تُختمه حاجة الناس إلى الأحكام الشرعية. والحادث أن الثورة الدينية هنا لا تحظى بالمكانة المناسبة في الوعي العربي، وهي لا تكاد تكون حاضرة في دوائر التفكير السياسي النظري في العالم العربي.

الفرع الثاني: أولوية تعديل المادة 02 من الدستور

لا شك أن إيراد دستور معين نصاً يعد الإسلام دين الدولة الرسمي يرتب نتائج وآثاراً تنعكس على مجمل النظام القانوني للدولة، فأحكام الدستور ليست مجرد نصوص توجيهية ترنو إلى المثل العليا وتقرر تصوراً نموذجياً لما ينبغي أن يحكم المجتمع من نظم وقواعد، وإنما هي قاعدة النظام القانوني وأسس البنية الحاكمة للسلوك الفردي والاجتماعي ولذا تعد من المسلمات في الفقه الدستوري مسألة اتصاف قواعد الدستور بالطبيعة الأمرة والملزّمة.

تبرز الحاجة إلى إسناد المادة الثانية من الدستور بموادٍ أو على الأقلّ بعبارةٍ مكتملة، ترتقي بها من كونها مجرد مادة يُتبرّك بها، إلى مادة تُلقى بأثرها على القوانين والتشريعات والمراسيم التي تصدر عن مختلف الهيئات والمؤسسات، كأنّ تنصّ هذه المادة مثلا على أنّ "الإسلام دين الدولة، ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع"، كما هو منصوص عليه في دساتير كثير من الدول العربية والإسلامية؛ ففي اليمن مثلا، ينصّ الدستور في المادة الثالثة منه على أنّ "الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات"، وينصّ دستور سورية على أنّ "الفقه الإسلامي مصدر رئيسي للتشريع"، الدستور البحريني بدوره ينصّ على أنّ "الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع"، وهو المبدأ الذي تنصّ عليه دساتير كلّ من الإمارات والكويت وقطر، أمّا الدستور السوداني فينصّ في مادته الرابعة على أنّ "الشريعة الإسلامية والعرف مصدران رئيسيان للتشريع"، ويذهب الدستور الباكستاني بعيدا في تكريس مرجعية الشريعة الإسلامية فيؤكّد في مادته 227 على إلزامية "تماشي سائر القوانين مع الإسلام، وعدم تشريع أيّ قوانين تعارض القرآن الكريم والسنة النبوية"، ومن جهته ينصّ الدستور السعودي في مادته الأولى على أنّ دستور المملكة هو كتاب الله وسنة رسوله (صلى الله عليه وآله وسلّم)، كما ينصّ الدستور المصري في مادته الثانية على أنّ "الإسلام دين الدولة، ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع".

ومهما قيل من كلام عن مدى اهتمام الدول آنفة الذكر بترجمة النصوص التي تكرس مرجعية الشريعة الإسلامية، على أرض الواقع، فإننا لا نشكّ في أنّ الشعب الجزائري ليس أقلّ حرصا على دينه من شعوب هذه الدول، ويستحقّ أن يكون دستوره معبرا عن تطلّعاته، وأن يناضل الغيورون على ثوابته ومقوماته لأجل تعزيز مكانة أهمّ عنصر من عناصر الهوية الجزائرية في الدستور وفي الواقع، وينقلوا من مرحلة الدفاع التي جعلتهم يتراجعون في كلّ مرّة خطوة إلى الوراء، إلى مرحلة المبادرة التي تجعلهم يخطون خطوات حثيثة على طريق تحقيق أهداف ثورة أوّل نوفمبر. والواقع أنّ مسألة الشريعة الإسلامية وما إذا كانت من مصادر التشريع أو المصدر الوحيد، هي مسألة خلافية ما زالت محلا للشد والجذب بين التيارات الإسلامية وغيرها من القوى والتيارات السياسية الأخرى، وفي هذا الصدد فالعبارة الواردة في الدستور "الإسلام دين الدولة" لا تختلف في مغزاها عن بعض العبارات المماثلة الواردة في دساتير دول عربية وإسلامية والتي تنصّ على أنّ الشريعة هي المصدر الأساسي للتشريع أو الشريعة مصدر من المصادر. ومن ثمّ فإن ما يجب فهمه من عبارة "الإسلام دين الدولة" هو أنّ تكون قوانين الدولة مستندة إلى أحكام الشريعة وحدها، ويتأسس على ذلك أنّ الشريعة الإسلامية هي وحدها المصدر الرئيس ذو المرتبة الأعلى، بينما تعد المصادر الأخرى، مصادر ذات مرتبة أدنى لا يجوز لها أن تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ذات المرتبة الأعلى. وعلى الرغم من أنّ الاتجاه الغالب في دساتير الدول الإسلامية هو الاقتصار على تقنين مبادئ أساسية يتصلان بالإسلام هما اعتباره (دين الدولة الرسمي) و(مصدر رئيسي أو الرئيس للتشريع) فإن التنظيم الدستوري في الجزائر أتبع المبدأين المذكورين بمبدأ ثالث هو عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.

المطلب الثاني

الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي للقانون

تعدّ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأوّل حسب ما جاء في ترتيب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري إذ تنصّ المادة الأولى من القانون المدني على ذلك، فعلى القاضي إذا لم يجد حكما في التشريع الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ويقوم باستخلاصها من الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، وذلك باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني بعد التشريع فهي تعتبر مصدرا ماديا، ورسميا في نفس الوقت، أضف إلى ذلك هي نظام شامل لجميع مجالات الحياة - الروحية، والأخلاقية، والعملية - دون أن تفصل بين أجزائها، وجوانبها المختلفة.

الفرع الأول: التفرقة بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية

الفقه هو الاجتهاد للتوصل إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية، وهو الجانب العملي من الشريعة، وقد نشأ تدريجياً منذ عصر الصحابة نظراً إلى حاجة الناس لمعرفة أحكام الوقائع الجديدة⁽¹⁾، وظهرت عدّة مذاهب فقهية إلى أن انتهى الأمر إلى استقرار المذاهب الأربعة الرئيسية؛ وهي: المذهب الحنفي، والمالكي، والشافعي، والمذهب الحنبلي. وتتميز هذه المذاهب باختلافها في بعض الأحكام التفصيلية. فهو علم الأحكام الشرعية العلمية، التي تخص أفعال المكلفين. وبذلك تخرج أحكام العقائد والأخلاق من مدلول الفقه؛ لذا يعرف بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.

وهذا التعريف للفقه في غاية الدقة؛ إذ إنه يظهر وجهة نظر علماء المسلمين الخاصة لعلم الحقوق، وفيما يلي إيضاح عناصر هذا التعريف⁽²⁾:

أولاً: الفقه علم؛ فهو ذو موضوع خاص وقواعد خاصة، وعلى هذا الأساس درسه الفقهاء في كتبهم وأبحاثهم وفتاويهم، فهو ليس فنا يغلب فيه الذوق على العقل والمشاعر على الحقيقة.

ثانياً: الفقه: العلم بالأحكام الشرعية: والأحكام الشرعية هي المتلقاة بطرق السمع المأخوذة من الشرع دون المأخوذة من العقل كالعلم بأن العالم حادث، وأن الواحد نصف الاثنين، أو الأحكام المأخوذة من الوضع والاصطلاح اللغوي، فالحكم الشرعي هو القاعدة التي نص عليها الشارع في مسألة من المسائل، وهذه القاعدة إما أن يكون فيها تكليف معين كالواجب والمحرم فتسمى الحكم الشرعي التكليفي، وإما أن لا يكون فيها أي تكليف كالحكم بالصحة أو البطلان على فعل معين، فيقال لها الحكم الشرعي الوضعي.

ثالثاً: الفقه: العلم بالأحكام الشرعية العملية: وكلمة "عملية" تعني أن الأحكام الفقهية تتعلق بالمسائل العملية التي تتعلق بأفعال الناس البدنية في عباداتهم ومعاملاتهم اليومية، ويقابل بالأحكام العملية الأحكام العقائدية، وأحكام صلاح القلب وهو ما يسمى بعلم الأخلاق، فهذه تتعلق بأفعال القلوب لا بأعمال الأبدان، ولذلك لا تسمى فقهاً في هذا الإصلاح. رابعاً: جاء في التعريف أن علم الفقه مكتسب من أدلة الأحكام التفصيلية: ومعنى ذلك أن الأحكام تعد من علم الفقه إلا إذا كانت مستندة إلى مصادر الشرع المعلومة أي أدلة الشرع، والفقيه هو الذي يسند كل حكم من أحكام الشرع إلى دليله، فالقانون الإسلامي أو الفقه الإسلامي ليس وضعياً من صنع الدولة، بل هو تشريع ديني يستند إلى مصادر دينية.

ومع هذا فإننا نجد الفقه الإسلامي شامل لجميع فروع القانون الوضعي الحديث العام منه والخاص، فالقانون العام الخارجي - وهو المسمى بالقانون الدولي العام - بحثه الفقهاء في المسائل المتعلقة بالحروب وأساليبها وأهدافها ونتائجها، وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها، وهي مجموعة تحت عنوان: (السير والمغازي) وجميع كتب الفقه في المذاهب المختلفة عرضت هذا النوع عرضاً وافياً، كما أن الفقهاء ألفوا فيه تأليف خاصة ككتابي السير الصغير والكبير لمحمد بن الحسن الشيباني وغيره.

والقانون العام الداخلي بأنواعه الأربعة: الدستوري، والإداري، والمالي، والجنائي بحثه الفقهاء ما بين موسع ومضيق.

فالجنائي مجموع في أبواب خاصة من كتب الفقه تحت عنوان: (الجنائيات والحدود والتعزيرات)

والقانون المالي بحثه الفقهاء في مواضيع متفرقة من كتب الفقه العامة عند الكلام عن الزكاة والعشر، والخراج والجزية

(1) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، دار الفكر للطباعة والتوزيع، دمشق (سوريا)، الجزء الأول، 1996، ص 16.
(2) - أحمد فراج حسين، تاريخ الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت (لبنان)، 1989، ص 130.

وهذا النوع بوجه عام يبحث في تنظيم بيت المال:(خزانة الدولة) ببيان موارده والأموال التي توضع فيه، والوجوه التي تصرف فيها هذه الأموال.

أما القانون الدستوري: الذي يحدد شكل الحكم في الدولة وبين السلطات العامة فيها، ويوزع الاختصاصات بينها.

والقانون الإداري: وهي مجموعة القواعد التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية في أداء وظيفتها وقيامها على أمر المرافق العامة، فلم ترض لها كتب الفقه بهذا العنوان وإنما عرضت لها بعنوان السياسة الشرعية، أو الأحكام السلطانية، وفيها كتب خاصة مثل كتاب الأحكام السلطانية للمواردي (450هـ) وغيره.

والقانون الخاص بفروعه: القانون المدني المنظم للأحوال المدنية هو قسم من المعاملات في الفقه الإسلامي التي تنظم الأحوال كلها عينية كانت أو شخصية، والقانون التجاري بحث الفقهاء منه ما كانوا يحتاجون إليه في زمنهم في أبواب الشركات والمضاربة والتفليس، ثم جعلوا العرف حكماً فيما يجد فيها؛ لأن التجارة حينذاك لم تكن تشعبت وتعدت صورها كما هي عليه الآن بل كانت سهلة يسيرة.

وهكذا نجد الفقه الإسلامي يحكم كل التصرفات الفردية، والجماعية، والدولية، ولم يتناول الفقه تفصيلاً، فقد تناوله إجمالاً، ويمكن أن تبين تفاصيله على ضوء قواعده العامة وأصوله المرنة.

أما بالنسبة لمبادئ الشريعة: فهي الأصول الكلية التي تتفرع عنها الأحكام التفصيلية، فهي المبادئ العامة التي لا تختلف في جوهرها من مذهب لآخر، وهذا يعني أنّ النظام القانوني في الشريعة الإسلامية قائم على قواعد، وأحكام أساسية في كلّ الميادين، وأنّ نصوص الشريعة الإسلامية أتت في القرآن، والسنة بمبادئ أساسية، وتركت التفصيلات للاجتهاد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية، إلاّ القليل من الأحكام التي تناولتها بالتفصيل كأحكام الميراث، وبعض العقوبات⁽¹⁾.

وطبقاً للمحكمة الدستورية العليا في مصر فإن مبادئ الشريعة الإسلامية هي "الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلائلها، فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها، وهي تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها"⁽²⁾.

فضلاً عن ذلك، فقد حثت المحكمة الدستورية على الاجتهاد: "تلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها، متطورة بالضرورة، نابذة الجمود، لا يتقيد الاجتهاد فيها -وفيما لا نص عليه- بغير ضوابطها الكلية، وبما لا يعطل مقاصدها التي ينافيها أن يتقيد ولي الأمر في شأن الأحكام الفرعية والعملية المستجيبة بطبيعتها للتطور، بأراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد جاوزتها"، وأقرت أيضاً "أن لولي الأمر- في المسائل الخلافية- حق الاجتهاد بما ييسر على الناس شؤونهم، ويعكس ما يكون صحيحاً من عاداتهم وأعرافهم، وبما لا يعطل المقاصد الكلية لشريعتهم"⁽³⁾. ومن ضمن المبادئ الأساسية في قسم الحقوق الخاصة:

أ. اعتبرت الشريعة الإسلامية كلّ فعل ضارّ بالغير موجباً لمسؤولية الفاعل، أو المتسبب، وإلزامه بالتعويض عن الضرر، وهذا المبدأ تضمنته الحديث الشريف: "لا ضرر، ولا ضرار".

ب. مبدأ حسن النية في المعاملات، تضمنته الحديث الشريف: "إنّما الأعمال بالنيّات".

(1) - عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت (لبنان)، 2010، ص 39

(2) - المحكمة الدستورية العليا- 15 مايو 1993.

(3) - المحكمة الدستورية العليا- 18 مايو 1996.

ج. مبدأ أنّ العقد ملزم لعاقديه، فقد تضمنته الآية القرآنية: سورة المائدة { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود } المتعاقدون أحرار في وضع شروطهم إلا ما يخالف النظام العام، والآداب العامة، وهذا ما تضمنه الحديث الشريف: " المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً، أو حرمّ حلالاً".

ان التفريق بين الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي باعتبار الأولى تتضمن نصوصاً دينية معصومة، والثاني: يمثل اجتهداً بشرياً يعتره ما يعترى سائر الاجتهاد البشري من قصور النظر، وخطأ الفهم والاستدلال. وطبقاً لذلك التفريق فإن الشريعة بنصوصها المنزلة هي التي تكتسب صفة الثبات والقطع واليقين، أما الفقه فهو إنتاج بشري مستقى من تفاعل الفقهاء مع نصوص الشريعة المنزلة، المحكوم بواقعيته وتاريخية إنتاجه، ما يعني محدودية صلاحيته لكل زمان ومكان.

لكن ذلك الرأي يقابل في الأوساط الشرعية الدينية برفض شديد، لأنه "يأتي على الشريعة كلها بالإبطال، إذ إن قطعيات الشريعة كلها هي فقه عن الشريعة. ففي إذن ليست معصومة حسب هذا التفريق، لأنه ليس عندنا نصوص في الشريعة تبين لنا لائحة القطعيات والظنيات، وإنما العلماء هم الذين توصلوا لذلك عن طريق العلم الضروري أو النظر إلى هذه القطعيات .

وعموماً فالشريعة والفقهاء يجتمعان في الأحكام العملية التي وردت في الكتاب والسنة، أو ثبتت بإجماع الأمة، وتنفرد الشريعة في أحكام العقائد، وينفرد الفقه في الأحكام الاجتهادية التي لم يرد فيها نص من الكتاب أو السنة ولم يجمع عليه أهل الإجماع.

الفرع الثاني: مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها.

لقد اتفق جمهور المسلمين على الاستناد على أربعة مصادر؛ وهي القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس، و الدليل على ذلك حديث معاذ بن جبل (رضي الله عنه) "الذي بعثه رسول الله (صلى الله عليه، وسلم) قاضياً بالإسلام إلى اليمن، فقال له الرسول: كيف تقضي يا معاذ إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله. قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله. قال: أجتهد برأبي، ولا ألو. أي لا أقصر في الاجتهاد. فضرب رسول الله (صلى الله عليه، وسلم) على صدره، وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله، و رسوله." وتناول هذه المصادر بالترتيب⁽¹⁾، وبالتفصيل الآتي:

أولاً- القرآن الكريم:

هو كتاب الله، نزل القرآن على النبي - صلى الله عليه وسلم - ، على مدى ثلاث وعشرين سنة؛ فبعض الآيات صرحت بالأحكام مباشرة، وحددتاً تحديداً قاطعاً، كآيات العبادات، والمواثيق، وآيات تحريم الزنا، والقذف، والقتل بغير حق، وبعض الآيات لم يُعَيَّن المراد منها على وجه التحديد؛ فكانت محلّ الاجتهاد إذ لم يفصل فيها، وجاءت بصيغة الإرشاد، والتوجيه، كالأيات المتعلقة بالمعاملات المالية، وحتى التي فصل فيها اكتفت بالإرشاد، والتوجيه. وقيل في تبرير هذا أنّ هذه الآيات خاصة بمعاملات تتغير بتغير الظروف، وتطور الزمن، لذلك اكتفي القرآن فيها بالقواعد الكلية حتى يكون الناس في سعة من أمرهم⁽²⁾.

ثانياً- السنة:

السنة هي ما صدر عن قول عن رسول الله (صلى الله عليه، وسلم) فتسعى سنة قولية، وقد تكون فعلية؛ وهي ما تستخلص من أفعال الرسول (صلى الله عليه، وسلم)، ولا بدّ من تحليل القول، والفعل، ودراسة المصدر هل هو

(1) - احمد ابو الفتوح، المعاملات في الشريعة الإسلامية، مطبعة البسفور، مصر، الجزء الاول 2010، ص 10-24.
(2) - احمد شلبي، تاريخ التشريع الاسلامي وتاريخ النظم القانونية في الاسلام، مكتبة النهضة المصرية، 2011، ص 137

مقبول، أو لا. وقد تكون السنّة تقريرية، وهي أن يسكت الرسول عن عمل، أو قول، وهو حاضر، أو غائب بعد علمه به. وقد يبدي الرسول موافقته، أو يظهر استحسانه له، وهناك ما يزيد عن سبعة آلاف حديث تتطلب من المجتهد قدرا من النّباهة، وقد اختلفت المذاهب في الأخذ بالأحاديث وفقا للثقة في الراوي، والصّفات التي يجب أن تتوافر فيه⁽¹⁾.

ثالثا- الإجماع:

إنّ الحاجة المأساة إلى الحكم في القضايا الجديدة في عصر الصّحابة بعد وفاة النبي(صلى الله عليه، وسلّم) أدت إلى نشأة فكرة الإجماع عن طريق الاجتهاد الجماعي⁽²⁾.

والإجماع عند جمهور الفقهاء؛ هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد(صلى الله عليه وسلّم) بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي⁽³⁾، وهناك من يرى ضرورة اتفاق جميع المجتهدين لقول الرسول(صلى الله عليه، وسلّم): " لا تجتمع أمّتي على ضلالة"، ويذهب بعض الفقهاء إلى أنّه يكفي إجماع أكثر المجتهدين، ويستدلون بقول الرسول(صلى الله عليه وسلّم): "أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم، اهتديتم". والإجماع عند جمهور الفقهاء هو اتفاق جميع المجتهدين. ويرى الأستاذ أبو زهرة أنّه بعد إجماع الصّحابة الذي كان متواترا، والذي لم يختلف على إجماعهم أحد، تنازع الفقهاء في الإجماع، ولا يكادون يجمعون على إجماع⁽⁴⁾. ولكن يردّ على هذا الرأي بأنّه لا يمكن قصر الإجماع على الصّحابة فهو في تناول أهل كلّ عصر لقول رسول(صلى الله عليه، وسلّم): " لا تزال طائفة من أمّتي ظاهرين على الحقّ لا يضرهم خلاف من خالفهم حتى يأتي أمر الله".

رابعا- القياس:

وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه بالنصّ عليه في الكتاب والسنّة لاشتراكهما في علّة الحكم. وهو مشتقّ من أمر فطري تقرّه العقول، ويفرضه المنطق، إذ أساسه ربط بين الأشياء المتماثلة إذا وُجِدَت صفات موحّدة بينهما، فلا بد من اشتراكهما في الحكم. والقياس هو إعمال للنصوص الشرعية بأوسع مدى للاستعمال، فهو ليس تزيّدا فيها، ولكن تفسيراً لها⁽⁵⁾.

من خلال ما سبق يتضح أن مصطلح الشريعة الإسلامية أوسع نطاقاً من مصطلح الفقه الإسلامي إذ أن الفقه يختص بجزء من أحكام الشريعة الإسلامية، وهو الجزء الحاكم للعبادات والمعاملات، وفيها يتصل بمصطلح الإسلام فإنه: دين الله سبحانه وتعالى الذي أوصى بتعاليمه في أصوله وشرائعه إلى النبي الخاتم (صلى الله عليه وآله وسلم) وكلفه بتبليغه للناس كافة ودعوتهم إليه، ولذا يستعمل العلماء المسلمون تعبير (الدين) و(الإسلام) و(الشريعة الإسلامية) كمصطلحات مترادفة لكون الإسلام تنظيمياً شاملاً لكل مناحي الحياة الدنيوية ولما يتصل بالحياة الأخروية.

الفرع الثالث: مكانة الشريعة الإسلامية ضمن مصادر القانون

كانت الشريعة الإسلامية منذ الفتح الإسلامي حتى عهد محمد باشا هي المصدر الأعلى العام للقاعدة القانونية، فكانت تطبق على كافة علاقات الأفراد سواء كانت متعلقة بالمعاهدات المالية أو بالأحوال الشخصية إلى أن أصدرت المجموعات المختلطة والمجموعات الأهلية في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، ومنذ هذا العصر انحصرت تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية والإرث والوصايا والوقف والولاية والقوامة والحجر وأصبح التشريع المصدر الأصلي للقاعدة القانونية، ثم صدرت عدة قوانين متلاحقة تنظم تلك المسائل فانحصرت نطاق

(1) - عبد العلي محمد السهالوي، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، تحقيق عبد الله بن محمود، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ج2، ص96.

(2) - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة (مصر)، الجزء الأول، 2004، ص2.

(3) - السيد علي المغازي، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مدرسة الغرير الصناعية، الإسكندرية ص56.

(4) - أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، لبنان، ط1، 1989، ص66.

(5) - رمضان عبد الوود، دراسات اصولية في حجية القياس، دار الهدى للطباعة، القاهرة (مصر)، 1985 ص5.

تطبيق الشريعة الإسلامية على مسائل الأسرة كالزواج والطلاق وما يترتب عليها ومسائل النبوّة والنفقة بين الأقارب والأصهار ومسائل النسب والتبني⁽¹⁾.

وبديهي أن الدستور الجزائري لم يذهب أبعد من مجرد التنصيص على أن الإسلام دين الدولة. عندما لم ينص على أن الشريعة هي المصدر الأساسي للتشريع أو على الأقل مصدر من بين مصادر التشريع، ولا شك أن لهذا الغياب بعض الانعكاسات والتأثيرات على مستوى المنظومة القانونية، إذ ترتب عن هذا الغياب عدم وضوح مكانة الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون وضمن الاختيارات التي توجه السياسة التشريعية، الأمر الذي أدى بدوره إلى غموض في التعامل مع الشريعة الإسلامية باعتبارها مرجعية ومكونا أساسيا لمصادر القاعدة القانونية، لذلك يجب الاعتراف-رغم التيار العريض المؤيد لمكانة الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون- أن هناك صعوبة في توضيح مكانة الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون.

فعدم التنصيص الدستوري الصريح على مكانة الشريعة الإسلامية ضمن مصادر التشريع، "يخلع" عن الفقه القانوني الإسلامي امتياز صفة المصدر الرسمي أو الأساسي للتشريع، وبالتالي فتراتبية مصادر القانون الجزائري لا تعطي الأولوية للفقه القانوني الإسلامي في ظل غياب التنصيص الدستوري على هذه الأولوية، بل هو مصدر ضمن باقي المصادر فقط، ولا يتمتع بالأسبقية القانونية على باقي المصادر بما فيها التشريع القانوني الوضعي، والعرف، والمبادئ العامة للقانون، والقواعد الأخلاقية.

وإذا كانت كثير من قواعد الشريعة الإسلامية لها قوة القانون في الجزائر، ومن ثم وجب على القاضي تطبيقها، إلا أنه يطبق أحكام الشريعة الإسلامية فقط عندما لا يجد في التشريع أو في العرف حكم النزاع الذي يفرضه عليه.

إن أولوية الفقه القانوني الإسلامي، ومطلب تطبيق الشريعة الإسلامية بالاستناد فقط إلى إقرار الدستور بالصفة الإسلامية للدولة وأن الإسلام دين الدولة، رغم وجهته من الناحية النظرية الصرفة، إلا أنه أمر يعوزه السند الواقعي والدليل الكافي على مستوى الممارسة التشريعية، إذ باستثناء بعض القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والأسرة والموارث، فالمرجعية الإسلامية ليست دائما ذات أولوية بالنسبة للبرلمان حين التشريع في بعض الميادين الأخرى، بل أحيانا تكون أمام تعارض صريح لبعض التشريعات مع أحكام الشريعة الإسلامية. إن النص على عدّ الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع لا يرتب أية آثار من الناحية القانونية؛ لأن هذه المكانة ثابتة للشريعة الإسلامية أصلاً من دون الحاجة إلى نص يشير إليها،

المطلب الثالث

تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون المدني وقانون الأسرة

تعدّ الشريعة الإسلامية أيضا مصدرا ماديا للقانون الجزائري، والمقصود بذلك أنّ المصدر المادّي، أو جوهر بعض نصوص القانون استمدّها المشرّع من مبادئ الشريعة الإسلامية، فيعدّ قانون الأسرة مستمدا من الشريعة الإسلامية فيما يتعلّق بالزّواج، و الطّلاق، و الولاية، و الميراث، و الوصيّة، و الوقف، وتعدّ الشريعة الإسلامية أيضا مصدرا ماديا لبعض نصوص القانون المدني منها حوالة الدّين، وكذلك استمدّ القانون المدني الأحكام الخاصّة

(1)- عمار بوضياف : المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، 2000، دار ربحانة للكتاب، الجزائر، 2000، ص 147.

بتصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية، كما تعدّ أحكام خيار الرؤية المعروفة في الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا للمادة 352 مدني.

ويلاحظ أنه إذا كانت الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا لبعض النصوص التشريعية، فذلك يعني أنّ القاضي ملزم بالنص التشريعي، ولا يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إلا لمساعدته على تفسير النصوص المستمدة منها.

الفرع الأول: تطبيقات الشريعة الإسلامية في قانون المدني

نص المشرع الجزائري في القانون المدني الصادر بالأمر رقم 58/75 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، في المادة الأولى على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية؛ فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى العرف؛ فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

من خلال المادة يتضح ان المشرع الجزائري اعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً يتعين على القاضي أن يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع.

ويرى شراح القانون المدني أن إحالة المشرع القاضي إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي يلجأ إليه حينما لا يوجد نص تشريعي أفضل من إحالته للفقهاء الإسلامي، على أساس أن الرجوع للشريعة الإسلامية يكون بإعمال المبادئ الشرعية والقواعد الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب ليستنبط منها القاضي حلاً للنزاع؛ أما في الإحالة إلى الفقه الإسلامي، فإن القاضي سيكون مقيداً بالتفصيلات الفقهية التي تزخر بها كتب الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

ومن بين النظريات العامة المتعارف عليها في التشريعات الحديثة والتي استقاهها المشرع الجزائري من أحكام الشريعة الإسلامية، نجد:

أولاً- التعسف في استعمال الحق:

تضمنته المادة 124 مكرر قانون مدني ، ومن خلالها حدد حالات التعسف في استعمال الحق على سبيل المثال حيث نصت على أنه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

وهذه المادة تحدد ضوابط استعمال الحق، حيث حددت المعايير التي يكون فيها استعمال الحق غير مشروع، وقد استمدت هذه المادة من الشريعة الإسلامية التي صاغت هذه النظرية بوصفها نظرية عامة، تطبق على جميع الحقوق وتستند هذه المعايير إلى مجموعة من القواعد الفقهية التالية: "لا ضرر ولا ضرار، و"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، و"درء المفاسد أولى من جلب المنافع".

ثانيا- الرؤية (نظرية العلم بالمبيع):

تناول المادة 352 من القانون المدني ما يعرف في الفقه الإسلامي بخيار الرؤية حيث تنص على أنه: يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

(1)- وفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعية ، مصر، 1993، ص 278

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع

ويعرف خيار الرؤية لدى الفقهاء بأنه: حق يثبت بمقتضاه للعاقد أن يفسخ العقد بوقت لا يتغير فيه⁽¹⁾.

وقد وضع الفقهاء شروطاً لإعمال هذا الخيار⁽²⁾، ويعد من مسقطات هذا الخيار الرضا الصريح أو الضمني من العاقد بالعقد وهذا ما قرره القانون المدني الجزائري.

ثالثاً- حوالة الدين:

يقصد بالحوالة تحول الالتزام ذاته حقا أو ديناً من شخص لآخر، بأن يتغير أحد طرفي الالتزام (الدائن أو المدين)، فإذا كان الطرف المتغير في الالتزام هو الدائن سميت الحوالة بحوالة الحق، أما إذا تغير المدين فتسمى عندئذ بحوالة الدين.

وقد جاءت الحوالة المدنية في الفقه الإسلامي سبيلاً للتخفيف من العنت والتعنت للدائن والمدين، فهي بذلك وسيلة تسهيل على إيفاء الحقوق⁽³⁾.

نظم المشرع الجزائري حوالة الدين في الفصل الثاني من الباب الرابع حيث نص في المادة 251 من القانون المدني بأنه "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين"، كما نصت المادة 1/252 من القانون المدني أنه "لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين إلا إذا أقرها" وهذه الأحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية.

رابعاً- التعبير عن الإرادة:

نص المشرع الجزائري في المادة 60 على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

وباستعراض النصوص الفقهية التي كتبها الفقهاء المسلمون فيما يتعلق بالتعبير عن الإرادة تحت عنوان التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ يتضح لنا تأثير المشرع الجزائري بالفقه الإسلامي في الاعتداد بهذه الوسائل مع مراعاة الاختلاف بين المذاهب الفقهية في الاعتداد بوسيلة دون الأخرى⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تطبيقات الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة

لما كانت أحكام الأسرة لدى الأمم من الأحكام المرتبطة بالإرث الحضاري فكانت مرتبطة بشريعتها وفي المجتمع الجزائري ظلت أحكام الأسرة مرتبطة بالشريعة الإسلامية، ويعد قانون الأسرة الجزائري الصادر في 09 جوان 1984⁽⁵⁾ المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 حيث نصت المادة 222 منه على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" أحد القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية وبخاصة مذهب

(1) بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص. 532.

(2) نفس المرجع، ص 534.

(3) أمير أحمد فتوح الحجة، آثار عقد الحوالة المدنية (دراسة مقارنة)، مذكر ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص. 09.

(4) عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الجزء الأول - دار احياء التراث العربي، بيروت (لبنان)، 2016 ص 99.

(5) الأمر 11/84 المؤرخ في 5 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة

الإمام مالك⁽¹⁾، كما تم النص على إحالة القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص تشريعي يطبقه على الخصومة .

أولا- الخطبة:

اعتبر المشرع الجزائري الخطبة وعدا بالزواج يجوز العدول عنه طبقا لنص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري فهي وعد وليس بعقد، أي ليست لها قوة الإلزام، وهو ما تبنته الشريعة الإسلامية وفي هذا يقول الأستاذ الدكتور أبو زهرة -رحمه الله-: " الخطبة ليست إلا وعد بالعقد، والوعد لا يرقى إلى مرتبة العقد، ولا له قوة العقد والزامه، حتى على رأي الفقهاء القائلين أن الوعد ملزم لإنشاء العقد، وذلك لتتوافر حية الاختيار كاملة، وأن ذلك من مصلحة المجتمع، ومن مصلحة المتعاقدين، لأن الزواج عقد حياة، والتروي فيه أمر ضروري، ولو ألزم الخاطب بخطبته لكان في ذلك حمل له على العقد قبل أن تتوفر كل أسباب الدرس والتمحيص " (2)

وفيما يخص العدول عن الخطبة فلم يتعرض المشرع الجزائري لما يدفع للمرأة من مال على اعتبار أنه سينفق على اعتبارها مهرا في العقد لا صراحة ولا ضمنا بناء على أنه يثبت كما نصت المادة 16 بالدخول أو بوفاة الزوج فقد نصت على أنه " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، وفيما يخص الهدايا فقد استند المشرع الجزائري لرأي المذهب المالكي والذي يفصل في المسألة بالقول :
-إذا وجد شرط بين الطرفين أو عرف بين الناس يتعلق بحكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة عمل به.
-إذا كان العدول عن الخطبة من الخاطب فلا يسترد شيئا مما اهداه إلى المخطوبة ولو كان موجودا.
- إذا كان العدول عن الخطبة من المخطوبة استرد الخاطب ما قدمه إليها من الهدايا، فإن كان قائما استرده بذاته وإن هلك أو استهلك استرد قيمته.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 5 الفقرتين 3 و4 بقوله " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض. لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته "

ثانيا- تعدد الزوجات:

لم يوجب الإسلام تعدد الزوجات ولم يبطله، ولكن عدله وهذبه وأباحه لمن كان محتاجا إليه وتوافر فيه الشروط التي تجعل التعدد لا إثم فيه ولا حرج في فعله قال الله تعالى في كتابه العزيز ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ [سورة النساء، الآية 3]. فهذا نص في اباحة التعدد للرجل في شريعة الإسلام أن يتزوج واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعاً وأن يكون له في نفس الوقت هذا العدد من الزوجات، ولا يجوز له الزيادة على الأربع. ويتضح أن الشريعة الإسلامية اشترطت شرطين للتعدد وهما: العدل والقدرة على الإنفاق على الزوجات.

والمشرع الجزائري سلك نفس النهج وأجاز التعدد غير أنه قيده بشروط نصت عليها المادة 8 من قانون الأسرة بقولها "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت الشروط ونية العدل، ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها ويقدم طلب الترخيص بالزواج الى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية" ويستخلص من هذا النص أن التعدد لا يتم إلا بشروط وهي -أن يكون العدد مما

(1)- ايت حمودي حليلة ، مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 2001، ص124.

(2)- أبو زهرة، المرجع السابق، ص56.

حدته الشريعة الإسلامية- وجود المبرر الشرعي مثلا مرض الزوجة أو عقمها- توافر الشروط ونية العدل لدى الزوج- إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد- الحصول على الترخيص القضائي.

ثالثا- لا تركة إلا بعد سداد الدين:

تم النص على الميراث وأحكامه ضمن الباب الثالث من قانون الأسرة من خلال تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم، ونص على مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الدين صراحة في المادة 180 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

مصاريق التجهيز والدفن بالقدر المشروع، الديون الثابتة في ذمة المتوفي والوصية، فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبية آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة". وقاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الدين) تقضي بأن الدين الذي على المورث يجب أن يستوفى من أمواله قبل أن توزع على ورثته، وهذا المبدأ يضمن حقوق الدائنين دون أن يفرض التزاماً على الوارث، حيث لا يلتزم بديون المورث إلا في حدود ما آل إليه، ويحقق هذا التوجه الإسلامي العدل، فلا تزر وازرة وزر أخرى، على عكس بعض التشريعات الوضعية التي تجعل الوارث امتداداً لشخصية مورثه، وبالتالي يسأل عن ديونه متى لم يقبل التركة على أساس شرط الجرد.

رابعاً- الميراث:

نظم المشرع الجزائري أحكام الميراث وأصنافه ضمن الباب حيث نصت المواد من 139 الى 149 الأنصبة في الميراث وحددت الفروض المحددة وهي ستة: النصف، والرابع، والثلث، والثلثان، والثلث، والسدس، وهي تطبيقاً لما ورد في قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۖ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ۖ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ۖ مَن بَعْدَ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۖ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَحٌّ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ۖ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۖ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ۖ وَصِيَّةٌ مِنَ اللَّهِ ۖ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾ [سورة النساء الآية 12].

يمكن حصر موانع الإرث في القانون الجزائري فيما يلي:

1- قتل المورث عمدا وعدوانا.

2- اللعان.

3- الردة.

4- اختلاف الدين.

1 -قتل المورث عمدا وعدواناً: فلقد اتفق جمهور الفقهاء على أن القتل من موانع الإرث لقوله: " لا يرث القاتل"، والحكمة في ذلك أن القاتل يتسبب في إزهاق روح مورثه يكون وكأنه يستعجل حصوله على ميراثه منه (ومن استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه) معاملة له بنقيض قصده، وقد اختلف العلماء في القتل المانع من الميراث:

-ذهب الحنفية إلى أن القتل الذي يمنع من الميراث هو قتل يستوجب القصاص أو الكفارة.

-ويرى الحنابلة بأن القتل المانع من الميراث هو القتل الذي يستوجب عقوبته القصاص أو الدية أو الكفارة وهو القتل العمد والقتل الخطأ.

-وذهب المالكية إلى أن القتل يمنع مطلقاً من الإرث سواء كان عمداً أو خطأ سواء كان بطريقة مباشرة أو التسبب أو سواء كان القتل بحق أو بغير حق.

-وذهب المالكية إلى أن القتل المانع من الإرث هو القتل عمداً وعدواناً سواء كان القاتل أصيلاً أو شريكاً أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على المورث ونفذ الحكم فعلاً.

وقد أخذ القانون الجزائري برأي المالكية، فقد نص في المادة 135 من قانون الأسرة بأنه يمنع من الميراث الأشخاص التالية أوصافهم:

.. قاتل المورث عمداً أو عدواناً سواء كان القاتل فاعلاً أصيلاً أو شريكاً.

. شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

.العالم بالقتل أو تدييره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

2. -اللعان: إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا وعجز عن إثبات ذلك أو نفى ولده منها ولا ينسبه إليه، فلا بدّ من اللعان لنفي الولد المادة 41 من قانون الأسرة نصها: "ولم ينفه بالطرق المشروعة."

فإذا تم اللعان بينهما طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي فَرَّق القاضي بينهما، ونفي نسب ولده منه فلا يرث الولد من الزوج، وإنما يرث أمه؛ لأن نسبه منها ثابت باعترافها، وهذا باتفاق العلماء، واللعان بين الزوجين مانع من موانع الميراث لانتفاء الزوجية، وهو ما ذهب إليه القانون الجزائري في المادة 38 من قانون الأسرة ونصها: "يمنع من الإرث اللعان"، لأن فرقة اللعان فرقة مؤبدة ونهائية عند جمهور الفقهاء لقوله: "المتلاعنان لا يجتمعان أبداً"

3-الردة: لغة معناه الرجوع، أما اصطلاحاً هو الرجوع عن الإسلام.

والراجع عن الإسلام مرتد ويسمى كذلك سواء اعتنق ديناً آخر أو ارتد إلى غير دين وقد اتفق الفقهاء على أنّ المرتد لا يرث من غيره مطلقاً؛ لأن الميراث نعمة فيحرم منها بسبب جنائته عن الإسلام"، أما توريث الغير من ميراث المرتد فهو محل خلاف: فذهب الرأي الأول إلى أن ميراثه لا يورث من الغير مطلقاً بل مآله بيت المال ويكون فيئنا لجميع المسلمين، وبهذا قال الأئمة مالك والشافعي وأحمد في الصحيح المشهور.

وذهب الرأي الثاني إلى أن ميراثه ينتقل إلى ورثة المسلمين، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف.

4. -اختلاف الدين: اختلاف الدين بين الوارث والمورث يمنع من انتقال الميراث لقوله: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم". ولقد أجمع أهل العلم على أن غير المسلم لا يرث مسلماً، أما ميراث المسلم من غير المسلم ففيه خلاف، إذ يرى جمهور الصحابة والفقهاء عدم جواز ذلك لعموم الأحاديث المانعة.

بينما يروى عن معاذ بن جبل ومعاوية وكذا علي بن الحسين وسعيد بن المسيب والشعبي أنهم ورثوا المسلم من الكافر. وسجل هنا إغفال المشرع الجزائري لهذا المانع في قانون الأسرة، إلا أن المادة 222 منه تشفع فيه حيث تنص على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

خامساً- الهبة:

نظم المشرع الجزائري الهبة واستمد جل أحكامها من الشريعة الإسلامية، وهو ما تضمنته المواد من 202

الى 212 من قانون الأسرة الجزائري. ويشترط المشرع الجزائري في المادة 206 الحيازة حتى تتم الهبة عملاً بما يقول به أبو حنيفة وأصحابه، كما نص على أن الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة تعتبر وصية طبقاً لنص المادة 204 من قانون الأسرة.

والملاحظ أن المشرع الجزائري صنف الهبة ضمن الأحوال الشخصية، ونظم أحكامها في قانون الأسرة عكس

المشرع المصري الذي ضمنها في القانون المدني واعتبرها عقداً مدنياً خاصاً، ورغم ذلك فالمشرع الجزائري لم يتوسع في الهبة وأحكامها وخاصة الرجوع، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع ينص في الهبة على أنها عقد ملزم بمجرد القول على المشهور، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناء، وفي حدود ما أقرته المادة 211 من قانون الأسرة التي تقضي بأن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدها مهما كانت سنه إلا في الحالات الآتية:

-إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له

- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين

- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيعه أو تبرع به أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

وجاءت المادة 212 بمنع الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة تأكيداً للزوم عقد هبة ولبداً عدم الرجوع عند جمهور الفقهاء، وهم المالكية والشافعية والحنابلة ماعدا الحنفية، فالجمهور يرى المنع، أما الحنفية فالأصل عندهم الحق للواهب في الرجوع عن هبته، فهي عقد غير ملزم، ويستندون في ذلك إلى حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " الواهب أحق بهبته مالم يتب عنها".

إن ما أقرته المادة 212 من أن الهبة من أجل المصلحة العامة لا رجوع فيها، فالمعنى هنا هو عدم جواز الرجوع بإرادة الواهب المنفردة، لكنها لا تمنع من طلب الفسخ قضاءً، إذا كان الواهب قد اشترط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة ولم ينفذ هذا الشرط، فهنا نكون أمام هبة بعوض تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشترط، وتقدير الفسخ من عدمه يعود لسلطة القاضي.

الخاتمة

إذا كان المشرع، قد أضفى على الشريعة الإسلامية أهمية خاصة، يجعلها ضمن مصادر القانون، إلا أن أثر هذه الأهمية قد يبدو محدوداً؛ حيث إن التشريع في العصر الحديث قد انتشر، وتزايدت حركة التشريع في الوقت الراهن، وما من مسألة تجد، إلا وسارع المشرع بمواجهتها بتشريع ينظمه، ولذلك فإننا نعتقد أن النص على الشريعة الإسلامية في متن الدستور يجب أن يرافقه إرادة صادقة لدى القائمين على الأمر بتفعيل مثل هذا النص. والمقصود بالشريعة الإسلامية هنا المبادئ الكلية الأساسية التي تقوم عليها هذه الشريعة، دون المبادئ التفصيلية، وهذه لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية. وهي بهذا المعنى تعتبر مصدرًا احتياطيًا من مصادر القانون الجزائري، لا يلجأ إليها القاضي إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي. والقاضي حينما يلجأ إلى الشريعة الإسلامية، فإنه يطبقها ليس باعتبارها قواعد دينية، وإنما باعتبارها قواعد قانونية شأنها في ذلك شأن التشريع إن كان موجودًا، وهي تبيّن للقاضي الحل في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع، ولا يمكن الاحتجاج بأن أثر هذا النص محدود بدعوى انتشار التشريع؛ ذلك لأن المشرع مهما أوتي من قوة لن يحاط علمًا بكل المسائل التي ستطرح على القضاء؛ من هنا تتبدى أهمية هذا النص، ودور الشريعة الإسلامية في كونها تمد القاضي بحكم للنزاع المعروض عليه. وتعد الشريعة الإسلامية استنادًا إلى النص الدستوري مكونًا أساسيًا من مكونات النظام العام في الدولة؛ ومن ثم فمخالفتها هي مخالفة للنظام العام.

إن استخدام المشرع الجزائري مصطلح الشريعة الإسلامية، عكس بعض التشريعات المقارنة والتي استعملت مصطلح الفقه، وبذلك يكون موفقًا في ذلك، كما إن تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني واضح، حيث ظهر ذلك من خلال النص في المادة الأولى من القانون المدني والتي تجعل فيها المشرع الشريعة مصدرًا احتياطيًا يتعين على القاضي أن يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي.

إن المشرع الدستوري، وإن لم يتعرض لموقع الشريعة الإسلامية بين مصادر التشريع، فإن التنصيص الدستوري على الصفة الإسلامية للدولة وأن الإسلام دين الدولة يقوم دليلًا كافيًا على أن الدولة ملزمة بتطبيق الشريعة الإسلامية، وأن هذه الأخيرة مصدر أساسي للقانون.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً – مراجع الفقه الإسلامي:

- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع، دمشق (سوريا)، الجزء الاول، 1996
- عبد العلي محمد السهالوي، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، تحقيق عبد الله بن محمود، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ج2.
- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة (مصر)، الجزء الاول، 2004..
- ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، لبنان، ط1، 1989.
- رمضان عبد الودود، دراسات اصولية في حجية القياس، دار الهدى للطباعة، القاهرة (مصر)، 1985
- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- عبد الرزاق السهري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي – الجزء الأول – دار احياء التراث العربي، بيروت (لبنان)، 2016
- احمد فراج حسين، تاريخ الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت (لبنان)، 1989.

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

- الناصر المكني ، السلام والدستور ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس ، 2014 .
- عبد الفتاح تقية، نطاق تطبيق احكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في قانون الاسرة الجزائري- بعض النماذج التطبيقية دراسة تحليلية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر العدد01، المجلد 51.
- محمد سلام مدكور، وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1396 هـ.
- عبد الحميد متولى، أصل نشأ الدولة (بحث في الفلسفة السياسية، وتاريخ القانون العام) مجلة الفانون واقتصاد العدان الثالث والرابع . سبتمبر وديسمبر 1948 .
- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت (لبنان)، 2010.
- احمد ابو الفتوح، المعاملات في الشريعة الإسلامية، مطبعة البسفور، مصر، الجزء الاول 2010.
- احمد شلي، تاريخ التشريع الاسلامي وتاريخ النظم القانونية في الاسلام ، مكتبة النهضة المصرية، 2011..
- السيد علي المغازي، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مدرسة الغرير الصناعية، الاسكندرية.
- وفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية . الدار الجامعية ، مصر ، 1993.
- عمار بوضياف : المدخل إلى العلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، 2000، دار ربحانة للكتاب ، الجزائر، 2000.
- أمير أحمد فتوح الحج، آثار عقد الحوالة المدنية (دراسة مقارنة)، مذكر ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- ايت حمودي حليلة، مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 2001.



- القوانين
- مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الاولى عام 1442 الموافق ل30 ديسمبر سنة 2020 يتعلق باصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء اول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82 الصادرة بتاريخ 15 جمادى الاولى عام 1442 الموافق ل30 ديسمبر 2020.
- الأمر 11/84 المؤرخ في 5 رمضان 1404 هـ الموافق ل9 يونيو 1984 المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الاسرة.

أثر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على مبدأ سمو المعاهدات الدولية
The effect of applying the provisions of Islamic law on the principle of the supremacy of international treaties

أ. أسماء أحمد عبدالقادر ملوده

محاضر بقسم القانون العام بكلية القانون

جامعة مصراته - مصراته (ليبيا)

asmamloda@gmail.com

الملخص:

تناولت هذه الدراسة أثر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على مبدأ سمو المعاهدات الدولية، وتم عرض إشكالية البحث المتمثلة في مدى فاعلية النص على هذا المبدأ في حالة التعارض بين معاهدة دولية ونص من نصوص القانون الداخلي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية؟ ومن خلال المنهج العلمي التحليلي للنصوص المتعلقة بتحديد مركز القواعد الدولية الاتفاقية في إطار أحكام الشريعة الإسلامية، ومن خلال خطة بحثية ثنائية التقسيم تم تسليط الضوء على هذا الموضوع؛ وذلك من خلال مطلبين رئيسيين: تناولنا في المطلب الأول القيمة القانونية للمعاهدات الدولية في القانونين الدولي والداخلي، حيث خصصنا فرعاً مستقلاً لكل منهما، وتناولنا في المطلب الثاني موقف الشريعة الإسلامية من نفاذ المعاهدة الدولية وبيان ذلك من خلال الموازنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والمعاهدات الدولية، والتطبيق القضائي في حالة التعارض بينهما، حيث خصصنا لكل منهما فرعاً مستقلاً. وقد خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى عدة نتائج منها:

- (1) إن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الدوليين، وما جرى عليه التعامل الدولي هو إقرار مبدأ سمو المعاهدة الدولية على القانون الداخلي، وأنه في حالة التعارض بين أحكامهما فعلى الدول تعديل قانونها الداخلي بما يتفق وأحكام المعاهدة الدولية، وإلا تحملت المسؤولية الدولية.
- (2) إن مبدأ العقوبة في الإسلام لا يتعارض ومبادئ حقوق الإنسان الأساسية المعترف بها دولياً؛ لا بل يحافظ عليها من خلال حمايته النسيج الاجتماعي، والكيان الإنساني الفردي والجماعي.

ولهذا أوصينا المشرع الوطني بضرورة تحديد مكانة المعاهدات الدولية بين التشريعات الداخلية بشكل واضح في نصوص الدستور، وألا يكتفي بالإشارة الضمنية إلى ذلك؛ حتى لا يحدث التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومقاصدها عند التطبيق.

الكلمات المفتاحية:

سمو المعاهدة، الشريعة الإسلامية، حقوق الإنسان، المقاصد.

**Abstract:**

This study addressed the impact of the application of Sharia law on the principle of the supremacy of international treaties and presented the problem of research, which is the effectiveness of the text on this principle in the case of conflict between an international treaty and the provisions of the internal law derived from the provisions of Islamic law and through the scientific analytical method of the texts concerning the definition of the status of international rules within the framework of the provisions of Islamic law and through a bidivided research plan was highlighted on this subject through two main demands addressed in the first demand the legal value of the treaties international in the international and internal laws where we allocated an independent branch to each and we addressed in the second demand the position of Islamic law on the implementation of the international treaty and to indicate this by aligning the provisions of Islamic law and international traties and judicial application in case of conflict between them where we allocated each separate branch through this study, we have come up with several conclusions and recommendations, including.

First, results:

The trend in international jurisprudence and justice and what has been done by international action is the adoption of the principle of the principle of the supremacy of the international treaty over domestic law and that in the case of conflict between their provisions of the international treaty or assume international responsibility.

The principle of punishment in Islam does not contradict the principles of fundamental internationally recognized human rights, but maintains them by protecting the social fabric and the individual and collective human entity.

Secondly, the recommendations:

We recommend that the national legislator should determine the status of international treaties among the internal legislation explicitly in the texts of the constitution and does not merely imply that this is so that the conflict with the provisions of Islamic law and its purposes does not occur when applying.

Key words:

the transcendence of the treaty, Islamic law, human right, the objectives.

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، وبعد فإن تطور العلاقات الدولية قد أدى إلى ارتباط الدول الإسلامية بعدد كبير من المعاهدات الدولية التي تتضمن قواعد قانونية - خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان - تخالف القواعد المطبقة في الأنظمة القانونية التي تقيمها الشريعة الإسلامية كقانون الأحوال الشخصية، وقانون الجرائم الحدية؛ فالمنظومة القانونية للدول تختلف باختلاف تكوينها السياسي، والاجتماعي، والثقافي، ولكل دولة خصوصياتها كالنص على أن الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع في الدستور الذي يُعد مرجعية أعلى لجميع السلطات داخل الدولة.

وباعتبار أن احترام أحكام المعاهدات الدولية التزام أساسي في إطار العلاقات الدولية؛ حيث أشارت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م - والتي تُعد الأساس القانوني لنظرية المعاهدات - إلى عدم جواز احتجاج الدولة بنصوص قانونها الداخلي كسبب لعدم تنفيذ المعاهدة؛ بل يتعين عليها إدماج المعاهدة في نظامها الداخلي، واتخاذ طريقها إلى إنتاج أثارها القانونية خاصة في مسألة تطبيقها وتعارضها مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها؛ مما يثير عدة تساؤلات منها: هل يوجد آلية لفحص المعاهدة قبل أن يتم التصديق عليها وتصبح ملزمة للنظام الداخلي؟ ما هو الحل في حالة التعارض بين معاهدة دولية، ونص من نصوص القانون الداخلي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية؟ ما دور القاضي الوطني في حالة تعارض هذا القانون الداخلي مع المعاهدة الدولية؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات تقتضي بيان مركز القواعد الدولية الاتفاقية في إطار أحكام الشريعة الإسلامية من خلال اتباع المنهج التحليلي الوصفي وفق الخطة البحثية التالية:
المطلب الأول: القيمة القانونية للمعاهدات الدولية.
المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من نفاذ المعاهدة الدولية.
خاتمة: تحتوي على أهم النتائج والتوصيات.

المطلب الأول

القيمة القانونية للمعاهدات الدولية

تُعد المعاهدات الدولية من أبرز صور الالتزام الدولي وفقاً لما جاءت به اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية لسنة 1969⁽¹⁾؛ إلا أن المنظومة القانونية للدول تختلف باختلاف تكوينها السياسي والاجتماعي والثقافي، الأمر الذي أدى إلى اختلاف تطبيق المعاهدة الدولية عند تعارضها مع قاعدة قانونية داخلية مما يترتب عليه تعطيل أعمال أحكام المعاهدة رغم التزام الدولة بها على المستوى الدولي.

(1) عرفت المادة (1/2) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م المعاهدة بأنها: "الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان أو أكثر ومهما كانت التسمية الخاصة".

إن تحديد القيمة القانونية للمعاهدات الدولية تثير من الناحية القانونية العديد من المسائل خاصة على صعيد الفقه والقضاء الدوليين (القانون الدولي) وعلى صعيد التشريعات الداخلية (القانون الداخلي) وهو ما نتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: قيمة المعاهدات في القانون الدولي

عادة ما ترتبط الدولة بالعديد من المعاهدات الدولية، وتنضم إلى العديد من المنظمات الدولية، مما يترتب التزاماً على الدولة يوجب تنفيذه بحسن نية⁽¹⁾، إلا أن تحديد مكانة المعاهدة الدولية بالنسبة للقانون الداخلي للدولة كان محل خلاف بين فقهاء القانون الدولي، وعلى مستوى القضاء الدولي، وما جرى عليه التعامل الدولي وهذا ما نتناوله تباعاً في الفقرات التالية:

أولاً- الفقه الدولي:

اهتم الفقه الدولي بالبحث في العلاقة بين المعاهدة الدولية والقانون الداخلي خاصة في مسألة تطبيق المعاهدة الدولية داخل الدولة من خلال نظرياتهم الفقهية التي خرجت بنظريتين أساسيتين هما: نظرية ثنائية القانونين (الداخلي - الدولي) ونظرية وحدة القانونين.

فاتجه الفقه حسب النظرية الثنائية⁽²⁾ إلى أن قواعد القانون الدولي مستقلة عن قواعد القانون الداخلي للدولة؛ إذ إن تطبيق المعاهدة الدولية يتطلب تعريفاً قانونياً خاصاً من جانب الدولة؛ حتى تأخذ صفة الإلزام والنفاذ داخلها وبدون ذلك تبقى المعاهدة الدولية خارج إطار التطبيق بالنسبة للدولة⁽³⁾.

واستند أصحاب هذه النظرية إلى اختلاف كل من مصادر القانونين والأشخاص المخاطبين بأحكامها، وكذلك الموضوعات التي ينظمها كل من القانونين، فمن حيث المصدر نجد أن مصدر القانون الداخلي هو السلطة التشريعية للدولة وحدها بما يتلاءم ومصالحها الوطنية، أما قواعد القانون الدولي فتصنعها إرادة مشتركة للدول⁽⁴⁾، أما من حيث الأشخاص المخاطبين فالقانون الداخلي يخاطب الأفراد العاديين وينظم العلاقة فيما بينهم وكذلك بينهم وبين الدولة أما القانون الدولي فالمخاطبين بأحكامه هم أشخاص القانون الدولي⁽⁵⁾.

إن الأخذ بفكرة هذه النظرية يترتب عنه عدم التنافز أو التعارض بين قواعد القانون الدولي وقواعد القانون الداخلي فلكل منهما موضوعه الذي ينظمه ونطاقه الذي يُطبَّق فيه، كما لا يمكن لقاعدة من قواعد القانون الدولي أن تصبح ملزمة في نطاق القانون الداخلي إلا إذا اتبعت الإجراءات والشكليات المقررة لذلك، فالقاضي الوطني لا يطبق قواعد القانون الدولي إلا في حالتي الإحالة أو الاستقبال⁽⁶⁾.

(1) أوردت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م مبدأين أساسيين لا بد من مراعاتهما عند تنفيذ المعاهدة: مبدأ حسن النية ومبدأ عدم جواز الاحتجاج بالقانون الداخلي لتبرير عدم التنفيذ. انظر نص المادة (26-27) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م.

(2) من أنصار هذه النظرية الفقيه الألماني (تريبيل) والفقه الإيطالي (أنزيلوتي)، إذ يعتمد كل منهما على القوة الملزمة للقانون وتفسيرهم لها كأساس لهذه النظرية على اعتبار أن الإرادة الإنسانية هي التي تنشئ القانون.

(3) محمد علوان: القانون الدولي العام، دار وائل للنشر، ط.3، 2007م، ص157.

(4) المرجع السابق، ص115.

(5) رياض أبو العطا: القانون الدولي العام، المكتبة الوطنية، عمان، ط.1، 2010م، ص108.

(6) ويقصد بالإحالة أن يشير أحد القانونين لمسألة معينة أو تكييف قانوني، ويحيل ذلك إلى القانون الآخر باعتبار أن هذه المسألة تقع في نطاقه كأن يشير القانون الداخلي لصفة الدبلوماسية، ويحيل تعريفه وتحديدته إلى قواعد القانون الدولي، أما الاستقبال يكون في الحالة التي يريد بها المشرع الوطني أخذ قاعدة قانونية دولية وتحولها ضمن قواعده الداخلية وذلك بأن تصبح قانوناً داخلياً عن طريق إصدارها بتشريع وطني. وائل علام: وضع المعاهدة الدولية في دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون، س 28، ع 59، 2010م، ص138.

لقد تعرضت هذه النظرية للكثير من الانتقادات من أهمها: أن قواعد القانون الدولي قد تخاطب الأشخاص العاديين؛ حيث هناك الكثير من النصوص القانونية الواردة في المعاهدات الدولية تتجه مباشرةً بالخطاب إلى الأفراد، وخاصةً فيما يتعلق بالنصوص ذات الطبيعة الإنسانية، كما في قواعد القانون الدولي الإنساني وقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، أو حالات المسؤولية الجنائية للفرد على الصعيد الدولي⁽¹⁾.

وعلى نقيض النظرية السابقة كرس أنصار نظرية وحدة القانونين أفكارهم على أن كلا من النظامين القانونيين هما نظام قانوني واحد، إلا أن هذا النظام يتضمن بدوره قواعد قانونية ليست على درجة واحدة؛ بل هي متدرجة على شكل هرمي⁽²⁾.

ويرى أصحاب هذه النظرية أن مصدر القاعدة القانونية للقانونين يأتي من الظروف الاجتماعية والتغيرات الاقتصادية، وما تفرضه وقائع الأمور التي هي سبب ومصدر ظهور القاعدة القانونية⁽³⁾، وأن التطبيق العملي للقواعد القانونية في كلا القانونين يؤكد أن الأفراد هم المخاطبون بالقواعد القانونية كافة بشكل مباشر في إطار القانون الداخلي أو بصورة غير مباشرة من خلال مخاطبة الأفراد عن طريق الدول التي ينتمون إليها القانون الدولي⁽⁴⁾.

وهناك العديد من النتائج القانونية والعملية المترتبة على تبني هذه النظرية لعل أهمها: أن كلا القانونين ينتميان لنظام قانوني واحد لذا فإن إمكانية التنازع والتعارض بينهما واردة، وذلك عند تنظيمها لمسألة واحدة، وهذه النتيجة تقودنا إلى التساؤل: أي القانونين هو الأول بالتطبيق في حالة التعارض؟

للإجابة عن هذا التساؤل نادى بعض الفقه بإمكانية تغليب أحدهما على الآخر عند التنازع والتعارض بينهما؛ حيث إنه قد يسمو القانون الدولي على القانون الداخلي ووفقاً لهذا الاتجاه فإن القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الدولي وإهمال القانون الداخلي، وأن العلاقة بين القانونين هي علاقة تابع ومتبوع بمعنى أن العلاقة تشبه إلى حد كبير العلاقة ما بين قانون الدولة الاتحادية وقوانين الدول الأعضاء في الاتحاد⁽⁵⁾. في حين يرى اتجاه آخر أنه في حالة التعارض بين قواعد القانون الدولي وقواعد القانون الداخلي فإن الأعمال يكون للأخير؛ ذلك أن المعاهدة الدولية تستمد قوتها من القانون الداخلي للدولة، فإن كانت متطابقة معه تم تطبيقها، إلا أنه في حالة تعارضها معه يُهمل تطبيق المعاهدة الدولية باعتبار أن القانون الداخلي هو مصدر الإلزام لكل قاعدة قانونية سواء كانت داخلية أو خارجية⁽⁶⁾.

يظهر من خلال ما سبق أنه لا يمكننا الأخذ بإحدى النظريتين على إطلاقها وإن كان الواقع العملي قد استقر على العمل بالالتزامات الدولية بغض النظر عن مخالفة هذه الالتزامات لقواعد القانون الداخلي، أي الأخذ بنظرية وحدة القانون مع سمو القانون الدولي على القانون الداخلي.

ثانياً- القضاء الدولي:

استقر القضاء على مبدأ سمو القانون الدولي على قواعد النظام الداخلي فالقاضي الوطني يلتزم بالنصوص القانونية عندما يكون أمام قضية يحتاج إلى الرجوع فيها والحكم فيها إلى قواعد القانون الدولي، وبالتالي تترتب المسؤولية الدولية في حال الإخلال بهذه القواعد، وقد تم تأكيد هذا المبدأ من خلال الاجتهادات القضائية والهيئات

(1) رياض العجلاني: تطور إجراءات النظر في الطلبات الفردية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م 28، ع 2، 2012م، ص 179 - 180.

(2) سهيل الفتلاوي: القانون الدولي العام في السلم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010م، ص 38.

(3) يرى أنصار نظرية وحدة القانونيين أن أساس هذه النظرية يستند إلى معايير مختلفة إما للضرورة الاجتماعية (جورج سل) أو التحليل المجرد للقانون (هانز كلسن).

(4) عبد الكريم علوان: الوسيط في القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011م، ص 26.

(5) محمد علوان: مرجع سابق، ص 119.

(6) علي إبراهيم: النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع أم تكامل، دار النهضة، القاهرة، ط1، دت، ص 60-62.

التحكيمية الدولية ومن بين القضايا التي لها علاقة بهذا الموضوع قضية مونتيجو سنة 1875م أمام محكمة التحكيم بشأن النزاع الذي حصل بين الولايات المتحدة الأمريكية وكولومبيا، وقد خلصت المحكمة في حكمها بأن المعاهدة تسمو على الدستور⁽¹⁾.

وقد تبنت الموقف نفسه محكمة العدل الدائمة أثناء نظرها لقضية دانترغ سنة 1932م بشأن معاملة المواطنين البولنديين؛ حيث قضت بأنه: وفقاً للمبادئ المسلم بها بشكل عام ... لا يمكن لدولة أن تتمسك قبل دولة أخرى بدستورها للتخلص من الالتزامات التي يفرضها عليها القانون الدولي أو المعاهدات الدولية المعمول بها⁽²⁾.

ولقد سارت محكمة العدل الدولية الحالية على نفس الفكر والنهج الذي عملت به محكمة العدل الدائمة من حيث تأكيدها على أولوية قواعد القانون الدولي الاتفاقية في قضايا عديدة ومن أهم الأمثلة عن الأحكام التي أصدرتها المحكمة بهذا الخصوص حكمها في قضية الأسماك البريطانية النرويجية سنة 1955م؛ حيث قضت بأن: تحديد المساحات البحرية كان له على الدوام صفة الدولية، ولا يمكن أن يترك للإرادة المطلقة للدولة الساحلية حسيماً يظهر في تشريعاتها، وإذا كان المتبع في تحديد اتساع البحر الإقليمي أنه يتم بإرادة دولة واحدة، فإن هذا التحديد في مواجهة الدول الأخرى يتوقف على القانون الدولي العام⁽³⁾.

ومن أهم القضايا الحديثة النزاع الحدودي بين ليبيا وتشاد سنة 1994م وخلصت محكمة العدل الدولية فيه إلى أن: الحدود السياسية التي تنشأ بموجب معاهدة تكتسب استمرارية قد لا تتمتع بها بالضرورة المعاهدة في حد ذاتها مما يجعل لها الغلبة على أي قانون داخلي ولن يكون من شأن هذا الأخير أبداً مخالفتها⁽⁴⁾.

وخلاصة القول إن القضاء الدولي يرسخ مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي ولا يجوز أن تحتج الدولة بقانونها الداخلي لغرض عدم تنفيذ التزاماتها الدولية.

ثالثاً- التعامل الدولي:

إن ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945م الذي يعد من أهم المعاهدات الشارعة لم يتضمن في بنوده أي إشارة صريحة على سمو القانون الدولي على القانون الداخلي إلا أنه أشار إلى لك ضمناً في ديباجته⁽⁵⁾.

وهذا ما أكدته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م إذ نصت على أنه: لا يجوز لطرف في معاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة⁽⁶⁾، بمعنى أنه لا يجوز التمسك بالقانون الداخلي للتوصل من الالتزامات الناشئة عن المعاهدة الدولية⁽⁷⁾.

كما تقرر المادة (46) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م بأنه: لا يجوز لدولة أن تتمسك بأن التعبير عن ارتضاءها الالتزام بمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلق بالاختصاص بإبرام المعاهدة كسبب لإبطال رضاها، إلا إذا كان إخلالاً واضحاً بقاعدة ذات أهمية جوهرية من قواعد قانونها الداخلي.

(1) فقد تمسكت كولومبيا بدستورها المعارض لمعاهدة مبرمة بين الدولتين إلا أن محكمة التحكيم حكمت بسمو المعاهدة الدولية على الدستور الكولومبي، الشافعي البشير: القانون الدولي العام في السلم والحرب، منشأة المعارف، الإسكندرية، دت، ص42.

(2) حسين عمر: التدخل في شؤون الدول بذريعة حماية حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، 2005م، ص248.

(3) سعد العجمي: قواعد القانون الدولي في القانون الوطني (الكويت نموذجاً)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق/جامعة الكويت، الكويت، ع1، 2011م، ص111.

(4) المرجع السابق، ص41.

(5) حيث جاء في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة: "نحن شعوب الأمم المتحدة وقد ألبنا على أنفسنا ... أن نبين الأحوال التي يمكن في ظلها تحقيق العدالة واحترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولي".

(6) المادة (27) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م.

(7) علي إبراهيم: مرجع سابق، ص134.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لم تضع معايير واضحة ومحددة لمفهوم الإخلال الجوهري بقواعد القانون الداخلي للدولة؛ الأمر الذي يترك المجال واسعاً أمام الاجتهادات القانونية التي تختلف من دولة إلى أخرى مما يؤدي إلى إشكالية في تطبيق وتنفيذ المعاهدات الدولية⁽¹⁾.

وقد رسخت لجنة القانون الدولي مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، ففي المادة (14) من مشروعها عن حقوق وواجبات الدول التي أعدته سنة 1949م نصت على أنه: يجب على كل دولة أن توجه علاقاتها بالدول الأخرى وفقاً للقانون الدولي، ولبدأً أن سيادة الدول يعطوها القانون الدولي⁽²⁾.
وجرى العمل الدولي على أنه إذا قبلت الدولة المعاهدة وعبرت عن رضاها بها بالوسائل القانونية فإنه يجب عليها أن تقوم بتطبيقها وتنفيذها وذلك إما بتعديل قوانينها الوطنية أو دستورها في حال التعارض مع أحكام المعاهدة الدولية.

الفرع الثاني: القيمة القانونية للمعاهدات الدولية في القانون الداخلي

تختلف مرتبة المعاهدات الدولية ضمن التشريعات الداخلية باختلاف هذه التشريعات؛ حيث يمثل الدستور قمة مصادر التشريع الداخلي، وهو الذي يبين حقوق والتزامات سلطات الدولة وعادةً تختص السلطة التنفيذية بإبرام المعاهدات الدولية، فهل يوجد آلية لفحص المعاهدة قبل أن يتم التصديق عليها وتصبح ملزمة للنظام الداخلي؟

من هنا جاءت ضرورة تأكيد القضاء الوطني من أن المعاهدة الدولية قد استكملت جميع الإجراءات القانونية التي يتطلبها الدستور لنفاذها، سواء تلك المتعلقة بنشرها وفقاً للقانون، أو بضرورة موافقة الجهة المختصة بالتصديق عليها⁽³⁾.

وقد اختلفت دساتير الدول في موقفها من المعاهدات الدولية، حيث صنفت مكانة المعاهدات الدولية في الدساتير إلى صنفين:

أولاً- الدساتير المنظمة لمكانة المعاهدات الدولية:

تنوعت الحلول والمواقف الدستورية المنظمة لمكانة المعاهدات الدولية فمنها من أخذ بسمو المعاهدة الدولية على مجمل قواعد القانون الداخلي دون استثناء بما فيها الدستور، لدرجة دفعت البعض إلى القول بأن المعاهدات الدولية التي تتعارض مع أحكام الدستور تعد بعد التصديق بمثابة تعديل للدستور القائم بذاته⁽⁴⁾.

ويعد هذا الاتجاه أكثر وضوحاً في الدستور الهولندي، فطبقاً للتعديل الدستوري الذي تم إقراره سنة 1956م يمكن إبرام المعاهدات الدولية التي لا تتلاءم مع الدستور في حال توافر شرطين أساسيين هما: حالة الضرورة من جهة وإرادة البرلمان من جهة أخرى فإذا تخلف الربط بينهما تخلف مبدأ سمو المعاهدة الدولية

(1) علي إبراهيم: الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص140.

(2) عبد الأمير الذريب: القانون الدولي العام، دار تنسيق للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2006م، ص59 - 60.

(3) ترفض أحكام النقض الفرنسية حق المحاكم في الرقابة على صحة الإجراءات القانونية لنفاذ المعاهدة الدولية في القانون الداخلي معتبرة في ذلك تدخلاً من جانب السلطة القضائية في اختصاصات السلطة التنفيذية وخرقاً صارخاً لمبدأ الفصل بين السلطات، عبد الكريم علوان: مرجع سابق، ص272.

(4) صالح حجازي: نطاق الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، كلية الحقوق بجامعة المنصورة، مصر، د.ت، ص16.

على الدستور⁽¹⁾، ووفقاً لهذا الاتجاه فإنه لا يجوز مراقبة مدى دستورية هذه المعاهدات طالما استوفت الإجراءات المقررة داخلياً بشأنها والمنصوص عليها في دستورها⁽²⁾.

وهناك من وضع المعاهدات الدولية في ذات مرتبة الدستور، ومثال ذلك الدستور الأمريكي سنة 1789م المعدل سنة 1992م؛ حيث نصت المادة (216) من الدستور على: "وهذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعاً له وجميع المعاهدات المعقودة أو التي تعقدت تحت سلطة الولايات المتحدة هو القانون الأعلى للبلاد ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أي ولاية يكون مخالفاً لذلك"⁽³⁾.

في حين يرى اتجاه آخر أن مكانة المعاهدة الدولية أدنى من الدستور وأعلى من القانون الداخلي، ومن ذلك نجد المادة (20) من الدستور التونسي لسنة 2014م تنص على أن: "المعاهدات الموافقة عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها أعلى من القوانين وأدنى من الدستور" وكذلك الدستور الجزائري لسنة 1996م والمعدل لسنة 2016: حيث منح المعاهدات الدولية مرتبة تسمو على القانون في المادة (150) ومرتبة أدنى من الدستور في المواد (186) – (190) من ذات الدستور، ويترتب على ذلك خضوع المعاهدات لأحكام الدستور⁽⁴⁾.

ولقد سارت الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الليبي في هذا الاتجاه عند إعداد مشروع الدستور سنة 2017م الذي لم يتم الاستفتاء عليه بعد؛ حيث نص على أن: "تكون المعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها في مرتبة أعلى من القانون وأدنى من الدستور وعلى الدولة اتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذها بما لا يخالف أحكام هذا الدستور"⁽⁵⁾.

كما يوجد اتجاه يجعل المعاهدة الدولية ذات مكانة قانونية مساوية للقانون الداخلي ويحتلان نفس المرتبة من حيث القوة الإلزامية دون أن يسمو أحدهما على الآخر، ولقد تبني هذا الدستور المصري لسنة 2014: حيث نصت المادة (151) منه على "يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية ويبرم المعاهدات ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور".

إلا أن غالبية الفقه المصري يميل إلى الاتجاه الذي يأخذ بسمو المعاهدات الدولية على القانون الداخلي في حالة وجود تعارض بينهما وقد أيد القضاء المصري رأى غالبية الفقهاء المصريين في العديد من الأحكام القضائية⁽⁶⁾.

ثانياً- الدساتير غير المنظمة لمكانة المعاهدات الدولية:

هناك بعض الدول التي لم تحدد مكانة المعاهدات الدولية بالنسبة للقانون الداخلي سواء كانت نصوص دستورية أو قوانين عادية، كما لم تكشف عما يمكن أن يستدل منها على تحديد هذه الدرجة⁽⁷⁾.

ويتصدر هذه الدساتير الدستور الإيطالي لسنة 1947م والمعدل سنة 2011م حيث لم يحدد مكانة المعاهدات الدولية وإنما اكتفى بالإشارة في المادة (10) إلى تقييد النظام القضائي الإيطالي بالقوانين الدولية المعترف بها عموماً.

والدستور الليبي القديم سنة 1951م يمثل أيضاً هذا الاتجاه فقد أغفل النص على مكانة المعاهدة الدولية في القانون الداخلي فالمادة (69) منه تنص على أن: "يعلن الملك الحرب ويعقد الصلح ويبرم المعاهدات ويصدق عليها

(1) محمد بوغزالة: خرق المعاهدات الثنائية للقانون الداخلي، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ط.1، 1999م، ص76.

(2) صالح حجازي: مرجع سابق، ص16.

(3) صالح حجازي، مرجع سابق: ص18.

(4) نصت المادة (186) من الدستور على أنه: "بالإضافة إلى الاختصاصات التي حولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، يفصل المجلس الدستوري برأيه في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، وتؤكد ذلك المادة (190) منه حيث نصت على أنه: "إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية فلا يتم التصديق عليها".

(5) المادة (17) من مشروع الدستور الليبي لسنة 2017م.

(6) ينظر على إبراهيم: مرجع سابق، ص276 – 277.

(7) صالح حجازي: مرجع سابق، ص19.

بعد موافقة مجلس الأمة"، وبالتالي فإنه لم يتضمن حكماً في حال وجود تعارض بين معاهدة دولية وقانون داخلي، في حين نجد أن القانون المدني الليبي لسنة 1954م أكد في المادة (23) منه على أنه إذا كان هناك نص في معاهدة ما مخالف لإحدى مواد القانون المدني المتعلقة بتطبيق القانون الأصلي فالأولوية للمعاهدة⁽¹⁾، كما تضمنت المادة (78) من القانون رقم (12) لسنة 2010م بشأن قانون علاقات العمل إشارة إلى ضرورة مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية فيما يتعلق ببعض الحقوق المالية للعامل⁽²⁾.

وقد تبني هذا الاتجاه الدستور الأردني لسنة 1952م والمعدّل سنة 2014؛ حيث إنه لم يحدد مكانة المعاهدات الدولية، إلا أن القضاء الأردني استقر على تطبيق المعاهدة الدولية إذا ما وقع التعارض بينها وبين القانون الداخلي، إذ ذهبت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها إلى أن الاتفاقية هي أعلى مرتبة من القانون وأولى بالتطبيق⁽³⁾.

ومما لا شك فيه أن هذه المسألة تثير تساؤلات حول كيفية حسم التعارض بين المعاهدة الدولية والثوابت الوطنية – خاصة تلك المتعلقة بأحكام الشريعة الإسلامية – عند حدوثه وما يجب على القاضي الوطني تطبيقه تبعاً لذلك وهذا ما نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من نفاذ المعاهدة الدولية

إن أساس مبدأ سمو المعاهدات الدولية يكمن في تنفيذها بحسن نية وعدم الاحتجاج بعدم تطبيقها بحجة القانون الوطني الذي يحول دون ذلك⁽⁴⁾؛ فالدولة ملزمة بإدماج هذه المعاهدات في قانونها الداخلي؛ حتى تصبح قابلة للتطبيق بشكل لا يتعارض مع الثوابت الوطنية، ويحفظ خصوصياتها الدينية. وبهذا المقتضى نجد الدول ذات المرجعية الإسلامية تتوجه إلى ملاءمة القوانين التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية للمعاهدات الدولية، وإظهار دور القضاء الوطني في تطبيق المعاهدة الدولية متى اكتملت شروط انطباقها، وهذا ما سنتناوله في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: المواءمة بين أحكام الشريعة الإسلامية والمعاهدات الدولية

إن الدول التي تدين بالدين الإسلامي يعزها الموافقة التامة على المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان في حال مساسها بالدستور الذي ينص على دين الدولة وهويتها⁽⁵⁾؛ فتقوم بإجراء التحفظ حفاظاً على أصول الشريعة الإسلامية ومقاصدها⁽⁶⁾، وهو ما ترفضه المنظمات الحقوقية وتعتبره مساساً بمبدأ العالمية وعدم تجزئة حقوق الإنسان، ومن هنا لا بد من تناول أثر التحفظ على المعاهدات الدولية (أولاً) ودور الشريعة الإسلامية في تعزيز حقوق الإنسان (ثانياً).

(1) تنص المادة (23) على أنه: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في ليبيا"، موسوعة القانون المدني، منشورات الهيئة العامة لشؤون القضاء إعداد الإدارة العامة للقانون 1988م.

(2) تنص المادة (178) "بمراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة الليبية طرفاً فيها يستحق العامل غير الوطني مكافأة عن خدمته..." مدونة التشريعات ع 7، س 10، 2010م، ص 260 وما بعدها.

(3) صالح حجازي: مرجع سابق، ص 19 – 20.

(4) المادة (27-26) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م.

(5) تبنى المشرع الليبي النص على الهوية الإسلامية للمجتمع الليبي في الوثائق الدستورية المتعاقبة؛ حيث جاء في نص المادة (5) من الدستور الليبي لسنة 1951م أن "الإسلام دين الدولة"، وكذلك نص المادة (1/2) من الإعلان الدستوري لسنة 1969م على أن "الإسلام دين الدولة"، وأن "ليبيا ... دينها الإسلام والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع..." في الإعلان الدستوري لسنة 2011م في المادة الأولى منه، ومشروع الدستور الليبي لسنة 2017؛ حيث نص في مادته (6) على أن "الإسلام دين الدولة والشريعة الإسلامية مصدر التشريع".

(6) يقصد بـ "تحفظ" إعلان من جانب واحد، أياً كانت صيغته أو تسميته تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو إقرارها أو انضمامها إلى معاهدة مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة من حيث سريانها على تلك الدولة المادة (2/d) من اتفاقية فيينا للمعاهدات لسنة 1969م.

أولاً- أثر التحفظ على المعاهدات الدولية:

تمارس الدول حق التحفظ الذي يكفله القانون الدولي بموجب اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م على بعض البنود التي ترى من وجهة نظرها أنها لا تتوافق وقوانينها الداخلية عند التوقيع أو التصديق على المعاهدات التي تتعلق بحقوق الإنسان.

ويظهر الأثر المباشر للتحفظ في إلغاء الحكم القانوني الوارد في نص أو أكثر من معاهدة، واعتبار هذا الحكم غير نافذ في مواجهة الدولة التي أبدته، أو اعتباره نافذاً ولكن تحت شروط معينة لم ترد في المعاهدة⁽¹⁾. ويرى (ألان بليه) المقرر الخاص للجنة القانون الدولي في مسألة التحفظات أن النظام القانوني للتحفظات يعالج مصلحتين متعارضتين ظاهرياً: مصلحة توسيع نطاق المعاهدة، وتحقيق أوسع اشتراك ممكن فيها من جهة، ومصلحة تطبيقها بأكملها والمحافظة على الهدف الأصلي من وجودها من جهة ثانية⁽²⁾، وأحسن مثال نضربه في هذا الصدد هو تحفظات الدول الإسلامية على معاهدات حقوق الإنسان نظراً لتعارض أحكام الأخيرة مع أحكام الشريعة الإسلامية، فالإسلام مثلاً يحظر الردة وتغيير الديانة، في حين أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يعترف في مادته (18) بتغيير الديانة والمعتقد⁽³⁾، وكذلك تحريم زواج المسلمة من غير المسلم وزواج المسلم من وثنية، واعتبار ذلك مخالفاً للمادة (16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تعطي "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج الحق بالتزوج بدون قيد بسبب الدين" مما جعل بعض الدول الإسلامية تحفظ على تلك المادة على أساس أن منطق الإسلام في ذلك لا ينطلق؛ من حيث إنه قيّد الحرية في الزواج بسبب الدين، وإنما ينطلق من حيث وجوب صيانة الأسرة من الانحلال بسبب الاختلاف في الدين عند احترام الزوج بموجب عقيدته لمقدسات زوجته⁽⁴⁾.

كما طالت تحفظات الدول الإسلامية بعضاً من مواد اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1979م المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة؛ لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة ما تعلق بالزواج والطلاق والميراث، وبالرجوع إلى قانون الموارث في ليبيا نجد أنه مستمد من النصوص القطعية في الشريعة الإسلامية في قوله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [الآية (11) من سورة النساء]، حيث أعربت بوجوب مراعاة قواعد الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث، والبند (ج) من الفقرة (1) من المادة (16) التي تمنح نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه، والبند (د) من الفقرة (1) من المادة (16) التي تمنح نفس الحقوق والواجبات كوالدة بغض النظر عن الحالة الزوجية⁽⁵⁾، وأدخلت دول إسلامية أخرى تحفظات على ذات مواد الاتفاقية؛ بل وصل الأمر ببعضها إلى إبداء تحفظ عام على جميع مواد الاتفاقية لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽⁶⁾.

(1) محمد علوان: مرجع سابق، ص140.

(2) الفقرة (118) من تقرير لجنة القانون الدولي حول موضوع التحفظات، الأمم المتحدة، دولية لجنة القانون الدولي بدورتها (48)، لسنة 1996م.

(3) تنص المادة (18) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م على أنه "لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل هذا الحق حريته في تغيير دين أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم بمفرده أو مع جماعة وأمام الملأ أو على حده".

(4) محمد مصيلحي: حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م، ص263.

(5) ينظر المادة (2-16) من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1979م.

(6) أدخلت تحفظات على المادة (16) من جانب البحرين، ومصر، والعراق، والكويت، والمغرب، وسوريا، بينما أدخلت المملكة العربية السعودية تحفظاً كاملاً على الاتفاقية.

بالإضافة إلى ذلك انضمت ليبيا إلى اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية لسنة 1984م دون أي تحفظات مما يولد التعارض بين التزامها الدولي وقانون الجرائم الحديثة التي تستند نصوصه على أحكام من الشريعة الإسلامية⁽¹⁾؛ مما يعد في إطار هذه الاتفاقية اعتداء على حياة الإنسان ومساساً بسلامة جسده، والذي يمثل بدوره إخلالاً بالتزامات دولية يترتب عنه قيام المسؤولية الدولية.

والملاحظ هنا أن التحفظ يلعب دوراً أساسياً لصالح الدول الإسلامية على مثل هذه النصوص حين تصديقها على معاهدات حقوق الإنسان، ولا يؤثر على الطبيعة الخاصة للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان؛ باعتبار أن التحفظ يكون على بند أو مجموعة محددة من البنود فقط، ولا يفرغ المعاهدات الدولية من مضامينها بشكل يحفظ للدولة خصوصياتها الثقافية من جهة، وتعزيز حقوق الإنسان من جهة أخرى⁽²⁾.

ثانياً- دور الشريعة الإسلامية في تعزيز حقوق الإنسان:

هناك من يرى أن السياسة العقابية في الإسلام تتضمن عقوبات تتعارض مع قواعد حقوق الإنسان الأساسية مثل: القصاص تنفيذاً لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [الآية (47) سورة المائدة]، وقطع يد السارق امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ﴾ [الآية (140) سورة المائدة]، وجلد الزاني في قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [الآية (2) سورة النور]؛ إضافة إلى الرجم، والقطع أو الصلب لقاطع الطريق كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [الآية (35) سورة المائدة]، وغير ذلك من الجرائم، إلا أن نظام العقوبات في الشريعة الإسلامية لا يهدف إلى إقامة الحدود فحسب، وإنما جاء لتحقيق مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم في الدنيا والآخرة⁽³⁾، فالرحمة هي أساس تشريع العقوبة في الإسلام، ولم ترسل الرسل إلا لمقصد معين في مثل ما جاء قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الآية (106) سورة الأنبياء]، وكفهم عن المعاصي وحثهم على الطاعة⁽⁴⁾.

إلى جانب ذلك نجد فكرة العدالة في العقوبة، والتي تعني إيجاد التكافؤ بين العقوبة والجريمة قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [الآية (57) سورة النساء]، كذلك الزجر والردع؛ للحد من انتشار الجريمة والفساد بمنع المذنب من العودة إلى الجريمة مرة أخرى، ولغيره من التفكير في اقترافها، وهذا يظهر في اشتراط إشهار العقاب وإعلانه بين الناس قال تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمْ طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الآية (2) سورة النور].

إن الإسلام بأحكامه أرسى قواعداً للعدل، وحارب الظلم، وقضى على عادة الثأر، وأعطى لأولياء الدم حقهم في القصاص العادل قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [الآية (178) سورة البقرة]، فالقصاص هو القضاء الذي تستريح إليه الفطرة السليمة، ويذهب بحزازات النفوس، وجراحات القلوب، وتسكين فورات النفس الجامحة التي يقودها الغضب الأعى وحمية الجاهلية⁽⁵⁾.

(1) ينظر المشرع الليبي للجرائم الحديثة في القانون رقم (70) لسنة 1973م في شأن إقامة حد الزنا والقانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية والقانون رقم (13) لسنة 1425م بشأن حدي السرقة والحراية وتعديلاتها.

(2) علي معزوز، الخصوصية الثقافية وعالمية حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ جامعة بومرداس، الجزائر، 2005م، ص100.

(3) الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ج2، دار الفكر العربي، بيروت، دت، ص6.

(4) عبد القادر عوده: الموسوعة الجنائية العصرية في الفقه الإسلامي، ج2، دار الشروق، دت، ص97.

(5) سيد قطب: في ظلال القرآن: دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1971م، ص137.

وقد قال ابن القيم الجوزية "فلولا القصاص لفسد العالم، وأهلك الناس بعضهم بعضاً ابتداءً واستيفاءً، فكان في القصاص قطع لمفسدة التجرد على الدماء بالجناية والاستيفاء"⁽¹⁾.

كما أن ولي المجني عليه مخير بين القتل أو العفو أو أخذ الدية في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّتِهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾ [الآية 33 سورة الإسراء].

ومن مظاهر سماحة أحكام الشريعة الإسلامية وتعزيزها لخصوصية حقوق الإنسان أن تنفذ العقوبة على مستحقها من غير تفریق بين شريف ووضيع قال الرسول - صلى الله عليه وسلم - "إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها"⁽²⁾.

إن جميع أحكام الشريعة الإسلامية تقوم على حفظ الضرورات والحاجيات والتحسينات، ومن مقاصدها السامية تربية وتزكية النفس البشرية بغرس الفضائل والأخلاق، والترفع عن الرذيلة؛ لغرض التمتع بالشهوة في الحرام كحدي الزنا والقتل وشرب الخمر للمحافظة على العرض والنسل والعقل.

أما بالنسبة لمسألة حصول المرأة على نصف نصيب الرجل من الميراث فتظهر مقاصد هذا الحكم الشرعي من خلال إعلاء قيمة المساواة والمحافظة عليها بالقول أن المرأة أقل نفقة بالنسبة للرجل؛ لأنها لا تتحمل أعباء الحياة المختلفة باعتبار أوضاعها الخاصة، ولذا تساوى غنمها مع غرمها بأخذها نصف الحق من بعض الثروات من الميراث، فالإسلام يضمن للمرأة حقوقها وكرامتها تماماً مثل الرجل، ومن ينتهك أيّاً من هذه الحقوق فله عقوبة قاسية⁽³⁾.

فإعمال حدود الله مجلبة للخير، ودليل على حسن الطاعة، والرسول - صلى الله عليه وسلم - "حد يُعمل في الأرض خير لأهل الأرض من أن يمطروا أربعين صباحاً"⁽⁴⁾، ويتحقق الغرض الديني الكامن في الشريعة الإسلامية (مقاصد الشريعة) من خلال تطبيق أحكام جميع البشر بصفتهن الإنسانية مهما اختلفت ألوانهم، ومواطنهم، وأنسابهم، كما يتساوى في ذلك الرجال والنساء وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [الآية (70) سورة الإسراء].

فالمنظومة الشرعية في الإسلام لا تتعارض مع فكرة حقوق الإنسان في المعاهدات الدولية، وإنما هي تعزز هذه الحقوق؛ لحفظ الحياة الإنسانية، وتحقيق أهدافها الحضارية بصون واحترام مقتضيات الشريعة الإسلامية التي تضمنها الكتاب والسنة.

الفرع الثاني: دور القضاء في تطبيق المعاهدة الدولية:

إن امتداد المعاهدات الدولية إلى المجال الداخلي أوجد ضرورة أن يُعطي للقضاء الوطني مهمة مراقبة مدى مشروعيتها؛ لكي يبنى عن تطبيق نصوص المعاهدة التي تتعارض مع التشريعات الداخلية، إلى جانب مهمة أخرى من شأنها أن تحدد معنى النص وبيان نطاق تطبيقه، وهو ما يعرف بالتفسير، وهو ما نبينه في الفقرات التالية:

أولاً- الرقابة القضائية:

يختلف كل قضاء عن الآخر في كيفية تعامله مع المعاهدات الدولية؛ نظراً لاختلاف طبيعة المواضيع والعلاقات التي ينظمها كل منهما، وذلك في إطار الدولة الواحدة؛ إذ باستيفاء المعاهدة الدولية مراحل تكوينها في

(1) ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، دار ابن حزم، بيروت، 1999م، ص329.

(2) البخاري: صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، دت، دن، كتاب الحدود، باب كراهة الشفاعة في الحدود، رقم الحديث (3475)، ص845.

(3) عبد الفتاح العواري: من مقاصد الشريعة الإسلامية، منشور على الرابط: <http://www.azhar.eg>.

تاريخ الدخول: 2021/03/26م، وقت الدخول: 3:30 صباحاً.

(4) ماجه: سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، دت، دن، كتاب الحدود، باب إقامة الحدود، رقم الحديث (2538)، ص751.

القانون الدولي وتوفر الشروط اللازمة لاعتبارها مصدراً للقانون الداخلي فإنها تسري في مواجهة جميع الأطراف، وتلتزم المحاكم الوطنية بتطبيق أحكامها، ولكن قبل أن يشرع القاضي في تطبيق أحكام المعاهدة الدولية يجب عليه أن يتأكد من توافر الشروط التي نص عليها الدستور، ورقابة القضاء الوطني قد تكون شكلية وقد تكون موضوعية، وهذا ما نبينه تباعاً:

1- الرقابة الشكلية:

وهي التي تقتصر على تأكد القاضي من وجود الإجراءات اللازمة لكي تكون المعاهدة الدولية ملزمة، أي تم التصديق عليها، ونشرها، بالرجوع إلى نصوص الدستور، مما يعكس اتجاه القاضي بضرورة احترام الأوضاع الشكلية والإجرائية المقررة في نصوص الدستور، وأن الخروج على هذه القواعد يصم المعاهدة بعدم الشرعية لمخالفتها القواعد الدستورية⁽¹⁾.

فالمعاهدة قبل تمام التصديق عليها حكمها حكم المشروع البسيط، فالتصديق وحده هو الذي يجعلها ملزمة ويمهد لنشرها وتنفيذها؛ ولذلك جعل الدستور التصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية من شأن الرئيس الأعلى للدولة، وليس من شأن مجلس الوزراء أو وزير الخارجية⁽²⁾.

وإذا ما تم التصديق على المعاهدة الدولية فإنه يتوجب كمرحلة لاحقة نشر المعاهدة؛ لكي تكون لها قوة القانون، فعملية النشر عملية دستورية تالية للتصديق يُدخل المعاهدة في دائرة التنفيذ لإعلام المخاطبين بأحكامها⁽³⁾، وفي حال تقاعس الدولة عن أيهما يصم المعاهدة بعدم المشروعية؛ نظراً لتخلف إجراء قانوني استوجب الدستور القيام به.

2- الرقابة الموضوعية:

وهي تتجاوز إبرام المعاهدة وشكلها إلى مضمون المعاهدة، ومن توافقه أو تعارضه مع الدستور، وتتوقف هذه الرقابة على مكانة المعاهدة الدولية بالنسبة للدستور، وهذا الأمر يختلف من دولة إلى أخرى - كما ذكرنا سابقاً - وعلى القاضي أن يتحقق من مدى ملاءمة نصوص الاتفاقية مع النظام العام في الدولة مسترشداً في ذلك بنصوص الدستور التي تبين الأسس العامة للمجتمع⁽⁴⁾.

ومن الأمور المتصلة بمسألة مشروعية المعاهدة الدولية من الناحية الموضوعية، مسألة تعارض المعاهدة الدولية مع أحكام الشريعة الإسلامية الأمر الذي يقودنا إلى التساؤل عن دور القاضي في حالة التعارض بين معاهدة دولية ونص من نصوص القانون الداخلي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية.

بموجب معظم دساتير الدول الإسلامية تعد الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، ومعنى ذلك عدم إصدار أي قانون أو تشريع يخالف الشريعة الإسلامية في مبادئها العامة، وإلا كان هذا التشريع مشوباً بعيب مخالفة الدستور⁽⁵⁾، فالمعاهدة الدولية تبرم في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية؛ بحيث لا تتجاوز أو تتعدى هذه الأصول؛ بهدف صون المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، أما إذا خرجت المعاهدة الدولية عن الأحكام الكلية أو تعارضت مع مقاصد الشريعة الإسلامية فإنها تعد حينئذٍ معاهدة غير مشروعة وغير دستورية، ولا يتأتى إنفاذ الإلزام بالنسبة لها؛ لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وفي حال عجز القضاء الوطني عن التوفيق بين الأحكام

(1) عوض الترساوي: المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص33.

(2) المرجع السابق، ص36.

(3) سعيد الجدار: دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير قواعد القانون الدولي العام، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دت، 1962م، ص168.

(4) تنص المادة (3/1) من القانون المدني الليبي لسنة 1954م المعدلة بالقانون رقم (6) لسنة 2016م على أنه: "يُعد من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة على نص قطعي أو إجماع أو قياس جلي أو قاعدة فقهية".

(5) سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دت، ص135.

المتعارضة ينبغي عندئذٍ التفرقة بين القانون الداخلي السابق على المعاهدة والقانون اللاحق لها، فطبقاً للقاعدة المعروفة (القانون اللاحق يلغي السابق) فالمعاهدة اللاحقة تلغي القانون السابق عليها، وهو ما سار عليه القضاء المصري⁽¹⁾.

ثانياً- تفسير المعاهدة:

إن مسألة اختصاص القاضي الوطني بتفسير المعاهدات الدولية مرتبط مباشرة بالوظيفة القضائية نفسها، إلا أنه لا يجوز له إجراء تعديل بمناسبة تفسيره لها، ولا يمكنه الإضافة إليها، ولكنه يحاول إزالة الغموض الذي اكتنف النص، فالتفسير هو تحديد معنى النصوص التي جاءت بها المعاهدة وبيان نطاق تطبيقها، إذ تكون المعاهدات غامضة أحياناً فتحتاج إلى تفسير وإيضاح، وتفسيرها ليس دائماً بالأمر اليسير⁽²⁾.

وهناك من يرى ضرورة التمييز بين معاهدات القانون العام ومعاهدات القانون الخاص، فيعتبر الأولى معاهدات تتعلق بالمصالح العامة للدولة، أما الثانية فيعتبرها معاهدات تتعلق بالحقوق والمصالح الخاصة للأفراد، وبالتالي فإنهم يرتبون نتيجة مضمونها أن المحاكم الوطنية تملك حق تفسير معاهدات القانون الخاص فقط، وقد أيدت بعض أحكام القضاء الفرنسي هذا الرأي⁽³⁾.

ولا بد لنا من الإشارة في هذا المقام إلى أن التفسير يأتي بأشكال عديدة غالباً تدرج ضمن أحكام المعاهدة، بمعنى أن تشتمل المعاهدة على بعض النصوص التي تخصص لتفسير أو إيضاح مدلول المصطلحات الواردة في المعاهدة. فمثلاً اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م خصصت تعريفات قانونية لمختلف المصطلحات الواردة في الاتفاقية، بالإضافة إلى تحديد القاعدة العامة في تفسير المعاهدات، أي الأصل الذي يلجأ إليه المفسر من أجل استخلاص معاني الألفاظ التي حررت بها المعاهدة⁽⁴⁾.

يتضح مما سبق أن مسألة منح القضاء اختصاص تفسير المعاهدات الدولية هو من دواعي العمل القضائي، وما تستلزمه طبيعة الدعوى، وبالتالي فإن القاضي يفسر المعاهدة كلما كان ذلك لازماً للفصل في النزاع المعروض عليه وفي حدود اختصاصه.

(1) عطية أبو الخير: نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2003م، ص169.

(2) محمد المجذوب: الوسيط في القانون الدولي العام، الدار الجامعية، 1999م، ص567.

(3) المرجع السابق: ص572.

(4) نصت المادة (32) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدة السنة 1969م على أن:

1- تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطي لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها.

2- بالإضافة إلى نص المعاهدة بما في ذلك الديباجة والملاحق يشمل سياق المعاهدة من أجل التفسير على ما يلي:

أ) أي اتفاق يتعلق بالمعاهدة ويكون قد تم بين الأطراف جميعاً بمناسبة عقدتها.

ب) أي وثيقة صدرت عن طرف أو أكثر بمناسبة المعاهدة وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة لها صلة بالمعاهدة.

3- يؤخذ في الاعتبار إلى جانب سياق المعاهدة ما يلي:

أ) أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو سريان نصوصها.

ب) أي تعامل لاحق في مجال تطبيق المعاهدة يتضمن اتفاق الأطراف على تفسيرها.

ج) أي قاعدة ملاءمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأطراف.

4- يعطي معنى خاص للفظ معين إذا ثبت أن نية الأطراف قد اتجهت إلى ذلك".

الخاتمة

لقد تناولت هذه الدراسة البحث في أثر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على مبدأ سمو المعاهدات الدولية وتوصلنا فيها إلى التالي:

أولاً – النتائج:

- 1- أن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الدوليين وما جرى عليه التعامل الدولي هو إقرار مبدأ سمو المعاهدة الدولية على القانون الداخلي، وأنه في حالة التعارض بين أحكامها فعلى الدولة أن تعدل قانونها الداخلي بما يتفق مع أحكام المعاهدة الدولية وإلا تحملت المسؤولية الدولية.
- 2- إن تحفظ الدول الإسلامية على نصوص معاهدات حقوق الإنسان بعدم مخالفة أحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية – بحسبانها تمثل القيم الأساسية التي تقوم عليها – غير مخالف لموضوع وغرض هذه المعاهدات.
- 3- إن نظام العقوبات في الإسلام لا يتعارض مع حقوق الإنسان الأساسية بل إنه يحافظ عليها من خلال حماية النسيج الاجتماعي والكيان الإنساني الفردي والجماعي.
- 4- إن ولاية القضاء الوطني تمتد عند تطبيق المعاهدة الدولية ونفاذها في المجال الداخلي إلى التأكد من استيفائها لكافة الشروط الإجرائية والموضوعية لصحتها حتى لا تتعارض مع الأسس العامة للدولة.

ثانياً – التوصيات:

من كل ذلك نوصي المشرع الوطني بضرورة تحديد مكانة المعاهدات الدولية بين التشريعات الداخلية صراحة في متن الدستور، ولا يكتفي بالإشارة إلى الضمنية؛ حتى لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية عند تطبيقها، كما ندعو لتهج يدرس الشريعة الإسلامية من منظور أهدافها (المقاصد) ويسعى إلى تحديد الغرض المرجو في أحكامها وهو عادة إما تعزيز (مصلحة) إيجابية أو القضاء على الفساد (مفسدة) أو كلاهما.

وأخيراً فإن ما تضمنته مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية من مثل وقيم تهدف إلى تأكيد حرية وكرامة الإنسان وحقوقه هي الأصل في إيجاد فكرة حقوق الإنسان التي تبناها المجتمع الدولي مما يدعوننا إلى التمسك بها واتخاذها منهجاً تسير عليه كافة التشريعات الداخلية والمواثيق الدولية.

قائمة بأهم المراجع

أولاً – القرآن الكريم

ثانياً – مراجع الفقه الإسلامي:

- عبد القادر عودة، الموسوعة الجنائية العصرية في الفقه الجنائي، الجزء الثاني، دار الشروق، دون تاريخ نشر.
- سيد قطب، في ظلال القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1971م.
- شمس الدين بن قيم الجوزية، زاد المعاد، دار ابن حزم، بيروت، 1999م.
- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، دون سنة نشر ولا تاريخ نشر.

- البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، بدون سنة نشر ولا تاريخ نشر.
- عبد الفتاح العواري، من مقاصد الشريعة الإسلامية، منشور على الرابط: <http://www.azhan.eg>
- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، بيروت، دون تاريخ نشر.

ثالثاً – مراجع الفقه القانوني:

- محمد علوان، القانون الدولي العام، دار وائل للنشر، الطبعة الثالثة، 2007م.
- رياض أبو العطا، القانون الدولي العام، المكتبة الوطنية، عمان، الطبعة الأولى، 2010م.
- سهيل الفتلاوي، القانون الدولي العام في السلم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010م.
- عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011م.
- علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي، صراع أم تكامل، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، دون تاريخ نشر.
- الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
- الشافعي البشير، القانون الدولي العام في السلم والحرب، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ نشر.
- حسين عمر، التدخل في شؤون الدول بذريعة حماية حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005م.
- عبد الأمير النرب، القانون الدولي العام، دار تنسيم للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006م.
- صالح حجازي، نطاق الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة – مصر، دون تاريخ نشر.
- محمد أبو غزالة، خرق المعاهدات الثنائية للقانون الداخلي، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999م.
- محمد مصيلحي، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.
- عوض الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
- سعيد الجدار، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير قواعد القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دون تاريخ نشر.
- سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية، ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.
- عطية أبو الخير، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003م.
- محمد المجذوب، الوسيط في القانون الدولي العام، الدار الجامعية، 1999م.

رابعاً- الرسائل العلمية:

- علي معزوز، الخصوصية الثقافية وعالمية حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ جامعة بومرداس، الجزائر، 2005م.

خامساً- البحوث والمقالات:

- رياض العجلاني، تطور إجراءات النظر في الطلبات الفردية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الثاني، 2012م.
- وائل علام، وضع المعاهدة الدولية في دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون، السنة 28 العدد 59، 2010م.



- سعد العجمي، قواعد القانون الدولي في القانون الوطني، (الكويت نموذجاً)، مجلة الحقوق كلية الحقوق/جامعة الكويت، الكويت، العدد الأول، 2011م.
- سادساً- المواثيق الدولية والدساتير:
 - ميثاق الأمم المتحدة.
 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م.
 - اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م.
 - اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة 1979م.
 - تقرير لجنة القانون الدولي 1996م.
 - الدستور الليبي لسنة 1951م.
 - الإعلان الدستوري الليبي لسنة 1969م.
 - الدستور الجزائري لسنة 1996م.
 - الإعلان الدستوري الليبي لسنة 2011م.
 - مشروع الدستور الليبي لسنة 2017م.
- سابعاً- الموسوعات التشريعية:
 - القانون المدني الليبي لسنة 1954م.
 - قانون علاقات العمل 12 لسنة 2010م.

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في ظل قانون الأسرة الجزائري

The application of the provisions of Islamic law under the Algerian family law

د. هشام ذبيح

أستاذ محاضر قسم "ب" بقسم الحقوق بمعهد العلوم الإقتصادية

المركز الجامعي سي الحواس-بريكة (الجزائر)

hichamdebih@cu-barika.dz

الملخص:

تعالج المداخلة موضوعاً من مواضيع العلاقة الأسرية، كونه يهتم بدراسة قانون الأحوال الشخصية في ظل التشريع الجزائري، والذي يسمى في الجزائر بقانون الأسرة، كونه ينظم كل ما يتعلق بالعلاقة الأسرية ابتداءً من موضوع انعقاد الزواج وآثاره، ثم أحكام الطلاق وآثاره، وستشمل الدراسة البحث عن مدى تطبيق المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتتم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وذلك بالبحث عن المرجعية الفقهية التي اعتمدها المشرع الجزائري في تشريع قانون الأسرة كتجربة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية في القانون الجزائري، وكل هذا في إطار بيان دور أحكام الشريعة الإسلامية في تحقيق الاستقرار الأسري في المجتمع.

الكلمات المفتاحية:

المرجعية الفقهية؛ قانون الأسرة؛ الشريعة الإسلامية؛ القانون الجزائري.

Abstract:

The intervention deals with one of the issues of the family relationship, as it is concerned with studying the personal status law under the Algerian legislation, which is called in Algeria the family law, as it regulates everything related to the family relationship, starting from the issue of the conclusion of marriage and its effects, then the provisions of divorce and its effects, the issue of the legal prosecution, as well as the topic Contracts for donations, then conclude our intervention on the issue of inheritance, and the study will include research on the extent to which the Algerian legislator applies the provisions of Islamic law in the Family Law No. 11/84 amended and completed pursuant to Order 02/05 of February 27, 2005, by searching for the jurisprudential reference adopted by the Algerian legislator in Legislating family law as an experiment to apply the provisions of Islamic law in personal status laws in Algerian law, and all this in the context of clarifying the role of the provisions of Islamic law in achieving family stability in society.

Keywords:

jurisprudential reference; Family law; Islamic law; Algerian law.

مقدمة

منذ ظهور التشريعات، لم تزل قوانين الأحوال الشخصية في جميع دول العالم، تحاط بخصوصية تشريعية، لتعلقها بأديان وثقافات المجتمعات، والأسرة تعد الخلية الأساسية لتكوين بنيان وأساس المجتمع. إلا أن القرن العشرين، بما حمله من توجه نحو العولمة، حتى أصبح العالم قرية صغيرة، ومع تنامي الحركات والتيارات الإقليمية والدولية، وإبرام العديد من الاتفاقيات والمعاهدات والمواثيق، في مختلف أرجاء العالم، والتي تؤسس لمبادئ عالمية توجب على التشريعات الوطنية مراعاتها، مما أثر على القوانين الداخلية للدول، وذلك في بعض بنود هذه الاتفاقيات والمعاهدات التي تمس بمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المرجعية الدينية للدول العربية، مما وضعت الكثير من الإشكالات كان سببا في تعديل بعض قوانين الدول، وهذا يشكل خطرا على الأسرة المسلمة في تشريع الأحوال الشخصية.

وأمام هذه التغييرات الدولية تجاه منظومة الأسرة نحاول من خلال هذه المداخلة بيان المرجعية الفقهية التي اعتمدها التشريع الجزائري لتنظيم أحكام قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ونوضح مدى تأثير الاتفاقيات الدولية والمعاهدات التي صادقت عليها الجزائر في تعديل قانون الأسرة سلبا وإيجابا وعلاقتها بمسألة الثابت والمتغير لأحكام الشريعة الإسلامية في منظومة الأسرة وأثرها على الاستقرار الأسري.

والإشكال المطروح: فيم تتمثل المرجعية الفقهية التي اعتمدها المقنن الجزائري في تشريع قانون الأسرة؟ وما مدى إحاطته بأحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم العلاقة الأسرية على غرار تشريعات الأحوال الشخصية في الدول العربية؟ وما أثر الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المصادق عليها محليا على المرجعية الدينية والهوية الوطنية والموروث الثقافي في المجتمع العربي؟ وسيتم معالجة الإشكالية من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول**المرجعية الفقهية لانعقاد الزواج**

برجعنا لأحكام قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وبالضبط في المادة 222 لوجدنا المرجعية الأساسية لبناء أحكام هذا القانون هو الشريعة الإسلامية حيث جاء فيها (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية)، إلا أنه بالرجوع للشريعة الإسلامية لوجدنا فيها مذاهب فقهية مختلفة، مالكية، وشافعية، وحنفية، وحنابلة، والمعلوم أن هذه المذاهب قد اختلفت في بعض المسائل الفقهية، ومن خلال هذا المبحث والمباحث التي تليه سنكتشف هل المشرع الجزائري اعتمد على مذهب فقهي واحد في التشريع أو أخذ أحكامه من باقي المذاهب الفقهية الأخرى، على غرار التشريعات العربية، مثلما فعل المشرع المغربي باعتماد المذهب المالكي كمذهب وحيد لتشريع المدونة المغربية، وذلك بموجب المادة 400 من المدونة، وكذا التشريع الكويتي في المادة 346، أما التشريع السوري والأردني فقد اعتمدا على الأرجح على المذهب الحنفي في المادة 304 سوري، والمادة 182 أردني.

المطلب الأول

المرجعية الفقهية لموضوع الخطبة والزواج وأثر الاتفاقيات الدولية عليها

أولاً: الخطبة

الخطبة تعد مقدمة من مقدمات الزواج، سيتم توضيح المرجعية الفقهية التي اعتمدها المشرع الجزائري في تشريع أحكامها.

1- تعريف الخطبة:

لغة: حِطْبَةٌ بكسر الخاء طلبها للزواج. ويقال: خطبها إلى أهلها: طلبها للزواج⁽¹⁾.
اصطلاحاً: الخطبة بكسر الخاء، هي إظهار الرجل الرغبة في التزوج بإمرأة يحل له التزوج بها بنفسه أو من ينوب عنه منها أو من ولها، فإذا وافقت هي أو ولها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج، ولا ترقى إلى مرتبة العقد⁽²⁾.
ولقد عرف المشرع الجزائري الخطبة (les fiancailles) في م 5 ق أ بأنها: "الخطبة وعد بالزواج، ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، إلا أن هذا الوعد هو نوع خاص: فهو غير ملزم، ولا بد من استبعاد م 72 من ق المدني التي تجعل الوعد من الناحية القانونية ملزم بإبرام عقد نهائي، في حين أنه ليس من شأن الخطبة الالتزام بإنشاء عقد الزواج، فلا تكون قراءة الفاتحة زواجا، ولا تكون موافقة الفتاة أو ولها على الخطبة مبيحة شيئاً من أغراض الزواج مما تجعل الخطبة نظاماً مستقلاً و متميزاً عن الوعد بالتعاقد.

2- حكم الهدايا عند العدول:

فقها: ذهب الحنفية إلى أن الهدايا يحق استردادها إن كانت موجودة، فإن كانت هالكة فليس له استردادها⁽³⁾، أي يرد منها ما كان قائماً ولم يستهلك، دون النظر إلى المتسبب في العدول عن الخطبة.
- ذهب الشافعية بوجوب رد الهدايا مطلقاً سواء كانت باقية أو هالكة.
- ذهب الحنابلة: لا يحق للواهب أن يرجع في هبته، ولا للمهد أن يرجع في هبته، ومعنى ذلك أن الحنابلة يقولون في حالة الرجوع عن الخطبة، لا يحق للخاطب والمخطوبة استرداد الهدايا، لأنها هبة، والهبة لا يجوز الرجوع فيها لغير الأب⁽⁴⁾.

- ذهب المالكية أنه إذا كان العدول من الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئاً من الهدية، وإن كان العدول من المخطوبة فللخاطب رد جميع ما أهداه؛ فإن تم استهلاكه عليه رد قيمته، وهو الرأي العقلاني؛ لأنه إن كان الخاطب هو العادل فليس من اللائق مضاعفة ألم المخطوبة، ولعل في ترك الهدايا تخفيفاً من ألمها ومصائبها⁽⁵⁾.
قانوناً: وقد سار قانون الأسرة الجزائري على مذهب الإمام مالك من خلال المادة 5 في الفقرتين 4 و 5 ق أ بنصها "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"، وتفصيل ذلك وفق مايلي:

أ- العدول من الخاطب: إذا تراجع الخاطب (الرجل) عن الخطبة، فإنه لا يسترد شيئاً مما أهداه لمخطوبته، وعليه أن يرد للمخطوبة ما أهدته من أشياء لم تستهلك، أو قيمة هذه الأشياء، طالما كان العدول من جانبه⁽⁶⁾.

(1) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004م، ص 243.

(2) محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، دار شهاب، د. م: ج1، ط2، 1994م، ص6.

(3) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج3، ط2، د. ت، ص 153.

(4) ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله التركي، القاهرة، مكتبة الهجر، ج5، ط1، د. ت، ص 621.

(5) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة الحلبي، القاهرة، ج2، د. ط، د. ت، ص 223.

(6) أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، د. ط، 2014م، ص 22.

ب- العدول من المخطوبة: وإذا عدلت المخطوبة عن الخطبة (تراجعت عن خطبتها) ، فعليها أن ترد للخاطب الأشياء التي أهداها إياها إذا كانت لم تستهلك أو ترد قيمتها⁽¹⁾، ولم يتكلم قانون الأسرة الجزائري عن سبب العدول، وإنما تكلم عن المتسبب في العدول، وبالتالي فإذا كان سبب العدول عن الخطبة لسبب لا علاقة للخطيبين فيه فيرجع في حكمه لأقوال الفقهاء لمعرفة الحكم بموجب المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت على الإحالة (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية).

عالج قانون الأسرة موضوع الولاية في الكتاب الأول: (الزواج وإنحلاله) في القسم الثاني: (في الزواج)، في المادة 9 مكرر - 11 - 13، فنحاول أن نبين المرجعية الفقهية التي اعتمدها المشرع الجزائري في مسألة الولاية في الزواج قبل التعديل وبعد التعديل، وكذا البحث عن الدافع الذي جعل المشرع الجزائري يقوم بالتعديل من خلال توضيح أثر الاتفاقيات الدولية في ذلك.

ثانياً: أركان عقد الزواج

عقد الزواج كغيره من العقود، لا بد لوجوده من تحقق أركانه؟، وهو ركن واحد ذكره قانون الأسرة في المادة 9 بركن التراضي.

ركن الرضا: يعتبر عقد الزواج عقداً مدنياً، ولكي ينتج آثاره يجب توافر ركن التراضي بين الزوجين، فلا ينعقد الزواج إلا بوجود طرفين: أحدهما الزوج والآخر الزوجة، على أن تتطابق إرادة كل واحد منهما مع الآخر، وهو ما يعبر عنه في الفقه المالكي بركن الصيغة، والتي يراد بها اللفظ الدال على حصول الزواج⁽²⁾.

لقد وضع المشرع الجزائري لإبرام عقد الزواج ركناً واحداً وهو توفر الرضا المتبادل بين الزوجين، وأخذ المشرع الجزائري هذا الرأي من الأحناف⁽³⁾ الذين وضعوا ركناً واحداً وهو الإيجاب والقبول، ويقصد بالرضا هو كل ما يدل على الإيجاب والقبول بين طرفي العلاقة الزوجية، وهو ما نصت عليه المادة 9 من ق أ بنصها "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 4 ق أ بقولها (الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة)، والباقي جعلها المشرع الجزائري شروطاً، كشرط الأهلية والولي والصدّق والشهود وانعدام الموانع الشرعية وفق المادة 9 مكرر.

-تعريف الصداق:

لغة: الصَّدَقَةُ والصِّدَاقُ والصِّدَاقُ: مَهْرُ الْمَرْأَةِ، وَقَدْ أَصْدَقَ الْمَرْأَةَ جِئْنَ تَزَوَّجَهَا، أَيَّ جَعَلَ لَهَا صَدَاقاً، وَقِيلَ أَصْدَقَهَا أَيَّ سَعَى لَهَا صَدَاقاً⁽⁴⁾.

اصطلاحاً: هو المال الواجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع، إما بالتسمية أو العقد. قانوناً: عرّف قانون الأسرة الصداق في المادة 14 منه هو " ما يدفع نحلة للمرأة من نقود أو غيرها أو من كل ما هو مباح شرعاً"، واعتبره قانون الأسرة في المادة 9 مكرر شرطاً من شروط عقد الزواج، كما يمكن أن يكون الصداق معجلاً أو مؤجلاً، وهو مانصت عليه المادة 15 ق. أ "يحدد الصداق في العقد سواء أكان معجلاً أم مؤجلاً". ولقد نص قانون الأسرة في المادة 9 مكرر ق. أ المضافة بالأمر 02/05 على أن الصداق من شروط عقد الزواج، كما قررت المادة 15 ق. أ المعدلة بنفس الأمر " وجوب تسمية الصداق في العقد سواء أكان معجلاً أم مؤجلاً"⁽⁵⁾، وهو رأي مخالف للمالكية الذين قالوا أنه ركن في عقد الزواج.

(1) المرجع والموضع نفسه.

(2) طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2009م، ص 22.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، لبنان، ج3، ط2، د. ت، ص 87.

(4) محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج10، طبعة 1994م، ص 2420.

(5) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 205.

-الجزاء المترتب على تخلف شرط الصداق: إذا تخلف الصداق في عقد الزواج فسخ قبل الدخول، أما إذا تم الدخول فتستحق الزوجة مهر المثل، وبذلك أخذ المشرع برأي المالكية في ذلك، ويتضح من خلال م33 ق أ "إذا تم الزواج دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". وبالتالي إذا تم الزواج بدون شروط فلا بد من فسخ الزواج قبل الدخول، فإذا تم الزواج دون ولي فهذا الزواج لا بد أن يفسخ وجوباً، ونفس الشيء بالنسبة لفقدان شرط الشهود.

- مقدار الصداق:

اتفق الفقهاء المسلمون على أن لا حد أعلى للصداق لقوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً﴾ [سورة النساء، الآية 20] في حين أنهم لم يتفقوا على الحد الأدنى للصداق فالمالكية ترى الحد الأدنى للصداق هو ربع دينار (1.25 غ ذهب) أما الحنفية فجعلوه عشرة دراهم أما الحنابلة والشافعية فيرون بأنه لا حد أدنى للمهر، ومن المتفق عليه بين الفقهاء على أنه لا ينبغي المغالاة في المهور لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : «إِنَّ أَعْظَمَ النِّكَاحِ بَرَكَهٌ أَيْسَرُهُ مَوْوَنَةً» وقوله «إلتمس ولو خاتماً من حديد». أما المشرع الجزائري فلم يحدد لا الحد الأدنى ولا الأعلى للصداق أخذاً في ذلك بما ذهب إليه كل من المذهب الشافعي والحنبلي، وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري كان منطقياً جداً لتماشيه مع جميع طبقات المجتمع الغني والفقير.

-حالات استحقاق الصداق:

من خلال قراءة الفقرة الثانية من المادة 15 والمادة 16 يتضح أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية والشافعية في كون أن للصداق ثلاث حالات:

1- حالة استحقاق كامل الصداق: أ- الدخول: إذا دخل الرجل بزوجه ووطئها فلها المهر كله إذا طلقها⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 16 ق أ وذلك بعد إبرام عقد الزواج صحيحاً ثم يتم الدخول بالزوجة، وفي هذه الحالة المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي.

ب- الوفاة: وفقاً لنص المادة 16 ق أ المشرع الجزائري أعطى للزوجة استحقاق كامل الصداق بالوفاة، وبعد العقد عليها سواء دخل بها أم لم يدخل بها.

2- استحقاق نصف الصداق: إذ وقع الطلاق قبل الوطء لزم نصف المهر المسمى⁽²⁾، إذ نص المشرع الجزائري على حالة استحقاق الزوجة لنصف الصداق في نص المادة 16 ق أ وهو في حالة الطلاق قبل الدخول والطلاق سواء كان الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة.

3- استحقاق صداق المثل: تناولها المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 15 والمادة 33 من قانون الأسرة وهي حالة واحدة إذا تم الزواج دون ذكر الصداق وتحديده أو تسميته ثم تم الدخول فهنا تستحق الزوجة صداق المثل دون أن يحدد المشرع ما هو صداق المثل وماهي معايير تحديده.

-المحرمات بسبب الرضاع: المحرمات بسبب الرضاع من موانع الزواج التي اشترطها قانون الأسرة في شروط إبرام عقد الزواج في المادة 9 مكرر، وقد ذكر القرآن الكريم النساء المحرمة بالرضاع في سورة النساء الآية 23، ولقد حدد المشرع الجزائري أحكام المحرمات بسبب الرضاعة في المواد 27-28-29 من قانون الأسرة.

-شروط التحريم بالرضاع:

1-فقها: اختلف الفقهاء في بعض شروط ثبوت الحرمة بالرضاع ونوجزها فيما يلي:

(1) عمر سليمان عبد الله الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. دارالنفائس، الأردن، ط4، 2012م، ص 266.
(2) المرجع نفسه، ص 271.

-عند الشافعية والحنابلة: وتثبت حرمة الرضاع في ثلاثة شروط⁽¹⁾:

- أ- أن يكون الرضيع دون الحولين، فإن بلغهما وشرب بعدهما لم يثبت التحريم.
 - ب- أن ترضعه خمسة رضعات، بشرط كونها متفرقات عند الشافعية، وبعدم اشتراط ذلك عند الحنابلة، فلو أرضعته أربع مرات في الحولين، والخامسة بعدها، فلا تحريم.
 - ج- أن يصل اللبن في كل من الخمسة إلى جوف الرضيع، فلو لم يصل إليه لم يثبت التحريم، ولو شك في رضيع: هل رضع خمساً أو أقل، أو الحولين أو بعدهما فلا تحريم.
- ثبوت حرمة الرضاع عند المالكية: وتثبت حرمة الرضاع عند المالكية برضعة واحدة، وصلت في جوفه، في حولين وشهرين قبل استغنائه عن الرضاع.

-ثبوت حرمة الرضاع عند أبي حنيفة: وعند أبي حنيفة برضعة واحدة أيضاً، واصله إلى جوفه، في حولين ونصف⁽²⁾.

2- في قانون الأسرة الجزائري: ومن الشروط التي يجب أن تتوافر في الرضاع حتى يحرم الزواج به وهي كما يلي:

- 1- يجب أن يكون الرضاع في مدة الحولين أو قبل الفطام وفق م 29 ق أ.
- 2- لا يؤخذ بعين الاعتبار كمية اللبن سواء كان قليلاً أو كثيراً فهي وفقاً لنص المادة 29 من قانون الأسرة تحرم الزواج أخذاً في ذلك بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي الذين لا يميزان بين مقدار اللبن الكثير والقليل، والأصناف المحرمة رضاعاً جاءت محددة وفقاً لنص المادة 27 من قانون الأسرة التي جاءت مطابقة تماماً للحديث النبوي الشريف حيث قال الرسول -صلى الله عليه وسلم-: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ولقد خالف المشرع الجزائري جمهور الفقهاء وأخذ بالمذهب الحنبلي الذي قصر محرمات الرضاع على محرمات النسب ويمكن تحديد الأصناف المحرمة رضاعاً كما يأتي:

الأم بالرضاع مهما علت، الفروع رضاعاً، الأخت رضاعاً، بنت الأخت رضاعاً، بنت الاخ رضاعاً، الخالة رضاعاً، العمه رضاعاً، أم الأخت من الرضاع، أخت الابن أو البنت من الرضاع.

ثالثاً: تعريف الولاية لغة وشرعاً

أ- الولاية لغة:

- الولاية بفتح الواو وكسررها مصدر يقال ولي عليه ولاية: إذا أمكن أمره وقام به، ومن معاني الولي أيضاً: النصير⁽³⁾.
- ب- الولاية شرعاً: سلطة شريعة أو حق شرعي تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف هو أو يخص من في ولايته ممن عليه سلطة مستمدة من الشارع أو مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة.

-الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

يتضح منق قانون الأسرة في التعامل مع عنصر الولي كما يلي:

-الطبيعة القانونية للولاية في الزواج: نميز بين حالتين:

أ-قبل التعديل: في القانون رقم 11/84 جعل المشرع الجزائري الولاية ركناً في عقد الزواج من خلال م 9 ق أ.

ب-بعد التعديل: نجد أن المشرع الجزائري قد قلل من أهمية الولي فنزل به من الركن إلى الشرط وجعل الولي شرطاً من شروط عقد الزواج في م 9 مكرر، كما أن قبل التعديل نصت المادة 9 "يتولى زواج المرأة ولها" أي دور الولي قبل التعديل كان إيجابياً، أما بعد التعديل أصبح دوره شكلياً فقط يتمثل في حضوره مجلس العقد بنص المادة "تعقد

(1) أبي العباس أحمد بن عمر الديري الشافعي، أحكام الزواج على المذاهب الأربعة، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2007م، ص 23.

(2) المرجع نفسه، ص 24.

(3) عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعية، جامعة برج باجي مختار، عنابة، الجزائر، د. ط، دبت، ص 2006.

المرأة الراشدة زواجها بحضور ولها" وبذلك نجد أن المشرع الجزائري قد قلل من المقصد الشرعي الذي وضع من أجله الولي وهو اختيار الرجل الصالح لمولاته.

2- من حيث مباشرة العقد: ميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصرة، حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها وهو ما نصت عليه م1/11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور ولها.."، أما بالنسبة للقاصر فإن الولي هو الذي يباشر العقد، وهو ما نصت عليه م2/11 "...يتولى زواج القَصْرَ أولياؤهم".

3- من حيث تحديد الأولياء وترتيبهم: يميز قانون الأسرة بين المرأة الراشدة والقاصرة، فبالنسبة للراشدة ليس هناك ترتيب للأولياء وهو ما ورد في م1/11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور ولها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" ومن ثمة فلها أن تختار من تشاء أن يكون ولياً، وهو ما يعاب على المشرع الجزائري بعد التعديل فكيف يعقل أن تتخلى المرأة عن أقاربها، وتأتي برجل من الشارع فيتولى زواجها، وهذا لم يقله أحد من سلف الأمة ولا من خلفها.

ففقهاء المالكية قالوا للأقارب؛ فإن لم يوجد فللحاكم، ثم لعامة المسلمين، كما أن المشرع كان قبل التعديل أفضل بكثير حيث قصر الولاية على الأب أو أحد الأقارب؛ فإن لم يوجد فالقاضي ولي من لا ولي له، كما استعمل المشرع في م 11 قبل تعديلها حرف الفاء الذي يفيد الترتيب، أما بعد التعديل استعمل حرف العطف "أو" التي تفيد التخيير لا الترتيب، وبذلك نجد أن المشرع الجزائري استغنى عن الترتيب الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.

أما القاصرة فقد حدد القانون الأولياء في م2/11 بنصها "...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

-أسباب تعديل مواد الولي في الزواج:

1- من أهم أسباب تعديل قانون الأسرة ككل هو ما صدر عن الدولة الجزائرية⁽¹⁾ عن اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها 32 أيام 10-28 كانون الثاني/يناير 2005، في حدود 49 تعليمة تصب كلها على تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وبعد موضوع الولي من أهم مواضيع التعديل التي ركز عليها التشريع، حيث جاء في البند 7 من تقرير اللجنة حيث جاء فيه عن الممثل لها(الفقرة7- وأضاف أنه أصبح من الضروري إدخال تعديلات على قانون الأسرة نظراً للتحويلات التي طرأت في المجتمع، وللتصديق على اتفاقيات دولية منها وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وفي 8 آذار/ مارس 2004، طلب رئيس الجمهورية من الحكومة اتخاذ إجراءات لمواءمة التشريعات الوطنية مع تطور القانون الدولي، وإعادة النظر في وجهة التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الإتفاقية)، مما يتضح أن الجزائر قد تراجعت عن بعض التحفظات التي أبدتها في بادئ الأمر حول الاتفاقية مما أدى بصفة مباشرة بتعديل مسائل كثيرة.

المطلب الثاني

المرجعية الفقهية لمسألة الطاعة الزوجية وإرضاع الولد وأثر الاتفاقيات الدولية عليها

بالرجوع لطيات مواد قانون الأسرة قبل التعديل لوجدنا موضوع الطاعة الزوجية منصوص عليه بموجب الفقرة الأولى للمادة 39 وإرضاع الولد منصوص عليه بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة لكن بعد

(1) تقرير اللجنة الدوري الثاني للجزائر (CEDAZ/C/DZA/2/667 و668)، في جلستها 667 و668 المعقودتين في 11 كانون الثاني/يناير 2005م،

التعديل ألغاه المشرع مطلقاً، فما هي الأسباب والتداعيات التي دفعت بالمشرع الجزائري يلغي مواداً قانونية تحقق الاستقرار الأسري، وتتماشى مع عاداتنا وموروثنا الثقافي والذي كان عليه بالأولى أن يحرص على تطبيقها وليس إلغائها، وسنوضح هذا أدناه:

الفرع الأول: حق القوامة والطاعة الزوجية

أ- المقصود بالطاعة الزوجية: يقصد بحق الطاعة أن تكون في حدود ما شرع الله، وليست الطاعة العمياء، " فالطاعة هو التزام على الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة له على عقد الزواج، فتتقيد بملازمة وعدم الخروج منه إلا بإذن زوجها، وتبادر إلى فراشه إذا طلبها إن لم تكن ذات عذر شرعي، وأن تصون نفسها من كل ما يشينها ويلحق ضرراً بالزوج، سواء أكان في نسبه أم في شرفه وأن تحافظ على أمواله"⁽¹⁾.

ب- أدلة مشروعية الطاعة:

لقد ورد في السنة الأحاديث الكثيرة التي تحث على طاعة الزوجة زوجها منها:

1- حديث أبي هريرة، قال: قيل لرسول الله: أي النساء خير؟ قال: «الَّتِي تَسْرُهُ إِذَا نَظَرَ، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَ، وَلَا تُخَالِفُهُ فِي نَفْسِهَا وَمَالِهَا بِمَا يَكْرَهُ»⁽²⁾.

2- حديث معاذ بن جبل: أنه لما رجع من اليمن، قال: يا رسول الله، رأيت رجالاً باليمن يسجد بعضهم لبعض، أفلا نسجد لك؟ قال: «لَوْ كُنْتُ أَمِراً بَشَرًا يَسْجُدُ لِبَشَرٍ، لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا»⁽³⁾.

4- قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا صَلَّتِ الْمَرْأَةُ حَمْسَهَا، وَصَامَتْ شَهْرَهَا، وَحَفِظَتْ فَرْجَهَا، وَأَطَاعَتْ زَوْجَهَا قِيلَ لَهَا: ادْخُلِي الْجَنَّةَ مِنْ أَيِّ أَبْوَابِ الْجَنَّةِ شِئْتَ»⁽⁴⁾.

ج - نطاق الطاعة:

إن طاعة الزوجة لزوجها، وإن كان حقاً له إلا أنه ليس حقاً مطلقاً، بل هو نسبي ومقيد بحدود، فانطلاقاً من القاعدة الشرعية "لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق" يجب على الزوجة أن تطيع الزوج فيما هو مشروع، أي في غير ما نهى الله عنه، بمعنى أنه إذا أمرها بمعصية فلا تطيعه كأن يأمرها بتترك الصلاة أو بفعل المحرمات...، أما إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها فيما هو مشروع، فإنها تعتبر ناشزاً لإخلالها بواجب طاعة زوجها دون حق وهو الأثر المترتب عن إخلال الزوجة بهذا الالتزام⁽⁵⁾.

د - الطاعة قانوناً:

ألغى قانون الأسرة المادة 39 التي تنص على الطاعة والتي جاء فيها: " يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة" وحاول استبدالها بالمادة 36 ووضع عبارات "المعايشة بالمعروف وتبادل الاحترام والتشاور..."، وكأنه بهذا يستعي من عبارة " الطاعة " المنصوص شرعاً في نصوص كثيرة من الكتاب والسنة أو يحملها على غير محلها، ويرى فيها انتقاصاً من قيمة المرأة وحرمتها وما ينبغي أن تكون عليه من مساواة أمام زوجها، تحت ضغط وتأثير موجات كثيرة عالمية ومحلية تنعى منحنى التحرر الكامل داخل الأسرة، والمساواة المطلقة بين الطرفين في الحقوق والواجبات، وإساءة فهم معنى الطاعة والقوامة المطلوبة شرعاً، والتي تنظر إلى الأسرة إلى أنها مؤسسة من مؤسسات المجتمع وخليقة أساسية فيه لا بد فيها من رئاسة تدير أمورها يقوم بها الطرف الذي يمثل دور الحماية والرعاية

(1) معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، لا. ن، مصر، ج1، ط4، 1984م، ص 620.
(2) أخرجه: أحمد بن شعيب بن علي النسائي ت 303هـ، المجتبى من السنن، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، باب أي النساء خير، ج6، ط2، حلب سوريا، 1986م، ص 68، حديث رقم 3231.
(3) أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، باب حديث معاذ بن جبل، ج32، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001م، ص 312، حديث رقم 21986.
(4) أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، باب مسند عبد الرحمن بن عوف الزهري، ج3، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001م، ص 199، حديث رقم 1661.
(5) سويسي فتحة، المرجع السابق، ص 6.

والذود دون الإخلال بعنصر الاحترام والتشاور وتبادل الرأي مع الطرف الآخر.

ولا تعني هذه الطاعة أبداً الاستبداد بالرأي أو أن تذوب شخصية الزوجة في شخصية زوجها كما تحاول فهم ذلك كثير من التيارات التغريبية في البلاد العربية لتكون النتيجة في النهاية هي انهيار الأخلاق التي هي مقصد رئيسي والذي ينبغي أن تبنى على أساسه الأسر⁽¹⁾.

يرتب الشرع الإسلامي بمقتضى عقد الزواج حقوقاً للزوجين، وحقوقاً للزوج على زوجته، وحقوقاً للزوجة على زوجها.

وفي الجملة أو ما يفيد الزواج هو حل المساكنة بين الزوجين وربط المودة بينهما⁽²⁾.

وقد أشار القرآن الكريم لهذا المبدأ وثبوت الحقوق والواجبات، فقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَمَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽³⁾ [سورة البقرة 228] أي أن للنساء من الحقوق على الرجال مثل ما للرجال على النساء من واجبات، وأساس تزويج تلك الحقوق والواجبات مبدأ العدالة والعرف والفترة ومع كل من الطرفين بالنسبة للعلاقة الزوجية⁽⁴⁾.

فناطق طاعة الزوجة لزوجها وإن كان حقاً له إلا أنه ليس حقاً مطلقاً بل هو نسبي ومقيد بحدود، فانطلاقاً من القاعدة الشرعية "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، يجب على الزوجة أن تطيع الزوج فيما هو مشروع أي في غير ما نهى الله عنه، بمعنى أنه إذا أمرها بمعصية فلا تطيعه، كأن يأمرها بترك الصلاة أو بفعل المحرمات. أما إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها فيما هو مشروع، فإنها تعتبر ناشزاً لإخلالها بواجب طاعة زوجها دون حق، وهو الأثر المترتب عن إخلال الزوجة بهذا الالتزام⁽⁵⁾.

المطلب الثاني

حق إرضاع الأولاد

-موقف الفقه من مسألة حق الرضاعة:

-موقف الحنفية: قالوا بأن حق الرضاع مطالب به ديانة لا قضاء، أي أنها تأثم فيما بينها وبين الله إذا تركت إرضاع ولدها من غير عذر ومسوخ لذلك، ولا يجبرها القاضي على الإرضاع؛ لأن نظر القضاء يتجه إلى وجوب النفقة أو عدم وجوبها، والنفقة بالإتفاق على الأب والإرضاع منها، ولا تجبر الأم على إرضاع ولدها قضاء إلا في حالة الضرورة، بأن كان الولد لا يلحم إلا ثديها، أو لم توجد مرضع سواها، أو كان الأب والولد في عسرة لا يستطيعان دفع أجرة لظئير ترضعه، ففي هذه الأحوال تجبر الأم قضاء عند الحنفية على الإرضاع؛ لأنها إن لم تجبر تعرض الولد للهلاك⁽⁶⁾.

-موقف المالكية: وقال مالك: إن الأم تجبر على إرضاع ولدها، إلا إذا كان من طبقة نساءها لا يرضعن أولادهن بأنفسهن، وبذلك يتلاقى الوجوب الديني مع الوجوب القضائي في الجملة عند الإمام مالك، ولا يتلاقيان في الجملة عند أبي حنيفة⁽⁷⁾.

(1) مداخلة: للدكتور غرابي أحمد، بعنوان إشكالية النصوص الملغاة في قانون الأسرة، في ملتقى وطني حول: التشريع والأسرة في الجزائر واقع وآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، بقاعة المحاضرات مجيد علاهم، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، يوم 2014/11/11م، بتوقيت 12:30 دقيقة.

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 162.

(3) سورة البقرة، الآية 228.

(4) عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1428هـ/2007م، ص175.

(5) ذبيح هشام، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حمه لخضر بالوادي، الجزائر، 2015/2014م، ص138.

(6) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د. م، ط3، 1958، ص 402.

(7) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 403.

وإذا أرضعت الأم ولدها ليس لها أجره على ذلك، وإذا كانت الزوجية قائمة بينها وبين أبيه، أو كانت معتدة من طلاق رجعي من الأب وتجب لها الأجرة قطعاً إذا كانت أجنبية الأب.

-موقف الشافعية: قالوا إن الإرضاع لا يحتم على الأم، أي أن الأم ليست ملزمة بإرضاع الولد⁽¹⁾.

-موقف الحنابلة: رضاع الولد على الأب وجده، وليس له إجبار أمه على رضاعه دينية كانت أو شريفة، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة⁽²⁾.

-حق إرضاع الولد قانوناً:

أما فيما يتعلق بإرضاع الأولاد فإن نفس المادة 39 الملغاة ذكر فيها إرضاع الأولاد عند الاستطاعة بعد أن كان مكرساً في قانون 11-84 حيث جاء في الفقرة الثانية منها (...إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم...) والذي أكدت عليه نصوص كثيرة في الشريعة الإسلامية وعلى رأسها قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمُؤَلِّودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [سورة البقرة، الآية 233].

وهذا ألغى المشرع واجب الرضاعة عندما ألغى نص المادة 39 من القانون رقم 11-84 وهذا بالرغم من حملات التوعية التي قامت بها الدولة الجزائرية عن طريق وزارة الصحة إظهاراً وإبرازاً لفوائد حليب الأم الكثيرة⁽³⁾.

والمرأة حال الرضاع والولادة إما تكون حال زوجية قائمة وإما تكون مطلقة، فإن كانت حال زوجية فإن العرف والقانون يلزمها بإرضاع طفلها دون أجر، وهذا سواء كانت زوجيتها قائمة أو كانت في عدتها من طلاق رجعي⁽⁴⁾.

ولا يوجد تفسير لهذا الإلغاء في اعتقادي بتبريج مصلحة الأم عن مصلحة الطفل رغم كون المشرع في مواد الحضانة إن لم نقل كلها على وجوب مراعاة مصلحة المحضون، ومصلحة المحضون من إلغاء المادة 39 لم يعد موجوداً على اعتبار أن الإرضاع من أولى مصالح المحضون التي يحتاج إليها في بداية نشأته.

وبالنظر للمرجعية الفقهية لحق الرضاعة سابقة الذكر لوجدنا أن المشرع في قانون 11/84 قبل التعديل أخذ برأي المالكي الذي قال بلزوم الرضاعة، إذا أن المشرع جعل من واجبات الزوجة تجاه زوجها إرضاع أولاده دون أجر يذكر، لكن بعد التعديل قد ألغى هذا الحق مطلقاً، مما تبين أنه انتقل من المذهب المالكي في رأيه إلى المذهب الحنفي.

لكن ما هي الأسباب والتداعيات التي جعلت بالمشرع يلغى هذا الحق مع أنه أقره الشرع؛ وأخذ به مذهب فقهي يُعمل به في الجزائر كمذهب أول وتأخذ به الإدارة الوصية المتمثلة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، ولماذا المشرع الجزائري يلغى حكماً يحصل به الاستقرار الأسري، ولا يشكل أي خطر بوجوده في الأسرة الجزائرية، بل ويتوافق مع عادات وتقاليد والموروث الثقافي للأسرة الجزائرية منذ القديم؟.

لعل الإجابة نجدتها بالبحث في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، والتي تنادي بحرية المرأة المطلقة، والتي أصبحت تشكل خطراً على الأسرة الجزائرية، وعلى الهوية الوطنية والموروث الثقافي، فهذه الاتفاقيات تم وضعها من طرف دول لا تمت للإسلام بصلة، بمعنى وضعت خارج النطاق الديني واحترام المرجعية الدينية للدول، بل المنادات بالمساواة المطلقة مهما كان الثمن، وهذا الذي تعاني منه جل التشريعات العربية في مجال الأحوال الشخصية، نتيجة ما يسمى بحقوق الإنسان.

(1) أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار طيبة، الرياض، ج 12، ط1، 2005م، ص 260.

(2) أبو محمد بن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، السعودية، ط1، 1997م، ص 430.

(3) سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 92.

(4) غرابي أحمد، مداخلة بعنوان "إشكالية النصوص الملغاة في قانون الأسرة"، المرجع السابق، ص 14.

المطلب الثالث

المرجعية الفقهية لمسألة سن الزواج وأثر الاتفاقيات الدولية عليها

أ- موقف الفقه الإسلامي: لم يحدد الفقهاء القدامى بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به تحديد سن الزواج، وإنما حددوا علامات توجد في الفتى كالاختلام، والفتاة كالحيض، ورغم هذا قدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكر والأثني، وقال المالكية إلى نهاية ثمانية عشر عاماً في الفتى والفتاة، وقال الحنفية الثامن عشر للذكر والسابع عشر للأثني.

ب- أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

1- الأصل في أهلية الزواج: نعني بأهلية الزواج هي صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، وقد كانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة محدد بسن 21 سنة للرجل و18 للمرأة، وأمام الانتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص القانوني وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين وقد حددته المادة 7ق أ وهو 19 سنة بنصها "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة .."، وهو في ذات الوقت سن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة 40 ق المدني.

-أسباب تعديل سن الزواج:

هو تأثر التشريع الجزائري بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها، رغم التحفظات التي أبدتها إلا أنه قد أعلن رئيس الجمهورية إعادة النظر في هذه التحفظات، حيث جاء في قرار اجتماع اللجنة في الفقرة 9 "9-...ومن المنتظر مراجعة قانون الأسرة، وقانون الجنسية ستمكن من رفع عدد هام من التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية، وترمي التعديلات إلى توحيد سن الزواج الذي تقرر في حدود 19 سنة.

وقد تأثر التعديل الأخير لقانون الأسرة فيما يتعلق بسن الزواج، وتم المساواة بين الرجل والمرأة في سن الزواج ب 19 سنة، لمواكبة ما تدعو إليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حيث نصت المادة 16 الفقرة 2 منه "لا تترتب آثار قانونية على الخطبة وزواج الأطفال وتتخذ كل التدابير الضرورية بما في ذلك الأحكام الشرعية من أجل تحديد سن أدنى للزواج، وفرض تسجيل الزواج في سجل رسمي"، وقد أقرت لجنة إلغاء التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21 بمناسبة دورتها 13 عام 1994، أن السن الأدنى للزواج يجب أن يكون 18 سنة لكل من الرجل والمرأة.

المبحث الثاني

المرجعية الفقهية لأحكام الطلاق

أولاً: الطلاق لغة

جاء في لسان العرب: "طَلَّقْتُ البلاد: فارقتها. طَلَّقْتُ القوم: تركتهم، والطلاق من الإبل: التي طُلِّقَتْ في المرعى وقيل: هي التي لا قيد عليها. وطلاق النساء هو حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال. ويقال للإنسان إذا أُعْتِقَ: طليق أي صار حراً. ويعبر طلق: بغير قيد. والطلاق: الأسراء العتقاء"⁽¹⁾.

لكن العرف خصَّ الطلاق بحل القيد المعنوي وهو الطلاق في المرأة، والإطلاق في حل القيد الحسي في غير المرأة. وحل القيد سواء أكان حسياً، كقيد الفرس وقيد الأسير أم معنوياً كقيد النكاح وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين⁽²⁾.

ثانياً: الطلاق في الاصطلاح الشرعي.

(1) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط1، 2005م، ص2404-2405.
(2) رفيق محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافتراق في فقه الطلاق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 11، 2011م، ص28.

أ- الطلاق في اصطلاح الفقهاء: عرف الفقهاء الطلاق بعدة تعريفات متقاربة منها:

- 1- تعريف الحنفية " رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص"⁽¹⁾.
- 2- تعريف المالكية " صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه"⁽²⁾.
- 3- تعريف الشافعية: " حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"⁽³⁾.
- 4- تعريف الحنابلة: " حل قيد النكاح"⁽⁴⁾.

ب- الترتيب بين التعريفات: يلاحظ في التعريفات السابقة أنها متفقة جميعاً على أن الطلاق " رفع قيد النكاح وحله" لكن أدق هذه التعريفات، هو تعريف الحنفية القائل بأن الطلاق هو: " رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص"⁽⁵⁾، لأنه تعريف جامع مانع، ويكون جامعاً لأنواع الطلاق؛ رجعي وبائن، ومانع فلا يدخل فيه الفسخ لاشتراطه ألفاظاً مخصوصة، والفسخ لا يحتاج إلى لفظ مخصوص.

-تعريف الطلاق قانوناً:

المشرع الجزائري وفي الوقت الذي أَلْفَ ترك التعاريف القانونية للفقهاء للخوض فيها لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 84-11، وأعطى معنى للطلاق، إذ نصَّ صراحة على أن: "الطلاق حل عقد الزواج..."، فقد وضح أن الطلاق وسيلة يحل بها عقد الزواج وهذا التعريف قريب لتعريف الحنابلة الذين عرّفوا الطلاق بأنه حل عقد النكاح، ثم بيّن المشرع بعدها الأنواع التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أورده المادتان 53، 54 من نفس القانون⁽⁶⁾. غير أن التعديل الصادر في 27 فبراير 2005 وفي نفس المادة تراجع المشرع الجزائري عما قام به في السابق، وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى بالقول: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق...".

-مرجعية الطلاق القانوني في الفقه الاسلامي:

الطلاق نص عليه قانون الأسرة في المادة 47 على عدة أنواع حيث نصت: (يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو برضا الزوجين أو بطلب من الزوجة)، ونجد أن قانون الأسرة استمد أحكامه من الأدلة الشرعية التالية:

1-الطلاق بإرادة الزوج:

حديث قيس بن زيد: أن النبي طلق حفصة بنت عمر، فدخل عليها خالها قدامة وعثمان ابنا مظعون، فبكت وقالت: والله ما طلقني عن سبع، وجاء النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: « قَالَ لِي جِبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: رَاجِعْ حَفْصَةَ فَإِنَّهَا صَوَامَةٌ قَوَامَةٌ وَإِنَّهَا رُؤُوسُكَ فِي الْجَنَّةِ »⁽⁷⁾.

2-الطلاق برضا الزوجين: وهو الطلاق الذي يقع فيه اتفاق بين طرفين، العلاقة الزوجية بأكملها، بعدما حاولا مرارا وتكرارا بأن يبديا قصار جهدها في حل مشاكلهما الزوجية لكن دون جدوى، فيتجهن للمحكمة للمطالبة بفك الرابط الزوجية بالتراضي، ولا تعويض فيه.

3-الطلاق بطلب من الزوجة: والطلاق بطلب من الزوجة على نوعين: التطليق والخلع.

(1) محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت، دار الكتب العلمية، ج3، ط1، 1994م، ص 424.

(2) محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ط1، 1995م، ص268.

(3) محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج1، لا. ط، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د. ت، ص148.

(4) علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، ج8، ط1، 1998م، ص 429.

(5) جميل فخري محمد جاتم، متعة الطلاق وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد، عمان، ط1، 2009م، ص 19.

(6) باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، لا. ط، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2012م، ص 11-12. بتصرف.

(7) أخرجه: الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد ت 405هـ، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق: مصطفی عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، ط1، 1990م، ص 16، حديث رقم 6753.

أولاً: التطلاق:

التطلاق لغةً؛ أصل كلمة "تطلاق" يعود إلى طلق تطلقاً، أي طَلقتِ المرأةُ زَوْجَهَا، وتطلقُها مِنْهُ، بمعنى خَلَّأها من قيد الزواج، وتطلقُ الرجل من قومه يعنى تركهم ومُفَارَقَتُهُمْ⁽¹⁾.

رابعاً: التطلاق اصطلاحاً؛ هو منح الزوجة حق طلب الفرقة من زوجها بناءً على إرادتها المنفردة واستناداً إلى القانون⁽²⁾، عن طريق القضاء، أو يمكن القول أيضاً أنه فك الرابطة الزوجية بناءً على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية⁽³⁾.

-من القرآن الكريم:كقوله تعالى﴿... وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتُدُوا...﴾[سورة البقرة، الآية 231]

وقال الله تعالى:﴿وَأِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾[سورة النساء، الآية 130]

-من السنة النبوية: قال رسول الله: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ»⁽⁴⁾، وهذا الحديث يدل على جواز مطالبة الزوجة فك الرابطة الزوجية متى دعت الحاجة إليه.

-الخلع: نصت عليه المادة 54 ق.أ(يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع زوجها بمقابل مالي...)، لكن المشرع الملاحظ قبل التعديل كان الخلع يقع باتفاق بين الطرفين، لكن بعد التعديل ونتيجة لتأثير المشرع باتفاقيات حرية المرأة أعطى الحرية المطلقة للزوجة بأن تخالع زوجها، ونص صراحة دون موافقة الزوج، بل المشرع لا ينظر حتى إلى السبب الذي دعا الزوجة لمطالبتها بالخلع، في حين أن الشريعة الإسلامية اشترطت أن يكون هناك مسوغ شرعي وضرر، كأن يكون ضرراً نفسياً دعت بالمرأة المطالبة بفك الرابطة الزوجية من زوجها كما هو في الحديث أدناه، وبعد 2005 لتعديل هذه المادة وغيرها زاد من حالات فك الرابطة الزوجية في المجتمع الجزائري بشكل رهيب، وما سببه إلا أنه قد فتح باب الخلع دون ضوابط تحكمه وتردع النساء المتعسفات في خلعهن.

-مرجعية الخلع في القرآن الكريم:

-عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ، قَالَ: كَانَتْ حَبِيبَةُ ابْنَةُ سَهْلِ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شَمَّاسِ الْأَنْصَارِيِّ فَكَرِهَتْهُ، وَكَانَ رَجُلًا دَمِيمًا، فَجَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: «يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي لَا أَرَاهُ فَلَوْلَا مَخَافَةُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَبَرَقْتُ فِي وَجْهِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حِدِيقَتَهُ الَّتِي أَصَدَقْتُكَ؟ " قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ فَرَدَّتْ عَلَيْهِ حِدِيقَتَهُ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، قَالَ: فَكَانَ ذَلِكَ أَوَّلَ خُلْعٍ كَانَ فِي الْإِسْلَامِ»⁽⁵⁾.

-أسباب التعديل في الطلاق:

هو تأثير التشريع الجزائري بالاتفاقيات الدولية التي صادق عليها أيضا، رغم التحفظات التي أبدتها إلا أنه قد أعلن رئيس الجمهورية إعادة النظر في هذه التحفظات، حيث جاء في قرار اجتماع اللجنة في الفقرة 9... (ومن المنتظر مراجعة قانون الأسرة وقانون الجنسية ستمكن من رفع عدد هام من التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية، وترمي التعديلات إلى....الرضا بالزواج وأحكام الطلاق من أجل حماية أفضل للأطفال).

(1) المنجد الأبجدي، دار المشرق، بيروت، ط 8، د. ت، ص 665.

(2) منصوري نورة، التطلاق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، د. ط، 2012، ص 11.

(3) لو عيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2006، ص 96.

(4) أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، باب من حديث ثوبان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج 37، ط 1، 2001، ص 62، حديث رقم 22379.

(5) أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، باب بقية حديث سهل بن أبي حثمة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج 26، ط 1، 2001، ص 18، حديث رقم 16090.

الخاتمة

أولاً - النتائج:

من خلال ما سبق نصل للنتائج التالية:

-بعد دراستنا للمرجعية الفقهية لأحكام الأسرة من خلال قضايا الزواج والطلاق تبين أن المشرع الجزائري اعتمد في تشريع أحكام قانون الأسرة على الشريعة الإسلامية، وخير ما يثبت ذلك ما نص عليه في المادة 222 من قانون الأسرة (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)، فما هو موجود في قانون الأسرة بجميع أبوابه مستمد من الشريعة الإسلامية، وفي حالة عدم وجود النص بإمكان القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للفصل في القضية محل النزاع.

- الشريعة الإسلامية فيها مذاهب فقهية أربعة مشهورة، مما يثبت أن المشرع الجزائري لم يعتمد على مذهب فقهي معين وإنما أخذ بمذاهب متعددة مالكية وشافعية وحنفية وحنابلة، وهو الذي لاحظنا من خلال هذه الورقة البحثية في قضايا الزواج والطلاق، ولم يفعل بمثل ما فعل نظيره المغربي، والذي اعتمد على مذهب واحد ألا وهو المذهب المالكي، من خلال المادة 400 من المدونة.

-والملاحظ أن المشرع الجزائري قد تأثر ببعض الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، مما أدى إلى تعديل وإلغاء بعض المواد القانونية، والذي سجلناه أن هناك عددا من المواد كان من المفروض أن لا تلغى، كونها تحقق الاستقرار الأسري كالحق في الطاعة، حتى ولو تم تضمين معناها في مادة أخرى فهذا لا يكفي، كما أن تعديل بعض المواد يفترض أن تبقى كونه بها يتحقق الاستقرار الأسري، كموضوع الولي، مع أن الرأي الجديد الذي أخذ به هو رأي الحنفية لكن الرأي الأول قبل التعديل هو رأي الجمهور الذي يحقق تماسك الأسرة في رأينا، وبالتالي على المشرع الجزائري أن يعيد مواد الطاعة والقوامة والرضاع، ويعيد النظر في موضوع الولي فهي أمور تستقر بها الأسرة.

كما أن الملاحظ أن اللجنة الدولية المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة التي انعقدت دورتها 32 بالجزائر في 11 يناير 2005، أرادت أن تتخطى الحدود في محاولة منها بالضغط لإلغاء أمور معلومة في الدين، حيث جاء في البند 25 من تقريرها حول وضعية المرأة في الجزائر بقولها (ويساور اللجنة القلق إزاء عدم التقدم في مراجعة التشريعات التمييزية... كما تعرب عن القلق لأن التعديلات المقترحة إدخالها على قانون الأسرة لا تشمل إلغاء تعدد الزوجات...)، وهذا الأمر غير مقبول، ونأمل أن لا يأخذ المشرع بهذه الدعاوى الباطلة، والتي تعطل حقا معلوما في الدين، ورفض كل ما بوده إلغاء الأحكام الشرعية أو التعديل فيها بالزيادة أو النقصان، كونها أحكام كاملة ذات تشريع رباني لا إفراط فيها ولا تفريط، لقوله تعالى: ﴿ما فرطنا في الكتاب من شيء﴾ (الأنعام 38)، وبحمد الله الدولة الجزائرية دينها الإسلام وهو مبدأ دستوري محفوظ، فستصدي كل الحملات المعادية للإسلام.

ثانياً - التوصيات:

-الذي نوصي به هو تعزيز اعتماد أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري خاصة وفي التشريعات العربية عامة، كونها تحقق الاستقرار الأسري والتماسك المجتمعي المنشود.

-الأخذ بأراء المذاهب الفقهية في التشريعات لا بد فيه من تفعيل الأخذ بقوة الدليل الشرعي الذي يحقق المقصد من التشريع والمصلحة الأسرية، وليس الأخذ بتعدد المذاهب دون ضابط الدليل، أو يتم اختيار رأي فقهي كونه يتوافق مع اتفاقية دولية تم المصادقة عليها، أو الأخذ بمذهب واحد دون ترجيح بعض الآراء المشهورة في المذاهب في مسائل معينة، يكون الأقوى دليلاً والأرجح حجة من الأقوال الفقهية، وقد يتجسد ذلك بإضافة عبارة "أقوى الأدلة" في المادة 222 من قانون الأسرة.

-محاربة كل ما يشجع على دمج الأفكار الغربية على الأسرة المسلمة وتشريعات الأحوال الشخصية العربية، ووضع التحفظات على المواد في الاتفاقيات التي تبرمها الدول التي تدين بالإسلام، والتي تمس باستقرار الأسرة وتخالف أحكام الشريعة الإسلامية والموروث الثقافي وعادات وتقاليد مجتمعنا المحافظ، ومنع رفع التحفظات عليهما، مهما طال الزمن أو قصر.

-سن تشريع يحمي الأسرة مما يبث في الإعلام السمعي البصري متنافياً مع المنظومة القيمية للمجتمع العربي.
-توجيه الدعوة إلى الوالدين بالتركيز على التنشئة الأسرية الشرعية المبنية على طاعة الله عز وجل، وتعريف الأبناء أن الله ساوى بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات، وفضل بعضهم على بعض في أمور لها غايات.
-التأكيد على ضرورة التمسك بالمرجعية المعتمدة لقانون الأسرة (الشريعة الإسلامية)، وفي التشريعات العربية، ورفض كل ما يتعارض معها.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً – مراجع الفقه الإسلامي:

- ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله التركي، مكتبة الهجر، القاهرة، ج5، ط: 1؛ د. ت.
- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، لبنان، ج3، ط: 2؛ د. ت.
- أبو القاسم الحسين الأصفهاني، تفسير الراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد عبد العزيز بسيوني، مصر، جامعة طنطا، ج3، ط: 1، 1999.
- أبو محمد بن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، السعودية، ط: 1، 1997.
- أبي العباس أحمد بن عمر الديري الشافعي، أحكام الزواج على المذاهب الأربعة، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2007.
- أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار طيبة، الرياض، ج12، ط: 1، 2005.
- أحمد بن شعيب بن علي النسائي ت 303هـ، المجتبى من السنن، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب سوريا، ج6، ط2، 1986.
- أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج3، ج26، ج32، ج37، ط: 1، 2001.
- أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، د. ط، 2014.
- الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد ت 405هـ، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ج4، ط: 1، 1990.
- رفيق محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافتراق في فقه الطلاق ب. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط: 11، 2011.
- عبد الرحمن السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، بيروت: مؤسسة الرسالة، ج1، ط: 1، 2000.
- عمر سليمان عبد الله الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط4، 2012.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د. م، ط3، 1958.
- محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مصر، دار إحياء الكتب العربية، ج1، لا. ط، د. ت.

- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، ط: 1، 1994.
- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج3، ط2، د. ت.
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة الحلبي، القاهرة، ج2، د. ط، د. ت.
- محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ط: 1، 1995.
- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، دار شهاب، د. م: ج1، ط2، 1994.

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

- باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، لا. ط، 2012.
- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي، عمان، دار الحامد، ط: 1، 2009.
- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط: 1، 2009.
- عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، ط1، 1428هـ/2007م.
- علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، ج8، ط: 1، 1998.
- عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعية، جامعة برج باجي مختار، عنابة، د. ط، د. ت.
- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، لا. ن، مصر، ج1، ط: 4، 1984.

-المعاجم:

- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004.
- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب. (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الأعلي للمطبوعات، 2005).

-التقارير:

- تقرير اللجنة الدوري الثاني للجزائر (667، CEDAZ/C/DZA/2/، 668)، في جلستها 667 و668 المعقودتين في 11 كانون الثاني/يناير 2005.

-المذكرات:

- ذبيح هشام، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حمة لخضر بالوادي، 2015/2014.

-الملتقيات:

- غرابي أحمد، إشكالية النصوص الملغاة في قانون الأسرة، في ملتقى وطني حول: التشريع والأسرة في الجزائر واقع وآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، بقاعة المحاضرات مجيد علاهم، جامعة محمد بوضياف المسيلة، يوم 2014/11/11، بتوقيت 12:30 دقيقة.

الإشكاليات الفقهية التي يثيرها القانون رقم (18) لسنة 2016 بشأن تعديل أحكام القصاص
رقم (6) لسنة 1423هـ، وأثرها على الواقع العملي

*The jurisprudential problems raised by Law No. (18) of 2016 amending the provisions of
Qisas No. (6) of 1423 R.R., and their impact on the practical reality*

د: مفتاح جعفر سعيد عبدالجواد

محاضر بكلية القانون – ترهونة – قسم / الشريعة الإسلامية جامعة الزيتونة (ليبيا)

mftahj@gmail.com

الملخص:

إن المحافظة على النفس البشرية المعصومة يعد أمراً ضرورياً من الكليات الأساسية الخمس التي رسختها الشريعة الإسلامية خاصة، والشرائع كلها بصفة عامة إلا أن شريعتنا تميزت في وضعها للعلاج الذي يحفظ هذه النفس ويصونها عن كل اعتداء ظالم، وعقوبة القصاص شرعت للردع والزجر وليس للانتقام، ووضعت لها معايير تميزها عن باقي العقوبات الأخرى.

وهذه الدراسة سلطت فيها الضوء على قراءة بعض النصوص القانونية التي وضعها المشرع الليبي لمعالجة قضايا القصاص والدية بناء على أحكام الشريعة الإسلامية؛ لمعرفة مدى موافقتها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وتناولت في المطلب الأول: النصوص القانونية الخاصة بأحكام القصاص، وقسمته إلى فروع هي: العصمة معيار من معايير القصاص، القتل الموجب للقصاص، استيفاء القصاص، العفو عن القصاص، والمسألة الخامسة: القصاص بين الأصول والفروع، وأما المطلب الثاني فتناولت فيه النصوص القانونية المعالجة لأحكام الدية، وقسمته - أيضاً - إلى فروع هي: وصف الدية، والملازمون بدفع الدية، ودفع الدية عن طريق شركات التأمين التجارية، وحكم الاتفاق على إسقاط الدية أو التخفيف منها، وذيلته بخاتمة ذكرت فيها جملة من النتائج التي توصلت إليها.

الكلمات المفتاحية:

القصاص - الدية - القتل - العفو - الشريعة الإسلامية.

Abstract:

Reserving the impeccable human soul is a necessary matter of the five basic faculties established by Islamic law in particular, and all of the laws in general, except that our Sharia was distinguished in its development of treatment that preserves and protects this soul from every unjust aggression, and the punishment of retribution was prescribed for deterrence and reprisal and not for revenge. Standards that distinguish it from other punishments.

This study sheds light on reading some of the legal texts developed by the Libyan legislator to deal with issues of retribution and blood money based on the provisions of Islamic law, in order to find out the extent of their compatibility with the provisions of Islamic law, and dealt with in the first requirement: the legal texts pertaining to the provisions of retribution, and its division into branches: Among the criteria for qisas, obligatory killing for retribution, fulfillment of qisas, pardon for retribution, and the fifth issue: qisas between roots and branches. As for the second requirement, it dealt with the legal texts dealing with the

provisions of blood money, and it was divided - also - into branches: the description of blood money, the obliged to pay blood money, and the payment The blood money through commercial insurance companies, and the ruling on the agreement to drop the blood money or reduce it, and attached to it with a conclusion in which I mentioned a number of the findings that I have reached.

Keywords :

Retribution - blood money - murder - pardon - Islamic law.

مقدمة

الحمد لله وكفى ، والصلاة والسلام على عباده الذين اصطفى. أما بعد : فالعقوبة لم تشرع لذاتها، وإنما هي وسيلة لمنع الجريمة واستقرار الأمن، وتحقيق العدل وزجر الظلم، وهذا مقصد عام من مقاصدها التي شرعت من أجلها حفاظاً على الكليات الخمس وهي: "الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسب ، والمال".

إن المحافظة على النفس سبيل إلى الحفاظ على الكليات الأربع، وحفظها يقوم على أسس ثلاثة هي: المحافظة على إيجادها بمشروعية النكاح وكثرة النسل ، وبقاؤها ونماؤها بحل الطيبات من المأكول والمشرب ، وإحيائها بتحريم الاعتداء عليها بقتل أو أذى أو غير ذلك ؛ لذا أفرد الشارع لعقوبة القصاص معايير خاصة تمتاز عن الحدود والتعازير منعاً من الانتقام والإسراف في القتل ، وهذا دليل على أن جريمة إزهاق النفس البشرية من أبشع الجرائم وعقوبتها من أشد العقوبات وأعظمها ، وأنه لا يهدر دم معصوم في الإسلام .

القصاص مبني على المساواة بين الجرم والنتيجة ، وشخصية الجاني ليست محل اعتبار في تحديد عقوبة القتل العمد، مصداقاً لقوله - تعالى - : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنثَى ﴾ [سورة البقرة . من الآية (177)] ، وقوله - تعالى - : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [سورة المائدة . من الآية (47)].

والدية تحل محل القصاص إذا تعذر تنفيذه ، أو عفا عنه ولي الدم مقابل الدية ؛ ضمناً لحق المجني عليه ، ولا يفلت مجرم من العقاب وإن عفا عنه وليه كما نصّ على ذلك فقهاء المالكية بقولهم: "وعلى القاتل عمداً البالغ إذا لم يقتل لعفو جلد مائة وحبس سنة ، واختلف في المقدم منهما فقبل الجلد ، وقيل: الحبس، ولم يشطروها بالرق لأنها عقوبة ، والرق والحرف فيها سواء، والجراح عمداً يؤدب وإن اقتصر منه أو أخذت منه الدية في المتالف"⁽¹⁾.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في معرفة مدى توافق نصوص القانون الليبي المنظمة لأحكام القصاص والدية مع

أحكام الشريعة الإسلامية

مشكلة البحث:

نصّ القانون في ديباجته على أن هذا التعديل جاء موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. وكذلك أحال فيما لم يرد بشأنه نص إلى أيسر المذاهب الفقهية. ونصت المادة الثالثة مكرر على أن: "الأرش في الجنايات التي لا يمكن القصاص فيها ، أو التي وقع العفو فيها على الدية يحدد وفق المشهور من أيسر المذاهب الفقهية المعتمدة بالنسبة للملزم بالدفع"

هل المشرع الليبي نجح في معالجة أحكام القصاص والدية وفق أحكام الشريعة الإسلامية أو لا ؟ للإجابة عن هذا التساؤل نتأمل أولاً بعض النصوص القانونية المتعلقة بأحكام القصاص ، ثم ننتقل إلى بعض النصوص المتعلقة بأحكام الدية.

(1) الدسوقي . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . 255/4 .

منهج البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن .

الهدف من الدراسة :

تقنين أحكام القصاص والدية بما يتوافق مع الراجح من أحكام الشريعة الإسلامية

خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى مطلبين وكل مطلب إلى مسائل ، خصصت الأول للحديث عن النصوص القانونية الخاصة بأحكام القصاص ، والمطلب الثاني للحديث عن الأحكام القانونية الخاصة بأحكام الدية .
الخاتمة : تتضمن نتائج الدراسة وتوصياتها .

المطلب الأول

النصوص القانونية الخاصة بأحكام القصاص

من خلال قراءة النصوص القانونية التي عالجت أحكام القصاص في الجرائم العمدية تبين أنها تثير إشكالات من الناحية الفقهية وكذلك العملية، سأحاول الإشارة إلى عرض بعضها في الفروع التالية :

الفرع الأول:العصمة معيار من معايير القصاص

نصّت المادة الأولى المتعلقة بالقتل عمداً على أنه : " يعاقب بالإعدام قصاصاً كل من قتل نفساً معصومة عمداً ، وفي حالة امتناع القصاص بسبب العفو ممن له الحق فيه أو غيره من الأسباب المحددة شرعاً حسبما تقتضيه المادة السابعة من هذا القانون تطبق أحكام قانون العقوبات"⁽¹⁾

أيضاً نصّت المادة الثانية عشر من القانون رقم (20) لسنة (2016) بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي بقولها : " إذا خضعت إحدى المسائل لعدة قوانين جنائية أو لأحكام متعددة من قانون جنائي واحد فإن القوانين الخاصة أو الأحكام الخاصة من القانون تسري دون القوانين العامة، أو الأحكام العامة من القانون إلا إذا نصّ على خلاف ذلك ، وفي كل الأحوال تفسر النصوص القانونية المتعلقة بالحدود والقصاص وفقاً لأيسر المذاهب الفقهية المعتمدة"⁽²⁾ .

هل العصمة التي يقصدها المشرع في المادة الأولى من القانون رقم (18) لسنة 2016 هي العصمة بالإسلام أو العصمة بالأمان ؟ وإذا قتل المسلم مسيحياً هل يقتص منه أو لا ؟

بناء على نصّ المادة الثانية عشر من القانون رقم (20) لسنة 2016 " في جميع الأحوال تفسر النصوص القانونية المتعلقة بالحدود والقصاص وفقاً لأيسر المذاهب الفقهية المعتمدة"⁽³⁾
اختلف الفقهاء في القصاص بين المسلم وغير المسلم على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء على أنه لا يُقتص من المسلم لغير المسلم واستثنى المالكية قتل الغيلة فإنه يقتص منه⁽³⁾ .

القول الثاني : ذهب الأحناف إلى أنه يقتص من المسلم لغير المسلم ما لم يكن حريباً أو مستأماً⁽⁴⁾ .

إذا قلنا لأيسر في هذه الحالة أن المراد بالعصمة هي العصمة بالإسلام ، وبالتالي لا يقتص من المسلم للمسيحي .
وتجب الدية محل القصاص ، ولكن هل تجب له دية كاملة أو لا ؟

(1) الجريدة الرسمية . العدد (4) . السنة الخامسة . 17/ رجب /1437 هـ ، الموافق 2016/04/24 . رقم الصفحة 233.

(2) الجريدة الرسمية . العدد (4) . السنة الخامسة . 17/ رجب /1437 هـ ، الموافق 2016/04/24 . الصفحة 240- 241

(3) ينظر : مختصر المزني ، المزني. ص 312 ، وينظر : التاج والإكليل . المواق. ج 8، ص 290 ، وينظر: البهوتي. ص 636 ..

(4) ينظر : رد المحتار على الدر المختار. ابن عابدين . ج 10، ص 165

اختلف الفقهاء أيضًا على أقوال هي :

ذهب الأحناف إلى أن دية غير المسلم كالمسلم سواء أكان ذميًّا أو معاهدًا أو مستأمنًا⁽¹⁾ .

وذهب الحنابلة والمالكية إلى أن دية غير المسلم نصف دية الحر المسلم⁽²⁾ .

وذهب الشافعية إلى أن دية الكتابي ثلث دية المسلم⁽³⁾ .

الأيسر في هذه الحالة أن المسلم إذا قتل غير مسلم يعاقب بثلث الدية، ولكن كيف تمّ تحديد ذلك ؟ أخذنا بقول الجمهور وهو: عدم القصاص من المسلم لغير المسلم، واختلف الجمهور في مقدار دية غير المسلم وأخذنا بقول الشافعية، وهذا هو التلفيق بين المذاهب .

المعروف عند كثير من الفقهاء أنه لا يجوز التلفيق بين المذاهب بقصد تتبع الرخص⁽⁴⁾ ، ونقل ابن حزم ، وابن عبد البر الإجماع على ذلك⁽⁵⁾ .

ويرى بعض الفقهاء ومنهم الإمام أحمد - رحمه الله - أن متبوع الرخص بحثًا عن الأسهل يعد فاسقًا⁽⁶⁾ ، والفاسق لا يصلح أن يتولى القضاء⁽⁷⁾ .

الفرع الثاني: القتل الموجب للقصاص

إذا رجعنا أيضًا إلى المادة الأولى من هذا القانون التي جرى نصها على أنه: "يعاقب بالإعدام قصاصًا كل من قتل نفسًا معصومة عمدًا"، وتساءلنا ما هو القتل العمد الموجب للقصاص ؟ هل المراد به القتل بالسيف، أو كل قتل سواء أكان مباشرة أو تسببًا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

ذهب أبو حنيفة إلى أن القتل الموجب للقصاص هو القتل بالمحدد أي بألة حادة⁽⁸⁾ .

وذهب الجمهور إلى أن كل قتل متعمد موجب للقصاص ولو تسببًا ووافقهم أبو يوسف - صاحب أبي حنيفة⁽⁹⁾ .

وبناء على هذا من قتل غيره ضربًا بالحجر أو بالسم هل يقتص منه أو لا ؟

بحثًا عن الأيسر لا يقتص منه اعتمادًا على مذهب الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - ويعتبر من قبيل قتل شبه العمد ، وتجب عليه الدية في ماله .

إذًا في تحديد معنى العمد أخذنا بقول الأحناف ، وفي تحديد المراد بالعصمة أخذنا بقول الجمهور ، وهذا هو التلفيق المذموم .

(1) ينظر : رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج 10، ص 232

(2) ينظر : شرح منتهى الإرادات البهوتي، ج 6، ص 98 ، و الشرح الصغير . الدردير، ج 4، ص 295 .

(3) ينظر : مغني المحتاج، الخطيب الشربيني، ج 4، ص 76 .

(4) منهم : ابن نجيم في البحر الرائق ، والبهوتي في كشف القناع ، والرمل في فتاواه ، والسبكي في فتاواه ، والشاطبي في الموافقات، والفتوح في شرحه للكوكب المنير ، وابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين . ينظر: أبو منشار . ص 18 .

(5) جامع العلوم والحكم، ابن عبد البر، ج 2، ص 927

قال الإمام أحمد: " لو عمل بقول أهل الكوفة في النبيذ، وأهل المدينة في السماع - يعني الغناء - ، وأهل مكة في المتعة لكان فاسقًا لأخذه بالرخص وتتبعه لها " . ينظر : الرحيباني . 189/6 .

من يقول بجواز تتبع رخص المذاهب اشترط جملة من الشروط منها: ألا يكون الأخذ بذلك القول ذريعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، وألا يترتب على الأخذ بها فتح ذريعة يجب أن تسد، وأن تدعو الضرورة أو الحاجة إلى ذلك ، وبشرط ألا يؤدي إلى التلفيق الممنوع " . ينظر: إبراهيم عبيد طه . ص 52 .

(6) ينظر : ابن القيم . 462/4 .

(7) روضة الطالبين ، النووي، ج 8، ص 84 .

(8) ينظر : ينظر : البناية شرح الهداية ، العيني، 84/12 .

(9) ينظر : المنتقى شرح الموطأ، الباجي، ج 9، ص 68 ، والمغني ، ابن قدامة، ج 11، ص 445 ، والبناية شرح الهداية ، العيني، ج 12، ص 687 ، ومغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ج 4، ص 7 .

قال القرافي: "الحاكم إن كان مجتهدًا فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلدًا جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه وأن يحكم به وإن لم يكن راجحًا عنده وأما اتباع الهوى في الحكم أو الفتيا فحرام إجماعًا"⁽¹⁾.

كيف يحيل المشرع في جرائم الجنايات الواقعة على النفس أو ما دونها على الأيسر من المذاهب الفقهية؟ ولم يقيد الإحالة بالمذاهب الفقهية المعتبرة فيما لم يرد بشأنه نص كما أحال في المادة الثانية عشر من القانون رقم (20) لسنة 2016 بقولها: ".... وفي كل الأحوال تفسر النصوص القانونية المتعلقة بالحدود والقصاص وفقًا لأيسر المذاهب الفقهية المعتبرة".

والجرائم الواقعة على النفس أو ما دونها من أشد الجرائم، فكيف تكون الإحالة على الأيسر، وليس على المشهور من المذهب أو على الراجح؟

ومن المعلوم أن العقوبة لأي جريمة تبنى على أحد المعايير الثلاثة وهي: معيار الإرادة الآثمة، أو معيار النظر إلى شخصية الجاني والمجني عليه، أو معيار الضرر المترتب عن الجرم⁽²⁾.

وعقوبة القصاص مبنية على معيار الإرادة الآثمة بدليل أنها تجب في القتل العمد وليس في الخطأ، رغم أن النتيجة المترتبة عن القتل عمدًا أو خطأ واحدة وهي إزهاق روح المجني عليه.

وإحالة المشرع على الأيسر كأنه أراد أن يبحث عن ظرف تخفيف للجاني، وهذا يخالف المبادئ العامة للعقوبة والتي من بينها كلما زادت الإرادة الآثمة زادت العقوبة.

الفرع الثالث: استيفاء القصاص

نصّت المادة الثانية مكرر "أ" على أنه: "يعاقب بالقصاص بمثل ما فعل كل من اعتدى على غيره بأي وسيلة..."⁽³⁾.

إذا قتل الجاني المجني عليه عمدًا حرقًا بالنار، فيجب على القاضي أن يقتص منه بنفس الفعل، ولو قتله بالسيف مثلاً فإن القاضي خالف النص، ولكن هل النص يتفق مع الشريعة الإسلامية؟

لا يعاقب بالقصاص بمثل ما فعل إذا قتله بالسحر، أو بالخمر عند المالكية والشافعية، وذهب الحنابلة إلى أنه لا يستوفى القصاص بفعل محرم بعينه كالإحراق بالنار⁽⁴⁾.

ونصّ الأحناف على أن استيفاء القصاص يكون بالسيف⁽⁵⁾، ونصّ المالكية على أنه يستثنى من القصاص بمثل ما فعل إذا قتله بالسم، وما يطول كمنعه طعامًا أو ماء حتى الموت⁽⁶⁾.

الفرع الرابع: العفو عن القصاص

نصت المادة الثانية على أنه: "يثبت الحق في القصاص لورثة المجني عليه العاقلين البالغين، وإذا عفا أحدهم سقط الحق في القصاص، وإذا لم يكن للمجني عليه ولي دم أو كان ولي دمه مجهول المكان أو غائبًا لا ترجى عودته، ومن في حكمه جاز للقاضي الحكم على الجاني بما يقرره قانون العقوبات إذا التزم دفع الدية للخزانة العامة"⁽⁷⁾.

(1) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، القرافي، ص 92.

(2) ينظر: الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية "دراسة تحليلية لأحكام القصاص والحدود والتعزير"، صدقي، عبدالرحيم، ص 155

(3) الجريدة الرسمية. العدد (4). السنة الخامسة. 17/ رجب/ 1437 هـ، الموافق 2016/04/24. رقم الصفحة 234

(4) ينظر: مغني المحتاج، الخطيب الشربيني، ج 4، ص 60.

(5) ينظر: رد المحتار. ابن عابدين، ج 10، ص 179

(6) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 6، ص 222.

(7) الجريدة الرسمية. العدد (4). السنة الخامسة. 17/ رجب/ 1437 هـ، الموافق 2016/04/24. الصفحة رقم 233

ونصّت المادة على أن العفو عن القصاص لورثة المجني عليه البالغين العاقلين ، ونصت المادة السادسة على أنه تستحق دية القتل للورثة حسب أحكام الميراث .

وجعل المشرع تقسيم الدية حسب أحكام الميراث ، والعفو عن القصاص مقصور على أولياء الدم البالغين العاقلين، فهل هذا يوافق أحكام الشريعة الإسلامية ؟ وهل الزوج والأخ لأُم من ضمن أولياء الدم العاقلين البالغين ؟ وهل يستوي فيه الأقرب والأبعد ؟

ذهب الشافعية في الصحيح والحنفية والحنابلة إلى أن القصاص في النفس حق لجميع الورثة من ذوي الأنساب والأسياب ، الرجال والنساء ، الصغار والكبار، وأما قصاص الطرف إذا مات مستحقه فإنه يثبت لجميع الورثة قطعاً⁽¹⁾ .

وذهب المالكية إلى أن استيفاء القصاص للعاصب الذكر فلا دخل فيه لزوج ، ولا لأخ لأُم ، أو جد لها ، ويكون للعاصب على ترتيب النكاح فيقدم الأقرب فالأقرب ، فيقدم ابن على ابن ابنه ، ولا كلام للجد الأعلى مع الإخوة ، ولا لبني الإخوة مع الجد ؛ لأنه بمنزلة أبيهم، ولا كلام لهم مع أبيهم .

وذهب المالكية أيضاً إلى أن للنساء حق استيفاء القصاص بشروط هي :

1- أن يكنّ وارثات .

2- أن لا يساوهم عاصب في الدرجة وفي القوة بأن لم يوجد عاصب أصلاً ، أو يوجد أنزل منهم كعم مع بنت أو أخت ، ولا كلام للبنت مع الابن أو الأخت مع الأخ⁽²⁾ .

الأنصبة في الميراث وقد قسمت بحسب درجة القرب والبعد ، والأبعد لا يحجب الأقرب ، وهذا يدل على أن درجة القرابة معتبرة في تقسيم الإرث وولاية النكاح ، وولاية استيفاء القصاص كما نصّ على ذلك فقهاء المالكية ، فلماذا ألغيت في القانون الليبي ؟

قال ابن قدامة: " من ورث الدية ورث القصاص"⁽³⁾ .

فكان الأولى بالمشرع أن يعدل هذا النص بما يوافق الراجح من المذاهب الفقهية السنية ، ولعل الصواب هو :

" حق استيفاء القصاص لورثة المجني عليه حسب مراتبهم في الإرث من حيث القوة والدرجة "

وإذا اجتمع الأب والأم فلا حق للأُم مع الأب ، وإذا اجتمع الأب والإخوة والأخوات فلا كلام لهم مع الأب ، وإذا

اجتمع الأب والبنات فلا عفو للبنات إلا به ، ولا له إلا بهن وأي الفريقين قام بالدم فهو أولى به الأب أو البنات⁽⁴⁾

الفرع الخامس: القصاص بين الأصول والفروع

نصّت المادة الأولى مكرر من هذا القانون على أنه : " يستثنى من القصاص طبقاً للمادة (1) من قتل فرعه

"⁽⁵⁾ .

هذا النص يفهم منه على ظاهره أن الأصل إذا قتل فرعه لا يقتصر منه ، ولكن هل هذا يقتصر على الأصل

المباشر فقط ؟ وهل يشمل الآباء والأمهات ؟ وهل الاستثناء يقتصر على من قتله تأديباً فقط؟ وإذا كان الأصل غير

مسلم والفرع مسلماً هل يختلف الحكم أو لا ؟

(1) ينظر : مغني المحتاج . الخطيب الشربيني، ج 4، ص 53، و شرح منتهى الإرادات ، البهوتي ج 6، ص 39 ، والبنابة شرح الهداية . العيني . ج 12، ص 153

(2) ينظر : التاج والإكليل مع حاشية الحطاب على شرح مختصر خليل المواق، ج 8، ص 322- 323

(3) المغني ، ابن قدامة ، ج 11، ص 582

(4) البيان والتحصيل ، ابن رشد ، ج 15، ص 513 - 514

(5) الجريدة الرسمية . العدد (4) . السنة الخامسة . 17/ رجب / 1437 هـ ، الموافق 2016/04/24 . رقم الصفحة 233

المادة الأولى تحدثت عن أحكام القتل عمدًا، والمادة الأولى مكرر استثنت من قتل فرعه فهل الاستثناء يقتصر على القصاص في النفس، أو يشمل القصاص فيما دون النفس كذلك؟ وهل استثناء الأب من القصاص تجب عليه الدية مغلظة أو لا؟

ومن قتل زوجته تاديبًا هل يقتص منه أو لا؟ وإذا ورث الابن قصاصا على أبيه كأن قتل زوجته ولها منه ولد فهل يسقط القصاص عن الأب ويشمله حكم الاستثناء قياسًا أو لا يشمله؟ لأن القياس مخالف لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات؟ وهل علة الاستثناء هي التربية والشفقة والحنان؟ أو أن الأصل كان سببًا في وجود الفرع فلا يقتل به؟

اختلف الفقهاء في جريان القصاص بين الأصول والفروع على أقوال هي:

1- ذهب الحنفية، وأشهب من المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن الأصل لا يقتل بفرعه إذا قتله بأي وجه سواء تعمّد قتله بدون سبب أو قصد تاديبه فتجاوز الحد فقتله، والأم في ذلك كالأب، والأجداد والجندات وإن علو كالأب والأم. ولا فرق بين الفرع المقتول بين الذكر والأنثى، كان مباشرًا كالابن أو غير مباشر كابن الابن، أو بنت الابن⁽¹⁾.

2- ذهب المالكية في المعتمد إلى أن الأب إذا ضرب ابنه بما لا يدع مجالًا للشك أنه أراد قتله فيقتص منه؛ لقوله - تعالى - : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ [سورة الإسراء . من الآية (33)]، وقوله : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا ﴾ [سورة المائدة من الآية (47)].

قال اللخمي: "وإذا حذف الأب أو الأم الولد بسكين أو سيف فأبان له عضوًا أو قتله لم يقتص منه من ذلك الجرح، ولم يقتل به إن قتل بخلاف الأجنبي؛ لأنه لا يهتم على أنه أراد قتله، ويحمل على أنه أراد تهديده وتخويفه لما علم من حناهما والشفقة والذب عنه إلا أن يأتي بأمر لا شك فيه مثل: أن يضجعه فيذبحه أو كان بينهما تهديد ويخاف بعضهم من بعض القتل فيقتص حينئذ"⁽²⁾.

ولا يقتص من الأب في الجراح كالنفس وتغلظ الدية فيهما⁽³⁾.

قال ابن القاسم: "تغلظ في الجد أبي الأب، وفي الجدة أم الأم، ووقف في أبي الأم وأم الأب، وقال أشهب: لا تغلظ في أبي الأم وهو كالأجنبي، وتغلظ في أم الأب، وقال عبد الملك: تغلظ في جميعهم الأجداد والجندات، وقال سحنون في كتاب ابنه: اتفقوا على أنها تغلظ في الجد والجدة للأب، واختلف في الجد والجدة لأم"⁽⁴⁾، وتغلظ الدية على الأصول في قتل الفروع عند الشافعية⁽⁵⁾ أيضًا، خلافًا للحنفية⁽⁶⁾.

وإذا قتل الزوج زوجته ولها ولد منهما فورث ولدها القصاص فلا يقتص من أبيه.

قال الهوتي: "إذا قتل الزوج زوجته وورثها ولدها منها سقط القصاص؛ لأنه إذا لم يجب للولد على والده بجناية عليه فلتلا يجب بالجناية على غيره أولى، وسواء كان الولد ذكرًا أو أنثى أو كان للمقتول وارث سواء أو لا؛ لأنه إذا لم يثبت بعضه سقط كله لأنه لا يتبعض"⁽⁷⁾.

(1) ينظر: مغني المحتاج، الخطيب الشربيني، ج4، ص27، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج6، ص33-34، ورد المختار، ابن عابدين، ج10، ص175.

(2) التبصرة. اللخمي، ج13، ص6359.

(3) ينظر: المختصر الفقهي، ابن عرفة، ج10، ص28.

(4) التبصرة، اللخمي. ج13، ص6359.

(5) ينظر: مغني المحتاج، الخطيب الشربيني، ج4، ص31.

(6) ينظر: البناية شرح الهداية، العيني، ج12، ص265-266.

(7) البهوتي، شرح منتهى الإرادات. 34/6، وينظر: الخطيب الشربيني. 28/4، وابن عابدين. 177/10.

إذا أدب الأب ولده ، أو زوجته في نشوز ، أو معلم صبيّه ولم يسرف فلا يضمن : لفعله ما له فعله شرعاً بلا تعد ، وإن أسرف أي : زاد على ما يحصل به المقصود ، أو ضرب به صبيّاً لا عقل له فإنه يضمن ، وهذا مذهب المالكية ، والحنابلة⁽¹⁾.

قال اللخمي: " قال بعض أهل العلم : إذا وقع القتل ممن له التأديب مثل الأب ، والزوج ، والمعلم ، والوصي ، والحاكم فذلك على أربعة أوجه : فإن كان الضرب المباح بالآلة المباحة فلا ضمان عليهم ، وإن كان التعدي سيراً كان خطأً ، وإن كان التعدي متردداً بين الخطأ والعمد ، وسدد المعلم في الميدان الرمح وطعن به في شبه ذلك كانت فيه الدية مغلظة ، وإن بان عن ذلك بأمر لا شك فيه كان فيه القصاص ... وينبغي أن ينزل أمر الطبيب على مثل ذلك ، فإن قطع في الموضع المعتاد فمات لم يكن عليه فيه شيء ، وإن زاد على ذلك سيراً أو وضع القطع فيما قارب ذلك كان خطأً ، وإن زاد على ذلك إلى ما لا يشك فيه أن ذلك تعمد كان فيه القصاص ، وإن تردد بين الخطأ والعمد كانت مغلظة"⁽²⁾.

وذهب الأحناف إلى أن زوج المرأة يضرب إذا ضربها ولو قصد التأديب ؛ لأن تأديبها للولي ، وإذا ضرب المعلم بإذن الوالد فلا يضمن⁽³⁾.

بعد عرض آراء الفقهاء وتعليقاتهم أميل إلى مذهب المالكية في مسألة القصاص من الأصول للفروع إذا تبين بما يدع مجالاً للشك أن الأب - مثلاً - قصد بفعله إزهاق نفس فرعه ، أو إتلاف طرف من أطرافها ؛ لأن الأصل إذا كان مجرمًا لا يفلت من العقاب ؛ لكونه يهدد أمن المجتمع واستقراره ، ولقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : " المؤمنون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم"⁽⁴⁾.

والأصل العام في عقوبة القتل العمد القصاص ، واستثني من هذا الأصل قتل الوالد لولده بالنص أيضاً ، ولكن هذا الاستثناء جاء لشبهة التأديب ، والحدود تدرأ بالشبهات ، ولا تأديب بالسيف ولا بالخنق ، ولا بالذبح ، ولا بالسلح ، فالرسول - صلى الله عليه وسلم - يقول : " لا يمشين أحدكم إلى أخيه بالسلح فإنه لا يدري أحدكم لعل الشيطان ينزغ في يده ، فيقع في حفرة من نار"⁽⁵⁾ ، والتأديب إذا تجاوز ضوابط الشريعة فيكون على خلافها ؛ لأن الشريعة لم تسمح باللطم على الوجه تأديباً ، فكيف تسمح برميهِ بالسيف أو ذبحه بالسكين بحجة التأديب ؟.

(8) ينظر : البهوتي . 90/6 - 91 .

(1) اللخمي . 6360/13 .

(2) ينظر : ابن عابدين . 220/10 .

(3) خرجه أبو داود في سننه . كتاب الجهاد . باب: في السرية ترد على أهل العسكر . الحديث رقم (2751).

(4) خرجه أحمد في مسنده . الحديث رقم (8197) .

المطلب الثاني

النصوص القانونية المعالجة لأحكام الدية

إذا انتقلنا من النصوص التي عالجت أحكام القصاص إلى النصوص التي عالجت أحكام الدية نجدها- أيضاً- تثير إشكالات عدة نتحدث عن بعضها في الفروع التالية :

الفرع الأول: وصف الدية

المشرع وصفها بأنها عقوبة كما نصّت المادة الأولى من هذا القانون بقولها: "لا يجوز الجمع بين الإعدام قصاصاً أو تعزيراً وبين الدية أو التعويض ، كما لا يجوز المطالبة بالتعويض في حال الحكم بالدية أو الاتفاق على الإعفاء منها"⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى فإن تنفيذ الدية يكون بطرق تنفيذ الالتزام المدني كما نصّت المادة الخامسة من هذا القانون. هل الطبيعة القانونية للدية في القتل العمد والخطأ واحدة ؟

ثم إن المساواة بين طبيعة الدية في القتل العمد والخطأ باعتبارها عقوبة غير مُسَلَّم : لأن الأفعال الخطئية لا توصف بالجرم ، فكل خطأ إذا وصف بالتجريم فمعنى ذلك أن كل المخطئين مجرمون، وكيف يوصفون بذلك والبشر من صفاتهم النقص والزلل؛ لأنهم ليسوا معصومين من الوقوع في الخطأ لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " كلُّ ابن آدم خَطَّاءٌ، وخَيْرُ الخَطَّائِينَ التَّوَابُونَ"⁽²⁾، وإثم الخطأ مرفوع بقوله - تعالى - : ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ- وَلَكِنْ مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [سورة الأحزاب . من الآية (5)].

قال ابن العربي : " أوجب الله - تعالى - الدية في القتل الخطأ جبراً كما أوجب القصاص في القتل العمد زجراً ، وجعل الدية على العاقلة رفقاً ، وهذا يدل على أن قاتل الخطأ لم يكتسب إثماً ولا محرماً ، والكفارة وجبت زجراً على التقصير والحذر في جميع الأمور"⁽³⁾.

ومن الأدلة على عدم اعتبار القتل الخطأ جريمة ، وأن وصف الدية فيه يختلف عن وصفها في العمد قبول شهادة النساء في القتل الخطأ كما جاء في المدونة : " قلت: فهل يقسم النساء في قتل العمد في قول مالك ؟ قال: لا ، قلت فهل يقسم النساء في قتل الخطأ في قول مالك ؟ قال : نعم"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الملزمون بدفع الدية

دية القتل الخطأ تتولاها العاقلة ، فإن لم تكن له عاقلة أو لم يمكن جبرهم على الوفاء أدخل أهل المهنة ويصدر حكم قضائي بإلزامهم بالدفع، هكذا هو نص المادة الخامسة في الفقرة الثالثة⁽⁵⁾.

وقد أحال القانون على أيسر المذاهب ، وجاء نزولاً على أحكام الشريعة الإسلامية ، ولكن ما هو الأساس الشرعي لهذا النص الذي يمكن من خلاله إلزام أهل المهنة بدفع الدية إذا تعذر حملها على العاقلة؟ ومن يقول بأن أهل الديوان من العاقلة فهل يلزمون بدفع الدية ابتداءً أو في حال تعذر حملها على العاقلة ؟ وإذا كان القاتل من أهل المهنة غير مسلم هل يعقلون عنه أهل مهنته أو لا ؟ ومن هم أهل المهنة الذين يقصدهم المشرع ويلزمهم بدفع

(1) الجريدة الرسمية . العدد (4) . السنة الخامسة . 17/ رجب /1437 هـ ، الموافق 2016/04/24 . رقم الصفحة 233 .

(2) خرجه الترمذي ، محمد بن عيسى (ت 179 هـ) . الجامع الكبير . تحقيق: بشار عواد معروف . بيروت: دار الغرب الإسلامي . الطبعة الأولى (1996م) . أبواب صفة يوم القيامة والورع والرقائق . الحديث رقم (2499) . قال هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث علي بن مسعدة من حديث علي بن مسعدة ، عن قتادة . 273/4 .

(3) ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج 1، ص 600.

(4) المدونة ، مالك بن أنس ، ج 6، ص 2999 .

(5) "عاقلة الشخص هم عصبته فإن لم يوجدوا أو لم يمكن جبرهم على الوفاء أدخل أهل المهنة، ويصدر حكم قضائي بإلزامهم بالدفع وطريقة تنظيم الدفع، فإن لم يتحقق ذلك تولواها المجتمع".

الجريدة الرسمية . العدد (4) . السنة الخامسة . 17/ رجب /1437 هـ ، الموافق 2016/04/24 . رقم الصفحة 236.

الدية ؟ وإذا كان له أكثر من مهنة فمن يلزم بالدفع ؟ ومن يلزم بالدفع إذا كان له مهنة دائمة ومهنة غير دائمة ؟ وكذلك إذا كان له مهنة عامة وأخرى خاصة؟ وهل يلزم أهل المهنة إذا كانوا فقراء؟ وإذا كان أهل المهنة جلمهم من الإناث؟ وإذا كان أهل المهنة جلمهم غير مسلمين؟ .

ذهب الأحناف وبعض فقهاء المالكية إلى أن أهل الديوان من العاقلة ، والمقصود بالديوان اسم للدفتري يضبط فيه أسماء الجنود وعددهم ، ويقدمون على العصابة إذا كان الجاني من الجنود ولو كانوا من قبائل شتى⁽¹⁾ . قال اللخمي: "القول إنها تكون على أهل الديوان ضعيف ، وإنما يراعى قبيل القاتل ؛ لأن لهم شبهة في القيام بالدم لو كان القتل منهم ، وشبهة الميراث ويبدأ بأقرب قومه"⁽²⁾ .

وقال ابن عابدين: "على ترتيب العصابات - يقصد ترتيب العاقلة - فيقدم الإخوة ثم بنوهم ، ثم الأعمام ، ثم بنوهم ، مثلاً: إذا كان الجاني من أولاد الحسين - رضي الله عنه - ولم يتسع حيه لذلك ، ضم إليه قبيلة الحسن - رضي الله عنه - ثم بنوهم ، فإن لم تتسع هاتان القبيلتان له ضم عقيبل ثم بنوهم ، وآباء القاتل وأبناؤه لا يدخلون في العاقلة ، وقيل: يدخلون ، وليس أحد الزوجين عاقلاً للأخر"⁽³⁾ .

إذا كان من أهل المهنة كتابياً وقتل مواطناً ليبياً فهل يلزم أهل مهنته بدفع الدية الواجبة عليه؟ لا يلزمون بدفع الدية عنه ؛ لأن المسلم لا يدفع الدية عن غير المسلم؛ لذا اشترط الفقهاء في صفة العاقلة التي تضرب عليهم الدية جملة من الشروط هي: الحرية ، والتكليف ، والذكورة ، والموافقة في الدين ، واليسار⁽⁴⁾ . قال ابن عابدين: "إذا كان القاتل ذمياً ففي ماله إجماعاً"⁽⁵⁾ .

وإذا لم يكن للقاتل عاقلة كاللقيط ، وحربي أسلم فالدية في بيت المال إذا كان موجوداً ومضبوطاً ؛ فإن لم يكن موجوداً ففي ماله ؛ لأن الدية في الأصل تجب على الجاني جزاء لفعله ؛ ولكنها تتحول على العاقلة بالقضاء ، فإن لم تكن له عاقلة بقيت في ماله⁽⁶⁾ .

وعلى اعتبار أن المشرع أخذ برأي الفقهاء الذين يعتبرون أهل الديوان من العاقلة فينبغي تعديل النص بما يوافق مذاهب الفقهاء ، ولعل تعديله يكون على النحو الآتي:

"العاقلة ، وحالات وجوب الدية عليها:

- العاقلة هم : عصابة الجاني من الذكور البالغين ، وأهل ديوانه الذين بينهم التناصر والتضامن
- تجب الدية في القتل الخطأ على العاقلة ، وتتعدد بتعدد القتلى ، وتكون على أهل الديوان ابتداء إن كان عطاؤه قائماً .
 - إذا لم يكن الجاني من أهل الديوان فالدية على عاقلته حال وجودها ، وتكون على ترتيب العصابة فيقدم الإخوة ثم بنوهم ، ثم الأعمام ، ثم بنوهم وهكذا .
 - تضرب الدية على أهل الديوان أو العصابة بشرط الحرية ، والتكليف ، والذكورة ، والموافقة في الدين ، واليسار⁽⁷⁾ .

(1) ينظر: رد المحتار ، ابن عابدين ، ج10 ، ص325-326 ، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب ، خليل بن إسحاق ، ج6 ، ص275 .

(2) التبصرة ، اللخمي ، ج13 ، ص6419 .

(3) رد المحتار ، ابن عابدين ، ج10 ، ص328 .

(4) ينظر : المغني ، ابن قدامة . ج12 ، ص47 ، والتاج والإكليل . المواق ، ج8 ، ص349 ، ورد المحتار . ابن عابدين . ج10 ، ص331 .

(5) رد المحتار ، ابن عابدين ، ج10 ، ص332 .

(6) ينظر : المرجع نفسه . الصفحة نفسها .

(7) ينظر : الذخيرة ، القرافي ، ج12 ، ص387 - 388 .

حالات وجوب الدية على بيت المال:

- تجب الدية على بيت المال في الحالات الآتية :
- الدية الواجبة بجناية المسلم غير المتعمد الذي لا عاقلة له ، أو تعذر دفع الدية من قبلها بسبب الفقر مثلاً .
- يلزم بيت المال بدية القتل الذي جهل قاتله في الجملة⁽¹⁾ .

الفرع الثالث: دفع الدية عن طريق شركة التأمين التجارية

نصّ المشرع في المادة الخامسة⁽²⁾ على أن الدية تحسب منها المبالغ المدفوعة من شركات التأمين، ولكن هل يجوز أن تدفع الدية من قبل شركات التأمين التقليدية ؟
اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة على قولين :
القول الأول – لا يجوز قيام شركة التأمين التجاري بدور العاقلة في دفع الدية، وممن قال بهذا القول وهبة الزحيلي .

القول الثاني – يجوز دفع الدية من قبل شركات التأمين التجارية وممن قال بذلك مصطفى الزرقا⁽³⁾
قال الزرقا : " نظام العواقل في الإسلام أصله عادة تعاونية حسنة كانت قائمة قبل الإسلام في توزيع المصيبة المالية عن القاتل بغية تخفيف ضررها عن كاهل من لحقته...فما المانع من أن يفتح باب لتنظيم هذا التعاون على ترميم الكوارث المالية يجعله ملزماً بطريق التعاقد والإرادة الحرة ، كما جعله الشرع إلزامياً دون تعاقد في نظام العواقل"⁽⁴⁾ .

ولكن أجاب عن هذا الاستدلال محمد أبو زهرة بقوله : " الأشدّ بعداً في القياس قياس التأمين على تحمل العاقلة الدية ؛ لأن العاقلة (القرابة) يربطها الدم ، ويربطها التعاون على البر والتقوى ، ويربطها التعاون في تحمل الغرم ... فهل يشبهها بأي وجه من وجوه الشبه عقد ينشأ بالإرادة بين شركة مستغلة ، وطرف آخر يقدم لها مالاً كل عام ، أو كل شهر "⁽⁵⁾ .

أما تضامن العاقلة بدفع الدية فمبني على المناصرة والقرابة والتعاون على فعل الخير ، بينما أطراف التأمين التجاري لا يربطهم شيء من هذا القبيل .

والقول بجواز دفع الدية عن طريق شركات التأمين التقليدية يمنح هذه الشركات حافزاً قوياً يتمثل في تشجيع كل الناس على التعاقد معها ؛ لكونها تساهم في دفع الدية ؛ لأن حوادث السير كثيرة ، وقد يصدر من أي إنسان خطأ ينتج عنه إزهاق نفس بغير قصد .

وقد صدر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) 30 صفر – 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9 – 14 نيسان (إبريل) 2005م .

وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع العاقلة وتطبيقاتها المعاصرة في تحمل الدية، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله قرر ما يلي:

" أولاً: تعريف العاقلة:

(1) ينظر : البهوتي . شرح منتهى الإرادات . 147/6 .
(2) " تنفيذ الدية بطرق تنفيذ الالتزام المدني، وتحسب منها المبالغ المدفوعة من شركات التأمين." الجريدة الرسمية . العدد (4) . السنة الخامسة . 17/ رجب 1437 هـ ، الموافق 2016/04/24 . رقم الصفحة 236 .
(3) ينظر : أوبيري أسماء . ص 57 .
(4) أسامة ياسين . ص 109 .
(5) أسليم ، أسامة ياسين . ص 109 .

هي الجهة التي تتحمل دفع الدية عن الجاني في غير القتل العمد دون أن يكون لها حق الرجوع على الجاني بما أدته. وهي العصابة في أصل تشريعها، وأهل ديوانه الذين بينهم النصرة والتضامن.
ثانياً: ما لا تتحمله العاقلة: العاقلة لا تتحمل ما وجب من الديات عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً.
ثالثاً: التطبيقات المعاصرة:

عند عدم وجود العشييرة أو العصابة التي تتحمل الدية، فإنه يجوز أن ينوب عنها عند الحاجة، بناء على أن الأساس للعاقلة هو التناصر والتضامن، ما يلي:

أ- التأمين الإسلامي (التعاوني أو التكافلي) الذي ينص نظامه على تحمل الديات بين المستأمنين.
ب- النقابات والاتحادات التي تقام بين أصحاب المهنة الواحدة، وذلك إذا تضمن نظامها الأساسي تحقيق التعاون في تحمل المغارم.

ج- الصناديق الخاصة التي يكوّنها العاملون بالجهات الحكومية والعامّة والخاصة لتحقيق التكافل والتعاون بينهم".

الفرع الرابع: الاتفاق على إسقاط الدية أو التخفيف منها

نصت المادة الثالثة مكرر(أ) على أن: "الدية مبلغ محدد شرعاً يحكم به في أحوال محددة هي: القتل الخطأ ويحكم بها على العاقلة .

القتل العمد غير الموجب للقصاص ويحكم بها على الجاني ، وفي كل الأحوال يجوز الاتفاق على إسقاط الدية أو إنقاصها أو طريقة سدادها"⁽¹⁾ .
ونصت كذلك المادة الخامسة في فقرتها الخامسة بقولها: "يجوز اتفاق مستحقي الدية مع العاقلة على التخفيف منها أو تعجيلها " .

يفهم من خلال النصين السابقين أن الدية تخضع لاتفاق الجاني مع أولياء الدم سواء في حال إسقاطها ، أو التخفيف منها ، وهذا حكم عام يشمل جميع الأحوال في العمد و الخطأ ، ولكن ما هو السند الشرعي لهذا القول ؟ ومن قال به من الفقهاء ؟ وهل يجوز العفو عن القصاص مقابل مبلغ مالي يفوق مقدار الدية المحددة شرعاً كأن قتل رجل امرأة فصالح أولياء الدم – مثلاً - على دية رجل تامة لا دية امرأة ؟ وهل يجوز لولي الصغير أن يصلح عن أقل من الدية ؟ وإذا عفا المجروح عن جرحه ثم مات هل تسقط الدية أو لا ؟

اتفق الفقهاء على الصلح عن دم العمد في النفس وما دونها بمقدار الدية التي حددها الشارع، أو أقلّ منها ، ولكنهم اختلفوا في الصلح على أكثر من الدية في العمد والخطأ .

الصلح على دم العمد على أكثر من الدية :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين هما :

الأول – يجوز الصلح على أكثر من الدية في العمد سواء كان المصالح عنه من جنس الدية أو لا ، سواء في النفس أو ما دونها ، وهذا قول الحنفية ، والمالكية ، والشافعية في الراجح عندهم ، والحنابلة في قول⁽²⁾ .

(1) الجريدة الرسمية . العدد (4) . السنة الخامسة . 17/ رجب 1437 هـ ، الموافق 2016/04/24 . رقم الصفحة 235 .
(2) ينظر : التوضيح ، الجندي ، ج 6 ، ص 237 ، ومغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ج 4 ، ص 66-67 ، وكشاف القناع عن متن الإقناع ، البهوتي ، ج 9 ، ص 2895 ، ورد المختار ، ابن عابدين ، ج 10 ، ص 205 .

الثاني - لا يجوز الصلح على أكثر من الدية إن كان المصالح عنه من جنس الدية بناء على أن الواجب القصاص، و الدية أحدهما لا بعينه، أما إن كان من غير جنسها فيجوز الصلح عليه بالغاً ما بلغ ، وهذا قول للشافعية ، ورواية عند الحنابلة⁽¹⁾ .

وبناء على هذين القولين إذا كانت دية المجني عليه أقل من دية الجاني فهل يجوز لأولياء الدم أن يصلحوا عن دية أكثر من الدية الواجبة أو لا ؟ وبيان ذلك : إذا قتل رجل امرأة عمداً فهل عليه دية كاملة أو نصف دية ؟ يجوز لأولياء المرأة أن يصلحوا على دية كاملة أي أكثر من دية المرأة المحددة ؛ لأنهم ملكوا أخذ نفسه فلمهم أن يأخذوا دية كاملة⁽²⁾ .

هذا وقد اختلف الفقهاء أيضاً في الصلح عن الخطأ بأكثر من الدية : على قولين هما : القول الأول : لا يجوز الزيادة على الدية في جناية الخطأ إذا كان المصالح عنه من جنس الدية ؛ لأن الصلح على أكثر منها ريباً، بخلاف القصاص فليس بمال فكان التقويم بالعقد فيقوم بقدر ما أوجبه الصلح قلّ أو أكثر، وهذا قول الحنفية⁽³⁾ .

القول الثاني : يجوز الصلح بأكثر من الدية إن عجلوها، فإن تأخرت لم يجز ؛ لأنه دين بدين إذا صلح الجاني ، وإن صالحت العاقلة فهو فسخ الدين في الدين ، وهذا قول المالكية⁽⁴⁾ . ويستثنى مما تقدم أنه لا يجوز لولي الصغير إذا وجب له دم عمداً أو خطأً أن يعفو عن أقل من الدية إلا إذا كان القاتل معسراً فيجوز ، أما إذا كان مليئاً فلا ، وإن عفا في الخطأ وتحمل الدية في ماله جاز إن كان مليئاً يعرف ملاؤه وإلا لم يجز عفوه⁽⁵⁾ .

ويستثنى أيضاً إذا كان أولياء الدم أولاداً صغاراً وعصبة فليس للعصبة إسقاط الدية ، وهذا ما نصّ عليه القرافي بقوله : " إذا كان الأولياء أولاداً صغاراً وعصبة ، فللعصبة أن يقتلوا أو يأخذوا الدية ويعفون ، وليس لهم العفو على غير مال لحق الصغار في المال "⁽⁶⁾ .

وهل يجوز للمجني عليه في الخطأ العفو عن الدية مثلاً ، وكذلك المجروح إذا عفا عن جرحه ثم مات فهل يسقط حق الأولياء في الدية أو لا ؟ إذا عفا المقتول خطأً عن ديته ينفذ عفوه في الثلث فقط ؛ لأن الخطأ موجب الماله ، وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث⁽⁷⁾ .

من خلال ما تقدم ينبغي تعديل النصين السابقين على النحو التالي :

- يجوز الصلح على أكثر من الدية في القتل العمد ، وتمنع الزيادة عليها في الخطأ .
- يجوز الاتفاق على التخفيف من الدية في العمد والخطأ إلا إذا وجبت لصغير فليس لولييه التخفيف منها إلا في حالتين هما : إذا كان الجاني معسراً ن أو إذا كان الولي مليئاً وتحمل الدية في ماله ، وكان معروفاً بملاءته .

(3) ينظر : مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني، ج 4، ص 66-67.

(1) ينظر : التبصرة ، اللخمي . ج 13، ص 6467 ، والقرافي. الذخيرة ، ج 12، ص 413.

(2) ينظر : رد المحتار، ابن عابدين ، ج 10، ص 205 .

(3) ينظر : التاج والإكليل ، المواق ، ج 8، ص 328 .

(4) ينظر : المختصر الفقهي، ابن عرفة ، ج 8، ص 324

(5) القرافي ، الذخيرة، ج 12، ص 411 .

(6) ينظر : الذخيرة، القرافي ، ج 12، ص 412 . و البنابة شرح الهداية ، العيني، ج 12، ص 174 - 175 ، و شرح منتهى الإرادات ، البهوتي

ج 6، ص 55،

- لا يجوز الاتفاق على إسقاط الدية إذا كان أولياء الدم عصابة بالغين ومعهم أولاد صغار، وللعصابة البالغين الحق في التنازل عن سهمهم من الدية .
- ليس للمجني عليه في الجنابة خطأ العفو عن الدية كاملة إلا بمقدار الثلث.

الخاتمة

بعد قراءة متواضعة في نصوص القانون رقم (18) لسنة 2016 المعدلة للقانون رقم (6) لسنة 1423 بشأن القصاص والدية ، توصلت إلى الآتي :

أولاً - النتائج:

- 1- النصوص القانونية تمتاز بالإيجاز والشمول ،ولكن ما يلاحظ على نصوص هذا القانون أنه عاجل وقائع قليلة جداً ، وسكت عن مسائل كثيرة تركها للإحالة على أيسر المذاهب ، لذا نجد نصوصه قاصرة على علاج الكثير من المسائل فعلى سبيل المثال نصّ على مسألة القصاص بين الأصول والفروع ولم يحسمها حسماً بيئاً ، وإنما أثار عنوانها وتجاهل أحكامها .
- 2- من خلال تتبع المواد القانونية التي اشتمل عليها هذا القانون يتبين أن نصوصه مهمة لا تستطيع من خلالها الحصول على أجوبة كافية لكثير من التساؤلات التي تطرح في ذات الموضوع، وهذا دليل على قصورها ، بالإضافة إلى ذلك أنّ بعضها مطلق يحتاج إلى تقييد.
- 3- حاول المشرع أن يسد الفراغ التشريعي بالإحالة على أيسر المذاهب كما جاء في نصّ المادة السابعة من هذا القانون ، ولكنه ألقى حملاً ثقيلاً على القاضي وكلفه بدرجة عالية وشاقة، ألا وهي درجة الاجتهاد ، وهذا يترتب عليه اختلاف الأحكام وتباينها في الواقعة الواحدة ؛ لأن ما تراه يسيراً، يراه غيرك عسيراً ، في حين أن عقوبة القصاص من العقوبات المقدرة التي تخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات كالحدود، بخلاف التعازير.
- 4- المشرع أحال على أيسر المذاهب وكأنه أراد أن يبحث عن ظرف تخفيف للجاني في جريمة من أشد الجرائم ، وكان ينبغي عليه أن يحيل على المشهور أو الراجح من المذاهب السنية ؛ لأن تتبع رخص المذاهب مذموم شرعاً .
- 5- المشرع لم يتخذ منهجية محددة في معالجة نصوص أحكام القصاص والدية ، وهذا سبب التخبط والإشكالات، فتارة يأخذ برأي الجمهور ، وتارة يأخذ بمشهور مذهب المالكية ، وهذا التنوع لو كان المراد منه البحث عن الراجح لكان ينبغي عليه أن يحيل فيما لم يرد بشأنه نص على الراجح، وتارة يسكت عن كثير من الوقائع والأحكام، وتارة ينص على حكم مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية التي جاء نزولاً على أحكامها.

ثانياً: التوصيات:

- 1- أوصي بمراجعة هذا القانون من قبل لجنة شرعية وقانونية مختصة بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي جاء نزولاً على أحكامها
- 2- بيان الأحكام الفقهية التي لم يتناولها القانون وأحال القاضي عليها إلى أيسر المذاهب ؛لأن هذه إحالة غير منضبطة ، ومن ناحية أخرى فإن البحث عن الأيسر أو الأرجح أو الأكثر ملاءمة يحتاج قاضياً بلغ درجة الاجتهاد، وهذه مرتبة صعبة المنال في هذا الزمن

قائمة بأهم المراجع

أولا - مراجع الفقه الإسلامي:

- 1- الباجي ، سليمان بن خلف .المنتقى شرح الموطأ . دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى (1999م) .البهوتي ، منصور بن يونس .
- 2- الروض المربع شرح زاد المستقنع .د:ت
- 3- شرح منتهى الإرادات . مؤسسة الرسالة، بيروت. الطبعة الأولى (2000 م).
- 4- كشف القناع عن متن الإقناع . د:ت
- 5- الجندي ، خليل بن إسحاق . التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب . مصر: منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث . الطبعة الأولى (1429 هـ - 2008 م) .
- 6- الخطيب الشربيني . مغني المحتاج . دارالمعرفة، بيروت. الطبعة الأولى (1997 م).
- 7- الدردير . الشرح الصغير . دارالمدار الإسلامي: بيروت. الطبعة الأولى (2002م).
- 8- الدسوقي . محمد عرفة . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .د:ت
- 9- الرحيباني ،مصطفى السيوطي . مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى .
- 10- ابن رشد . البيان والتحصيل . دار الغرب الإسلامي، بيروت. الطبعة الثانية (1988م).
- 11- ابن عابدين ، محمد أمين . رد المحتار على الدر المختار. دارالكتب العلمية بيروت . طبعة خاصة (1423 هـ - 2003 م).
- 12- ابن عبد البر ، يوسف أبو عمر . جامع بيان العلم وفضله. تحقيق: أبي الأشبال الزهيري. دار ابن الجوزي الرياض: السعودية، الطبعة الأولى (1414هـ - 1994م) .
- 13- ابن العربي ، محمد بن عبدالله أبوبكر (468 هـ- 543 هـ) . أحكام القرآن . تحقيق : محمد عبدالقادر عطا. دار الكتب العلمية . بيروت. الطبعة الثالثة (1424 هـ - 2002 م)
- 14- ابن عرفة ، محمد بن عرفة الورعني التونسي . المختصر الفقهي لابن عرفة . الطبعة الأولى (1435 هـ - 2014 م).
- 15- العيني ، محمود بن أحمد . البناية في شرح الهداية . : دار الفكر. بيروت. الطبعة الثانية (1990م).
- القرافي .شهاب الدين أحمد بن إدريس .
- 16-الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام .د:ت
- 17-الذخيرة . تحقيق : محمد بو خبزة . دار الغرب الإسلامي. بيروت . الطبعة الأولى (1994 م).
- 18- ابن قدامة ،عبدالله بن أحمد المقدسي . المغني. تحقيق: عبدالله التركي، وعبدالفتاح الحلو . الرياض :السعودية : دار عالم الكتب . الطبعة الثالثة (1417 هـ - 1997م) .
- 19- ابن القيم ، محمد بن أبي بكر الزرعي . إعلام الموقعين . تحقيق: عصام الدين الصبايطي . القاهرة : دار الحديث . طبعة سنة (1425هـ - 2004م) .
- 20- اللخمي . علي بن محمد . التبصرة . قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية التبصرة .
- 21- مالك بن أنس . المدونة الكبرى . بيروت: دارالكتب العلمية . الطبعة الأولى (1419 هـ - 1998م) .
- 22- المزني ، إسماعيل بن يحيى أبو إبراهيم . مختصر المزني . بيروت : دارالكتب العلمية . الطبعة الأولى (1998م).
- 23-المواق ، محمد بن يوسف العبدري الأندلسي . التاج والإكليل شرح مختصر خليل.



ثانياً - مراجع الفقه القانوني:

- 1 - اسليم ، أسامة ياسين . العاقلة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي . رسالة ماجستير نوقشت بالجامعة الإسلامية بغزة . كلية الشريعة والقانون . العام الجامعي (1431 هـ - 2010 م)
- 2 - أوبيري أسماء . دية القتل الخطأ في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية المعاصرة . رسالة ماجستير نوقشت بجامعة الشهيد حمة لخضر الوادي . كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية . قسم العلوم الإنسانية . شعبة العلوم الإسلامية . السنة الجامعية 2014 م - 2015 (1435 هـ - 1436 هـ) .
- 3- صدقي ، عبد الرحيم . الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية " دراسة تحليلية لأحكام القصاص والحدود والتعزير " . القاهرة : مكتبة النهضة المصرية . الطبعة الأولى (1408 هـ - 1987 م) .

الموقف الليبي من الاتفاقيات الدولية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية

"التحفظ على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان نموذجاً"

The Libyan position on international agreements that are in violation of the provisions of Islamic law

"Reservation on international conventions on human rights as a model"

د. حسين محمد عمران

محاضر بقسم القانون العام بكلية القانون

جامعة الزيتونة- ترهونة (ليبيا)

hussin.mohmed1980@gmail.com

الملخص:

للموقف الليبي من الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، آثار إيجابية وأخرى سلبية، فالإيجابي منها، تحفظات ليبيا على المادتين (2، 16/ج-د) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لمخالفتهما لأحكام الشريعة الإسلامية، وخصوصاً مسائل الزواج والطلاق وأحكام الميراث، وأيضاً التحفظ على المادة (25/أ) من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، التي تسمح بإقامة علاقات غير مشروعة خارج إطار عقد الزواج، كما تحتج ليبيا في عدم تنفيذ بعض توصيات اللجان الدولية المشرفة على تطبيق الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان لمخالفتها للأحكام القطعية للشريعة الإسلامية. أما الآثار السلبية فهي عديدة منها، سحب تحفظها العام على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة واقتضاره على المادتين (2، 16/ج، د) من الاتفاقية، كما لم تتحفظ على العديد من أحكام الاتفاقيات التي تخالف في مضمونها أحكام الشريعة الإسلامية، ومن أهمها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

وبموجب أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، فإن ليبيا ملزمة بمواءمة تشريعاتها مع الاتفاقيات الدولية. ويجب عليها إبداء تحفظات على أحكام الاتفاقيات الدولية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية والتمسك بها، وأن يتضمن الدستور النص على ضرورة مواءمة التشريعات مع الأحكام القطعية للشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية:

التحفظ، ليبيا، أحكام الشريعة الإسلامية، الاتفاقيات الدولية، اللجان الدولية.

Abstract:

The Libyan position on international conventions on human rights in violation of the provisions of Islamic law has positive and negative effects. The positive ones are Libya's reservations to articles (2 and 16 / c-d) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, for their violation of the provisions of Islamic law, especially Issues of marriage, divorce and inheritance provisions, and also the reservation on Article (25 / a) of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which allows the establishment of unlawful relationships outside the framework of the marriage contract, and Libya also argues that some of the recommendations of the international committees overseeing the implementation of international conventions on rights are not implemented. Rights for violating the

peremptory provisions of Islamic law. As for the negative effects, they are many, including the withdrawal of its general reservation on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and limiting it to articles (2 and 16 / c, d) of the convention, and it has not made reservations about many of the provisions of the conventions that contradict the provisions of Islamic law, The most important of which is the International Covenant on Civil and Political Rights.

Under the provisions of international human rights law, Libya is obligated to harmonize its legislation with international conventions. They must make reservations about the provisions of international agreements that are in violation of the provisions of Islamic law and adhere to them. The constitution must include the provision for harmonizing legislation with peremptory provisions of Islamic law.

Keywords:

Reservation, Libya, provisions of Islamic law, International agreements, International committees.

مقدمة

من أهم قضايا وإشكالات القانون العام ذات العلاقة بالشريعة الإسلامية، التحفظات الليبية على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، حيث إن هذه الاتفاقيات تنظم حقوق الأفراد (وطنيين وأجانب) داخل الدولة، وعلاقتهم ببعضهم، وفي علاقتهم بالدولة، ومن هذه المسائل: الأهلية والزواج والطلاق والميراث، وحقوق المرأة وحقوق الأطفال وجرائم الحدود والقصاص وحرية اعتناق أي دين وغيرها من المسائل التي نظمها الشريعة الإسلامية. وخاصة أن الاتفاقيات الدولية بمجرد التصديق عليهما، تعتبر في مرتبة أعلى من التشريع العادي وأدنى من الدستور وفقا لمبدأ المحكمة العليا الصادر في عام 2013، وفي ذات النهج سارت معظم الدول الإسلامية على أن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها في مرتبة مساوية للتشريع أو في مرتبة أعلى منه.

وقد نظمت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، أحكام التحفظ، وتنص الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان على مدى جواز التحفظ على أحكامها أو على أحكام محددة منها، كما أن للجان الدولية المعنية بتطبيقها، دورًا في تطوير مسألة التحفظ لارتباطها الشديد بهدف الاتفاقيات وأحكامها الأساسية. نظمت اتفاقية فيينا (المواد 19-23) موضوع التحفظ على المعاهدات الدولية، وبما أن الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان خصوصية في نصها على احترام حقوق الإنسان وحياته الرئيسية، فقد تطور النظام القانوني للتحفظ على ما كان عليه في اتفاقية فيينا، انطلاقًا من أحكامها على تعريفه وتميزه عن الإعلانات التفسيرية وإبداءه وسحبه والاعتراض عليه، وقد ساهمت في هذا التطور لجنة القانون الدولي ومحكمة العدل الدولية والهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان الدولية.

وتكمن إشكالية البحث في التحفظات الليبية على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، هل هي تحفظات عامة بعدم تعارض أحكامها مع أحكام الشريعة الإسلامية أم أن التحفظات تكون على أحكام محددة منها، أم أنها لا تتحفظ أصلاً، وما موقف اللجان الدولية المشرفة على تنفيذ هذه الاتفاقيات من التحفظات الليبية، ويقتصر البحث على التحفظات الليبية والدول الإسلامية ذات العلاقة بأحكام الشريعة الإسلامية.

ونعالج هذه الإشكالية بإتباع المنهج الوصفي التحليلي لأحكام الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وفقه اللجان الدولية في ذلك، والمنهج النقدي للموقف الليبي من التحفظ، والاستعانة بمنهج المقارنة من خلال الإشارة إلى تجارب الدول الإسلامية في هذا الجانب من البحث. وندرس هذا الموضوع في مبحثين، الأول نخصه لمبحث طبيعة التحفظات الليبية على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، والآخر نخصصه لمبحث الموقف الدولي من هذه التحفظات. ونختتم ذلك بمجموعة من النتائج والتوصيات التي تستهدف أن تكون التزامات ليبيا الدولية في مجال حقوق الإنسان بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

طبيعة التحفظات الليبية على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان

يحق لأية دولة عند توقيعها أو تصديقها أو انضمامها لأية معاهدة أن تبدي تحفظاً عليها (استبعاد نصوص معينة في الاتفاقية أو تعديل الأثر القانوني) إلا إذا حظرت المعاهدة هذا التحفظ، أو نصت المعاهدة على أنه لا يجوز التحفظ على بعض أحكامها، ليس من بينها التحفظ المعني، أو أن يكون التحفظ منافياً لموضوع المعاهدة وغرضها⁽¹⁾. واستناداً إلى ما سبق، يحق لأي دولة طرف التحفظ على حكم من أحكام المعاهدة⁽²⁾ مهما كانت الأسباب بشرط ألا تخالف موضوعها والغرض منها، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، ما هو المعيار الدقيق للفصل بأن هذا التحفظ مخالف لموضوع المعاهدة والهدف منها؟ هذا ما نحاول الإجابة عنه في فقرات هذا البحث. وبناء على ما سبق، ندرس هذا المبحث في مطلبين، الأول نبين فيه مضمون التحفظات الليبية على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، والثاني: مسلك الدول الإسلامية في التحفظ على الاتفاقيات الدولية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما يلي:

المطلب الأول

مضمون التحفظات الليبية على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان

صادقت أو انضمت ليبيا على معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان المبرمة في إطار منظمة الأمم المتحدة، ومن ذلك: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية حقوق الطفل، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، والاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، واتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. وقد أبدت على بعض منها تحفظات أو إعلانات تفسيرية⁽¹⁾، لأسباب منها مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، ولم تتحفظ على اتفاقيات دولية أخرى، ولذلك ندرس ذلك في فقرتين وفقاً لما يلي:

أولاً: الاتفاقيات الدولية المتحفظ عليها بعدم تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية: تحفظت ليبيا على اتفاقيتين هما:

أ- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: انضمت ليبيا بتاريخ 16 مايو 1989، إلى الاتفاقية، وأصدرت

(1) المادة (19/أ، ب، ج) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969. للمزيد من المعلومات حول التحفظ، انظر، علي ضوي، القانون الدولي العام، "الأشخاص والمصادر"، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، ط6، 2019، ص105 وما بعدها؛ فهد سهران فهد المطيري، تحفظات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2012، ص36-37.

(2) يشكل موضوع التحفظ على معاهدات حقوق الإنسان، أحد حروب الجيل الرابع الذي يستهدف الهوية الوطنية للدول العربية والإسلامية من خلال نشر الأفكار الهدامة. لمزيد من الاطلاع انظر، محمد سيد المصري، التحفظ على معاهدات حقوق الإنسان، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2020.

تحفظا عاما، على أن هذا الانضمام لا يمكن أن يتعارض مع قوانين الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وفي يوليو (1995)، عدلت تحفظها، على تطبيق المادة (2) بشأن الحق في الميراث مع مراعاة القواعد القطعية للشريعة الإسلامية المتعلقة بالميراث، ولا يخلو تطبيق المادة (16/ج-د) بخصوص الزواج والطلاق بأي حق من الحقوق التي تكفلها الشريعة الإسلامية للمرأة⁽²⁾.

فالمادة (2) من الاتفاقية، تلزم الدول بالقضاء على التمييز ضد المرأة، من خلال تحقيق مبدأ مساواتها بالرجل في التمتع بالحقوق والحماية. أما المادة (16/ج-د)، تطلب من الدول اتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه، وبوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتها الزوجية في المسائل المرتبطة بأطفالهما.

تضمنت اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة جوانب إيجابية للمرأة، ومن ذلك: المادة (15/أ) تحقيق مبدأ المساواة ما بين المرأة والرجل في التعليم، فقد منح الإسلام للمرأة حق التعليم، فقد كانت النساء في عهد النبي -صلى الله عليه وسلم-، حريصات على العلم والفقه⁽³⁾، وأيضا المادة (9) تنص على مبدأ المساواة ما بين المرأة والرجل في اكتساب الجنسية وتغييرها ونقلها إلى أطفالهما.

ومن أحكام الاتفاقية التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية -على سبيل المثال- ولم تتحفظ عليها ليبيا، المادة (13/أ) المتعلقة بالمساواة في الاستحقاقات العائلية، ومن ذلك الميراث، الذي تم تحديده بأصبغة محددة في كتاب الله سبحانه وتعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ﴾ [النساء: الآية 11].

ونصت المادة (15/2-1) على مبدأ المساواة بين المرأة والرجل أمام القانون وفي جميع مراحل الإجراءات القضائية، وإن كانت المساواة شرعا تتحقق في العقوبة والأحكام والمسؤولية؛ إلا أن لأحكام الشريعة الإسلامية أحكاما خاصة في مسألة شهادة المرأة، حيث إنها تختلف عن شهادة الرجل، فلا تقبل شهادة المرأة في القصاص والحدود والجنايات، وإنما لا بد من شهادة رجلين عدلين، وفي تثبت الحقوق تقبل شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين، قال تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتْنِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: الآية 281]. واكتفت السنة النبوية بشهادة المرأة وحدها في المسائل التي لا يراها الرجال⁽⁴⁾.

والمادة (4/15) المتعلقة بالمساواة بين المرأة والرجل في السفر ومحل السكن والإقامة، تخالف حديث الرسول -صلى الله عليه وسلم- فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال النبي عليه الصلاة والسلام: «لا يحل لامرأة تؤمن

(1) الفرق بين التحفظ والإعلان التفسيري: عرفت المادة (1/2-أ) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التحفظ بأنه: "إعلان من جانب واحد، أيا كانت صيغته أو تسميته، تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو إقرارها أو انضمامها إلى معاهدة، مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة من حيث سريانها على تلك الدولة". ويصدر التحفظ في أي مرحلة من مراحل إبرام المعاهدة، تعبر فيه الدولة عن رغبتها في عدم التقيد ببعض أحكام المعاهدة أو تعديلها، أما الإعلان التفسيري هو إعطاء تفسير معين لبعض نصوص المعاهدة. وقد اختلف الفقه في التفرقة بين التحفظ والإعلان التفسيري، فهناك من يرى بأنه لا فرق بينهما، بينما يرى آخرون، أن الإعلان التفسيري لا يعتبر صورة من صور التحفظ، والعبارة بطبيعة الإعلان، فإذا كان الهدف منه استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام المعاهدة من حيث سريانها على الدولة، فهو تحفظ وأن أسمته الدولة إعلانا تفسيريا، وإذا لم يقصد به ذلك فهو إعلان. إبراهيم على بوي الشيخ، نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 50-51.

(2) الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الدوري الثاني والتقارير الجامع للتقارير الدورية من الثالث إلى الخامس للبيبا، الوثيقة رقم: CEDAW/C/LBY/CO/5، ص 4، الفقرة 13، الإعلان والتحفظات والاعتراضات وإشعارات سحب التحفظات فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الوثيقة رقم: CEDAW/sp/2010/2، 2010، ص 19؛ وانظر أيضا:

- الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة:

<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/Cedaw/Pages/CedawIndex.aspx>.

(3) عارف بن عوض بن عبدالحليم الركابي، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، "دراسة نقدية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية"، دار التوحيد للنشر، الرياض، السعودية، ط1، 2013، ص 66-67.

(4) حسين بن محمد المهدي، حقوق الإنسان في الهدي النبوي، "دراسة مقارنة بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتشريعات الوطنية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 218.

بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة وليس معها محرماً». وعن عبدالله بن عمر -رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « لا تسافر المرأة ثلاثة أيام إلا مع ذي محرماً»⁽¹⁾.

ب- اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة: صادقت ليبيا على الاتفاقية ، في 13 فبراير 2018، وأصدرت إعلاناً تفسيريًا بخصوص المادة (25/أ)، وفسرتها على أن توفير خدمات الرعاية الصحية دون تمييز على أساس الإعاقة، بطريقة لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية والتشريعات الوطنية⁽²⁾.

وتنص المادة (25/أ) على تمتع الأشخاص المصابين بإعاقة بأعلى مستوى من الصحة دون تمييز على أساس الإعاقة، ومن ذلك خدمات إعادة تأهيلهم، وتوفير الرعاية والبرامج الصحية المجانية أو معقولة التكلفة مقارنة بالآخرين بما في ذلك خدمات الصحة الجنسية والإنجابية وبرامج الصحة العامة للسكان. فهذه المادة تسمح بإقامة علاقات غير مشروعة خارج إطار الزواج.

ومن أحكام الاتفاقية التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، المادة (19/أ) من الاتفاقية، التي تنص على: "إتاحة الفرصة للأشخاص ذوي الإعاقة في أن يختاروا مكان إقامتهم ومحل سكنهم والأشخاص الذين يعيشون معهم على قدم المساواة مع الآخرين، وعدم إجبارهم على العيش في إطار ترتيب معيشتي خاص". فقد تضمنت هذه الفقرة السماح بعلاقات غير مشروعة خارج إطار الزواج⁽³⁾. كما تجيز المادة (23) نظام التبني⁽⁴⁾.

ثانياً: الاتفاقيات الدولية غير المتحفظ عليها: هناك نصوص أخرى في بعض الاتفاقيات الدولية تخالف أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها، ولم تبد ليبيا أي تحفظ عليها ومن ذلك: العهدان الدوليان الخاصان بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، حيث انضمت ليبيا إلى العهدين في 15 مايو 1970، بدون تحفظات على أساس التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾. وبالرغم من وجود أحكام في العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومثال ذلك المواد (2، 7، 10، 14) من العهد تخالف قانون القصاص والدية، والمادة (7) منه تخالف أحكام الشريعة الإسلامية في جرائم الحدود، والمواد (3، 17، 24، 26) ، تخالف أحكام الزواج والطلاق والميراث.

ومن الضروري في هذا المقام، توضيح ذلك بشيء من التفصيل، فالمادة (18/1-2) من العهد، نصت على حرية كل شخص في اعتناق أي دين وتغييره، وهذا يتعارض مع النص القرآني، فقد جاء الإسلام ليؤكد حرية الاعتقاد لكل شخص، فقال الله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [البقرة: الآية 254]. أما تغيير المسلم لدينه، فقد حرمه الإسلام، يقول تعالى: ﴿وَمَنْ يَزِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ - فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَلُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: الآية 215]. وقال سيدنا محمد -صلى الله عليه وسلم-: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق لدينه

(1) عارف بن عوض بن عبدالحليم الركابي، المرجع السابق، ص 114.

(2) الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة:

<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>.

(3) فقد أوصت اللجنة دولة الكويت عند نظرها في تقريرها الأولي في سبتمبر 2019، ضمان حق السكن للأشخاص ذوي الإعاقة بما في ذلك النساء نوات الإعاقة على قدم المساواة مع الآخرين بصرف النظر عن اعتبارات الوضع العائلي والأصل والجنسية. الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على التقرير الأولي للكويت، الوثيقة رقم: CRPD/C/KWT/CO/1، 2019، ص 12، الفقرة 39.

(4) وطالبت اللجنة دولة الكويت عند نظرها في تقريرها الأولي في سبتمبر 2019، على سن قوانين تسمح لرجال والنساء بشكل متساوي في التمتع بحقوقهم في الزواج وتأسيس أسرة والتبني. الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على التقرير الأولي للكويت، المرجع السابق، ص 13، الفقرة 45.

(5) الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المدنية والسياسية:

<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>.

- الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>.

التارك للجماعة»⁽¹⁾. وقد ورد في التقرير السنوي لوزارة الخارجية الأمريكية لعام 2019، بخصوص الحرية الدينية، وفي الجزئية المتعلقة بليبيا، أنه لا يوجد حرية دينية داخل ليبيا، بالرغم من أنها طرف في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁽²⁾.

وجاءت المادة (23/2، 3، 4) بما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، بالفقرة الثانية، نصت على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ابتداء من سن الزواج والحق في الزواج وحق تأسيس أسرة، وهذا يتعارض مع النص القرآني، قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنُ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: الآية 219]، فلا يجوز للمرأة المسلمة الزواج من غير المسلم، أما المسلم فيجوز له الزواج من نساء أهل الكتاب⁽³⁾. أما الفقرة الرابعة فقد نصت على مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوجين عند الزواج وخلالها وعند انحلاله، وهذا يتعارض مع أحكام عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ومن ذلك على سبيل المثال، العدة الشرعية للمرأة في حالة الطلاق أو وفاة الزوج، قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: الآية 226]، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: الآية 232]، وأيضا حق المرأة في المهر، قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: الآية 4]، وغير ذلك من أحكام كالنفقة وتعدد الزوجات.

ونصت المادة (3) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، على مبدأ المساواة بين الرجال والنساء في التمتع بالحقوق المنصوص عليها في العهد، وبموجب هذه المادة تطالب لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بموجها، الدول الأطراف بمبدأ المساواة بين الرجال والنساء في مسائل الإرث وتغيير الصور النمطية عن المرأة في الأسرة والمجتمع بوصفها مجرد أم أو زوجة⁽⁴⁾.

وانضمت ليبيا إلى اتفاقية مناهضة التعذيب في 16 مايو 1989، ولم تحفظ على أحكامها⁽⁵⁾، مع أن هناك أحكاما تخالف في مضمونها أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ذلك المواد (1، 2، 16)، فمفهوم التعذيب بموجب الاتفاقية يعني: "أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسديا كان أم عقليا... ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملائم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها". فالدولة ملزمة بمنع أعمال التعذيب بهذا المفهوم، ومنع جميع أعمال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي لا تصل إلى حد التعذيب. فلجنة مناهضة التعذيب، عند دراستها لتقارير الدول الإسلامية، تطلب منها إلغاء الجرائم التي يعاقب عليها بتطبيق الحدود (الرجم علنا حتى الموت والجلد وبتر الأطراف) والقصاص والدية وإلغاء عقوبة الإعدام واستبدال عقوبة السجن بها⁽⁶⁾.

(1) ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبدالرحمن بن ناصر البراك، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط1، 2005، كتابات الديات، باب 6/6878.

(2) تقرير وزارة الخارجية الأمريكية حول الحرية الدينية الدولية في ليبيا على الموقع الإلكتروني التالي:

-<https://www.state.gov/reports/2019-report-on-international-religious-freedom/libya>.

(3) وفي تفسير هذه الآية، قال علي بن أبي طلحة عن ابن عباس استثنى من ذلك نساء أهل الكتاب. انظر، ابن كثير، أبي الفداء إسماعيل بن عمر القرشي دمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص275.

(4) الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على التقرير الدوري الثاني المقدم من لبنان، الوثيقة رقم: E/C.12/LBN/CO/2، 2016، ص7، الفقرتان 27، 28.

(5) الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، لجنة مناهضة التعذيب:

-<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/cat/pages/catindex.aspx>.

(6) ومثل ذلك، أن اللجنة عند نظرها في التقرير المقدم من دولة موريتانيا، أوصتها بإلغاء جرائم الحدود والقصاص والدية، وعقوبة الإعدام؛ لأنها لا تتوافق مع التزامات الدولة بموجب الاتفاقية والمعايير الدولية. الملاحظات الختامية للجنة مناهضة التعذيب على التقرير الدوري الثاني لموريتانيا، الوثيقة رقم: CAT/C/MRT/CO/2، 2018، ص13-14، الفقرتان 33، 35.

كما انضمت ليبيا إلى الاتفاقية الدولية لحماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم في 18 يونيو 2004، ولم تبد أي تحفظ عليها، وانضمت أيضا إلى اتفاقية حقوق الطفل في 15 أبريل 1993، دون أي تحفظات⁽¹⁾. ومن أحكام اتفاقية حقوق الطفل التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، المادة (14) المتعلقة بحرية الفكر والضمير والدين، والمادتان (20، 21) التي تجيز نظام التبني. فقد حرم الإسلام التبني وجميع آثاره كالإرث وتحريم الزواج من حليمة المتبني⁽²⁾، قال تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ لِنَافْسِكُمْ أَن تَحْبِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ [الأحزاب: الآية 4].

وانضمت ليبيا إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في 3 يوليو 1968، ولم تبد إلا تحفظا واحدا على المادة (22) منها، بخصوص النزاع الذي ينشأ بين الدول الأطراف بشأن تفسير الاتفاقية وتطبيقها، التي تنص على إحالة موضوع النزاع إلى محكمة العدل الدولية⁽³⁾. ولم تتحفظ الدول الإسلامية على هذه الاتفاقية على أساس التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وهناك اتفاقية لم تنظم إليها ليبيا، وهي الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري لعام 2006، وبمراجعة أحكامها، تبين أنها لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾، ومع ذلك ينبغي قبل الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية مراجعتها من قبل الجهات ذات العلاقة وبيان مدى مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية. استخلاصا لما سبق، نجد أن اتجاه الدولة الليبية غريب في التحفظ على أحكام الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، فنجدها تارة لا تتحفظ على اتفاقية، تتضمن أحكاما مخالفة لشريعة الإسلامية، وتارة أخرى تتحفظ على أحكام محددة من الاتفاقية مع وجود أحكام أخرى في ذات الاتفاقية لم تتحفظ عليها بالرغم من مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، فهل ذات الاتجاه اتبعته الدول الإسلامية، هذا ما نحاول بيانه في المطلب القادم.

المطلب الثاني

مسلك الدول الإسلامية في التحفظ على الاتفاقيات الدولية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية

تحفظت معظم الدول الإسلامية على بعض أحكام الاتفاقيات الدولية لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾، ولم تتحفظ عليها ليبيا، ومن ذلك ما يلي:
أولا: التحفظ على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁽⁶⁾: يختلف موقف الدول الإسلامية من العهد وفقا لما يلي:

(1) الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالعمال المهاجرين وأفراد أسرهم: <https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CMW/Pages/CMWIndex.aspx>.
- الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، لجنة حقوق الطفل: <https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>
(2) فوزية عبدالستار، الإسلام وحقوق الإنسان، "دراسة موضوعية عن حقوق الإنسان في الإسلام وفضل الشريعة الإسلامية على العالمين"، مؤسسة الأهرام، القاهرة، مصر، 2007، ص 183-184.
(3) الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، لجنة القضاء على التمييز العنصري: <https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx>.
(4) حتى تاريخ 3-8-2021، لم تبد الدول الإسلامية الأطراف في الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري أي تحفظ عليها على أساس عدم تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الدول هي، المغرب وتونس وموريتانيا والعراق وسلطنة عُمان. والدول التي وقعت على الاتفاقية ولم تصادق عليها بعد، الجزائر ولبنان وإندونيسيا. الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالاختفاء القسري: <https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CED/Pages/CEDIndex.aspx>.
(5) للاطلاع على تحفظات دول الخليج على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان. انظر، فهد سعوان فهد المطيري، المرجع السابق، ص 102-126.
(6) الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المدنية والسياسية:

أ- دول لم تتحفظ على العهد على أساس تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية: ليبيا والعراق وسوريا واليمن. وتجدر الإشارة هنا إلى أن السعودية ليست طرفاً في العهد.

ب- دول أبدت تحفظاً عاماً على أحكام العهد: ومن ذلك تحفظ مصر بعدم تعارض أحكام العهد مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ج- دول تحفظت على أحكام محددة من العهد: تحفظت البحرين على المادة (3) المتضمنة حق المساواة بين الرجال والنساء في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة (18) المتعلقة بالحق في حرية الفكر والدين، والمادة (23) التي تلزم الدول بالمساواة بين الرجل والمرأة في إبرام عقد الزواج وجميع الآثار المترتبة عليه، بعدم تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، والمادة (4/23) بخصوص المساواة في الحقوق والمسؤوليات بين الزوجين، أن لا تؤثر بأي شكل من الأشكال على تعاليم الشريعة الإسلامية، وتحفظت قطر على المادتين (4/23) و(2/18) لمخالفتهما أحكام الشريعة الإسلامية، كما فسرت مصطلح "عقوبة" في المادة (7) من العهد⁽¹⁾ وفقاً للتشريعات الوطنية وأحكام الشريعة الإسلامية.

وفسرت الجزائر المادة (4/23) من العهد بخصوص حقوق ومسؤوليات الزوجين أثناء الزواج وعند فسخه، على أن لا تتعارض مع أحكام الزواج في النظام القانوني الجزائري. وقبلت موريتانيا تطبيق المادة (4-1/18) بشرط ألا تخل بأحكام الشريعة الإسلامية. وتحفظت موريتانيا على المادة (1/18)، (2، 3، 4)، بخصوص حرية اعتناق الدين وتغييره، والمادة (4/23) المتعلقة بالمساواة في الحقوق والمسؤوليات بين الزوجين عند الزواج وخلال له وعند انحلاله لا تعارضهما مع أحكام الشريعة الإسلامية.

د- سحب أو تعديل التحفظات: في 20 سبتمبر 2011، سحبت باكستان تحفظاتها على المواد (3، 6، 7، 18، 19) من العهد⁽²⁾، التي أبدت وقت التصديق، بشرط عدم مخالفة أحكام الدستور والقوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية.

ثانياً: التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽³⁾: يختلف نوع التحفظ الذي أبدته الدول الإسلامية وفقاً لما يلي:

أ- دول لم تتحفظ على الاتفاقية: اليمن الدولة العربية الوحيدة التي لم تتحفظ على الاتفاقية.

ب- دول أبدت تحفظاً عاماً بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية: من ذلك، تحفظت المغرب بتحفظ عام بعدم مخالفة قانون الأحوال الشخصية المغربي المستمد من الشريعة الإسلامية، وتحفظت السعودية وموريتانيا وماليزيا بتحفظ عام بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.

ج- التحفظ على أحكام محددة من الاتفاقية بعدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية: تحفظت الجزائر على المواد (2، 4/15، 16) بعدم تعارضها مع أحكام قانون الأسرة الجزائري، وتحفظت البحرين على المادة (2) بخصوص مبدأ المساواة في التمتع بالحقوق بين الرجل والمرأة من الناحيتين القانونية والعملية، والمادة (4/15) المتعلقة بحرية التنقل والإقامة والسكن، والمادة (16) المبينة لحق المساواة بين المرأة والرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وتحفظت بنغلاديش على المواد (2/و، 1/16، ج).

[-https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx](https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx).

⁽¹⁾ تنص المادة (7) من العهد، على أنه: " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة. وعلى وجه الخصوص، لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر".

⁽²⁾ تنص المادة (6) من العهد على حق الحياة، أما المادة (19) تتضمن حرية الرأي والتعبير.

⁽³⁾ الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة:

[-https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/Cedaw/Pages/CedawIndex.aspx](https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/Cedaw/Pages/CedawIndex.aspx).

والتمت مصر بمضمون المادة (2)، بشرط ألا يتعارض هذا الالتزام مع الشريعة الإسلامية، وتحفظت على المادة (16) المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة في جميع الأمور المتعلقة بالزواج وفسخ العقد⁽¹⁾. وتحفظ العراق على المادة (2/و)، والمادة (16)، وتحفظت الأردن على المادة (1/16-ج، د، ز)، وتحفظت دولة الكويت على المادة (16/و). وتحفظت عُمان على المادتين (15/4، 16)⁽²⁾. وتحفظت لبنان على المادة (1/16، ج، د، و، ز)، وتحفظت ماليزيا إلى جانب تحفظها العام، أنها غير ملزمة بالمواد (1/16-أ، ج، و، ز)، وفسرت المادة (11) على أن إشارة حظر التمييز على أساس المساواة بين الرجل والمرأة فقط.

وتحفظت قطر على المادة (1/15) المتعلقة بمساواة المرأة مع الرجل أمام القانون بخصوص مسائل الميراث فقط، والمادة (1/16-و)، وأصدرت إعلانا تفسيرا على المادة (1) التي تنص على مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في جميع الحقوق بصرف النظر عن حالتها الزوجية، على أنه لا يقصد بعبارة "بغض النظر عن الحالة الزوجية" تشجيع العلاقات الأسرية خارج الزواج الشرعي، وأن مسألة تعديل الأنماط المشار إليها في المادة (5/أ) بخصوص القضاء على الممارسات التي تؤدي إلى الاعتقاد بأن أحد الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، يجب ألا يفهم على أنها تشجيع للمرأة على التخلي عن دورها كأم ودورها في تنشئة الأطفال.

وتحفظت سوريا على المادة (4/15) المتعلقة بحرية التنقل والإقامة والسكن، والمادة (1/16-ج، د، و، ز) بخصوص المساواة في الحقوق والمسؤوليات بين الزوجين أثناء الزواج وعند فسخه، والمادة (2/16) المتعلقة بالأثر القانوني لخطوبة الطفل وزواجه. وتحفظت الإمارات العربية المتحدة على المواد (2/و) المتعلقة بالميراث و(2/15) بشأن تمتع المرأة بأهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، و(16) لمخالفتهم أحكام الشريعة الإسلامية.

د- سحب أو تعديل التحفظ: سحبت ماليزيا بتاريخ 19 يوليو 2010، تحفظها على المواد (5/أ، 7/ب، 2/16) من الاتفاقية. وفي 17 أبريل 2014، سحبت تونس تحفظها على المادتين (16-ج، د، و، ز، ح) و(4/15)، التي كانت في الأصل، قد تحفظت عليهما لتعارضهما مع أحكام قانون الأحوال الشخصية. وعدلت موريتانيا في 25 يوليو 2014، تحفظها العام، الذي يقتصر على المادتين (13/أ، 16)، من الاتفاقية، وتلزم المادة (13/أ) الدول بالقضاء على التمييز ضد المرأة في الحالات الاقتصادية والاجتماعية وتحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق.

ثالثا: التحفظ على اتفاقية حقوق الطفل⁽³⁾: يتم بيان موقف الدول الإسلامية من هذه الاتفاقية وفقا لما يلي:

أ- دول لم تتحفظ على الاتفاقية: من الدول العربية التي لم تتحفظ على اتفاقية حقوق الطفل، ليبيا والبحرين ولبنان وفلسطين والسودان واليمن.

ب- تحفظ عام بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية: من الدول التي أصدرت تحفظا عاما على عدم التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، جيبوتي والكويت⁽⁴⁾ وموريتانيا وقطر وسوريا والسعودية.

ج- تحفظ على أحكام محددة من الاتفاقية: الدول التي تحفظت على مواد محددة بعدم مخالفتها لأحكام

(1) حول تحفظ مصر على بعض أحكام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. انظر، صالح محمد محمود بدر الدين، تقييم تحفظات الدول العربية على اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، ورقة قدمت إلى ندوة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والشريعة الإسلامية خلال الفترة من 19-20 نوفمبر 2012، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان القطرية والمجلس الأعلى لشؤون الأسرة، الدوحة، قطر، 2012، ص 17 وما بعدها.
(2) للمزيد من المعلومات حول تحفظ دولة عُمان على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. انظر، وائل أحمد علام، سريان اتفاقات حقوق الإنسان في النظام القانوني الداخلي، "سلطنة عُمان نموذجا"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 2، العدد 1، 2015، ص 225.
(3) الموقع الرسمي لمعاهدات الأمم المتحدة:
(4) أشارت الكويت في تقريرها الجامع للتقارير الدورية من الثالث إلى السادس المقدم للجنة حقوق الطفل بتاريخ 23 نوفمبر 2018، أن تحفظها على المادة (21) من الاتفاقية والخاص بنظام التنبي، أن مضمون المادة يتعارض مع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وأحكام الشريعة الإسلامية. انظر، التقرير الجامع للتقارير الدورية من الثالث إلى السادس المقدم من الكويت بموجب المادة (44) من الاتفاقية الذي كان من المقرر تقديمه في عام 2018، الوثيقة رقم: CRC/C/KWT/3-2020، ص 3.

<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx>.

الشريعة الإسلامية، تحفظت الأردن على المواد (14، 20، 21) التي تتعلق بحرية الفكر والوجدان والدين ونظام التبني، والكويت على المادة (21) بخصوص نظام التبني، وتحفظت العراق على المادة (1/14) التي تتعلق بحق الطفل في حرية الدين؛ لأن حرته في تغيير دينه تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وتحفظت عُمان على المادة (21) التي تتعلق بالتبني والمادة (14) حق الطفل في حرية الدين والمادة (30) التي تسمح للأطفال المنتمين إلى أقليات دينية بالجهر بعقيدتهم⁽¹⁾، وتحفظت الإمارات على المادة (14) حق الطفل في حرية العقيدة والدين، والمادة (21) بالنسبة لنظام التبني، وتحفظت تونس على المادة (2) التي تحظر التمييز، بحيث لا يعيق تطبيقها أحكام قانونها الوطني المتعلق بالأحوال الشخصية وبصفة خاصة الزواج والميراث. وتحفظت الصومال على المواد (14، 20، 21) من الاتفاقية وأي أحكام أخرى تتعارض مع المبادئ العامة للشريعة الإسلامية.

أصدرت الجزائر إعلاناً تفسيريًا للمادة (2-1/14) من الاتفاقية، بخصوص حق الطفل في الفكر والوجدان والدين واحترام حقوق وواجبات الوالدين في توجيه الطفل وفي ممارسة حقه، بطريقة تنسجم مع قدراته، أن الالتزامات الواردة في هاتين الفقرتين، تفسر بالتوافق مع النظم القانونية الجزائرية وخاصة الدستور، الذي ينص على أن دين الدولة هو الإسلام، والمواد (13، 16، 17) المتعلقة بحق الطفل في حرية التعبير، وعدم التعرض لحياته الخاصة، وحصوله على المعلومات، بشرط ألا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

د- سحب أو تعديل التحفظ: من الدول التي سحبت تحفظاتها، سحبت سوريا تحفظها في عام (2006) على المادتين (20-21) المعنيتين بالتبني، كما سحبت مصر تحفظها على الأحكام الخاصة بالتبني في المادتين (20-21)، وسحبت أيضا دولة عُمان في 9 ديسمبر (2014) تحفظها على المواد (7، 9، 21، 30). وسحبت تونس تحفظها على المادة (2) في 23 ديسمبر 2008، التي أبدت عند التصديق. وفي 23 يولييه 1997، سحبت حكومة باكستان تحفظها العام، على أن تفسر أحكام الاتفاقية في ضوء مبادئ الشريعة والقيم الإسلامية، وفي 19 أكتوبر 2006، سحبت المغرب تحفظها على المادة (14) التي تمنح الأطفال حرية اعتناق أي دين، وقامت قطر في شهر أبريل 2009، بسحب جزئي لتحفظها العام الذي يقتصر على أحكام المادتين (2، 14) من الاتفاقية.

تنص الدساتير العربية على أن الإسلام دين الدولة، ولا تنص على مبدأ مطابقة التشريعات الوطنية مع أحكام الشريعة الإسلامية، حيث إنها تسن تشريعات غير متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وتحتج بأحكامها كلما تعلق الأمر بتنفيذ معاهدات حقوق الإنسان(2).

(1) حول تحفظ عُمان على اتفاقية حقوق الطفل. انظر، وائل علام، المرجع السابق، ص225.

(2) ربيعة الناصري، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في شمال أفريقيا، "التقدم والتحديات والآفاق"، ورشة عمل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من أجل رفع التحفظات والتصديق على البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية في شمال أفريقيا، تحت إشراف اللجنة الاقتصادية لأفريقيا للأمم المتحدة وهيئة الأمم المتحدة للمرأة، الرباط، المغرب، 2011، ص15-16.

المبحث الثاني

الموقف الدولي من التحفظات الليبية على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، تعتبر للجان الدولية على التحفظات الليبية على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وتطالبها بسحبها أو تعديلها، على أساس أنها تخالف موضوع الاتفاقية والغرض منها، كما أن لبعض الدول الغربية ذات الموقف، لذلك ندرس هذا المبحث، في مطلبين وفقاً لما يلي:

المطلب الأول

موقف اللجان الدولية المعنية بحقوق الإنسان

لا تجيز اتفاقيات حقوق الإنسان التحفظات التي تتعارض مع موضوع الاتفاقية، من ذلك المادة (2/28) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والمادة (2/51) من اتفاقية حقوق الطفل، والمادة (2/20) من الاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري⁽¹⁾. ونتيجة لذلك نبين دور هذه اللجان على المستويين النظري والتطبيقي وفقاً لما يلي:

أولاً: على المستوى النظري: من أهم اللجان التي اعتمدت تعليقات بخصوص التحفظ على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان ما يلي:

أ- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان: اعتمدت اللجنة في عام 1994، تعليقاً عاماً بشأن المسائل المتعلقة بتحفظات الدول عند التصديق أو الانضمام للعهد، وبينت أن أحكام العهد هي من قواعد القانون الدولي العرفي، ولاسيما القواعد الآمرة، لا يجوز أن تكون موضوعاً للتحفظات. كما أن أي تحفظ، يرفض اختصاص اللجنة في تفسير أحكام العهد، يكون تحفظاً منافياً لموضوع العهد وهدفه، وأعربت اللجنة عن قلقها من التحفظات ذات الطبيعة العامة، التي لا تقبل بها الدولة أي حقوق والتزامات دولية حقيقية⁽²⁾.

وتختص اللجنة بالفصل في مدى اتفاق التحفظ مع هدف العهد من عدمه، ووضعت معايير لا بداء الدول تحفظاتها وفقاً للعهد، من ذلك أن تكون التحفظات محددة وشفافة، ولا يجوز أن تكون التحفظات عامة، بل يجب أن تستند إلى حكم محدد من أحكام العهد، وأن تبين بعبارات محددة نطاق تحفظها. ولا ينبغي للدول أن تبدي عددًا كبيراً من التحفظات، ولا أن تسعى إلى تجريد الالتزامات المحددة بموجب العهد من دلالاتها المستقلة من خلال مطابقتها لأحكام القانون الوطني أو عدم قبولها إلا بقدر ما تكون متطابقة مع هذا القانون، ولا أن تستند الدول في تحفظاتها أو إعلاناتها التفسيرية إلى إعطاء معنى لنص في العهد حسبما فسرتة لجنة من اللجان المنشأة بموجب اتفاقية دولية⁽³⁾.

وينبغي على الدول سحب تحفظاتها في أسرع وقت ممكن، وأن تتضمن تقاريرها المقدمة إلى اللجنة

(1) وائل أحمد علام، المرجع السابق، ص 224. نصت المادة (2/28) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أنه: "لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافياً لهدف هذه الاتفاقية وغرضها"، ونصت المادة (2/51) من اتفاقية حقوق الطفل على أنه: "لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافياً لهدف هذه الاتفاقية وغرضها"، وقد نصت المادة (2/20) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري على أنه: "لا يسمح بأي تحفظ يكون منافياً لموضوع هذه الاتفاقية ومقصدتها، كما لا يسمح بأي تحفظ يكون من شأنه تعطيل عمل أي هيئة من الهيئات المنشأة بها. ويعتبر التحفظ منافياً إذا اعترض عليه ما لا يقل عن ثلثي الدول الأطراف في هذه الاتفاقية". انظر، الأمم المتحدة، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجنيف، 2006، ص 23، 57، 97.

(2) تعليق عام اعتمدته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بمقتضى الفقرة 4 من المادة 40 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الوثيقة رقم: CCPR/C/21/Rev.1/Add.6، ص 4، الفقرتان 11، 12.

(3) تعليق عام اعتمدته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بمقتضى الفقرة 4 من المادة 40 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المرجع السابق، ص 7، الفقرة 19.

الإجراءات المتخذة لمراجعة التحفظات وإعادة النظر فيها أو سحبها⁽¹⁾. وقد تم التأكيد في المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان بفيينا لعام 1993، أن على الدول سحب تحفظاتها المخالفة لموضوع الاتفاقية والغرض منها⁽²⁾. وأكدت محكمة العدل الدولية في قضية "أحمدو صاديو ديالو" (جمهورية غينيا ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية) على أهمية التصريحات (الآراء-التوصيات-التعليقات-التدابير-النتائج) الصادرة عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بخصوص تفسير العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بغض النظر عما إذا كانت هذه التصريحات تؤدي أو تشير إلى اتفاق بين الأطراف بموجب المادة (3/31) من اتفاقية فيينا، وفي التعليق على حكم المحكمة رأيت بعض الدول أن تصريحات الهيئات المنشأة بموجب المعاهدات، تساهم في تحديد المعنى العادي للمصطلحات في السياق الذي وردت فيه، وفي ضوء موضوع وغرض المعاهدة، بينما ترى دول أخرى، أن وظيفة هذه الهيئات هي الإشراف على تطبيق المعاهدة وليست وسيلة للتفسير، وأن الممارسة اللاحقة تتعلق بالدول الأطراف فقط⁽³⁾.

ب- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة: أصدرت اللجنة في عام 1998، بياناً بشأن التحفظات على اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، أشارت فيه، إلى أن المادتين (2) و(16) تتضمنان الأحكام الأساسية في الاتفاقية، وأن التحفظات التي تبدي علمها لأسباب دينية أو ثقافية أو قانونية، هي تحفظات لا تتماشى مع موضوع الاتفاقية وأنها غير جائزة، وعلى الدول تعديلها أو سحبها وفقاً لما تنص عليه المادة (2/28) من الاتفاقية⁽⁴⁾، كما يجب على الدول سحب تحفظاتها المنافية لهدف الاتفاقية وبشكل خاص المواد (2)، (3)، (9)، (15)، (16)، (24) من الاتفاقية⁽⁵⁾.

وبينت اللجنة أن التحفظات تؤثر على فعالية الاتفاقية وهدفها في إنهاء التمييز ضد المرأة، وتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة من الناحيتين القانونية والفعالية، ولا تستطيع اللجنة القيام بواجبها في تقييم التقدم الذي تم تحقيقه من قبل الدول الأطراف في تنفيذ الاتفاقية، كما أنها تحد من نطاق اختصاصها، وتؤثر على نظام حقوق الإنسان بشكل عام⁽⁶⁾.

وأوضحت أيضاً، أن إبداء إحدى الدول تحفظاً على المادة (2) من الاتفاقية، يلغي امتثالها للالتزاماتها بموجب المعاهدات الأخرى لحقوق الإنسان التي صادقت عليها أو انضمت إليها، وبموجب القانون الدولي العرفي لحقوق الإنسان والمتعلقة بالقضاء على التمييز ضد المرأة، وإذا كان هناك تضارب بين تحفظات على أحكام الاتفاقية والتزامات مماثلة بموجب معاهدات دولية أخرى لحقوق الإنسان صدقت عليها أو انضمت إليها الدولة الطرف، فإن عليها استعراض تحفظاتها على الاتفاقية بهدف سحبها⁽⁷⁾. وهذه الحالة تنطبق على

(1) المرجع نفسه، الصفحة نفسها، الفقرة 20.

(2) المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان، فيينا 14-25 يونيو 1993، الوثيقة رقم: A/CONF.157/23، 1993، الفقرة 37.

(3) الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، تقرير لجنة القانون الدولي، الملحق رقم 10 (A/71/10)، نيويورك، 2016، ص 303-306.

(4) تنص المادة (2/28) من الاتفاقية على أنه: "2- لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافياً لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها".

(5) الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الملحق رقم 38 (A/53/38/Rev.1)، نيويورك، 1998، ص 78-80، التوصية العامة رقم 28 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الالتزامات الأساسية للدول الأطراف بموجب المادة 2 من اتفاقية

القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الوثيقة رقم: CEDWA/C/GC/28، 2010، ص 13، الفقرة 41.

(6) تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1998، المرجع السابق، ص 79، الفقرة 10.

(7) التوصية العامة رقم 28 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الالتزامات الأساسية للدول الأطراف بموجب المادة 2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص 13، الفقرة 42. كما أوصت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدول الأطراف على سحب تحفظاتها على المادة (9) من الاتفاقية؛ لأنها لا تتوافق مع هدف الاتفاقية والغرض منها، وهي تحفظات غير مسموح بها بمقتضى المادة (2/28) من الاتفاقية. انظر، التوصية العامة رقم 32 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الأبعاد الجنسانية المرتبطة بالمرأة فيما يتعلق بمركز اللاجئ واللجوء الجنسية وانعدام الجنسية، الوثيقة رقم: CEDWA/C/GC/32، 2014، ص 26، الفقرة 63.

التحفظ الليبي على المادتين (2/16/ج، د) من الاتفاقية وبين أحكام العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي لم تتحفظ عليه ليبيا، إذ أن المادة (2) من الاتفاقية تقابلها المادة (3) من العهد، التي تنص على مبدأ المساواة بين الرجال والنساء في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة (16/ج، د) بخصوص المساواة في الحقوق في عقد الزواج تقابلها المواد (3، 17، 23، 24، 26) من العهد.

ويرى جانب من الفقه أنه بغض النظر عن موقف اللجان الدولية من التحفظات، إلا أن عليها أن تراعي عالمية حقوق الإنسان، وأنها تطبق داخل دول تكون فيها مفاهيم حقوق الإنسان ذات مضمون متغير، فمفهوم الأسرة التي تتكون من الجنس نفسه، يكون مقبولاً في بعض الدول الغربية ومرفوضاً في دول أخرى مثل الدول الإسلامية⁽¹⁾.

ثانياً: على المستوى التطبيقي: يتم في هذه الفقرة توضيح التوصيات الصادرة عن اللجان الدولية على وضع حقوق الإنسان في ليبيا وتحفظاتها التي أبدتها، وذلك كما يلي:

أ- رأي اللجنة المعنية بحقوق الإنسان على وضع حقوق الإنسان في ليبيا: بينت اللجنة في ملاحظاتها الختامية على التقرير الدوري الرابع لليبيا في أكتوبر 2007، أنه لا يمكن للدولة الطرف أن تستشهد بأحكام قانونها الداخلي كمبرر لعدم الوفاء بالتزاماتها بموجب معاهدة هي طرف فيها وفقاً لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969. وأوصتها بمراجعة قوانينها لكفالة المساواة بين الرجل والمرأة في قضايا الأحوال الشخصية، وخاصة مسائل الطلاق والميراث، وأن تكون المساواة بينهما مكفولة قانوناً وممارسة. وأن تعيد النظر في القوانين والممارسات المتعلقة بالقصاص والدية في ضوء العهد⁽²⁾.

ب- رأي لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التحفظ الليبي على الاتفاقية: رحبت اللجنة في ملاحظاتها الختامية على التقارير الدورية المقدمة من ليبيا في 29 يناير 2009، بالتعديلات الواردة على القانون رقم 10 لسنة 1984، الذي ينظم الزواج والطلاق، وذلك بموجب القانون رقم 9 لعام 1993، بخصوص حظر تعدد الزوجات دون موافقة مكتوبة من الزوجة الأولى والحصول على إذن من المحكمة، الأمر الذي يعد خطوة نحو إلغاء تعدد الزوجات، كما أن المادة (73/ب) من القانون رقم 10 لسنة 1984، ألغت جميع الأحكام التي تقوم على مبدأ النشوز⁽³⁾.

وأعربت اللجنة عن امتنانها بقيام ليبيا في عام 1995، بسحب تحفظها العام على الاتفاقية، وعبرت عن قلقها البالغ إزاء التحفظات التي أبدتها على المادة (2) بشأن الحق في الميراث والمادة (16/ج، د) بخصوص الزواج والطلاق، ورأت أن هذه التحفظات تتعارض مع هدف الاتفاقية وغرضها. كما أن الدولة المعنية لم تبد أي تحفظات على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي يتطلب المساواة بين المرأة والرجل في مسائل الأحوال الشخصية⁽⁴⁾.

وأوصتها على اتخاذ الخطوات المناسبة لسحب جميع التحفظات على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وذلك للتأكد من الاستفادة الكاملة للمرأة من جميع الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية.

(1) إبراهيم على بنوي الشيخ، المرجع السابق، ص 397-398.

(2) الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحقوق الإنسان على التقرير الدوري الرابع لليبيا، الوثيقة رقم: CCPR/C/LBY/CO/4، 2007، ص 2-5، الفقرتان 11، 17.

(3) الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، على التقرير الدوري الثاني والتقرير الجامع للتقارير الدورية من الثالث إلى الخامس لليبيا، المرجع السابق، ص 2، الفقرة 6.

(4) المرجع نفسه، ص 4، الفقرة 13.

ويجب عليها تعديل تشريعاتها التي تنظم حضارة الأطفال بما يكفل للمرأة نفس حقوق الرجل في السفر مع أطفالها إلى الخارج، ومنح المرأة حقوقاً متساوية في الزواج والطلاق والميراث، ووضع حدٍّ لممارسة تعدد الزوجات وفقاً لتوصية العامة للجنة رقم (21) بشأن المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية⁽¹⁾. وطالبتها بإلغاء القانون رقم (70) لسنة 1973، بشأن إقامة حد الزنى وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات، الذي ينص على تجريم العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج؛ لأنه قد يترتب عليه آثار سيئة على المرأة⁽²⁾.

إن موقف بعض اللجان الدولية المعنية بحقوق الإنسان، بخصوص تحفظات الدول الإسلامية سيكون له أثرٌ كبيرٌ في عمل غيرها من اللجان عند نظرها في التقارير المقدمة من هذه الدول.

المطلب الثاني

موقف الدول من التحفظات اللببية

تعارض بعض الدول على التحفظات اللببية بشكل خاص وتحفظات الدول الإسلامية بشكل عام، وللمحاكم واللجان الدولية موقفٌ من هذا الاعتراض، عليه ندرس هذا المطلب في فقرتين وفقاً لما يلي:

أولاً: فقه المحاكم واللجان الدولية من اعتراض الدول على التحفظات: نصت المادتان (21، 4/20) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام (1969) على هذه المسألة، إذ يجوز لأي دولة الاعتراض على تحفظ ما، الذي لا يمنع بدء نفاذ المعاهدة بين الدولة المعترضة والدولة المتحفظة إلا إذا عبرت الدولة المعترضة خلاف ذلك. واستناداً على ما سبق نتناول تفسير المحاكم واللجان الدولية لهذه المسألة كما يلي:

أ- محكمة العدل الدولية: أوضحت المحكمة في قضية التحفظات على اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها لسنة (1951)، أن الدولة التي تعترض على تحفظ على أساس تعارضه مع موضوع وهدف المعاهدة، يمكنها من خلال هذا الاعتراض أن تعتبر المعاهدة غير سارية بينها وبين الدولة المتحفظة⁽³⁾.

ب- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان: رأت اللجنة أن أعمال قواعد التحفظ المنصوص عليها في اتفاقية فيينا، ليس ملائماً بالنسبة للعهد؛ لأن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة (1966) - وغيره من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان - لا يتضمن التزامات متبادلة بين الدول، وإنما القصد منها تمتع الأفراد بحقوقهم⁽⁴⁾.

وترى اللجنة أن عدم وجود اعتراض على تحفظ ما، لا يستدل منه على أن التحفظ يتفق أو لا يتفق مع موضوع وهدف العهد، ولكن الاعتراض على تحفظ ما من قبل الدول، يمكن أن تستأنس به اللجنة في

(1) المرجع نفسه، الصفحة نفسها، الفقرتان 14، 18.

(2) المرجع نفسه، ص 7، الفقرتان 23، 24. للاطلاع على توصيات لجنة مناهضة التمييز ضد المرأة على تقارير الدول الإسلامية ومطالباتها بسحب تحفظاتها. انظر، ربيعة الناصري، المرجع السابق، ص 19-20.

(3) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (1948-1991) في الوثيقة رقم: ST/LEG/SER.F/1، ص 23-24.

(4) تعليق عام اعتمده اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بمقتضى الفقرة 4 من المادة 40 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المرجع السابق، ص 6، الفقرة 17. تتميز الالتزامات بموجب اتفاقيات حقوق الإنسان بالطابع الموضوعي؛ لأنها ليست التزامات دولة تجاه دولة أخرى، ولا تخضع لمبدأ المعاملة بالمثل، بل هي التزامات تقع على الدولة لمصلحة رعاياها والمجتمع الدولي. إن اتفاقيات حقوق الإنسان ليست كالمعاهدات الجماعية التقليدية التي تهدف إلى تبادل حقوق والتزامات بين الدول الأطراف طبقاً للمادة (20) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. فموضوع وهدف اتفاقيات حقوق الإنسان، هو حماية الحقوق الأساسية للأفراد دون النظر إلى جنسيتهم في مواجهة الدولة التي يخضعون لولايتها وأي دولة أخرى طرف في الاتفاقية المعنية. انظر، عصام محمد أحمد زنتاني، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، "الأسس القاعدي-الإطار المؤسسي-آليات المتابعة والمراقبة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 96.

تفسيرها مدى اتفاق التحفظ مع موضوع العهد والهدف منه⁽¹⁾.

وقد خولت اللجنة نفسها تحديد ما إذا كان تحفظاً معيناً يتفق مع موضوع العهد وهدفه ، وذلك لأسباب منها: أولاً، أن اعتراض الدول على تحفظ ما، ليس مناسباً لمعالجة مشكلة التحفظ على معاهدات حقوق الإنسان؛ لأن التزامات الدول ليست التزامات تبادلية، وأن الدول غالباً لا تجد أي أهمية قانونية أو ضرورة للاعتراض على التحفظات، ثانياً، أنه لكي تعرف اللجنة نطاق اختصاصها في بحث مدى امتثال الدول لأحكام العهد بموجب المادة (40) أو النظر في الشكاوى الفردية في إطار البروتوكول الأول، فإن عليها أن تعتمد رأياً بشأن مدى اتفاق أو عدم اتفاق التحفظ مع موضوع العهد وهدف العهد ومع أحكام القانون الدولي العام، وفي حالة ما قررت اللجنة أن تحفظاً ما، لا يتفق مع موضوع العهد وهدفه، فإن الدولة المتحفظة لا تستفيد من تحفظها⁽²⁾.

ج- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة: أصدرت اللجنة في عام 1998، بياناً بشأن التحفظات على اتفاقية مناهضة التمييز ضد المرأة، وأوضحت فيه، أنه يجوز للدول الأطراف في الاتفاقية الاعتراض على التحفظات التي تخالف المبادئ الأساسية للاتفاقية، ومن ذلك التحفظ على المادتين (2، 16) من الاتفاقية⁽³⁾.

وأشارت اللجنة أن الدول الأطراف تبدي قلقاً من التضارب بين المادة (2) من الاتفاقية وأحكام الشريعة الإسلامية، وأن هذه التحفظات عامة، وتشمل المادة الثانية بشكل تام. وترى اللجنة أن اعتراض الدول على التحفظات على المادتين (2، 16) من الاتفاقية لها أثر إيجابي، يتمثل في تشجيع الدول على سحب أو تعديل تحفظاتها⁽⁴⁾. وبما لا يدع مجالاً للشك، أن ليبيا والدول الإسلامية سحبت وعدلت تحفظاتها نتيجة ممارسة الضغط من قبل الدول واللجان الدولية.

وتؤكد اللجنة على رأي المقرر الخاص الذي عينته لجنة القانون الدولي، والمتمثل في أن اعتراضات الدول تعتبر وسيلة لممارسة الضغط على الدول المتحفظة، وتعد أيضاً بمثابة مبدأ توجيهي لتقييم مدى جواز إبداء التحفظ من جانب اللجنة ذاتها. ومن خلال الملاحظات الختامية التي تصدرها اللجنة عند نظرها في التقارير المقدمة من الدول الأطراف، تعرب عن قلقها من التحفظات على المادتين (2، 16) من الاتفاقية، وتطلب منها سحبها أو تعديلها⁽⁵⁾.

ثانياً: اعتراض الدول على التحفظات الليبية: تعترض الدول على التحفظات الليبية على أساس أنها تخالف موضوع الاتفاقية وغرضها، وذلك وفقاً لما يلي:

أ- اعتراض الدول على التحفظ الليبي على المادتين (2، 16/ج، د) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽⁶⁾: حتى تاريخ 2021/3/8، أربع دول اعترضت على تحفظ ليبيا على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من أصل (189) دولة طرف في الاتفاقية، ومن هذه الدول، اعترضت دولة

(1) تعليق عام اعتمدته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بمقتضى الفقرة 4 من المادة 40 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المرجع السابق، ص7-6، الفقرة 17.

(2) عصام محمد أحمد زنتي، المرجع السابق، ص 107؛ تعليق عام اعتمدته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بمقتضى الفقرة 4 من المادة 40 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المرجع السابق، ص7، الفقرة 18.

(3) تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1998، المرجع السابق، ص79، الفقرة 8.

(4) المرجع نفسه، ص80، 82، الفقرتان 10، 20.

(5) تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1998، المرجع السابق، ص82، 83، الفقرتان 21، 24.

(6) الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة:

<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/Cedaw/Pages/CedawIndex.aspx>

الدنمارك في 3 يوليو 1990، على التحفظ الليبي الأول، على أساس أنه تحفظ عام، يخضع للمبدأ العام لتفسير المعاهدة، الذي لا يجوز بموجبه لأحد الأطراف الاحتجاج بأحكام قانونه الداخلي كمبرر لعدم تنفيذ الاتفاقية. كما اعترضت دولة فنلندا بتاريخ 16 أكتوبر 1996، على التحفظ الليبي بصيغته المعدلة في 5 يوليو 1995، واعتبرت أن التحفظ عام، ولا يحدد أي أحكام الشريعة الإسلامية التي يجب مراعاتها، ولا تعلم الدول الأخرى إلى أي مدى تلتزم الدولة المتحفظة بأحكام الاتفاقية، مما يثير الشكوك حول التزامها بالوفاء بالتزاماتها بموجب الاتفاقية، كما أن الدولة لا تستطيع الاحتجاج بقانونها الداخلي كمبرر لعدم تنفيذ الاتفاقية.

إن معظم الدول تعترض على تحفظات الدول الإسلامية بعدم تعارض أحكام أو حكم محدد للاتفاقيات الدولية مع أحكام الشريعة الإسلامية، على أساس أنها تحفظات عامة، ولا تحدد مدى مسؤولية الدولة في تنفيذ التزاماتها بموجب هذه الاتفاقيات، كما أنها تخالف الهدف منها وغرضها، وتخالف أيضا أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

ب- اعتراض الدول على الإعلان التفسيري الليبي للمادة (25/أ) من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة⁽¹⁾: حتى تاريخ 2021/3/8، (20) دولة اعترضت على الإعلان التفسيري من أصل (182) دولة طرف في الاتفاقية، ومن هذه الدول، اعترضت دولة الدنمارك بتاريخ 27 فبراير 2019، على أن الإعلان بمثابة تحفظ يهدف إلى إخضاع تطبيق أحد أحكام الاتفاقية للشريعة الإسلامية والتشريعات الوطنية، وأن التحفظ عام وغير محدد ولا يتوافق مع موضوع الاتفاقية والغرض منها، وغير جائز وفقا للمادة (1/46) من الاتفاقية⁽²⁾، ولا يحدد بوضوح للدول الأطراف الأخرى مدى قبول ليبيا للالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقية. واعترضت دولة اليونان في 15 مارس 2019، على الإعلان، وأبدت نفس الأسانيد التي قدمتها دولة الدنمارك. وفي 2019/2/14، كما اعترضت دولة تشيك على الإعلان، وبينت أن له طبيعة عامة وغامضة، ولهذا لا يمكن تقييم طبيعته ونطاقه بشكل صحيح، وأشارت إلى أن الإعلان يطرح سؤالا حول ما إذا كانت الدولة المعنية تهدف إلى استبعاد أو تعديل الأثر القانوني للمادة (25/أ) من الاتفاقية، وإلى أي مدى تلتزم بالالتزامات المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر بشكل عام، وبينت أنه بدون تحديد نطاق الإعلان بشكل دقيق، فإنه من المستحيل تقييم ما إذا كانت متوافقة أم لا مع موضوع الاتفاقية والغرض منها. وأشارت دولة المجر بتاريخ 15 فبراير 2019، أن تحفظ ليبيا يتعارض مع هدف الاتفاقية ويثير الشكوك حول مدى التزامها بالوفاء بأحكام الاتفاقية، باعتبار أن هدفها هو تعزيز وحماية وضمان التمتع الكامل والمتساوي بجميع حقوق الإنسان للأشخاص ذوي الإعاقة وتعزيز احترام كرامتهم المتأصلة، وترى أن التحفظ غير مقبول؛ لأنه يتعارض مع موضوع الاتفاقية وغرضها وتعترض عليه، ولا يمنع هذا الاعتراض دون بدء نفاذ الاتفاقية بين المجر وليبيا، وتظل الاتفاقية سارية النفاذ بين الدولتين دون أن تستفيد الدولة المتحفظة من تحفظها.

وأوضحت دولة رومانيا، أن الإعلان هو تحفظ يخالف المادة (27) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، التي تنص على أن من واجب الدول الأطراف في المعاهدة ضمان أن قانونها الداخلي، يسمح بتطبيق المعاهدة والالتزام بها، كما أن التحفظ يخالف المادة (1/4-أ، ب) من الاتفاقية، التي تتعهد بموجها

(1) الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة:

<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>.

(2) تنص المادة (1/46) على أنه: "لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها".

الدول الأطراف باعتماد جميع التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة بشأن تنفيذ الحقوق المعترف بها في الاتفاقية، واتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك تعديل وإلغاء القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد الأشخاص ذوي الإعاقة. إن الطبيعة العامة للحفاظ لا تبين مدى توافقه مع نطاق الاتفاقية والغرض منها وفقاً للمادة (1/46) من الاتفاقية. ولا تمنع كل هذه الاعتراضات دون بدء نفاذ الاتفاقية بين هذه الدول وليبيا، وبذلك تصبح الاتفاقية سارية بينهم دون أن تستفيد ليبيا من تحفظها.

ح- اعتراض الدول على التحفظات الليبية ووضع حقوق الإنسان داخل ليبيا أمام آلية الاستعراض الدوري الشامل: عند دراسة وضع حقوق الإنسان في ليبيا للمرة الثالثة أمام آلية الاستعراض الدوري الشامل في نوفمبر 2020، طالبت العديد من الدول ليبيا بسحب تحفظاتها على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وتعديل قوانينها وفقاً لأحكام هذه الاتفاقيات-التي قد تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية- ومن ذلك، سحب جميع التحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وإنهاء جميع أشكال التمييز ولاسيما ضد المرأة على أي أساس بما في ذلك الدين، ونزع صفة الجرم عن العلاقات الجنسية التي تتم بالتراضي بين البالغين من نفس الجنس، وتوسيع نطاق تشريعاتها المناهضة للتمييز، لتشمل التمييز على أساس الميل الجنسي والهوية الجنسية، وإلغاء عقوبة الإعدام واستبدالها بعقوبة السجن، والتصديق على البروتوكول الاختياري الثاني الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (الخاص بإلغاء عقوبة الإعدام)، وإلغاء قانون الأحوال الشخصية الذي ينطوي على تمييز ضد المرأة في مسائل الزواج والطلاق والميراث، وضمان المساواة بين الجنسين بحماية وتعزيز حقوق المرأة عن طريق تعديل القوانين، وسن قانون شامل لحماية حقوق المرأة ومكافحة التمييز ضدها⁽¹⁾. وكل تلك التوصيات وفقاً لأحكام الاتفاقيات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

(1) تقرير الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل لليبيا، الوثيقة رقم: A/HRC/46/17، 2021، ص 16 وما بعدها، الفقرة 148.

الخاتمة

تضمنت خاتمة هذا البحث النتائج (أولاً) وأهم التوصيات (ثانياً) وفقاً لما يلي:

أولاً – النتائج:

- حسب الفقه القانوني للجان الدولية المعنية بحقوق الإنسان ومعظم الدول الغربية، فإن جميع التحفظات المؤسسة على التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، هي تحفظات تخالف موضوع وهدف الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان وأحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ويجب سحبها أو تعديلها.
- معظم الدول الإسلامية بما في ذلك ليبيا، قامت بسحب أو تعديل تحفظاتها التي كانت أبدتها (وقت التصديق أو الانضمام) على أساس تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية تحت ضغط المجتمع الدولي.
- يقتصر تحفظ ليبيا على الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان على مسائل الأحوال الشخصية والميراث بشكل عام.
- عدم تحفظ ليبيا على العديد من أحكام الاتفاقيات الدولية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، مثال ذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
- فتح المجال أمام المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية للضغط على ليبيا في الالتزام بتنفيذ أحكام الاتفاقيات الدولية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية وتعديل قوانينها وممارستها العملية وفقاً لذلك.
- ليست كل الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، بل إن هناك أحكام لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية، ويمكن تطبيقها في القانون الداخلي.
- الموقف الدولي من التحفظات غير عادل وغير متوازن ولا يلي التنوع الديني والثقافي للدول. وإن كان التحفظ يمثل مظهراً من مظاهر السيادة، فإن المطالبة بسحبها تؤثر على هذه السيادة.
- إن الاستناد على أن تحفظات الدول الإسلامية غير مقبولة لتعارضها مع موضوع المعاهدة والغرض منها، يشكل حرباً على الإسلام وتجريد الدول من هويتها الإسلامية وهيمنة الثقافة الغربية عليها.
- لم تراع اتفاقيات حقوق الإنسان وخاصة اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، الاختلاف الديني والثقافي لدول الأطراف.

ثانياً – التوصيات:

- الصياغة الدقيقة لآلية اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للقاعدة القانونية في الدستور الليبي.
- النص في الدستور على موافقة التشريعات مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- النص في الدستور أن على السلطة المختصة بالتصديق أو الانضمام على الاتفاقيات الدولية، التحفظ على أحكام الاتفاقيات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.
- موافقة التشريعات الليبية مع الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان مع مراعاة الأحكام المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.
- بناء المجتمع الليبي من الداخل على أسس دينية ليكون مجتمعاً إسلامياً وسطياً.
- على الدولة الليبية التمسك بتحفظاتها على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- على الدول الإسلامية التأكيد في كل المحافل الدولية على أن تحفظاتها على عدم التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، يمثل القيم الأساسية للمجتمعات الإسلامية وأنها غير مخالفة لموضوع المعاهدات الدولية أو الغرض منها.



قائمة بأهمّ المراجع

أولاً - مراجع الفقه الإسلامي:

- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبدالرحمن بن ناصر البراك، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط1، 2005.
- ابن كثير، أبي الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2000.

ثانياً - مراجع الفقه القانوني:

أ- الكتب:

- إبراهيم على بدوي الشيخ، نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- حسين بن محمد المهدي، حقوق الإنسان في الهدى النبوي، "دراسة مقارنة بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتشريعات الوطنية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.
- عارف بن عوض بن عبدالحليم الركابي، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، "دراسة نقدية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية"، دار التوحيد للنشر، الرياض، السعودية، ط1، 2013.
- عصام محمد أحمد زنتي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، "الأساس القاعدي- الإطار المؤسسي- آليات المتابعة والمراقبة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- علي ضوي، القانون الدولي العام، "الأشخاص والمصادر"، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، ط6، 2019.
- فوزية عبدالستار، الإسلام وحقوق الإنسان، "دراسة موضوعية عن حقوق الإنسان في الإسلام وفضل الشريعة الإسلامية على العالمين"، مؤسسة الأهرام، القاهرة، مصر، 2007.
- محمد سيد المصري، التحفظ على معاهدات حقوق الإنسان، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2020.
- ميلود المهدي، محاضرات في حقوق الإنسان، "موسوعة حقوق الإنسان2"، دار الرواد، طرابلس، ليبيا، ط1، 2009.

ب- الرسائل العلمية:

- فهد سمران فهد المطيري، تحفظات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2012.

ج- البحوث والمقالات:

- ربعة الناصري، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في شمال أفريقيا، "التقدم والتحديات والآفاق"، ورشة عمل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من أجل رفع التحفظات والتصديق على البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية في شمال أفريقيا، تحت إشراف اللجنة الاقتصادية لأفريقيا بالأمم المتحدة وهيئة الأمم المتحدة للمرأة، الرباط، المغرب، 2011.
- صالح محمد محمود بدر الدين، تقييم تحفظات الدول العربية على اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، ورقة قدمت إلى ندوة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والشريعة الإسلامية خلال الفترة من 19-20 نوفمبر 2012، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان القطرية والمجلس الأعلى لشئون الأسرة، الدوحة، قطر، 2012.
- محمد السعيد الدقاق، التحفظ على الاتفاقيات الدولية، "مفهومه وضوابطه في الفقه الإسلامي"، الندوة السنوية لتطور العلوم الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عُمان، ب، ت.
- محمد خليل الموسى، التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 26، العدد3، 2002.
- وائل أحمد علام، سريان اتفاقات حقوق الإنسان في النظام القانوني الداخلي، "سلطنة عُمان نموذجاً"، مجلة جامعة المشاركة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد2، العدد1، 2015.

د- وثائق الأمم المتحدة:

- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (1948-1991)، الوثيقة رقم ST/LEG/SER.F/1، 1992.

- -المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان، فيينا 14-25 يونيو 1993، الوثيقة رقم: A/CONF.157/23، 1993.
- تعليق عام اعتمده اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بمقتضى الفقرة 4 من المادة 40 من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الوثيقة رقم: CCPR/C/21/Rev.1/Add.6، 1994.
- الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الملحق رقم 38 (A/53/38/Rev.1)، نيويورك، 1998.
- الأمم المتحدة، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجنيف، 2006.
- الأمم المتحدة، المعاهدات الدولية الأساسية الجديدة لحقوق الإنسان، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجنيف، 2007.
- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الدوري الثاني والتقرير الجامع للتقارير الدورية من الثالث إلى الخامس لليبيا، الوثيقة رقم: CEDAW/C/LBY/CO/5، 2009.
- التوصية العامة رقم 28 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الالتزامات الأساسية للدول الأطراف بموجب المادة 2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الوثيقة رقم: CEDWA/C/GC/28، 2010.
- الإعلانات والتحفظات والاعتراضات وإشعارات سحب التحفظات فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الوثيقة رقم: CEDAW/sp/2010/2، 2010.
- التوصية العامة رقم 32 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الأبعاد الجنسانية المرتبطة بالمرأة فيما يتعلق بمركز اللاجئ واللجوء والجنسية وانعدام الجنسية، الوثيقة رقم: CEDWA/C/GC/32، 2014.
- الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، تقرير لجنة القانون الدولي، الملحق رقم 10 (A/71/10)، نيويورك، 2016.
- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على التقرير الدوري الثاني المقدم من لبنان، الوثيقة رقم: E/C.12/LBN/CO/2، 2016.
- الملاحظات الختامية للجنة مناهضة التعذيب على التقرير الدوري الثاني لموريتانيا، الوثيقة رقم: CAT/C/MRT/CO/2، 2018.
- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على التقرير الأولي للكويت، الوثيقة رقم: CRPD/C/KWT/CO/1، 2019.
- التقرير الجامع للتقارير الدورية من الثالث إلى السادس المقدم من الكويت بموجب المادة (44) من الاتفاقية الذي كان من المقرر تقديمه في عام 2018، الوثيقة رقم: CRC/C/KWT/3-6، 2020.
- تقرير الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل لليبيا، الوثيقة رقم: A/HRC/46/17، 2021.
- هـ- الشبكة الدولية للمعلومات:
- الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المدنية والسياسية:
- -<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>
- الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:



- <https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>.
- الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، لجنة القضاء على التمييز العنصري:
-<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx>.
 - الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة:
-<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>.
 - الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، لجنة مناهضة التعذيب:
-<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/cat/pages/catindex.aspx>.
 - الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، لجنة حقوق الطفل:
-<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>.
 - الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالعمال المهاجرين وأفراد أسرهم:
-<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CMW/Pages/CMWIndex.aspx>.
 - الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة:
-<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>.
 - الموقع الرسمي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات معاهدات حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالاختفاء القسري: -<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CED/Pages/CEDIndex.aspx>.
 - الموقع الرسمي لمعاهدات الأمم المتحدة: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx>.
 - الموقع الرسمي للمجلس القومي المصري للمرأة: -<http://ncw.gov.eg/Page/506>.
 - تقرير وزارة الخارجية الأمريكية حول الحرية الدينية الدولية في ليبيا على الموقع الإلكتروني التالي:
-<https://www.state.gov/reports/2019-report-on-international-religious-freedom/libya>.

الاعتبار المذهبي في قانون الأسرة البحريني الصادر بالقانون 19 لسنة 2017

د. أحمد محمد بخيت

أستاذ مشارك بكلية الآداب - قسم اللغة العربية والدراسات الإسلامية

جامعة البحرين (دولة البحرين)

Alghzal3@gmail.com

الملخص:

من إعلام العلامة ابن قيم الجوزية ، رحمه الله ، أن الفقه فقهان : فقه الواقع والفهم فيه ، وفقه الواجب في هذا الواقع . وأحسب أن الهيئة العلمية القائمة على الإعداد للمؤتمر الدولي الأول لكلية القانون بجامعة المرقب الداعي إلى بحث (دور التشريعات والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية . الواقع والتطلعات) إنما تمثل هذه المنهجية التكوينية الراقية ، لأننا لا نتمكن من تحقيق طموحات شعوبنا المسلمة في التطبيق الصحيح للأحكام الإسلامية ما لم نقف على واقع التطبيق الفعلي حاكمين له أو عليه .

وانطلاقاً من دعوة المؤتمر ودعماً لغايته أعالج باختصار تجربة مملكة البحرين في وضع قانون الأسرة الصادر بالقانون 19 لسنة 2017 لتسري أحكامه "على جميع المنازعات التي تدخل في ولاية المحاكم الشرعية، وعلى من يتبع الفقه السني أو الفقه الجعفري" وذلك في ظل سلطة مذهبية عطلت طويلاً تنظيم أحكام الأسرة بقانون موحد ، بل قاومت زمناً هذا التنظيم وإن بقانونين مستقلين .

وقد ميز التجربة البحرينية حالةً دول أخرى لم تستطع التغلب على العصبية المذهبية فاضطرت إلى وضع قانونين للأحوال الشخصية ، أحدهما سني والآخر جعفري .

ونظراً لأن الإثنية المذهبية مما تعم به البلوى في أقطارنا ، ونظراً لما لتوحيد القوانين من أثر في المساواة بين المواطنين ، ودعم النسيج الوطني ، وترشيد العصبية المذهبية فإن تحليل السوابق العلمية في معالجة آثار الإثنية المذهبية مما يستأهل أن تتوجه الجهود إليه.

الكلمات المفتاحية:

قانون الأسرة، المحاكم الشرعية ، المذاهب السنية، المذهب الجعفري، القانون السني، القانون الموحد، الأحوال الشخصية الجعفرية.

مقدمة

في يونيو من العام 2009 أصدر عاهل البحرين الملك حمد بن عيسى آل خليفة القانون رقم 19 لسنة 2009 بإصدار قانون أحكام الأسرة القسم الأول ، وذلك بعد أن وقع اليأس من التوافق المجتمعي على وضع قانون للأسرة يخضع له كافة المواطنين ، ويسري على جميع المنازعات التي تختص بنظرها المحاكم الشرعية في المملكة، وكان من الغايات المضمرة من المبادرة بإصدار القسم الأول الذي اشتهر عرفاً بالقانون السني إثارة انتباه المعارضين إلى محاسن التطبيق الفعلي للأحكام المقننة عساهم يراجعون موقفهم من الاصطفاًف مع جماعة رفض تقنين أحكام الأسرة بالأسلوب المعتاد في وضع القوانين .

وقد تحقق لأولي الأمر في مملكة البحرين ما أرادوا ، إذ أغرت الآثار الإيجابية لتطبيق قانون أحكام الأسرة كثيراً ممن دعموا حركة الرفض فتناجوا ثم تنادوا بتقنين أحكام الأسرة الخاصة باتباع المذهب الجعفري، والتقطت الإدارة البحرينية صيحة الرجاء ، وعملت في صمت على وضع تقنين عام للأسرة البحرينية ، يؤكد على المتفق عليه ، ويرعى الخصوصية المذهبية في المختلف فيه ، وانتهى السعي الرسمي والشعبي إلى اقتراح قانون سرعان ما تبنته الحكومة ، فأوعزت إلى الهيئة البرلمانية بغرفتها أن تجد في مناقشة الاقتراح ثم إقراره وما إن أقرحتى بادر عاهل البلاد بإصداره بالقانون 19 لسنة 2017م تحت اسم قانون الأسرة ، ليعمل به ابتداء من الأول من أغسطس 2017 ، ليسري على كافة المنازعات التي تنظرها المحاكم الشرعية ولما يصدر فيها حكم نهائي قبل تاريخ العمل .

ومن أبرز ما يميز هذا القانون أنه راعى الاختلاف المذهبي في 44 موضعاً من مواده البالغ عددها 141 مادة، وهو ما يجاوز نسبة 31% من مواد القانون ، كما أوجب قانون الإصدار في المادة الثالثة منه مراعاة الخصوصية المذهبية في حال خلو القانون من نص في موضوع النزاع. وهذه في الحقيقة تجربة تشريعية جديرة بالتأمل والدراسة ، فقد حالت الخصوصية المذهبية دون تقنين أحكام الأسرة منذ السبعينات من القرن الماضي .

أهمية الموضوع:

المتأمل في واقع أقطارنا الإسلامية يدرك أنه من الندرة بمكان أن تكون لمذهب فقهي بعينه سيادة تامة في قطر واحد ، وإن تصورنا تقبل الجماعات السننية لتلفيق قانوني بين الأحكام المستقاة من مذهبين سنينين فأكثر فإن المشاهد أنه عند مزاحمة مذهب من المذاهب غير السننية ، لاسيما المذهب الجعفري، لمذهب سني تثور عندئذ رغبة الجعفرية في أن يكون مذهبه دون غيره مصدر الأحكام المقننة. مع ما قد يكون لهذا التمييز من أثر على اللحمة الوطنية .

مشكلة البحث:

كيف تعاملت مملكة البحرين مع الإثنية المذهبية في وضع قانون الأسرة الصادر بالقانون 19 لسنة 2017؟

منهج البحث:

سأقتصر - نظراً لضيق الوقت - على استقراء حركة تقنين أحكام الفقه الإسلامي لحكم المنازعات التي تنظرها دوائر القضاء الشرعي في المملكة ، عامداً إلى تحليل أسباب هذه الحركة ، ومظاهرها وآثارها ، مستعيناً بالمنهجين الاستقرائي والتحليلي .

خطة البحث:

رأيت أن أوزع بحثي هذا على مقدمة ومبحثين وخاتمة ، أما المقدمة فهي المائلة بين أيدينا ، وأما المبحثان

فهما :

المبحث الأول : استعراض موجز لتاريخ تقنين أحكام الأسرة في مملكة البحرين.

المبحث الثاني: دواعي اعتبار الخصوصية المذهبية في تقنين أحكام الأسرة، ومظاهرها ، وآثار الاعتبار.

الخاتمة : تتضمن نتائج الدراسة وتوصياتها .

المبحث الأول

استعراض موجز لتاريخ تقنين أحكام الأسرة في مملكة البحرين

يمثل قانون الأسرة البحريني الصادر بالقانون 19 لسنة 2017 قطف الثمر لرحلة القضاء الشرعي البحريني الطويلة ، التي ترجع إلى مئات مضت من السنين ، انحسر في أواخرها سلطان ذلك القضاء عن المنازعات غير الأسرية والتركات والأوقاف ، بل إن بعضا من دعاوى هذه المنازعات المذكورة يخرج من اختصاصه لسبب أو لآخر .

ولما كان ذلك القضاء ذا جناحين ؛ سني وجعفري ، فإن التساؤل الأهم في البحث التاريخي هو : هل تلك الإثنية عارضة أو أن لها تاريخا ؟ هذا ما نركز النظر فيه في هذا المبحث ، فأجله من خلال المطالب الأربعة التالية .

المطلب الأول

قدم الثنائية المذهبية في البحرين

حسب الدراسات التاريخية فإن الوجود الشيعي في البحرين قديم ، غير أن من الباحثين من يرده إلى العصر الإسلامي الأول ، فيما يرده الأكثرون إلى القرن الثالث الهجري ، وكما اختلف في بداية الوجود اختلف في أصول الشيعة البحرينيين ، وأظهر الأقوال ما ينسب بعضهم إلى أصول فارسية ، أما الكتلة فذات أصول عربية ، وكل ذلك لا تأثير له في استقرار مرجعية الفقه الجعفري الذي بلغ مقلدوه ربع سكان البحرين حسب أدنى التقديرات⁽¹⁾ وبرز من البحارنة من بلغ حد الفقهية من قديم ، بل ترأس الشيخ يوسف البحراني آل عصفور (ت 1186هـ) المدرسة الإخبارية ، وتشير الإحصائيات إلى أن أكثر علماء البحرين اقتفوا أثر الشيخ يوسف ، حتى السبعينات من القرن العشرين ، ويبلغ بعض الكتاب بعلماء آل عصفور 85 عالما ، ويقول : بعضهم أعلم وأشهر علماء الجعفرية.⁽²⁾

ويعكس رسوخ التقليد الجعفري وكثرة الأتباع قراراً حاكم البحرين الشيخ عيسى بن علي آل خليفة إذ عيّن في العام 1875م كلا من الشيخ قاسم المهزق قاضيا للطائفة السنية ، والشيخ خلف العصفور قاضيا للطائفة الشيعية ، ومن مسئولية كل منهما الأوقاف وأموال القاصرين⁽³⁾ . واستمر العمل على ذلك حتى بعد إعلان قيام المحاكم المدنية ، وحصر اختصاص محكمتي الشيوخ في القضايا الأسرية التي اختصت بها المحكمة الصغرى على يد المستشار تشارلز بلجريف 1926م⁽⁴⁾ .

وعلى الرغم من وجود أشيع للمذاهب السنية الأربعة⁽⁵⁾ فإن القضاء بموجب مذهب ولي الأمر ، المذهب المالكي ، كان هو السائد ، يقول المؤرخ البحريني مبارك الخاطر : المذهب المالكي هو مذهب حكومة الشيخ عيسى

¹ مختصرا من كتاب : البداح . أحمد عبد العزيز . التشيع في البحرين . ط أولى 2011م خصوصا ص 43-50 ، ص 83 .

² نقلا عن مقال عشيرة آل عصفور في إقليم البحرين (شائع عبر الشبكة العنكبوتية) .

³ انظر لنا مع الزميل الدكتور أحمد يعقوب العطاوي . القضاء في الشريعة الإسلامية . دراسة مقارنة (مع إشارة إلى ما يجري عليه عمل القضاء الشرعي في مملكة البحرين) نشر جامعة البحرين 2015 ص 383 .

⁴ راجع : مبارك الخاطر . القاضي الرئيس ص 74-77 .

⁵ جاء في أطروحة الدكتور أحمد العطاوي للدكتوراة ، والمعونة ب " تطبيق أحكام الأسرة في محاكم البحرين الشرعية ومدى الحاجة إلى التقنين " . مقدمة إلى جامعة ويلز / لامبيتر ببريطانيا 2004 (غير منشورة) ورسالة الدكتور الشيخ عبد الرحمن الشاعر (التطبيق الشرعي في الأحوال الشخصية في دولة البحرين في العصر الحديث) رسالة للماجستير مقدمة إلى كلية دار العلوم بجامعة القاهرة 2001 على الآلة الناسخة ص 23-34) أن أشهر المذاهب السنية السائدة في مملكة البحرين في الوقت الحاضر هما : مذهب المالكية والشافعية ، أما المذهب الحنفي والحنبلي فأتباعهما قلة إذا ما قارناهم بأتباع المذهبين السابقين ، وذلك بالرجوع إلى جدول لوريمر الخاص عن بيوتات البحرين والكويت نجد أن

بن عليّ آل خليفة ومن قبله من حكام البحرين، وسبب ذلك أن جميع الذين استوطنوا البحرين من القادمين من الزبارة بقطر آنذاك وأغلبهم من القبائل العربية- كانوا مالكي المذهب فغلب المذهب منذ آخر القرن الثامن عشر الميلادي، أي بعد دخول آل خليفة.⁽¹⁾ ويقول لوريمر: العتوب من المسلمين السنة على المذهب المالكي، وهي أقوى قبائل البحرين وأكثرها عدداً، وتنتمي الأسرة الحاكمة في البحرين والكويت لهذه القبيلة.⁽²⁾ وحسب الدراسات المطردة فإن غلبة المذهب المالكي على القضاء لا تختص بالبحرين، إنما هو المذهب المرعي في الكويت، والإمارات العربية، وقطر، وقديم أمر نجد والإحساء على هذا العمل.

وهذا الإرث العتيق يرجع إلى الدولة العيونية⁽³⁾ التي كانت قائمة في الفترة من 469هـ-636هـ الموافق 1076م - 1238م، وبسطت هذه الدولة نفوذها على مناطق شاسعة من الخليج العربي، تشمل حسب التقسيم الحديث للحدود الجغرافية عدداً من الدول، إذ شملت: الكويت، ومناطق الساحل الشرقي من المملكة العربية السعودية، والبحرين، وقطر، وأجزاء واسعة من عمان، واستمر على العمل بالمذهب المالكي العصفوريون⁽⁴⁾ الذين ملكوا في القرن السابع إقليم البحرين وما حوله ما يقارب قرناً من الزمن، ثم دولة آل جبر⁽⁵⁾ المالكية المذهب، واستمرت قرنين من الزمان إلى نهاية القرن العاشر الهجري (السادس عشر الميلادي)⁽⁶⁾ ثم بنو خالد الذين استمر حكمهم إلى قرن وربع، انتهى في أواخر القرن الثاني عشر الهجري (الثامن عشر الميلادي)⁽⁷⁾ بملك آل خليفة⁽⁸⁾ الحكام الحاليين، والذين بدأ حكمهم في عام 1197هـ/1782م.

وعلى ذلك درج العمل، قبل استقلال البحرين وبعده، واستقر تماماً بتنظيم الاختصاص القضائي بالمرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1971 بشأن تنظيم القضاء وترتيب المحاكم، ولم يعدل عنه إلى اليوم، إذ لم يزل القضاء الشرعي مختصاً بقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، فيما عدا المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفيتهما فتختص بنظرها المحكمة المدنية المختصة نوعياً، ولم تزل المحاكم الشرعية موزعة على دوائر سنوية وأخرى جعفرية.

أكثر من 80% مالكية، وما يقارب 17% شافعية، أما الأحناف والحنابلة فنسبتهم ضئيلة جداً، وهذا بالنسبة للسنة الذين يشكلون 60% - على حد قوله- من سكان البحرين.

- (1) مبارك الخاطر. القاضي الرئيس قاسم المهزح، المطبعة الحكومية بالبحرين، الطبعة الثانية 1986م ص50.
- (2) ج. ج. لوريمر. دليل الخليج الجغرافي. طبعة مؤسسة دار العلوم - قطر 2545/7.
- (3) ينسب العيونيون إلى عبد القيس، وكانوا يسكنون مشارف العيون بالإحساء. موسوعة التاريخ الإسلامي. ط مكتبة النهضة المصرية. 615/7 (نقلًا عن د. عبد الرحمن الشاعر ص 25 حاشية 2).
- (4) يرجع نسبهم إلى (بني عامر) العقليين، وقد انتزعوا بلاد البحرين قاطبة من يد الزنبيين، وظل أمراء آل عصفور يتوارثون العرش في البحرين حتى أواخر القرن التاسع الهجري الخامس عشر الميلادي، وقد توطدت العلاقة بينهم وبين سلاطين المماليك بمصر بعد هزيمة التتار. وآخر ما بقي لهم جزيرة أوال (البحرين) وإلا فإنهم قد بدأوا في العقد الثاني من احتلال بعض مدن منطقة البحرين.
- انظر: الأنصاري، محمد عبد الله، تحفة المستفيد بتاريخ الإحساء في القديم والجديد، إشراف وفهرسة: الشاويش، محمد زهير، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق، الطبعة الأولى 1963م، ص119 المسلم، محمد، ساحل الذهب الأسود، دار مكتبة الحياة ببيروت. ص168 .
- (5) قبيلة نجدية كانت تقم ببداية الإحساء، وكانوا سادة الخليج بلا منازع بعد مد نفوذهم إلى عمان وهرمز وربع نجد، وقد ضعف شأنهم بعد ذلك نتيجة لتنازع الأخوة من الأمراء الجبريين فيما بينهم فيما ساعد على سيطرة الأجانب واستيلائهم على مقدرات البلاد.
- انظر: ساحل الذهب الأسود ص168.
- (6) خليفة، محمد. التحفة النبهانية في تاريخ الجزيرة العربية ص74، طباعة دار إحياء العلوم ببيروت 1995م.
- (7) دليل الخليج، القسم الجغرافي 1252/3.
- (8) تنسب أسرة (آل خليفة) إلى العتوب الذين يرجعون في أصلهم إلى قبيلة (عنزة) بالجزيرة العربية، وقد نزح آل خليفة إلى الزبارة بقطر سنة 1766م بزعامه خليفة بن محمد وجعل منها مركزاً تجارياً في المنطقة، ثم دخل أحمد بن خليفة بن محمد البحرين وتولى آل خليفة شؤون الحكم فيها حتى الوقت الحاضر.
- انظر: قدورة . زاهية شبه الجزيرة العربية . طباعة دار النهضة العربية - بيروت. ص427.

المطلب الثاني

تقلص اختصاص القضاء الشرعي في البحرين

كان نظام القضاء السائد في دولة البحرين منذ بداية حكم آل خليفة عام 1197هـ/1782م امتدادًا للنظام السائد في جميع الأمصار الإسلامية، وهو القضاء الشامل الذي يعتمد الشريعة الإسلامية المصدر الأساس في أحكامه، وكان الحكام يختارون من علماء الشريعة الإسلامية، فيعينون قضاة شرعيين ليفصلوا في جميع ما يرفع إليهم من مسائل ومنازعات.

وبعدما تولى الشيخ عيسى بن علي آل خليفة الحكم عام 1872م عين في عام 1875م كلا من الشيخ قاسم المهزغ قاضيًا للطائفة السنية، والشيخ خلف العصفور قاضيًا للطائفة الشيعية. ويسأل كل منهما عن أوقاف وأموال القاصرين من طائفته .

ومع أن القاضي الشرعي كان يحكم في الخصومات في بيته ، ولم يتخذ مقرا خاصا للقضاء، فإن ذلك لم يضيّق من صلاحياته القضائية الكبيرة التي شملت :

- أ- قضايا الأسرة من زواج وطلاق ومواريث وغيرها.
- ب- قضايا الأوقاف بنوعها الذري والخيري .
- ت- الإشراف على أموال القصر من اليتامى.
- ث- القضايا الجنائية المتعلقة بارتكاب جرائم الحدود ، والاعتداءات الأخرى على النفس والمال والعرض ونحوها ، ويفصل فيها بموجب أحكام الشريعة .
- ج- منازعات أصحاب المزارع والمزارعين ، لاسيما المتعلقة بالتضمين⁽¹⁾ وتوزيع أوقات سقيا المزروعات.
- ح- قضايا النقل البري والبحري.
- خ- منازعات تجارة الغوص بين البحارة والنواخذة⁽²⁾ .

وإلى جانب القضاء الشرعي وجدت هيئة سميت محكمة (السالفة) أوكل إليها النظر في منازعات القروض والديون المرتبطة بإنتاج اللؤلؤ ، وتشكل من أشخاص يختارهم حاكم البحرين بموافقة رؤساء القبائل ، وتشكل سالفة الغوص من شخص واحد أو أكثر، من قدماء التجار، وله معاونون ، فالهيئة كانت تعقد بحضور أربعة أعضاء ، وذلك عند الحاجة ، ونظرا لهذا التأقيت – بالحاجة – اعتبرت هيئة استشارية من الخبراء تبدي رأيها فيما يطرح عليها من منازعات بين الصيادين والنواخذة⁽³⁾ وهذا التكييف هو المناسب لخضوع منازعات تجارة اللؤلؤ والغوص لقاضي الشرع ، فالظاهر أن هيئة السالفة ، وأعضاؤها من الخبراء في الغوص والصيد ، تبدي رأيها في المنازعة بطلب حاكم البحرين وموافقة رؤساء القبائل على أساس من الأعراف المهنية المرعية في شأن الصيد والعلاقة بين النواخذة والغوص ، ثم يعرض هذا الرأي على القاضي الشرعي للاستيثاق من عدم مجاوزة رأي (هيئة السالفة) - وقد رأيت أن مبناه عرف أهل المهنة - حدود الشرع .

1 (يقصد بالتضمين عقود العمل في الزراعة.
2 نظر : الصديقي . علي فيصل . تاريخ النظام القانوني في البحرين خلال العقود الأولى من القرن العشرين . دراسة قانونية تاريخية وثائقية ط. أولى . نشر مركز عيسى الثقافي . المنامة 2019 ص 20 وما بعدها.
3 (الصديقي . ص 23.

ومن جانب آخر ، ونظرا لغلبة الطابع القبلي على الحياة وقتئذ فإن انتشار ما قد يسمى القضاء القبلي كان مشهودا ، فمن حقوق شيخ القبيلة وواجباته أن يسعى في فصل المنازعات التي قد تنشأ بين أفراد القبيلة ، لاسيما الخلافات الزوجية ، والمسائل المدنية البسيطة ، ويذكر أن عرفا كان سائدا في الناس مضمونه أن يكون شيخ القبيلة على دراية بأحكام الشرع في مسائل الأسرة، والمعاملات المعتادة ، يتلقاها على يد بعض الفقهاء في ذلك الوقت⁽¹⁾.

فإن اتسع الخلاف ، أودق موضوعه ، فلا مفر من الترافع إلى القاضي الشرعي

القضاء في ظل الحماية البريطانية :

وحق العام 1903م كان المقيمون في الجزر التابعة لحكومة البحرين من مواطنين وأجانب يخضعون لأحكام القضاء الإسلامي، إلا ما استثنى بموجب ما يسمى اتفاقية الهدنة الدائمة للسلام بين بريطانيا وشيخ البحرين (1861)⁽²⁾، وقد يكون ذلك لعدم التواجد الكثيف للأجانب ، إذ بكثافة وجودهم، واتساع معاملاتهم ، وذلك منذ العام 1903 ، خصت سلطة الحماية البريطانية نفسها بالفصل في كل القضايا المدنية للأجانب في البلاد، وبنفاذ الاتفاق الأنجلو عثماني سنة 1913 أحكمت بريطانيا سيطرتها على الشأن البحريني ، وأعلنت قيام مجلس البحرين التنفيذي ، وذلك بتطبيق الأنظمة المتبعة في الهند على البحرين ، بعد أن اعتبر المجلس أن البحرين ضمن الممتلكات البريطانية ، لكن اندلاع الحرب العالمية الأولى قد عطل الإسفار عن هذا الإجراء، ومن ثم ظهر النيل من القضاء الشرعي البحريني جليا بعد الحرب العالمية الأولى ، ودخل قانون مجلس البحرين التنفيذي حيز التنفيذ في 1919م ، وتأسست المحاكم الثلاث : الكبرى، والمختلطة، والصغرى . بأمر من الميجر ديبي، لتكون المحكمتان الأوليان تابعتين لمحكمة دارالاعتماد البريطانية التي تأسست بعد إدخال قانون المستعمرات إلى البحرين.

ويرأس المحكمة الكبرى قضاة بريطانيون، وهي خاصة بالدعاوى المتعلقة بالخصوم التابعين للحكومة البريطانية، ولغة الترافع فيها هي اللغة الإنجليزية.

أما المحكمة المختلطة، وتسمى أيضا بالمشتركة، فتتظر في الدعاوى التي يكون أحد طرفيها تابعا للحكومة البريطانية والآخر بحريني، ويرأسها كل من الشيخ حمد بن عيسى آل خليفة ولي العهد، والمعتمد البريطاني الميجر بيتر، وتعتبر محكمة حكومة البحرين، وتستأنف أحكامها أمام حاكم البحرين آنذاك، ويترافع فيها محامون بريطانيون يأتون من إنجلترا خصيصا للترافع أمام المحكمة الأولى، إضافة إلى المحامين البريطانيين المقيمين في البحرين، وعدد من المحامين البحرينيين الذين لا يتجاوز عددهم - آنذاك- الأربعة فقط.⁽³⁾

وبموجب قانون مجلس البحرين التنفيذي فإنه " يطبق على سكان البحرين أي قانون يتم تشريعه في المستقبل من قبل الحاكم العام ، أو حاكم بومباي ، وفقا للوائح الملكية - الإنجليزية - ويمكن تطبيق أي قانون في البحرين قد يتم تشريعه في الهند ، ولو قبل تنفيذ هذا القانون ويرأس - الوكيل- المقيم محكمة التمييز في البحرين ، ويتمتع الوكيل السياسي بصلاحيات قاضي الولاية ، وله حق إعادة حكم القاضي ، ولن يكون لحكم القاضي أي تأثير إلا إذا صادق عليه الوكيل السياسي .. ويحق - بموجب القانون - للمقيم النفي

1 (الصديقي : 22.

2) انظر : السابق ص16.

3) الخليفة، مي محمد. تشارلز بلجريف: السيرة والمذكرات المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت. ط1 2000. ص91-93، ص114.

إلى الهند ، ويرسل تقريراً عن المنفي للحاكم الهندي ، كما يطبق في البحرين القانون التجاري الساري المفعول في الهند، ويطبق القانون المدني الساري في الهند على البحرينيين " (1) .
وأخيراً المحكمة الصغرى، وقد خصصت للنظر في القضايا الأسرية فقط، وتسمى بالمحكمة الشرعية، وهي نفس المحكمة التي يقضي فيها كل من الشيخ قاسم المهزغ والشيخ خلف العصفور، بمعنى آخر قلصت صلاحيتهما، وصلاحيات الأحكام الشرعية في الأحكام القضائية لتقتصر على قضايا الأسرة فقط بدلاً من جميع أنواع القضايا ، واستقر ذلك تماماً في عام 1926م على يد المستشار تشارلز بلجريف.
المحكمة الشرعية السنية :

وفي عام 1927م دعا حاكم البلاد الشيخ حمد بن عيسى أعيان البحرين لمشاورتهم في استحداث نظام قضائي جديد في البلاد، فلبوا الدعوة واجتمعوا لديه في مجلسه الكبير بالمحرق، وتم تعيين قضاة ثلاثة لمساعدة الشيخ المهزغ الذي رأى في هذه الخطوة عزمًا على عزله فأثر الاعتزال ، ليتولى العبادلة الثلاثة (عبد اللطيف آل محمود ، وعبد اللطيف السعد ، وعبد اللطيف الجودر) (2) وهو ما يعني أن المحكمة لم تعد محكمة القاضي الفرد ، وإنما تشكلت - من ذلك الحين من ثلاثة قضاة ، اثنان منهما يقلدان المذهب المالكي ، والثالث يقلد المذهب الشافعي ، على أن تحال القضية أولاً على القاضيين المالكيين ، إلا إذا طلب المدعى عليه تطبيق المذهب الشافعي ، فتحال إلى القاضي الشافعي .

إلى جانب ذلك عين الشيخ عبد الله بن عبد العزيز آل الشيخ مبارك الإحسائي كقاضي تمييز للأحكام الصادرة من المحكمة السنية (3) .
المحكمة الشرعية الجعفرية :

في ضوء مجموعة الوثائق المتاحة عالج الدكتور الصديقي حركة المحاكم الشيعية الجعفرية ، ومما سرده في ذلك أن المحاكم الشيعية كانت منشرة في القرى، وبدءاً من العام 1926 لحقها التعديل كما لحق المحكمة التي كان يترأسها الشيخ المهزغ (السنية) فعين معاوناً للشيخ خلف العصفور الشيخ سلمان بن أحمد بن حرز، وأصبح تخصص المحكمة الجعفرية مقصوراً على قضايا الأحوال الشخصية، والإشراف على الأوقاف وأموال القاصرين ، كما عين قاضياً السيد عدنان الجعفري، وتعاقب على القضاء الشيوخ : عبد الله بن محمد صالح ، علي بن الحسين الموسى، والشيخ باقر العصفور ، وكان يتولى الشيخ عبد الحسين الحلبي قضاء التمييز الشرعي سنة 1935 ، فعرف بالشيخ المميز (4) .

الأوقاف وشؤون القصر:

وفي التوقيت ذاته لحقت الأوقاف وإدارة أموال القاصرين التعديلات ، في مرحلتين متتاليتين ، ففي سنة 1927 تأسست دائرة الأوقاف ، السنية والجعفرية ، فتولت الحكومة تدير شؤون الأوقاف بعد أن كانت تحت رعاية قضاة الشرع في المحكمتين السنية والجعفرية ، وفي سنة 1938 أنشئت دائرة حكومية لرعاية أموال القاصرين ، ومقرها ضمن مبنى محاكم البحرين في المنامة ، الذي افتتح في 1937م (5) .

(1) د. علي الصديقي . ص 26-27 ، وهو يشير إلى د. علي أبو حسين . العلاقات التاريخية بين البحرين والهند ط 1996 ص 35 .
(2) خاطر ص 201-202 ، مي الخليفة تشارلز بلجريف الموضوع السابق..
(3) انظر الصديقي ص 138 .
(4) الصديقي ص 138-140 .
(5) الصديقي ص 140 .

واستمر هذا الوضع حتى عام 1962م الذي أنشئت فيه محكمة شرعية ثانية سميت بالمحكمة الكبرى، والمحكمة السابقة المحكمة الصغرى أصبح اسمها محكمة الاستئناف العليا الشرعية.

المطلب الثالث

صدور تشريعات متعلقة بقضايا الأسرة والشؤون الدينية

بولاية الشيخ حمد بن عيسى آل خليفة 1932م - 1942م شهدت البحرين نهضة تشريعية " أسست - كما يقول الدكتور الصديقي - البنية القانونية للدولة البحرينية الحديثة في بداياتها " (1) يشغلنا منها ما يخص حركة القضاء الشرعي البحريني، ومن أبرزه: صدور إعلانات إلى المأذونين الشرعيين بمنع غير المفوضين من إبرام عقود الزواج، وإيقاع الطلاق، من القيام بذلك، ومن يخالف يعاقب، كذلك يتمتع على المفوضين إجراء زواج أو إيقاع طلاق بخلاف أوامر الشريعة، ومن يخالف يحال إلى المحكمة الشرعية لمعاقبته. (2)

وفي فبراير من العام 1939 صدر تنبيه مفاده أن ما تم قبل هذا التنبيه من أعمال المأذونين يعتبر مقبولاً إجرائياً، أما الجديد فيلتزم فيه بأصول المرافعات. (3)

وفي 1942 صدر الإعلان رقم 42/1457 محدد المأذونين المخولين بإيقاع عقود الزواج، والطلاق، وعلمهم أن يقدموا إلى المحكمة الشرعية في كل أسبوع أو أكثر جدول النكاح مشتملاً على: اسم الزوج، ومحل إقامته، وجنسيته، واسم الزوجة، ومحل إقامتها، وجنسيته، ومقدار المهر الحاضر والمؤجل، ومدى الأجل، ويشتمل أيضاً على نوع النكاح، وعلى الشروط المأخوذة في ضمن العقد إن كانت، وعلى تاريخ وقوع النكاح في اليوم والشهر والسنة، وعلى تصحيح العاقد وإمضائه.

ويشتمل جدول الطلاق على اسم الزوج المطلق، ومحل إقامته، وجنسيته، وعلى اسم الزوجة المطلقة، ومحل إقامتها وجنسيته، وعلى نوع الطلاق، ومقدار المال المبدول إن كان، وعلى تاريخ إيقاع الطلاق، وأسماء الشهود، واسم الوكيل في الإيقاع إن كان، وعلى صحيح العالم المأذون وتوقيعه. (4)

وقد سبقَ هذا الإعلان بالإعلان رقم 136/1938 م متضمناً مجموعة من التعليمات الواجب اتباعها من قبل قضاة الجعفرية، " وكل من يخالف من القضاة شيئاً من هذه المواد يعاقب بما تراه المحكمة العدلية وقاضي التمييز " (5).

وقد سبق ذلك الإعلان رقم 34/1350 هـ حول الوصايا، وفي الإعلان رقم 22/1359 هـ (1940م) نص على أن تختص محكمة الشرع التي ينتسب إليها مذهب المتوفى بالدعاوى التي تتعلق بتركته، أما الدعاوى بين الأحياء فتختص بها محكمة المدعي، ولكن لا يُحَلَّف الشخص إلا المحكمة التي ينتسب إليها مذهبه.

ومع الغلبة الظاهرة للإعلانات والتنبيهات الإجرائية فإننا لا نعدم إعلانات تقرر أحكاماً موضوعية، ومبادئ قانونية قابلة للتطبيق القضائي المباشر، منها إعلان بوضع حد أقصى للمهور: إذ أصدر الشيخ سلمان بن حمد الخليفة، حاكم البحرين، مرسوماً في 13 صفر 1380 هـ الموافق 6 أغسطس 1960 قال - رحمه الله -

(1) الصديقي 28 .
(2) انظر الصديقي ص 142.
(3) انظر السابق ص 144.
(4) السابق ص 144.
(5) انظر في التفصيلات الصديقي ص 144-145.

فيه " لما رفعه إلينا من رعايانا من شكوى في غلاء مهور الزواج ، وحدده قضاة الشرع بمبلغ ألفي روبية ، أننا نقر ذلك " .إه غير أن المراسيم والقوانين والقرارات اللاحقة لم تتابع على هذا التحديد.

لكننا نلفت الانتباه إلى الإعلان رقم 1350/34 لأن ما قرره من اختصاص الدائرة الشرعية (سنوية أو جعفرية) بدعاوى التركات ، وإجراءات التحليف ، وفق مذهب التقليد ، قد استقر في تقرير الاختصاص القضائي في الدعاوى الشرعية ، وعلى أساسه اطرد القضاء بالمذهبيين : المالكي في الدوائر السنوية ، والجعفري في الدوائر الجعفرية ، على ما نص قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم 42 لسنة 2002 ، وستعرض لنصوصه فيما يلي.

المطلب الرابع

مساعي تقنين أحكام الأسرة الموضوعية

منذ العام 1986 وإجراءات النظر في دعاوى الأحوال الشخصية منظمة بالمرسوم بقانون رقم 26 لسنة 1986 بشأن الإجراءات أمام المحاكم الشرعية وتعديلاته ، وهو أحدث من المرسوم بقانون 14 لسنة 1971 بشأن التوثيق ، أما التنظيم الموضوعي فلم يجد طريقه إلى الاعتبار الجزئي قبل الرابع من يوليو 2009 تاريخ نشر القسم الأول من قانون أحكام الأسرة الصادر بالقانون 19 لسنة 2009 ، فيما تأخر التنظيم الكلي حتى صدر بالقانون 19 لسنة 2017 .

ولا يعني ذلك بحال أن السعي البحريني لاستصدار قانون موضوعي يسري على المنازعات الأسرية كان معدما ، أو ضعيفا ، فقد عايشت مساجلات ووقفت على دراسات تشعر بقوة السعي وكثافته.

أولا : حسبما ذكرت الدكتورة سبيكة النجار ، وهي من الناشطات في قضايا المرأة ، فإن مطالبة الجمعيات النسوية بقانون ينظم أحكام الأسرة مطالبة قديمة ، تعود إلى فترة السبعينيات ⁽¹⁾ وترى أن وضع مثل هذا القانون يأتي تفعيلاً للمادة الخامسة من دستور مملكة البحرين ، وهي المادة المتعلقة بالأسرة التي تعتبر الدعامة الأساسية للمجتمع، وتوفير الأمن الاجتماعي والرعاية لأفرادها، وسن القوانين المحققة لذلك ⁽²⁾

ثانيا : وفي ضوء ما نشر- أيضا- على لسان السيدة سكرتيرة لجنة الأحوال الشخصية يتبين أن مسودة مشروع لقانون الأسرة قد تم إعدادها على مراحل :

ففي أول الأمر تولت لجنة وزارية برئاسة وزير العدل والشؤون الإسلامية السابق -الشيخ عبد الله بن خالد آل خليفة- وقضاة من الدوائر الشرعية السنوية والجعفرية ، وبمشاركة ثلاث محاميات عُيّنَ بأمر ملكي، تولت إعداد مسودة مشروع قانون موحد (للطائفتين السنوية والجعفرية) بغرض تعزيز الوحدة بين فئات

1) تأسست جمعية نهضة فتاة البحرين عام 1955 على حين تأسست جمعية النهضة النسائية برأس الخيمة في دولة الإمارات في عام 1967 ، وفي حين تأخر كثيرا قيام المجلس الأعلى للمرأة في البحرين حتى 2001/8/22 ، فإن الاتحاد النسائي بالإمارات قد تأسس عام 1975 .

2) وقفنا على كلام الدكتورة سبيكة من خلال ما نشر على الصفحة الإلكترونية : شباب لك شباب لكل العمر / حوارات / تحقيق : هناء محروس بتاريخ 2004/12/17 . على الرابط : <http://www.shabablek.com/vb/forumdisplay.php?f=34> أما المادة الخامسة من دستور مملكة البحرين فنصها " أ- الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها الشرعي، ويقوي أو اصورها وقيمها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة، ويرعى النشء، ويحميه من الاستغلال، ويقيه الإهمال الأدبي والجسماني والروحي. كما تعنى الدولة خاصة بنمو الشباب البدني والخلقي والعقلي.

ب- تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع، ومساواتها بالرجال في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية.

ج- تكفل الدولة تحقيق الضمان الاجتماعي اللازم للمواطنين في حالة الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل أو اليتيم أو الترملة أو البطالة، كما تؤمن لهم خدمات التأمين الاجتماعي والرعاية الصحية، وتعمل على وقايتهم من براثن الجهل والخوف والفاقة.

د- الميراث حق مكفول تحكمه الشريعة الإسلامية

شعب المملكة ، من سنة وشيعة⁽¹⁾ ، وعلى هذا ضمت مسودة المشروع جملة من النصوص القانونية المستمدة من المذهبين فيما يتعلق بالخطبة والزواج والنفقة والحضانة وغيرها من المسائل الشرعية، وقد نهبت على نقاط الالتقاء والاختلاف بين المذهبين في النصوص الموضوعية ، فجاءت - في رأى بعض قرائها - محايدة لا تغلب مذهباً على مذهب آخر أو تلزم أتباع مذهب بتطبيق نصوص فقهية لا تتلاءم مع تعاليمه، وإنما توخت الوصول إلى قانون موحد يجمع نقاط الاتفاق ، ويتم تخصيص باب خاص للمسائل الفقهية المختلف عليها بين المذهبين ، وتركت عن عمد الأمور الخلافية في مسائل الإرث والهبة فلم تضم إلى مسودة المشروع ، فاقترنت على الزواج والطلاق والحضانة والنفقة .

وعلى ما تذكر السيدة سكرتيرة لجنة الأحوال الشخصية فإن مسودة المشروع قد أحيلت إلى كافة الجمعيات الأهلية ، ولجنة الأحوال الشخصية، لا بداء رأيها وملاحظاتها عليها، ومناقشتها بصورة عميقة ومستفيضة من قبل أعضاء الجمعيات ، وكما تقول فالعديد من هؤلاء الأعضاء من الحقوقيين المختصين في القانون. وفي رأيها أن كافة النصوص المقترحة مستمدة من الشريعة الإسلامية وليس فيها تجاوز ما ، ويوافقها على هذا الادعاء كل المشاركات في الحديث ، وكلهن من الناشطات في قضايا المرأة⁽²⁾ .

غير أن هذا المشروع المقترح قد لاقى وقتها معارضة شديدة من كبار علماء الجعفرية في البحرين ، بدعوى أن المقترح المائل يتعارض مع الفوارق الجوهرية بين المذهبين، وقد يؤدي إلى مصادرة أحد المذهبين؛ الأمر الذي يرفضه أتباع كلتا الطائفتين. وفي رأى المعارضين أن دعوى وجود قواسم مشتركة جمعت بين المسودتين السنية والجعفرية، مردودة -كذلك- بكون المسودة الجعفرية تمثل رأي معدها الشيخ حميد المبارك فهو- في رأيهم - مجرد قاض شرعي ، ولم يبلغ أن يكون عالماً من علماء الشيعة المعترين في البحرين⁽³⁾ . وحسب دراسة الدكتور أحمد العطاوي - أستاذ مساعد الدراسات الإسلامية بجامعة البحرين - التي ضمها القسم الثالث من أطروحته⁽⁴⁾ فإن المسودة عنوانها "مشروع قانون أحكام الأسرة في تنظيم الزواج والطلاق وأثارهما"، واحتوت على 139 مادة، موزعة على النحو الآتي:

النسبة المئوية	العدد		نوعية المواد
	الفقرات	المواد	
64%	2	78	المشتركة
9%	2	13	السنية فقط
14%	3	19	الجعفرية فقط

(1) على ما نشر على الصفحة الإلكترونية لقناة العربية- العربية نت - فإن السيدة ريم خليفة - الإعلامية البحرينية - لم تخف أهمية وجود قانون موحد على غرار القانون العماني - وعمان تضم أكثرية إباضية ، وجماعة من السنة ، وقلة شيعية- بل تراه متمشياً مع حالات التداخل الأسرى في مملكة البحرين ، ولم تر سيادتها غضاضة أن تمثل بحالتها الخاصة ، وكما ذكرت فهي ابنة طبيبة شيعية ، وأبوها سني ، وزوجها شيعي متدين ، وهي سنية من بيت علمي ، وتجرى في عروقها دماء عربية ، وفارسية ، وتركية .

(2) من تحقيق هناء المحروس السابق . وفي كلمتها إلى مؤتمر المرأة الخليجية والألفية الثالثة ، والمنعقد بالمنامة في 7-8 مارس 2000 ، ونقلنا عن إصدار جمعية نهضة فتاة البحرين والمعنون باسم المؤتمر ذكرت الدكتورة منيرة فخرو أن الجمعيات في البحرين حتى هذا التاريخ كانت خمس جمعيات ، يبلغ مجموع العضوات المنتسبات إليها حوالي 1324 عضواً ، فضلاً عن عدد كبير من النساء المنضمات إلى جمعيات مهنية واجتماعية مختلفة تضم الجنسين .

(3) راجع مذكرات الدكتور أحمد العطاوي لدارسي أحكام الأسرة في الإسلام من طلاب جامعة البحرين تحت عنوان " مدى الحاجة إلى تقنين أحكام الأسرة في محاكم البحرين الشرعية " 2006/2005 ص 5 وما بعدها .

(4) أكثر ما ضمه هذا القسم ضمنه الأخ الفاضل مذكراته المشار إليها آنفاً ، وقد تفضل علينا الأخ الدكتور العطاوي فأهدانا نسخة إلكترونية من رسالته للدكتوراة ، والمعونة " تطبيق أحكام الأسرة في المحاكم الشرعية في البحرين ومدى الحاجة إلى التقنين . " والمقدمة إلى جامعة ويلز / لامبيتر ببريطانيا 2004 . فالرسالة لم تنشر بعد ، ونتمنى لو ترى النور في القريب ففهيها بفضل الله خير ، ولكتابها رؤية تحسب أن النظامين : التشريعي والقضائي في مملكة البحرين بحاجة إليها .

مراعاة الخصوصية	-	5	1.5%
المضافة	15	7	12.5%

ثالثاً : وعلى كل حال فإنه بعد أن وقع اليأس من قبول قانون موحد لأحكام الأسرة يسري على كل البحرينيين لم يكن هناك مهرب من إعادة النظر في الأمر ، لاسيما أن تغييراً طرأ على موجهي الرأي الجعفري ، فبعد أن كان اعتراضهم يتدثر بعباءة الخوف من إضعاف أحد المذهبيين أو إلغائه لمصلحة المذهب الآخر تحول موقفهم فاعترضوا على وضع التقنين بيد البرلمان بوصفه سلطة غير مختصة شرعاً ، وطلبوا أن توضع لائحة داخلية تسير عمل المحاكم الشرعية ، وأن يشاركوا في وضعها ، أي أن الاعتراض آل إلى التحفظ على الآلية والجهة المسؤولة عن صياغة القواعد المنظمة ، ولم يعد متوجهاً إلى رفض التقنين- بوصفه عملاً- في ذاته .⁽¹⁾

ومن هنا رأيي العود إلى طرح فكرة ازدواج التقنين التي بدىء بها أصلاً ، فتشكلت في مستهل العام الميلادي 2005 لجنة جديدة من قبل الديوان الملكي لصياغة مسودتين إحداهما للسنة والأخرى للجعفرية.

وقد انتهت اللجنة من الصياغة وقدمت عملها إلى بعض الجهات المختصة في شهر نوفمبر 2005 ، على أن تتولى الحكومة بعدئذ المسودة كمشروع قانون ، غير أن معارضة المجلس العلمائي⁽²⁾ الشيعي ، وتسييره مظهرة ضخمة اعتراضاً على المشروع ، فضلاً عن أن اقتراب موعد الانتخابات البرلمانية والبلدية قد حال دون أن يكمل عمل اللجنة مسيرته إلى أروقة البرلمان.

والنتيجة التي تهمنا أن آخر ما تمخضت عنه الجهود كان مسودتي القانون ، الجعفرية في 109 مادة ، والسنية في 152 مادة ، وقد انتهى أمر هذه المسودة السنية أن صدرت بالمرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2009 بإصدار القسم الأول من قانون أحكام الأسرة في 2009/5/28 ، وقد بلغت مواده 145 مادة. لتسري على المنازعات التي تدخل في ولاية الدوائر الشرعية السنية .

المبحث الثاني

دواعي اعتبار الخصوصية المذهبية في تقنين أحكام الأسرة ومظاهرها وآثار الاعتبار

ينبغي أن أنوه أن مادة هذا المبحث مبسطة ، لكن متطلبات المؤتمر وضيق الوقت يحولان دون الإتيان عليها كلها بل على جلها ، لذا أجدني مضطراً إلى إيجاز أخشى أن يكون مغلاً .

المطلب الأول

دواعي اعتبار الخصوصية المذهبية في تقنين أحكام الأسرة

قدمت في المطلب الرابع من المبحث السابق أن اقتراح مشروع قانون أسري موحد قد عورض معارضة شديدة من قبل أصحاب الصدارة في الطائفة الجعفرية بدعوى أنه يتعارض مع الفوارق الجعفرية بين

(1) في هذا المعنى . د. العطاوي . مذكرات . ص 8 . وانظر جملة من اللقاءات والحوارات الصادر بها نشرة المجلس الإسلامي العلمائي المعنونة " معالم الهدى " ، عدد خاص حول قانون أحكام الأسرة ، محرم 1427/يناير 2006 ، وحاصل إجابات علماء الشيعة حول تلك الأسئلة التي تعلقت بفضية قانون الأسرة تمحورت حول الآتي نوردتها حسب أولوية ترتيبها في النشرة :

رفض الآلية المطروحة لإقرار الأحوال الشخصية .
 إجمالة الأحكام الأسرية إلى النيابي أثبت عدم جدية التعاطي الديمقراطي .
 غياب التوافق العلمائي على الأحكام الأسرية يفقدها الشرعية .
 لا لأحكام الأسرة إلا بقانون تفره المرجعية الفقهية وبمادة دستورية غير قابلة للتغيير .
 مرجعيتنا النجف
 (2) ألغى هذا الكيان لاحقاً .

المذهبيين ، وقد يؤدي إلى مصادرة أحد المذهبين لحساب الآخر ، كما عورض اقتراح مسودتين لمشروع القانون بدعوى أن معد المسودة الجعفرية لا يمثل إلا نفسه ، ثم أعلن أن مرتكز الاعتراض هو تسليم أمر التقنين إلى البرلمان ، وهو ، في رأي المعارضين ، سلطة غير مختصة في إدراك الأحكام المعتبرة في المذهب الجعفري .
ولربما دعم هذا التخوف الأخير أن البحرين كانت آنئذ تعيش صخب الحديث عن مشروعية الالتزام بأحكام اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو) التي انضمت إليها مملكة البحرين في 18 يونيو 2002 ودخلت حيز التنفيذ في 18 يوليو 2002 ، مع التحفظ على بعض المواد والفقرات ⁽¹⁾ ، إذ زكى المخاوف تعصب ثلة من حداثي المجتمع البحريني للأدبيات التي ترسخ لها الاتفاقية بمجموع موادها ، لا سيما مساهمة المفاهيم الغربية وإلغاء كل مفهوم للخصوصية العقدية ، أو الثقافية ، أو الوظيفية ، على ما كشف عنه مؤتمر المرأة الخليجية والألفية الثالثة ، المنعقد بالمنامة في 7-8 مارس 2000 ، تحت عنوان (الفرص والمعوقات والأدوار المطلوبة) ⁽²⁾ .

إذن ثلاث ركائز يمكن تقريرها كدواعٍ لاعتبار الخصوصية المذهبية في تقنين أحكام الأسرة في مملكة البحرين :
أولاً- تأكيد دفع مخاوف الخروج على المعتبرات الشرعية:

وقد تمثلت ، كما بينت ، في الخوف من غلبة دعاة الانتصار لأحكام السيداو على عملية التقنين ، فتغلب أدبيات الاتفاقية أحكام الإسلام في مسائل الأسرة ، على ما تشي كلمة السيدة الدكتورة منيرة فخرو- عضو هيئة التدريس بجامعة البحرين- في كلمتها المعنونة " قوانين الأحوال الشخصية وانعكاساتها على التنمية في منطقة الخليج " إذ تنكر أن تكون أحكام الأسرة شرعا ، وتراها جملة من " التأويلات المختلفة لقوانين وضعها وفسرها رجال يريدون تثبيت سيطرتهم على المرأة ، وبالتالي على الأسرة في مجتمع أبوي صرف " ⁽³⁾ كما تنكر على الذين يعارضون المعايير الغربية رفضهم تقليد القوانين الأسرية المعمول بها في الغرب ، وتتهمهم بتناسي أن القوانين المدنية المطبقة في معظم الدول العربية مشتقة من القوانين الغربية ، وخصوصا القانون المدني الفرنسي ⁽⁴⁾ .

كذا حرص الأستاذ الدكتور باقر النجار- الأستاذ بجامعة البحرين- على بيان أن المرأة الخليجية في وداع قرن وإطلالة آخر قد عادت إلى البرقع - البدوي كما يسميه - فمثلت حالة جديدة من حالات عسر الحداثة وتحولاتها ⁽⁵⁾ نتيجة سيادة الأطروحات الإسلامية - حسب تعبيره- التي عطلت كثيرا من الأدوار ، وفرضت حالة من حالات الحصار الثقافي ⁽⁶⁾ .

1) وقد صدر لاحقا المرسوم بقانون رقم 70 لسنة 2014 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون 5 لسنة 2002 ، وهو في حقيقته تعديل شكلي ، قوامه : التزام مملكة البحرين بتنفيذ أحكام المواد 2 ، 4/15 ، 16 من اتفاقية السيداو دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية ، وبقي التحفظ على المادتين 9/2 ، 29/1 كما هو .

وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية الموضوعة عام 1972 بقرارها رقم 80/34 في 18 ديسمبر/ كانون الأول 1979 . وقد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 3 سبتمبر/أيلول 1981 . وتمثل هذه الاتفاقية - كما هو معروف- خاتمة جملة من الجهود الدولية .

2) نشرت أعمال المؤتمر في كتاب مؤتمر المرأة والألفية الثالثة من إصدار جمعية نهضة فتاة البحرين ، ولكاتب هذه السطور استعراض مطول للكلمات المشاركين والمشاركات ضمنيتها بحثي الموسوم تقنين أحكام الفقه وصياغتها تطبيقا على مسودة مشروع قانون الأسرة البحريني . الشق السني . بحث مطول منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا / مصر . ع 31/ ج 2 خصوصا ص 700-707 .

3) كتاب المؤتمر ص 95 .

4) السابق ص 37 .

5) كتاب المؤتمر ص 95 .

6) السابق ص 96 .

وهي أبرز ملاحظات الدكتور محمد الرميحي عن حالة المرأة الخليجية في ظل صراع " العولمة والأبعاد العلمية والثقافية لدور المرأة في الخليج العربي " لأسباب تراثية - على حد قوله- وتعليمية واجتماعية ، وإنه ليسوؤه جدا أن قطاعا من النساء يحبذن هذا الواقع ويقاومن التغيير المنشود !!!⁽¹⁾ .

وتدعو السيدة الدكتورة فادية كيوان إلى "اعتبار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، ومجمل الاتفاقيات الدولية ، سندا معياريا لتحليل الواقع والممارسات، ولتحديد المعوقات ولوضع الخطط المستقبلية الهادفة إلى تطوير مجتمعاتنا وأنسنتها"⁽²⁾ ومن ضرورات ذلك المصادقة على اتفاقيتي " الطفل " و"سيداو" مع التقييد بمضمونيهما ، ومراجعة التشريعات والقوانين الخاصة بالمرأة وتعديلها وتطويرها لتواكب التغيرات الحاصلة⁽³⁾ ويلحظ في أكثر الكلمات الحرص على تثبيت دعوى أن القوانين الأسرية القائمة تمثل أعرافا مقننة ، وهذه الأعراف المقننة هي التي تتحكم في مفاصل المجتمع وفي موقفه من المرأة .

ونظرا لأن هذه الأطروحات تعندي على المجتمع في أبرز خصوصياته، فقد كان من البديهي أن تجد - من المجتمع البحريني المحافظ - مقاومة شديدة وصلت إلى حد رفض كل تقنين لأحكام الأسرة ، خشية أن يفرض فريق التغريبيين رؤيته على واضح التقنين ، ولم يجد بعض المعارضين حرجا في أن يصرح بقوله " قد أوضح هؤلاء طموحهم للوصول إلى قانون علماني ، أو مزيج بين مشتهيات العلمانية وبعض الأحكام الشرعية، وهذا ما صرّحوا به بداية تحركهم "⁽⁴⁾ .

ونظرا للأثر الضار لمثل هذه المقولات على تحفيز الجهات المعنية بتقنين أحكام الأسرة حرص المجلس الأعلى للمرأة في منشوره المعنون { استطلاع للرأي حول تقنين أحكام الأسرة في مملكة البحرين } على أن يبرز في خاتمة دراسته أن " الغالبية العظمى من مجتمع الدراسة يؤكدون على ضرورة أن يكون القانون مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية ، أي بعد أن يشبعه المختصون من علماء الدين ورجال القانون دراسة وتمحيصا ، ولن تخرج بنوده عن الشريعة الإسلامية الصحيحة - هكذا- وينفذ ما ينادي به القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة على ألا يبنى هذا القانون على المواثيق والمعاهدات الدولية ، أو إضعاف صلته بالشريعة الإسلامية عن طريق مواد تتحكم فيه "⁽⁵⁾ .

وعلى ذلك كانت التوصية الأولى التي توصى بها لجنة الدراسة هي " ضرورة إصدار قانون لأحكام الأسرة ينظم العلاقات بين أفراد الأسرة على أن يكون مستمدا من الشريعة الإسلامية ، ومنفذا لأهدافها النبيلة "⁽⁶⁾ .

(1) السابق ص 255-257 .

(2) السابق ص 171 .

(3) السابق 176 .

(4) هذا قول غير واحد من أعضاء ما كان يسمى المجلس العلمائي الشيعي في مجابهة حملة الدعوة إلى التقنين ، بل هو ما نشر بيانا عن المجلس، ولا يُظن أن أحدا من علماء السنة يوافق على التوجه التغريبي متى ثبت .

(5) أعد الاستطلاع بمعرفة مركز البحرين للدراسات والبحوث ، ونشره المجلس الأعلى للمرأة عام 2005 ، ومن نتائج هذا الاستطلاع - وقد أجرى على عينة من المواطنين والمواطنات ، الأزواج منها حوالي 70.3 % وغيرهم 29.7 % ، وقد تبين أن 58.8 % من أفراد العينة ليست لديهم دراية أو إمام بأحكام الأسرة المطبقة ، في حين أشار 41.2 % إلى درايتهم بها ، ويوافق - أو يوافق بشدة - 73.7 % على ضرورة إصدار القانون ، في حين يرفض 11.5 % وضع قانون ، ويقف 14.8 % من العينة موقفا سلبيا من الإصدار وعدمه ، وقد لوحظ أن النساء أكثر حرصا على صدور القانون من رجال نفس العينة ، ويرى 72.4 % أن للقانون المنتظر دورا في الحد من التفكك الأسري وأثاره داخل المجتمع البحريني ، على حين يرفض أقل من 8% هذه النتيجة المحتملة ، ويقف 20.2 % من الاحتمالين موقفا سلبيا ، وتشير الدراسة إلى الميل الواضح لاحترام الخصوصية المذهبية ، سواء في ذلك أن يصدر قانون واحد ، أو قانونان ، لكل طائفة قانون ، وأخيرا تشير النتائج إلى أن 97 % من أفراد العينة يصرون على أن يستمد القانون من أحكام الشريعة الإسلامية ، في حين يرفض ذلك 1% فقط ، واكتفي 2.4% بالجواب بلا أعلم .

(6) انظر ص 63 من منشور الدراسة .

وهي فطنة من المجلس الأعلى للمرأة تستحق الإشادة بها ، لما كان لها من أثر في رد المخاوف التي أثارها تصدي المسوقين للمعايير الغربية للمطالبة بتقنين أحكام الأسرة .
ثانيا- الحرص على ضوابط التشريع الجيد:

يذكر المختصون في وضع التشريعات وصياغتها أن التشريع الجيد⁽¹⁾ هو ما تتوافر فيه خصائص ، يشغلنا منها:

- 1- أن يكون من المتوقع له أن يحظى بقبول العامة ، وامتنالهم لأحكامه .
- 2- أن يتسم بإمكان التنبؤ به ، والاستقرار عند تطبيقه ، وأن ينتفي الاحتمال بوقوع عواقب غير متوقعة أو غير مرغوبة على إثر تطبيقه .
- 3- أن تتم صياغته بدقة ووضوح ، وأن يكون مفهوما إلى حد معقول لاسيما من قبل المعنيين بأحكامه ..
شهرة العلامة جيني في وضع القاعدة القانونية وصياغتها
وقد اشتهر دور الأستاذ "جيني"⁽²⁾ العلامة الفرنسي حول القاعدة القانونية ، وأنها كما قال في موسوعته " العلم والصياغة " تتحلل إلى علم وصياغة ، أما العلم فهو المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية ، وعناصر هذه المادة عبارة عن أربع حقائق هي :

1- حقائق واقعية أو طبيعية 2- حقائق تاريخية

3- حقائق عقلية 4- حقائق مثالية

ومع قناعتنا بفضل العلامة الأستاذ جيني على الفكر القانوني فإننا نؤكد أنه مسبق⁽³⁾ في علمه يقينا ، بفكر جملة من علماء الإسلام أمثال العز بن عبد السلام ، وابن القيم ، وابن خلدون ، وغيرهم:

فقبل جيني بقرابة ثمانية قرون كان الإمام عز الدين بن عبد السلام { 557 - 632 هـ - 1162-1234 م } يقول في درته المسماة " قواعد الأحكام في مصالح الأنام " :

" وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة :

1- بالضرورات والتجارب - الحقائق التاريخية - .

2- والعادات - الحقائق الواقعية - .

3- والظنون والمعتبرات - العقل - .

4- فإن خفي شيء من ذلك طلب من أدلته - المثالية - .

ومن أراد أن يعرف المتناسبات والمصالح والمفاسد راجعها ومرجوحها فليعرض ذلك على عقله ، بتقدير أن الشرع لم يرد به ، ثم يبني عليه الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده، ولم يفهم على مصلحته أو مفسدته "⁽¹⁾

1 (انظر كيث باتشيت - أستاذ القانون بجامعة ويلز - تحضير وصياغة وإدارة مشاريع التشريعات . ضمن أوراق ورشة العمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية . بيروت 3-6 فبراير 2003 ، بترجمة عزيز الناصر إسماعيل . ص 3 ، متاحة بنظام Pdf على الموقع الإلكتروني لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي POGAR التشريع على السرايط <http://www.pogar.org/arabic/publications/index.asp?tid=5> . صبرة . محمد علي . أصول الصياغة القانونية بالعربية والانجليزية . الطبعة الثانية . يوليو 2007 ص 42- 47 .

2 (راجع في بناء هذه النظرية . د. حسن كبيرة . المدخل ص 138- 150 ، د. سليمان مرقس . الوافي . المدخل 552- 559 ، د. كمال الجوهري . القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي . رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية حقوق بني سويف 1992 ص 29- 34 .

3 (وضع الفقيه جيني موسوعته " العلم والصياغة " بين عامي 1914- 1924 .

ومن بعد العزُوجِدَ الإمام ابن قيم الجوزية (691هـ – 751هـ، 1292-1350م) ومن مؤلفاته ذات القيمة الخاصة في صناعة التقنينات (إعلام الموقعين عن رب العالمين) شرح فيه شرحا وافيا رسالة الفاروق عمر بن الخطاب في القضاء ، وفي بعض تعليقاته عليها يقول تحت عنوان " تمكن الحاكم -أي القاضي - والمفتي - وهو بمنزلة المقنن بلغة عصرنا- بنوعين من الفهم ، يقول:

" ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم : أحدهما : فهم الواقع ، والفقه فيه ، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والإمارات حتى يحيط بها علما (2) .

وفي إعماله هذا الفقه يجمع الإمام ابن القيم المأثور عن سابقه في مبحث تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، ثم يقرر في خاتمته "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت كالعقود في المعاملات، والعيوب في الأعواض في المبيعات ونحو ذلك، ... وهذا تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهذا مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، وإن وقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أو لا؟ ثم يقول "فمهما تجدد العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغاه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، فإن جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تُجره على عُرْف بلدك وَسَلُّهُ عن عُرْف بلده، فَأَجْرهُ عليه، وأفتِهِ به دون عرف بلدك، والمذكور في كتبك قالوا فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"⁽³⁾.

ولا شك أن هذه هي المعطيات التاريخية والواقعية .

بل إننا نستطيع أن نتلمس أساس فكرة الأستاذ جيني في منهج أبي حنيفة رضي الله عنه في استنباط الأحكام ، وكما نقل العلامة الشيخ أبو زهرة عن " سهل بن مزاحم قال : كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة وفرار من القبح، والنظر في معاملات الناس وما استقاموا عليه، وصلحت عليه أمورهم ، يمضى الأمور على القياس، فإذا قبح القياس يمضيهما على الاستحسان، مادام يمضي له، فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون"⁽⁴⁾.

وعلى ذلك فإن مقترح القانون متى جافى المعتبر في الواقع وما جرى عليه العمل ، أي الضرورات والعادات، فقد أهم أسباب قبوله والامتثال لأحكامه ، لاسيما في شأن تعدي ، ظل بمنأى عن الإبعاد لصالح القوانين الوضعية ، ومن ثم فالحماسة له لم تظل جذوتها في القلوب متوهجة ، وهذا ما أكدته نتائج استطلاع الرأي الذي أعد بمعرفة مركز البحرين للدراسات والبحوث، ونشره المجلس الأعلى للمرأة عام 2005 وفيه أن 96.6 % من أفراد- العينة محل الاستطلاع - يصرون على أن يستمد القانون من أحكام الشريعة الإسلامية ، في

1) انظر : قواعد الأحكام في مصالح الأنام . ط الريان الثانية 1998 /10 ، وينبغي أن ننبه إلى أن نجم العز في زمن الحروب الصليبية أسطع من أن يغم على أحد .

2) لاحظ أن الفقه يعنى الفهم الدقيق النافذ الذي يتعرف غايات الأقوال والأفعال ، أما الاستنباط فيعنى بذل الجهد الفكري لاستخراج حكم مسألة فرعية ، أو الوقوف عليه ، وقد حد ابن القيم وظيفة الاستنباط بقوله - أعلام الموقعين 225/1- " تنال به العلل والمعاني والأشباه والنظائر ومقاصد المتكلم " .

(3) أعلام الموقعين الجزء الثالث ص3-78 ويراجع بخاصة 77 وما بعدها، وتكاد عبارته تلتقي بعبارة الإمام القرافي في الفروق ج 1 ص176.

(4) الشيخ محمد أبو زهرة "أبو حنيفة" ص356 ط.دار الفكر العربي.

حين يرفض ذلك 1% فقط، واكتفي 2.4% بالجواب بلا أعلم ، مع ميل شديد إلى احترام الخصوصية المذهبية⁽¹⁾ .

ثالثا - تحقيق الاستقرار الأسري وحسن التطبيق العملي:

الاستقرار هدف تعمل الدولة على تحقيقه ، وما جعل القضاء إلا لذلك ، فالمقصد من إقامة القضاة رفع التهاجر ، وقطع الخصومات ، ولا يحقق حفظ الحوزة والنظام مثل توحيد الأحكام المعتمدة في الوقائع المتماثلة، وخير طريق إلى قطع الخصومات علانية الأحكام ، فهي كما قيل بحق من بديهيات أصول الشرائع⁽²⁾ ، إذ تيسر معرفة المكلفين بحقوقهم وواجباتهم، فتحفزهم إلى الواجبات، وتبصرهم بالحقوق وضوابطها ، ثم إنها تحقق شفافية العمل المرفقي ، وتؤسس لنوع رقابة على أداء مؤسسة العدالة ، فيحتاط الصالح ، ويحترز المقصر ، ويتحقق عندئذ حسن التطبيق المنشود.

وفي مجتمع إثني ، تغلبه العصبية المذهبية ، بل يرى المقلدون فيه أنهم تبع لأئمتهم ، فهم – عندهم- الوسطاء عند الله ، والشهداء على الطاعة ، والمنجاة من العذاب ، لن تتحقق أغراض التقنين على الوجه الأوفى إلا إذا روعيت أغراض التشريع ، لاسيما قبول العامة ، وامثالهم لأحكامه ، ومع ضعف الثقافة القانونية لا طريق إلى القبول ، ومن ثم الامتثال ، إلا إمكانية التنبؤ بالحكم الواجب وفهمه ، وخير معين على ذلك الدرس الديني ، والتقليد المرجعي ، ويقال بحق " من نافل القول إن السلطة المرجعية هي محور القانون "⁽³⁾ .

وإذا كانت العصبية المذهبية واقعا يتوجب اعتباره ، حتى مع العمل على كبح جماحه ، وتطويق آثاره ، فإن ذلك في الحالة البحرينية أوجب؛ لأن الفكر الجعفري لا يسلم – تبعا لأصوله الاجتهادية- بصواب الرأي الآخر في كثير، ثم إن الإدارة البحرينية قد جرت منذ زمن طويل جدا على نصب قضاة جعفرين للفصل في منازعات أتباع المذهب وفقا للمعتبر من الأحكام فيه ، فاستقر في النفوس والأفكار أن الفصل العادل لا يكون إلا بموجب تلك الأحكام .

المطلب الثاني

مظاهر اعتبار الخصوصية المذهبية في تقنين أحكام الأسرة

ذكرت أن المخاوف حالت دون إصدار قانون موحد لا يغفل مواطن الخلاف المذهبي ، بل حالت دون إصدار قانون واحد ذي قسمين ، أحدهما : سني ، والآخر جعفري ، ومع استمرار المطالبة – المرغوب فيها إداريا- بتقنين أحكام الأسرة ، مع تحشيد الشارع الجعفري ضد التقنين ، كان لا بد من قرار يحقق الرجاء ويضيق من دائرة المعارضة ، وهذا ما كان .

1) انظر الحاشية رقم 51 . وقد استشهدت على رفض القبول قولاً ، والممانعة في الامتثال عملاً ، بمثاليين أحدهما مصري والآخر مغربي ، يتعلق أولهما بإجازة طلب التطبيق للتضرر من مجرد زواج الرجل من أخرى ، فيما يتشدد الثاني في ممارسة التعدد ، مع رفع سن الزواج ، والاتفاق على تنظيم الشراكة في مالية الأسرة ، وظهر لي كيف انتهى أمر النص المصري إلى التقييد ، والنصوص المغربية إلى الإهمال . راجع لنا تقنين أحكام الفقه . سابق ص 733-741 .

2) الزرقا . مصطفى أحمد . المدخل الفقهي العام . ط ثانية . دار القلم 2004 م 1/ 314 .

3) حلاق . وائل . السلطة المذهبية . التقليد والتجديد في الفقه الإسلامي . بترجمة عباس عباس . نشر دار المدار الإسلامي . ط أولى 2007 ص 15 .

فبعد دراسات مكثفة لمسودة مشروع قانون الأسرة ، مع حوار مجتمعي جاد ، جاوز المنصات الإعلامية ، والقاعات الدراسية ، إلى المجالس الشعبية ، وهي كما يقول أهل البحرين مدارس ، خرج إلى الوجود المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2009 بإصدار قانون أحكام الأسرة (القسم الأول) ونشر بعدد الجريدة الرسمية رقم 2898 في 6/4/2009 ليعمل به ابتداء من أول الشهر التالي لتاريخ نشره ، والحق أنه جاء شاهداً مبيناً على حنكة سياسية عالية ، إذ لم يرضخ المقنن البحريني لضجيج الرفض فيرجأ التقنين حتى تتبدى جدواه للجميع ، وإنما سارع بإصدار القسم الأول معتمداً مبدأ الاختصاص الموضوعي ليتيح الفرصة للراغب أن يستظل بأحكامه مستقبلاً ، وإن كان بالاعتبار الشخصي معدوداً من جماعة الخارجين عن الخطاب بهذه الأحكام ، وذلك بالنص على أن (تسري أحكام هذا القانون على كافة المنازعات التي تدخل في ولاية الدوائر الشرعية السنية) بمراعاة المقرر بنص المادة 14 من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 42 لسنة 2002 ، ومنه (يكون الاختصاص في القضايا المترتبة على عقود الزواج على أساس المذهب الذي تم إبرام عقد الزواج على مقتضى أحكامه ، ويحدد ذلك حسب الدائرة الشرعية أو مأذونها الذي وثق عقد الزواج) ، فتقييد سريان الأحكام بالاختصاص المقرر بقانون السلطة القضائية أسس لاختصاص إرادي يقوم على اختيار راغبي الزواج ، فإن اختير المأذون السني ، أو الدائرة الشرعية السنية ، لتوثيق عقد الزواج فكل القضايا المترتبة على هذا العقد ستدخل ضمن المنازعات التي يسري عليها قانون أحكام الأسرة (القسم الأول) وهذه فضلاً عن كونها حيلة لزعزعة صفوف معارضة التقنين ، فإنها حكمة بالغة لتفادي الاتهام بعنصرية التشريع ، فمعها يكون التقنين لكل الراغبين في الانضواء تحت ضيائه .

وبالتطبيق القضائي والتنظير الفكري ، ناهيك عن التنادي المجتمعي والتناجي ، فترت هواجس الخوف من التقنين ، وتعالق أنات المضمرات والمتضررين من أن شطر القضاء الشرعي لم يزل - في خصوص المنازعات التي غفل أطرافها عن ثغرة الاختصاص الموضوعي - أسير الاجتهاد في مظان الخلاف مع ما يترتب على ذلك من اختلاف الأحكام القضائية في الوقائع المتماثلة⁽¹⁾ .

فهيأ كل ذلك لاستقبال قانون الأسرة الموحد ، وهو ما التقطه بعض أعضاء مجلس الشورى⁽²⁾ وسارعوا بتبني اقتراح بقانون⁽³⁾ احتضنه مجلس الشورى البحريني ، ووفقاً للرأي القانوني للمستشار القانوني للمجلس فإن " الاقتراح بقانون تتوافر فيه الشروط القانونية لتقديمه " وهو حاصل رأي لجنة الشؤون التشريعية

1) وقد جاء في بيان رأي لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بمجلس الشورى بخصوص الاقتراح بقانون الأسرة الموحد ما نصه : إن الاقتراح بقانون يهدف إلى سد الفراغ التشريعي الناتج عن نفاذ القانون الذي ينظم قانون الأسرة في الشق السني ، في حين يغيب قانون مماثل ينظم الجعفري ، وعليه فمن غير المقبول من الناحية الدستورية أن يحتكم الخاضعون للفقهاء السني لقانون أحكام الأسرة رقم 19 لسنة 2009 ، بينما يترك الخاضعون للفقهاء الجعفري دون تنظيم تشريعي ، فالتنظيم التشريعي ينبغي أن يشمل الجميع على حد سواء دون تمييز بغية المحافظة على استقرار الأسرة البحرينية بوجه عام ، وحفظ الحقوق ومراعاة الواجبات الأسرية المستندة إلى الأحكام الشرعية في كلا الفقهيين السني والجعفري .. إلخ ما قالت . انظر : ملحق بجدول أعمال الجلسة الخامسة والعشرين / دور الانعقاد الثالث / الفصل التشريعي الرابع / بتاريخ 16/2017/4 ص 12 .

2) تقدم بالاقتراح السادة أعضاء مجلس الشورى ؛ السيدة دلال جاسم الزايد ، جواد عبد الله عباس ، أحمد سالم العريض ، سوسن حاجي تقوي ، زهوة محمد الكواري . نقلنا عن خطاب السيدة دلال الزايد عضو المجلس ورئيس لجنة الشؤون التشريعية والقانونية رقم 509 ص ل ت ق /ف3:4 في 9 أبريل 2017 إلى معالي رئيس مجلس الشورى بطلب مناقشة الاقتراح ودراسته وإعداد تقرير بشأنه .

3) في كلمات بعض المتدخلات من أعضاء مجلس الشورى أن مؤسسات الدولة لاسيما المجلس الأعلى للمرأة مشغولة بالمقترح وأنها تعمل عليه منذ مدة ، وفي رد معالي وزير العدل الإسلامية والأوقاف على استفسارات لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بمجلس النواب أجاب بالقول : إن هذا (القانون) تم العمل لإصداره زهاء 12 عاماً والشؤون . ولهذا فإن المقترح لم يكن جهد المقترحين ، مع ما لدورهم من فضل في تحريك دواليب العمل التشريعي ، ولكنه جهد بعض مؤسسات الدولة تبناه هؤلاء الأعضاء المقروون .

والقانونية في ضوء ما دار في اجتماعات اللجنة من مناقشات، وما أبدي من آراء ، لذا فإنها توصي بجواز نظر الاقتراح بقانون .

ومن ثم عرض الاقتراح على المجلس بالجلسة الخامسة والعشرين ، فوافق المجلس بالإجماع ، وأحال رئيس المجلس الاقتراح إلى الحكومة لدراسته ورفعته إلى مجلس النواب كمشروع قانون ، وما إن اتصلت به الحكومة حتى أصدر جلاله الملك الأمر الملكي رقم 24 لسنة 2017 في 2017/4/23 بتشكيل لجنة شرعية مكونة من عشرة من السادة قضاة الشرع والفقهاء المختصين في كل من الفقهين السني والجعفري لدراسة مشروع قانون الأسرة ومراجعة أحكامه والتأكد من مدى مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ، على أن ترفع اللجنة للديوان الملكي تقريرها متضمنا نتائج توصياتها بشأن المشروع المحال إليها ، وينتهي عمل اللجنة فور صدور قانون الأسرة حسب الإجراءات الدستورية .

وعقدت اللجنة الشرعية لمراجعة مشروع قانون الأسرة 14 اجتماعا كان آخرها في يوم الثلاثاء الموافق 2017/7/11 " حيث درست مشروع القانون بعد صياغته ، والذي قدم للسلطة التشريعية (بتاريخ 2017/7/5) ، وبعد النقاش حوله في ضوء مرييات اللجنة في اجتماعها السابق (رقم 13) توافقت اللجنة على إدخال التعديلات اللازمة على مشروع القانون (أثبت بالمحضر أنها ثلاثة عشر تعديلا) ، وذلك بما لها من اختصاص بمراجعة أحكامه والتأكد من مدى مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ، وقد رفعت اللجنة إلى الديوان الملكي نتائج أعمالها بشأن المشروع المحال إليها " .

وإذ أحيل المشروع إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بمجلس النواب تدارسته في ثلاث جلسات ، وأوصت بإجماع أعضائها الحاضرين بالموافقة على المشروع ، وعلى التعديلات التي أجرتها اللجنة الشرعية على مشروع القانون، ورفع المشروع إلى المجلس فوافق عليه بإجماع الحاضرين (32 عضوا) وذلك بجلسة الخميس 13 يوليو 2017 ، وأحاله إلى مجلس الشورى فوافق عليه بإجماع الحاضرين (29 عضوا)، وذلك بجلسة 19 / 7 / 2017 ، ورفع القانون إلى الديوان الملكي لإصداره ، وفي اليوم ذاته صادق جلاله الملك على القانون ليصدر بالقانون رقم 19 لسنة 2017 في 25 شوال 1438 هـ الموافق 19 يوليو 2017 ليعمل به من أول الشهر التالي لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، التي نشرته بملحق العدد 3323 في 20 يوليو 2017 .

وبموجب المادة السابعة من القانون 19 لسنة 2017 " يلغى قانون أحكام الأسرة (القسم الأول) رقم 19 لسنة 2009، كما يلغى كل نص يتعارض مع أحكام القانون المرفق ، وبموجب المادة السادسة " تسري أحكام هذا القانون (قانون الأسرة) على جميع الدعاوى التي لم يصدر فيها حكم موضوعي نهائي قبل نفاذه " .

وبأدنى تأمل في تلك المسيرة التي استغرقت - منذ الحشد ضد التقنين إلى صدور قانون الأسرة- ثنتا عشرة سنة ، عمرت بجهود فكرية ، ومبادرات سياسية ، ودعوية ، كان أبرز مظاهرها :

1- العناية الشديدة بإخراج المسودة السنوية مستوفية شرائط التشريع الجيد، لتحقق مصلحة التقنين في أهم جوانبها من مراعاة أحوال الناس ، باختيار ما هو أوفى بالحاجة الزمنية ، ومقتضى المصلحة الشرعية المجتمعية ، مع التوسعة عليهم وتحاشي الحرج ؛ وذلك باستقاء الأحكام المقننة من عموم الأقوال؛ الفقهية ، وعدم إخراجهم بتقليد أحد بعينه ، وهي وسيلة تتجاوز خدمة الخاضعين إلى إغراء المعارضين ، لأن الشكاية من ضيق المذهبية وحرجهما أحيانا لا يخص فريقا من أتباع مذهب دون غيره ، وقد ظهر لي أنه قل أن يكون قول في المذاهب السنية لايقول به أحد من علماء الجعفرية .

- 2- المبادرة إلى إصدار قانون الأسرة الصادر بالمرسوم بقانون 19 لسنة 2009 ، ليقطع التطبيق العملي الجدل النظري ، وتبديد أوهام الخوف ، وتعلن مزايا التقنيين⁽¹⁾ ، مع استمرار الحوار المجتمعي⁽²⁾ حول إمكانية الالتقاء على استصدار تقنين موحد يعرئ الخصوصية المذهبية ، ويحتاط لدفع المخاوف الشرعية والإقصائية .
- 3- إغراء المعارضين بإمكانية الاستفادة من الأحكام المقننة بالخضوع الاختياري للدوائر القضائية التي تقوم على تطبيق قانون أحكام الأسرة .
- 4- الحرص على أن تكون اللجان المشكلة لدراسة المقترحات والمشروعات ممثلة لكلا الطائفتين تمثيلاً عادلاً وفعالاً ، مع ارتهان القرار التشريعي والتنفيذي بموافقتهما ، وهو ما ظهر جلياً في حركة مشروع قانون الأسرة ، كما رأينا. وفي بيان الاتحاد النسائي البحريني المنشور بتاريخ 2017/4/26⁽³⁾ أن " الجهود متواصلة منذ تأسيسه لتقريب وجهات النظر سعياً منه لإصدار قانون موحد من أجل إنهاء معاناة المرأة في المحاكم ، ومن أبرز الجهود التي قام بها تشكيل لجنة من المشايخ والقضاة والعمل معهم لفترة طويلة لصياغة مسودة قانون أحكام الأسرة الموحد الذي يراعي الاختلافات المذهبية في المجتمع". وهو المعنى ذاته المستفاد من تعليق السيدة أمين عام المجلس الأعلى للمرأة بهذه المناسبة.

المطلب الثالث

آثار الاعتبار المذهبي في قانون الأسرة البحريني.

من المنطقي بعد كل ما قدمنا أن يكون للاعتبار المذهبي آثاره البارزة في قانون الأسرة الصادر بالقانون 19 لسنة 2017 ، ويظهر لي أنها تتمثل فيما يلي :

أولاً: أن مجمل ما صدر به قانون الأسرة الجديد يبرز أن القواسم المشتركة بين الفقهاء السني والجعفري أكثر بكثير مما كان يظن ، فأكثر مواد قانون الأسرة هي هي مواد قانون أحكام الأسرة (القسم الأول) ، وقد جئ لي هذه المفارقة الزميل الدكتور السيد عيسى الوداعي، وهو من المعنيين بالحركة العلمية الفقهية الجعفرية في البحرين⁽⁴⁾ إذ نبهني في محادثته إلى أمرين مترابطين :

أولهما : غلبة الإفتاء – الجعفري- في القضايا الأسرية بموجب النصوص الشرعية الثابتة في المذهب ، لما تتميز به القضايا الأسرية من عموم البلوى ، والتماس مع الخطاب الدعوي الشائع ، وما يخالف ذلك من صدى جماهيري .

والثاني : أن الخلاف بين علماء المذهب في هذه القضايا محدود ، وثمة قول غالب يكاد يطرد القضاء به .

1) من الإجراءات العملية التي تمت وكان لي شرف المشاركة فيها ، عقد عدة مؤتمرات وندوات علمية موسعة تتمحور حول المرأة والقانون ، والعمل على تدريس مقررات أحكام الأسرة لطلاب الحقوق والإسلاميات بجامعة البحرين والجامعات الخاصة (وطلابها من أشياع الطائفتين السنية والجعفرية) في ضوء ما تقرر بالقانون 19 لسنة 2009 ، وإجراء دراسة حول الآثار القانونية والاجتماعية لقانون أحكام الأسرة بطلب مجلس النواب البحريني وإشراف مركز الدراسات والاستشارات القانونية بكلية الحقوق جامعة البحرين صدرت في العام 2014 م ، كما كان لي مع الزميل الدكتور ياسر الحميد تعليق على قانون أحكام الأسرة نشر بمعرفة وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف 2011م ، وقيد النشر الآن : التعليق على قانون الأسرة البحريني بمشاركة الزميل الدكتور الحميد ، وقد تطوع للنشر الأمانة العامة لمجلس النواب البحريني .

2) أنه هنا يرد معالي وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف على استفسارات لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بمجلس النواب إذ أجاب بالقول : إن هذا (القانون) تم العمل لإصداره زهاء 12 عاماً .

3) جريدة الوسط . العدد 5386 بتاريخ الأربعاء 2017/4/26 .

4) للدكتور الوداعي كتابه . الحركة العلمية في البحرين . نشر مركز أوال للدراسات والتوثيق .

وهذا التنبيه يلتقي مع خاتمة قول العلامة الدكتور وهبة الزحيلي - يرحمه الله- بعد بحثه (أصول التقريب بين المذاهب) ومنه : أن هناك جسور التقاء كثيرة بين المذاهب الإسلامية ، سواء في مجال المصادر أم في مجال التفريعات أو الفروع والتطبيقات الفقهية ،والخلاف الفقهي بين هذه المذاهب ليس خلافا جوهريا يمنع من إمكان التلاقي ، وإنما هو خلاف في الفروع التي لا تضر ، ما دام مصدرها الاجتهاد " (1) وأضيف إلى كلام شيخنا بعد معالجة طويلة - نسبيا- وإحالة نظر في المصنفات الفقهية الجعفرية في قضايا الأسرة أنه قل أن تكون هناك مسألة أطبق فيها علماء المذهب على مناقضة كل الأقوال الفقهية السنية فيها .

1- من أبرز ما كان يبرر به المعارضون لتقنين أحكام الأسرة معارضتهم الخوف من أن يكون التقنين سببا لتسلط بعض ذوي التوجهات العلمانية ممن تأتي بهم الانتخابات البرلمانية على الأحكام المقننة بطلب تعديلها أو تغييرها على نحو يخالف أحكام الشريعة ، أو ينال من الخصوصية المذهبية ، ويقولون : لن يرددهم عن المعارضة إلا تقرير ضمانات دستورية بعدم تعديل القانون لاحقا إلا بموافقة المرجعية المذهبية على التعديل المقترح .

ولم يساير واضع القانون المقترح في غلوه ، لكنه لم يغفله ، إذ تشدد في إمكانية تعديل القانون، ونص بالمادة الثانية من القانون 19 لسنة 2009 على أنه " لا يتم تعديل هذا القانون إلا بعد أخذ رأي لجنة من ذوي الاختصاص الشرعي من القضاة والفقهاء على أن يكون نصفهم من القضاة الشرعيين يصدر بتشكيلها أمر ملكي " .

وعلى مدى ثلاثة فصول تشريعية (تقريبا) نجحت القيادة السياسية في بث الطمأنينة في نفوس المتخوفين من التعديل ، وإسقاط مزاعم المعارضين للتقنين بدعوى العبث بأحكام الشريعة، وردت اقتراحا بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 19 لسنة 2009 بإصدار قانون أحكام الأسرة (القسم الأول) في 13 ديسمبر 2015 ، وجاء في رأي المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ردا على خطاب معالي رئيس مجلس النواب رقم ف 4/2د/789 /2015 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 المتضمن طلب لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بمجلس النواب معرفة رأي المجلس الأعلى للشئون الإسلامية حيال الاقتراح ، جاء " ينبه المجلس الأعلى للشئون الإسلامية على أن القانون رقم 19 لسنة 2009 بإصدار قانون أحكام الأسرة (القسم الأول) لا يتم تعديله إلا بعد أخذ رأي لجنة من ذوي الاختصاص الشرعي من القضاة والفقهاء على أن يكون نصفهم من القضاة الشرعيين يصدر بتشكيلها أمر ملكي وذلك طبقا للمادة 2 من القانون المشار إليه " .

وترسيخا لمبدأ إناطة التعديل برأي اللجنة المذكورة فإن جلالة الملك ، وإذ أحيل إلى الديوان الملكي الاقتراح بقانون الأسرة الموحد ، ونظرا لأن الاقتراح يتعرض لقانون أحكام الأسرة بالتعديل والإلغاء ، بادر جلالته بإصدار الأمر الملكي بتشكيل لجنة شرعية لمراجعة مشروع قانون الأسرة ، تشكل - حسب المادة الأولى من الأمر - من المجلس الأعلى للشئون الإسلامية والقضاة الشرعيين ، وسعى الأمر عشرة من ذوي الاختصاص الشرعي من الفقهاء والقضاة في الفقه السني وفي الفقه الجعفري ، ومهمة اللجنة كما جاء بالمادة الثالثة من الأمر الملكي " تختص بدراسة مشروع قانون الأسرة ومراجعة أحكامه والتأكد من مدى مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية " ثم صدر القانون 19 لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة فنص في المادة الثانية على أنه "

1 (الزحيلي . وهبة . أصول التقريب بين المذاهب . دار المكتبي . ط أولى 1420 هـ 2000م ص 49 .

لا يتم تعديل هذا القانون إلا بعد موافقة لجنة من ذوي الاختصاص الشرعي من القضاة وفقهاء الشريعة الإسلامية المتخصصين في الفقه السني والجعفري، على أن يكون نصفهم من قضاة المحاكم الشرعية، ويصدر بتشكيلها أمر ملكي."

2- في 44 موضعا أدرج تعبير (وفقا للفقه الجعفري / السني) تنبها على اعتبار الخصوصية في هذا الموضع، وهو ما يمثل أكثر من 31% من مجموع مواد القانون البالغة 141 مادة، وهذا قدر يسير إذا ما قورن بما تم مؤخرا في دولة الكويت التي أصدرت القانون 124 لسنة 2019 بإصدار قانون الأحوال الشخصية الجعفرية البالغة مواده 510⁽¹⁾، مع ما للكويت من تجربة قديمة في توحيد الدوائر القضائية، وإصدار قانون الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 51 لسنة 1984، غير أنه نص بالمادة 346/أ على أن: يطبق هذا القانون على من كان يطبق عليهم مذهب مالك، وفيما عدا ذلك فيطبق عليهم أحكامهم الخاصة بهم. وقد جرى قضاء محكمة التمييز الكويتية على أنه إذا أحد طرفي الدعوى سنيا والآخر جعفريا فإن أحكام هذا القانون (51/1984) تكون هي الواجبة التطبيق متى كان النزاع ناليا لتاريخ 10/1/1984⁽²⁾. فمع هذا التغليب الظاهر لتطبيق القانون 51/1984، وطول التجربة، مع اختصاص دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الكلية والاستئنافية والتمييز (م 344 من القانون 1984/51) والتي سميت لاحقا (بموجب القانون 12 لسنة 2015 المعدل بالقانون رقم 11 لسنة 2018) محكمة الأسرة، ويشمل اختصاصها كافة الكويتيين وغير الكويتيين أيا كانت ديانتهم أو مذاهبهم مع مراعاة قواعد الاختصاص الدولي.

3- على أننا متى دققنا مواضع التخصيص ظهر لنا أن الخصوصية كثيرا ما تكون في فرع أو تطبيق، ولا تأتي على المسألة بأسرها، ومن ذلك مثلا: تردّ الهدايا حال العدول عن الخطبة، الخلاف فيه في بعض الحالات لا كلها (م 4) وحق المشتري في طلب الوفاء به فإنه عام إلا أنه في الفقه السني يملك حال عدم الوفاء طلب الفسخ أو التلطيق (م 6) وفي بعض شروط الرضاع المحرم (م 10) ولا يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وفقا للفقه الجعفري (م 14)، والولاية في النكاح فإنها في الفقه الجعفري محدودة جدا (م 15)، (م 28) ولا يمتنع على الولي أن يزوج المولى عليها من أصله أو من فرعه (م 17) وفي بعض أحكام الزواج غير الصحيح وآثاره (م 41، 43، 45) وفي المستحقات للنفقة الشاملة من المعتدات (م 53) وأثر ضعف قدرة المنفق على استحقاق الأولاد والوالدين حال التزام (م 65) واستحقاق الأولاد نفقة ماضية (م 66) وآثار ثبوت نسب ولد الزنا من أمه (م 69) وصيغة الطلاق (م 82) ومتعة المطلقة بسبب لا يرجع إليها بعد الدخول (م 92) والمخالعة الجبرية (م 105)، وحكم الحكمين بالتطليق (103) وهكذا في الأعم الأغلب من صور التخصيص، فإنها تتعلق بفرع أو أكثر أو تطبيق.

بل إن بعض مواضع التخصيص يعتبر الخلاف فيه صوريا ليس إلا، ومن ذلك: ظاهر نص المادة 2/87 أن تنوع الطلاق البائن إلى: بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى خاص بأهل السنة دون الجعفرية، وليس

1 (نشر القانون بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) عدد السنة الخامسة والسنتين في 24 ذو الحجة 1440 هـ - 25 / 8 / 2019 ، ولي عليه ملاحظات شكلية ، وموضوعية لا يسمح المقام بتعقبها .
2) انظر عددا من أحكام التمييز الكويتية في هذا الصدد أشار إليها المستشار أشرف مصطفى كمال في شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي . الطبعة الثالثة . نشر مؤسسة دار الكتب . الكويت 2006 م 31 / 1 .

الأمر كذلك في الحقيقة ، لأن الفقه الجعفري وإن لم يبرز القسمة الثلاثية (رجعي ، وبائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى) إلا أنه فرق بين البينونتين في بيان الآثار ، فخص الرجعي بما يملك فيه الزوج الرجعة ما دامت المطلقة في العدة ، والمحرم حتى تتزوج بغيره ، وهو ما إذا طلق الرجل امرأته ثلاث مرات مع تخلل رجعتين بينهما ، والبائن وهو ما ليس للمطلق فيه الرجوع بطلاقه ، وإنما يحتاج للاستئناف أن يتزوجها بعقد جديد ومهر جديد إن قبلت .

وعلى ذلك يكون المحرم باصطلاح الجعفرية هو البائن بينونة كبرى باصطلاح الفقه السني، والبائن في اصطلاح الجعفرية هو البائن بينونة صغرى في اصطلاح الفقه السني، والمعني في الرجعي واحد عند القريتين .
4- لم يزل باب الخضوع الاختياري للأحكام مواضع التخصيص قائما ، وذلك بالنص في المادة الخامسة من القانون 19 لسنة 2017 (قانون الإصدار) على أن :

أ- تحدد الأحكام الواجبة التطبيق على الحالات التي تخضع لاجتهادات مختلفة بين الفقهاء السني والجعفري في المسائل المتعلقة بعقود الزواج وفقاً للفقه الذي تم إبرام عقد الزواج بمقتضى أحكامه.

ب- (إذا تم توثيق أو إبرام عقد الزواج خارج مملكة البحرين، تحدد الأحكام واجبة التطبيق وفقاً للتدرج الآتي:

- للفقه الذي يظهر في عقد الزواج.
- للفقه الذي يتفق عليه الزوجان عند رفع الدعوى.
- للفقه الذي يتبعه الزوج عند إبرام عقد الزواج.

5- ترعى الخصوصية المذهبية في حال خلو القانون من نص ، مع نزع ظاهرة بفتح باب الاجتهاد المطلق عن قيود المذهبية حال خلو الفقه الجعفري من قول اشتهر العمل به في المذهب (م 4 من قانون الإصدار) .

الخاتمة

أولا - النتائج:

- 1- التجربة البحرينية تمثل واقعا حيا ، وتحقق – في رأيي- تطلعا أحسب أن كل المجتمعات التي تتشكل من إثنيات مذهبية تصبو إليه ، بعد أن مثلت المذاهب الفقهية جزءا لا يتجزأ من بُنى الشريعة ذاتها ، بعد أن نجح الخطاب المذهبي في الاستيلاء على الحقيقة الاجتماعية ، فما تحققت المكانة الرسمية للآراء الشرعية إلا باعتبار المقتضيات الاجتماعية والدينية ، لتبين وجود صلة عضوية بين الأعراف الاجتماعية والنتاج الفقهي للمذهب ، ليرز المذهب في نهاية المطاف بوصفه نموذجا لما يسمى العرف المنطقي⁽¹⁾.
- 2- الاعتبار الفقهي المالكي / الجعفري في دولة البحرين قديم ، وأن اعتبار هذه الخصوصية في التطبيق ثم في التشريع يبلغ حد العرف الدستوري الذي لا يصح الخروج عليه .
- 3- أن الأحكام الأسرية المقننة بالقانونين (قانون أحكام الأسرة . القسم الأول) وقانون الأسرة لا تخرج كثيرا على ما اطرد به قضاء الدوائر الشرعية في البحرين قديما وحديثا.
- 4- أن غالب المعتر بقانون أحكام الأسرة (القسم الأول) لم يزل معتبرا بقانون الأسرة.
- 5- أن التخصيص المذهبي في قانون الأسرة البحريني أخص مما تشي به عبارة القانون ظاهرا ، وقد نجح الحوار ، والإدارة الرشيدة ، في تقليل مواضع الاختلاف ، مع الحفاظ على المصلحة الاجتماعية ، والقبول الشعبي ، بأقل تكلفة ممكنة.
- 6- إذا ما قورنت التجربة البحرينية بالتجارب الأخرى التي تبنت الفصل التام بين الأحكام الواجبة الاعتبار في المنازعات الأسرية فلا شك في تميز هذه التجربة وريادتها.

ثانيا- التوصية :

أوصي بتكليف الباحثين في مرحلتي الماجستير والدكتوراه بقياس التجارب التشريعية لاسيما تلك التي اتخذت من الفقه الإسلامي مصدرا بغرض الكشف عن مدى تقبلها اجتماعيا ، ومدى نجاحها في فض الخصومات ، وتقليل المنازعات ، والتقريب بين المذاهب حال تعدد التقاليد المذهبية.

قائمة بأهمّ المراجع

- 1- البداح . أحمد عبد العزيز. التشيع في البحرين . ط أولى 2011م خصوصا ص 43-50.
- 2- ابن القيم .محمد بن أبي بكر . إعلام الموقعين عن رب العالمين .ط دار الجيل .
- 3- أبو زهرة . محمد "أبو حنيفة". ط. دار الفكر العربي.
- 4- الأنصاري، محمد عبد الله، تحفة المستفيد بتاريخ الإحساء في القديم والجديد ، إشراف وفهرسة: الشاويش، محمد زهير، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق، الطبعة الأولى 1963م.
- 5- جريدة الوسط البحرينية . العدد 5386 بتاريخ الأربعاء 26 /4 /2017 .

(1) د. وائل حلاق. السلطة المذهبية ص 19 ، 21.

- 6- الجوهري . كمال . القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي . رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية حقوق بني سويف 1992 .
- 7- حلاق . وائل . السلطة المذهبية . التقليد والتجديد في الفقه الإسلامي . بترجمة عباس عباس . نشر دار المدار الإسلامي . ط أولى 2007 .
- 8- الخاطر . مبارك . القاضي الرئيس قاسم المهزع ، المطبعة الحكومية بالبحرين ، الطبعة الثانية 1986م .
- 9- الخليفة . ريم (إعلامية بحرينية) الصفحة الإلكترونية لقناة العربية- العربية نت .
- 10- خليفة ، محمد . التحفة النبهانية في تاريخ الجزيرة العربية ص74 ، طباعة دار إحياء العلوم ببيروت 1995م .
- 11- الخليفة ، مي محمد . تشارلز بلجريف: السيرة والمذكرات المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت . ط 1 2000 .
- 12- الزحيلي . وهبة . أصول التقريب بين المذاهب . دار المكتبي . ط أولى 1420هـ 2000م .
- 13- الزرقا . مصطفى أحمد . المدخل الفقهي العام . ط ثانية . دار القلم 2004 م .
- 14- السلي . عز الدين بن عبد السلام . قواعد الأحكام في مصالح الأنام . ط الريان الثانية 1998 .
- 15- الشاعر . عبد الرحمن ضرار . التطبيق الشرعي في الأحوال الشخصية في دولة البحرين في العصر الحديث . رسالة للماجستير مقدمة إلى كلية دار العلوم بجامعة القاهرة 2001 على الآلة الناسخة .
- 16- صبرة . محمد علي . أصول الصياغة القانونية بالعربية والانجليزية . الطبعة الثانية . يوليو 2007 .
- 17- الصديقي . علي فيصل . تاريخ النظام القانوني في البحرين خلال العقود الأولى من القرن العشرين . دراسة قانونية تاريخية وثائقية ط . أولى . نشر مركز عيسى الثقافي . المنامة 2019 .
- 18- العطاوي . أحمد يعقوب . مذكرات لدارسي أحكام الأسرة في الإسلام من طلاب جامعة البحرين تحت عنوان " مدى الحاجة إلى تقنين أحكام الأسرة في محاكم البحرين الشرعية " 2006/2005 .
- 19- العطاوي . أحمد يعقوب . " تطبيق أحكام الأسرة في المحاكم الشرعية في البحرين ومدى الحاجة إلى التقنين . " أطروحة للدكتوراه مقدمة إلى جامعة ويلز / لامبيتر بريطانيا 2004 . (غير منشورة) .
- 20- الغزالي . أحمد محمد بخيت . تقنين أحكام الفقه وصياغتها تطبيقاً على مسودة مشروع قانون الأسرة البحريني . الشق السني . بحث مطول منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا / مصر . ع 31 .
- 21- الغزالي . أحمد محمد بخيت ، العطاوي . أحمد يعقوب . القضاء في الشريعة الإسلامية . دراسة مقارنة (مع إشارة إلى ما يجري عليه عمل القضاء الشرعي في مملكة البحرين) نشر جامعة البحرين 2015 .
- 22- قدورة . زاهية . شبه الجزيرة العربية . طباعة دار النهضة العربية - بيروت .
- 23- القرافي . أحمد بن إدريس . الفروق . بتحقيق د . علي جمعة ، د . محمد أحمد سراج . نشر دار السلام . ط أولى 2001/1421 .
- 24- كمال . أشرف مصطفى كمال ، شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي . الطبعة الثالثة . نشر مؤسسة دار الكتب . الكويت 2006 م .



- 25- الكويت اليوم . عدد السنة الخامسة والستين في 24 ذو الحجة 1440 هـ - 25 / 8 / 2019
- 26- كيث باتشت – أستاذ القانون بجامعة ويلز – تحضير وصياغة وإدارة مشاريع التشريعات . ضمن أوراق ورشة العمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية . بيروت 3-6 فبراير 2003 ، بترجمة عزيز الناصر إسماعيل . متاحة بنظام Pdf على الموقع الإلكتروني لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي POGAR التشريع على الرابط <http://www.pogar.org/arabic/publications/index.asp?tid=5> .
- 27- لوريمر.ج. ج. دليل الخليج الجغرافي. طبعة مؤسسة دار العلوم – قطر.
- 28- المجلس العلمي. نشرة معنونة " معالم الهدى " ، عدد خاص حول قانون أحكام الأسرة ، محرم 1427 / يناير 2006 .
- 29- محروس. هناء . تحقيق صحفي بعنوان " شباب لك شباب لكل العمر / حوارات . بتاريخ 2004/12/17 . على الرابط: <http://www.shabablek.com/vb/forumdisplay.php?f=34> .
- 30- مركز البحرين للدراسات والبحوث ، ونشره المجلس الأعلى للمرأة عام 2005 .
- 31- المسلم، محمد، ساحل الذهب الأسود ، دار مكتبة الحياة بيروت .
- 32- مقال عشيرة آل عصفور في إقليم البحرين (شائع عبر الشبكة العنكبوتية).
- 33- ملحق بجدول أعمال الجلسة الخامسة والعشرين / دور الانعقاد الثالث / الفصل التشريعي الرابع / بتاريخ 2017/4 / 16 .
- 34- مؤتمر المرأة والألفية الثالثة . كتاب المؤتمر من إصدار جمعية نهضة فتاة البحرين .

إشكاليات عملية في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية

(دراسة نقدية في التعديل والإلغاء والإضافة)

**Practical problems in applying the provisions of Islamic law
(Critical study on amendment, cancellation and addition)**

أ. إبراهيم حامد عبد السلام الأسمر الحضيبي

محاضر بقسم الشريعة والقانون الجنائي بكلية الدراسات الإسلامية

الجامعة الأسمرية - سبها - زليتن (ليبيا)

mail: eng@asmarya.edu.ly

الملخص:

يعد انتهاج أحكام الشريعة الإسلامية سمة من سمات الدولة الليبية، وعنوانا لنظامها العام، وأساسا للتشريع فيها، حيث شمل جميع المراحل السياسية في تاريخها، غير أن حركة التعديلات التي تصيب التشريعات بالإضافة والإلغاء هي محل النقد، فالتشريع علم له أصوله ومعايره أو يكاد، وله أثر كبير يتردد بين دور السلطة التشريعية في رعاية المصلحة الشرعية بالحماية القانونية، والسلطة القضائية في استقرار أحكامها ومبادئها على مستوى الهرم القضائي؛ ذلك أن إهمال لوازم العملية التشريعية ينتج عنه إخلال بثقة الأفراد في السلطتين، وذلك عندما ترك حركة التشريع القضاء في المواءمة والتوفيق بين النصوص المتعارضة، لا في ما يوجب ذلك وفقا للسياسة التشريعية الرصينة، ولكن حين يكون ذلك في غير المسائل التي توجبه.

والمصالح الشرعية منها الثابت الذي لا يحتمل التعديل، ومنها ما يحتمله في مسائل الخلاف ومواطن الاجتهاد، فحيث يعاب على جهة التشريع المساس بالمصالح الثابتة فإنه يعاب عليها عدم انتهاج لوازم التشريع ومبادئه في المصالح المتغيرة، وخاصة إصدار المذكرات الإيضاحية التي تبين علل التعديل وحكمته ليسترشد به القضاء، فإهمال جهة التشريع، كل ذلك ينعكس سلبا على قضاء المحكمة العليا، ويرهقها بتحمل عبء التبرير والتعليل لنصوص وقوانين وتعديلات لم تكن هي شريكا في إصدارها أصلا، علاوة على أن إعطاء مبادئها صفة التشريع هو استثناء لا أصل، والتوسع في الاستثناء - بإطلاق المنح التشريعي لاستعماله - توجه غير محمود في السياسات الرشيدة. ومن ثم تسعى الدراسة إلى إثبات عدم قصد المشرع الليبي تغيير موقفه من الشريعة الإسلامية كمنهج للتشريع منذ استقلال الدولة، ولا أنه يسعى إلى خرق مبادئها أو التشريع بالهوى إلى وقتنا الحاضر، وما هي إلا هنات تقنية وفنية تهدف الدراسة إلى الوقوف على أسبابها، تشريعا وقضاء.

الكلمات المفتاحية:

الإشكاليات التشريعية - السلطة التشريعية - السلطة القضائية - لوازم العملية التشريعية - مبدأ اليقين التشريعي - القصور في الإحالة - العشوائية والتسرع - مبادئ المحكمة العليا.

Abstract:

The adoption of the provisions of Islamic law in the state of Libya is one of its features, and the title of the general order in the state, and since it includes all political stages in the history of the state, it is the basis for legislation in it, but the movement of amendments that affect the legislation by amendment, addition and cancellation is the subject of criticism, so legislation has its origins or Its standards or almost, and its impact is great, reverberates between the role of the legislative authority in protecting the legitimate interest in the legal protection of the state, and the judicial authority in the stability of its rulings and principles at the level of the judicial hierarchy; Neglecting the provisions of the legislative process results in a breach of confidence in the legislative authority first, and the trust of individuals in the judiciary's attachment secondly, when the legislative movement confuses the judiciary in the compatibility and reconciliation between the conflicting texts.

And the legitimate interests, including the fixed ones that cannot tolerate amendment, and the ones that are tolerated in matters of dispute and the areas of jurisprudence, so where the body of legislation prejudices the interests of fixed interests, it is reproached for not following the provisions of legislation and its principles in the changing interests, especially the issuance of explanatory notes that show the reasons for the amendment and its wisdom to guide the court The Supreme Court, and the neglect of the legislative authority, all this reflects negatively on the Supreme Court's judiciary, and overburdens it with bearing the burden of justification and justification for texts, laws and amendments that it was not a partner in issuing.

Hence, the study seeks to prove the stability of the Libyan legislator on his position on Islamic law and make it a method for legislation since the independence of the Libyan state, and that he does not seek to violate its principles or to resort to its provisions throughout the stages of government that the country has gone through, and it aims to find out the reasons for the shortcomings in all of this. Legislation and judiciary.

Keywords:

Legislative Problems - The Legislative Authority - The Judicial Authority - The Conclusion Of The Legislative Process - The Principle Of Legislative Certainty - The Deficiency Of Referral - Randomness And Hurry - The Principles Of The Supreme Court

مقدمة

الحمد لله أول الكلام، والصلاة والسلام على من قام بمقام حمد الملك العلام، منفردا به حق القيام، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه البررة الكرام.

وبعد/

دأبت الدولة الليبية - منذ استقلالها في الخمسينيات - على النهل من الشريعة الإسلامية، تشريعا، وتنفيذا، وقضاء، وجعلتها أساسا للتشريع والقضاء، وبنيت عليها عدة منظومات، كمنظومة الأحوال الشخصية، وإن كان الدستور الملكي لم يشير إلى الشريعة كمصدر للتشريع صراحة إلا أنه جعل لها دورا مهما في تنظيم تلك المسائل على مذهب الإمام مالك، فصارت مرجعا للقاضي عند عدم وجود نص تشريعي يعالج به موضوع الدعوى، بشرطين: أن تكون محل اتفاق بين المذاهب، وألا تخالف المبادئ التي يقوم عليها القانون، وأناط الفصل في دعاوي الأحوال الشخصية بقضاة شرعيين، في محاكم مستقلة عن القضاء العادي.

ثم تجدد اهتمام الدولة بدور الشريعة الإسلامية فشكلت لجانا متخصصة في 28 من شهر التمور سنة 1971م. (1) لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وإزالة ما يناقض أحكامها القطعية بتشريعات بديلة، مع تخير الحلول المناسبة لما تقتضيه المصلحة العامة، ومع مراعاة ما جرى عليه العرف في البلاد مما له أصل في مذهب الإمام مالك.

ثم زاد اهتمام الدولة بهذا الجانب حتى طال معظم التقنيات القانونية، فصارت -كما يقول بعض فقهاء القانون- رائدة في هذا المجال على غرار ما جاءت به الشريعة الإسلامية، وهي تجربة نشطت في السبعينيات، تفردت بها الدولة الليبية من عدة وجوه. (2)

واستمر هذا النشاط ولم يتوقف، فصدرت حزمة من التشريعات في سبعينيات القرن الماضي خاصة بجرائم الحدود، وصدر قانون القصاص والدية رقم 1423/6م. وتوالى تعديلات تلك القوانين حتى بلغت الألفية الثانية، عام 2016م.

وفي التعازير، صدر القانون رقم 1423/8م. بشأن حماية المجتمع من الظواهر التي حرمها القرآن الكريم، وقانون حماية الآداب في المجال العامة رقم 70/56م، والذي ألغي وحل محله القانون رقم 2016/11م، وقانون جرائم الآداب العامة لسنة 85م، وغير ذلك كثير مما يدل على ريادة الدولة الليبية في هذا المجال.

إلا أن الاتفاق على المفهوم الشرعي لفحوى النص كان خاضعا لتجاذبات متعددة في فترة ما بعد السبعينيات حتى السنوات العشر الأخيرة، فطال تلك القوانين تعديلات وإضافات خرجت ببعضها عن الصبغة الشرعية، كالتعديل الوارد على نص المادة الثالثة من قانون القصاص والدية عام 1427 ليجري نصها على أن يحدد المقدار المادي للدية بما يقبل به ولي الدم، وهو مخالف لمقتضى حكم الشرع، ما دعا المحكمة العليا إلى الحكم بإلغائه لعدم الدستورية. (3) وزاد حركة التشريع نشاطا في اتجاه الموازنة بين أحكام القانون والشريعة، فصدر قرار المؤتمر الوطني العام في 19 أبريل 2016م بتشكيل لجنة لمراجعة القوانين بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وتبني توصياتها فسنّ عدداً من التشريعات، منها القانون رقم 2015/14 الذي عدّل القانون رقم 1984/10 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق، الذي ألغى القيود المفروضة على تعدد الزوجات. وأيضاً القانون رقم 2016/6 الذي عدّل 40 مادة وألغى 16 مادة من القانون المدني، وأكد في المادة (1) على حاكمية الشريعة على القانون. (4)

كما صدر القانون رقم 2016/20 الذي عدّل قانون العقوبات بإلغاء الأحكام التي تخالف الشريعة، وإضافة أحكام جديدة بما فيها حكم ينص على عقوبة الإعدام للمرتد.

ثم صدر القانون رقم 2016/22 وعدل القانون رقم 1973/70 بشأن إقامة حد الزنا، وأضاف إليه عقوبة الموت رجماً للزاني المحصن. (5)

(1) - قرار مجلس قيادة الثورة بتاريخ: بتاريخ 10-2-1972 الجريدة الرسمية. العدد 6، ص 241-245.
(2) - كالدكتور عوض محمد عوض، أحد أعمدة الشريعة والفقه الجنائي، والدكتور جمال عبد العزيز والدكتور وائل محمد رفعت من أساتذة القانون في الجامعات الليبية (وغيرهم كثيرون) يقرون للمنظومة التشريعية الليبية بالانضباط والرصانة والدقة. عوض محمد عوض، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المعارف، الإسكندرية، ص 17 وما بعدها.
(3) - وهو نص المادة 3 مكرر من القانون رقم 7 لسنة 1430 م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 م بشأن أحكام القصاص والدية، والذي حكمت المحكمة العليا بعدم دستوريته، بجلستها المنعقدة يوم الاثنين 20 صفر 1434 هـ الموافق 2013.12.23م.
(4) - بقوله: تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها المعتمدة.
يعد من النظام العام: أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة على نص قطعي أو إجماع، أو قياس جلي أو قاعدة فقهية.
(5) - تم أعلنت هيئة صياغة مشروع الدستور عن مسودته في يوليو 2017، والتي نصت على أن الشريعة مصدر التشريع، ما يفيد بأنه المصدر الوحيد له، لكنه لم يحدد المقصود بأحكام الشريعة، هل هي مبادئ أم أحكام، كما قيدت المسودات السابقة مفهوم الشريعة في المذاهب والاجتهادات المعتمدة شرعاً من غير إلزام برأي فقهي معين، دون المذاهب الضعيفة. مجلة المفكرة القانونية، التشريعات الليبية والشريعة الإسلامية: عقود من المد والجزر، تونس، عدد 11، مايو، 2018م، ص 22.

ولما كان لكل عملية تشريعية لوازمها، فإن تبني أحكام الشريعة الإسلامية ليس بالأمر اليسير تجاهله أو اعتباره كغيره من التشريعات الوضعية الأخرى، لذا تأتي هذه الدراسة محاولة عرض نماذج من أحكام الشريعة الإسلامية في المنظومة الليبية، تبين مدى التزام السلطة التشريعية بلوازم العملية التشريعية في حركة التشريع، ونقد آلياتها وأساليبها في معالجة النصوص من تعديل وإضافة وإلغاء، ومراقبة مدى موافقتها لأحكام الشريعة، ومدى ثبات التوجه التشريعي في أثناء ذلك كله، وأثر مسائل الخلاف على فلسفة المشرع.

إشكالية البحث:

تتجسد إشكالية الدراسة في سياسة المشرع في التعديلات التي تطرأ على القوانين ذات الصبغة الشرعية بالتعديل والإضافة والإلغاء، والتي قد ترجع إلى أسباب كثيرة، منها مدى إيفاء النماذج القانونية بالمصلحة المحمية من حيث الأركان والشروط والعناصر، ومنها تعدد النصوص على مصلحة واحدة، وأثر ذلك على مبادئ المحكمة العليا، مما ينعكس سلباً على النظام العام للمجتمع، ويربك المشتغلين بالنصوص عند فهم المراد منها من الناحية التنفيذية.⁽¹⁾

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في ما يعالجه من مسائل، فحيث تعلق بأحكام الشريعة الإسلامية وبلوازم التشريع وأحكام القضاء العالي فهو عصب في كيان الدولة والمجتمع، وليس من المواضيع النمطية التي يصح تركها أو التغاضي عنها لما قد يترتب عليه من آثار سيئة على كيان الدولة ومجتمعها ككل، ويعود عليها بالتقوض ويفتح مجالاً لمناهج أخرى لا تتماشى والنظام العام لمجتمعنا كالعلمانية وغيرها مما يخالف مناهج التشريع والاجتهاد الشرعي. حيث لا يعد تبني أحكام الشريعة عملاً تشريعياً نمطياً كغيره من التشريعات الأخرى، ذلك أنه لما كانت الشريعة مبادئ وفروع، ومذاهب متفقة في أصولها وأخرى مختلفة، ولما كان الفصل بين السلطات أحد مبادئ الدولة، ولما كانت اللوائح متنوعة من الإيضاحية إلى التنفيذية إلى التنظيمية، ولما تطورت الظواهر الاجتماعية في واقعنا المعاصر اليوم بما انعكس على المصالح القائمة - كاعتبار شرط الحضور متحققاً معنوياً من خلال انعقاد العقد عن طريق الانترنت -، وبما استحدثت مصالح جديدة لم تكن معروفة بشكلها من قبل - كالأموال المعنوية المعروفة بالبرمجيات (SOFTWARE) - لزم من ذلك كله أن يضع المشرع - في مقام تحكيم الشريعة - مع كل تشريع مذكرته الإيضاحية، لبيان الأصل الفقهي للنص، وتحديد مرجعية الخلاف، ومناطات القياس وغيرها من لوازم ائتمال عملة تقنين الحكم الشرعي، فقد سبق وأن خاض هذه التجربة الناجحة بإصدار المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 148 لسنة 1972 م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة.

هدف البحث:

تهدف الدراسة إلى مراقبة قصد المشرع، من خلال ما يحدثه من تعديلات على النصوص المتعلقة بأحكام الشريعة الإسلامية من إضافة وإلغاء، والتأكيد على أنه لا يصح إرسال القول بأن المشرع الليبي قصد الخروج على مقتضى أحكام الشرع، فمنذ أن ألزم نفسه بأحكام الشريعة الإسلامية بدءاً بدستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية الذي ضم كلا من مصر وسوريا وليبيا، والذي نص في مادته السادسة على اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيساً للتشريع، وأكدت الدولة الليبية هذا المبدأ أكثر من مرة،⁽²⁾ فإنه - كما قال بعض الفقهاء - لم يعد التعارض ممكناً بين

(1) - كما أن النصوص الدستورية المتعلقة باتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في ليبيا توجب التأييد عند دراسة المسائل المشتركة بين القانون الوضعي والشريعة، وتفرض تلمس مختلف السبل للتوفيق بين أحكامهما، وعدم التسرع في إعلان التعارض بينهما إلا حين تنقطع الأسباب ويستحيل الجمع أو التوفيق، بحيث كان الحكم القانوني مخالفاً بيقين لنص قطعي في الكتاب أو السنة، والذي يسمى (المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية). عوض محمد، مرجع سابق، ص 291 - 309.

(2) - ففي 9 رمضان 1391 هـ الموافق 28 أكتوبر 1971 م صدر قرار تشريعي أكد في المادة (1) على اتخاذ الجمهورية الليبية الشريعة الإسلامية مصدراً رئيساً للتشريع، والتزام المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية في كل ما يصدر من قوانين وتشريعات أخرى، وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القرار أنه يعتبر متمماً للإعلان الدستوري ومقررراً لقاعدة أساسية لدستورية القوانين والتشريعات التي تصدر مستقبلاً، ثم عاد

الشريعة والقانون في ليبيا، والتأكيد على أنه إذا وقع التعارض فالغلبة لحكم الشريعة لا لحكم القانون الوضعي؛ والتأكيد على أنه لا يجوز لتشريع وضعي أن يخالف حكما قطعيا من أحكام الشريعة الإسلامية، وإلا كان هذا التشريع غير دستوري.

مجال البحث:

ينحصر مجال الدراسة في القصور الذي يصيب النصوص المتضمنة لأحكام الشريعة الإسلامية، سواء في المجال الموضوعي أو الإجرائي، دون غيرها من المسائل الأخرى.

خطة البحث:

تعالج الدراسة موضوع البحث في مبحثين ومطلبين، المبحث الأول/ يعرض نماذج من التشريع والقضاء على نهج الشريعة الإسلامية. وفيه مطلبان: الأول/ في أثر أحكام الشريعة في التشريع الليبي، والثاني/ في أثر الشريعة الإسلامية في مبادئ المحكمة العليا. والمبحث الثاني/ في لوازم العملية التشريعية في حركة التشريع ومبادئ القضاء، وفيه مطلبان، الأول/ مدى إيفاء السلطة التشريعية بلوازم العملية التشريعية، والثاني/ في أثر الإشكاليات التشريعية على قضاء المحكمة العليا.

المبحث الأول

نماذج لأحكام الشريعة الإسلامية في سلطتي التشريع والقضاء

ترتكز الدراسة في هذا المبحث على عرض نماذج تشريعية وقضائية في ليبيا على نهج الشريعة الإسلامية في مطلبين.

المطلب الأول

أثر الشريعة الإسلامية في التشريع الليبي

أولا- في الأخذ بالمشهور في مذهب الإمام مالك في حالة عدم وجود النص:

نصت المادة 165 من قانون الإجراءات الشرعية بأن الأخذ بالمشهور في مذهب الإمام مالك هو مبدأ من مبادئ التشريع، وقد أجمع فقهاء القانون في ليبيا على أنه وإن كانت المحاكم الشرعية قد ألغيت وأدمجت في القضاء العادي، إلا أن العمل بقانونها لا زال ساريا حتى اليوم.

ثانيا- الأساس الشرعي في الإثبات المطلق:

لما كانت غاية الإثبات الحقيقية الواقعية، وحتى لا يجور الخصم أو القاضي في الإثبات بوسائل لا تصلح، أوجبت السلطة التشريعية على القضاء اتباع ما سنته في تحديد ما يصح الإثبات به وما لا يصح، عملا بمبدأ تحري الحقيقة الواقعية من خلال الحقيقة القضائية، وحتى توازن بين اعتبار العدالة، واعتبار استقرار التعامل، أخذت بأنواع الإثبات الثلاثة: الإثبات الحر، وأساسه المذهب المالكي، المبني على فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، الذي لا يتقيد فيه القاضي بدليل معين، وإنما يُكوّن عقيدته في الدعوى من أي دليل يطرح عليه في الجلسة، وقيمة الدليل في هذا النوع ليست ذاتية، وإنما العبرة في تحديد قيمته بما يحدثه من أثر في عقيدة القاضي، والإثبات المقيد، وهو الغالب في الفقه الإسلامي، ويحصر القاضي في نوع معين من الأدلة، إذا لم يطرح أمامه في الجلسة ما صح له أن يبني حكمه

وقرر في 12 ربيع الأول 1397 هـ، الموافق 2 مارس 1977م: "أن القرآن الكريم هو شريعة المجتمع"، كما نص في البند 12 من وثيقة حقوق الإنسان على أن: "أبناء المجتمع الجماهيري يحتكمون إلى شريعة مقدسة ذات أحكام ثابتة لا تخضع للتغيير أو التبديل وهي الدين". مجلة دراسات قانونية، تصدر عن جامعة قارونس، بنغازي، عدد خاص 1978م، المجلد 7، ص 21، 26.

عليه، وهذا ما يؤخذ به في جانب المعاملات، وفي جانب الحدود، والملاحظ في هذا النوع أن القيمة الثبوتية للدليل ذاتية؛ أي تتحدد بنوعه، وذاتيته، لا بتقييم القاضي له، إلا إذا أبطلت حججته بدليل آخر، ثم نشأ الإثبات المختلط، وهو الذي يجمع بين النوعين السابقين.

وقد أخذ المشرع الليبي بالنظام المختلط الذي يجمع بين النوعين، وفيه يملك القاضي حرية في الإثبات، ولكنه في نفس الوقت مقيد بطرق معينة في إثبات مسائل الحدود بالقيود التالية:

1. مبدأ لا يقضي القاضي بعلمه: فلا يبني اقتناعه إلا على أدلة طرحت أمامه في الجلسة، فلا يجوز له أن يحكم بناءً على معلوماته الشخصية، أو بناءً على ما قد يكون رآه أو سمعه في غير مجلس القضاء.
2. ليس للقاضي أن يبني حكمه إلا على الأدلة الكاملة، فيكون حكمه معيباً إذا استند على الاستدلالات فقط.
3. يجب على المحكمة الجنائية التقيد في جرائم الحدود بأدلة معينة، هي الإقرار أو الشهادة.
4. يجب أن يكون الدليل مشروعاً مع مراعاة الفرق بين المشروعية المتعلقة بالدليل ذاته وبين مشروعية الطريق الموصل لهذا الدليل.
5. أن يكون استخلاص الدليل سائغاً لا يشوبه تناقض، متطابقاً مع العقل والفهم السليم وإلا فهو استنتاج باطل يفسد الحكم.

6. الأصل في الإنسان البراءة، والشك يفسر لمصلحة المتهم. ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ العالمية التي تنادي بها جميع الشعوب وتضمنها دساتيرها، وقد عرفته الشريعة الإسلامية في القرن السابع عشر قبل أن تعرفه الحضارة الغربية، وأساسه ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها من قول النبي ﷺ: "أَدْرُؤُوا الْخُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ"⁽¹⁾.

ثالثاً- الفصل بين السلطتين القضائية والتنفيذية:

يقول القرافي في ولاية القضاء وما يستفاد بها من النظر في الأحكام، وما ليس للقاضي النظر فيه ومراتب الولايات التي تفيد أهلية القضاء أو شيئاً منه: "هذه الولاية متناولة للحكم لا يندرج فيها غيره". وقال في موضع آخر: "وليس للقاضي السياسة العامة، فقد يفوض إليه التنفيذ وقد لا يندرج في ولايته".

وهذا ما أخذت به السلطة التشريعية في قانون نظام القضاء رقم (6) لسنة 2006م. ففصلت القضاء عن سلطتي الدولة التشريعية، والتنفيذية، وجعلته مستقلاً (سواء باستقلال القاضي عن أطراف النزاع، أو بضمن عدم تدخل أية جهة في ما يحكم به) وأحاطته بضمانات تضمن عدم الانحراف به عن غايته، سواء كانت أسباب الانحراف داخلية أو خارجية، وحررته من سطوة السلطات الأخرى، ضماناً للحيدة والنزاهة.⁽²⁾

(1) - أخرجه الإمام الترمذي في الجامع الصحيح، الأزهر الشريف، المطبعة المصرية، القاهرة، ط1، 1350هـ/1931م، ج8، ص438.
(2) - عوض محمد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص504. ولم يكن القضاء الليبي مستقلاً قبل عام 13م؛ حيث كان رئيس المجلس الأعلى للقضاء وزير العدل، إلى أن صدر القانون رقم (14) لسنة 2013م. والذي عدل بعض أحكام قانون نظام القضاء ونص في المادة 1/ف1 على أن يشكل المجلس الأعلى للقضاء من مستشار من المحكمة العليا تنتخبه الجمعية العمومية للمحكمة العليا عن طريق الاقتراع السري. ورئيس إدارة التفتيش على الهيئات القضائية. ومستشار عن كل محكمة استئناف تنتخبه الجمعية العمومية لها بالاقتراع السري. والنائب العام. وعضو عن كل من: إدارة القضايا، وإدارة المحاماة العامة، وإدارة القانون، لا تقل درجته عن الدرجة المعادلة لدرجة مستشار محكمة الاستئناف، ينتخبه من هم في درجته من أعضاء الإدارة بالاقتراع السري.

والفصل بين السلطتين هو مذهب الإمام القرافي وابن عرفة، فقد نقل ابن فرحون عن القرافي قوله ان الحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا إنشاء الحكم، أما القدرة على تنفيذه فأمر زائد على كونه حاكماً، فقد يفوض له التنفيذ وقد لا يندرج في ولايته.⁽¹⁾

رابعاً- المذهب المالكي أصل لضوابط الاختصاص المحلي للمحاكم:

يتعلق الاختصاص المحلي للمحكمة بنظر الدعوى بمصلحة الخصوم، ويتبع التوزيع الجغرافي، ولا يعتبر من النظام العام، فلأفراد حق الترافع أمام أية محكمة أرادوا، وقد علقته السلطة التشريعية بقاعدة الموطن، في الأصل والاستثناء، والأصل فيه أن المحكمة المختصة بنظر النزاع محلياً هي محكمة موطن المدعى عليه، ومن مبررات هذه القاعدة أن الأصل في الإنسان براءة الذمة، والمدعي هو المكلف بالإثبات، وأن الدين مطلوب لا محمول.⁽²⁾

والمهم في هذا المقام أن هذا الأصل مأخوذ من الفقه المالكي.

ولهذه القاعدة استثناء يرد على مجال سريان قاعدة الموطن أساسه أيضاً الفقه المالكي، ويتعلق بدعاوى الحقوق الشخصية أو المنقولة فقط دون الحقوق العينية، مثال ذلك: الدعاوى العينية العقارية م54. مرافعات، ودعاوى الحيازة، فالدعوى من هذا النوع لا تختص بها محكمة موطن المدعى عليه، وإنما محكمة موطن العقار، أي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً في دوائر محاكم متعددة، وذلك على اعتبار أنها أقدر المحاكم على الفصل في هذه الدعاوى خاصة عند تنفيذ الحكم.

وهذا الحكم مأخوذ من الفقه المالكي، يقول ابن عاصم الأندلسي في تحفته:

وَالْحُكْمُ فِي الْمَشْهُورِ حَيْثُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ فِي الْأَصُولِ وَالْمَالِ مَعَا
وَحَيْثُ يُلْفِيهِ بِمَا فِي الذِّمَّةِ يَطْلُبُهُ وَحَيْثُ أَصْلُ ثَمَّةُ

ففي حال اختلف موطن المتداعيين، يكون الحكم في موطن المدعى عليه، سواء كان الخصام في أصل أو دين في الذمة، شرط أن يكون مقيماً فيه، فإن لم يكن مقيماً فيه فصل في موضوع الخصومة، فإن كان دينا في الذمة طالبه به أمام أي قاضي يلفيه في بلده، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: "وَحَيْثُ يُلْفِيهِ بِمَا فِي الذِّمَّةِ" يَطْلُبُهُ.

أما إذا كان الدين عقاراً، فلا يطالبه إلا في موطن العقار المتنازع عليه، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: "وَحَيْثُ أَصْلُ ثَمَّةُ" أي يكون رفع الدعوى أمام محكمة موطن العقار.⁽³⁾

خامساً- مقر انعقاد مجلس القضاء:

الأصل أن جميع الأمكنة والأزمنة صالحة لتلقي المنازعات والنظر في الخصومات شرعاً، وليس منها ما يحرم فيه النظر، ما لم يؤدّ إلى ترك واجب، ولأهمية القضاء ومكانته نصّ الفقهاء على صفات وخصائص يستحبّ توقّرها في الأماكن التي يخصّصها ولي الأمر للقضاء فيها.

(1) - وإن كان أساس الفصل عندهما تتلقفه فلسفة أخرى كالقوة والضعف، وجبروت المحكوم عليهم، إلا أن عموم المعنى يحوي المفهوم، ولكن على نحو يضيق المقام عن طرحه وتفصيله. أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الشهير بميارة الفاسي (المتوفى: 1072هـ)، الإتيان والإحكام في شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم الندلسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ/2000م، ج1، ص17، 18.

(2) - والموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، مادياً ومعنوياً، فالعنصر المادي هو الإقامة في المكان، والعنصر المعنوي هو نية العودة إليه بعد مبارحته، وإذا تعددت مواطن المدعى عليه رفعت الدعوى أمام محكمة أحد المواطنين بالخيار، فإن لم يكن للمدعى عليه موطن تختص محكمة أي مكان سكنه، أما إذا انعدم موطن المدعى عليه وسكنه رفعت الدعوى أمام محكمة موطن المدعي، أو محكمة سكنه إن لم يكن له موطن. أما موطن القصر فهو موطن أوليائهم أو أوصيائهم.

(3) - ميارة الفاسي، مرجع سابق، ج1، ص22.

وقد نصت المادة 18 من قانون نظام القضاء رقم (6) لسنة 2006م. على أنه: "تُعقد جلسات المحاكم في مقارها، ويجوز أن تنعقد في أي مكان آخر داخل أو خارج دائرة اختصاصها وذلك بقرار من رئيس المجلس بناء على طلب رئيس المحكمة المختصة".

ومقار المحاكم كلها في وسط البلد في جميع القرى والمدن الليبية، وهذا ما أفاده اللخمي في نقله عن ابن شعبان، أن من العدل أن يكون مجلس القاضي في وسط المصر، ويُستحب أن ينزل في وسط البَلَد وَيَجْلِس في مَوْضِع بارز للنَّاس غير مستتراً حَاجِب دونه بحيث يصل إليه كل قاصد للتقاضي.⁽¹⁾

وفي هذا يقول ابن عاصم في تحفة الحكام في المكان الذي ينعقد فيه مجلس القضاء:
وَحَيْثُ لَأَقَ لِلْقَضَاءِ يَفْعُدُ
وَفِي الْبِلَادِ يُسْتَحَبُّ الْمَسْجِدُ.⁽²⁾

سادساً- الإجراءات ضد المشبوه في قانون الإجراءات الجنائية:

للحكم بالقصاص من طريق القسامة -في الفقه الإسلامي- شروط، أحدها: قيام اللوث، واللوث: هو الشبهة عند الإمام مالك رحمته الله.⁽³⁾ ومن اللوث عندهم: رؤية حامل السلاح بقرب المقتول.⁽⁴⁾ وهذا جوهر الحالة الرابعة من حالات التلبس المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية في المادة 220، وهي وجود المتهم حاملاً أداة الجريمة أو ما في حكمها بعد وقوع الجريمة بوقت قريب حتى يسمح لمأمور الضبط القضائي المساس بحريته بالقبض عليه.

بعض القوانين القديمة كانت تسمح بالضرب والحبس للدفع على الاعتراف، فطبقاً للمرسوم الفرنسي سنة 160م الصادر في عهد لويس الرابع عشر: يجب على المحقق كلما بدت أمارات تحمل على الظن الجدي أن المتهم هو من ارتكب الجريمة، أن يخضعه للتعذيب لحمله على الاعتراف.⁽⁵⁾

ولعل نص هذا المرسوم يجد أساساً في الفقه المالكي، بأنه يَجُوزُ للوالي وللقاضي -بشروط فُؤة التَّهْمَةِ- ضرب المتهم، وهذا من باب السياسة الشرعية، غير أن الفارق بين النصين، أن الضرب المقرر في الفقه المالكي ضربٌ تقريرٍ، لا ضرب حدٍ، وغايته ليصدق ولا يكذب، حتى أنه عندهم إذا أقر وهو مضروب اعتبرت حاله،

(1) - تقي الدين الشافعي (المتوفى: 829هـ)، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، ت: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، ط1، 1994م، ص 551.

(2) - وترجع صفة مجلس القضاء إلى أمرين هامّين: الأول: أن يكون الوصول إليه سهلاً على جميع الناس، وذلك بأن يكون الإتهاد إلى موضع القضاء ميسوراً، بحيث يتوخى العدل بين الناس جميعاً فيما يبذلونه من جهد للوصول إليه بقدر الإمكان. وينبغي على ذلك أن يكون مجلس القضاء في وسط البلد ليسهل الوصول إليه من جميع الناس ولا يكون في أطراف البلد فيشقى الوصول إليه من أغلب الناس. وأن يكون بارزاً، ولا يكون في مكان مستتر غير مشهور، أو دونه حجاب فلا يهتدي إليه الغرباء. وأن يكون في مكان عالٍ مشرفاً على طريق عام يهتدي إليه الناس. والثاني: أن يكون بحيث يوفر الراحة النفسية والجسدية للناس الذين يقصدونه للتقاضي، وللقتاة الذين يتخذونه مجلساً لأجل القيام بوظيفة القضاء. وينبغي على هذا الشرط: أن يكون مجلس القضاء فسيحاً لا يتأذى الحاضرون بضيقه. وأن يكون بحيث لا يؤثر فيه الحرّ والبرد والغبار ونحو ذلك؛ لأن ولوج باب القضاء ثقيل على النفس، فإذا أضيف إليه مشقة البحث عن مكانه، ولم تتوفر فيها الراحة النفسية ولا الجسدية، ربّما عزف الناس عن طلب حقوقهم، وذلك مخالف لمقصد تحقيق العدالة بين العباد.

(3) - محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي، شرح حدود بن عرفة المسمى (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ. ص 484. وأبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ-1994م ج8، ص353.

(4) - شهاب الدين عبد الرحمن بن عسكر، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، دار الفضيلة، القاهرة، ص 196.

(5) - رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984م، ص 8.

فإذا ضُربَ لِيُقِرَّ أو ليصدق عن حاله لم يُعتبر إقراره تحت الضرب، وأوقف ضربه وطلب إقراره من جديد، فإن أقر بخلاف إقراره الأول أخذ بإقراره الثاني.⁽¹⁾

فالأول يجيز التعذيب للحصول على الاعتراف، أما الثاني فيمنعه، لقوله: "فإذا أقر وهو مضروب اعتبرت حاله" ولكنه يجيز الضرب للحمل على الصدق إذا تبين كذب المتهم.

سابعاً- إبطال التصرف في مرض الموت:

يكاد ينعد الإجماع على إبطال تصرفات المريض التي يبرمها في مرض الموت، (عدا العتق)، فمرض الموت مانع من التصرفات؛ إذ فيه اعتصار للغير، أو ما فيه حق للغير، كالبيع والهبة والحبس والشفعة والطلاق لدلالته على الحرمان من الميراث، فيتبع الحمل ولدّها وإن أنجبته بعد حين.⁽²⁾

وقد أخذ المشرع الليبي في المادة 1/920 من القانون المدني بقاعدة إبطال التصرفات الصادرة من المريض في مرض الموت المنطوية على الإضرار بالورثة ونصها: " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف".⁽³⁾

المطلب الثاني

أثر الشريعة الإسلامية في مبادئ المحكمة العليا

يعرض هذا المبحث نماذج لمبادئ المحكمة العليا على نهج أحكام الشريعة الإسلامية وبالأخص المذهب المالكي، فيما أعطاها لها المشرع من سلطة تقديرية فيما لم يرد بشأنه نص في القانون:

أولاً- الشريعة الإسلامية أصل في قضاء المحكمة العليا:

اعتبرت المحكمة العليا أن الحكم بالمشهور من مذهب الإمام مالك قاعدة عامة، تتعلق بالنظام العام، لضمان حسن سير العدالة وثبات الأحكام.

غير أنها فرقت في وجوب الأخذ بالمشهور من مذهب الإمام مالك بين الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية، فقضت بأن مراد الشارع من النص على وجوب الأخذ بالمشهور، أو بالأرجح من مذهب الإمام مالك هي الأحكام الموضوعية، أما طرق الإثبات والإجراءات فقد نظمها وأوجب العمل بها قانون إجراءات المحاكم الشرعية في المادة 54. ثانياً- دوران الحكم مع علته لا مع حكمته، وأن تخلف أحاد الجزئيات لا يقدح في الكليات قضت المحكمة العليا بأن الأصل في التفسير أن الأحكام تدور مع علتها وجوداً وعدمًا، وأن العلة هي مناط الحكم وسببه وأمارته، أما الباعث على التشريع، فهو الغاية المقصودة منه، وهو حكمة الحكم، لا مناطه؛ لأنه أمر تقديري غير منضبط، لا يمكن بناء الحكم عليه وجوداً وعدمًا؛ ولذلك لا ترتبط الأحكام بحكمتها، وإنما بعلتها؛ لأن علة الحكم هي الأمر المنضبط الذي

(1) - قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَوَجْهُ الْكَرَاهَةِ أَنَّهُ إِذَا قَالَ لَهُ ذَلِكَ فَهُوَ مِنْ نَوْعِ الْإِكْرَاهِ عَلَى الْإِخْبَارِ، وَلَعَلَّهُ يُخْبِرُهُ بِالْبَاطِلِ لِيُنْجُو مِنْ عِقَابِهِ، فَأَقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ مِنْ تَابِ الْإِقْرَارِ تَحْتَ الْوَعِيدِ وَالتَّهْدِيدِ لَا يَلْزَمُهُ. وَأَجَازَ بَعْضُ الْمَالِكِيَّةِ الْعَمَلُ بِالْإِقْرَارِ الْأَوَّلِ مَعَ الْكَرَاهَةِ، وَهَذَا مَشْرُوطٌ فِي جَرَائِمِ الْحُدُودِ وَالتَّعْدِي وَالْفِسَادِ، مَعَ قُوَّةِ التَّهْمَةِ عَلَى الْمُتَّهَمِ، أَمَا إِذَا لَمْ تَقوَ التَّهْمَةُ عَلَيْهِ فَلَا يَصِحُّ. ابْنُ فَرْحُونَ، تَبْصُرَةُ الْحُكَّامِ فِي أَصُولِ الْأَقْضِيَّةِ وَمَنَاهَجِ الْأَحْكَامِ، مَكْتَبَةُ الْكَلِّيَّاتِ الْأَزْهَرِيَّةِ، الْقَاهِرَةَ، ط1، 1406هـ/1986م، ج 2، ص 142-162.

(2) - شَهَابُ الدِّينِ الْقُرَافِيُّ (المتوفى: 684 هـ)، الذخيرة، ت: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خيزرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، ج 13، ص 68. وعبد الرحمن أبو زيد المالكي (المتوفى: 732 هـ)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ص 126. وأبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ت: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1998م، ج 2، ص 386.

(3) - الشيخ عبد السلام بن عثمان التاجوري، تذييل المعيار، ت: جمعة محمود الزريقي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ط1، 2008م، ج 4، ص 269.

يُبنى عليه، ومتى توافرت العلة تعين أعمال الحكم ولو تخلفت الحكمة في الواقعة المرفوعة بها الدعوى؛ لأن الأحكام تشرع للغالب الأعم ولو تخلفت الحكمة في بعض الجزئيات، وإذا قضى الحكم المطعون فيه بغير المشهور في مذهب الإمام مالك جريا وراء حكمة التشريع دون علته يكون قد خالف القانون وأخطأ في تاويله.⁽¹⁾

ثالثا- أثر الشريعة الإسلامية في قضاء الأحوال الشخصية:

- في ترتيب الحق في الحضانة:

حكمت بترتيبه حسب المنصوص عليه في مذهب الإمام مالك، فحكمت بأن أحق الناس بالحضانة في مذهب الإمام مالك على الترتيب: الأم، ثم الجدة وإن علت، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم خالة الأم، ثم عمه الأم، ثم أم الأب، ثم أم أمه، وأم أبيه، والقربى منهن تقدم على البعدى، والتي من جهة الأم تقدم على التي من جهة الأب. وأنه إذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب فقد اقتضى القياس أن تكون للنساء أولا دون الرجال، وأن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، ومبنى الحضانة الشفقة، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة، فالأم وأهل الأم من الحاضنات هن أوفر الناس شفقة وأغزرها حنانا على الصغير.⁽²⁾

- انتقال الحضنة بالصغير للاستيطان بعيدا عن وليه:

قضت بأن المشهور في مذهب الإمام مالك المعمول به في مسائل الأحوال الشخصية عملا بالمادة 159 من قانون نظام القضاء رقم 51-1976م أن الحضنة لا يجوز لها أن تنتقل بالصغير للإقامة بقصد الاستيطان والاستقرار بعيدا عن وليه مسافة تزيد على ستة برد، أي اثنين وسبعين ميلا.

ثم بينت حكمة الحكم الشرعية بقولها: "وذلك حتى يتمكن الولي من الإشراف على الصغير وتربيته ورعايته".

ثم خرجت للحكم وبينت علته بقولها: "وهذا الحكم الشرعي يجرى تطبيقه ولو أصبحت وسائل المواصلات أكثر سرعة ويسرا من قبل؛ ذلك لأن الأحكام إنما تدور مع علتها وليس مع حكمتها، وعلّة إسقاط حضانة الأم هي إقامة وليه بقصد الاستيطان والاستقرار بعيدا عن إقامة الحضنة بأكثر من ستة برد، حتى يفرض أن انتقال الولي إلى محل إقامة الحضنة للإشراف على الصغير أصبح أكثر يسرا وأقل مشقة...".

ثم استندت إلى قاعدة أصولية بقولها: "...لأن الحكم الشرعي يجب تطبيقه ولو تخلفت حكمته في بعض الصور وهو ما جرى به قضاء هذه المحكمة في الطعن الشرعي رقم 21-2 ق، ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن المطعون ضده (ولي الصغير) يقيم إقامة دائمة بقصد الاستيطان والاستقرار في بلده، التي تبعد عن محل إقامة الطاعنة (الحضنة) بأكثر من ستة برد (72 ميلا) وكان الحكم قد طبق أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمشهور في مذهب الإمام مالك فإن النعي عليه بمخالفة أحكام القانون يكون على غير أساس".⁽³⁾

رابعا- أثر الشريعة الإسلامية في أحكام الإثبات:

- صحة الشهادة على الميت والغائب المفقود:

حكمت بأن الشهادة على خط الميت والغائب جائزة وفقا للمشهور في مذهب الإمام مالك وما جرى به العمل واستقر عليه قضاء المحكمة العليا.⁽⁴⁾

- صحة الشهادة على الميت والغائب المفقود:

(1) - مبدأ شرعي رقم 1 / 21 ق، بتاريخ: 07/11/1974م، مجلة المحكمة العليا، س 11 ع / 2، ص 14.
(2) - طعن أحوال شخصية رقم 3 / 20 ق، بتاريخ: 01/11/1973م، مجلة المحكمة العليا، س 10، ع 4، ص 9. وفي حكم آخر حكمت بأن أحق الناس بالحضانة في مذهب الإمام مالك على الترتيب: الأم، ثم الجدة وإن علت، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم خالة الأم، ثم عمه الأم، ثم أم الأب، ثم أم أمه، وأم أبيه، والقربى منهن تقدم على البعدى، والتي من جهة الأم تقدم على التي من جهة الأب. طعن أحوال شخصية رقم 1 / 18 ق، بتاريخ: 06/06/1971م، مجلة المحكمة العليا، س 8 ع / 1، ص 93. وأيضا طعن أحوال شخصية رقم 1 / 16 ق، بتاريخ: 29/03/1970م، مجلة المحكمة العليا، س 6، ع 4، ص 67.
(3) - طعن أحوال شخصية رقم 12/24 ق، بتاريخ 05/01/1978، مجلة المحكمة العليا، س 14 ع / 3، ص 9.
(4) - طعن مدني، رقم 10/25 ق، بتاريخ 14/06/1979، مجلة المحكمة العليا، س 16 ع / 2، ص 9.

حكمت بأن الشهادة على خط الميت والغائب جائزة وفقا للمشهور في مذهب الإمام مالك وما جرى به العمل واستقر عليه قضاء المحكمة العليا.

- اعتبار التأخر في شهادات اللعان شبهة:

حكمت بشرط الفورية في الملاعنة، وعدم التراخي؛ لأن تأخير اللعان بعد العلم بالوضع أو الحمل بيوم أو يومين -بلا عذر في التأخير- يمنع اللعان؛ إذ المشهور في مذهب الإمام مالك ﷺ أنه يعتبر اليوم طولا ينافي الفورية ويمنع اللعان، ما لم يوجد عذر للتأخير.⁽¹⁾

المبحث الثاني

لوازم العملية التشريعية في حركة التشريع ومبادئ القضاء

أفصحت التجارب التشريعية عن أن الصياغة القانونية علم له أصوله وأسلوبه ومعايره أو يكاد، وهو فن خاص يحتاج إلى خبرة خاصة، وهو لازم من لوازم العملية التشريعية، يقوم على معايير عدة، يجب التقيد بها عند سن النص لسهولة فهمه واستخدامه، كتتحقق مبدأ اليقين التشريعي لدى جهة التشريع، ومبدأ شمول المصلحة المحمية بالرعاية، ووفاء التعديلات بالحماية المطلوبة للمصالح المنصوص عليها في التشريعات، تعتمد الدراسة بعضها منها في مطلبين:

المطلب الأول

مدى إيفاء السلطة التشريعية بلوازم العملية التشريعية

أولا- إشكالية القصور في مبدأ اليقين التشريعي:

من مبادئ التشريع مبدأ اليقين التشريعي، ومفاده الجزم بحتمية الحكم في مسألة ما، هذا الجزم يحكمه النظام العام للمجتمع من حيث أعرافه وعاداته وتقاليده، كما قد يحكمه -بالنسبة للأحكام الشرعية أحيانا- المذهب السائد في البلاد؛ وهو من المبادئ المهمة في استقرار التاريخ التشريعي للعملية التشريعية في بلد ما. غير أنه لا بد من التنويه إلى أن هذا المبدأ لا يعمل به بإطلاق، إلا الحاجة إلى تعديل بعض النصوص، وذلك محكوم -أيضا- بطبيعة المصلحة متى ما كانت عرضة للتأثر بتطور الظواهر الاجتماعية، أو كانت بطبيعتها مترددة بين أحكام عدة، كأن كانت من مسائل الخلاف الفقهي، بحيث لو دخل عليها تعديل ما فإن المشرع يكون قد انتقاه لحكمة قدر أنها أولى بالرعاية يقتضيها حال المجتمع في فترة ما، أما المسائل الثابتة (سواء في أصولها أو آثارها) فهي من مناطق الدراسة في هذا المطلب.

وعلى هذا الأساس فإن التردد في إثبات الحكم الشرعي في المسائل الثابتة أمر منتقد في السياسة التشريعية الرصينة، حيث الأصل في المصالح المستقرة ثبات أحكامها، والمغايرة في الحكم مع ثبات المصلحة لا يعد من حسن سياسة التشريع، ومما يعاب عليه في هذا المقام تردد المشرع في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب، فبعد أن اعتبرها جريمة حدية في القانون رقم 1974/89م. رجع وألغى الصفة الحدية عنها بالقانون رقم 1423/4م. وجعلها جريمة تعزيرية، ثم أحال بشأن العقوبات على المادة 169 من قانون العقوبات، بالقانون رقم 20 الصادر في

(1) - طعن جنائي رقم 17 / 23 ق، بتاريخ: 24/07/1976، مجلة المحكمة العليا س 14 / ع 1، ص 14.

1425/06/15م. ثم رجع وأعاد لها الصفة الحدية بالقانون رقم 21 لسنة 2016م. فما المتغير في المصلحة المحمية في هذه الجريمة حتى يتردد في وصفها ردحا لا بأس به من الزمن؟

ومنه أيضا التردد في اعتماد وسائل الإثبات في مسائل الحدود، وهي من المسائل الثابتة. فما الذي أريك المحكمة العليا ردحا من الزمن في محاولة التوفيق بين ما يصدر من تعديل في شأنها، نرجئه إلى المطلب القادم.

ومن ذلك التردد في تعداد الشبهات المسقطه لحد القطع في السرقة، فبعد أن اعتبرها عشر حالات في المادة الثالثة من قانون السرقة والحراية القديم رقم 148 لسنة 1972م/1392هـ،⁽¹⁾ عاد واختصر هذه الحالات في خمس فقط بالقانون رقم 13 لسنة 1425م، ثم جاء القانون رقم 11 لسنة 1428م. وعدل القانون رقم 13، فألغى البند الرابع من ذات المادة،⁽²⁾ ثم صدر القانون رقم 10 لسنة 1369و.ر، واستبدل المواد 1، 3، 9، بنصوص اختصرت بنودا واختصت أخرى.⁽³⁾

ثم اختصرها في ثلاث حالات بالتعديل الأخير في القانون رقم 12 لسنة 2016م بشأن تعديل قانون رقم 13 لسنة 1425 ميلادية في شأن إقامة حدي السرقة والحراية.⁽⁴⁾

وهذه الحالات هي:

1- إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة أثناء العمل فيها أو أي مكان آخر مأذون للجاني في دخوله ولم يكن المسروق محرزا.⁽⁵⁾

2- إذا حصلت السرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين المحارم؛ وذلك لوجود الإذن الصريح أو الضمني بالدخول، والقاعدة عند العلماء أن الإذن ينفي الحرز وقد أخذ القانون في هذه المسألة برأي الجمهور.⁽⁶⁾

(1) - بعد هذا القانون أول تجربة لتطبيق الحدود الشرعية في ليبيا ضمن مجموعة من القوانين صدرت وفقا لأحكام الشريعة عامي 1972 ، 1973 وهي نتاج ندوة التشريع الإسلامي التي عقدت بمدينة البيضاء سنة 1972م حضرها قرابة 200 عالم من كبار علماء المسلمين في ذلك الوقت، منهم الإمام محمد أبو زهرة والشيخ علي الخفيف، وزكي الدين شعبان ومفتي تونس ومفتي المغرب وعلماء آخرون من مختلف دول العالم الإسلامي، وقدمت ورقات عمل في موضوعات مختلفة، أساسها كيف يمكن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الزمن المعاصر، وقد شكلت لجنة برئاسة رئيس المحكمة العليا المستشار علي علي منصور، الذي أعد مشروعات قانونية مطابقة للشريعة الإسلامية، ومنها هذا القانون، نشرت في عدد خاص من مجلة دراسات قانونية، مرجع سابق، المجلد 7، ص 369 - 449.

(2) - وهو يقابل البند السابع من هذه الحالات.

(3) - اختصرت البند التاسع فاستبدلته بالفقرة 4 بقولها: [إذا كان للجاني شبهة ملك في المال المسروق]، واختصت السرقة من بيت المال بالفقرة 5 بقولها: [إذا وقعت السرقة على أموال الدولة العامة والخاصة].

(4) - وذلك في المادة (3) بقوله حالات لايقام فيها حد السرقة: 1- إذا حصلت السرقة بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين أو بين المحارم. - 2 إذا كان الجاني دائنا لمالك المال المسروق، وكان المالك ماطلا أو جاحدا، وحل أجل الدين قبل السرقة، وكان ما استولى عليه يساوي حقه أو أكثر من حقه بما لا يصل إلى النصاب في اعتقاده. 3- إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة أثناء العمل فيها أو أي مكان آخر مأذون للجاني في دخوله ولم يكن المسروق محرزا. منشور في الجريدة الرسمية، ع 4، السنة : الخامسة، 17 / رجب/ 1437 هـ. الموافق : 2 / 4 / 2016م. ص 221.

(5) - وسند هذه الفقرة رأي الجمهور، ورأي المالكية أيضا في الفقرة الأخيرة، وذلك لوجود الإذن، ولعدم إحراز المسروق عن الجاني مع وجود الإذن بالدخول؛ فالحرز والإذن لا يجتمعان؛ لأن الإذن يحمل معنى السماح بالانبساط في المكان المأذون فيه بالدخول؛ والانبساط يحمل معنى الشبهة؛ لأن المأذون له قد يظن السماح له بأخذ ما يريد.

(6) - وجملته أن الوالد لا يقطع بالسرقة من مال ولده وإن سفل وسواء في ذلك الأب والأم والابن والبنيت والجدة من قبل الأب والأم، وهذا قول عامة أهل العلم، منهم مالك والثوري والشافعي والحنفية، ودليل ذلك قول النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك». يقول ابن قدامة: ولا يجوز قطع الإنسان بأخذ ما أمر النبي ﷺ بأخذه، ولا أخذه ما جعله النبي ﷺ مالا له مضافا إليه؛ ولأن الحدود تدرأ بالشبهات وأعظم الشبهات أخذ الرجل من مال جعله الشرع له وأمره بأخذه وأكله. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج4، ص337. وصالح عبد السميع الأبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، در المعرفة، بيروت، لبنان، ج2، ص290، 292. وابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ، ج8، ص275، 276. والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ج4، ص162. غير أن المالكية يفضلون فيما بين الزوجين، فلا يقطعونها فيما لم يحرزاه عن بعضهما، فإن سرق أحدهما من الآخر ما هو محرر عنه قطع، وللخمي يرى عدم القطع أحسن، إذا كان القصد من الإحراز بالإغلاق التحفظ من أجنبي، أما إذا كان لتحفظ كل منهما من الآخر قطع. الدردير والدسوقي، مرجع سابق، ج4، ص342. والخرشي والعدوي، حاشية العدوي على الخرشي، نسخة مكتبة المرحوم محمد بن عامر المحامي، مهدة للجامعة الليبية بنغازي 1964م، ج8، ص120، 121. أما الحنفية فلا يقطعون الأزواج مطلقا وخالفهم السرخسي بحجة المالكية. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط2، 1398هـ/ 1978م، ج5، جزء9، ص188، 189. الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص163.

- 3- إذا كان الجاني دائناً لمالك المال المسروق، وكان المالك ماطلاً أو جاحداً وحل أجل الدين قبل السرقة وكان ما استولى عليه يساوي حقه أو أكثر من حقه بما لا يصل إلى النصاب في اعتقاده.
وسند القانون في هذه الفقرة هو فقه المدرسة المالكية.⁽¹⁾ وهذا الرأي مخالف لرأي الجمهور.
- 4- إذا كان المال المسروق ثماراً على الشجر أو ما يشابهها كالنبات غير المحصود وأكلها الجاني من غير أن يخرج بها.
وسند القانون في ذلك قول المصطفى عليه السلام: "مَنْ أَصَابَ مِنْهُ بِفِيهِ مِنْ ذِي حَاجَةٍ غَيْرِ مُتَّخِذٍ حُبْنَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَمَنْ حَرَجَ بِشَيْءٍ فَعَلَيْهِ غَرَامَةٌ مِثْلِيَّةٌ وَالْعُقُوبَةُ، وَمَنْ سَرَقَ مِنْهُ شَيْئاً بَعْدَ أَنْ يُؤْوِيَهُ الْجَرِينُ فَلَبَّغَ تَمَنَ الْمِجَنِّ فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ وَمَنْ سَرَقَ مِنْ دُونِ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ غَرَامَةٌ مِثْلِيَّةٌ وَالْعُقُوبَةُ".⁽²⁾
- 5- إذا تملك الجاني المال المسروق بعد السرقة وقبل الحكم نهائياً في الدعوى.⁽³⁾
وسند القانون في هذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن، عملاً بمبدأ التيسير في الحدود، خلافاً للجمهور.⁽⁴⁾
- 6- إذا كان للشارق شبهة في الملك كشركة أو استحقات في وقف وكالسرقة من الغنيمة.
وسند القانون في هذا رأي الجمهور؛ إذ يعتبرونه مملوكاً على الشيوع، خلافاً للمالكية في مال الشركة خصوصاً.⁽⁵⁾
- 7- إذا وقعت السرقة على أموال الدولة العامة والخاصة.
وسند هذه الفقرة في ذلك رأي الجمهور عدا المالكية.⁽⁶⁾

(1) - ما نصه: لا يقطع من سرق من مال غريم له جاحدٌ لِحَقِّه الذي عليه قدره، أو من غريم له مقرٌ بما عليه له ماطلٌ لِحَقِّه مع قدرته عليه وطلبه منه؛ لأن له شبهة قوية فيه. الدسوقي، مرجع سابق، ج 4، ص 337. والآبي، مرجع سابق، ج 2، ص 291. يقول ابن فرحون: "وقال أشهب: لا يقطع الغريم إذا سرق جنس حقه من غريمه المماثل". مرجع سابق، ج 2، ص 251. د. عبد السلام الشريف العالم، النظام العقابي في التشريع الإسلامي، جامعة الفاتح، طرابلس، ط 2، 1995م، ص 42. ووافق الميرغاني علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المشهور بالميرغاني نسبة إلى مرغبان، مدينة من فرغانة، خلف سيجون وجيحون، ولقبه برهان الدين، ولد سنة 530هـ، من كبار أئمة الحنفية، من كتبه: الهداية شرح بداية المبتدي، ومختارات النوازل، توفي سنة 593هـ. الزركلي، الأعلام، ج 5، ص 73. إذ يقول في كتاب الهداية: "ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثله لم يقطع؛ لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل فيه سواء، استحساناً؛ لأن التأجيل لتأخير المطالبة". وخالفه ابن الهمام بقوله: "والقياس أن يقطع؛ لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل". الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر، ج 4، ص 235.

(2) - رواه النسائي، المجتبى، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، مصر، ط 1، 1383هـ/ 1964م، ج 8، ص 78، 79. وأبو داود، عون المعبود شرح سنن أبي داود، مع شرح ابن القيم الجوزية، محمد شمس الدين الحق آبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1410هـ/ 1990م، ج 6، الجزء 12، ص 37، 38. وصححه الحاكم، وحسنه الترمذي. الشوكاني، نيل الأوطار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط 3، 1380هـ/ 1961م، ج 7، ص 300. والشريف، مرجع سابق، ص 42.

(3) - وقد أُلغى القانون رقم 1428/11م. هذا البند في مادته الأولى، والتي نصت على أنه: [يلغى البند الرابع من المادة الثالثة من القانون رقم 1425/13م. بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة]. ويبدو أن المشرع رأى أن تملك الجاني المسروق بعد السرقة لا شبهة فيه، أنها شبهة ضعيفة، فعمل برأي الجمهور؛ لأن سقوط الواجب بعد ثبوته خلاف مقتضى العقل.

(4) - وحدثهم ما روي عن صفوان ابن أمية أنه قال: «كُنْتُ نَائِمًا فِي الْمَسْجِدِ عَلَى حَمِيصَةٍ لِي، تَمَنُّ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا، فَجَاءَ رَجُلٌ فَاخْتَلَسَهَا مِنِّي، فَأَجَذَ الرَّجُلُ فَجَاءَ بِهِ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم، فَأَمَرَ بِهِ لِيُقَطَعَ، قَالَ: فَاتَّبَيْتُهُ فَقُلْتُ أَنْقَطِعُهُ مِنْ أَجْلِ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا؟ أَنَا أبيعُهُ وَأَنْسَهُ تَمَنُّهَا، قَالَ: فَهَلَّا كَانَ هَذَا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ؟» أبو داود، مرجع سابق، ج 6، الجزء 12، ص 41. وفي رواية ابن حجر: «إني لم أرُ هذا، وهو عليه صدقة، قال هلا كان قبل أن تأتيَنِي بِهِ؟» فهذا الحديث يدل على أن البيع أو الهبة بعد القضاء لا تسقط القطع، ولأن هذا حد من حدود الله الخالصة فإذا وجب بقيام سببه فلا تمتنع استيفاءه لملك عارض في المحل. ابن حجر، تلخيص الحبير، ت: السيد عبد الله هاشم اليماني، المدينة المنورة، 1384هـ/ 1964م، ج 4، ص 64. والنسائي، مرجع سابق، ج 8، ص 69. ابن الهمام، مرجع سابق، ج 4، ص 256. أما الأئمة مالك والشافعي وأحمد عليهم السلام فيقطعون، وزفر كذلك، وهي رواية عن أبي يوسف وابن الهمام.

(5) - يقول الشيخ خليل: "وإن من بيت المال أو الغنيمة أو مال شركة إن حجب عنه وسرق فوق حقه نصاباً"، الآبي، مرجع سابق، ج 2، ص 291. وقد أخذ القانون الليبي برأي الجمهور في هذه المسألة.

(6) - وهذه الفقرة الخامسة أضيفت بالقانون رقم: 1369/10 ور، وهي تمنع القطع في السرقة من الخزانة العامة. فالمالكية وابن المنذر وحماد يقطعون في سرقته؛ لأنه مال محرز ولا حق للشارق فيه قبل الحاجة؛ ولأن شبهة الملك فيه ضعيفة، يقول الشيخ أحمد الدردير في معرض حديثه عن شروط المسروق أن يكون: "تام الملك لا شبهة له فيه، فيقطع وإن من بيت المال". الدسوقي، مرجع سابق، ج 4، ص 336، 337. وعلق بعض المالكية: "أن السارق لا تكون له شبهة قوية في المسروق، فيقطع من سرق مما لا شبهة له فيه قوية بأن لم تكن له فيه شبهة أصلاً، بل وإن سرق مما له فيه شبهة ضعيفة بأن سرق من بيت المال". الآبي، مرجع سابق، ج 2، ص 291. والدسوقي، مرجع سابق، ج 4، ص 336، 337. أما الحنفية والحنابلة لا يقطعون بسرقة بيت المال بإطلاق؛ لأنه مال العامة، والسارق من العامة. ابن الهمام، مرجع سابق، ج 4، ص 235. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1402هـ / 1982م، ج 6، ص 141. ويفصل بعض الشافعية في هذه المسألة

8- إذا تعدد الجناة في جريمة السرقة ولم يبلغ ما أصاب كل واحد منهم نصاباً لا يقطعون، ما لم يكن المسروق نصاباً لا تتم سرقة إلا بتعاونهم جميعاً.

وسند القانون في هذا فقه المالكية والشافعية.⁽¹⁾

9- إذا كان مالك المال المسروق مجهولاً، وسندها في ذلك مذهب الحنفية.

10- عدم قطع الشريك بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة، ما لم تصل المساعدة إلى حد اعتبار الجاني شريكاً بالمباشرة.

فما الداعي إلى هذا التردد المتوالي وغير المستقر في هذه المسألة.

ثانياً- القصور في رعاية المصلحة الشرعية:

تتنظم عملية سن التشريعات أصول تقنية متعددة، تحكم بناء القانون وتنظيمه وترتيب مواد وكتابة عناوينه ومواد تعريفاته، وأسلوب كتابته واستخدام ألفاظه الراجية للمصلحة محل الحماية القانونية، واختيار الجمل القصيرة لسهولة الفهم، وتقسيم الجمل الطويلة إلى وحدات صغيرة، وأخيراً استخدام أسلوب التعديل النصي بدلا من أسلوب التعديل الأعمى وهو مناط الدراسة.

من ذلك التراخي في شمول حق الله ﷻ بالرعاية الشاملة فيما اجتمع فيه مع حق العبد، بعد توالي التعديلات

على قانون القصاص والدية رقم (6) لسنة 1423م.

فقد أغفل القانون رقم (6) حق الله ﷻ (الحق العام) في معاقبة القاتل العمد إذا عفا ولي الدم، ولم ينص على عقوبته، ومن ثم يطلق سراح القاتل العمد حال العفو على الرغم من خطورته على المجتمع، ثم جاء التعديل الأول - بعد أربعة أعوام- بالقانون رقم 97/4م وعدل المادة الأولى، وكان المؤمل منه أن يراعى الحق العام في هذه الجريمة لكنه أغفلها أيضاً، ولم ينتبه المشرع إلا بعد مرور سبع سنين، فأصدر القانون رقم 2000/7م وعدل نص المادة الأولى وراعى الحق العام بالسجن المؤبد في حال العفو.

فالمأخذ على المشرع في هذه الفقرة، أنه قد لا يجد مبرراً يستند إليه في التباطؤ والتأخر في رعاية الحق العام في هذه الجريمة طيلة سبع سنين متتالية.

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه ف3/م 291ع⁽²⁾ التي عاقبت غير المسلم بالإعدام -بدل الحبس المقيد في النص القديم- إذا اعتدى على الدين الإسلامي علانية، أو فاه بألفاظ لا تليق بالذات الإلهية أو الرسول أو الأنبياء، هو من قبيل ذلك التردد، فما هو المتغير في هذه المصلحة حتى يتغير حكمها تبعاً لهذا التعديل، بل كان حرياً أن يكون النص المعدل هو النص الأصلي منذ صدور قانون العقوبات، فلا دلالة لهذا التعديل إلا التردد في قدر الحماية.

ثالثاً- القصور في مبدأ التصنيف التشريعي:

فيقول: "ومن سرق مال بيت المال إن فُرز لطائفة ليس هو منهم قُطع، وإلا فالأصح أنه إن كان له حق في المسروق كمال مصلح وكصدقة وهو فقير فلا، وإلا قُطع". الشريبي، مرجع سابق، ج 4، ص 163. ويعلل الشيرازي ذلك بقوله: "لأن للغني في بيت المال حقاً". الشيرازي، مرجع سابق، ج 19، ص 44. ومن الأدلة التي تستند رأي الجمهور ما روي: "إن رجلاً سرق من بيت المال، فكتب بعض عمال عمر إليه بذلك، فقال: لا قطع عليه، ما من أحد إلا وله فيه حق". وروي أيضاً عن علي أنه كان يقول: "ليس على من سرق من بيت المال قطع". ابن حجر، تلخيص الحبير، مرجع سابق، ج 4، ص 69. وابن أبي شيبه، مرجع سابق، ج 5، ص 519.

(1) - يقول الشيخ خليل في اكمال نصاب المسروق: "وَلَا أَنْ تَكْتَلَّ بِمِرَارٍ فِي لَيْلَةٍ أَوْ اشْتَرَكَا فِي حَمَلٍ إِنْ اسْتَقَلَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصَابٌ". الدسوقي، مرجع سابق، ج 4، ص 335. ويعلق بعض الفقهاء المالكية بأنه لا يقطع السارقان إن اشتركا في حمل النصاب وإخراجه من حرزه إن كان قد استقل كل منهما بحمله وحده بدون إعانة الآخر ولم يُنْبَأَ أيهما نصابٌ من المسروق إذا قسماه. الأبى، مرجع سابق، ج 2، ص 290. وعند الشافعية جاء في المجموع: "وإن اشترك جماعة في نقب حرز فدخلوا، وأخرج كل واحد منهم مالا انفرد بإخراجه، فإن بلغت قيمة ما أخرجه كل واحد منهم نصاباً بنفسه وجب عليه القطع، وإن لم يبلغ نصاباً لم يقطع". الشيرازي، مرجع سابق، ج 18، ص 13. والشريبي، مرجع سابق، ج 4، ص 172.

(2) - المعدلة بنص المادة 2 من القانون رقم 20 لسنة 2016م.

يعد مبدأ التصنيف التشريعي من المبادئ الحاكمة في فن صياغة التشريعات وتعديلاتها، ومفاده وجوب جمع الأحكام ذات الصلة في مكان واحد تسهيلاً لعملية الرجوع إليها على لمشتغلين بالقانون وغيرهم، ويدعمه مبدأ وحدة الموضوع، وهو العنصر الحاكم في عملية التصنيف.⁽¹⁾

والملاحظ أن المشرع في أصول الصياغة المتعلقة بالترتيب والتصنيف والتنظيم لا يسري على نهج واحد، فأحياناً يعتمد تعديل النص القائم، وأحياناً يخص مصلحة معينة بقانون خاص، مثل القوانين الخاصة المكملة لقانون العقوبات، فهذه القوانين تجرم أفعالاً تهدد نوعاً من المصالح الأساسية قابلة للتغيير، منها التعزيري، كقوانين المخدرات، وقانون المشردين، وقانون الأسلحة والذخائر، وقانون الجرائم الاقتصادية، وغيرها، ومنها الشرعي، كتشريعات الحدود، وقانون القصاص والدية وتعديلاته. وحيث لم يُضفها المشرع إلى قانون العقوبات الخاص فذلك يرجع إلى عدة أسباب، منها:

1. أن المصلحة التي يحميها في قانون خاص هي مصلحة ذات قيمة اجتماعية من نوع خاص، تستدعي تمييز أحكامها بقانون خاص بها.
 2. أن المصلحة التي يحميها بقانون خاص هي مصلحة جديدة في المجتمع، لم تكن موجودة من قبل حين وضع المشرع نصوص قانون العقوبات الخاص.
 3. تردد طبيعة بعض المصالح بين الحماية والإباحة يجعل القواعد الخاصة بها عرضة للتعديل والإضافة والإلغاء، وجعلها ضمن نصوص قانون العقوبات يخل بالتسلسل الرقمي فيه، وغير ذلك من أسباب يتعلق معظمها بفلسفة المشرع في التجريم والعقاب في مجتمع ما.
- وفي نظرنا، إذا كان الأصل أن حماية مصلحة ما بقانون خاص يضعف النظرية العامة للقانون، إلا أن ذلك قد يكون أجدى لحماية المصلحة المرعية من وجبين:
- الوجه الأول/ ما دلت عليه الفقرة الأولى من الفقرات المتقدمة، ذلك أن عظم المصلحة المحمية قد يوجب تخصيصها بقانون مستقل يعالجها بشكل دقيق، تكون فيه أشمل بالرعاية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية.
- الوجه الثاني/ أن المصالح المنظمة بقوانين خاصة تكون أسهل في تطويرها بما يساعد المشتغلين بها في ملاحظة القصور الذي يعترضها في أي جانب من جوانبها.⁽²⁾
- وعلى أي حال، فيما لبت المشرع حين اعتمد أي من الطريقتين ثبت عليه في حماية المصالح المتماثلة، ولكنه فارق بينها كما فعل في جرائم الحدود، فحيث قدر إفرادها -منذ السبعينيات- بقوانين خاصة، بدل معالجتها ضمن نصوص قانون العقوبات، عاد وأضاف حداً جديداً، هو حد الردة، لكنه لم يفرد بقانون خاص كقرنائه، وإنما أضافه إلى قانون العقوبات، بالمادة الثانية من القانون رقم (20) لسنة 2016م (3). فعُدل المادة 291ع ليجري نصها على النحو التالي:

(1) - محمود محمد علي صبرة، دليل تقنيات الصياغة القانونية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، 2012م، ص 42.

(2) - غير أن هناك اتجاهات فقهيًا يفند هذه الذريعة التي تنبئ عن عدم صلاحية قانون العقوبات لحماية المصالح العامة داخل الدولة لخلل فيه هو، وهذا أمر غير صحيح؛ لأنه:

1. لا يوافق المنطق السديد، فما قد يؤخذ على قانون العقوبات من عدم نجاعة بعض عقوباته في الردع والزجر، أو أن بعض نصوص التجريم فيه غير شاملة لأشكال السلوك كافة، أو بعض الظروف غير متوازنة لذلك لا يقدر في صلاحيتها؛ إذ ليس في تعديل نصوصه -بما يحمي المصلحة- مانع.
2. أن عظم المصلحة وقيمتها قد لا يصلح للاعتماد عليه في جميع الأحوال؛ لأن ما يحميه قانون العقوبات من مصالح ليست أقل شأنًا من غيرها كالحياة والسلامة العامة والأمن الداخلي والخارجي والصحة العامة والعدل وغير ذلك.
3. إن لجوء جهة التشريع إلى القوانين الخاصة قد يكون لاستسهالها هذا الطريق؛ لأن مواجهة ظاهرة جديدة بقانون جديد أبسط من إضافة نصوص جديدة إلى قانون العقوبات أو تعديل نصوصه القديمة.

(3) - منشور في الجريدة الرسمية، ع (4)، س (5)، 17 رجب 1437 هـ، الموافق: 02/04/2016م، ص 241.

"يعاقب بالإعدام حدا كل مسلم مكلف ارتد عن الإسلام بقول أو فعل، وتسقط العقوبة بتوبة الجاني في أي مرحلة قبل تنفيذ الحكم".

فهذه المعالجة -باعتقاد أسلوب الإضافة إلى قانون العقوبات وعدم انتهاج أسلوب القوانين الخاصة- هي توجه غريب بعض الشيء إذا أخذ في الاعتبار المعطيات التالية:

- أن المشرع الجنائي سلك في جرائم الحدود -بالذات- نهجا تشريعيًا معينًا ابتداءً، هو أسلوب القوانين الخاصة، ولم يرد أي منها في قانون العقوبات قبل ذلك.
- أن المشرع أخرج جريمة القتل نفسها إلى قانون خاص هو قانون القصاص والدية بعد أن كانت ضمن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات.
- أن هذه المفارقة في أسلوب التشريع قد لا تكون محمودة في هذا المجال، لأنها جمعت بين جرائم مختلفة الأحكام في كود واحد حين عالجت جريمة حدية ضمن الجرائم التعزيرية.

غير أنه وإن كان ما يفيد هذا التعديل من أثر أنه عودة على الأصل بمراعاة الأكواد العامة للقوانين حفاظًا على نظرية الاتساق والتقفي التشريعي، إلا أن مخالفته لقواعد التنسيق وفقا لمبدأ التصنيف التشريعي يجعله عرضة للنقد أكثر من كونه محمداً تحسب له؛ لأنه لا بد من ملاحظة أهمية اختصاص مؤسسة التشريع الليبي بنظام متسق في التصنيف والتوثيق والتعديل في سياق حركة التشريع؛ ذلك أن التصنيف المتسق ينتج آليات واضحة تسمح بإعادة تقفي التاريخ التشريعي للدولة الليبية تمكن من مراقبة التطور الذي يغير الواقع بدقة، للحكم عليه ما إذا كان يستدعي -حقيقة- تعديل النصوص بما ينسجم معه أم لا، وهو أمر تختص به الإدارة العامة للقانون، وبهم فئات عدة كالمحاكم والباحثين في الشأن القانوني وطلاب الجامعات وغيرهم.⁽¹⁾

المطلب الثاني

أثر الإشكاليات التشريعية على قضاء المحكمة العليا

المنتبع لحركة المحكمة العليا في إصدار مبادئها إما لسد نقص تشريعي، أو للتوفيق بين نصين متعارضين، أو لمعالجة تأويل نصي يقتضي تفسيراً غائياً يلحظ عدم اتزان خطاها في تلك المهمات، وهذا يتطلب بحث الأسباب وسبل معالجتها، بعد عرض بعض من تلك النماذج.

أولاً- الاضطراب في تفسير النصوص بسبب التردد في إثبات الحكم الشرعي:

اضطربت المحكمة العليا في التوفيق بين نصين تشريعيين بخصوص الإثبات المقيد في جرائم الحدود، فحين حصر المشرع الإثبات -منذ السبعينيات- في الأدلة المتفق عليها شرعاً، وهي الإقرار والشهادة، وأحال على أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص،⁽²⁾ وأكدت ذلك سنة 77م،⁽³⁾ ثم رجع المشرع بعد ذلك وخرج على ما أُلزم به نفسه، فجاء بتعديل جديد أحدث غموضاً بعض الشيء، وهو نص م12 من القانون رقم 74/89م، في شأن تحريم الخمر وإقامة

(1) - المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية، تحليل التشريعات (كيفية قراءة مشاريع القوانين بطريقة نقدية)، المؤلف، ص 1-17.

(2) - وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون 72/148م بقولها: "إن المقرر في الشريعة الإسلامية أن جرائم الحدود لا تثبت إلا بوسائل محددة وهي في جملتها لا تخرج عن الإقرار والبيينة ويراد بالبيينة شهادة رجلين عدلين".

(3) - المبدأ: "لما كان القانون رقم 72/10م صدر نزولاً على أحكام الشريعة الإسلامية فإنه ينبغي لذلك أن تكون أحكامه -سواء المنصوص عليها صراحة أو المسكوت عنها- متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية خاصة الصريحة منها الواردة في القرآن الكريم والتي لم يختلف فقهاء المسلمين على تفسيرها، ومن ثم فإن إثبات جريمة الزنى المعاقب عليها بالجلد حداً لا يكون إلا بإحدى وسيلتين: الإقرار، وقد أجمع الفقهاء على أنه دليل في هذا المقام وإن اختلفوا في عدد مراته، أو شهادة أربعة شهود عدول، يشهدون أنهم شاهدوا فعل الوقاع...". طعن جنائي، جلسة 1974/6/25م، مجلة المحكمة العليا، س11، ع (2)، يناير 1975، ص 195.

حد الشرب، وهو نفسه نص م9 من القانون رقم 13/ 1425م. فنص على أن: "تثبت جريمة السرقة والحراية باعتراف الجاني وبأي وسيلة إثبات أخرى".⁽¹⁾

فأثير التساؤل حول عبارة (وبأي وسيلة إثبات أخرى) أي هل قصد المشرع حرية الإثبات؟ أم أنه قصد أي دليل مقرر في الشريعة الإسلامية ولو لم يكن محل إجماع من الفقهاء؟ فحسبت المحكمة العليا الأمر بأن المراد بأدلة الإثبات الواردة في م12 المشار إليها هي أدلة الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية ولو كان مختلفا فيها، وأن عبارة بأية وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى في حدود هذا النطاق أيضا.⁽²⁾

وهذا النص ينسحب على مفهوم المادة التاسعة المشار إليها أيضا، وبهذا النص أفصح المشرع عن نيته صراحة إدخال القرائن القوية في مجال إثبات الحدود.

ثم صدر تعديل جديد على إثبات جريمة الزنى في القانون رقم 10 لسنة 1428م. والذي أضاف نصا جديدا لقانون الزنى بالمادة 6 مكرر، والذي نص صراحة على أنه: "تثبت جريمة الزنى المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون باعتراف الجاني، أو بشهادة أربعة شهود، أو بأية وسيلة إثبات علمية".

وبهذا النص أخذ المشرع بشكل صريح بأية وسيلة ذات صبغة علمية في إثبات جريمة الزنى المعاقب عليه حدا، كالتحاليل الطبية في هذا الشأن، ونسبة الماء لصاحبه، ومقارنة الحمض النووي للجنين، وغير ذلك من الوسائل العلمية المعتمدة في هذا الشأن.⁽³⁾

ثم رجع عن موقفه في القانون رقم 16/12م، والقانون رقم 16/21م. والقانون رقم 16/22م وعاد إلى القاعدة العامة في إثبات جرائم الحدود كلها، وهي الإقرار والشهادة فقط.

ثانيا- تعارض المبادئ بسبب القصور في الإحالة:

من الإشكاليات التشريعية التي أربكت المحكمة العليا بسبب القصور في الإحالة تباطؤ جهة التشريع وتأخرها في إفادة العمل بقانون العقوبات إلى جانب قانون القصاص والدية رقم 6 لسنة 1423 طيلة 23 عاما، وبعد تعديلين أو ثلاثة، حتى صدور القانون رقم 18 لسنة 2016م. مما أربك المشتغلين بالقضاء ردحا طويلا من الزمن.

ومنها خلق قانون القصاص والدية من نصوص الاشتراك،⁽¹⁾ ما دعا المحكمة العليا للحكم في الطعن 54ق، بأن عقوبة الإعدام قصاصا لا تطبق في جريمة القتل العمد إلا على من قتل النفس عمداً بأن باشر الفعل الذي أدى إلى

(1) - صدر في: سرت / 24 رمضان / 1405 و.ر. الموافق: 13 / النوار / 1425 ميلادية.

(2) - طعن جنائي، جلسة 76/12/21م مجلة المحكمة العليا (س13 ، العدد(4) يوليو 1977 م). ص147.

منطوق الحكم : حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع بعدم دستورية نص المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425 م في شأن إقامة حدي السرقة والحراية والمعدل بالقانون رقم 10 / 1369 فيم تضمنه من جواز إثبات جريمتي السرقة والحراية باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو أية وسيلة إثبات علمية وينشر الحكم في الجريدة الرسمية، أما نص المادة التي حكم بعدم دستورتيتها فهو: "تثبت جريمة السرقة والحراية المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو المحاكمة، أو بالشهادة، أو بأية وسيلة إثبات أخرى". وقد صدرت مبادئ شهيرة من المحكمة العليا تطبقا لهذا القانون منها المبدأ الصادر في الطعن 194 / 29 ق بتاريخ 16/12/1982م. ثم صدر المبدأ المفسر في الطعن رقم (467 / 29 ق) الصادر بتاريخ 06/03/1984. ثم أصبحت السرقة تثبت وفقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات بأي وسيلة إثبات، وهذا مخالف بكل تأكيد للشريعة الإسلامية فصدر القانون رقم 10 لسنة 2001 والذي نص في المادة (2) على أن "تطبق على جرائم السرقة والحراية التي وقعت قبل نفاذ هذا القانون أحكام قانون العقوبات، وتحال الدعوى التي صدرت فيها أحكام بعقوبة الحد إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لإعادة محاكمة الجاني طبقاً لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة، ويعاد عرض القضايا التي أقرت فيها المحكمة العليا عقوبة الحد، ولم يتم تنفيذها، على المحكمة العليا لتطبيق أحكام قانون العقوبات عليها". فعاد إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات على جرائم السرقة لما لاحظته من غلو في تطبيق التعديل المذكور والذي استبعد الدليل الشرعي، إلا أن الخلل ظل قائما في المادة 9 من القانون رقم 134 لسنة 1425 وهي وإن ألغت الإثبات بأية وسيلة إثبات فأخرج الإثبات من القواعد العامة، إلا أنها أضافت عبارة أية وسيلة إثبات علمية، ويرى البعض أن الهدف من هذا التشريع ليس الإسراف في القطع، ولكن هو التخويف من عواقب جريمة السرقة والحراية لما تمثله من خطورة في المجتمع والتقليل من التطبيق إلى أقصى درجة ممكنة. تعليق على حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 56، منشور في مجلة دفاع عن القضاء الليبي، 4 يناير، 2017م.

(3) - وهذا المذهب يوافق رأي الإمام مالك رحمه الله الذي يرى إثبات الحدود بالقرائن القوية القاطعة، فيثبت الزنى عنده الزنى إذا ظهر حمل لا زوج لها ولا سيد وتؤخذ بالسياط إلا إذا جاءت تدمي أو تستغيث، ويثبت حد الخمر عند بقرينة السكر، أو تقيؤ الخمر، أو انبعاث رائحته من فيه شاربه، ويأخذ بقرينة التعريض بالزنى في وجوب حد القذف، وبقرينة نكول أحد الزوجين عن اللعان أيضا. مالك بن أنس، الموطأ، ت: محمد فواد عبد الباقي، مطبعة إحياء الكتب العربية، مصر، 1370هـ/1951م، كتاب الحدود، ج2، ص827.

القتل وتسبب مباشرة في إزهاق الروح، أما الشريك في القتل الذي يقف دوره في ارتكاب الجريمة عند الاتفاق أو المساعدة أو التحريض، فعقوبته السجن المؤبد وليس الإعدام قصاصاً تأسيساً على أن المادة السابعة من قانون القصاص والدية نصت على أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون فيما لم يرد بشأنه نص فيه، ولأن القانون المذكور قد خلا من بيان الشريك في جريمة القتل العمد، فإنه يتعين العودة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنص القانون المذكور أخذاً برأي جمهور الفقهاء في المذاهب الإسلامية الأربعة وهو القصاص بالقتل من القاتل وحده، دون الشريك الذي يكتفي بمساعدة القاتل في إتمام الجريمة مهما بلغ دوره في هذا الشأن، وأياً كان نوع اشتراكه فيه سواء بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة.

بينما قضت في الطعن 52ق بإقرار عقوبة الإعدام الصادرة بحق الشريك في جريمة القتل العمد في الطعن الجنائي رقم 4223 وقد رأت الدائرة الجنائية الثانية بالمحكمة العليا الراهن أن ذلك يشكل تناقضاً في الأحكام يستوجب عرضه على دوائر المحكمة مجتمعة للعدول عن أحد الاتجاهين بما يزيل التناقض والتعارض بينهما. فقدمت نيابة النقض مذكرة برأيها القانوني انتهت فيها إلى إقرار الحكم الصادر في الطعن 52ق وما على شاكلته والعدول عن المبدأ الصادر في الطعن الجنائي / الجنائي رقم 4223/52ق وما على شاكلته، وترى أن عقوبة الشريك التعزيرية هي الأولى بالاتباع / رقم 4223¹

فقررت المحكمة بدوائرها مجتمعة إقرار المبدأ الوارد في الحكم الصادر في الطعن الجنائي رقم 4223/52ق والذي مقتضاه تطبيق أحكام قانون العقوبات على الشريك في جريمة القتل العمد، والعدول عن المبادئ التي تقرر خلاف ذلك.⁽²⁾

ومنه أيضاً قصور القانون رقم 8 لسنة 1423 في شأن الظواهر التي حرّمها القرآن الكريم، في إحالة الجرائم الواردة في مادته الأولى على العقوبات المقررة لجريمتي السب والتشهير في المادتين 438 و 439، من قانون العقوبات، واللذان اشترط المشرع لرفع الدعوى الجنائية بشأنهما تقديم الشكوى من الطرف المتضرر في المادة 441 عقوبات، حيث خلا القانون المذكور من نص يحيل على هذا النص الإجرائي للجريمتين، الأمر الذي أربك القضاء في اعتبار الشكوى قيد على الجرائم الواردة في القانون رقم 8، أم لا، فطعن النيابة العامة على حكم محكمة قضى بانقضاء الدعوى الجنائية في تطبيق القانون المذكور بالتنازل عن تهمة الهمز واللمز، بالخطأ في تطبيق القانون، أنه لا يشترط لتحريك الدعوى العمومية عن الأفعال المجرمة بموجبه شكوى الطرف المتضرر. فحيث تشابهت المصلحة المحمية في الجرائم، واتحدت علة الحكم فيها، لم يكن مبرراً للمشرع تجاهله الإحالة على الإجراءات الجريمتين، ما نتج عنه صدور حكيمين متعارضين من المحكمة العليا في مسألة واحدة،

فقضت المحكمة العليا في الطعن الأول⁽³⁾ بأن القانون رقم (8) لسنة 1423 م بشأن حماية المجتمع من الظواهر التي حرّمها القرآن الكريم قد أحال في تحديد العقوبة عن الأفعال المبينة فيه إلى المادتين 438 و 439 عقوبات، ولم

(1) - مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تعاقب الشريك غير المباشر في القتل بالقصاص، وإن اتفق مع الفاعل المباشر له، وأن في القضاء بمعاقبته بالإعدام قصاصاً مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعاقب الشريك بالتعزير.

(2) - وقد أسس المبدأ على تعليل واحد، مفاده أن قانون القصاص والدية رقم 1 لسنة 1994م 1423 قد خلا من تنظيم أحكام الاشتراك في جرائم القتل، وقد نص في مادته السابعة على الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لأحكامه، وإعمالاً لنص المادة (44) من الإعلان الدستوري والمادة الأولى من قانون العقوبات اللذان ينصان على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وما يقضيانه من عدم جواز الإحالة في شأن التجريم والعقاب فإن هذه الإحالة تفسر في غير ما يتعلق بالتجريم والعقاب ومنها تحديد عقوبة الشريك في القتل العمد التي يجب أن يرجع فيها إلى أحكام الاشتراك في قانون العقوبات دون سواها ولما كانت المادة 424 من قانون العقوبات تنص على أن من اشترك في جريمة فعلية عقوبتها إلا ما استثنى بنص خاص، وإذ لم يرد ما يستثني معاقبة الشريك في القتل من عقوبة الفاعل ويتعين من ثم الأخذ بالمبدأ الذي يقرر عقوبة الشريك في الجريمة المذكورة وفقاً لأحكام قانون العقوبات، وهذا ممكن التعارض بينهما.

(3) - نص الحكم: "أن المشرع جعل عقوبة الإرجاف وترويح الإشاعات وأخبار السوء وترويح النكته المغرضة العقوبة المقررة للجنايات تتدرج بين السجن والسجن المؤبد والإعدام وفقاً لأحكام المواد 175، و 176، و 177 عقوبات، في حين جعل الجريمة الناشئة عن أفعال النجوى أو السخرية أو التنازب بالألقاب أو الهمز أو اللمز من الجنح، وأحال في بيان عقوبتها إلى العقوبات المنصوص عليها في المادتين 438، و 439 عقوبات (السب والتشهير) ورأى أن جميع الأفعال المكونة للجرائم المبينة في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 8 لسنة 1423-

يدر فيه ما يفيد إلغاء المادة 441 عقوبات التي تشترط لرفع الدعوى الجنائية عن جريمة السب شكوى المجني عليه، وخلص إلى أن الجرائم المبينة في القانون رقم 8 لسنة 1423 من جرائم الشكوى. وقضت في الطعن الثاني⁽¹⁾ بأن القانون المذكور قد أحال في تحديد العقوبة عن الأفعال المبينة فيه على المادتين 438 و 439 عقوبات فقط، أما فيما يتعلق بتوقف رفع الدعوى على الشكوى من عدمها المنصوص عليها في المادة 441 عقوبات فإن القانون لم يحل على هذه المادة حتى يقال إن تحريك الدعوى عن تهمة (الهمز واللمز) تتوقف على شكوى الطرف المتضرر، بما لا يكون معه للتنازل من المجني عليه أي أثر قانوني. وإزاء هذا التعارض قررت الدائرة الجنائية الأولى وقف السير في نظر الطعن، وعرض الأمر على دوائر المحكمة العليا مجتمعة لتحديد المبدأ القانوني الواجب الاتباع.

فقررت المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة العدول عن المبدأ الصادر بتاريخ 20 / 07 / 2005م في الطعن الجنائي رقم 576 لسنة 51 ق والمبادئ المماثلة له، والأخذ بالمبدأ الصادر في الطعن الجنائي رقم 1597 لسنة 43 ق والمبادئ المماثلة له التي تقضي بأن تلك الجرائم المبينة في المادة الأولى من القانون رقم (8) لسنة 1423 م بشأن حماية المجتمع من الظواهر التي حرّمها القرآن الكريم من جرائم الشكوى.⁽²⁾ فبغض النظر عن صحة قضاء المحكمة العليا من عدمه إلا أن محل النقد قائم في قصور جهة التشريع -عند إحالة النصوص على بعضها- عن شمول المصلحة المحمية بالرعايتين الموضوعية والإجرائية معاً، وذلك أوفى من مجرد استخلاص قصد المشرع عن طريق طعن حكمت فيه المحكمة العليا، وإن كان المشرع أعطى لمبادئها مرتبة النص القانوني.

ثالثاً- أثر العشوائية والتسرع التشريعي على أحكام القضاء:

من قبيل العشوائية إصدار بعض التشريعات المتعلقة بأحكام خطيرة تتطلب تهيئة مناخ مناسب قبل تطبيقها، يراعي الظروف الراهنة للمجتمع، ومن ذلك ما قضت به المادة 2 من القانون رقم 22 لسنة 2016 م.⁽³⁾ بتعديل بعض أحكام القانون رقم 70 لسنة 1973 م في شأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات من أنه يعاقب الزاني المحصن بالرجم حتى الموت، فلما كانت هذه هي العقوبة الشرعية للزاني المحصن إلا أنها تتطلب شروطاً تمهيدية لتطبيقها، فهل حرصت جهة التشريع بالنص على توافر تلك الشروط قبل إصدار هذا التعديل. ومن قبيل التسرع التصديق على الاتفاقيات قبل مراجعة التشريعات الداخلية لمراقبة مدى توافقها مع النظام العام للدولة في أحكامها المستمدة من الشريعة الإسلامية، ومن ذلك التصديق على اتفاقية حقوق الطفل التي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 2 أيلول/سبتمبر 1990، فوفقاً للمادة 3 من الاتفاقية، والتي فرضت على سلطات الدولة أن تولى

1994م المشار إليه وكذلك الأفعال المكونة لجريمتي السب والتشهير تشترك جميعها في علة التجريم وهي حماية وصون المساس بالشرف وفق مقصوده في هذا السياق، وهو مجموعة الشروط التي تعتمد عليها قيم الإنسان ومكانته الاجتماعية سواء المعنوية منها أو المادية، وطالما أن تلك الأفعال المنصوص على تجريمها والعقاب عليها قد تماثلت وتشابهت وقائعها واتحدت علة تجريمها، فإن التفسير المنطقي لمراد المشرع والقياس الجائز الذي لا يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ويصب في مصلحة المتهم خاصة بالنسبة للقواعد المعفية كالتالي تقرر سبب إباحة أو مانع مسئولية أو مانع عقوبة فكل ذلك يستدعي أن تأخذ جرائم النجوى والسخرية والتنازير بالألقاب والهمز واللمز الحكم المقرر لجريمتي السب والتشهير، ليس في العقاب فحسب بل في نفس السياسة الجنائية التي ارتأها المشرع من حيث توقف جريمتي السب والتشهير على شكوى الطرف المتضرر وفقاً لنص المادة 441 عقوبات، وهو ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وهي الأساس التشريعي للقانون رقم (8) لسنة 1423 م بشأن حماية المجتمع من الظواهر التي حرّمها القرآن الكريم، التي تحث على رأب الصدع بين أفراد المجتمع الإسلامي بالمغفرة والصّح والعفو والتسامح، سيما أن المشرع قد جعل جريم القذف المعاقب عليه حداً -وهي بدون شك- أشد من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم (8) لسنة 1423 م المشار إليه من جرائم الشكوى، حيث نص في المواد 9، 10، 13 من القانون رقم 52 لسنة 1974م في شأن حد القذف ما يقطع بأنه هذه الجريمة (أي القذف) من جرائم الشكوى، ومن ثم فإنه من باب أولى أن تكون إرادة المشرع متجهة إلى اعتبار الجرائم المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم (8) لسنة 1423م المذكور من جرائم الشكوى وينطبق بشأنها حكم المادة 441 عقوبات". طعن جنائي رقم 1597 لسنة 43 ق، جلسة 25 / 06 / 1997م.

(1) - طعن جنائي رقم 576 لسنة 51 ق، بتاريخ 20 / 07 / 2005م.

(2) - طعن جنائي بجلسته: الأربعاء 29 ربيع الؤل 1438هـ الموافق 28 . 12 . 2016 م.

(3) - منشور في الجريدة الرسمية، ع 4، السنة : الخامسة، 17 / رجب / 1437 هـ . الموافق : 2 / 4 / 2016م. ص 244.

الاعتبار الأول لمصلحة الفضلى للطفل، فلو رفعت دعوى بإثبات نسب لا على وسائل إثبات النسب المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية رقم 10 لسنة 89م، وإنما على البصمة الوراثية اعتمادا على الاعتداد بمصلحة الطفل الفضلى، فما هو موقف المشرع الليبي مما يفيد هذا النص إذا أخذ في الاعتبار المعطيات التالية:

المعطى الأول/ أن حكما في قضية حضانة في إحدى المحاكم الليبية صدر في مدينة بنغازي في العام 2014م حكمت فيه القاضية (رفيعة العبيدي) وبمرافعة الأستاذ المحامي (عبدالناصر الككلي) بحكم قد يكون غريبا بالنسبة لما ينص عليه قانون الأحوال الشخصية، ولكنه موافق لما نصت عليه المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل، ومفاده إسقاط حق الحضانة عن الأب والحكم بها للأخ من الأم مراعاة لمصلحة الطفل الفضلى.

المعطى الثاني/ أن المشرع الليبي حين تحدث عن إثبات النسب بين المولود وأبيه، ذكر وسيلتين فقط ولم يذكر سواهما، العقد القائم بين الزوجين، واعتراف الزوج بالطفل.

المعطى الثالث/ أن المحكمة العليا اعتبرت أن القواعد المقررة في شأن إثبات النسب من مسائل النظام العام، وأي مخالفة لها تكون باطلة بطلانا مطلقا؛ لأنها قُدرت للمحافظة على الأنساب ولحماية الورثة ولدرء مفسد جمة¹. ومن ثم، فهل يعتمد على البصمة الوراثية لإثبات نسب طفل أنكره أبوه ولا عقد زواج قائم بين والديه، أم أنه يجب على المشرع التدخل بتعديل نصوص النسب في قانون الأحوال الشخصية بما يتناسب مع نصوص اتفاقية حقوق الطفل المذكورة، لا سيما وأن الأزهر الشريف تقدم بمشروع قانون إلى السلطة التشريعية في مصر يتضمن ضمن نصوصه جواز إثبات النسب بالطرق العلمية.

فإذا علم أن الأخ لأم وفقا لنص المادة (52/ب) من قانون الأحوال الشخصية يأتي في الترتيب الخامس، وأن المادة (52/ج) حتى وإن سمحت للمحكمة ألا تتقيد بالترتيب الوارد في الفقرة (ب)⁽²⁾ لمصلحة المحضون، إلا أنها استثنت من ذلك أربعة أشخاص، أم المحضون وأمها وأبيه وأمه، ومن هؤلاء من هو موجود في الدعوى، فهل يوفق بين النصين؟

علاوة على أن المشرع بخصوص إثبات النسب ذكر عقد الزواج، واعتراف الأب،⁽³⁾ ثم سكت، فإن قيل إنه إنما ذكرهما على سبيل الحصر لا المثال، أوجب بأنه أيضا لم ينص على عدم الإثبات بغيرهما، كما لوقال: "يثبت النسب بكذا وكذا ولا يجوز إثباته بغيرهاتين الوصيلتين". فلو فعل لكان المنع أقوى. أما وأنه سكت فهذا لا يفيد عدم جواز الإثبات بغيرهما.

وعليه، فإن الاعتماد على ما تقدم يفضي -من خلال هذه المقابلة والعرض- إلى التخرج التالي:

1. لا شك أن ثبوت النسب هو من المصالح الفضلى للطفل وفقا لاتفاقية حقوق الطفل، وأنه ليس هناك ما يمنع من الاعتماد على البصمة الوراثية لإثبات نسب طفل أنكره أبوه ولا عقد زواج قائم بينه وبين أمه.
2. أن التعارض بين نص المادة الثالثة ونصوص النسب في قانون الأحوال الشخصية واضح لا غبار عليه ما يعني إهمال المشرع للوازم التشريع قبل إصداره.

(3)- طعن شرعي أحوال شخصية رقم 154 / 20 ق، بتاريخ 06 / 11 / 1973م، مجلة المحكمة العليا، السنة 10، العدد 2، ص 130.
(2) - والتي قضت في الحضانة حال الفرقة بين الزوجين أن تكون للأم ثم لأمها ثم للأب ثم لمحارم الطفل من النساء بتقديم من تدلي من جهتين على من تدلي بجهة واحدة ثم لمحارم الطفل من الرجال.
(3) - د. عبد السلام حمد الشريف العالم (رحمه الله)، قانون الزواج والطلاق رقم (10 لسنة 84) وأسانيده الشرعية، منشورات جامعة قارونس، ط1، 1990م، بنغازي، ص 272 وما بعدها.

ومن ثم فلا بد من ضرورة تدخل المشرع بتعديل نصوص النسب في قانون الأحوال الشخصية بما يتناسب مع نصوص اتفاقية حقوق الطفل المذكورة.⁽¹⁾

هذا والله أسأل التوفيق فيما جمعت، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

الخاتمة

تبين من السرد المتقدم أن المشرع الليبي ينهل من الشريعة الإسلامية منذ استقلاله، إلا أنه في بدايته كان متقيداً بالمذهب المالكي، ثم تحول في مسائل الحدود والقصاص والدية على المشهور من أيسر المذاهب، أو على المذاهب الفقهية المعتمدة (ولم يتقيد بمذهب بعينه) فيما لم يرد بشأنه نص خاص في ذلك القانون، وهذه سنة أجازها العلماء، وللدكتور وهبة الزحيلي -رحمه الله- بحث في هذه المسألة نشره في مجلة جامعة قاريونس المجلد السابع، عدد خاص، سنة 78م.

يخرج المشرع أحياناً -مراعاة منه لمصلحة يراها أجدربالرعاية- من مذاهب أهل السنة إلى مذهب آخر، كخروجه في قانون الأحوال الشخصية في الفقرة الثانية من المادة 29 من القانون رقم 10 لسنة 89 بشأن الزواج والطلاق إلى المذهب الظاهري، والذي يؤكد في هذه الفقرة حكماً يرسيه إذا كان الزوج معسراً والزوجة موسرة ألزمت الزوجة بالإنفاق على زوجها، فهذا خروج على المذاهب الأربعة التي لا ترى ذلك إلا على وجه المروءة من الزوجة لا على جهة الإلزام.

أولاً - النتائج:

- أن المشرع الوضعي لم يُدْرَبِخَلْدِهِ الخروج على المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، على افتراض أن الأحكام التي قننها إما أحكام قطعية، أو اختيار في مواطن الخلاف لأحد المذاهب الفقهية.
- لا يستبعد اجتهاد المشرع في بعض المسائل التي لم يرد فيها عن السلف شيء فيها.
- لا يصح القول بأن القضاء لا يطبق أحكام الشريعة الإسلامية بل يطبق تشريعاً أرضياً، وأنه لا شأن له بمطابقة هذا التشريع أو مخالفته لحكم الشريعة الإسلامية، فهذا القول -إن صح التعارض- خاطئ، وإن لم يصح كان عجلةً غير محمودة في هذه المواطن.
- أن القصور في الأخذ بلوازم التشريع ليس قاصراً فقط على تعديل الأحكام الثابتة، وإنما يشمل عدم تصدير مذكرات إيضاحية في شأن ما يستدعي التعديل والإضافة حتى يتبين المشتغلين حكم وعلل التعديل.
- أن نصوص الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية تعطي سلطة تقديرية للقضاء بالتجول والاختيار بين أكثر الأحكام مناسبة حسب مراعاة حال الأفراد وظروف الزمان والمكان.

ثانياً - التوصيات:

- ضرورة الالتزام بلوازم العملية التشريعية في شتى جوانبها، الموضوعية والإجرائية.

(1) - ولا غرو من التعديل اعتماداً على موقف الأزهر الشريف الذي تقدم في الأشهر الأخيرة بمشروع قانون إلى السلطة التشريعية في مصر يتضمن ضمن نصوصه جواز إثبات النسب بالطرق العلمية ومن بينها البصمة الوراثية.

- ضرورة إصدار المذكرات الإيضاحية على القوانين الشرعية وتعديلاتها.
- يجب النص على عضوية المختصين بالشريعة الإسلامية في السلطة التشريعية وفي دائرة المحكمة الدستورية بخصوص.
- ضرورة النص على وجوب التنسيق-لا جوازه- بين السلطة التشريعية والمحكمة العليا فيما المسائل الفنية للعملية التشريعية ولوازمها.
- التركيز على مبدأ التخصص مشروطاً بالديمومة لتحقيق المرن والدربة لدى القاضي في مجال بعينه.
- يجب مراعاة عدم التوازن الكمي لما يعرض على القضاة-في المدن المزدهمة عنهم في المدن النائية- من قضايا وما لذلك من أثر على كفاءتهم في اعتلاء دوائر المحكمة العليا.
- التأني والتدبر وتدقيق النظر في نصوص الاتفاقيات للوقوف على مدى انسجامها وعدمه مع أحكام الشريعة الإسلامية من عدمه قبل التصديق عليها.

والحمد لله على الدوام في البدء وفي الختام.

الباحث

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً - مراجع الفقه الإسلامي:

- ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ/1989م. ابن حزم، المحلى، المطبعة الميرية، مصر.
- محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي، شرح حدود بن عرفة المسمى (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.
- ابن فرحون. تبصرة الحكام؛ مطبوع على هامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، للشيخ عlish، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ت: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ/1998م.
- ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ.
- أبو داود، عون المعبود شرح سنن أبي داود، مع شرح ابن القيم الجوزية، محمد شمس الدين الحق آبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1410هـ/1990م.
- أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ-1994م ج8، ص353.

- أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الشهير بميارة الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم الندلسي، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ/2000م.
- الهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، برويت، لبنان، 1402هـ / 1982م.
- الترمذي، الجامع الصحيح، الأزهر الشريف، المطبعة المصرية، القاهرة، مصر، ط1، 1350هـ/1931م.
- تقي الدين الشافعي، كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، ت: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، سوريا، ط1، 1994م.
- الخرشبي، حاشية العدوي على الخرشبي، نسخة مكتبة المرحوم محمد بن عامر المحامي ، مهداة للجامعة الليبية بنغازي 1964م .
- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- الشوكاني، نيل الأوطار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، ط3، 1380هـ/1961م.
- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- السرخسي. المبسوط؛ ط 2، 1398هـ/1978م. دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
- الشربيني. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج؛ المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر.
- شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ت: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
- الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر.
- عبد الرحمن أبو زيد المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر.
- النسائي. المجتبى؛ ط1، 1383هـ/1964م، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، مصر.
- عبد السلام بن عثمان التاجوري، تذييل المعيار، ت: جمعة محمود الزريقي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، ط1، 2008م.
- عبد السلام محمد الشريف العالم (رحمه الله). النظام العقابي في التشريع الإسلامي، جامعة الفاتح، طرابلس، ليبيا، ط2، 1995م.
- عبد السلام محمد الشريف العالم (رحمه الله). قانون الزواج والطلاق رقم (10 لسنة 84) وأسانيده الشرعية، منشورات جامعة قاربنونس، بنغازي، ليبيا، ط1، 1990م.
- عبد السلام الشريف. المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي؛ 1406هـ/1986م. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

- عوض محمد عوض، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المعارف، الإسكندرية، مصر.
- عوض محمد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.



- محمود محمد علي صبرة، دليل تقنيات الصياغة القانونية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، 2012م. جنيف، سويسرا.
- رمسيس مهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984م.
- المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية، تحليل التشريعات (كيفية قراءة مشاريع القوانين بطريقة نقدية).

ثالثاً – المجلات والجرائد:

- مجلة المحكمة العليا.
- الجريدة الرسمية الليبية.
- مجلة دفاع عن القضاء الليبي.
- مجلة المفكرة القانونية، تونس، عدد 11، مايو، 2018م.



مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً بين نصوص التشريع وأحكام القضاء الليبي
*Inheritance issues that are legally different between the provisions of the legislation and
 Libyan judiciary*

أ. حميدة سعد اهديوه سعيد

محاضر بقسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق

جامعة طبرق- طبرق (ليبيا)

hamedasaid79@gmail.com

الملخص:

مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً، تثير إشكالية مدى تأثير اختلاف الآراء الفقهية في المذهب الواحد على حكم القضاء الليبي في مسائل الميراث، وإلى أي مدى استطاع القضاء الليبي أن يفسر النص القانوني تفسيراً صحيحاً؛ يتوافق مع إرادة المشرع، وهذا ما سنعرض له في هذه الدراسة، والتي تهدف إلى بيان مدى موافقة أحكام القضاء الليبي لإرادة المشرع في وجوب تطبيق المشهور من مذهب الإمام مالك فيما لم يرد فيه نص قانوني، متبعين في ذلك المنهج الاستقرائي التحليلي؛ وذلك باستقراء الآراء الفقهية والنصوص التشريعية والقضائية، ومن ثم تمحيصها وتحليلها للوصول إلى نتائج علمية. وقد توصلت هذه الدراسة إلى أن النص العام الذي يقضي بتطبيق المشهور من مذهب الإمام مالك فيما لم يرد فيه نص قانوني، وإن كان يتناسب مع واقع حال القضاة اليوم، إلا أنه لا يتناسب مع واقع حال مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً، لهذا فإن أحكام المحكمة العليا التي نصت على توريث ذوي الأرحام، والرد على أصحاب الفروض، وإن كانت في ظاهرها مخالفة لإرادة المشرع الليبي، إلا أنها لم تخالف العدالة الشرعية، ولهذا نوصي بوضع قانون ينظم مسائل الميراث طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، أسوة بالدول العربية والإسلامية، وذلك حتى يتسنى للقاضي سهولة الرجوع إليه؛ ولا يقع فريسة الخلافات الفقهية فيما لم يرد فيه نص شرعي جزئي.

الكلمات المفتاحية:

الميراث - المشهور من المذهب المالكي- المحكمة العليا.

Abstract:

That the issues of inheritance in which there is a disagreement in the Sharia raises the problem of the extent to which the difference in the jurisprudential opinions of the same sect affects the Libyan judiciary's ruling on matters of inheritance? And to what extent was the Libyan judiciary able to correctly interpret the legal text in accordance with the will of the legislator? For this reason, this study aims to show the extent to which the Libyan judiciary rulings agree with the will of the legislator in the necessity to apply the well-known of Imam Malik's doctrine, with no special legal text mentioned therein. Following the inductive analytical approach. Among the most important results that we have reached: that the general legal text, although it is in line with the reality of the situation of judges today, does not correspond to the reality of the status of

inheritance issues in which they are legally disputed. For this reason, the Supreme Court rulings, even if they appear to be contrary to the will of the Libyan legislator, do not violate Sharia justice. Therefore, we recommend that a law be drawn up that regulates inheritance matters in accordance with the provisions of Islamic Sharia, so that the judge can easily refer to it.

Keywords:

Inheritance –The most famous of the Maliki doctrine- Supreme court.

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتدي، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى من سار على هديه إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن الله سبحانه وتعالى أوكل لنفسه بيان أحكام الموارث، ولم يترك مهمة ذلك لا لملك مقرب ولا لنبي مرسل، فبيّن في كتابه الحكيم النصيب الشرعي لكل وارث، وبالرغم من ذلك فإن هناك بعض المسائل الجزئية لم يرد فيها نص صريح من القرآن الكريم والسنة النبوية، مما أدى ذلك إلى وقوع خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكمها الشرعي؛ وهذه المسائل منها ما يتعلق بالإرث، ومنها ما يتعلق بطريقته، وقد كان لهذا الخلاف الأثر الواضح على أحكام القضاء الليبي، الذي استند في أحكامه على النصوص التشريعية العامة، فإلى أي مدى توافقت أحكام القضاء الليبي مع النصوص التشريعية التي يُعتمد عليها في الحكم على مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً؟ هذا ما سنقوم بدراسته في هذا البحث وفقاً للخطة الآتية.

المبحث الأول: مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالتوريث.

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بطريقة التوريث.

المبحث الثاني: موقف التشريع والقضاء الليبي من مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً.

المطلب الأول: نصوص التشريع الليبي المتعلقة بمسائل الميراث.

المطلب الثاني: أحكام القضاء الليبي المتعلقة بمسائل الميراث المختلف فيها شرعاً.

المبحث الأول

مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً

مسائل الميراث المختلف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، على ضربين: منها ما يتعلق بالإرث، ومنها ما يتعلق بطريقة الإرث، وسنتحدث في هذا المبحث عن المسائل التي تتعلق بالإرث في المطلب الأول، والمسائل التي تتعلق بطريقة الإرث في المطلب الثاني.

المطلب الأول

المسائل المتعلقة بالتوريث

حتى يرث الوارث من مورثه يجب أن تتوافر فيه أسباب الميراث، وتتحقق شروطه، وتنتفي موانعه، ولكن قد يحدث أحيانا أن يشكل مدى توافر هذه الأمور في الوارث، وبالتالي ثبوت إرثه من مورثه، لهذا وقع الخلاف بين الفقهاء حول بعض المسائل المتعلقة بالإرث، وهي:

أولاً- ميراث المطلقة في مرض الموت:

يعتبر الزواج الصحيح سببا من أسباب الإرث، فكل من الزوجين يرث الآخر مادامت الزوجية قائمة، أما إذا طلق الرجل زوجته وهو صحيح؛ وبانت منه، فلا يقع التوارث بينهما باتفاق الفقهاء؛ لانقطاع الزوجية، سواء كانت المرأة في العدة أم لا، ولكن إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً -بغير رضاها- وهو مريض مرض الموت، وكان قصده حرمانها من الميراث، فلا يرثها لو ماتت قبله؛ لأنه اسقط حقه بهذا الطلاق البائن الذي يزيل أحكام النكاح⁽¹⁾، أما إذا مات هو قبلها؛ فقد اختلف الفقهاء في إرثها منه، على عدة أقوال: الأول: ترث إذا توفي مطلقاً وهي في العدة، ولا ترث إذا توفي بعد خروجها من العدة، وهذا قول الأحناف⁽²⁾. الثاني: لا ترث منه؛ لأنها بانت منه قبل موته، فانقطع إرثها منه كالطلاق في الصحة، وهو الصحيح في مذهب الشافعية⁽³⁾.

الثالث: ترث منه، مات في العدة أو بعدها، تزوجت غيره أو لم تتزوج، معاملة له بنقيض قصده السيء، وهذا مذهب المالكية. ودليله ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه إنه ورث تماضر بنت الأصعب من عبد الرحمن بن عوف، وكان طلقها في مرضه فبتمها، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك، فكان إجماعاً⁽⁴⁾. الرابع: ترث منه ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج بآخر، وهذا مذهب الحنابلة؛ لأن هذا الزوج قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده، كالقاتل القاصد استعجال الميراث فإنه يعاقب بحرمانه إذا ثبت هذا، وترث منه حتى لو انقضت عدتها؛ لأن سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة⁽⁵⁾.

ثانياً- ميراث الجدة الصحيحة:

الجدة الصحيحة هي التي لا يدخل في نسبتها إلى الميت ذكرين أنثيين، كأُم الأم، وأم الأب، وأم أم الأم، وأم أم الأب، وأم أبي الأب، فإن دخل في نسبتها إلى الميت ذكرين أنثيين كانت جدة غير صحيحة، كأُم أب الأم، وأم أبي أم الأب. والجدة الصحيحة هي التي ترث بطريق الفرض، وفرضها السدس، أما الجدة الفاسدة فهي ذات رحم، فلا ترث بالفرض أبداً⁽⁶⁾.

وقد اختلف الفقهاء حول مسألتين تتعلق بميراث الجدة الصحيحة، وهما:

(1) انظر المغني، لابن قدامة المقدسي، ج2، ص1531. الدر المختار، للحصكفي، ص226.

(2) الدر المختار، للحصكفي، ص226.

(3) المهذب، للشيرازي، ج2، ص408.

(4) أنظر إلى الموطأ، لمالك بن أنس، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ص413، حديث رقم 1183. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد،

لابن رشد، ج3، ص1437.

(5) المغني، ج2، ص1531.

(6) عبد الجليل القرنشواوي، دراسات في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة قاربيونس، بنغازي، ص114.

الأولى- عدد الجدات اللاتي يرثن:

الجدة الصحيحة من جهة الأم -أي أم الأم وإن علت- ترث باتفاق الفقهاء⁽¹⁾، ولكن الخلاف وقع حول عدد الجدات اللاتي يرثن من جهة الأب، وبشأنه اختلف العلماء على قولين:
الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، وفيه يورثون اثنين من جهة الأب، وهن: أم الأب وإن علت، وأم أبي الأب وإن علت⁽²⁾. وقد استندوا في ذلك لما روي عن الرسول ﷺ أنه ورث ثلاث جدات⁽³⁾، كذلك لما روي عن زيد بن ثابت وعلي أنهما كانا يورثان ثلاث جدات، ثنتين من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم⁽⁴⁾.

الثاني: للمالكية، وهم لا يورثون إلا جدة واحدة من جهة الأب، وهي أم الأب وإن علت، أما أم أب الأب فلا ترث؛ لأنها بينها وبين الميت ذكرين، ولأن هذا هو الوارد في السنة وإجماع الصحابة، فيقتصر عليه⁽⁵⁾.
المسألة الثانية- حجب الجدة الأموية البعيدة بالجدة الأبوية القريبة:

إذ من المعلوم أن من قواعد الميراث في الحجب أن الأقرب درجة يحجب الأبعد درجة، ومع هذا وقع خلاف بين الفقهاء حول حجب الجدة الأموية البعيدة بالجدة الأبوية القريبة، وذلك على قولين:
الأول: وإليه ذهب الحنفية وهو قول عند الحنابلة والشافعية، ومفاده أن الجدة القريبة تحجب الجدة البعيدة، أي أن أم الأب تحجب أم أم الأم، وحجتهم في ذلك أن الجدات جميعاً يرثن بوصفهن أمهات، فإذا اجتمعن فالميراث للأقرب⁽⁶⁾.

الثاني: وإليه ذهب المالكية وهو الأصح عند الشافعية وقول عند الحنابلة. وحاصله أن الجدة القريبة من جهة الأب لا تحجب الجدة البعيدة من جهة الأم، بل يقتسمان السدس بينهما بالسوية، وحجتهم في ذلك أن الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم، فمن باب أولى أيضاً أن الجدة من جهة الأب لا تحجب الجدة من جهة الأم، حتى ولو كانت أبعد منها درجة، وذلك على خلاف الأم، فإنها تحجب جميع الجدات، ولذلك حجت الجدة التي من جهتها من هي أبعد منها من جهة الأب⁽⁷⁾.

ثالثاً- ميراث الجد مع الإخوة:

المقصود بالجد هنا الجد الصحيح الذي لا يدخل في نسبه للميت أنثى؛ كأب الأب وأب أبي الأب وإن علا، أما الأخوة فيراد بهم الإخوة من الأبوين، أو الأب فقط، سواء كانوا أشقاء فقط، أو لأب فقط، أو من مجموع الصنفين⁽⁸⁾. ونظراً لعدم وجود نص صريح من الكتاب والسنة يبين ميراث الأخوة مع الجد؛ فكان مرجع الحكم فيه لاجتهاد الفقهاء، ولأن المواريث من حدود الله التي لا يجوز للمسلم تجاوزها، فقد كان السلف يتخرجون من الفتوى في المسألة التي يكون فيها الأخوة مع الجد، فعن سعيد بن جبير، عن رجل من مراد: أنه سمع علياً - رضی الله عنه - يقول: "من سره أن يقتحم جرائم جهنم، فليقض بين الجد والإخوة"⁽⁹⁾.

(1) أنظر إلى الدر المختار، ص763. المهذب، ج2، ص410. الرسالة الفقهية، للفيرواني، ص255. المغني، ج2، ص1478.

(2) أنظر الدر المختار، ص765. المهذب، ج2، ص410. المغني، ج2، ص1478.

(3) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب الميراث والوصية، باب ميراث الجدة، ج2، ص461، حديث رقم 4740.

(4) المرجع نفسه، الكتاب والباب نفسه، حديث رقم 4742.

(5) الموطأ، ص367 وما بعدها. الرسالة الفقهية، ص255.

(6) الدر المختار، ص765. المهذب، ج2، ص410. المغني، ج2، ص1479.

(7) أنظر شرح من الجليل على مختصر العلامة خليل، ج9، ص612. المهذب، ج2، ص410. المغني، ج2، ص1479.

(8) صالح بن فوزان الفوزان، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، مكتبة دار المنهاج، الرياض، ط2، 1433هـ، ص132.

(9) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب الميراث والوصية، باب ميراث الجد مع الأخوة، ج2، ص435، حديث رقم 4661.

ومع هذا فقد رأى فقهاء الشريعة الإسلامية ضرورة الفتوى في مسائل الجد مع الإخوة، لأن ديننا لم يترك شيئاً إلا وله حكم فيه، ومع هذا فقد اختلف الفقهاء في توريث الإخوة مع الجد على قولين:
الأول: أن الجد كالأب يحجب جميع الأخوة، وإلى هذا ذهب أبي بكر الصديق، وعبدالله بن عباس من الصحابة، وأبي حنيفة من الأئمة الأربعة⁽¹⁾، وحجتهم في ذلك أن الله سمى الجد أبا في قوله تعالى: ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾ [سورة يوسف: الآية 38]، كما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه كان ينزل الجد منزلة الأب⁽²⁾.

الثاني: أن الجد لا يحجب الأخوة الأشقاء أو لأب، بل يقاسمهم في الميراث، وإلى هذا القول ذهب علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت من الصحابة⁽³⁾، والصاحبان من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة من الأئمة الأربعة⁽⁴⁾، وحجتهم في ذلك أن ميراث الأخوة ثابت بنص القرآن، فلا يحجبون إلا بنص أو إجماع، ولم يوجد شيء من ذلك، كما أن الإخوة والجد قد تساوا في سبب الاستحقاق فوجب أن يتساوا في الميراث، وذلك لأن الجد والأخ يدلان بالأب، فالجد أبو الأب، والأخ ابن الأب، وقربة البنوة لا تنقص عن قرابة الأبوة، بل ربما تكون أقوى، بدليل إن الابن يسقط تعصيب الأب⁽⁵⁾.

رابعاً- ميراث القاتل:

يعتبر قتل الوارث مورثه مانعاً من الإرث؛ لقوله رضي الله عنه: "ليس للقاتل شيء"⁽⁶⁾، وقوله رضي الله عنه: "ولا يرث القاتل شيئاً"⁽⁷⁾. وبالرغم من اتفاق الفقهاء على أن القتل مانع من الميراث، إلا أنهم اختلفوا في نوع القتل الذي يمنع من الإرث، وذلك على أقوال أربعة:

الأول: للحنفية، والقتل المانع من الإرث عندهم هو ما أوجب قصاصاً أو كفارة⁽⁸⁾.
الثاني: للمالكية، والقتل المانع من الإرث عندهم هو القتل العمد العدوان فقط، سواء كان بطريق المباشرة أو بالتسبب، أما القتل العمد بغير عدوان، كالقتل قصاصاً، أو بغيره، فلا يمنع من الميراث، كما أن القتل الخطأ لا يمنع من الإرث، إلا في الدية فقط⁽⁹⁾.

الثالث: للشافعية ورواية عن الحنابلة، وهو أن القاتل لا يرث المقتول بأي حال من الأحوال، سواء كان القتل عمداً أو بغير عمد، وسواء أكان عدواناً أو بغير عدوان، لعموم قول الرسول رضي الله عنه: "لا يرث القاتل شيئاً"، فالأساس عندهم هو تحقق وصف القتل، فإذا تحقق هذا الوصف على أي اعتبار فإنه يكون مانعاً من الميراث⁽¹⁰⁾.

الرابع: للحنابلة، وهم يرون أن القتل المانع من الميراث هو القتل بغير حق، وهو المضمون بقصاص أو كفارة أو دية؛ كالقتل العمد وشبه العمد والخطأ وما جرى مجرى الخطأ، سواء كان بطريق المباشرة أو بالتسبب، وقتل

(1) الدر المختار، مرجع سابق، ص764.

(2) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب الميراث والوصية، باب من جعل الجد أباً، ج2، ص435، حديث رقم 4664.

(3) أنظر المرجع نفسه، كتاب الميراث والوصية، باب من قال بالمقاسمة، ج2، ص436، حديث رقم 4669.

(4) أنظر المهذب، ج2، ص419 وما بعدها. الرسالة الفقهية، للقيرواني، ص256. المغني، ج2، ص1482.

(5) المغني، ج2، ص1482.

(6) الموطأ، كتاب العقول، باب ما جاء في ميراث العقل والتغليب فيه، ص636، حديث رقم 1556.

(7) سنن أبي داود، كتاب الديات، باب ديات الأعضاء، ص499، حديث رقم 4564.

(8) الدر المختار، ص762.

(9) شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج9، ص595.

(10) أنظر المهذب، ج2، ص407. المغني، ج2، ص1515.

الصبي والمجنون والنائم؛ أما القتل بحق وليس مضموناً بشيء فلا يمنع من الميراث؛ كالقتل قصاصاً أو حداً أو بعذر⁽¹⁾.

خامساً- ميراث ذوي الرد:

المقصود بالرد صرف الباقي عن الفروض على ذوي الفروض النسبية بقدر فروضهم عند عدم عصبية⁽²⁾، والميراث بالرد لم يرد فيه نص صريح من القرآن الكريم والسنة النبوية؛ لهذا كان موضوع خلاف بين الفقهاء من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، ولهم في ذلك قولان:

الأول: لا يقول بالرد، بل الباقي من التركة بعد أصحاب الفروض يكون لبيت المال، وهذا قول زيد بن ثابت من الصحابة⁽³⁾، ومن الأئمة المجتهدين مالك والشافعي⁽⁴⁾، وحجتهم في ذلك أن الله سبحانه وتعالى فرض لأصحاب الفروض أنصبة مقدرة، وقال تعالى بعد أن بينها في آيات الموارث: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾ [سورة النساء: الآية 13]، فلا مسوغ أن تزداد فروضهم بالرد، لأن الزيادة تكون تعدياً لحدود الله، كما أن الرسول ﷺ قال بعد أن نزلت آيات الموارث: "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه"⁽⁵⁾، وبالتالي لا يستحق وارث أكثر من حقه، كما أن الموارث لا يمكن إثباتها بالرأي، والتوريث بالرد توريث بالرأي، فلا يجوز.

الثاني: يقول بالرد على أصحاب الفروض غير الزوجين، إذا لم يوجد عاصب نسبي يرث ما بقى من التركة، وهذا قول عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود من الصحابة⁽⁶⁾، وبه أخذ الحنفية، والحنابلة، واعتمده الشافعية، والمتأخرون من المالكية، لعدم انتظام بيت المال⁽⁷⁾، وحجتهم في ذلك عموم قوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [سورة الأنفال: الآية 76] فقد نصت الآية على أن الأقارب بعضهم أولى ببعض، فما زاد على فروض أصحاب الفروض، ولا مستحق له من العصبية، يكون الأولي به أقارب المتوفي، وقوله ﷺ: "من ترك مالا فلورثته"⁽⁸⁾ صريح في إعطاء كل المال للورثة، فيشمل المتبقي من مال بعد الفروض، فيكون للورثة دون بيت المال، كذلك روي عن سعد بن أبي وقاص ﷺ أنه قال: قلت يا رسول الله أنا امرؤ ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة واحدة، أفا تصدق بثلثي مالي؟ ... قال ﷺ: "الثلث والثلث كثير، إنك إن تذرورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس"⁽⁹⁾، ووجه الدلالة أن الرسول ﷺ منع أن تزيد الوصية عن الثلث، فدل هذا المنع على أن للبيت الحق في الباقي من التركة بعد أخذ فرضها وهو النصف، ولا يكون ذلك إلا بطريق الرد عليهما.

سادساً- ميراث ذوي الأرحام:

ذو الرحم هو كل قريب ليس بندي فرض ولا عصبية⁽¹⁰⁾، وقد اختلف الفقهاء من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين في توريث ذوي الأرحام على قولين:

(1) المغني، ج2، ص1515.
(2) صالح بن فوزان، مرجع سابق، ص247.
(3) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب الميراث والوصايا، باب الرد، ج2، ص475، حديث رقم4802.
(4) انظر الذخيرة، للقرافي، ج13، ص54 وما بعدها. المهذب، مرجع سابق، ج2، ص419.
(5) سنن أبي داود، كتاب البيوع، أبواب الإجارة، باب في تضمين العور، ص395، حديث رقم3565. جامع الترمذي، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، ص351، حديث رقم2120.
(6) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب الميراث والوصايا، باب الرد، ج2، ص475، حديث رقم4803.
(7) انظر الدر المختار، ص766. المغني، ج2، ص1476. الذخيرة، ج13، ص54 وما بعدها. المهذب، ج2، ص419.
(8) صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب الدين، ص430، حديث رقم2298.
(9) الموطأ، كتاب الوصية، باب الوصية في الثلث لا تتعدى، ص559، حديث رقم1456.
(10) صالح بن فوزان، مرجع سابق، ص258.

الأول: ذوو الأرحام لا يرثون؛ فإذا لم يترك الميت وارثاً من أصحاب الفروض، ولا من العصابات، تكون تركته لبیت المال، وبهذا قال زيد بن ثابت رضي الله عنه (1)، وهو مذهب المتقدمين من المالكية والشافعية (2)، واستدلوا لذلك بأن الموارث لا مجال للرأي فيها، فهي تثبت بالنص، ولا نص في توريث ذوي الأرحام، فالله سبحانه وتعالى ذكر في آيات الموارث نصيب أصحاب الفروض والعصابات، ولم يذكر شيئاً لذوي الرحم، ولو كان لهم حق لبينه، قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [سورة مريم: الآية 64]. وما روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم ركب إلى قباء، يستخير الله في العمة والخالة، فأنزل عليه: لا ميراث لهما (3).

الثاني: ذوو الأرحام يرثون إذا لم يترك الميت صاحب فرض ممن يرد عليهم أو عاصب، وبهذا قال عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود، وهو مذهب الحنيفة، والحنابلة (4)، وأفتى به المتأخرون من الشافعية والمالكية إذا لم يكن بيت المال منتظماً (5). واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [سورة الأنفال: الآية 76] فالآية عامة تشمل كل قريب، ومن ثم الأقارب بعضهم أولى ببعض في الميراث، فيقدمون على بيت المال، كما استدلو بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الخال وارث من لا وارث له" (6).

سابعاً- ميراث المفقود:

المقصود بالمفقود: من انقطع خبره وجهل حاله، فلا يُدرى أحي هو أم ميت (7)، والجهل بحال الوارث يورث الشك في ميراثه من مورثه، لذا وقع خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألتين تتعلق بالمفقود، وهما:

المسألة الأولى- مقدار مدة انتظار المفقود: بما أن حال المفقود متردد بين كونه موجوداً أو معدوماً، لذا اتفق الفقهاء على ضرب مدة يعرف من خلالها حال المفقود، ويكون مُضْمِهاً بدون معرفة شيء عنه دليل على عدم وجوده، ولكن الخلاف وقع بين الفقهاء حول مقدار تلك المدة، وذلك على قولين:

الأول: لجمهور الفقهاء من الحنيفة والمالكية والشافعية (8)، وفيه يُرجع في تحديد المدة ومقدارها إلى رأي الحاكم واجتهاده في ذلك؛ لأن الأصل حياة المفقود، ولا يخرج عن هذا الأصل إلا بيقين أو ما في حكمه، سواء كان فقده في ظروف وأحوال يغلب عليها سلامة المفقود أو هلاكه، فينتظر حتى تقوم بينة بموته، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، وقد قدرها المالكية بـ 70 سنة، وقيل بـ 80 سنة (9)، أما الحنيفة فقدروها بـ 90 سنة، وقيل بـ 120 سنة (10)، وتعتبر المدة من ولادته لا من فقده.

الثاني: للحنابلة، وفيه فرقوا بين المفقود الغالب عليه الهلاك وبين الغالب عليه السلامة، فالذي يكون غالب على سفره الهلاك، كما إذا سافر في سفينة فانكسرت، أو قاتل عدواً ولم يعلم من هلك ممن نجا، فهذا

(1) السنن الكبرى، للبيهقي، ج2، ص 475.

(2) انظر الذخيرة، ج13، ص53 وما بعدها. المهذب، ج2، ص419.

(3) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب الميراث والوصايا، باب ميراث ذوي الأرحام، ج2، ص468، حديث رقم 4773.

(4) انظر الدر المختار، ص768. المغني، ج2، ص1487.

(5) انظر الذخيرة، ج13، ص53 وما بعدها. المهذب، ج2، ص419.

(6) جامع الترمذي، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الخال، ص349، حديث رقم 2103.

(7) صالح بن فوزان، مرجع سابق، ص226.

(8) انظر المبسوط، للسرخسي، ج11، ص25. الذخيرة، ج13، ص22 وما بعدها. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، ص29.

(9) الذخيرة، ج13، ص22 وما بعدها.

(10) المبسوط، ج11، ص25.

ينتظر أربع سنين منذ فقدته، ويحكم بموته بعد مضي هذه المدة، أما إذا كان الغالب على سفره السلامة، كالمسافر في أمن لتجارة أو حج أو طلب العلم، فهذا ينتظر تمام تسعين سنة من ولادته⁽¹⁾.
المسألة الثانية- مضي مدة انتظار المفقود دون اتضاح أمره: إذا مضت مدة انتظار المفقود، ولم يتبين أمره، أهو حي أم ميت، فإن أمواله تقسم على ورثته الأحياء حين الحكم بموته، لا من مات في مدة الانتظار، وذلك باتفاق الفقهاء⁽²⁾؛ لأن الحكم بموت المفقود جاء متأخراً عن وفاتهم، ومن شروط الإرث حياة الوارث وقت موت مورثه.

أما ما وقف للمفقود من أموال مورثه في مدة الانتظار، فقد اختلف الفقهاء فيمن يستحقه، على قولين:

الأول: يكون المال الموقوف للمفقود كما لو علمت حياته بعد موت مورثه، فيدفع إلى ورثته؛ لأن الأصل حياته، ولا يحكم بموته إلا عند انقضاء زمن تربيصه، وهذا ما عليه مذهب الحنابلة⁽³⁾.
الثاني: أن المال الموقوف يُرد على ورثة الميت الأول، وليس فيه استحقاق لورثة المفقود؛ لأننا لا نعلم أيهما مات أولاً، ولا توريث مع الشك، وهذا قول الحنفية، والمالكية، والشافعية، وأحد أقوال الحنابلة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

المسائل المتعلقة بطريقة التوريث

وقع الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول طريقة إرث بعض الورثة من تركة مورثهم؛ ويرجع ذلك لعدم وجود نص شرعي من القرآن الكريم، والسنة النبوية يبين مدى أحقية هؤلاء الورثة من الإرث، والطريقة التي يرثوا فيها. وذلك على النحو الآتي.
أولاً- طريقة توريث الأخوة مع الجد:

أوضحنا سابقاً إجازة جمع من الصحابة رضوان الله عليهم، وجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة توريث الأخوة مع الجد، ومع هذا فقد اختلفوا في طريقة التوريث إلى عدة طرق، أشهرها طريقة علي ابن أبي طالب، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، وسنوضح هنا بإيجاز طريقة كل منهم.

- طريقة علي بن أبي طالب⁽⁵⁾: إذا كان مع الجد أخوات أخذن فروضهن، والباقي للجد، إلا أن ينقصه ذلك عن السدس، فيفرضه له، وإن كانت أختا لأبوين وإخوة لأب، أخذت الأخت فرضها، والباقي يتقاسمه الإخوة والجد، إلا أن تنقصه المقاسمة عن السدس فيفرضه له، وإن كان الإخوة كلهم عصبه قاسمهم الجد إلى السدس، وإن كان معه إخوة لأبوين وإخوة لأب سقط الإخوة لأب، ولم يدخلوا في المقاسمة، وإن انفرد الإخوة لأب معه قاموا مقام الإخوة لأبوين⁽⁶⁾.

(1) المغني، ج2، ص1528.

(2) انظر الدر المختار، ص360. نهاية المحتاج، ج6، ص29 وما بعدها. المغني، ج2، ص1528.

(3) كشف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، ج6، ص2251.

(4) انظر الدر المختار، ص361. شرح منح الجليل على مختصر الخليل، ج9، ص700. نهاية المحتاج، ج6، ص30. المغني، ج2، ص1528.

(5) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب الميراث والوصايا، باب من قال بالمقاسمة، ج2، ص441 وما بعدها، حديث رقم4681.

(6) صالح بن فوزان، مرجع سابق، ص135.

- طريقة زيد بن ثابت⁽¹⁾: إذا كان مع الجد والأخوة صاحب فرض، أعطى الجد الأخط له من مقاسمة الإخوة فيما بقي، أو أخذ ثلث ما بقي، أو أخذ سدس جميع المال، وإما إذا لم يكن معهم صاحب فرض، فإن الجد يعطى الأخط له من المقاسمة أو ثلث المال، وهذه الطريقة أخذ بها جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية⁽²⁾.
- طريقة ابن مسعود: فإنه يقول كقول عليّ: إن كان مع الجد أخوات فقط، فإن كان معه إخوة فقط، فإنه يقاسمهم إلى الثلث، هذا إذا لم يكن معهم صاحب فرض في الحالتين، فإن كان معهم صاحب فرض، فإنه يقول كقول زيد بإعطاء الجد الأخط له من المقاسمة للإخوة فيما بقي بعد الفرض، أو إعطائه ثلث الباقي أو سدس جميع المال⁽³⁾.

ثانياً- طريقة توريث ذوي الأرحام:

- اختلف الفقهاء - القائلون بالتوريث- على طريقة توريث ذوي الأرحام، ولهم في ذلك طرق عدة، أشهرها طريقة أهل القرابة وطريقة أهل التنزيل، وسنوضح هنا بإيجاز كلا الطريقتين.
- طريقة أهل القرابة: وهي مذهب أبي حنيفة⁽⁴⁾، وسميت هذه الطريقة بذلك لاعتمادها على تقديم الأقرب في توريث ذوي الأرحام، فطريقته في التوريث مثل طريقة توريث أصحاب العصباء، وذلك بمراعاة الجهة، وقرب الدرجة، وقوة القرابة. فإذا تعدد ذوو الرحم، وكانوا من أصناف مختلفة قدمت جهة البنوة على الأبوة، والأبوة على الأخوة، والأخوة على العمومة، وإذا كانوا من صنف واحد قدم الأقرب درجة إلى الميت، دون اعتبار لأي شيء آخر، فإذا كانوا من صنف واحد، واستوتت الدرجة يكون التقديم بقوة الإدلاء، فمن يدلي إلى الميت بوارث أولى ممن يدلي بذوي رحم، فإذا استوا في الجهة، وفي الدرجة، وفي الإدلاء، تكون العبرة بقوة القرابة، فمن كان لأبوين أولى بالميراث ممن كان لأب، ومن كان لأب أولى ممن كان لأم، فإذا لم يوجد مرجح من هذه المرجحات؛ أي كانوا جميعاً من صنف واحد، ومن نفس الدرجة، وبذات قوة الإدلاء والقرابة، ففي هذه الحالة يشتركون في الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين.
- طريقة أهل التنزيل: وهي مذهب الحنابلة، والمتأخرين من المالكية والشافعية-الذين يقولون بتوريث ذوي الرحم⁽⁵⁾، وسميت هذه الطريقة بذلك لأنها تنزل ذوي الرحم منزلة من يدلي به إلى الميت من أصحاب الفروض والعصباء، فيستحق كل ذي رحم نصيب من يدلي به إلى الميت، وإذا كان الأصل المدلى به محجوباً بغيره من الورثة فلا شيء لفرعه من ذوي الأرحام، وطريقة أهل التنزيل في الميراث تختلف عن طريقة أهل القرابة، فهم لا يقدمون صنفاً على آخر في الإرث، بل يصح أن يرث أكثر من صنف عند اجتماعهم، ولكن يختلف ميراثهم باختلاف من يدلون به، وطريقتهم في التوريث كما يلي:
- أولاد البنات وأولاد بنات الأبناء بمنزلة أمهاتهم (أي بمنزلة البنات وبنات الابن).

(1) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الموارث والوصايا، باب من قال بالمقاسمة، ج2، ص442 وما بعدها، حديث رقم 4685.

(2) أنظر إلى الذخيرة، ج13، ص61 وما بعدها. المهذب، ج2، ص420 وما بعدها. الدر المختار، ص764. المغني، ج2، ص1483 وما بعدها.

(3) صالح بن فوزان، مرجع سابق، ص135.

(4) أنظر الدر المختار، ص768 وما بعدها.

(5) انظر المغني، ج2، ص1488. المهذب، ج2، ص419. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، ص2049.

- العم لأم والعمات مطلقاً، بمنزلة الأب.
- الأحوال والخالات وأبو الأم وكل من أدلى به، بمنزلة الأم.
- أحوال الأب وخالاته مطلقاً وأبو أمه وكل من أدلى به، بمنزلة أم الأب.
- أحوال الأم وخالاتها مطلقاً وأبو أمها وكل من أدلى به، بمنزلة أم الأم.
- بنات الإخوة وبنات بنهم، بمنزلة آبائهن (أي بمنزلة الأخ وابن الأخ)، وأولاد الإخوة لأم، بمنزلة الأخوة لأم، وأولاد الأخوات، بمنزلة الأخوات.
- بنات الأعمام وبنات بنهم، بمنزلة آبائهن (أي بمنزلة العم وابن العم)⁽¹⁾.

ثالثاً- طريقة ميراث المفقود:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد، ومات مورثه في مدة الانتظار، يوقف جميع المال إلى أن يتضح الأمر أو تمضي المدة، أما إذا كان مع المفقود ورثة غيره؛ فهنا وقع الخلاف بين الفقهاء حول الطريقة التي يقسم فيها مال المورث، على ثلاثة أقوال:

الأول: وهو قول الحنابلة والشافعية والحنفية والمالكية: أنه يعامل الورثة معه بالأضر؛ فيعطى كل منهم اليقين ويوقف الباقي، وذلك بأن تقسم المسألة على إنه حي، ثم تقسم على إنه ميت، فمن كان يرث في المسألتين متفاضلاً يعطى الأنقص، ومن يرث فيهما متساوياً يعطى نصيبه كاملاً، ومن يرث في إحدى المسألتين دون الأخرى لا يعطى شيئاً، ثم يوقف الباقي إلى أن يتبين أمر المفقود أو تمضي مدة الانتظار⁽²⁾.

الثاني: تقسم المسألة على تقدير موته فقط على الموجودين من الورثة، ويعتبر المفقود كأنه مات قبل مورثه؛ لأن هذا هو الظاهر من حاله، فعلى هذا لا يوقف للمفقود شيء، لكن إن تبين حياته بعد موت مورثه نقض الحكم، وهذا أحد الوجهين في مذهب الشافعية⁽³⁾.

الثالث: تقسم المسألة على اعتبار حياة المفقود فقط؛ لأن الأصل حياته، ويوقف نصيبه، فإذا ظهر موته قبل موت مورثه نقض الحكم، وهذا وجه آخر في مذهب الشافعية، وهو قول في مذهب الحنابلة⁽⁴⁾.

رابعاً- طريقة ميراث الخنثى المشكل:

الخنثى هو شخص له آلتا الرجل والمرأة، أو ليس له شيء منهما. وكون الشخص خنثى فهذا يخالف التكوين الطبيعي للإنسان، فالأصل الإنساني لا يخرج عن كونه ذكراً أم أنثى، ولهذا إما أن يستبين أمره بتجريح علامة من علامات الذكورة أو الأنوثة، وحينئذٍ يلحق في الإرث بمن ترجحت علامته من الذكورة أو من الأنوثة، وإما أن لا ترجح فيه علامة مميزة بل يظل في حال اشتباه وحينئذٍ يكون خنثى مشكلاً⁽⁵⁾.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في طريقة توريث الخنثى المشكل إلى عدة أقوال:

الأول: للحنفية: وفيه أن الخنثى المشكل يعامل بأسوأ الحالين على تقدير ذكورته وأنوثته، فإن كان وارثاً في حالة ومحجوباً في حالة، فإنه يعامل على أنه محجوب، ولا يعطى له شيء من التركة، وإذا كان نصيبه أكثر في

(1) للمزيد من المعلومات انظر عبد الجليل القرنتشاوي، مرجع سابق، ص 194 وما بعدها. صالح بن فوزان، مرجع سابق، ص 226 وما بعدها.

(2) انظر الدر المختار، ص 361. منح الجليل على مختصر الخليل، ج 9، ص 700. نهاية المحتاج، ج 6، ص 30. المغني، ج 2، ص 1528 وما بعدها.

(3) التحفة الخيرية على الفوائد الشنشورية، للباجوري، ص 206 وما بعدها.

(4) انظر المرجع نفسه، ص 207. المغني: ج 2، ص 1529.

(5) للمزيد من المعلومات انظر نهاية المحتاج، ج 6، ص 31. المغني، ج 2، ص 1498. منح الجليل على شرح مختصر الخليل، ج 9، ص 702 وما بعدها.

حالة وأقل في حالة فإنه يأخذ الأقل، وإن استوى نصيبه في كلا الحالين أعطي نصيبه كاملاً، والباقي من التركة يقسم على الورثة بنسبة أنصبتهم⁽¹⁾.

الثاني: للشافعية: وفيه يعطى الخنثى ومن معه من الورثة أقل الأنصبة، وما بقى من التركة يوقف إلى أن يتضح أمر الخنثى، أو يتصالحوا فيما بينهم؛ ولهذا إذا كان نصيب الخنثى ومن معه من الورثة لا يختلف في تقدير الذكورة عنه في تقدير الأنوثة: أعطوا نصيبهم كاملاً، أما إذا كان الخنثى ومن معه من الورثة يرثون بتقدير دون تقدير فلا يعطوا شيئاً، حتى يتضح أمر الخنثى، أو يتصالحوا فيما بينهم⁽²⁾.

الثالث: للمالكية: وفيه أن الخنثى المشكل ومن معه من الورثة يعطى نصف نصيب الذكر والأنثى إذ كان إرثه بهما مختلفاً، وإذا ورث بأحدهما فقط فله نصف نصيبه من جهة إرثه، أما إذا كان نصيبه لا يختلف في كلا التقديرين فيعطى نصيبه كاملاً، وذلك سواء كان يرجى اتضاح أمره أم لا⁽³⁾.

الرابع: للحنابلة: وفيه أن الخنثى إذا كان يرجى اتضاح حاله، فإنه يعطى هو ومن معه من الورثة أقل النصيبين، ويوقف الباقي، فهم في هذه الحالة كالشافعية، وإن كان لا يرجى اتضاح حاله، بأن مات قبل البلوغ، أو بلغ مشكلاً دون أن تظهر عليه علامات الذكورة أو الأنوثة، فإنه ومن معه من الورثة يعطى نصف نصيب الذكر والأنثى، فهم في هذه الحالة كالمالكية⁽⁴⁾.

المبحث الثاني

موقف التشريع والقضاء الليبي من مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً

لم يضع المشرع الليبي قانوناً خاصاً ينظم أحكام الميراث، فالنصوص التشريعية الموجودة ما هي إلا عبارة عن نص عام يطبق على كل مسألة شرعية لم يرد فيها نص قانوني، فهل القضاء الليبي طبق النص التشريعي العام تطبيقاً صحيحاً في مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً؟ وإلى أي مدى النصوص التشريعية العامة خدمت العدالة الشرعية؟ للإجابة على هذه التساؤلات سنقوم في هذا المبحث بدراسة نصوص التشريع الليبي المتعلقة بالميراث في المطلب الأول، ومن ثم أحكام القضاء الليبي في المطلب الثاني.

المطلب الأول

نصوص التشريع الليبي المتعلقة بمسائل الميراث

بالنظر إلى النصوص القانونية الواردة من المشرع الليبي بشأن تنظيم المسائل المتعلقة بالميراث، نجده قد تدرج في وضعها، حيث نص في القانون رقم (10) لسنة 1958م بشأن إصدار قانون نظام القضاء، في المادة (17) على أن: "تطبق المحاكم الشرعية أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لأرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك، على أنه إذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعها"، ثم عدل هذا النص بالقانون رقم (13) لسنة 1964م بشأن تعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء، فنص في المادة (17) منه على أن: "تطبق المحاكم الشرعية أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمشهور في مذهب الإمام مالك وما جرى به، على أنه إذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعها".

(1) بدائع الصنائع، للكاساني، ج10، ص464.

(2) نهاية المحتاج، ج6، ص31 وما بعدها.

(3) الإكليل شرح مختصر الخليل، لمحمد الأمير، ص477 وما بعدها.

(4) المغني، ج2، ص1498.

وقد أكد على هذا النص في المادة (159) من القانون رقم (51) لسنة 1976م بشأن إصدار قانون نظام القضاء، بنصه على أنه: "مع مراعاة ما تنص عليه القوانين من أحكام شرعية خاصة، وإلى أن يصدر قانون الأحوال الشخصية، تطبق المحاكم الشرعية الإسلامية طبقاً للمشهور من مذهب الإمام مالك في مسائل الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بأصل الوقف".

وقد حددت المادة (160) من نفس القانون الأحوال الشخصية بقولها: "يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ما يأتي:

- 1- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهلهم.
 - 2- المسائل المتعلقة بنظام الأسرة، كالخطبة والزواج والمهر وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والطلاق والتطليق والتفريق.
 - 3- المسائل المتعلقة بالبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والحضانة وتصحيح النسب.
 - 4- الالتزام بالنفقة للأقارب.
 - 5- الولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً.
 - 6- المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت".
- ولكن المشرع الليبي رجع ونظم أحكام كل مسألة من هذه المسائل بقانون خاص، فتولى تفصيل أحكام المسائل الواردة في الفقرات (4.3.2) في قانون الزواج والطلاق رقم (10) لسنة 1984م، وبهذا صارت أحكامه واجبة التطبيق على هذه المسائل، والمسائل الواردة في الفقرات (6.5.1) فتولى تفصيل أحكامها قانون أحوال القاصرين ومن في حكمهم رقم (17) لسنة 1992م، وقانون الوصية رقم (7) لسنة 1993م.
- أما المسائل التي تتعلق بأحكام الميراث، فلم نجد بشأنها سوى ما ورد في القانون المدني من نصوص تتعلق بتصفية التركة، وتصرفات المريض مرض الموت، والتصرف لأحد الورثة في الوصية.
- كما ورد في المادة (32) من القانون المدني أنه "يسري بشأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في القوانين الخاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية".

وعند النظر في نصوص قانون أحوال القاصرين ومن في حكمهم؛ للوقوف على أحكام المفقود فيما يتعلق بالمدة التي ينتظر فيها، لم نجد إلا نص المادة (25)، والتي تنص على: "... ينتهي فقدان بثبوت حياة المفقود أو وفاته أو الحكم باعتباره ميتاً". ويلاحظ من هذا النص أن المشرع الليبي لم يحدد مقدار المدة التي ينتظر فيها المفقود، والتي بانتهائها دون معرفة شيء عنه؛ يحكم عليه باعتباره ميتاً.

وعند النظر أيضاً إلى قانون الأحوال الشخصية؛ للوقوف على حكم الطلاق في مرض الموت، وما يترتب عليه من أحكام تتعلق بالإرث، فلم نجد نصاً قانونياً واحداً يفصل في المسألة.

واستناداً إلى كل ما سبق يتضح أن المسائل المتعلقة بالميراث لا يزال يسري في شأنها النص العام الوارد في المادة (159) من قانون نظام القضاء، والذي ينص على أن: "... تطبق المحاكم الشرعية الإسلامية طبقاً للمشهور من مذهب الإمام مالك...".

ولهذا لا مناص من الحديث عن المراد بالمشهور من مذهب الإمام مالك؛ للوقوف على الحكم الشرعي المطابق لإرادة المشرع الليبي في مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً، ومن ثم نبين إلى أي مدى وفق المشرع الليبي في النص على الأخذ بالمشهور من مذهب الإمام مالك فيما لم يرد فيه نص قانوني؟ أولاً- المقصود بالمشهور من مذهب الإمام مالك:

اختلف أصحاب المذهب المالكي في تعريف المشهور على ثلاثة أقوال:

الأول: المشهور هو ما قوي دليله، فيكون بمعنى الراجح.

الثاني: المشهور هو رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة.

الثالث: المشهور هو ما كثر قائله، وعليه فلا بد من أن تزيد نقلته على ثلاثة⁽¹⁾.

لكن القولين الأول والثاني لقيتا اعتراضاً من أصحاب المذهب المالكي، فتعريف المشهور بما قوي دليله لم يوافق عليه أكثرهم، وردده بعض الفقهاء، لأنه عُرفَ عند أكثر العلماء بالراجح⁽²⁾، كما أن حصر المشهور في رواية ابن القاسم في المدونة، اعترض عليه بعض الفقهاء، فقالوا: قول ابن القاسم في المدونة فرد من أفراد المشهور⁽³⁾.

أما القول الثالث الذي يعرف المشهور: بأنه ما كثر قائله، فقد اعتمد واشتهر في المذهب المالكي عند أكثر علماء المذهب؛ قال القادري: "الصواب أن المشهور ما كثر قائله"⁽⁴⁾، وقال العدوي: "ما كثر قائله، هذا هو المشهور"⁽⁵⁾، وقال الدسوقي: "وقيل: ما كثر قائله هو المعتمد"⁽⁶⁾.

والذي يدل على هذا الترجيح هو ألفاظ التشهير في عبارات أصحاب المذهب، سواء عبروا عن ذلك بلفظ التشهير أو بما يدل عليه، كقولهم الجمهور على كذا، ومذهب الأكثر على كذا، والمذهب كذا⁽⁷⁾، ويريدون بالمذهب قول أكثر علماء المذهب.

وبطبيعة الحال فإن الخلاف بين فقهاء المذهب المالكي حول المراد بالمشهور من المذهب يدفعنا للتساؤل إلى أي مدى وفق المشرع الليبي في النص على الأخذ بالمشهور من مذهب الإمام مالك فيما لم يرد فيه نص قانوني؟

ثانياً- مدى صحة نص المشرع الليبي على الأخذ بالمشهور من مذهب الإمام مالك:

استخلاصاً لما سلف ذكره عن المراد بالمشهور من مذهب الإمام مالك، والذي يراد به ما كثر قائله؛ فإن أخذ المشرع الليبي بالمشهور من مذهب الإمام مالك فيما لم يرد فيه نص قانوني، هو عين الصواب؛ لما في ذلك من موافقة لإرادة فقهاء المذهب المالكي أنفسهم.

وفي هذا يقول ولي الله الدهلوي: "وهو الذي يقول في مثله مالك: السنة التي لا اختلاف فيها عندنا كذا وكذا. وإن اختلفوا أخذوا بأقواها وأرجحها، إما بكثرة القائلين به، أو لموافقته لقياس قوي، أو تخريج من الكتاب والسنة، وهو الذي يقول في مثله مالك: هذا أحسن ما سمعت"⁽⁸⁾.

(1) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي، ج1، ص20. المعيار المعرب، للونشريسي، ج12، ص37.

(2) انظر المراجع نفسها، الصفحة نفسها.

(3) رفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختياراً حرام، للقادري، ص5.

(4) المرجع نفسه، ص4.

(5) حاشية العدوي، ص36.

(6) حاشية الدسوقي: ج1، ص20.

(7) المرجع نفسه: ص23.

(8) حجة الله البالغة، للدهلوي، ج1، ص250.

وقال العلامة أبو زهرة في حديثه عن الإمام مالك وأحمد بن حنبل: "إنهما كانا يأخذان بأقوال الصحابة وفتاويهم من غير قيد ولا شرط يشترطانه في عددهم، أو صفاتهم، أو أعمالهم، أو جهة الرأي الذي أثار عنهم، وإذا اختلفوا اختاروا من هذه الآراء ما يكون أكثر عدداً، وأقرب إلى أن تكون الجماعة أو العمل عليه"⁽¹⁾.

ومما يؤكد ذلك ما نقل عن الإمام المازري أنه كان يقول: "ما أفتيت قط بغير المشهور..."⁽²⁾، وكذلك الإمام الشاطبي الذي كان يقول: "وأنا لا أستحيل إن شاء الله في دين الله وأمانته أن أجد قولين في المذهب، فأفتي بأحدهما على التخيير مع إني مقلد، بل أتحرى ما هو المشهور والمعمول به، فهو الذي أذكره للمستفتي، ولا أتعرض له إلى القول الآخر، فإن أشكل عليّ المشهور، ولم أر لأحد من الشيوخ في أحد القولين ترجيحاً توقفت"⁽³⁾.

هذا بالإضافة إلى أن فقهاء المذهب المالكي أنفسهم شددوا على عدم مخالفة المشهور؛ لما فيه من خطر على المذهب المالكي، فقد جاء في المعيار المعرب: "قد قل الورع والتحفظ على الديانة، وكثير من يدعي العلم، ويتجاسر على الفتوى فيه بغير بصيرة، فلو فتح لهم باب في مخالفة مشهور المذهب لآتسع الخرق على الراقع، وهتك حجاب هيبة المذهب، وهذا من المفسدات التي لا خفاء بها"⁽⁴⁾.

إضافة إلى أن اقتصار المشرع الليبي بالمشهور من مذهب الإمام مالك فيما ورد فيه خلاف بين فقهاء المذهب، يتناسب مع حال القضاة في يومنا هذا؛ فمن المعلوم أن القاضي اليوم ليس كقاضي الأمس الذي كان مُلماً بأحكام القرآن الكريم، والسنة النبوية، ولديه القدرة على استنباط الأحكام الشرعية من مدلولاتها، وفي هذا يقول الونشريسي: "يلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه، سواء كان أهلاً للنظر في طرق الترجيح وله قوة على إدراك مداركها، أم لا"⁽⁵⁾.

ويقول الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ: "ينبغي التأكيد من مشهورية المشهور، كما ينبغي التأكد من أرجحية دليله. أما التأكد من أرجحيته، فهي من اختصاص المجتهد، أو على الأقل من يستطيع أن يميز مدارك الأحكام، وعلى إمام بأصول الفقه، وآيات الأحكام وأحاديثها، وهو أمر نرى أنه ممكن أن يتوفر في مجموعة من الأساتذة الجامعيين والباحثين المتخصصين في الشريعة الإسلامية، وفي عدد من الفقهاء الذين يمارسون الاشتغال بالفتوى والقضاء، فإننا كثيراً ما نجد لهؤلاء تعليقات وأبحاثاً وفتاوى واجتهادات، تظهر أنهم قادرون على تمييز الراجح من المرجوح.

أما من هم دون هذه المرتبة من القضاة والمحامين الذين اقتصروا في دراستهم على النصوص التشريعية وبعض المتون، دون أن يبلغوا درجة التعليل وتأصيل تلك النصوص والمتون، ودون أن يتعمقوا في مصادر الأحكام ومقاصد الشريعة وقواعدها، فإن هؤلاء يجب عليهم تقديم المشهور من الأحكام والأقوال، وأن يفهموا النص على ظاهره، فإن ذلك أحرى للعدل وأصون للشرع. ولا شك في أن كثرة القائلين بالنسبة

(1) محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره-آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، ص333.

(2) حسن حسني عبد الوهاب، الإمام المازري، دار الكتب الشارقة، تونس، ص56.

(3) فتاوى الإمام الشاطبي، ص176.

(4) المعيار المعرب، ج12، ص25.

(5) المرجع نفسه، ص14.

للمشهور تجعله صحيح السند موثقاً به، بينما الراجح غير المشهور قد لا يدرك رجحانه كثير من المنتسبين إلى العلم، ممن لا ينسبون للصنف الأول⁽¹⁾.

واستناداً لكل ما تقدم، فيبدو أن المشرع الليبي قد وفق عندما نص على الأخذ بالمشهور من مذهب الإمام مالك فيما لم يرد فيه نص قانوني، وذلك لإمكانية الوصول إليه، دون حاجة أن يكون القاضي على درجة عالية من التعمق في مصادر الأحكام الشرعية، ومدلولاتها، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في حكمها الذي جاء فيه: "ليس للمحكمة أن تقوم بترجيح رأي في المذهب دون مرجح، وليس لها أن تقوم بالشهرة من عند نفسها، بل عليها تعداد أقوال من قالوا بالشهرة، بحيث يظهر أنهم غالبية فقهاء المذهب"⁽²⁾.
ولكن يثار التساؤل هنا حول مدى موافقة أحكام القضاء الليبي لإرادة المشرع في تطبيق المشهور من مذهب الإمام مالك فيما لم يرد فيه نص قانوني، وخاصة فيما يتعلق بمسائل الميراث المختلف فيها شرعاً؟ هذا ما سنتحدث عنه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

أحكام القضاء الليبي المتعلقة بمسائل الميراث المختلف فيها شرعاً

المطلع على عمل المحاكم الليبية فيما يتعلق بمسائل الميراث عامة، والمختلف في حكمها الشرعي خاصة، لا يجد فيها أحكاماً قضائية فصلت في هذه المسائل إلا نادراً؛ ويرجع ذلك إلى أن أحكام الميراث جُلها ثابتة بالنص القرآني، والسنة النبوية، لذا لا يجد القضاة صعوبة في أن يصلوا إلى الحكم الشرعي فيما يعرض عليهم من مسائل، وخاصة تلك التي لا خلاف فيها بين الفقهاء. إضافة إلى أن ثقافة المجتمع الليبي، وتربط نسيجه الاجتماعي، قد يدفعه للحرص من رفع قضية تفصل فيما أشكل عليهم من أمور تتعلق بإرثهم من مورثهم.

لهذا نجد العمل في المحاكم الليبية - فيما يخص مسائل الميراث - يقتصر فقط على صدور إعلام الورثة، أو كما يسميه البعض الفريضة الشرعية، ويكون عادة بطريق الأمر القضائي، الذي يصدر بصفة القاضي الإدارية بدون خصومة، فيتقدم ذوو الشأن بطلب، وتجري المحكمة تحقيقاً إدارياً، غالباً ما يقتصر على إرفاق شهادة الوفاة، وسماع شاهدين عن قرابة المتوفي من أصول، وفروع، وأزواج، وقد يتسع بطلب إرفاق مستندات تثبت علاقتهم بالمتوفي؛ ثم يقوم القاضي بإصدار الفريضة الشرعية على ضوء أحكام علم الفرائض، دون ذكر للمحجوب منهم وسبب حجبه، ودون أن يسبق الفريضة أي تسيب أو تليل.

ولكن هذا لا يعني خلو المحاكم الليبية من قضايا تتعلق بمسائل الميراث؛ فبالنظر إلى أحكام المحكمة العليا نجدها قد فصلت في بعض مسائل الميراث المختلف في حكمها الشرعي، ومع هذا يبقى التساؤل مطروحاً عن مدى موافقة أحكام المحكمة العليا لإرادة المشرع الليبي في تطبيق المشهور من مذهب الإمام مالك في مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً؟

(1) مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1423هـ، 2002م، ص314 وما بعدها.

(2) طعن شرعي، رقم3/ق 17 بتاريخ 1971/6/13م، السنة وعدد المجلة 8/2، ص9.

للإجابة على هذا التساؤل يجب علينا، أولاً: بيان المشهور من مذهب الإمام مالك في مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً. ثانياً: بيان أحكام المحكمة العليا في المسائل المختلف فيها شرعاً. أولاً- المشهور من مذهب المالكية في مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً:

من خلال تتبع كتب الفقه المالكي اتضح لنا عدم وجود خلاف بين فقهاء المذهب المالكي حول مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً بين المذاهب الفقهية؛ والتي تتعلق بميراث المطلقة في مرض الموت، وميراث الجدة، والجد، وميراث المفقود، وطريقة توريث كل من المفقود، والخنثى المشكل؛ ففقهاء المذهب المالكي متفقون حول إرثهم، وطريقة توريثهم كما أوضحنا سابقاً⁽¹⁾، ولكن الخلاف وقع فيما بينهم حول توريث ذوي الأرحام، والرد على أصحاب الفروض، ومن خلال تتبعنا لكتب فقهاء المالكية تبين لنا الآتي:

جاء في الموطأ: "قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا، الذي لا اختلاف فيه، والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا: أن ابن الأخ للأُم، والجد أبا الأُم، والعم أبا الأُم، والخال، والجدة أم أبي الأُم، وابنة الأخ للأب والأُم، والعممة، والخالة، لا يرثون بأرحامهم شيئاً"⁽²⁾.

وجاء في شرح الخرشي على مختصر خليل قوله: "... ثم بيت المال فهو عاصب على المشهور منتظماً أو غير منتظم عند عدم من يرث من النسب أو الولاء، فيأخذ الجميع إن انفرد أو الباقي بعد ذوي الفروض أو الفرض، ولا يرد ما فضل عن أصحاب الفروض إليهم عند مالك وزيد وأهل المدينة ... ولا يدفع ما فضل عن أصحاب الفروض لذوي الأرحام على المشهور"⁽³⁾.

وجاء في الذخيرة: "قال إذا عدت العصوبة من القرابة فالمعتق... فإن عُدم فبيت المال عاصب وارث على المشهور"⁽⁴⁾.

وجاء في الإكليل شرح مختصر خليل: "ثم بيت المال، ولا يرد ولا يدفع لذوي الأرحام"⁽⁵⁾.

وجاء في حاشية الدسوقي: "أن بيت المال عاصب... وهو المشهور، كان منتظماً أو غير منتظم..."، فيأخذ جميع المال إذا انفرد، أو الباقي بعد ذوي الفروض، ولا يرد على ذوي الأرحام عند عدم العاصب، ولا يدفع لذوي الأرحام"⁽⁶⁾.

واستناداً إلى ما سبق تبين لنا أن المشهور من مذهب الإمام مالك يقضي بعدم توريث ذوي الأرحام، وعدم الرد على أصحاب الفروض، فهل أخذت المحكمة العليا بالمشهور من مذهب الإمام مالك فيما يتعلق بمسائل الميراث المختلف فيها شرعاً؟

ثانياً- أحكام المحكمة العليا في مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً:

بالنظر في ما أصدرته المحكمة العليا من أحكام فيما يتعلق بمسائل الميراث المختلف فيها شرعاً؛ وجدنا أن أحكامها اقتصرت على ميراث ذوي الرد وذوي الأرحام فقط؛ ولعل هذا يرجع إلى أنه لا خلاف بين فقهاء المذهب المالكي- كما أوضحنا سابقاً- حول مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً بين فقهاء المذاهب الأخرى، لهذا وجدت أحكام المحكمة العليا تتعلق بميراث ذوي الرد، وذوي الأرحام، دون غيرهم، وهذه الأحكام هي:

(1) راجع المبحث الأول من هذا البحث.

(2) للإمام مالك، مرجع سابق، ص 371.

(3) الخرشي على مختصر خليل، ص 208 وما بعدها.

(4) القرافي، ج 13، ص 48.

(5) محمد الأمير، ص 472.

(6) الدسوقي، ج 4، ص 468.

- الرد على ذوي الفروض وجوازه وحدوده، حيث قضت المحكمة: بـ"أن مبدأ الرد على أصحاب الفروض كان محل خلاف بين فقهاء المالكية أنفسهم، وإن ما جرى به العمل في ليبيا هو الرد على ذوي الفروض، إذا كان هناك من يرد عليه منهم غير الزوج والزوجة، وإلا فعلى ذوي الأرحام لأهم أولى ببعض"⁽¹⁾.

- حكم -توريثه لذوي الأرحام- لا مخالفة للقانون: "إنه وإن كان الأصل في مذهب المالكية القول بعدم الرد على ذوي السهام، وعدم توريث ذوي الأرحام، وإنما تعود التركة إلى بيت مال المسلمين، وعلى ذلك سار المتقدمون من فقهاء المالكية، إلا أن الذي اعتمده المتأخرون منهم الرد على ذوي السهام، فإن لم يكن فعلى ذوي الأرحام، وعلى ذلك فإن توريث الحكم المطعون فيه لذوي الأرحام استناداً لهذا الرأي لا مخالفة فيه للقانون (الحكم الشرعي) ولا مجال لتطبيق القانون رقم (10) إلا حيث تكون التركة شاغرة من أي وارث"⁽²⁾.

لذا فلا مناص من القول أن المحكمة العليا بتوريثها ذوي الأرحام، والرد على ذوي الفروض، قد خالفت المشهور من مذهب الإمام مالك، وبالتالي خالفت ما نص عليه المشرع الليبي في المادة (195) من قانون نظام القضاء، الذي نص على أن: "...تطبق المحاكم الشرعية الإسلامية طبقاً للمشهور من مذهب الإمام مالك"، كما أن المحكمة العليا بتوريثها لذوي الرحم، والرد على أصحاب الفروض، خالفت ما قضت به؛ في حكمها الذي أصدرته في 1973م، والذي قضت فيه: "أن المحاكم الشرعية ملزمة بالحكم وفقاً للمشهور من مذهب الإمام مالك ... ومتى التزمت المحكمة بتطبيق المشهور في المذهب فإنه لا يصح الطعن على حكمها بمخالفة القانون، أي كان الرأي المقابل للمشهور في المذهب، وأياً كان دليله من النصوص الشرعية أو المنطق أو العقل"⁽³⁾.

وبهذا الحكم تكون المحكمة العليا قد حكمت على نفسها ببطالان أي حكم تصدره؛ إذا خالف المشهور من مذهب الإمام مالك، حتى لو كان هذا الحكم هو عين العقل والمنطق!!

ومع هذا فقد جرى العمل في المحاكم الليبية على توريث ذوي الأرحام، والرد على أصحاب الفروض طبقاً لأحكام المحكمة العليا، فهل أحكام المحكمة العليا ملزمة للمحاكم الأدنى منها درجة؟

بما أن نص المادة (159) من نظام القضاء - الذي ينص على تطبيق المشهور من مذهب الإمام مالك- نص عام، فإن حكم المحكمة العليا أخذ حكم تفسير القانون⁽⁴⁾، وهذا واضح من الألفاظ الواردة في الحكم، والذي جاء فيه: "إنه وإن كان الأصل في مذهب المالكية القول بعدم الرد على ذوي السهام، وعدم توريث ذوي الأرحام وإنما تعود التركة إلى بيت مال المسلمين، وعلى ذلك سار المتقدمون من فقهاء المالكية، إلا أن الذي اعتمده المتأخرون منهم الرد على ذوي السهام، فإن لم يكن، فعلى ذوي الأرحام، وعلى ذلك فإن توريث الحكم المطعون فيه لذوي الأرحام استناداً لهذا الرأي لا مخالفة فيه للقانون"⁽⁵⁾.

(1) طعن شرعي، رقم 1/9 - تاريخ الطعن 4-6-1966م، السنة وعدد المجلة 2/3، ص7.

(2) طعن شرعي، رقم 2/20، تاريخ الطعن 15-11-1973م، السنة وعدد المجلة 10/2، ص30.

(3) طعن شرعي، رقم 12/1، تاريخ الطعن 18-4-1974م، السنة وعدد المجلة 10/4، ص22.

(4) النص القانوني يفسر عندما يشوبه خطأ في الصياغة، أو غموض، أو النقص، أو التعارض، ونص المادة (159) من نظام القضاء ليس فيه شيء من ذلك، إضافة إلى ذلك أن سلطة القاضي في تفسير النص ليست مطلقة؛ بل مقيدة بحدود معينة. للمزيد حول تفسير القانون أنظر عبد القادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون الليبي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ط4، 2001م، ص210 وما بعدها.

(5) طعن شرعي، رقم 2/20، تاريخ الطعن 15-11-1973م.

وجدير بالذكر أن التفسير القضائي، وإن كان غير ملزم من حيث المبدأ؛ كما هو الحال في التفسير التشريعي، إلا أنه يستثنى من ذلك مبادئ أحكام المحكمة العليا، والتي تعتبر ملزمة وفقاً لنص المادة (28) من قانون المحكمة العليا، الذي نص على أن: "تكون المبادئ القانونية التي تقررها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم والسلطات في المملكة الليبية المتحدة"، ونصت المادة (31) من القانون رقم (6) لسنة 1982م بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا على نفس الأحكام التي تضمنها المادة (28) من قانون المحكمة العليا.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه: هل المحكمة العليا بتوريثها ذوي الأرحام، والرد على أصحاب الفروض، حققت العدالة الشرعية؟

المحكمة العليا بتوريثها لذوي الأرحام، والرد على أصحاب الفروض، وإن كانت قد خالفت إرادة المشرع الليبي، إلا أنها لم تخالف الصواب والعدالة؛ وهذا ما أكد عليه فقهاء المذهب المالكي أنفسهم، فمخالفتهم للمشهور جاءت استحساناً لفساد بيت المال، وعدم عدالة الحاكم.

فقد روي عن الشيخ أبي بكر الطرطوشي قوله: "المذهب (المالكي) يعصب بيت المال، إن كان الإمام عدلاً، وإن لم يكن عدلاً رد على ذوي السهام وذوي الأرحام. وحكى عن ابن القاسم من مات ولا وارث له تصدق بما له، إلا أن يكون الإمام كعمر بن عبد العزيز... قلت: ومن قال: أن بيت المال لا يرث إنما قاله لفساد الزمان، ولو كان العدل في الأئمة ما اختلف أهل المذهب في أن بيت المال هو الوارث دون ذوي الأرحام... وقال ابن عبد السلام: أطلق المصنف القول الثاني، والقائلون به من أهل المذهب إنما قالوه استحساناً ومراعاة للخلاف عند فساد بيوت الأموال، وأما ما لو كان التصرف فيها بالعدل فما خالفوا المشهور"⁽¹⁾.

وقال الأستاذ أبو بكر: قال أصحابنا: "هذا في زمان يكون فيه الإمام عدلاً، وأما حيث لا يكون عدلاً فينبغي أن يورث ذوي الأرحام، وأن يرد ما فضل عن ذوي السهام عليهم. وعن ابن القاسم من مات ولا وارث له يتصدق بما ترك، إلا أن يكون الوالي يخرج، كعمر بن عبد العزيز، فيدفع إليه"⁽²⁾.

وجاء في منح الجليل على مختصر الخليل: "...فإن لم يكن بيت مال فأولوا الأرحام أولى، لا سيما إن كانوا ذوي حاجة، فيجب أن يتفق اليوم على توريثهم، وإنما تكلم مالك وأصحابه رضى الله عنهم إذا كان للمسلمين بيت مال، وإذا لم يكن بيت مال فيجب كون ميراثه لذوي رحمه، وإلى هذا رأيت كثيراً من فقهاءنا ومشايخنا يذهبون، ولو أدرك مالك وأصحابه رضى الله عنهم زماننا هذا، لجعلوا الميراث لذوي الأرحام، إذا انفردوا، أو الرد على من يجب له الرد من ذوي السهام ... ولا أعرف اليوم بيت مال، وإنما هو بيت ظلم، فكلامهم يبين أن بيت المال معدوم في زماننا، والله أعلم"⁽³⁾.

واستناداً لكل ما تقدم، فإن حكم المحكمة العليا بتوريث ذوي الأرحام، والرد على أصحاب الفروض، وإن كان في ظاهره مخالف لما نص عليه المشرع الليبي، إلا أنه لم يخالف العدالة، التي يسعى كل من المشرع، والقاضي إلى تحقيقها، ولا سيما أن المشرع الليبي عندما وضع النص الخاص بتطبيق المشهور من مذهب الإمام مالك لم يقصد تطبيقه على مسائل الميراث خاصة، وإنما هو نص عام يطبق على كل مسألة

(1) حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني، ج8، ص323 وما بعدها. الخريشي على مختصر خليل، ص208 وما بعدها.

(2) الذخيرة، ج13، ص48.

(3) منح الجليل على مختصر الخليل، ج9، ص633.

شرعية لم يرد فيها نص قانوني، وخير دليل على ذلك أن المشرع الليبي عندما وضع القوانين - التي صدرت بعد هذا النص- المنظمة للأحوال الشخصية، والخاصة بالزواج والطلاق، والنفقة وغيرها، لم يقتصر على المشهور من مذهب الإمام مالك، بل لم يقتصر على المذهب المالكي، وإنما خرجت إلى غيره من المذاهب، لما رئي فيها من العدالة التي تتلاءم وروح العصر، وواقع الحال.

الخاتمة

بعد هذا العرض لدراسة مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً بين نصوص التشريع وأحكام القضاء الليبي، توصلنا إلى ما يلي:

أولاً - النتائج:

- مسائل الميراث المختلف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية يرجع جُلّها إلى إشكالهم حول بعض الجزئيات التي تتعلق بمدى توافر أسباب الميراث، وشروطه، ومدى انتفاء موانعه في الوارث؛ وبالتالي إثبات إرثه من مورثه، وطريقة التي يرث فيها.
- من خلال تتبعنا لكتب الفقه المالكي لم نجد خلافاً بين فقهاء المذهب حول مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً بين المذاهب الأخرى، سوى المسائل التي تتعلق بميراث ذوي الأرحام، والرد على ذوي الفروض، وقد كان لهذا الخلاف الأثر الواضح على أحكام القضاء الليبي.
- النصوص التشريعية التي تنظم مسائل الميراث مقتصرة فقط على النص العام الوارد في المادة (195) من قانون نظام القضاء، والذي ينص على تطبيق المشهور من مذهب الإمام مالك فيما لم يرد فيه نص قانوني.
- النص العام الذي يقضي بتطبيق المشهور من مذهب الإمام مالك، وإن كان يتناسب مع واقع حال القضاة اليوم؛ وذلك لعدم بلوغ أغلبهم درجة الاجتهاد، وتعليل النصوص الشرعية، كما أنهم لم يتعمقوا في مصادر الأحكام الشرعية وقواعدها، إلا أنه لا يتناسب مع واقع حال مسائل الميراث المختلف فيها شرعاً، وخاصة تلك التي يُقضى فيها بتوريث بيت المال، دون ذوي الأرحام وذوي الرد.
- أحكام المحكمة العليا بتوريث ذوي الأرحام والرد على أصحاب الفروض، جاءت مخالفة لإرادة المشرع الليبي الذي ينص على تطبيق المشهور من مذهب الإمام مالك - والذي يقضي بعدم توريثهم- وهي بهذا الحكم لم تخالف إرادة المشرع فقط، بل خالفت أيضاً ما قضت به في حكم أصدرته هي نفسها؛ قضت فيه بعدم مخالفة المشهور من مذهب الإمام مالك، مهما كانت الآراء المقابلة له، وأياً كان دليبه!!.
- أحكام المحكمة العليا التي نصت على توريث ذوي الأرحام، والرد على أصحاب الفروض، وإن كانت في حقيقتها مخالفة لإرادة المشرع الليبي، إلا أنها لم تخالف العدالة الشرعية، لأن بيت مال المسلمين حتى يرث تركة المورث؛ الذي مات ولم يترك ورثة -من ذوي أصحاب الفروض والعصبات- يجب أن يكون حقاً بيت مال للمسلمين، وليس مجرد خزينة تجمع فيها الأموال، دون صرفها على المصاريف الشرعية التي حددها الشرع الحكيم.

ثانياً - التوصيات:

سن قانون للميراث في ليبيا، تحدد فيه أحكام الموارث طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، أسوة بالدول العربية والإسلامية، وذلك حتى يتسنى للقاضي سهولة الرجوع إليه؛ ولا يقع فريسة الخلافات الفقهية فيما لم يرد فيه نص شرعي جزئي.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً – مراجع الحديث الشريف:

- أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1431هـ، 2010م.
- سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية.
- مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث، الموطأ، تحقيق: صبري عبد الرؤوف، الأندلس الجديد، مصر، ط1، 1430هـ، 2009م.
- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية، 1998م.
- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي.

ثانياً – المراجع القديمة في الفقه الإسلامي:

- ابن قدامة المقدسي، المغني، بيت الأفكار الدولية.
- إبراهيم الباجوري، التحفة الخيرية على الفوائد الشنشورية.
- إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995م.
- إبراهيم بن موسى الأندلسي، فتاوى الإمام الشاطبي، حققها، محمد أبو الأجدان، تونس، ط2، 1406هـ-1985م.
- أحمد المعروف بشاه ولي الله ابن عبد ارحيم الدهلوي، حجة البالغة، حققه وراجعها: السيد سابق، دار الجيل، ط1، 1426هـ، 2005م.
- أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية-الرباط، 1401هـ، 1981م.
- عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الرسالة الفقهية، إعداد وتحقيق: الهادي حمو-محمد أبو الأجدان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1406هـ، 1986م.
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003م.
- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، تحقيق، محمد عlish، دار الفكر، بيروت، ط1، 1404هـ-1984م.
- محمد الأمير، الإكليل شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، مصر.
- محمد الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط2، 1317هـ.
- محمد الخرشي على المختصر الجليل للإمام أبي ضياء سيدي خليل، حاشية العدوي، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ.
- محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ، 2003م.
- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ، 1993م.

- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام، ط1، 1416هـ، 1995م.
- محمد بن أحمد بن محمد ابن يوسف الرهوني، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني، المطبعة الأميرية، مصر، ط1، 1306هـ.
- محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدرالمختار، دارالكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002م.
- محمد بن قاسم القادري، رفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختياراً حرام.
- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية.
- منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دارعالم الكتب، الرياض، 1423هـ، 2003م.

ثالثاً: المراجع الحديثة في الفقه الإسلامي:

- حسن حسني عبد الوهاب، الإمام المازري، دارالكتب الشرقية- تونس.
- عبد الجليل القرنشاوي، دراسات في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة قاربيونس.
- صالح بن فوزان الفوزان، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، مكتبة دار المنهاج، الرياض، ط2، 1433هـ.
- محمد أبو زهرة: مالك حياته وعصره-آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي.
- محمد الأمين ولد محمد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1423هـ، 2002م.

رابعاً: المراجع القانونية:

- عبد القادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون الليبي، منشورات جامعة قاربيونس، بنغازي، ط4، 2001م.

الصياغة الدستورية ومكانة الشريعة الإسلامية

في الوثائق الدستورية الليبية

Constitutional drafting and prestige of Islamic Sharia in Libyan constitutional Documents

أ. محمد عثمان محمد صولة

أستاذ محاضر بقسم القانون العام بكلية القانون

جامعة المرقب - الخمس (ليبيا)

mosola@elmergib.edu.ly

الملخص:

في هذا البحث الموسوم بـ: (الصياغة الدستورية ومكانة الشريعة الإسلامية في الوثائق الدستورية الليبية)، سنعالج جملة من الإشكاليات المتعلقة بالصياغة الدستورية، ومدى معالجتها، وتحديد مكانة الشريعة الإسلامية باعتبارها تمثل المرجعية الأساس، التي على ضوءها تصاغ وتشعر القوانين، والتشريعات العادية، وعلى ضوء ذلك قسم هذا البحث إلى مبحثين؛ حيث تم تخصيص المبحث الأول: للجانب التأصيلي. حيث تم التطرق لتعريف الصياغة الدستورية، ومتطلباتها، ومعاييرها في مطلب أول، وآليات صناعة وصياغة الدساتير في مطلب ثانٍ، في حين تم تخصيص المبحث الثاني: للجانب التطبيقي من خلال بيان مكانة الشريعة الإسلامية في الوثائق الدستورية الليبية، سبقها بيان أهمية الشريعة الإسلامية كمرجعية لمصدرية القوانين العادية، مع بعض التطبيقات في بعض الدساتير العربية من باب المقارنة والإسقاط على الوثائق الدستورية الليبية في مطلب أول، وتم تخصيص المطلب الثاني: من الجانب التطبيقي لمسودة الدستور الليبي المرتقب من حيث تأطيرها وصياغتها لمكانة الشريعة الإسلامية من بين نصوصها، ثم ذيل البحث بأهم النتائج التي توصل إليها الباحث، مع جملة من المقترحات والتوصيات

الكلمات المفتاحية:

الصياغة الدستورية، مصدرية الشريعة الإسلامية، الوثائق الدستورية، صناعة الدساتير

Abstract:

In this research relating to constitutional drafting and prestige of Islamic Sharia in Libyan constitutional documents, we will deal with a number of equivocalities concerning the constitutional drafting and its impact on the prestige of Islam, being the basic reference upon which the laws and ordinary legislations are built.

Accordingly, this research was divided into two parts. The first one was allocated to fundamental side which discusses definition of constitutional drafting, its requirements, its norms, in one hand, plus constitutional drafting mechanism, in the other hand, meanwhile, the second one was allocated to the applicable aspect through displaying prestige of Islamic Sharia in Libyan constitutional documents, post reviewing importance of Islamic Sharia as a basic reference of



ordinary laws, in addition to some applications in some Arabic constitutions comparatively with Libyan constitutional documents (topic one), while the second topic of the applicable aspect was specified to of Islamic Sharia therein. Finally, the research was supplemented with the most important results, which it has achieved, as well as, a bundle of proposals and recommendations.

Key Words:

Constitutional drafting – Preferentiality of Islamic Sharia – Constitutional Documents – Wording of Constitutions.

مقدمة

بسم الله وكفى، والصلاة والسلام على نبيه الذي اصطفى؛ أما بعد: فإنه من البدايات والصورات التاريخية المتعارف عليها، أن الدول حينما تنال استقلالها بعد أن حُضوعها رداً من الزمن تحت الاستعمار، أو بعد أن تشهد انتفاضات، وثورات تطيح بالحكم الديكتاتوري، وفي إطار عملية التحول الديمقراطي، أو الانتقال السياسي، تجد نفسها في أمس الحاجة إلى نسج وصياغة دستور يحدد شكل الدولة، ونظام الحكم في الدولة، وضمان الحقوق والحريات العامة، والفردية مع ما يجسده مبدأ الفصل بين السلطات كعلامة فارقة ومتميزة لقيام دولة القانون والمؤسسات، كما أن الدستور هو: الذي يعهد إليه بتحديد مصدرية ومرجعية القواعد القانونية، والتشريعية، وأولويتها، ومن تم قبولتها وصياغتها في نصوص قانونية، بناءً على المعطى الدستوري- الديني، أو الفلسفي، أو الاجتماعي، أو القيمي- السائد في هذا البلد، أو ذاك؛ كي يسهل على القضاء تطبيقها، وتفسيرها وفق السياق العام للنص الدستوري، ودون الخروج عليه، ولا شك أن ذلك يتوقف على مدى الصياغة الدستورية الجيدة، والتي من أهم مقتضياتها وضوح ودقة العبارة الدستورية وسلاستها، إن موضوع الصياغة الدستورية يتنازع فرعان مهمان من فروع القانون، ويتعلق الأمر هنا بعلم أصول القانون من جهة، والقانون الدستوري من جهة أخرى؛ ومرد ذلك وجود العديد من المبادئ والتقنيات المشتركة بين الصياغة التشريعية العادية من جهة، والصياغة الدستورية من جهة أخرى، ما يصعب على الجهة الملقاة على عاتقها صياغة الدستور في أداء مهامها المناطة بها بالكيفية المطلوبة، ويزداد الأمر صعوبة وتعقيداً، حينما يتم الحديث عن مصدرية الشريعة الإسلامية، وموقعها في سياق الصياغة الدستورية وموقف الدول الإسلامية منها، ومن بين هذه الدول بلدنا الحبيب ليبيا، والتي لازالت تتلمس خطاها الأولى في نسج وصياغة دستورها المرتقب، من خلال مسودة الدستور الصادرة عن الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور في 29/7/2017م، لنرى مدى دقة المسودة في سياق الصياغة الدستورية بشكل عام، وموقف الشريعة الإسلامية منها بشكل خاص.

إن موضوع الصياغة الدستورية أضحى من المواضيع الهامة، الذي توليه كل الدول أو جلها أهمية خاصة؛ لأنه يعكس مدى تطور القواعد الدستورية، وأساليب صياغتها لدى هذه الدولة أو تلك.

أولاً - أهمية البحث:

إن موضوع الصياغة الدستورية أضحى من المواضيع الهامة الذي توليه كل الدول أو جلها أهمية خاصة؛ لأنه يعكس مدى تطور القواعد الدستورية، وأساليب صياغتها لدى هذه الدولة أو تلك؛ الأمر الذي يستدعي تمحيص وسر أغوار هذا الموضوع بالبحث والتنقيب؛ وبالتالي تبدو أهمية هذا الموضوع أهمية عملية تتجاوز مجرد الإطار النظري لعملية صياغة الدساتير قياساً بما ينتج عن ذلك من إشكاليات عند تطبيق النصوص القانونية العادية أمام القضاء، والتي يستهدي الشارع عند وضعها بنصوص الدستور.

ثانياً- إشكالية البحث:

إن الحديث عن الصياغة الدستورية ومحاولة ربطها بموضوع حساس، وهام يتعلق بالشرعية الإسلامية ومدى اعتبارها المرجعية الوحيدة، أو الأساسية، أو الرئيسة، لصياغة القوانين العادية بمختلف فروعها، يثير جملة من الإشكاليات منها ما هو تأصيلي، ويتعلق الأمر هنا بمضمون، وفحوى الصياغة الدستورية وآلياتها، ومنها ما هو تطبيقي يتعلق بمدى أخذ الوثائق الليبية ذات الطبيعة الدستورية بالأساليب الحديثة لصياغة الدساتير، ومدى أخذها بالشرعية الإسلامية وتحديد موقعها في الدستور، ونفس الأمر نسقطه على مسودة الدستور الليبي المرتقب الذي لا زال ينتظر خطاه المقدره له على درب الاستفتاء من قبل الشعب الليبي.

ثالثاً-منهج البحث:

سنعتمد في بحثنا هذا-بإذن الله-على عدد من المناهج العلمية لعل أبرزها: المنهج الوصفي، والتحليلي عند بحثنا في المواد ذات الطبيعة الدستورية، ومدى ملاءمتها للصياغة الدستورية الرصينة والمحكمة، بالإضافة للمنهج المقارن.

رابعاً-خطة البحث:

سنقسم هذا البحث وفق خطة منهجية ستوضح معالمها وفق ما هو آتٍ:

المبحث الأول: الصياغة الدستورية وآلية صناعة الدساتير.

المبحث الثاني: الوثائق الدستورية الليبية ومصدرية الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول**الصياغة الدستورية وآلية صناعة الدساتير**

بادئ ذي بدء لا بد من إعطاء فكرة عامة عن الصياغة الدستورية من خلال تعريفها لغةً واصطلاحاً، وتحديد متطلباتها ومعاييرها وعيوبها (المطلب الأول)، في حين نخصص (المطلب الثاني) للحديث عن آليات صناعة وصياغة الدساتير وعن آخر ما تفتق عنه الفكر الدستوري في هذا السياق.

المطلب الأول

التعريف بالصياغة الدستورية ومتطلباتها وعيوبها

الصياغة لغة: الصياغة في اللغة العربية مشتقة من الفعل الثلاثي صاغ، والتي معناها التهيئة على مثال مستقيم، وصاغ الكلمة: بناها من كلمة أخرى⁽¹⁾ وصاغ الله -جل جلاله- فلاناً صيغة حسنة: هبأه على مثال مستقيم، والصياغة حرفته، وهو من صيغة كريم: من أصل كريم⁽²⁾.

الصياغة اصطلاحاً: أعطيت للصياغة الدستورية تعريفات عديدة بحسب التكوين الثقافي، والتأهيل الدستوري والقانوني لأصحابها؛ ولكنها تقريباً تصب في بوتقة واحدة وهي: إفراغ آمال، وتطلعات، وقيم مجتمع من المجتمعات في صورة نصوص قانونية مبوبة، ومنظمة، ومرتبطة ترتيباً يفترض فيه أنه يمتاز بدقة ووضوح العبارة المصاغة، ومن التعريفات التي أطلقت على الصياغة الدستورية هي: عملية تحويل القيم المكونة لمادة الدستور إلى مواد دستورية صالحة للتنفيذ، وهي: التي تحول القاعدة القانونية من فكرة صماء إلى قاعدة تنبض بالحياة، وتصلح للتطبيق العملي⁽³⁾، وفي سياق ذي صلة يقترح -الباحث- التعريف التالي للصياغة الدستورية بأنها: (علم وفن إجادة تحويل القيم المادية، والمعنوية لشعب من الشعوب أخذاً في الاعتبار هوية وثقافة هذا الشعب مع ضمان وحماية حقوق الأقليات العرقية، والثقافية، والدينية ويكون ذلك عن طريق تبويبها وتنصيبها على هيئة مواد مرتبة ومنظمة ومدبجة).

متطلبات ومعايير الصياغة الدستورية :

لا شك أن الصياغة الدستورية المحكمة، والجيدة تتطلب جملة من المعايير؛ لأنه من السهل جداً البحث عن فكرة قانونية ما صالحة للتطبيق، ولكن من الصعوبة بمكان تصميم تلك الفكرة وقولبتها في قالب دستوري وقانوني محكم، إن من المتطلبات والمعايير اللازمة لصياغة دستورية محكمة ورصينة، والتي تؤدي إلى استيعاب مختلف التناقضات من خلال التوافق المجتمعي منها - أي المعايير - ما يتصل بالزمان والمكان أي مراعاة الخصوصية للشعب المراد صياغة دستور له، ومنها ما يتعلق بالظروف الاجتماعية، والاقتصادية، وهنا تستحضرني عبارة لأرسطو تلخص ما تم ذكره آنفاً، وذلك حينما طلب منه تلامذته أن يضع لهم دستوراً نموذجياً فأجابهم بقوله: (صفوا لي أولاً الشعب الذي تطلبون إليه دستوراً مع تحديد زمانه، ومكانه، وظروفه الاجتماعية، والاقتصادية فأضعه لكم)⁽⁴⁾، ولا شك أن المعايير والمتطلبات اللازمة للصياغة الدستورية المحكمة لا تكون مستوفاة دون الأخذ في الاعتبار الجانب اللغوي في الحساب؛ لأن قوام الصياغة الكلمة والعبارة فمنها ما يحقق الغاية، ومنها ما يحصل منه العكس، ولا شك أن ذلك يتوقف على التركيبة الثقافية، واللغوية للصائغ للنص الدستوري ومدى انتقائه للألفاظ السهلة، والمعبرة، والموجزة، والتي تراعي الوسط الثقافي، والاجتماعي للشعب ومدى قدرته على استيعاب المفردات، والمفاهيم الدستورية المصاغة على هيئة نصوص دستورية مدبجة بأرقام عددية، وبالتالي كلما كانت هذه النصوص مصاغة بعبارات سهلة، ومبسطة

(1) -جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2010م، ص442

(2) -الطاهر الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، 1983-1984م، ص365

(3) -أ. المحامي أحمد صوان، المبادئ الدستورية وأصول كتابة الدساتير، مقال في صحيفة كلنا سوريون الإلكترونية على شبكة المعلومات الدولية، تاريخ الزيارة 2021/2/7م

(4) -أ. زهير المالكي، كيف نكتب الدستور، مقال في صحيفة كتابات الإلكترونية على شبكة المعلومات الدولية الانترنت www.kitabat.com ، تاريخ الزيارة 2021/2/12م

وبلغة لا أقول يفهمها الجميع، ولكن تكون في متناول فهم أغلبية أفراد الشعب، كلما كنا بذلك أقرب لصياغة دستور تتوفر فيه_ على الأقل_ الحدود الدنيا من معايير صياغة الدساتير، ويمكن إجمال أهم المعايير والمتطلبات اللازمة لصياغة الدساتير المحكمة والجيدة، التي تم التطرق لبعضها آنفاً على النحو المبين أدناه:

1- الوضوح: وهو: من أهم صفات النص الدستوري، الذي يكون نتاج صياغة محكمة وجيدة، ونقصد بالوضوح الذي يعطي فهماً واحداً للنص الدستوري؛ وبالتالي استبعاد التأويل الذي قد يفضي لنتائج قد لا تحمد عقباها.

2- الانسجام والتماسك بين النصوص الدستورية، وهذا يقتضي عدم التناقض بينها وعدم التكرار، وعلى هذا النسق لا يجوز أن يتعارض نص دستوري ورد في المتن مع نص آخر ورد في الديباجة، بحسبان أن الديباجة لها نفس القيمة الدستورية للنصوص الواردة في المتن.

3- عدم استعمال المصطلح في مواطن مختلفة للدستور؛ للدلالة على معان مختلفة بين نصوص دستورية لا تجمع بينها وحدة موضوعية.

4- الإلمام بمبادئ الصياغة الدستورية، وأصولها والتي تتطلب التمرن والتمرس والمطالعة، والإلمام العملي من خلال مطالعة ومدارسة دساتير عديدة في مختلف الدول، التي لها إرث دستوري عريق، وإسقاطه على عملية صياغة الدستور المراد صياغته، مع ضرورة مراعاة عامل الخصوصية الثقافية، والدينية، والاجتماعية لأي شعب من الشعوب.

5- من المعايير والمتطلبات المهمة للصياغة الدستورية الجيدة توافر الملكة اللغوية في الصائغ للنص الدستوري، وهذا أمر مناطه المهوبة التي تتم صقلها وتحصيلها عن طريق القراءة، والثقافة.

عيوب الصياغة الدستورية:

تمت الإشارة إلى معايير ومتطلبات الصياغة الدستورية الرصينة والمحكمة، وبالتالي: فإن تجاهلها كلياً أو جزئياً ستترتب عليه نتيجة منطقية تتمثل في وصم ووصف النص الدستوري المصاغ بهذه الكيفية بالعوارج الدستورية، مما يعد عيباً كان حرياً بصائغ النص الدستوري تلافيه، وفي هذا المقام نعرض لأهم العيوب التي يمكن أن تتخلل الصياغة الدستورية، والتي منها⁽¹⁾:

1- الخطأ: الذي قد يلحق بالنص الدستوري يمكن أن يكون مادياً أو قانونياً، والمقصود بالخطأ هنا هو غير المقصود، والذي طبقاً للقواعد العامة لا يمكن أن يخامرنا الشك في وجوب تصحيحه، وهذا النمط من الأخطاء له وجوه متعددة منها الأخطاء المطبعية، والإملائية، واللغوية، وبطبيعة الحال الأخطاء القانونية.

2- الغموض: والمقصود به أن يكون النص الدستوري غير واضح الدلالة الذي لا يكفي بذاته لفهمه إلا بإحالة خارجية، أي خارج النصوص الدستورية المصاغة، ولا شك أن هذا قصور كبير في الصياغة؛ ناتج بالأساس عن الإمكانيات اللغوية المتواضعة للقائمين على عملية الصياغة الدستورية، وفي تصور -الباحث- أن هذا الأمر لا يمكن الاستهانة به أو التقليل من شأنه، بالنظر لما يترتب عليه من نتائج كان بالإمكان تلافيها منذ البدء

(1) -م. تغريد عبد القادر علي، إشكالية الصياغة التشريعية في النص الدستوري (دراسة عن دستور العراق لسنة 2005م)، كلية القانون-الجامعة المستنصرية، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية الانترنت، تاريخ الزيارة 2021/2/15م.

- 3-التناقض: ونقصد به التناقض بين النصوص الدستورية ذاتها واستحالة الجمع بينها، مما يجعل المرء يحار أيهما أولى بالتطبيق ومقدم على النص الآخر.
- 4-النقص: ويقصد به إغفال لفظ في النص الدستوري بحيث يصعب الأخذ بهذا النص الدستوري، الذي اعتراه النقص بدونه، الذي كان من المفترض أن يترافق مع هذا النص الدستوري الناقص.
- 5-التكرار والزيادة وهي يمكن النظر لها من وجهين:
- الأول: التكرار والزيادة في المعنى التي تحمل معنى التأكيد والتشديد، وهي: طريقة غير محبذة في صياغة النص الدستوري على وجه التحديد.
- الثاني: التكرار اللغوي للمادي مثل: أن يكرر الصائغ كلمتين بصورة متتابعة، ولاشك أن ذلك يعد نشازاً في صياغة النص الدستوري .

المطلب الثاني

آليات صناعة وصياغة الدساتير

أهمية صناعة وصياغة الدساتير: لعله من المفيد الإشارة إلى أهمية صناعة وصياغة الدستور قبل الولوج في تحديد آليات وطرق صناعته؛ ونظراً لسمو النص الدستوري، فإن صياغته تحتاج لكتابة متأنية تلبى في حدها الأدنى آمال وتطلعات الناس، وفي هذا السياق نشير إلى مسألتين هامتين عند صياغة أي دستور، لا سيما الدول التي تكون قد نفذت يدها من حقبة دكتاتورية قضت على جميع مناحي الحياة السياسية، والدستورية، وخلفت وراءها تصحراً سياسياً، وفكرياً يصعب معه إقناع العامة من المواطنين بأهمية وجدوى وجود دستور توافقي يحفظ ويصون حقوق وحرّيات الأفراد من مواطنين وأجانب، وعلى كلٍ فهاتين المسألتين هما:

الأولى: تتعلق بمنهجية صياغة الدستور وتطبيقاته العملية، والثانية: تتعلق بمضمون ومحتوى الدستور، وإلى أي مدى تم إشراك المواطنين من خلال عملية صياغة وصناعة الدستور، وفي تصور الباحث -رأي خاص بالباحث- أن الثانية تتفوق على الأولى فلا مرء أن مضمون ومحتوى الدستور أهم من طريقة صناعته وإيجاده وإن كان لكلٍ أهميته، لا سيما إذا تعلق الأمر بمنزلة الشريعة الإسلامية والتنصيب عليها ضمن مواد الدستور على النحو الذي سيتراءى للقارئ الكريم في المبحث الثاني. وعلى أية حال فإن أهمية صياغة الدستور تنبع من خلال عملية انخراط مجتمعية بكل أطرافها ومكوناتها، والتي لا شك ستحقق جملة من النتائج الإيجابية لعملية صياغة وصناعة الدستور أبرزها تحقيق التوافق المجتمعي، وإبعاد شبح الصراعات، علاوة على خلق وتهيئة المناخ السياسي، وتوسيع دائرة الطبقة السياسية في المجتمع من خلال المشاركة الفعالة، والحقيقية في عملية صياغة الدستور، وذلك بدءاً من انتخاب الهيئة التأسيسية والمشاركة في مداولاتها من خلال المقترحات المرسلة للهيئة من مؤسسات المجتمع المدني، ومن الأفراد والشخصيات البارزة خصوصاً الشخصيات التي تمتلك الملكية القانونية الدستورية، ولم يحالفها الحظ أولم تكن من ضمن أعضاء الهيئة التأسيسية الملقاة على عاتقها إعداد مسودة مشروع الدستور، وانتهاءً بالاستفتاء على الدستور الذي يعتبر الصك الشرعي لعملية الانتقال السياسي السلمي، والتي تأتي بين مرحلتين فارقتين كما هو حاصل

في الحالة الليبية مرحلة انتقالية تعددت مراحلها سئها الليبيون، ومرحلة دائمة يتطلع لها الليبيون بشوق وصبر عز نظيره لدى أي شعب آخر.

حسبنا ما عرضنا له لأهمية صياغة الدستور لننتقل إلى ذكر أهم الآليات والطرق التي تفتق عنها الذهن الدستوري عبر أجياله المختلفة، والذي عززته الممارسة العملية لصياغة الدساتير الحقيقية، وليست المزيفة، والصورية التي تصاغ بمقاس الحاكم الدكتاتوري، ولطالما حدثنا التاريخ عن دساتير صيغت في ظل دكتاتوريات اتخذت من الدساتير المزيفة ستاراً لقمع شعوبها.

آليات وطرق صياغة الدساتير: إن آليات صياغة وصناعة الدساتير تختلف بحسب أحوال وظروف الدول، ففي حالة الدول التي تكون قد قطعت صلتها بالماضي عقب ثورة أو نيلها الاستقلال عن المستعمر توصف السلطة التي تباشر عملية صياغة الدستور بالسلطة التأسيسية الأصلية المنشئة للدولة⁽¹⁾، والتي تملك سلطة تقديرية واسعة، والأصل أن هذه السلطة يملكها الشعب في الدول التي تتمسك بأهداب الشرعية وحقوق الإنسان، والذي له الشعب صياغة نظامه القانوني الأساسي الذي يراه مناسباً ومتوافقاً مع تطلعاته، وأماله التي يسعى لتحقيقها من خلال عملية صياغة الدستور عن طريق ممثليه، أما إذا كنا بصدد إصدار دستور جديد، أو تعديل دستور قائم كما هو: الحال في الدول الراتبة والتي لها تجربة دستورية مستقرة، فإن الجهة الموكلة لها صياغة الدستور هي: البرلمان نفسه مع بعض القيود والإجراءات المشددة، أهمها: حل البرلمان بعد صياغة الدستور، وأن تكون النسبة المطلوبة للتصويت نسبة موصوفة في العادة نسبة الثلثين، وقد ينص الدستور على سلطة تأسيسية جديدة، أو بنفس الطرق والآليات التي نشأ بها الدستور القائم المراد إلغاؤه أو تعديله، وتجدر الإشارة هنا أن آليات وطرق صياغة الدساتير يقسمها ويصنفها الفقهاء⁽²⁾ بتقسيمات وأساليب مختلفة وهي: الأساليب غير الديمقراطية والأساليب الديمقراطية الحديثة التي تتفق مع قيم وكرامة الإنسان، وفي هذا المقام نتحدث عن هذه الطرق مع التركيز على الآليات والأساليب الحديثة لصياغة الدساتير:

أولاً- الأساليب غير الديمقراطية لصياغة الدساتير ويندرج تحت إطارها ما يلي:

1- أسلوب المنحة: هذا الأسلوب من أقدم أساليب نشأة الدساتير، وساد هذا الأسلوب في فترة الملكية المطلقة، والتي اختلطت فيها إرادة الحاكم المطلقة بالدولة؛ ونظراً لما لمس هؤلاء الملوك من مطالبة أفراد الشعب وانتفاضاته المتكررة والمتمردة على سلطة الملوك المطلقة، وفي سبيل حفاظ هؤلاء الملوك على هذه السلطة المطلقة ظهروا بمظهر المتفضل على شعوبهم بمنحهم دساتير صورية تخفف من غلواء هيجان الشعب، ومطالبه المتكررة بالحرية والانعتاق، وغالباً ما يصدر هذا النمط من الدساتير في شكل وثيقة مكتوبة يتعهد هؤلاء الملوك بتقييد بعض سلطاتهم لصالح الشعب، ومن أمثلة هذا النوع من الدساتير دستور فرنسا عام 1814م في عهد لويس الثامن عشر والدستور الياباني لعام 1889م⁽³⁾، ومادام الدستور قد صدر منحةً وتفضلاً من الملك لشعبه، فإن له حق سحبه بناءً على القاعدة العامة التي تقول: "أن من يملك المنح يملك المنع".

(1) - د. إسماعيل مرزة، القانون الدستوري، منشورات الجامعة الليبية، مطابع دار صادر بيروت-لبنان، مارس 1969م، ص 118.

(1) - د. إبراهيم أبوخزام، الوسيط في القانون الدستوري، الكتاب الأول الدساتير والدولة ونظام الحكم، دار الكتب الوطنية بنغازي-ليبيا، ط2، 2002م، ص 36.

(2) - د. منصور ميلاد يونس، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الكتب الوطنية بنغازي ليبيا، ط2، 2013م، ص 327.

2- أسلوب العقد: هذا الأسلوب يعد خطوة مهمة خططها الشعوب في كفاحها وتحقيق دستورها الديمقراطي الحقيقي المعبر عن إرادتها وآمالها، وقد ساد هذا الأسلوب في الفترة التي ضعفت فيها سلطة الملوك، لكنها لم تضمحل، وقوة الشعب التي تعاضمت ولكنها لم تسيطر، وبهذا الشكل من الدساتير بناءً على إرادتي الملك والشعب، وبالتالي لم ينقل هذا التعاقد السيادة إلى الملك؛ لأنه ليس له التحلل من أحكامه، إلا بالإرادة المشتركة بين طرفي التعاقد، ومن الأمثلة التاريخية التي يسجلها لنا التاريخ ملتصق الحقوق الصادر بعيد الثورة الإنجليزية في عام 1689م⁽¹⁾، والذي قلص من سلطات الملك المطلقة، وبذلك يعتبر أسلوب التعاقد هو قنطرة العبور من عهد الملكية المطلقة إلى عهد الملكية المقيدة.

ثانياً: الأساليب الديمقراطية: وهي تمثل آخر منتج للعقل البشري في اعتماد آليات وأساليب صياغة وصناعة الدساتير بطريقة ديمقراطية، ومعبرة عن إرادة المواطنين في نسج دستورهم المنشود، وتتحصر في أسلوبين هما:

1- أسلوب الجمعية أو الهيئة التأسيسية: فحوى هذا الأسلوب أن يعهد لهيئة أو جمعية تأسيسية، وقد يطلق عليها في بعض الأحيان المجلس التأسيسي بوضع الدستور، وتدبيجه وصياغته على هيئة نصوص ملزمة، وفي العادة تكون هذه الهيئة أو المجلس التأسيسي منتخباً من الشعب، وقد يتم تعيينها بطريقة أو بأخرى حسب الظروف التاريخية، والسياسية السائدة في هذا البلد أو ذاك، إلا أن الفقه⁽²⁾ يشترط أن تكون هذه الهيئة منتخبة؛ لكي تعبر وتمثل الشعب -صاحب السلطة الأصل- تمثيلاً صادقاً، ويجب علينا أن نميز بين البرلمان التأسيسي الذي يعهد له بوضع الدستور والبرلمان العادي الذي يعهد له بسن التشريعات والقوانين العادية؛ لأن كليهما منتخب من الشعب وقد يثير هذا لغطاً دستورياً، ومن المعروف أن هذا الأسلوب من أساليب نشأة الدساتير، يدين في وجوده إلى الولايات المتحدة الأمريكية، فقد طبقت في إيطار كل ولاية، وفي دستورها الاتحادي الصادر في العام 1787م، والذي دخل حيز النفاذ بعيد هذا التاريخ بعامين، وقد كان ذلك عن طريق الجمعية التأسيسية الأمريكية والتي عهد لها بصناعة وصياغة الدستور الأمريكي المشار إليه آنفاً، وتكونت من 55 عضواً ثلثهم من القانونيين والقضاة، فيكفي القول أن من بين أعضائها 10 من القضاة الفدراليين⁽³⁾، وإذا ما قورن هذا العدد بالهيئة التأسيسية الليبية المنتخبة في 20/2/2014م، والتي تكونت من 60 عضواً⁽⁴⁾ طبعاً مع مراعاة الظروف التاريخية، والموضوعية المتعلقة بنشأة كلا الهيأتين، ولكن هناك حد أدنى من الثوابت عند وضع آليات صناعة وصياغة الدساتير يجب مراعاتها بصرف النظر عن اسم الدولة.

2- أسلوب الاستفتاء الدستوري: يقصد بالاستفتاء بصفة عامة أخذ رأي الشعب حيال مسألة ما من المسائل الهامة ليقول كلمته فيها بالموافقة أو الرفض، أو بنعم، أو بلا، والذي يهمننا -ههنا- هو الاستفتاء الدستوري المتعلق بالتصويت على الدستور كحزمة واحدة، وقد يكون مشروع الدستور محل التصويت نتاج هيئة منتخبة، أو قد يكون من وضع فرد، أو هيئة، أو لجنة معينة، ولا أهمية لذلك طالما أن أمر إقراره من عدمه بيد الشعب ليقول كلمة الفصل فيه بالموافقة، أو الرفض، والحقيقة أن هذا الأسلوب هو أحدث الأساليب لصياغة الدساتير، وهو يعد مرآة صادقة ومعبرة عن إرادة الشعب؛ بيد أنه حتى يكون كذلك يجب أن يتوافر

(3) -د. محمد فرج الزاندي، مذكرات في النظريات العامة للقانون الدستوري، دار الكتب الوطنية بنغازي، ط2، 1997م، ص5

(1) -د. منصور ميلاد يونس، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سبقته الإشارة إليه، ص331

(2) -برنارد شقارتز، القانون في أمريكا "تاريخ"، ترجمة المستشار ياقوت العشماوي، دار المعارف، ص48

(3) -م2 من القانون رقم (17) لسنة 2013م بشأن انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور.

في أفراد الشعب الوعي والنضج السياسي مع اتساع الطبقة السياسية الحزبية وغير الحزبية، والتي لها اهتمام بالشأن العام، وأن يجري الاستفتاء في أجواء من الحرية أفسح، وكذلك يجب أن يعبر الاستفتاء على فكرة قانونية ما، أي بمعنى أن تكون هناك مسودة للدستور معدة سلفاً للتصويت عليها، ويعد الدستور الليبي المرتقب والذي صدرت مسودته في 2017/07/29م، والتي لم يصوت عليها بعد حتى كتابة هذه السطور؛ ولهذا فالدستور الليبي المرتقب يعتبر صادراً عن طريق الاستفتاء الدستوري - طبعاً إذا حظي بموافقة الشعب الليبي - وليس عن طريق الهيئة التأسيسية، والغريب في الأمر أن هذا الرأي رائج بين العامة اليوم، والأغرب منه أن يروج له عن قصد أو عن جهل أهمها يفيد بعض المنصات الإعلامية، والنخب القانونية والسياسية المثقفة، أي نعم انتخب الشعب الليبي هيئة تأسيسية والتي تنحصر مهمتها في إعداد مشروع، أو مسودة الدستور فقط، أما صدور الدستور بالفعل فهو عن طريق الاستفتاء عليه من قبل الشعب الليبي، وبهذا يعتبر الدستور الليبي قد جمع بين أسلوب الانتخاب بالنسبة للهيئة المكلفة بإعداد مسودة مشروع الدستور، والاستفتاء على المسودة من قبل الشعب الليبي، ولا ريب أن ذلك لتمثيل الشعب تمثيلاً حقيقياً لا مزيفاً، وبهذا الأسلوب صدر دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة لعام 1946م، والخامسة لعام 1958م⁽¹⁾.

المبحث الثاني

الوثائق الدستورية الليبية ومصدرية الشريعة الإسلامية

الحديث عن مكانة الشريعة الإسلامية من خلال مصدريتها يستتبع الحديث عن دلالة النص الدستوري ومدى إلزاميته في الوثائق الدستورية الليبية وفي هذا الإطار سنتناول الدستور الملكي الليبي لعام 1951م، والإعلان الدستوري الصادر عن ما يعرف بمجلس قيادة الثورة عام 1969م، ثم ننتقل لبيان مكانة الشريعة الإسلامية في الإعلان الدستوري الصادر في 2011م عقب ثورة السابع عشر من فبراير (المطلب الأول)، في حين نخصص (المطلب الثاني) للحديث عن مسودة الدستور الليبي المرتقب باعتبارها تشكل بارقة أمل لتجاوز المرحلة الراهنة وما سبقها من مراحل انتقالية، لنرى كيف صاغت وأطرت لمكانة الشريعة الإسلامية ضمن نصوصها.

المطلب الأول

مصدرية الشريعة وتراتبيتها في الوثائق الدستورية الليبية

في هذا الحيز نحاول إبراز مكانة الشريعة الإسلامية، وكيف تمت صياغتها في مجمل الوثائق الدستورية الليبية، بدءاً من دستور الاستقلال عام 1951م، إلى الإعلان الدستوري الصادر في 2011/8/3م عن المجلس الوطني الانتقالي؛ ولكن قبل هذا وذاك نمهد الحديث بإيجاز عن مكانة وأهمية الشريعة الإسلامية، عموماً كمصدر رئيس من مصادر التشريع وعن مكانتها في بعض دساتير الدول العربية⁽²⁾، وذلك من باب المقارنة،

(4) -د. إسماعيل مرزة، القانون الدستوري، منشورات الجامعة الليبية، مرجع سبقته الإشارة إليه، ص136

(1) - تصنف الدول العربية من حيث وجود الدستور إلى ثلاث أشكال: أحول ليس لها دستور مكتوب مثل المملكة السعودية قبل عام 1992م، وليبيا قبل ثورة 17 من فبراير لم يكن هناك دستور كانت هناك وثيقة اعلان قيام سلطة الشعب. ب- دول ليس لها دستور بالمعنى الفني للكلمة بسبب ظروف الاحتلال الأجنبي مثل دولة فلسطين. ج- دول عربية لها دستور مدون وهي تختلف في مدى تصدر الشريعة الإسلامية في صلب دساتيرها. لمزيد من الاطلاع انظر د. محمد أحمد مفتي ود. محمد السيد سليم، الإسلام في دساتير الدول الإسلامية (دراسة مقارنة)، كلية العلوم الإدارية-المملكة العربية السعودية، 1409هـ-1989م، ص12

والاسقاطات على الوثائق الدستورية الليبية، وفي هذا السياق يمكن الاشارة إلى أهمية الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر خصص للتشريع والحكم من خلال الوحي الإلهي، حيث قال عزوجل: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَأَخَذَ مِنْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾⁽¹⁾، وقال عز من قائل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾⁽²⁾، وقال عزوجل: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾⁽³⁾، وقال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾⁽⁴⁾، كل هذه الآيات الكريمة تدل دلالة قاطعة على صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق في كل زمان ومكان، والمرجع في ذلك يعود لمرونتها، وموافقتها للفطرة التي فطر الله الناس عليها، وفي هذا يقول الشيخ محمد أبو زهرة: (إن ما اشتمل عليه القرآن من أحكام تتعلق بتنظيم المجتمع، وإقامة العلاقات بين أحاده على دعائم من المودة، والرحمة، والعدالة لم يسبق في شريعة من الشرائع الأرضية)⁽⁵⁾؛ بل أهمية الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع قد شهد بها رجال القانون الغربيون في مختلف مؤتمراتهم، والحق ما شهدت به الأعداء، ففي العام 1932م عقد مؤتمر دولي للقانون المقارن في (لاهاي) جمع لفيها من رجال القانون من إنجليز، وألمان وغيرهم، وانتهى المؤتمر إلى اعتبار الشريعة الإسلامية إحدى الشرائع الأساسية التي سادت ولا تزال تسود العالم، وفي عام 1937م، عقد ذات المؤتمر دورته الثانية وانتهى إلى تقرير التالي:

أ- أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع.

ب- تعتبر الشريعة الإسلامية حية قابلة للتطور.

ج- تعتبر الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها وليست مأخوذة عن غيرها⁽⁶⁾.

وبالانتقال لبعض دساتير الدول العربية فإن الحديث عن مكانة الشريعة الإسلامية يثير عديد الإشكاليات منها ما يتعلق بعدم النص أصلاً على منزلة الشريعة الإسلامية، والمثال على ذلك لبنان، إذ اكتفى النص ببيان هوية لبنان العربية⁽⁷⁾، أو الإشارة إليها كأى مصدر من مصادر التشريع، مما يعقد المسألة التي نحن بصدد الحديث عنها، وهناك من الدساتير التي أشرت إليها بشكل مقتضب، ودساتير الدول العربية وسعت وفصلت مكانة الشريعة الإسلامية في دستورها، والملاحظ على نصوص الدساتير العربية استخدامها صيغاً متعددة، و مختلفة للتنصيص على مكانة الشريعة الإسلامية، وترافق هذه الاختلاف عددياً في ترتيب موقع هذه النصوص في صلب الدستور، ومن الدساتير العربية التي وسعت وذهبت إلى أبعد مدى ممكن في تعزيز مكانة الشريعة الإسلامية النظام الأساسي للمملكة العربية السعودية الصادر في العام 1992م، فلو تصفحنا هذا النظام الأساسي لرأينا الصيغ والمفردات الإسلامية هي الطاغية عليه بامتياز، من مثل: ألفاظ العقيدة الإسلامية، أو الله، أو الإسلام، أو كتاب الله، فيكفي أن نشير إلى نص م 1 من هذا النظام الأساسي التي تنص على أن: (دستورها كتاب الله وسنة رسوله) لنرى أن الشريعة الإسلامية تحتل مكان الصدارة في النظام

(2) -سورة المائدة الآية 49

(3) -سورة النساء الآية 58

(4) -سورة الانعام الآية 39

(5) -سورة المائدة الآية 3

(6) -الشيخ محمد أبو زهرة، المعجزة الكبرى، دار الفكر العربي-القاهرة، بدون تاريخ، ص455

(1) -د. عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد، منشورات جامعة بنغازي، ط3، 1978، ص8

(2) -مقدمة الدستور اللبناني المعدل في عام 2004م، فقرة ب

الأساسي للمملكة العربية السعودية، والذي يعد بمثابة دستورها الحاكم، وأشار دستور دولة الكويت الصادر عام 1963م في م 2 على أن: (الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع)، ونص دستور سلطنة عمان على أن: (الشريعة الإسلامية أساس التشريع)، ونص الدستور المصري الصادر عام 1971م في م 2 على أن: (مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع)، وبعد ثورة 25 يناير في 2011م، صدر دستور جديد لمصر في عام 2012م نص في م 2 على أن: (مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع)؛ ثم عاد ونص في م 219: (مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتمدة في مذهب أهل السنة والجماعة)، ثم جاء الدستور المصري الصادر في عام 2014م لينص في م 2: (الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، في حين نص الدستور اليمني الصادر في العام 1991م في م 3: (الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، وقد تم تعديل الدستور اليمني في العام 1994م، ليصبح نص م 3: (الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات)، ولاشك أن هذا النص وسّع من نطاق الشريعة الإسلامية، لتحتل مكان الصدارة في الدستور اليمني، إذاً من خلال مجمل النصوص الدستورية التي أتينا على ذكرها في بعض البلاد العربية يتضح أن بعضها قد وسع من نطاق الشريعة الإسلامية في الدستور، بحيث لا يعتد بأي مصدر آخر يناقض أو يخالف الشريعة الإسلامية، في حين اعتبرتها دساتير أخرى إحدى مصادر التشريع، أو المصدر الرئيس للتشريع، ورغم هذا التفاوت والتدرج لمكانة الشريعة الإسلامية تعريزاً، أو انحساراً في بعض الدساتير العربية، فقد جاءت التشريعات والقوانين العادية في جلها مناقضة ومصادمة لما تم التنصيص عليه في صلب دساتيرها من أن الشريعة الإسلامية مصدر التشريع، مع الأخذ في الاعتبار تفاوت الصياغة الدستورية بينها، ولا يتسع المقام هنا لسرد هذه المخالفات؛ لأن السياق هنا تناول الوثائق الدستورية الليبية، وكيف أطرت لمكانة الشريعة الإسلامية في صلبها، وعلى هذا النسق يطالعنا دستور الاستقلال الصادر في 1951/10/7م باعتباره أول وثيقة دستورية ليبية جامعة لكل الليبيين، والذي تم تعديله في العام 1963م لتتحول ليبيا من دولة اتحادية (فدرالية) إلى دولة موحدة، وكان هذا الدستور من عمل جمعية وطنية ليبية (لجنة 60)، والتي تم تشكيلها بناءً على قرار لجنة ل 21 للجنة السياسية التحضيرية التي كلفت بوضع قرار استقلال ليبيا رقم (289) الصادر في 1949/11/21م عن الجمعية العامة للأمم المتحدة موضع التنفيذ⁽¹⁾، وباستقراء دستور المملكة الليبية المتحدة لعام 1951م، نجده قد نص في م 2 على أن (الإسلام دين الدولة) وهذا النص يعد قاصراً رأياً خاصاً بالباحث- لتحديد وبيان مكانة الشريعة الإسلامية في المنظومة الدستورية؛ وبالتالي عدم مخالفة التشريعات العادية المصاغة من قبل الشارع للشريعة الإسلامية؛ لأن النص السابق يتعلق بالهوية الدينية للدولة، ولا شأن له بالقيمة الدستورية للشريعة الإسلامية وقد يكون ذلك نتاجاً طبيعياً؛ بحسبان أن الدستور الليبي كان نتاج جهود حثيثة من قبل الأمم المتحدة حتى وإن تمت صياغته بأيد ليبية؛ ولكنه كان في واقع الأمر بعقول الأمم المتحدة، والدليل على أن الشريعة الإسلامية لم يكن لها تأثير ولا تأطير في الدستور الليبي لعام 1951م صدور العديد من القوانين المخالفة لها وكمثال: نورد نص م 739 ف 2 من القانون المدني الليبي لعام 1953م: (ومع ذلك لا يجوز استرداد ما دفع طوعاً لأداء ديون المقامرة والرهان إلا إذا كان من قام بالدفع قاصراً)، وكذلك نورد نص م 541 من

(1) - أ. إبراهيم سليمان الضراط، جهاد ليبيا الدبلوماسي في أروقة الأمم المتحدة، دار الكتب الوطنية بنغازي-ليبيا، ط 1، 2012م، ص 164

ذات القانون السابق، والتي تبيح التعامل الربوي:(على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر)، ولا مرأ أن هذه النصوص تصادم الشريعة الإسلامية في مبنائها ومعناها، لا بل إن القانون المدني الليبي الصادر في 28/11/1953م (عام التشريعات في ليبيا) قد نص في مادته الأولى على أن القاضي يطبق: 1/ التشريع. 2/ مبادئ الشريعة الإسلامية. 3/ العرف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽¹⁾؛ ثم تم تعديل المادة السابقة في العام 2015م من قبل المؤتمر الوطني العام⁽²⁾، وأعاد صياغتها جاعلاً مبادئ الشريعة الإسلامية تحتل المنزلة الأولى من بين المصادر التي يتوجب على القاضي الحكم بمقتضاها، وبالانتقال للإعلان الدستوري الصادر عن مجلس قيادة الثورة الصادر في 11/12/1969م، والذي بموجبه أفل نجم الدستور الملكي الصادر في 1951م والمعدل في 1963م⁽³⁾، إذ نص_ أي الإعلان الدستوري لعام 1969- في م 33: (يُلغى النظام الدستوري المقرر في الدستور الصادر في 1951/10/7م وتعديلاته مع ما يترتب على ذلك من اثار)، إذاً بعد انتهاء النظام الملكي ودخول ليبيا لمرحلة أخرى من تاريخها أطر لها الإعلان الدستوري لعام 1969م، والذي امتد الى عام 1977م، أي إبان عهد الجمهورية الليبية، قبل دخول ليبيا لمرحلة أخرى امتدت لعام 2011م حينما اندلعت ثورة السابع عشر من فبراير، والذي يهمننا في هذه المرحلة هو الإعلان الدستوري وبيان موقع الشريعة الإسلامية فيه، وما تلاه من تشريعات تتماشى مع الشريعة الإسلامية وإن كانت بطريقة انتقائية، أما باقي هذه المرحلة فليبيا لم تكن تحكم بدستور وإن كانت هناك ما يسمى بوثيقة إعلان قيام سلطة الشعب الصادرة في عام 1977م، والتي نصت على أن القرآن الكريم شريعة المجتمع؛ ولكنها لا يمكن أن ترقى لكلمة دستور لا شكلاً ولا مضموناً، وباستعراض الإعلان الدستوري لعام 1977م، ومدى تنصيبه على مكانة الشريعة الإسلامية في صلبه نرى أنه نص في م 2: (الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان طبقاً للعادات المرعية)، إذاً من خلال هذا النص نرى أنه سار على نفس النهج والنسق الذي سار عليه الدستور الملكي من بيان لهوية الدولة؛ وبالتالي لم يبين الإعلان الدستوري منزلة ومكانة الشريعة الإسلامية من حيث اعتبارها مصدراً رئيساً أو مصدراً وحيداً للتشريع؛ لأن ذكر مفردة الإسلام دين الدولة كما أشرنا آنفاً يتعلق بهوية الدولة وليس بموقع الشريعة في الدستور، إلا أن الإعلان الدستوري لعام 1969م قد أشار لتطبيق الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالإرث حينما استدرك ذلك في عجز م 8 والتي يجري نصها هكذا: (...والإرث حق تحكمه الشريعة الإسلامية)، وبالرغم من عدم تحديد موقع الشريعة في الإعلان الدستوري، إلا أنه قد صدرت في أعقابه جملة من التشريعات تجد مرجعيتها في القرآن الكريم والسنة النبوية وعلى وجه التحديد كانت هذه التشريعات تتعلق بإقامة الحدود، وفي هذا الصدد صدر القانون 148 لسنة 1972م، في شأن إقامة حدي السرقة والحراية حيث نصت م 2 منه بقطع اليد اليمنى للساوق حداً، كما نصت م 5 ف ب (يعاقب المحارب حداً بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا استولى على المال بغير القتل)، كذلك صدر القانون رقم 70 لسنة 1973م، بشأن إقامة حد الزنى وقرر في م 2 عقوبته بمائة جلدة أو تعزيره مع

(2) -د. عبد القادر محمد شهاب، مبادئ القانون المدني الليبي، المطبعة الخضراء، 2003م، ص 63

(3) -م 1 من القانون المدني لعام 1953م والمعدلة من قبل المؤتمر العام في العام 2015م والتي جعلت الشريعة الإسلامية المصدر الأول على القاضي تطبيقها.

(4) -بعض الفقهاء يرى أن الثورة، أو الانقلاب لا يترتب عليه سقوط الدستور؛ ولكن الرأي الراجح في الفقه الدستوري يرى انقضاء الدستور بالثورة، أو الانقلاب باعتبارهما يمثلان طريقاً استثنائياً لانقضاء الدساتير لمزيد من الاطلاع انظر: د. أحمد العزي النقشبندي، تعديل الدستور (دراسة مقارنة)، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع عمان-الأردن، ط1، 2006م، ص 73

الجلد، كذلك صدر القانون رقم 89 لسنة 1974م، في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب حيث نصت م5 بجلد كل مسلم شرب الخمر حداً أربعين جلدة، هذه مجموعة من التشريعات ذات المرجعية الإسلامية؛ لكن ما يؤخذ عليها أنها تتعلق بجزء من الشريعة وليس كل الشريعة أو القسم الأكبر منها، فليس بالحدود وحدها تقام الشريعة؛ لأن الحدود تتعلق بجانب واحد وهو الجانب المعاملاتي، وفي هذا الصدد يقول الدكتور على جريشة في كتابه الممتع "شريعة الله حاكمة ليس بالحدود وحدها": (ليس بالحدود وحدها تقام الشريعة؛ لأن الحدود جزء من أحكام المعاملات، والمعاملات تمثل الطابق الثالث أو الرابع في بناء الشريعة والأدلة كثيرة على أن تطبيق الشريعة الإسلامية كان انتقائياً إبان النظام السابق (1969-2011)، فعلى سبيل المثال يمكن أن نسوق م229 من القانون المدني والتي تنص (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ...) كما نصت م230 على (1-يجوز للمتعاقد أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على عشرة في المائة...) كما تطرقت م231 على حق الدائن في الفوائد بقولها (لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير)؛ وبالتالي فإن المواد السابقة تسمح بلا أدنى شك إجراء المعاملات الربوية إذا كان أحد طرفي العقد بفائدة شخص طبيعي والآخر معنوي أو كانا شخصين اعتباريين وعليه حرم الشارع التعامل الربوي - رباً النسيئة- بين الأشخاص الطبيعيين فقط، في حين أباحه بين الأشخاص الاعتبارية أو إذا كان أحدهما طبيعياً والآخر اعتبارياً ولا شك أن هذا عين الانتقائية، كذلك يمكن إيراد القوانين التي تحد من أهلية الوجوب في تملك العقارات والمنقولات، والمثال على ذلك القانون رقم 4 لسنة 1978م ساء الصيت، والذي يمنع المواطنين بتملك أكثر من منزل واحد، أو مركبة واحدة، ولاشك أن ذلك يصادم الشريعة الإسلامية قولاً واحداً؛ لأن الشريعة الإسلامية قدست الملكية، وأباحت للإنسان بالتملك، وحرية التجارة قال تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)⁽¹⁾، والسبب -في اعتقاد الباحث- هو غياب الدستور في مبناه ومعناه الحقيقي، فإذا كان هناك دستور بمعناه الحقيقي وليس المزيف، وأطر هذا الدستور للشريعة الإسلامية وأعطاهما المكانة الأسى ما كانت لتصدر تلك القوانين المعيبة.

وبالانتقال للإعلان الدستوري الصادر عقب ثورة السابع عشر من فبراير في 2011م، والذي أصابته عدوى التعديل أكثر من مرة في العادة لا تعدل الوثائق ذات الطبيعة الدستورية أكثر من مرة في فترة وجيزة- لقد نص الإعلان الدستوري المنظم للمرحلة الانتقالية على مكانة الشريعة الإسلامية في صحيح م1 منه: (ليبيا ... دينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع، وتكفل الدولة لغير المسلمين حرية القيام بشعائرهم الدينية)، فالنص السابق واضح وضوح الشمس في رابعة النهار في بيان هوية الدولة الإسلامية، وفي أن الشريعة الإسلامية تتموقع بموقع الصدارة في هذا الإعلان، بحيث إذا صدر أي قانون عادي يصادم الشريعة الإسلامية فسيكون هو والعدم سواء، باعتبار علوية النص الدستوري الذي أعطى الشريعة الإسلامية المكانة الأسى واعتبرها المصدر الرئيس؛ وبالتالي ألزم جميع التشريعات العادية بأن تتناغم نصوصها

(1) سورة البقرة الآية 275

مع الشريعة الإسلامية، وفي سبيل ذلك صدر القانون رقم 1 لعام 2013م الصادر عن المؤتمر الوطني العام بشأن منع المعاملات الربوية، ولا شك أن المسوغ والسند الدستوري والقانون قبل الشرعي الذي حدا بالمؤتمر الوطني العام لإصدار القانون المشار إليه هو: التنصيص في الإعلان الدستوري على أن "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع"؛ وعلى هذا الأساس صدر حكم حديث عن المحكمة العليا الليبية الموقرة من خلال الدائرة المدنية الثالثة في 2019/9/16م⁽¹⁾، والذي أكد على تطبيق القانون السابق بشأن منع التعامل الربوي وإن كانت قد قضت المحكمة العليا متأولة بحق الدائن بالفائدة باعتبارها ضرراً قد لحق به بما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة، لا باعتبارها فوائد ربوية منعها الشارع السماوي والأرضي، كما يمكن الإشارة إلى حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الليبية الموقرة الصادر في 2013/12/5م، في الطعن الدستوري رقم 03/59ق بعدم دستورية نص م1 من القانون رقم 9 لسنة 1429م بتعديل القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن أحكام الزواج والطلاق وأثارهما، والذي نصت م13 منه المعدلة بالقانون المشار إليه أعلاه بعدم أحقية الزوج بالزواج من امرأة ثانية إلا بموافقة الزوجة الأولى، حيث ذهبت الدائرة الدستورية مع نعي الطاعن والذي ينعى فيه بمخالفة القانون الأنف الذكر لمبادئ الشريعة الإسلامية مخالفة صريحة؛ باعتبار أن الشريعة الإسلامية تجيز تعدد الزوجات، حيث كان منطوق الحكم كالاتي (حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً، وبعدم دستورية نص المادة الثالثة عشرة من القانون رقم 10/1984م بشأن الزواج والطلاق وأثارهما...)⁽²⁾

المطلب الثاني

مكانة الشريعة الإسلامية في مسودة الدستور الليبي المرتقب

نستهل الحديث عن مسودة الدستور الليبي، وكيف أطرت، ونظمت الشريعة الإسلامية بين نصوصها بالحديث عن الأداة التي أوجدتها، ويتعلق الأمر بالهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، وفي هذا السياق يمكن القول أن الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 2011/8/3م، قد جعل من المهام المنوطة بالمؤتمر الوطني العام والذي تم انتخابه لاحقاً في 2012/7/7م اختيار أعضاء الهيئة التأسيسية، وذلك في م30 والتي نصت: (... يقوم المؤتمر الوطني العام في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من أول اجتماع له بالآتي: 2- اختيار هيئة تأسيسية لصياغة مشروع دستور للبلاد تسمى الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور، على أن تنتهي من تقديم مشروع الدستور للمؤتمر في مدة لا تتجاوز ستين يوماً من انعقاد اجتماعها الأول)، هذا ما نص عليه الإعلان الدستوري الذي تصور واضعوه أن عملية نسج دستور لبلاد عاشت تصحرا سياسياً، ودستوريا لمدة تربو عن الأربعين عاماً سهلة وميسرة؛ وبالتالي ورث المؤتمر الوطني العام تركة ثقيلة في سبيل تشكيل الهيئة التأسيسية التي عهد له بتشكيلها بمقتضى م30 من الإعلان الدستوري المنوه عنها أعلاه، فقد واجه المؤتمر الوطني ضغوطاً إعلامية، وسياسية، وقبلية، ألقّت بظلالها القاتمة على عمل المؤتمر الوطني العام مما اضطره لإجراء تعديل دستوري، نجم عنه أن يكون اختيار الهيئة التأسيسية بالانتخاب بدلاً من

(2) -حكم المحكمة العليا (ليبيا) في الطعن المدني رقم 64/467 ق الصادر في 2019/6/16م

(3) -حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا(ليبيا) في الطعن الدستوري رقم 03/59ق الصادر في 2013/12/5م

التعيين، والذي خرج عن ولاية المؤتمر الوطني العام، وفي سبيل وضع الأساس القانوني لانتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، صدر القانون رقم 17 لعام 2013م، الذي حدد كيفية انتخابها وطريقة عملها وتصويتها على نصوص المسودة، حيث ضمت الهيئة التأسيسية ستين عضواً بموجب م 2 في حين حددت م 3 من القانون السالف الذكر مهامها بالنص: (يناط بالهيئة التأسيسية صياغة مشروع الدستور الدائم للبلاد، وتتمتع في ذلك بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة)، وما دام الحديث عن مكانة الشريعة الإسلامية في مسودة الدستور الليبي المرتقب والتي تولت الهيئة التأسيسية إعداد مسودتها يمكن الإشارة إلى نص م 15 ف 1 من القانون رقم 17 لعام 2013م بشأن انتخاب الهيئة التأسيسية والتي ربطت فيه ممارسة الحملة الانتخابية بالالتزام بالشريعة الإسلامية بقولها: (تخضع الحملة الانتخابية للمبادئ الأساسية التالية: 1- الالتزام بالشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب. 2-...)، إذاً حتى قبل انتخاب الهيئة التأسيسية وممارستها لأعمالها كانت الشريعة الإسلامية حاضرة؛ ولكن السؤال هل ترافق هذا الحضور بين نصوص وثنايا مسودة دستور ليبيا المرتقب؟ وهل كان ثمة تناقض بين نصوص المسودة فيما يتعلق بموافقها، أو معارضتها للشريعة الإسلامية؟ أم أن واضعي مسودة الدستور الليبي المرتقب دغدغوا عواطف ومشاعر الشعب الليبي من خلال نص يتيم ووحيد وهو م 6 خلطوا فيه بين بيان هوية الدولة الدينية وتطبيق الشريعة الإسلامية؟ وما هو موقف المسودة من المعاهدات الدولية، والحقوق، والحريات العامة ومدى موافقتها، أو مصادمتها للشريعة الإسلامية؟ ودون الاسترسال في طرح الأسئلة، يمكن القول أن مسودة الدستور الليبي المرتقب والتي رأت النور في 2017/7/29م بالجلسة العامة للهيئة التأسيسية رقم 74 بمدينة البيضاء، والتي تم اعتمادها بعد التصويت عليها بأغلبية 43 صوتاً من أصل 44 صوتاً بعد امتناع صوت واحد على التصويت عليها، والتي ضمت بين دفتها 197 مادة-عدد كبير نسبياً؛ لأن الجيل الثالث من الدساتير الحديثة هي التي لا تكون مطولة جداً ولا مختصرة جداً- ومن بين هذا العدد الهائل من المواد لم تتم الإشارة إلى الشريعة الإسلامية إلا في مادة واحدة وهي م 6 مع بعض الإشارات العابرة في مواطن قليلة من هذه المسودة، ولعل ذلك ليس بمستغرب إذا ما نظرنا للترتيب العددي للمادة الوحيدة الناظمة لمكانة الشريعة الإسلامية في مسودة الدستور، وهو ترتيب له أهميته على الأقل من الناحية الشكلية فقد سبقته مواد تتعلق باسم الدولة م 1 والهوية واللغة م 2 والعاصمة م 3 وحدود الدولة م 4 وأخيراً علم الدولة وشعارها في م 5، وهنا يجب التنويه أننا لا نقلل من أهمية المواد السالفة الذكر غاية ما في الأمر أنه كان حرياً على الشارع الدستوري وهو الهيئة التأسيسية وضعها في ديباجة الدستور والتي خلت منها المسودة وهذا معيب دستورياً، كل الدساتير والاتفاقات، والمعاهدات في العادة تصدر بديباجة، ولم تحتو المسودة إلا على سطر لا يصلح معه إطلاق وصف الديباجة عليه، حيث ورد في صدر المسودة: (بسم الله الرحمن الرحيم نحن أبناء الشعب الليبي الليبيين والليبيات نقر هذا الدستور)، هذا من حيث بيان مكانة الشريعة الإسلامية من الناحية الشكلية في مسودة الدستور الليبي، أما عن مكانتها من الناحية الموضوعية، وهذا هو المهم فيستحسن عرض نص م 6 من المسودة لتلمس مكانة الشريعة الإسلامية وهل حاضرة في أذهان واضعي المسودة حيث تنص: (الإسلام دين الدولة، والشريعة الإسلامية مصدر التشريع)، فإذا وضعنا هذا النص تحت مجهر البحث العلمي يتراءى أنه خلط بين هوية الدولة الدينية، وتطبيق الشريعة الإسلامية، وهو حشوزائد لا مبرر له، فهل هناك أحد يتطرق له أدنى شك في أن الدولة الليبية دينها الإسلام؟! ثم لو سلمنا بضرورة إيراد هكذا نص فالطبيعي يكون

مكانه في الديباجة التي تصدر الدساتير عادة- النص سواءً ورد في الديباجة، أو المتن، أو في الأحكام الختامية فله نفس القيمة الدستورية والقانونية- وأما فيما يتعلق بما ورد في عجزم6 من أن الشريعة الإسلامية مصدر التشريع دون توصيف هذا التشريع بالوحيد، أو الرئيس، أو الأساس، فهذا النص- رأي خاص بالباحث- لا يعزز مكانة الشريعة الإسلامية في مسودة وردت فيها كل شاردة وواردة حتى الحق في الماء والطعام ورد في م6م 47 وهل يشكك عاقل في ضرورة الماء والطعام حتى للحيوان -أكرمكم وأجلكم الله- فضلاً عن الانسان؟، إذاً والحالة هذه فالشريعة الإسلامية وفقاً للنص السابق لم تحظْ بالمكانة الأسى والعناية الكافية؛ وبالتالي فلا غرو إذا ما تم إصدار قوانين مصادمة ومخالفة للشريعة الإسلامية فلا يمكن الاتكاء على ما ورد في عجزم6 السابقة؛ لأنها ببساطة شديدة جعلت الشريعة الإسلامية مصدر التشريع ما يعني بالإمكان أن يكون هناك مصدر آخر للتشريع، على الرغم من التحصين الدستوري الذي غلّف به النص السابق من خلال نص م195 ف2(لا يجوز المساس بالمبدأ الذي تقوم عليه...المادة السادسة)، فهذا تحصين بعدم المساس بالمادة السادسة بصياغتها المشار إليها أعلاه، وليس تعزيراً وإعلاءً لمكانة الشريعة الإسلامية في الدستور على الرغم مما قد يوحي به ظاهر النص، أما فيما يتعلق بجانب المعاهدات والاتفاقيات الدولية فقد أشارت إليها مسودة الدستور الليبي المرتقب في صحيح م13 بقولها: (تكون المعاهدات، والاتفاقيات الدولية المصادق عليها في مرتبة أعلى من القانون، وأدنى من الدستور، وتتخذ الدولة التدابير اللازمة؛ لإنفاذها بما لا يتعارض مع أحكام هذا الدستور)، الملاحظ على النص السابق أنه جعل المعاهدات، والاتفاقيات الدولية في مرتبة أعلى من القوانين العادية⁽¹⁾، وبالتالي تتعزز المخاوف من أن القوانين العادية والمصاغة على ضوء الشريعة الإسلامية سوف يتم تعطيلها في حال تعارضها مع المعاهدات، والاتفاقيات الدولية؛ بسبب علوية هذه الأخيرة على القوانين والتشريعات العادية؛ بيد أنه ما يخفف من الملاحظة السابقة هو: أن المعاهدات الدولية نفسها في مرتبة أدنى من الدستور الذي نص في م6، من أن الشريعة الإسلامية مصدر التشريع رغم قصور هذا النص، كما أن هناك أسلوباً آخر تستطيع الدولة بمقتضاه من استبعاد الأثر القانوني لبعض الأحكام الواردة في المعاهدات، والاتفاقيات الدولية التي قد تتعارض مع الشريعة الإسلامية عن طريق التحفظ، وقد أقرت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية المبرمة في 23/5/1969م⁽²⁾ هذا الأسلوب إلا إذا نصت المعاهدة على منعه، أو كان يتنافى مع غرض وموضوع المعاهدة، وقد تعزز أسلوب التحفظ على المعاهدات الدولية عن طريق الممارسة الدولية، وهنا نستدعي من التاريخ موقف المملكة العربية السعودية، والتي تحفظت على م18 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في 10/12/1948م، والتي نصت على حرية العقيدة⁽³⁾؛ بحسبان أنها تتعارض مع الشريعة الإسلامية، وللخروج من المأزق الذي قد تثيره أي تأويلات للمادة 13 من مسودة الدستور يقترح - الباحث- الاستعاضة عن هذه المادة وإعادة صياغتها في حال عرضت مسودة الدستور الليبي المرتقب للاستفتاء من قبل الشعب الليبي، وكانت نتيجة الاستفتاء (بلا) حيث يتوجب إعادة المسودة للهيئة التأسيسية لإجراء التعديلات المناسبة، وعرضها للاستفتاء مرة أخرى على الشعب الليبي في غضون شهر على النحو

(1) بعض الدساتير تجعل المعاهدات في مرتبة أعلى من التشريعات العادية مثل الدستور الهولندي في م94، ودستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لعام 1958م في م55، لمزيد من الاطلاع عن مكانة المعاهدات في الدستور انظر: د. علي ضوي، القانون الدولي العام، دار الكتب الوطنية، ط1، 2000م، ص 59

(2) د. أحمد ابوالوفاء، القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، 2009م، ص68

(3) د. ميلود المهدي، محاضرات في حقوق الانسان، دار الكتب الوطنية بنغازي، ط1، 2006م، ص149

التالي: (تكون المعاهدات، والاتفاقات الدولية المصادق عليها في مرتبة مساوية للقوانين العادية، وفي مرتبة أدنى من الدستور، وتتخذ الدولة التدابير اللازمة؛ لإنفاذها بما لا يتعارض مع أحكام هذا الدستور بما فيها الشريعة الإسلامية)، هذا فيما يتعلق ببعض نقاط الضعف التي وصمت المسودة بخصوص بيان مكانة الشريعة الإسلامية في الدستور، ومن جانب آخر يمكن الإشارة إلى بعض النقاط الإيجابية التي احتوت عليها المسودة والتي تلامس الشريعة الإسلامية صراحة، أوضماً، من المواد التي احتوت عليها المسودة والتي تمثل علامة مضيئة فيها نجد م 27 والتي تحرص على تأسيس الأسرة في إطار مؤسسة الزواج، ولاشك أن ذلك يمثل أحد أهم مقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية وهي: حفظ النسل، حيث نصت م: 27 (الأسرة القائمة على الزواج الشرعي بين رجل، وامرأة أساس المجتمع، قوامها الدين، والأخلاق، وتكامل الأدوار بين أفرادها قائمة على المودة، والرحمة، وتكفل الدولة حمايتها، وترعى الزواج وتشجع عليه، وتحمي الأمومة والطفولة)، كذلك من المواد الواردة في المسودة، التي أجاد الشارع الدستوري في صياغتها ما يتعلق بأموال الزكاة حين منع خلطها بالإيرادات العامة، وإنفاقها في مصارفها الشرعية، ولا شك أن ذلك يحقق مقصد وغاية الشريعة الإسلامية، حيث نص في م 25: (تشرف الدولة على تحصيل الزكاة، وإنفاقها في مصارفها الشرعية، ولا يجوز خلطها بالإيرادات العامة)، أيضاً من المواد التي كانت صياغتها صياغة موفقة ما يتعلق بأموال الوقف، حيث سيجته م 26 بسياج متين من الضمانات حينما منعت التصرف فيه إلا بإذن من المحكمة وفي حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية ، حيث نصت م 26 على (للأوقاف حرمتها، ولا تخلط بأموال الدولة، ويمنع التصرف فيها؛ إلا بإذن من المحكمة بما يحقق مصلحة الوقف، وفي حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية. تنشأ بقانون هيئة خاصة بإدارة الأوقاف، وتصريف شؤونها، والرقابة عليها، بما يكفل تنميتها، وتحقيق أهدافها، ومقاصدها الشرعية في حدود القانون)، ومادام الحديث عن بعض الجوانب الإيجابية التي تمت صياغتها في مسودة الدستور الليبي تبرز لنا مادة مثيرة للانتباه ولها أهميتها على الأقل من الناحية الشكلية، ويتعلق الأمر بالمادة 190 منها والتي جعلت تصدير الأحكام بالبسملة حيث نصت: (تصدر الأحكام القضائية باسم الله الرحمن الرحيم)، ومن المعلوم أن الأحكام القضائية في السابق كانت تصدر باسم الشعب وذلك بمقتضى الإعلان الدستوري الصادر عما كان يعرف وقتئذ بمجلس قيادة الثورة في 11/12/1969 من حيث ورد في م 29 منه (تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب)، ولعل الفرق واضح من الناحية الشكلية بأن تصدر الأحكام باسم الشعب ، أو أن تصدر باسم الله العلي القدير، وعلى الرغم من هذا الإعلاء الشكلي لمكانة الشريعة الإسلامية في مسودة الدستور الليبي المرتقب، والذي لا يمكن إنكار أهميته رأي خاص بالباحث- إلا أنه لم يرافقه إعلاء مكانة الشريعة الإسلامية بشكل واضح وصريح يبعد مظنة أي شبهة يمكن إثارتها حيال مكانة الشريعة الإسلامية في دستور ليبيا المأمول.

الخاتمة

في ختام هذا البحث الذي ضم بين دفتيه موضوعاً على قدر كبير من الأهمية والحساسية، والذي أثار ويثير كثيراً من الجدل في الأوساط الأكاديمية، والحقوقية، والإعلامية بشكل عام، نصل لأهم النتائج التي تمخض عنها البحث مديلاً بجملة من التوصيات والمقترحات:

أولاً – النتائج:

1- إن الصياغة الدستورية الجيدة، والرصينة هي: نتاج عملية تراكمية، وتكاملية، تنطلق من الصائغ الذي يعهد إليه صياغة نصوص ذات قيمة دستورية، وهذا يستلزم أن تتوافر بحقه جملة من المعايير، والمتطلبات، التي من أهمها التأهيل، والتكوين القانوني، والدستوري، علاوة على التجربة، والخبرة العملية.

2- صياغة وصناعة الدساتير تتنوع إلى أساليب مختلفة، بحيث تضيق وتوسع، في مدى تعبيرها عن إرادة الناس، وطموحاتهم في نسج دستورهم المأمول، وأكثر وأحدث الأساليب تعبيراً عن ذلك الاستفتاء الدستوري؛ باعتباره يمثل آخر ما تفتق عنه ذهن الدستوري.

3- تمثل الشريعة الإسلامية مصدراً خصباً للتشريع، فهي: دستور حياة، وبالتالي فلا غرو أن تحتل مكان الصدارة في أي دستور ينسج في البلاد الإسلامية ومنها بلدنا الحبيب ليبيا.

4- مكانة الشريعة الإسلامية في الدساتير العربية كانت متأرجحة استبعاداً، واستدعاءً، حتى التي أعلنت من مكانتها تنصيماً استبعدتها تطبيقاً، أو في أحسن أحوالها طبقتها بطريقة انتقائية، بحيث حصرتها في الحدود، وتطبيق الشريعة ليس بالحدود وحدها فقط.

5- من خلال تتبع الوثائق الدستورية الليبية اتضح: أن الشريعة الإسلامية لم تحظْ بالمكانة والمنزلة اللائقة بها، حيث اعتبرت في أحسن أحوالها المصدر الرئيس للتشريع، في حين نص دستور الاستقلال على أن الإسلام دين الدولة، وهذا يتعلق بهوية الدولة الدينية، ولا شأن له بتطبيق الشريعة الإسلامية.

6- مسودة الدستور الليبي المرتقب أعلنت من مكانة الشريعة الإسلامية شكلاً، في حين لم يترافق ذلك العلو من الناحية الموضوعية.

ثانياً – التّوصيات:

1- حث الأطراف الليبية المعنية بعملية الاستفتاء، على الإسراع بالاستفتاء على مسودة الدستور، وتقديم وتسهيل الجانب اللوجستي، والفني لعملية الاستفتاء.

2- تعزيز وترسيخ مكانة الشريعة الإسلامية في مسودة الدستور الليبي، بحيث تكون أكثر حضوراً في كل العلاقات، والخلافات الناشئة بين الأفراد، لاسيما في الجانب المعاملاتي.

3- إعادة صياغة نص م6 من مسودة الدستور الليبي المرتقب بحيث يكون نصها: (الشريعة الإسلامية هي: المصدر الرئيس للتشريع ويقع باطلاً كل تشريع أو قانون يخالف أحكامها)، حذف عبارة الإسلام دين الدولة، أو جعلها في الدباجة؛ لأنها عبارة تتعلق بهوية الدولة الدينية وليس هناك أحد لديه مسكة عقل يشكك في ليبيا دينها الإسلام.

قائمة بأهم المصادر والمراجع

أولاً- القرآن الكريم

ثانياً- المعاجم اللغوية:

1-جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2010م

2-الطاهر الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، 1983-1984م

ثالثاً- الكتب العامة:

1-د. أحمد ابوالوفا، القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، 2009م

2-د. إسماعيل مرزة، القانون الدستوري، منشورات الجامعة الليبية، مطابع دار صادر بيروت-لبنان، مارس 1969م

3- د. إبراهيم أبوخزام، الوسيط في القانون الدستوري، الكتاب الأول الدساتير والدولة ونظام الحكم، دار الكتب

الوطنية بنغازي-ليبيا، ط2، 2002م

4-أ. إبراهيم سليمان الضراط، جهاد ليبيا الدبلوماسية في أروقة الأمم المتحدة، دار الكتب الوطنية بنغازي-ليبيا،

ط1، 2012م

5-برنارد شقارتز، القانون في أمريكا "تاريخ"، ترجمة المستشار ياقوت العشماوي، دار المعارف، بدون تاريخ

6-د. عبد القادر محمد شهاب، مبادئ القانون المدني الليبي، المطبعة الخضراء، 2003م

7-د. عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد، منشورات جامعة بنغازي،

ط3، 1978، ص8

8-د. علي جريشة، شريعة الله حاكمة ليس بالحدود وحدها، الناشر مكتبة وهبة، ط2، 1987م

9-د. علي ضوي، القانون الدولي العام، دار الكتب الوطنية، ط1، 2000م،

10-د. منصور ميلاد يونس، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الكتب الوطنية بنغازي-ليبيا، ط2،

2013م

11-د. محمد فرج الزائدي، مذكرات في النظريات العامة للقانون الدستوري، دار الكتب الوطنية بنغازي، ط2،

1997م

12-د. محمد أحمد مفتي ود. محمد السيد سليم، الإسلام في دساتير الدول الإسلامية (دراسة مقارنة)، كلية العلوم

الإدارية-المملكة العربية السعودية، 1409هـ-1989م

12-د. محمد رمضان باره، قانون العقوبات الليبي (القسم العام) ج12أحكام العامة للجزاء الجنائي، منشورات

الجامعة المفتوحة، 1995م

رابعاً- التشريعات:

أ- التشريعات الدستورية:

1-الدستور الملكي الليبي الصادر في 1951/10/7م

2-الإعلان الدستوري الصادر عن مجلس قيادة الثورة في 1969/12/11م

3-الإعلان الدستوري وتعديلاته الصادر في 2011/8/3م عن المجلس الوطني الانتقالي.

4-مسودة الدستور الليبي الصادرة عن الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الصادرة في 2018/7/29م

5-القانون رقم (17) لسنة 2013م بشأن انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور.

6-النظام الأساسي للمملكة العربية السعودية الصادر في عام 1992م

7-الدستور المصري لأعوام 1971م، و2012م، و2014م



- 8- الدستور اليمني لعامي 1991م، و1994م
- 9- الدستور الكويتي لعام 1963م
- 10- الدستور اللبناني المعدل في العام 2004م
- ب- التشريعات العادية(القوانين):
- 1- القانون المدني الليبي الصادر في 1953/11/28م.
- 2- القانون 148 لسنة 1972م، في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة.
- 3- القانون رقم 70 لسنة 1973م، بشأن إقامة حد الزنى.
- 4- القانون رقم 89 لعام 1974م، في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب.
- خامساً- أحكام المحكمة العليا الليبية:
- 1- حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 64/467 ق الصادر في 2019/6/16م
- 2- حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا(ليبيا) في الطعن الدستوري رقم 03/59 ق الصادر في 2013/12/5م
- سادساً- شبكة المعلومات الدولية(الانترنت):
- 1=أ. زهير المالكي، كيف نكتب الدستور، مقال في صحيفة كتابات الالكترونية على شبكة المعلومات الدولية الانترنت www.kitabat.com، تاريخ الزيارة 2021/2/12م
- 2-م. تغريد عبد القادر علي، إشكالية الصياغة التشريعية في النص الدستوري (دراسة عن دستور العراق لسنة 2005م)، كلية القانون-الجامعة المستنصرية، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية الانترنت، تاريخ الزيارة 2021/2/15م.

المسألة الدستورية وجدل المرجعية (الحالة الليبية أنموذجا)

The constitutional issue and the marjaiya controversy

محمد عبد السلام عريقيب

محاضر بقسم القانون العام بكلية القانون

جامعة المرقب - الخمس (ليبيا)

Moh85mohmoh@gmail.com

الملخص:

إن التساؤل عن قيمة الأيديولوجية الفكرية، ودورها في بناء مؤسسات الدولة، يجد صدها المؤثر في القواعد الدستورية التي تعكس هوية الدولة، وفي مجتمعاتنا العربية، والإسلامية عموماً، تحتل مسألة المرجعية صدارة النقاشات منذ عصر الاستقلال، وقيام الدولة القطرية، وفي ليبيا خصوصاً الدولة التي تقف على أعتاب مرحلة دستورية تأسيسية، تجد نفسها على أطراف العلاقة الحدية، بين المرجعية الإسلامية المؤسسة على الموروث الديني، وتلك الغربية القائمة على قيم العلمانية والانفتاح، لذلك عكفت هذه الدراسة على بيان تموقع المسألة المرجعية في الوثائق الدستورية الليبية، وتحليل النصوص الواردة فيها، للمساعدة في الفهم الدقيق لتوجه الدولة، قد يساهم في ترسيخ معالم الدستور المرتقب، كما حلت هذه الدراسة المفاهيم المتشابكة والمتضادة والتي تستند على ثوابت دينية من جهة، وعلى التجربة السياسية الغربية من جهة أخرى، لنخلص إلى ضرورة الموازنة بين الاتجاهين، من أجل صياغة تصور دستوري مستقل، يعكس الخصوصية الوطنية، ولا تكون نصوصه محاكاة حرفية للذات الغربية .

الكلمات المفتاحية:

الدستور - المرجعية - الحاكمية - السيادة - الفصل بين السلطات .

Abstract:

The question about the value of intellectual ideology and its role in building state institutions is found its influential echo in the constitutional relues that reflect the identity of the state and in our Arab and Islamic societies.

In general, the question of reference has occupied the forefront of discussions since the era of independence and the establishment of the Qatari state Libya, in particular is the country that is on the threshold of a founding constitutional stage and finds itself on the fringes the boundary relationship between the Islamic authority based on the religious heritage and the western one based on values of secularism and openness therefore, this study sought to clarify the location of the reference issue in the documents the Libya constitution and the analysis of the texts contained therein to help in accurate understanding of the state's orientation, it contributes to consolidating the features of the prospective constitution. This study also analyzed the interlocking and contradictory concepts, which is based on religious constants on the one hand, and on the western

political experience on the other hand, to be saved the necessity of balancing the two trends in order to formulate an independent constitutional vision that reflects privacy patriotism and its text are not a literal simulation of western constitutions.

Keywords: constitution-reference-governance-sovereignty-separation of powers.

مقدمة:

تشكل قضية المرجعية الفكرية المستمدة من الشريعة الإسلامية والإطار الأيديولوجي للدولة والذي تعكسه النصوص الدستورية إحدى القضايا الإشكالية في علاقات الأنظمة الحاكمة مع شعوبها الإسلامية، وفي علاقاتها أحيانا مع دول تنتمي الى ثقافات، وأديان متمايضة. ولعل سند الإشكال يكمن في تشابك العلاقة بين الدين والدولة في المجتمعات الإسلامية، المتأثرة بعقود من الاستعمار الغربي، الذي ترك بصماته في النظم القانونية والإدارية، الأمر الذي منح أرضية مناسبة لاستيراد الأنظمة الدستورية، واقتفاء الأثر الغربي في تنظيم العلاقة بين الدين، والدولة، بمفاصلها القائمة على البناء المؤسساتي، وفصل السلطات، وترسيخ قيم المواطنة، دون محاولة إنشاء عقد وطني يوازن بين أصالة الثرات الفقهي ذي الخصوصية الإسلامية، ومقتضيات الواقع القائمة على مفهوم القرية العالمية، إلا أن التجربة الغربية في عمومها تدعم ضرورة الفصل بين الدين، والدولة، وفي نفس الوقت الحفاظ على مبدأ حرية العقيدة، كحق من حقوق الإنسان الأساسية، وبالمقابل فإن الأزمة في العالم الإسلامي نتجت بشكل أساسي في ظل غياب النموذج الذي يحاكي ويجسد القيم الدينية، التي تعد قيم أخلاقية في مضمونها، ويعيد صياغتها إلى قيم دستورية مأمسة .

وفي الحالة الليبية التي نعدها نموذجا لهذه الدراسة يحتل الاستحقاق الدستوري سلم الانشغالات الوطنية، الذي يشكل أهم مفردات المرحلة الانتقالية، حيث تثير مسألة المرجعية تساؤلات ثلاث تتعلق بدور الاسلام كشريعة حاكمة، ذات نصوص ملزمة، وأمرة، يستمد منها التشريع، إلى جانب تساؤل الهوية الوطنية، الذي يتداخل الدين في مفاصل محدداتها، بالإضافة لمطلبية الدولة المدنية التي يفترض أن تكون ملتقى الأهداف المقاصدية للشريعة الإسلامية مع منظومة القواعد القانونية الوضعية، بكل ما يحمله مفهوم الدولة المدنية من مضامين تناقض التمييز العرقي، أو الديني، أو الفكري .

أولا- تحديد المفاهيم:

إن الاحاطة بالبنى المعرفية لموضوع دراستنا تستوجب منا رسم إطار مفاهيمي، يتحدد من خلاله على وجه الدقة مفاهيم الدراسة ومحدداتها، ويشمل تحديد المفاهيم مرتكزين هما: الدستور، بوصفه الأساس العملي لهذه المقاربة، والمفاهيم المحيطة بالمصادر المرجعية بشقيها الاسلامي، والعلماني، بوصفهما نواة الجدل القائم :

1 - الدستور:

يعرّف الدستور على أنه القانون الأسمى، وأهم القوانين السارية في الدولة، بل أساس هذه القوانين، والذي يتصدر كتلة التشريعية، بحيث يجب ألا تخالف القوانين حكما دستورياً، ويحدد الدستور الإطار العام للدولة، من حيث شكلها، وطريقة اختيار أدوات الحكم فيها وتوزيع الاختصاصات بين السلطات الفاعلة في الدولة، كما أنه يعد المرجع الأساسي لفكرة المواطنة، بما يحويه من حقوق، وواجبات، تلزم الأفراد، والجماعات، بالإضافة للنص على الضمانات التي تعزز هذه المنظومة الحقوقية، ويتم وضع الدستور عادة

عن طريق السلطة التأسيسية، ويتم تعديله بطريقة أشد تعقيدا من الإجراءات المتبعة لتعديل القوانين الأخرى، والدستور هو الذي ينتج ما يعرف بالشرعية الدستورية، وهي تعني استناد نظام الحكم القائم على الدستور، الذي يكسبه الشرعية لممارسة الحكم .

2 - المصادر المرجعية:

يحتاج نظام الحكم في الدولة إلى منظومة أيديولوجية تعكس هوية الدولة، أو رؤية السلطات الحاكمة، وهي بمثابة مصادر مرجعية يرجع إليها لفهم طبيعة النظام القائم، وتحليل أسسه، وهي تقع في لب الجدل، و تستند في الغالب على أحد أساسين إما مرجعية دينية، أو علمانية :

أ - المرجعية الإسلامية (تحكيم الشريعة):

يقصد بالمرجعية الإسلامية في السياق الدستوري، خضوع الدولة، وسلطاتها للأحكام الشرعية الإسلامية⁽¹⁾، فلا يكون الدستور مصدرا مدنياً مستقلاً بذاته، بل مترجماً للأحكام الشرعية، بحيث تكون الهوية الوطنية مؤسسة على القيم الإسلامية، فهي مرجعية عقدية، يرتد إليها ما يتحاكم إليه الناس من نظم، ومعاملات، وقيم سلوك، وأخلاق، تفرض التزام المشرع بسن القوانين وفق معيار شرعي، يُغلب الإسلام وتعاليمه على أي مرجعية أخرى، ويدفع أنصار الأخذ بالمرجعية الإسلامية، بأن الإسلام منظومة متكاملة، تعالج جميع الاشكالات الحياتية من كافة جوانبها السياسية، والأخلاقية، والاجتماعية، والاقتصادية، فالدين هو مصدر السلطات والوحي الالهي المنزل، والسنة النبوية المتواترة، والاجتهادات الفقهية المعتمدة، جميعها مصدر التشريع، ويقع ما يخالفها باطلا، لكن التفصيلات تُركت للسياسة الشرعية، بحيث يحددها المجتمع في ظل ظرفه، وبحسب متغيراته، وفق ما يحقق مقاصده، وتختلف الأحزاب، والتيارات ذات التوجه الاسلامي، في نظرتها لأساليب وكيفية إنزال النصوص الشرعية على الواقع المعاش، إلا أنها تقف جميعها عند نفس المستوى في ما يتعلق بحتمية ووجاهة تحكيم الشريعة الإسلامية؛ باعتبارها أصلاً فكرياً، وثقافياً، واعتقادياً، ويدعم أنصار هذا الاتجاه بقوله تعالى: ﴿ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ [المائدة:50]، وقوله تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ [النساء:65] وهي نصوص قرآنية آمرة قطعية الثبوت والدلالة، تحصر المسألة التشريعية، والسياسية، في حدود الأحكام الإسلامية .

ب - المرجعية العلمانية (مدنية الدولة):

العلمانية هي ترجمة لكلمة (secularism) وقد استخدم هذا المصطلح بداية في معنى محدود الدلالة، يشير إلى الطرف المقابل للكنيسة، والذي يعادي دورها ويناقضه، ويعد الفيلسوف الإنجليزي جون هولويوك (1817 - 1906) أبرز منظري العلمانية والذي عرفها بأنها: (الإيمان بإمكانية إصلاح حال الإنسان؛ من خلال

(1) يجب أن نفصل هنا بين الدولة وفق الفهم الاسلامي وبين الدولة الدينية بمفهومها الثيوقراطي فالأخيرة تعد نظرية سياسية تقوم على أن شرعية الحكم والحكم تتأسس على كون من يمتلكها ويمارسها يفعل ذلك انطلاقاً من حق إلهي، وأنه في تصرفه وممارسته السياسية يصدر عن تفويض من الإرادة الإلهية، إن الحكم الثيوقراطي تبعاً لذلك هو بطبيعته حكم مطلق، يجعل للسيادة مصدراً واحداً هو الحاكم بأمر الله وباسمه والحكم الثيوقراطي يوظف نظرية "الحق الإلهي" من أجل ممارسة حكم وضعي مطلق، يمنع أي نوع من أنواع المساءلة أو الرقابة، ويصادر سيادة الشعب وسلطته وحقه الأصلي في تفويض الحاكم في تدبير شؤونه، بناء على تعاقده الاجتماعي محدّد المعالم، واضح الواجبات والمسؤوليات، وهو ما يخالف تماماً المفهوم الاسلامي لإدارة الدولة والحكم فالحاكم في الإسلام لا يستمد مشروعيته من قوة غيبية، بل هو فرد عادي يستمد ولايته من الأمة التي اختارته وكيلا عنها بمحض إرادتها وهو مسؤول أمامها في الدنيا، فضلاً عن مسؤوليته أمام الله يوم القيامة. لكن مسؤوليته في الآخرة فردية لا تنقص في شيء من مسؤوليته الدنيوية الكاملة أمام شعب.

الطرق المادية وحدها، دون التصدي لقضية الإيمان بالقبول أو الرفض⁽²⁾) غير أن هذا المفهوم للعلمانية انحصر حديثا في دلالة فصل الدين، عن الدولة، ويعرفها معجم أكسفورد بأنها: (الرأي الذي يقول بأنه لا ينبغي أن يكون الدين أساسا للأخلاق، والتربية، والقيم، وأن العلمنة هي تحويل ممتلكات الكنيسة ومؤسساتها إلى الدولة لخدمة الأمور الزمنية) وتعرف دائرة المعارف البريطانية العلمانية بأنها: (حركة اجتماعية، تهدف لصرف الناس من الاهتمام بالأخرة، إلى الاهتمام بهذه الدنيا وحدها ... ثم تطورت باستمرار لحركة مضادة للتدين، والدين المسيحي، على وجه الخصوص) والعلمانية بمضمونها الفلسفي الشامل تستوعب مصطلح المدنية⁽²⁾ بحسب منظريها، وتلتقي معه على الصعيد الدستوري الذي يكرس مصدرية الشعب للسلطات، ومحورية مشاركته في الحكم، من خلال مؤسسات الدولة، وسلطاتها .

ثانيا- أهمية الموضوع وأسباب دراسته:

تكمن الأسباب الموضوعية، النظرية، والعملية، الدافعة لطرح موضوع الدراسة على بساط البحث في العناصر والمعطيات التالية:

1 - مسيس الحاجة إلى بحث المسائل الدستورية من وجهة نظر شرعية؛ لبيان الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع، وإثراء البحوث العلمية بمواضيع حيّة معاصرة، تعالج قضايا نازلة، ومسائل حادثة، من منظور شرعي .

2 - إيجاد مقارنة تظهر مقدرة الشريعة على استيعاب أحوال الناس على اختلاف العصور، وإصلاحها لمعاش الناس، وحياتهم، وبيان ما يتصف به الفقه الإسلامي من القوة، والسعة، والاستيعاب، لمعطيات العصر وتقديمه الحلول التي تتحقق بها المصالح وتندفع بها المضار.

ثالثا- الإشكالية وتحديد مجال البحث:

تعالج هذه الدراسة مشكلة المرجعية في إعداد الدستور، وإلى أي مدى يمكن أن ينجح الفكر القانوني الإسلامي في إيجاد مقارنة ناجحة لمفهوم الدولة، بما يتسق مع الأحكام الشرعية، ويتحدد البحث بحدود موضوعية، تتناول دراسة الوضع الدستوري، وانعكاسات جدل المرجعية في صياغة نصوصه، وبحدود مكانية تتحدد بالدولة الليبية .

رابعا- منهجية البحث:

تستند هذه الدراسة على المنهجين الوصفي، والتحليلي، بما يخدم أهدافها ويتوافق مع طبيعتها، وتنتهي إلى الخطة البحثية الثنائية الآتية :

المبحث الأول : مركز الشريعة في التنظيم الدستوري الليبي .

المطلب الأول : التطور الدستوري وسياقاته الأيديولوجية .

(2) عبد الوهاب المسيري و عزيز العظمة، العلمانية تحت المجهر، دار الفكر، دمشق، 2000، ص12 .
(1) تجدر الإشارة هنا أن هناك طيف واسع من المفكرين الإسلاميين لا يرون تعارضا أو تضادا بين المفهوم المدني للدولة والمفهوم الإسلامي فهم مع توافق نسبي مع المرجعية المدنية التي تعد الديمقراطية عنصراً أساسياً من عناصرها فالدولة المدنية كمؤسسات وموظفين تُمارس الحياد بخصوص دين وتدين مواطنيها، ولكن هذا الحياد لا يتعارض مع ان الدولة المدنية قد تتصف وتُعرف بمظاهر دين مواطنيها فيكون لها طابع دين أغلبيتهم، على خلاف نظرتهم للمرجعية العلمانية التي تقف على النقيض مع الطرح الديني ومؤداها فصل الدين عن الدولة فهي تشكل تناقضا صريحا للدين، فبينما يعطي الدين الإسلامي السلطة خالصة لله سبحانه في تصريف الكون والإنسان، نجد في المقابل العلمانية تضع ذلك في يد الإنسان نفسه، فهو من يشرع لنفسه ويضع لها النظم والقوانين، وهو من يحدد لنفسه قِيم الخير والشر ، والمصالح والمضار ، في غنى تام عن الدين وأبرز من انتقدها على صعيد الفكر الإسلامي جمال الدين الأفغاني في رسالته (رسالة في الرد على الدهرين) وكذلك تلميذه محمد عبده في عدة مقالات نشرها في مجلته (العروة الوثقى) .

المطلب الثاني : المواءمة الدستورية لأحكام الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني : التشابك الدلالي بين المفاهيم الدستورية والشرعية

المطلب الأول : محددات التصور الإسلامي للمسألة الدستورية .

المطلب الثاني : محددات التصور الغربي للمسألة الدستورية .

الخاتمة :تتضمن نتائج الدراسة وتوصياتها .

المبحث الأول

مركز الشريعة في التنظيم الدستوري الليبي

يعد التنظيم الدستوري دعامة البناء القانوني في الدولة، ومنبع التشريعات الوطنية، التي تنطلق من محورية وسمو النص الدستوري، وأحكام الشريعة الإسلامية، التي تحدد هوية الأمة لا يمكن أن تجد مكانا لها في النص التشريعي؛ بدون الاستناد على قاعدة دستورية داعمة تمثل التوافق، والرضا على القبول بهذه القواعد، ومنحها الصفة التشريعية الآمرة، وقد عالجت عموم الدساتير العربية، والوثائق الدستورية الليبية خصوصا علاقة الدولة بالدين، ضمن المبادئ العامة والأساسية في متونها، والتي لطالما مثلت جدلية بحدين : فالشريعة الإسلامية تضيف دورا مبركاً في النظام القانوني الليبي، في ظل الارتباطات المتشعبة للدولة بمفهومها الحديث المنسجم جبراً مع متطلبات العولمة والقرية الصغيرة، بالإضافة لتحدي النشأة القانونية، والأيدولوجية في دساتير ما بعد الثورة، والتي تمثل ليبيا حالة مثالية لها مع تعقيدات جانبية أخرى كتحديد الجهة التي ستولى تفسير وتطبيق الأحكام الشرعية، في ظل تعدد المفاهيم والرؤى .

ولفهم مركز الشريعة الإسلامية في التنظيم الدستوري الليبي ينبغي علينا أولاً؛ تفصيل ذلك في مطلبين يعالج الأول النشأة الدستورية الليبية من زاوية تاريخية، حيث يرصد التطور الدستوري وسياقاته الأيديولوجية، بينما يبحث الثاني المواءمة الدستورية لأحكام الشريعة الإسلامية وكيفية تعامل المشرع مع نصوصها، وهو ما سنفصله على النحو الآتي :

المطلب الأول

التطور الدستوري وسياقاته الأيديولوجية

مرت ليبيا منذ استقلالها وتشكل دولتها الوطنية بمفهومها الحديث أواخر العام 1951م بتجارب دستورية محدودة نسبياً، إلا أنها غنية من حيث الخلفية الأيديولوجية، التي صاحبت تغيير وإعادة تشكيل النظام السياسي فيها، والتي تسعى في مجملها للانفكاك عن التجارب الغربية وصياغة محددات للهوية الليبية الناشئة، والتي لم تنج من تأثيرات المحيط الإقليمي، وامتداداته الثقافية، التي أثبتت تأثيرها على الداخل الليبي⁽¹⁾، وإثارة المسألة الأيديولوجية في سياق رصد تطور الحالة الدستورية الليبية رغم إشكالية

(1) التأثير الخارجي على اختلاف اتجاهاته وإن كان منطقياً وفقاً للظرفية التاريخية التي نشأت فيها دولة الاستقلال إلا أنه كان متداخلاً في الكثير من المفاصل التأسيسية للدولة الليبية الأمر الذي يتعذر معه دراسة النموذج الليبي دون الإشارة إليه وهو يساعد أيضاً في فهم القفزات الإيجابية للنص الدستوري الليبي الذي حوى نصوصاً منفتحة لم تنتجها البيئة الليبية وهذا الدور نلحظه بشكل جلي في النقاشات التي شهدتها الجمعية الوطنية التأسيسية الموكل لها صياغة الدستور والتي ارتكزت بشكل كبير على التوصيات المقدمة من المجلس الاستشاري الأممي المكون من ستة دول مؤثرة بالإضافة للممثلين المحليين وهو ما أشار إليه بوضوح مبعوث الأمم المتحدة في ليبيا أدريان بليت بقوله (إن الممتنع لمواقف الجمعية الوطنية التأسيسية بخصوص التوصية التي أصدرها المجلس الخاص بتاريخ 13 / 3 / 1951م يلاحظ أن هذه الجمعية قد احترمت بشكل عام فحوى النصوص الواردة فيها) ، للتفصيل أنظر التقرير السنوي لمبعوث الأمم المتحدة في ليبيا، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الخامسة، ملحق رقم (15) ، نيويورك 1950م، الطبعة الفرنسية، ص25، والتأثير الخارجي لم يقتصر على صياغة دستور الاستقلال فحسب بل تعداه للتأثير على المنظومة السياسية والسياقات الفكرية والاجتماعية الوطنية الذي وصل حد التماهي مع التجارب السياسية والفكرية للجوار الإقليمي الذي كان

المصطلح من الناحية المعرفية وتعدد مفاهيمه وتعريفاته؛ يعد جوهرها في الفهم، والتحليل، فالأيدولوجيا تعكس النتاج الفكري للطبقة السياسية الحاكمة والفلسفة الاجتماعية التي توجه المجتمع، وتترك طابعها الحتمي في النصوص الدستورية والقانونية، لاسيما أن الثابت الديني ظل مشتبكا في كثير من الحالات مع المحدد الوطني، عبر نافذة الصراع الأيدولوجي، لابل إن التيار الرئيسي المضاد والمتصادم مع دعوات تمكين تطبيق الشريعة، غالبا ما يستند في دعواه على أقضاب أيدولوجية منافسة، ولتحسس موقع الشريعة الإسلامية في ظل الوثائق الدستورية الليبية، من زاوية تاريخية، والإلمام بتقلبات النظم السياسية، والأيدولوجيا الفكرية المصاحبة لها، نرتئ تحليل العهود التاريخية على النحو الآتي :

الفرع الأول: عهد دولة الاستقلال

يشير مفهوم دولة الاستقلال إلى نشوء الدولة الوطنية في ليبيا، والانفكاك من التبعية الترابية، أو الوصائية السياسية، من أطراف خارجية حيث أسس الدستور الليبي الذي دخل حيز التنفيذ في السابع من أكتوبر عام 1951م منظومة حكم قائمة على الملكية الدستورية تحت شرعية العائلة السنوسية النافذة في حينه، ليكون الدستور الليبي بذلك أول وثيقة وطنية جامعة، تؤسس لعقد اجتماعي، يقوم على منظومة سياسية تقليدية، قوامها ملك، ورعية، حيث نصت المادة 2 من الدستور على أن (ليبيا دولة ملكية، وراثية، ونظامها نيابي وتسمى المملكة الليبية) وهي وثيقة دستورية شكلت حدثا في محيطها الاقليمي والعربي، بالنظر للحقوق والمكتسبات التي أسست لها، والتي كانت سبقا في وقتها، مقارنة بالدساتير العربية التي كرسست في معظمها فكرة الحاكم المطلق، بل إن قيام الدولة الليبية الوطنية في حد ذاته يعد منجزا في ذلك الوقت، قياسا على دول المحيط المغاربي التي تكافح لنيل الاستقلال .

ومنظومة الحكم الملكية التي أقرها الدستور، بقيادة السنوسية، وجدت شرعيتها من منطلق ديني بحث⁽¹⁾؛ حيث شكلت المنارات والمراكز الدعوية السنوسية دعامة، ومُكنة نفوذه، الأمر الذي أكسبها شرعية دينية، وقوة شعبية، أوصلها لحكم البلاد لذلك لم يكن دستور الاستقلال دستورا علمانيا، محاكيا للدساتير الغربية بشكل مطلق، وإنما سعى لتعزيز الهوية الإسلامية للدولة، بنص المادة الخامسة التي أوردت (الإسلام دين الدولة) ولكن هذا النص لم يمنع من المحافظة على نمط الحياة وإدارة الدولة وفق النهج الغربي الموروث من دولة الاستعمار، لا بل الدستور نفسه قد رسّم جملة من الحقوق التي تعد من قوائم الدولة الديمقراطية بمنهجها الغربي، مثل المساواة أمام القانون، وكذلك المساواة في الحقوق المدنية والسياسية، وتكافؤ الفرص، والمسؤولية المتساوية في المهام والواجبات العامة دون تمييز في الدين، أو المعتقد، أو العرق، أو اللغة، أو الثروة، أو الآراء السياسية، أو الاجتماعية وهي وإن كانت قيم تدخل في إطار المشترك

لمصر تأثير طاغي في مساراته وهو ما أشار إليه بوضوح أحد راندي دولة الاستقلال د. مصطفى أحمد بن حليم رئيس وزراء ليبيا الأسبق في مذكرته التي نشرها تحت عنوان صفحات مطوية من تاريخ ليبيا السياسي، منشورات الأهرام، القاهرة، 1992م .
(1) تحظى الملكية عموما بقبول شعبي في العالم العربي والإسلامي لارتباطها بالموروث الثقافي فنظرا لعدم تبلور مفهوم الدولة لغة وسياسة في واقع الحياة العربية عموما ظل استخدام مصطلح ملك ومملكة للدلالة على مفهوم الدولة عند سواهم من الأمم الدولة من حيث هي دولة مجردة بغض النظر عن نظام الحكم فيها ملكيا كان أو غير ذلك ولا تعني الملكية التقليدية حيث يتوارث الحكم من الشخصية المؤسسة التي تلعب في الغالب دورا قياديا في توحيد الأمة وجمع شتاتها الأمر الذي يمنحها حق الحكم الوراثي المطلق وإن اصطبغ بصورة دستورية شكلية والإسلام عموما ينظر للملكية بشكل إيجابي حيث لم يستخدم القرآن لفظة ملك سوى للدلالة على القوة أو الصلاح كما أن الطغاة لم بوصفوا بالملوك كما في حالة فرعون مصر الذي حارب نبي الله موسى بينما أطلق لفظة ملك على نبي الله يوسف الذي استنوره فرعون وكذلك وردت إشارات قرآنية في آيات كريمة بهذا المعنى إلى (ملك سليمان) و (ملك آل إبراهيم) (البقرة 102، النساء 54) لتفصيل ذلك أنظر د. محمد جابر الأنصاري، التآزم السياسي عند العرب وموقف الإسلام (مكونات الحالة المزمنة) المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، 1995م، ص 21 - 23 .

الإنساني، إلا أنها نتاج حركة التنوير الغربية، ولم تكن نتاج المنظومة الفكرية الإسلامية التي تقيد هذه الحقوق ولا تعترف بها بشكل مطلق، وإنما تخضعها للضابط الشرعي .

ولكن يثار التساؤل هنا، لماذا لم يتصدر سؤال المرجعية الدينية النقاشات والتجاوزات الفكرية إبان دولة الاستقلال، لاسيما مع إعادة تشكيل وتركيب ملامح الهوية الليبية، التي يعد الثابت الديني أساسا محوريا فيها ؟

محاولة الإجابة على هذا التساؤل تبرز لنا الأهمية الاعتبارية للظرفية التاريخية لدولة الاستقلال، والسرديات الفكرية السائدة في حينه، والتي رتبت الأولويات على الصعيد الوطني، وبررت خفوت الجدل المثار حول المرجعية الدينية، رغم جوهرية المسائل الواردة في دستور الاستقلال، كأسلوب إدارة الحكم، والفصل بين السلطات، وطريقة الانتخاب المباشر، وحق الاقتراع، وتمكين المرأة، وهي بنود تتصادم في مجملها مع الفهم الديني، المرتكز على رؤية مستقلة، ومنظومة فقهية موازية، ومتنافرة في كثير من الحالات مع المنظومة الغربية، في إدارة المؤسسات وسوس المجتمع، ورغم ذلك فإن المجتمع الليبي المحافظ بشقيه الشعبي، والنخبوي، قد رحب بدستور الاستقلال وسيادة التوافق الجمعي على نصوصه، حتى مع التعديل الذي طرأ عليه عام 1963م والذي لم يحمل طرْحًا اجتماعيا، أو أيديولوجيا لافتًا سوى حيدته عن النظام الفيدرالي، إلى نظام الدولة البسيطة، ويمكننا هنا أن نرجع ذلك للأسباب الآتية :

أولا : طبيعة نظام الحكم الملكي بعد الاستقلال، واستناده على الشرعية التاريخية، والدينية للعائلة السنوسية، التي قادت حركة إسلامية إصلاحية، تصدرت من خلالها الزعامة الوطنية، ونجحت في توظيف الدين، والولاءات القبلية، لتثبيت مشروعيتها، وتبرير واجب الخضوع، والطاعة لها، مما خلق حالة من التوأمة بين النظام والدين، جنبته حالة الصراع، حيث يعد الملك ممثلا للسلطة الدينية، ومحتكرا لمؤسساتها؛ عبر الطريقة السنوسية، التي تنتشر زواياها ومساجدها في أنحاء البلاد، وبذلك بات الدين يُدار رسمياً عبر مؤسسات الدولة حيث إن أي تثقيف للأئمة، أو تعاليم دينية، أو وعظ، توجب تشريعه من خلال القنوات الحكومية، التي يهيمن عليها الفكر السنوسي الإصلاحية .

ثانيا : عدم نضج المشروع الفكري والسياسي الإسلامي في حينه، وغياب المشروع المضاد للطرح الغربي لبناء الدولة، فلم يكن هناك تصور واضح لكيفية إدارة تركة الاستعمار، خصوصا بعد سقوط نظام الخلافة العثمانية، وإعادة بناء أيديولوجية الدولة، في الجمهورية التركية الحديثة منذ عام 1923م، على أسس علمانية، شملت النظم القانونية، والتعليمية، الأمر الذي أحدث ارتباكا حقيقيا في عموم الحواضر الإسلامية، عززه عدم وضوح المفاهيم حول كيفية بناء المجتمع، والدولة، وصيغة الحكم، وكذلك العلاقة مع الديمقراطية ومحددات العلاقة مع الآخر غير المسلم، وهي جميعها إشكالات أفقدت أي جدل محتواه، خصوصا في الحالة الليبية، التي كان تثبيت الاستقلال للدولة الوليدة، وبناء مؤسسات الدولة فيها أولوية، تفقد جدل المرجعية مبرراته، وتُحيد أي صراع جانبي .

ثالثا : طغيان المناهج الفكرية المتأثرة بالنموذج الغربي، والتشكيك في التشريعات الإسلامية، وفي قدرتها على مواءمة الحياة الحاضرة وهو اتجاه عززته كتابات المستشرقين، ورواد المدارس القومية، واليسارية، وأسهمت في انتشاره الفجوة الحضارية الشاسعة، بين العوالم الإسلامية والغربية، وحجم القطيعة

التاريخية الحاصلة بين النموذج التاريخي للدولة السلطانية القديمة، ونظام الدولة الوطنية الناشئ بعد تجربة الاستعمار الغربي .

هذه العوامل في مجموعها شكلت حالة من الوداعة والاستقرار النسبي في الدولة، إلا أنها شكلت أرضية لتغيرات جذرية في منظومة الحكم، وأيديولوجية السلطة الحاكمة، لينتقل التنافس على السلطة من المؤسسة الملكية التقليدية، إلى المؤسسة العسكرية وليتخذ الدين أبعاداً أخرى، وحضورا جديدا على الساحة السياسية، وهو ما سنرصده في المرحلة الآتية .

الفرع الثاني: عهد الدولة القومية

منذ نجاح ثورة يوليو في مصر، طغت على العالم العربي شعارات الوحدة، والمقاومة، ومحاربة الرجعية، والإمبريالية، وغدّى هذا الخطاب الشعور الجمعي المناهض للإستعمار، وقيام الأنظمة الوحودية، ليستغل بعض منتسبي المؤسسة العسكرية في ليبيا، هذا الإرباك، فتطيح بالنظام الملكي ودستور الاستقلال، وتبدأ البلاد مرحلة سياسية، وأيديولوجية جديدة، حازت مدة زمنية طويلة جاوزت الأربعين عاما، وأحدثت تغيرات بنيوية في المشهد السياسي، والاجتماعي، وللوقوف على ذلك فإننا ارتأينا تقسيم هذا العهد لمرحلتين على النحو الآتي:

أولا- المرحلة الجمهورية:

وهي المرحلة التي تلت سقوط النظام الملكي في ليبيا مبتدأ سبتمبر عام 1969م، وصدور الإعلان الدستوري المؤقت، حيث تولت حكم البلاد المؤسسة العسكرية، التي أعلنت قيام الجمهورية؛ بموجب الإعلان الدستوري المؤقت، الذي حدد شكل الدولة بالمادة الأولى منه على أنها ذات (نظام جمهوري) وحازت السلطة الجديدة على مفاصل الدولة، عن طريق مجلس قيادة الثورة، الذي تطلع بالمهام التشريعية، وبصلاحيات واسعة، كمباشرة أعمال السيادة العليا، والتشريع، ووضع السياسة العامة للدولة، ورئاسة الوزراء التي مثلت السلطة التنفيذية، وكلاهما يداران بشخصيات عسكرية، وحمل النظام الجديد أيديولوجية سياسية، وفكرية، مغايرة تماما للمنظومة الملكية التي ناصبها العداء داخليا، وعادى مثيلاتها على الصعيد العربي، متأثرا في ذلك بالمد القومي الناصري في مصر، وطارحا فكرة الأمة الواحدة كبديل للدولة القطرية، في امتداد للتأثر الطاغي بالتجارب الخارجية، والذي نوهنا له في معرض دراستنا .

ورغم التغير السياسي إلا أن النصوص الدستورية التي حملها الإعلان الدستوري الذي حل محل دستور الاستقلال، لم يحمل تغيرا جذريا في طريقة النظر إلى المسألة الدينية، إلا أنه أشار بوضوح إلى التوجه العربي القومي، في نص مادته الأولى (ليبيا جمهورية عربية ديمقراطية حرة ، السيادة فيها للشعب ، وهو جزء من الأمة العربية، وهدفه الوحدة العربية الشاملة، وإقليمها جزء من إفريقيا وتسمى الجمهورية العربية الليبية) وليستخدم في المادة الثانية ذات العبارة النمطية التي تستعيرها أغلب الدساتير العربية ذات التوجه القومي، بنصه على (الاسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية . وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان طبقا للعادات المرعية) وهذه النصوص وإن لم تشر إلى تحكيم النصوص الشرعية في البلاد، إلا أن الحالة المظهرية التي أبرزتها الممارسات الثورية، حملت تغيرات جذرية على صعيد النمط الاجتماعي، بمنع تجارة الخمر، والتضييق على الجاليات الأجنبية غير المسلمة، وحظر الممارسات المحرمة شرعيا، ورغم ثورية

هذه الاجراءات إلا أنها تدخل من وجهة نظرنا في سياق تثبيت السلطة الحاكمة، ومنحها قدرا من القبول الشعبي، لاسيما أن النظام الملكي المطاح به كان يؤسس شرعيته على موروثات دينية، وتاريخية كما ذكرنا، لذلك خلت التشريعات الليبية في هذه الحقبة من إشارة واضحة لتحكيم النصوص الشرعية، بل حافظت على ذات القوانين التي أقرها النظام الملكي، إلا أن التغييرات التي تلت هذه المرحلة قد كشفت أنها لم تكن سوى مرحلة انتقالية لما بعدها .

ثانيا- المرحلة الجماهيرية:

يمكن رصد بدايات هذه المرحلة عام 1977م بعد ما يعرف بإعلان سلطة الشعب، حيث انتقل النظام العسكري إلى أسلوب غير تقليدي في ادارة الحكم، متخليا عن الإعلان الدستوري الذي أسس الجمهورية الليبية، والتي كشفت الأحداث التالية أنها لم تكن سوى مرحلة انتقالية، مهدت لحكم أكثر شمولية، وما يهمننا في هذه المرحلة هو بيان موقع الشريعة الإسلامية، من التشريعات والقوانين السارية، فقد نصت الفقرة الثانية من إعلان سلطة الشعب، الذي حل عمليا محل الدستور أن (القرآن الكريم هو شريعة المجتمع في الجماهيرية) ورغم ضبابية العبارة والتساؤلات الجمة التي تثيرها، لاسيما عن موقع وقيمة السنة النبوية، والاجتهادات المذهبية الفقهية في سلم الإلزامية المرجعية، إلا أن ما أشارت له الوثيقة الخضراء لحقوق الإنسان الصادرة عام 1988م في ديباجتها بقولها (إن أبناء المجتمع الجماهيري يحتكمون إلى شريعة مقدسة، ذات أحكام ثابتة، لا تخضع للتغيير أو للتبديل، وهي الدين أو العرف) منح شرعية وحجة قانونية لتحكيم النصوص التشريعية. وسموًا يفرض نفسه على جميع الهيئات التشريعية، أو القضائية، أو الإدارية (1) كما يمنح القضاء جواز الاستناد على النصوص الشرعية في إلغاء أي عمل مناف لأحكام الشارع الحكيم، إلا أنه ويتبع أحكام القضاء ومبادئ المحكمة العليا، يكاد يندرج وجود أحكام قضائية تستند بشكل صريح للأحكام الشرعية، خصوصا في إطار القضاء الإداري؛ ومرد ذلك يرجع بشكل أساسي لعدم مراجعة القوانين والتشريعات المعمول بها وفقا للأحكام الإسلامية، والتي ظلت كما هي منذ حقبة الاستقلال لذلك ظلت هذه المبادئ والنصوص المتعلقة بتحكيم الشريعة حبرا على ورق، ولم تفعل بشكل حقيقي .

وتجدر الإشارة هنا، أنه ورغم ظهور التيارات الإسلامية، وتشكل الجماعات ذات المرجعية الإسلامية الداعية لتحكيم الشريعة، سواء في الداخل الليبي، أو في المحيط العربي، إلا أنها لم تكن مؤثرة في هذه الفترة، كما لم يرصد لها أي مشاركة سياسية فاعلة في الشأن العام، وهذا لم يكن اختياريا لهذه الجماعات، وإنما كان جبريا، بسب التجريم القانوني للعمل الحزبي، والقمع السياسي الذي لم يعترف بالتعددية السياسية والفكرية⁽²⁾، لذلك لم يتطور الفكر السياسي الإسلامي في الداخل الليبي، وحافظت الدولة على توجهها العربي القومي المعادي بشكل مطلق للتعددية السياسية، وللإسلام السياسي بشكل خاص .

(1) د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري)، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، الطبعة الخامسة، 2010م، ص62.

(2) أنظر في تفصيل ذلك محمود محمد الناكوع، الحركات الإسلامية الحديثة في ليبيا: منطلقاتها - قياداتها - تجاربها - مآلاتها، دار الحكمة، لندن، 2010، ص85 .

الفرع الثالث: العهد الراهن

أنتج التغيير السياسي في السابع عشر من فبراير واقعا جديدا على المستوى السياسي، والاجتماعي، بعد الإطاحة بالنظام الجماهيري وخلق حالة إيجابية على صعيد ازدهار مناخ الحريات، وفتح باب النقاش على مصراعيه لتحديد معالم هوية وأيديولوجية الدولة، والتأسيس لنظام مدني دستوري ديمقراطي، وفرض واقع قانوني جديد، توج بصدر الإعلان الدستوري في الثالث من أغسطس عام 2011م، والذي نص في مادته الأولى على أن (ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع وتكفل الدولة لغير المسلمين حرية القيام بشعائهم الدينية ...).

ورغم حالة الانفتاح ، وسرعة تشكل النظام الجديد وعمق التحولات التي صاحبت عملية التغيير، لم يكن من السهل التوافق على وثيقة دستورية، أو صيغة جامعة، تنهي حالة الصراع المحتدم على السلطة، الذي صبغ السنوات العشر الماضية، والذي تورطت فيه كل القوى الوطنية على اختلاف مشاربها، وكان الجدل حول المرجعية في لب ذلك الصراع، حيث استغلت المسألة الدينية في تغذية التجاذبات السياسية، واستعطف الشارع المحافظ، لذلك يصعب رصد الحالة الدينية في هذه المرحلة لاسيما في ظل حالة الانقسام وعدم التوافق والبعد عن مفهوم الدولة المستقرة، وقد صدرت في هذه الفترة عديد التشريعات الداعية لتحكيم الشريعة، على رأسها تصويت أعضاء المؤتمر الوطني على قرار يعتبر الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع في ليبيا، وأن كل ما يخالف أحكامها يقع باطلا، معللين ذلك بمنطوق المادة 20 من النظام الداخلي للمؤتمر الوطني العام، التي جعلت من مهام اللجنة التشريعية تطوير التشريعات بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية، ليحسم الجدل حول مصادر التشريع في ليبيا، ومؤكدا على أن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع في البلاد حيث شكلت لجنة بالتعاون مع وزارة العدل، تولت إجراء مراجعة شاملة للقوانين والنظم الوطنية، وتخريجها بشكل يجعلها أكثر تطابقا مع الشريعة الإسلامية، وكان قد سبق ذلك صدور القانون رقم 46 لسنة 2012م بشأن تعديل أحكام القانون رقم 1 لسنة 2005م بشأن المصارف، وإضافة فصل خاص بالصيرفة الإسلامية، والقانون رقم 15 لسنة 2012م بشأن إنشاء دار الإفتاء، كل تلك التشريعات والتحديثات الجذرية، لم تخلق حالة رضا جمعي، ولم تكن محل توافق، ويمكن أن نعلل ذلك بالنقاط الآتية: أولا: أن كل التحديثات التي استهدفت تصحيح التشريعات بما يتناسب مع الشريعة كانت لغايات مظهرية، اندرجت تحت طائلة الاحتدام الأيديولوجي والصراع السياسي، ولم يكتب لها النجاح، بسبب منطلق الأولويات الذي يحتم الارتكاز على قواعد دستورية ومؤسسات رشيدة، تضمن وصول البلاد إلى بر الأمان أولا، وإنهاء حالة الانقسام والاحتراق الداخلي، قبل الخوض في المسائل الأيديولوجية، ذات الطابع الجدلي .

ثانيا: احتكار الخطاب الإسلامي من قبل تيارات وأحزاب وحركات الإسلام السياسي في ليبيا، جعل المشروع الإسلامي برتمته في مواجهة الخصوم السياسيين، في ظل الأزمة التي تعاني منها هذه الجماعات؛ من حيث بنية تكوينها، وآليات اشتغالها، بالإضافة لاستعارة واستيراد هذه الجماعات لرؤى وتنظيرات أثبتت فشلها، في تجارب اختبرتها شعوب عربية، وإسلامية أخرى .

ثالثا : أن إحداث أي تغيير جذري داخل المجتمع، يجب أن يسبقه مجهود نخبوي، وحرارك مجتمعي، يوفر المناخ المناسب والأرضية المتينة لنجاحه، وفي الحالة الليبية الراهنة لم يستوعب المجتمع أي مشروع إصلاحي، بسبب روااسب سنوات طويلة من الفكر الواحد، جعلت المواطن يشعر بريبة، ويتعاطى بحذر مع الأفكار المستحدثة .

وتجدر الإشارة إلى أننا في دراستنا هذه اعتمدنا التركيز على المسألة الدينية من بوابة فكرية، فتحكيم الشريعة الإسلامية وتضمينها في القوانين السارية، وإقامة الحدود، ما هو إلا وجه واحد من أوجه عدة تتقاطع فيها الشريعة الإسلامية، مع شتى مناحي الحياة، وتتوازي مع منظومات فكرية منافسة، الأمر الذي دفع عديد المفكرين، والباحث، إلى استشعار عمق الأزمة التي يعيشها الفكر الإسلامي⁽¹⁾ والتي يعزونها من جملة الأسباب؛ إلى التحجيم المخل، وحصر الشريعة في زوايا ضيقة، وإطارات محددة .

وبعد استعراضنا للمراحل والعهد التاريخي التي مرت بالدولة الليبية، والتي لم تنجح على اختلاف أيديولوجياتها، في إنتاج تصور حدائي لمنظومة فكرية إسلامية، شأنها في ذلك شأن الدولة الوطنية في عموم العالم الإسلامي، حري بنا أن نتساءل عن طرق صياغة النص الشرعي، ومدى إلزاميته في النص الدستوري الليبي، وهو ما سنحلله في المطلب الآتي :

المطلب الثاني

المواءمة الدستورية لأحكام الشريعة الإسلامية (النص _ المكانة)

والحديث هنا عن دلالة الصياغات الدستورية المتعددة للشريعة الإسلامية، ومكانتها، والتي لا يمكن رصدها إلا من خلال النص الدستوري، الذي يعد القانون الأساسي، الذي يحدد شكل النظام السياسي، ويحكم سلوك الدولة، على أساس المبادئ المترسخة التي توافق عليها المجتمع، من خلال عقد اجتماعي بين مختلف المكونات المجتمعية، وآخر سياسي بين الدولة والمجتمع، وعلى الرغم من اختلاف الدساتير، فإن أغلبها يشتمل على وصفٍ لهيكل النظام السياسي، وتنظيم علاقة السلطات ببعضها، والقيود المفروضة على وظائف الإدارات الحكومية المختلفة، وذلك من خلال تحديد مدى وطريقة ممارسة سلطاتها السيادية، وتعكس الدساتير الحديثة حدود وممارسات السلطة السياسية من خلال شمولها على آليات مؤسساتية، لحماية مصالح وحرية وحقوق المواطنين، ويعد النص الدستوري بما يحويه من دقة في التعبير وإجادة في التوصيف المعيار الرئيسي الذي ينبني عليه نفاذ المضمون، فالصياغة الدستورية هي التي تحدد معالم وعقيدة النظام السياسي القائم، ورؤيته للمسائل الشائكة وعلى رأسها مسألة تحكيم الشريعة، والتعاطي مع محددات الهوية الوطنية، والتي تعد من أوكذ القضايا وأكثرها جوهرية في الوثيقة الدستورية، والعبرة ليست في وجود الدستور في حد ذاته بل في الممارسات ومدى جدية السلطة الحاكمة والنخب السياسية في احترام بنوده، وإرساء دولة القانون، ونبذ الحكم الديكتاتوري، وقوة النص الدستوري ترتبط بمصادر الشرعية، فكلما كان الدستور توافيقا ونتاجا عن عملية سياسية تشاركية وشاملة، وضمنت مطالب الأغلبية من دون أن تكون على حساب أي أقلية مهما كان حجمها المجتمعي أو السياسي، كانت الوثيقة أكثر شرعية ومدعاة لاحتكام الجميع إليها، فإقصاء أي مكون مهما كان حجمه من المشاركة في الصياغة الدستورية، سيسحب

(1) في ذلك أنظر د. محمد عمارة، أزمة الفكر الإسلامي المعاصر، دار الشرق الأوسط للنشر، القاهرة، 2007م، وكذلك د. محمد العبد الكريم، صحوة التوحيد دراسة في أزمة الخطاب السياسي الإسلامي، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، 2013م .

جزءاً من شرعية المنتج النهائي، مهما كانت جودة محتوياته(1) وما يهمننا في معرض هذه الدراسة هو دور الدين ومدى محوريته في الدولة، وطريقة التعامل معه في الصياغة الدستورية، والفهم العملي للنص الدستوري وترجمته في النصوص التشريعية، حيث تشير أغلب الدساتير إلى هوية الأمة، التي تعدُّ المكون الأساسي للدولة وباستعراض أغلب الدساتير العربية، والوثائق الدستورية الليبية نجد أنها شديدة الحرص على الإشارة إلى الهوية العربية الإسلامية في متونها وكنا قد أشرنا من الناحية العملية، أن الدولة العربية المعاصرة ومنها ليبيا تعاني من أزمة هوية ناتجة عن احتفاظ أغلب الدول العربية منذ تشكيلها على الموروث الاستعماري الغربي، ولم تنتج منظومة هوياتية مستقلة تراعي رغبات ومطالب السكان المحليين، لذلك تضاربت النصوص الدستورية المتعلقة بالشرعية الإسلامية، من حيث صياغتها ودلالاتها الشكلية .

والملاحظ على الوثائق الدستورية الليبية أنها عند صياغة وتحديد مكانة الإسلام في البنية التشريعية لم تخرج عن ثلاث صياغات سنوضحها بشكل متعاقب وبمنهجية تحليلية على النحو الآتي :

الفرع الأول: الإسلام دين الدولة الرسمي

تكاد هذه العبارة أن تكون نمطية ومتواترة في أغلب الدساتير العربية، وهي ردة فعل لترسيخ الهوية الوطنية في مواجهة النموذج الغربي، حيث ميزت دساتير ما بعد الاستقلال، رغم أن هذه العبارة حملت نوعاً من المحاكاة لنصوص مشابهة وردت في الدساتير الغربية في إطار تنظيم العلاقة بين الدولة والكنيسة(2)، ومُعطى هذا النص أن الدولة مسلمة أو ذات أغلبية مسلمة، دون اشتراط ارتباط التشريع على اختلاف أنواعه بالأحكام الإسلامية فالدولة التي تستخدم هذه الصياغة ليست دولة علمانية، وإنما هي دولة ذات هوية إسلامية مع مجال واسع من التسامح والمرونة، فيما يتعلق بالمسائل الجدلية أبرزها تلك المتعلقة بممارسة الحرية الدينية، وآلية إدارة الحكم .

وفي ليبيا الدولة التي لا تثير فيها المسألة الدينية حساسية أو احتدامًا مجتمعيًا؛ بسبب غياب الطوائف والأقليات الدينية، والانسجام المذهبي لمكوناته وردت هذه الصياغة في بعض وثائقه الدستورية، حيث نصت المادة الخامسة من دستور الاستقلال على أن : (الإسلام دين الدولة) دون أي إشارة أخرى للدين في متن الدستور وكرر الإعلان الدستوري الصادر عام 1969م ذات العبارة في مادته الثانية: (الإسلام دين الدولة)

(1) د. نجيب الغضبان، بحث بعنوان المسألة الدستورية في سورية (مقارنة سياسية)، منشور في الموقع الرسمي لمركز عمران للدراسات الاستراتيجية، www.omrandirasat.org ، آخر زيارة للموقع يوم 12 - 3 - 2021م .

(2) رغم أن الدساتير الغربية في مجملها دساتير ذات خلفية أيديولوجية علمانية إلا أن الكثير منها قد أورد نصوصاً تعكس الهوية الدينية للدولة حيث تقس في الغالب بما يتوافق مع التوجه العلماني لهذه الدول ففي المملكة المتحدة تعد الملكة اليزابيث الرئيس الأعلى للكنيسة وهي المسؤولة عن تعيين رئيس الأساقفة وسائر كبار رجال الكنيسة الإنجليكانية، في ضوء «نصيحة» يرفعها اليها رئيس الحكومة كما أن مجلس اللوردات نفسه يضم ضمن عضويته 26 أسقفاً يمارسون دوراً أساسياً في عمليات التشريع وسن القوانين كما أنه بمطالعة دستور الجمهورية الأيرلندية نجد ديباجة الدستور تقول "باسم الثالوث الأقدس، الذي منه تصدر كل السلطات، وإليه تنتهي حتماً كل أفعال الرجال والدول". وتمضي الديباجة "نحن شعب إيرلندا، ندرك في تواضع واجباتنا تجاه سيدنا المقدس يسوع المسيح، الذي حفظ آباءنا عبر قرون من الفتن". ويمكننا أن نجد مثل تلك العبارات في الدستور السويدي المادة 4 التي تنص على أنه يجب أن يكون الملك من أتباع المذهب الإنجيلي الخالص ويجب أن يكون أعضاء المجلس الوطني من أتباع المذهب الإنجيلي وكذلك الدستور الإسباني المادة 9 وتنص على أنه يجب أن يكون رأس الدولة من رعايا الكنيسة الكاثوليكية والمادة 6 تنص على الدولة رسمياً حماية واعتناق وممارسة شعائر المذهب الكاثوليكي باعتباره المذهب الرسمي لها وكذلك الدستور اليوناني المادة 1 المذهب الرسمي لأمة اليونان هو مذهب الكنيسة الأرثوذكسية الشرقية ودستور الدانمارك في المادة 1 بند 5 ينص على أنه يجب أن يكون الملك من أتباع الكنيسة الإنجيلية اللوثرية والبند 3 من ذات المادة ينص على أن الكنيسة اللوثرية هي الكنيسة المعترف بها في الدانمارك أما في المجر فيعطي الدستور مكانة لدور الديانة المسيحية في بناء هوية الأمة الهنغارية في ديباجة الدستور المجري عام 2011 يصف المجر بأنها "جزء من أوروبا المسيحية" وتقر "بدور المسيحية في الحفاظ على الأمة"، في حين أن المادة السابعة تنص على أنه "يجب على الدولة التعاون مع الكنائس لتحقيق أهداف المجتمع". ومع ذلك، بضمن الدستور أيضاً حرية الدين والفصل بين الدين والدولة وفي مالطا تعلن المادة الثانية من دستور مالطا أن "دين مالطا هو الكاثوليكية الرسولية" كما لا يفوتنا الإشارة للفايتكان الذي يعد دولة على النمط الثيوقراطي . (موسوعة ويكيبيديا الحرة www.wikipedia.org)

كما أوردت الوثيقة الخضراء لحقوق الانسان⁽¹⁾ في مادتها العاشرة نصها عاما، حظر بشكل واضح أي مؤسسة للحراك الإسلامي، واقتصره في إطاره الهوية العامة للدولة، وهو بالتالي لم يختلف فعليا على النص المقتضب الوارد في دستور الاستقلال الذي أوردناه في السياق، ونصت الوثيقة على أن: (أبناء المجتمع الجماهيري يحتكمون إلى شريعة مقدسة ذات أحكام ثابتة، لا تخضع للتغيير أو التبديل، وهي الدين أو العرف ويعلمون أن الدين إيمان مطلق بالغيب وقيمة روحية مقدسة خاصة بكل إنسان عامة لكل الناس، فهو علاقة مباشرة مع الخالق دون وسيط ويحرم المجتمع الجماهيري احتكار الدين واستغلاله لإثارة الفتن والتعصب، والتشيع، والتحزب والافتتال) وهو ما رده قانون تعزيز الحرية رقم 20 لسنة 1991م في مادته الخامسة التي نصت على: (الدين علاقة مباشرة مع الخالق دون وسيط ومحرم ادعاء احتكار الدين أو استغلاله في أي غرض) وفي الإعلان الدستوري الصادر عام 2011م أوردت المادة الأولى نص: (ليبى دينها الاسلام ...) وهذا النص الذي تواترت كل الوثائق الدستورية الليبية على ترديده، وانقسم الفقه القانوني في التعاطي معه إلى اتجاهين: اتجاه مؤيد، وآخر معارض، ولكل تيار مبرراته وأسبابه التي نحاول أن نسوقها بشكل موجز على النحو الآتي:

أولا- الاتجاه المؤيد لمبدأ الاسلام دين الدولة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن النصوص الدستورية يجب أن تفسر بالنظر إليها باعتبارها كتلة واحدة يكمل بعضها بعضاً، بحيث لا يفسر أي نص منها بمعزل عن النصوص الأخرى، بل يجب أن يكون التعامل مع النصوص الدستورية وفق نسق واحد يضمن التوافق ويتجاوز التعارض، فالأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تعكس الأيديولوجية السائدة وتجعل من أحكامها نسيجاً متألفاً مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها ولا أن ينظر إليها بوصفها قيمة مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي، لذلك يجب أن يفهم النص على بيان الاسلام دين الدولة بحسب السياق العام للصياغة الدستورية.

ومن جهة أخرى فإن هذا المسلك في الصياغة يرفع الحرج عن الحكومات ويوفر على الدولة التي تحوي أقليات دينية ضمن مكوناتها الدخول في حدية وصراع مع التيارات الراضية لأسلمة الدولة، وهو ما لمسناه واقعاً حياً في التجربة السودانية التي اعتمدت أحكام الشريعة الإسلامية في سن قوانينها ومرجعاً رئيساً في تشريعاتها الأمر الذي ولد حساسية مجتمعية أدت إلى الدخول في مواجهات مسلحة أفضت لانفصال جنوب السودان ذي الأغلبية المسيحية والإثنيات الوثنية وتشظي الدولة السودانية بحدودها الموروثة من المستعمر⁽²⁾ فهذه الصياغة تضمن إذا ضرورات العيش المشترك في الدولة المتنوعة ديموغرافياً، كما أنها تخلق حالة من التوازن والمرونة في الدولة المتجانسة دينياً.

(1) تعد الوثيقة الخضراء لحقوق الانسان وقانون تعزيز الحرية وثائق دستورية لأنها تتمتع من الناحية الموضوعية بذات خصائص القواعد الدستورية وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحكامها حيث قضت في الطعنين الدستوريين رقمي 52/2 و 53/2 بقضية 12 / 11 / 2008م في إقرار عدم دستورية نص المادة السادسة من القانون رقم 28 لسنة 1971م بشأن التأمين الإجباري والمادة الثامنة من القانون رقم 1 لسنة 1986م بشأن مساهمة الليبيين في الشركات العامة لأنهما مخالفين للنصوص الواردة في الوثيقة الخضراء وقانون تعزيز الحرية نص الحكمين منشور في مجلة المحكمة العليا، السنة الواحدة والأربعون، العدد الرابع، ص (12، 16).

(2) راجع في تفصيل ذلك د. عبد اللطيف البوني، دستور السودان علماني أم إسلامي، دار الجليل للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الأولى، 1998.

ثانيا- الاتجاه الرافض لمبدأ الإسلام دين الدولة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذه الصياغة ليست حازمة وجازمة فيما يتعلق بتحكيم الشريعة وأنها توافق التيار الداعم لعلمانية الدولة وفصل الدين عن السياق السياسي، فالمبدأ بما يحمله من معانٍ فضفاضة لا يعدو أن يكون شعاراً عاماً لا يحمل أي إلزامية من الناحية التشريعية، ويمنح حرية واسعة للمشرع في سن القوانين سواء التزم بهدي الشرع أو لم يلتزم، ووفق هذا الفهم فبالإمكان سن قوانين متوافقة مع نصوص الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً من مصادر التشريع، وبالإمكان أيضاً سن قوانين تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية من دون أن تكون غير دستورية، وما يثبت عدم الإلزامية في الحالة الليبية ما ورد في حكم المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 14 - 6 - 1970م والذي نص على: (أن إغلاق باب التفاضي أمام أي مواطن مخالف لكل دساتير العالم في نصوصها المكتوبة وغير المكتوبة في مفهومها وفي روحها على أنه إذا خلا أي دستور مكتوب من النص على حق كل مواطن في الالتجاء إلى قضاء تؤمن له فيه حقوق الدفاع فإن هذه القاعدة مستمدة من أوامر العلي القدير ومن الحقوق الطبيعية للإنسان منذ أن خلق⁽¹⁾) ويبين الحكم أولوية الأخذ أصالة بما ورد في الدساتير الوضعية المكتوبة وغير المكتوبة، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية بصفة ثانوية أو احتياطية .

بيد أن النص على إبراز الهوية الإسلامية للدولة في الدستور لا يتوافق مع الاتجاه العلماني الذي يبرر موقفه بأن عبارة (الإسلام دين الدولة) تجافي الأسس الفلسفية، والسياسية والقانونية، التي يقوم عليها مفهوم الدولة الحديثة، فالدولة وفق فهمهم ليست شخصا طبيعيا بل هي شخصية اعتبارية، ولا صفة دينية لها، والقول بأن الهدف من إيراد مثل هذا النص هو دسترة دين المواطنين وترسيخ هويته هدف لا يستقيم، لأنه ليس من وظيفة الدستور باعتباره الوثيقة الأسى بالدولة التدخل في وجدان الناس وعقائدهم، علاوة على اتفاق هذا الأمر مع مبدأ المواطنة وهو السائد في الدولة الديمقراطية الحديثة، والذي يعني أن الفرد لا يُعرف بمهنته، أو بدينه أو بإقليمه أو بماله أو بسلطته، وإنما يُعرف تعريفا قانونيا اجتماعيا بأنه مواطن، أي أنه عضو في المجتمع له حقوق وعليه واجبات وهو يتساوى فيها مع جميع المواطنين، وهذه الحجج التي يسوقها أنصار الاتجاه العلماني والتي ترفض التنصيب على الدين بأي صيغة كانت، هي حجج لا تعدو أن تكون أفكارا سابقة لا يقيّمها المنطق، فالإسلام رسخ مفهوم المواطنة في مجتمع المدينة المنورة رغم الاختلاف من الناحية الدينية حيث تضمنت وثيقة المدينة كل التأكيدات على ضمان الحقوق الإنسانية المشتركة بين اليهود والمسلمين، والتي شملت حق حرية ممارسة الشعائر الدينية والنصر على من حارب أهل هذه الصحيفة، وأن بينهم النصح والنصيحة وهي في مجملها حقوق تمثل لب الدولة المدنية وتدحض الأقاويل بشأن صدام وتنافر الإسلام مع القيم الحديثة للدولة .

الفرع الثاني: القرآن الكريم شريعة المجتمع

وهي من العبارات الفريدة على الصعيد المقارن، والتي ذكرت في الوثائق الدستورية الليبية حيث أوردت وثيقة إعلان سلطة الشعب في مادتها الثانية: (القرآن الكريم هو شريعة المجتمع في الجماهيرية) وذكر القرآن لفظاً دون سواه من مصادر التشريع في الفقه الاسلامي يشير صراحة إلى تجنيها وعدم الأخذ بها، وهو

(1) طعن دستوري رقم 14/1ق، مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة، العدد الأول، ص9 .

أمر يثير الاستغراب، فمصادر التشريع المعتمدة عند أهل السنة تبدأ بالقرآن الكريم الذي يحتل المرتبة الأولى تطبيقاً لقوله عز وجل ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾ [الأحزاب: 36] ثم تأتي السنة النبوية بشقيها القولية، والتقريرية بالإضافة للإجماع الثابت، والقياس السديد، وهي مصادر تأخذ سندها مما ورد عن الرسول وصح عنه أخرج أبو داود والترمذي والدارمي عن معاذ بن جبل بألفاظ مختلفة، أنه لما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن سأله النبي قائلًا له: (كيف تقضي؟) قال: أقضي بما في كتاب الله. قال: (فإن لم يكن في كتاب الله؟) قال: فبسنة رسول الله. قال: (فإن لم يكن في سنة رسول الله؟) قال: أجتهد رأيي ولا ألو فقال رسول الله): (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضاه رسول الله) كما أضاف الفقه بعض المصادر التي تعد محل خلاف من حيث القول بحجيتها وصحة الاستدلال بها كقول الصحابي، والاستحسان، وسد الذرائع، والاستصحاب، والعرف، وغيرها.

ورغم جدلية هذه العبارة الواردة في وثيقة دستورية فإنها تعد عملياً سابقة في الصياغة الدستورية الليبية، لكونها عبارة محددة تفضي مآلاتها لتحكيم الشريعة، وإن اقتصر على المصدر الرئيس من مصادر التشريع في الفقه الإسلامي، على خلاف الصياغات السابقة التي أتت في سياق بيان محددات الهوية الوطنية.

أولاً - الاتجاه المؤيد لمبدأ القرآن الكريم شريعة المجتمع:

يعتبر أنصار هذا الاتجاه أن عبارة القرآن الكريم شريعة المجتمع تتسق مع الأيديولوجية التي يرتكز عليها النظام السياسي لاسيما أن القرآن الكريم هو الأصل في التشريع الإسلامي، فقد بينت فيه أسس الشريعة، وأوضحت معالمها في العقائد تفصيلاً وفي العبادات والحقوق إجمالاً وهو في الشريعة الإسلامية كالدستور في الشرائع الوضعية، واعتباره أساس التشريع في المجتمع لا ينفي بالضرورة دور السنة النبوية والمصادر التراتبية الأخرى فالقرآن يتناول الأحكام بالنص الإجمالي ولا يتصدى للجزئيات وتفصيل الكيفيات إلا قليلاً، لذلك يحيل القرآن في ذاته للسنة النبوية لبيان التفصيلات فيقول الحق ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [الحشر: 7] فالثابت إذا أن القرآن هو المرجع الأول، ولا يلجأ أحد إلى غيره إلا إذا لم يجد ما يطلبه فيه، وأن دلالة على الأحكام قد تكون قطعية إذا كان اللفظ الوارد فيه يدل على معنى واحد ولا يحتمل غيره وقد تكون ظنية إذا كان لفظه يحتمل الدلالة على أكثر من معنى كما أن النص الدستوري الذي ورد بعد ذلك في المادة العاشرة من الوثيقة الخضراء لحقوق الإنسان والذي نص على (أبناء المجتمع الجماهيري يحتكمون إلى شريعة مقدسة ذات أحكام ثابتة لا تخضع للتغيير أو التبديل وهي الدين أو العرف) وهو النص الذي جعل من العرف مصدراً معتبراً لا يقدر من الدين أو يضاويه فالعرف هو الشيء المعروف المؤلف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول ومنه قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199] كما أن معظم العلماء يستدلون على مكانة العرف الفقهية في بناء الأحكام الشرعية بأثر عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- وهو من كبار فقهاء صحابة الرسول -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) لذلك فإن هذا النص الدستوري في رأي مؤيديه يضمن تحكيم الشريعة الإسلامية وفق أسس واضحة، تراعي تكوين المجتمع وتتوافق مع طبيعته مستندا على النص القرآني الثابت والعرف الناشئ من فهم المجتمع لأحكامه.

ثانيا- الاتجاه الرافض لمبدأ القرآن الكريم شريعة المجتمع:

وهو الاتجاه الذي علل رفضه بنفي أي صفة عن القرآن الكريم ومنها صفة شريعة المجتمع⁽¹⁾ كما أنها صيغة لا تحمل إلزاما للسلطة التشريعية بتحكيم الشريعة الإسلامية، والواقع العملي أثبت ذلك، يضاف إلى ذلك أن الصيغة في حد ذاتها تعد من الشبهات التي تدفع بالاستغناء بالقرآن عن السنة فعن عبيد الله بن أبي رافع عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لَا أَلْفِينٌ أَحَدَكُمْ مُتَّكِنًا عَلَى أَرِيكْتِهِ يَأْتِيهِ أَمْرٌ مِمَّا أَمَرْتُ بِهِ أَوْ نَهَيْتُ عَنْهُ فَيَقُولُ: لَا أَدْرِي، مَا وَجَدْنَا فِي كِتَابِ اللَّهِ اتَّبِعْنَاهُ» (رواه أبو داود)، وعن المقداد بن معد يكرب رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أَلَا إِنِّي أُوتِيتُ الْكِتَابَ وَمِثْلَهُ مَعَهُ، أَلَا يَوْشِكُ رَجُلٌ شَبَعَانَ عَلَيَّ أَرِيكْتَهُ، يَقُولُ: عَلَيْكُمْ بِهَذَا الْقُرْآنِ، فَمَا وَجَدْتُمْ فِيهِ مِنْ حَلَالٍ فَأَحْلُوهُ، وَمَا وَجَدْتُمْ فِيهِ مِنْ حَرَامٍ فَحَرِّمُوهُ، وَإِنَّ مَا حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَمَا حَرَّمَ اللَّهُ» (رواه أبو داود). كما أن النص القرآني المنزل لم يُفَرِّقْ بين طاعته سبحانه وبين طاعة نبيه صلى الله عليه وسلم، بل جعل طاعة نبيه طاعة له سبحانه، فقال تعالى: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ..﴾ [النساء:80] وغالب الآيات القرآنية قرنت بين طاعته سبحانه وطاعة نبيه، وما سنَّه الرسول صلى الله عليه وسلم مما ليس فيه نص من كتاب الله فإنما سنَّه بأمر الله ووحيه لذلك يعد اقتصار الشريعة في القرآن الكريم وحده دون غيره قصورا كبيرا في الفهم و مخالفة لما استقر عليه الفقه كما أن عبارة (الدين أو العرف) الواردة في المادة العاشرة من الوثيقة الخضراء تساوي بين الدين على عمومه وبين العرف، فالأصل في " أو " هو التخيير بين أحد الشئيين أو الأشياء، فقصده المشرع في هذه الصياغة ينصرف وضوحا إلى الأخذ بالدين أو الأخذ بالعرف الذي قد يتفق وقد لا يتفق مع صحيح الدين .

الفرع الثالث: الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع

وردت هذه الصياغة في المادة الأولى من الاعلان الدستوري الصادر عام 2011م ومصطلح الشريعة الإسلامية ورد بشكل سبقي في هذا الاعلان فلم تشرله بشكل واضح أي وثيقة دستورية ليبية سابقة لهذا الإعلان، حيث يحل وصف الإسلام أو الدين دون ذكر المركب اللفظي الشريعة الإسلامية، وهذه العبارة هي الأكثر ورودا في الدساتير العربية، يختلف تفسيرها وتحديد مفهومها بحسب الأيديولوجية السياسية للنظام، فهذه الصياغة حمالة أوجه قد تفسر من باب كونها المصدر الرئيسي الذي يمنحها الأولوية في سلم المصادر المستقاة في صياغة التشريع دون إغفال بقية المصادر، كما أنها قد تفسر في إطار إلزامي يدفع لتأسيس النظام الدستوري وفق أسس النظام الإسلامي وقواعده ومبادئه بدءاً من تحديد شكل الدولة وطبيعة نظامها السياسي وشكله، وكذلك فيما يتصل بتكوين واختصاصات السلطتين التشريعية، والتنفيذية والعلاقة بينهما، وحقوق وواجبات الأفراد تجاه الدولة والمجتمع وغير ذلك من محاور النظام الدستوري إلى التشريعات العادية الأخرى .

ولكن ما لمقصود هنا بالمركب اللفظي (الشريعة الإسلامية)؟

(1) ويؤيد هذا الاتجاه ما ذهب إليه مجلس دائرة الإفتاء في المملكة الأردنية والتي تعتمد في الفتوى على المذهب الحنفي حيث أصدرت بتاريخ: 13/9/1419هـ، الموافق: 31/12/1998م القرار رقم: (42) بشأن فتوى حول حكم تداول مصحف كتب عليه "القرآن شريعة المجتمع" حيث نصت الفتوى على ما بيانه: (رأى المجلس أنه لا يجوز عند طباعة المصحف وضع أي عبارة تفيد حصر القرآن الكريم ورسالاته في نقطة معينة، أو صفة كـ "القرآن شريعة المجتمع"، العبارة الموجودة على غلاف المصحف المشار إليه في السؤال ولذلك لا بد من إعادة طبع الغلاف بدون العبارة المذكورة؛ إذ لا يجوز تداول هذه الطبعة في السوق إلا بعد إزالة العبارة. والله تعالى أعلم) .

الشرعية لغةً تعني الطريقة المستقيمة وكل ما هو محدد وواضح خالٍ من الغموض والعرب لا تسميها شريعةً حتى يكون الماء عدداً لا انقطاع له ويكون ظاهراً معيناً لا يُسقى بالرشاء⁽¹⁾ وقد وردت في القرآن بصيغ مختلفة عنت جميعها النهج الذي اختاره الله لعباده والذي ينظم العلاقات الانسانية المختلفة ويضمن الفلاح في الدنيا والآخرة قال تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ﴾ [الشورى:13] وقال تعالى ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمَهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾ [المائدة:48] وقال تعالى ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الجاثية:18] ومن الناحية الاصطلاحية فيراد بها ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من أوامرونواه وأحكام سواء كانت هذه الأحكام متعلقة بعلاقة الإنسان بربه في مسائل العقيدة والعبادات أو تلك المتعلقة بتنظيم مصالح الناس ومعاشهم من أقوال وأفعال وتصرفات وهي منظومة يرى أنصارها بأنها تضمن الفلاح والصلاح في الدنيا والآخرة .

أولاً - الاتجاه المؤيد لمبدأ الشريعة المصدر الرئيس للتشريع:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رئيساً للتشريع يجعل كل التشريعات في الدولة على اختلاف درجاتها متوافقة ومنسجمة مع الأحكام الإسلامية، مع إمكانية اللجوء إلى المصادر الأخرى التي بشرط عدم مخالفتها للمبادئ العامة التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية، فترتيب سلم المصادر يحتم الانسجام بينها فلا يتصور أن تتضارب أو تتوازي المصادر طالما تم ضبطها بالمعيار الرئيسي وهو الشريعة الإسلامية فطالما وصفت وحدها بأنها مصدر رئيسي يكون ما سواها من مصادر لها صفة ثانوية، ولذلك فإن الشريعة الإسلامية يجب أن تكون المصدر الأول الذي يجب أن يستقي منه المشرع قواعده، أما المصادر الأخرى فتأتي في مرتبة دنيا، ومن ثم لا يجوز أن يستمد من هذه المصادر ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ذات المرتبة الأعلى .

ويختصر هذا الاتجاه ما ذهبت له اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور المصري عام 1980م فيما يتعلق بتعديل المادة الثانية من دستور 1971م لتصبح الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع بأن هذه المادة: (تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها، مع إلزامه بعدم التجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية اللازمة التي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة في الشريعة) .

ثانياً- الاتجاه الرافض لمبدأ الشريعة المصدر الرئيس للتشريع:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذه الصياغة شأنها شأن الصياغات السابقة لم تكن حازمة أو حاسمة في مسألة تحكيم الشريعة الإسلامية كما يرى أصحاب التفسير الضيق لمصطلح التشريع حجراً للشريعة الإسلامية في إطار التشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية اعتماداً على ما درج عليه رجال القانون من

(1) الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ص315.

تفسير كلمة (التشريع) للدلالة على ما يصدر عن السلطة التشريعية وبالتالي عدم إمكان شمولية قواعدها، كما أنه لا يوجد ضامن يمنع تعارض المصادر الثانوية مع الشريعة الإسلامية التي تظل موقوفة على فهم المحكمة العليا لحدودها ومآلاتها في التشريع، أو الجهة الموكل لها التفسير، وخير مثال على ذلك ما ذهبت له في المذكرة التفسيرية للدستور المصري لعام 1971 والتي اعتبرت أن الأخذ المطلق بهذه الصياغة قد يقود المشرع للخرج حيث أوردت ما نصه (أن وضع النص بهذه الصيغة توجيه للمشرع وجهة إسلامية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تماشياً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن بل وإن في النص ما يسمح مثلاً بالأخذ بالقوانين الجنائية الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الإسلامية، وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل: (الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع) إذ أن مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ عن مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم مما قد يوقع المشرع في حرج بالغ إذا ما حملته الضرورات العملية على التمهّل في التزام رأي الفقه).

تأسيساً على ما تقدم، نخلص إلى نتيجة مهمة تبرر السرد التاريخي وسياقات النص في بيان تطور المسألة الدينية في التشريع الليبي، فالدولة الليبية التي تعاني فيها الهوية الوطنية أزمة حقيقية، تأسست محدداتها على ثنائية الدين والقبيلة، وكانت بينتها السياسية منذ الاستقلال مرتبطة بمؤثر خارجي، وأيديولوجية جمعية، لا تعترف بالحالة الوطنية كما هو الحال في النظام الملكي والجماهيري حيث يرتبط المخيال الجامع بحلم الخلافة الإسلامية أو الوحدة العربية وهو ما أثر سلباً على الرؤى الوطنية، التي ظلت عاجزة على تقديم نموذج محلي يستوعب التفاعل الوطني في المجتمع، لذلك ظل مصطلح تحكيم الشريعة حبيس النص ومجرد أداة سياسية تستغل في الغالب لخدمة الأنظمة أو التيارات السياسية المتنافسة، دونما القدرة على إنتاج منظومة متكاملة تحول الشعارات إلى واقع، كما أن طغيان الزعامة بمفهومها الاجتماعي بوصفها أحد دعائم القبلية التي أشرنا على محوريتها في الحالة الليبية ساهمت في الحد من الفكر السياسي وشلّت قدرات الجماعات السياسية والإسلامية على إنفاذ مشاريعها وطرح تصوراتها لصالح الزعيم القادر على تحريك الجماهير وجذبهم نحو شخصيته المركزية، وهو عائق فاقمه غياب الثقافة الأهلية، والحركات الاجتماعية الفاعلة في ليبيا كمنظيراتها في دول الإقليم، مما يعني فقد القدرة على توجيه المجتمع لأهداف محددة وتكوين مؤسسات فاعلة تنتج الفكر وتطرح البديل

المبحث الثاني

التشابك الدلالي بين المفاهيم الدستورية والشريعة

أنتج التداخل بين المفاهيم والأفكار ذات المرجعيات المتعددة نوعاً من الاشتباك الدلالي الذي يستوجب فضه عبر آليات فهم موضوعي، وهذه الدراسة تفرض علينا بيان زوايا التقاطع والتوازي بين الفكر الإسلامي والفكر الغربي، فيما يتعلق بأساليب إدارة الحكم، والسلطة والتضاد والتوافق بينهما، فعند الاقتراب من مسألة العلاقة بين الديني والسياسي في الإسلام تبرز أهمية بيان المصطلح واكتشاف المساحة المشتركة التي تنشأ من التفاعل الإيجابي بين إنتاجات العقل الإسلامي، وما يماثلها من إنتاجات العقل الإنساني، والسعي إلى إعادة تأسيس منظومة الحكم على قاعدة استيعاب الجامع الديني في بنيته وتدارك ثغرة الانفصال عن الأصول الثقافية والدينية للمجتمعات الإسلامية في آن، وهذا السعي يبدو جبرياً في ظل

ارتدادات فكر الحداثة⁽¹⁾ الذي شكل حلقة مفصلية في العلاقات السياسية والقانونية الحاكمة للدولة الحديثة، والتي أنتجت معادلة قضيتها مجتمعات غربية ناهضة في موازاة مجتمعات إسلامية منكفئة منذ القرن الثامن عشر الأمر الذي يطرح جملة من التساؤلات؛ حول ضرورات النهضة والتنمية والتحديث والقضايا الحيوية المتصلة بها كقضية الديمقراطية والعلمنة والدولة ونظام الحكم، وهي جملة تساؤلات لا يمكن حسمها إلا من خلال ضبط المصطلحات والمفاهيم وتفكيك العلاقة بين الدين والسياسة، مع الاستعانة بالمقاربات التاريخية التي ربطت الإسلام بالسياسة والتي فرضتها ظروف نشأة الإسلام في الجزيرة العربية في مجتمع ما قبل الدولة أفضت إلى تزامن نشوء الدين والدولة كأساس تنظيمي لنشر الدعوة في ذلك الوقت، فالإسلام دين ودولة خلافاً لغيره من الأديان التوحيدية التي تقبل العلمانية، إلا أن هذه الحالة الإسلامية الخاصة يضعها البعض في السياق التاريخي وحسب، باعتبار أن سياسة وإدارة الحكم ليست من جوهر الإسلام أو من صلب ماهيته العقديّة، رغم اتساع مفهوم السياسة، بحيث يمكنه ببساطة أن يستوعب جميع الأنشطة من عبادات ومعاملات.

وبالعودة إلى كل ما ذكر، فإنه وجب علينا، وعلى المستوى النظري، بيان وتحليل أبرز المسائل الحديثة التي تشكل جوهر الاشتباك بين المفاهيم الدستورية ذات المرجعية الإسلامية وما يناظرها على صعيد الفكر الغربي وعلى رأسها مسألة الحاكمية الإلهية وسيادة الأمة بوصفهما الإطار الفكري للقاعدة الدستورية وهما مرتكزان فكريان محوريان ومتضادان سنحيطهما بالشرح والتحليل في مطلبين متتابعين نناقش فيهما الطرحين الديني والغربي للمسألة الدستورية على النحو الآتي :

المطلب الأول

محددات التصور الإسلامي للمسألة الدستورية

يعد مفهوم الحاكمية الإلهية من أكثر المفاهيم الضدية إثارة للجدل لاسيما أن المصطلح يمثل حجر الزاوية في المنظومة الفكرية الإسلامية حيث تنبني عليه السياقات التنظيرية لعملية ممارسة السلطة وإدارة الحكم، على نقيض مبدأ سيادة الأمة، فكلتا المفهومين يقودان لنتائج مختلفة حيث ترسخ الحاكمية الإلهية الخضوع القانوني والتشريعي لأحكام الشريعة الإسلامية وتأسيس نظرية الحكم والدستور وفق رؤى شرعية بحثية، سرعان ما تنتج تصادما حقيقيا مع مفهوم سيادة الأمة الذي يحدد عن الأحكام الشرعية لصالح الرؤية البشرية التي يحكمها دستور توافقي، وقد استغلت هذه العلاقة الحدية بين المفهومين في تغذية الكثير من التيارات والمناهج الفكرية التي وقفت موقف عدائي من الحالة المدنية التي ينتجها الدستور المناقض لتوجه الحاكمية، وبالتالي يناقض الهوية والثابت الديني المؤسس لها، فالحاكمية ليست مجرد إطار ديني بقدر ماهي منظومة قانونية حاكمة لكيان المجتمع الإسلامي، يهدف منظورها والمدافعين عنها للوصول إلى نموذج الحكم

(1) تعد الحداثة من المذاهب الفلسفية التي ظهرت في بدايات العام 1865م واستمر أوجها حتى نهاية الحرب العالمية الثانية، حيث كرس المذهب الحدائي للنهضة والتفوق التكنولوجي وفق معاييرها الحديثة وشملت كافة النواحي الأدبية والفنية والسياسية وهي في مجملها تعد ردة فعل على الأفكار الكنسية التقليدية التي استبدلتها بأسس ترتكز على العلم، والمنطق، والديمقراطية وأبرز روادها الفيلسوف الألماني هيجل و فريدريك نيتشه ولم تسلم النظرية من النقد حيث لاقت ردات فعل على صعيد الفكر الغربي الذي أثمر ظهور فلسفة ما بعد الحداثة أواخر القرن العشرين، وتميزت بالتشكيك الواسع، والنسبية، والشك بالمنطق وقد انتقد بعض الفكر العربي الحداثة حيث أورد الدكتور عبد الوهاب المسيري في مؤلف الحداثة وما بعد الحداثة أن (أهم خصائص الحداثة الغربية تتلخص في أن المادة هي أساس الفكر ومصدر المعنى والقيمة، وفي أن التكنولوجيا العلمية، هي التي تمثل معيار القيمة وتعمل على السيطرة على الطبيعة. ومن خلال هذه الحداثة الغربية يتم النظر إلى الغرب على أنه مركز الكون ولا معنى للإنسانية من دونه) .

المثالي من وجهة نظرهم والقائم على فكرة (الخلافة الإسلامية)، التي هي بمثابة النيابة عن حاكمية الله ورسوله في الأرض .

ولمحاولة فهم المشروع الفكري المؤسس على سياقات المفهوم وتحري وفك الاشتباك الدلالي بين المفاهيم المتناظرة فإنه وجب علينا تحليل مصطلح الحاكمية وبيان محوريته في النظرية الدستورية الإسلامية كما سيأتي بيانه :

الفرع الأول: مفهوم الحاكمية الإلهية وسندها الشرعي

يعد الاسلام الأيديولوجيا الدينية والسياسية التي حكمت العلاقة بين الدولة والمجتمع في العالم الاسلامي لقرون طويلة حيث عد مصدر الشرعية الأول وحرصت من خلاله نماذج الحكم المتعاقبة على الحفاظ على الطابع الإسلامي للحكم، وإن كان شكليا بوصف ذلك أحد مقتضيات الوصول إلى السلطة واستقرار الأمر فيها للمنظومة الحاكمة حيث يوظف الدين في صناعة أيديولوجيا رسمية للدولة وفي غمرة الجدل الدستوري الذي يصاحب كل عملية تحول ديمقراطي يشهدها قطر إسلامي أو مراحل تغييرات جذرية في الفكر السياسي الاسلامي يثار الخلاف حول مفهوم الحاكمية ومحدداتها التي لم تكن يوما محل إجماع بين المفكرين الاسلاميين⁽¹⁾ والتمتعن في السياقات التاريخية للمصطلح يتضح له بجلاء الارتباط الكبير بين الحاكمية ومفكري الاسلام السياسي من أمثال المفكر الهندي أبو الأعلى المودودي (1903 – 1979) وهو واحد من أهم من أصلوا لهذا المفهوم في الفكر الديني المعاصر حيث أطر لمفهوم الحاكمية في عديد المؤلفات وقدم تصوره للدستور الاسلامي وكذلك سيد قضب المتأثر بفكر المودودي والذي نحا بمصطلح الحاكمية منحى أكثر تشدد و حدية⁽²⁾ .

والحاكمية لغةً مشتقة من مادة الفعل (حكم)، والفعل "حكم" ومشتقاته ورد في القرآن الكريم أكثر من مائة مرة، ولذلك تشكلت منه معانٍ متعددة، منها ما يفيد: التشريع والتحريم كقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [يوسف:40] أو ما يعني القضاء والفصل بين المتنازعين، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: 58] ومنها ما يعني القضاء والقدر كقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَعَلَيْهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ﴾ [يوسف:67] ومنها ما يفيد معنى العلم والفقه والنبوة؛ ومنه قوله تعالى: ﴿يَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ وَآتِنَاهُ الْحُكْمَ﴾ [مريم:12] .

أما اصطلاحاً فهي تعني أنّ السيادة والسلطة العليا في يد الله وحده، وأنّ على كل المسلمين تطبيق حكم الله، في كل شؤون الدين والدنيا، وبالأخص في شؤون السياسة، فلا حاكمية للبشر، مهما ارتكزت على قوانين ونصوصٍ دستورية، ولو تواطأ عليها البشر جميعهم، فالحاكمية محجوزة لله وحده ، بكل معانيها وتجلياتها، فهو ليس مجرد خالق فقط، بل هو حاكم وأمر، فليس للإنسان مجالاً في التشريعات الاجتماعية والسياسية والقانونية، بل ليس للأمة كلّها سلطة لا في التشريع ولا في التقنين؛ فالله هو مصدر السلطات

(1) يقول د. محمد عمارة في معرض نقده لفكرة الحاكمية في كتابه أبو الأعلى المودودي والصحة الإسلامية (إن مقولة الحاكمية في فكر الخوارج القدماء، وفي كل كتابات أبو الأعلى المودودي هي فكر سياسي إسلامي، أي اجتهادات إسلامية، إن ألزمت أصحابها فهي غير ملزمة للآخرين، لأنها ليست ديناً ثابتاً فلا هي بالبلاغ القرآني ولا هي بالبيان النبوي للبلاغ القرآني وإنما في فقه سياسي يقبل منه ويرفض، يؤخذ منه ويرد كما أن هذا الفكر عن الحاكمية له معارضون كثيرون فلا علاقة له بالإجماع مع افتراض إمكانية الإجماع في الفقهيات والسياسيات أصلاً) .

(2) أشاد سيد قطب في كتابه معالم في الطريق بالحاكمية التي رتب عليها نتائج خطيرة حيث كان يرى (أن كلّ حكم لا يقوم على أساس إفراد الله تعالى بالحاكمية، هو حكم غير إسلامي، ولو قامت عليه هيئة دينية، أو حمل عنواناً إسلامياً؛ فإله وحده له الحكم والأمر، وما دون ذلك جاهلية، واعتداء على سلطان الله تعالى في الأرض، ومن ثم فهو اعتداء على عباده، فأية حكومة لا تتحقق لها شرعية سياسية إلا إذا التزمت بحاكمية الله تعالى) .

جميعها لا الأمة يقول تعالى: ﴿ وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ [المائدة: 49، 50] فالإسلام وفق هذا الفهم ليس مجرد ارشادات أخلاقية جامدة بإمكان كل شخص ممارستها بمفرده في منزله أو في دور العبادة بل هو عبارة عن كل متجانس فهو مؤسسة دستورية قائمة بحد ذاتها فهو عبارة عن نظام قانوني واقتصادي واجتماعي متكامل لا يتصور نجاحته دون وجود حكومة إسلامية تطبق هذه الأمور الربانية على أرض الواقع وبذلك يكون مفهوم القانون والتشريع في المجتمع الاسلامي شاملا وعاما وبلا أي تمييز⁽¹⁾ فلا سيادة للشعب وإنما السيادة الكاملة على الكون والإنسان هي لله صاحب السيادة على مخلوقاته فهي سيادة أبدية وأزلية لا ينازعه فيها أحد قال تعالى: ﴿ الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَلَمْ يَتَّخِذْ وَلَدًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ وَخَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ فَقَدَرَهُ تَقْدِيرًا ﴾ [الفرقان : 2] والارادة والمشيئة الالهية قد تمت على هذا الأساس حيث إن الانسان لا يملك حق الاختيار أو الحرية في هذا الصدد؛ لأن الهدف الأساسي من إرسال الأنبياء وبعثهم هو إطلاع الناس وإبلاغهم بحكم وسيادة الله وأن يعبدوا الله وأن يجتنبوا سيادة الطاغوت حيث إن مبدأ التوحيد والإيمان به يشكل أساس الحكومة الإسلامية .

ويعرف أبو الأعلى المودودي الحاكمية بأنها (كلمة تطلق على السلطة العليا والسلطة المطلقة على حسب ما يصطلح عليه اليوم في علم السياسة لكون فرد من الأفراد أو مجموعة من الأفراد أو هيئة مؤلفة منهم حاكما إلا أن حكمه هو القانون وله الصلاحيات التامة والسلطات الكلية غير المحدودة لينفذ حكمه في أفراد الدولة، وهم مضطرون إلى طاعته طوعا أو كرها وما هناك من شيء خارجي يحد صلاحياته في الحكم غير إرادته ومشئته هو نفسه)⁽²⁾ والحاكمية وفق هذا الفهم محجوزة بشكل كامل لله وحده لا ينازع سلطانه أحد وفق فكر المودودي حيث يقول في معرض رده عن سؤال لمن الحاكمية (أن الله وحده هو الحامل لهذه الحاكمية وأنه هو الغالب المطلق الأعلى ﴿ فَعَالٌ لِّمَا يُرِيدُ ﴾ [البروج : 16] وأنه هو وحده غير مسؤول عن أعماله ﴿ لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ ﴾ [الأنبياء : 23] وأنه هو المقتدر القوي العزيز ﴿ فَسُبْحَانَ الَّذِي بِيَدِهِ مَلَكُوتُ كُلِّ شَيْءٍ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ ﴾ [الأنبياء : 23] وأنه هو وحده الذي لاتحد سلطته قوة من القوى ﴿ قُلْ مَنْ بِيَدِهِ مَلَكُوتُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ يُجِيرُ وَلَا يُجَارُ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [المؤمنون : 88] وأنه هو وحده المنزه عن الخطأ ﴿ هُوَ اللَّهُ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْمَلِكُ الْقُدُّوسُ السَّلَامُ ﴾ [المؤمنون : 88])⁽³⁾

الفرع الثاني: دلالات الصياغة الدستورية لمبدأ الحاكمية

إذا اعتمدنا على مفهوم الحاكمية الإلهية كمبدأ عام يحكم أي تصور دستوري لشكل الدولة التي ترد دائما في الفقه الاسلامي تحت مسمى الولاية رغم جدلية الفكرة والآراء الناقدة التي اعتبرت الحاكمية مجرد اجتهادات إسلامية، إن ألزمت أصحابها فهي غير ملزمة للآخرين، لأنها ليست دينا ثابتا فلا هي بالبلاغ القرآني ولا هي بالبيان النبوي للبلاغ القرآني وإنما في فقه سياسي يقبل منه ويرفض⁽⁴⁾ إلا أن الإطار العام للنظرية الدستورية في الإسلام لا يخرج عن التصور الموروث لدولة الخلافة الإسلامية، والتي تشكل الحاكمية الإلهية

(1) جعفر سبحاني، أسس الحكومة الإسلامية، مركز النشر توحيد، قم، 1992م، ص26 .

(2) أبو الأعلى المودودي، تدوين الدستور الاسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الخامسة، 1981م، ص19 .

(3) أبو الأعلى المودودي، تدوين الدستور الاسلامي، المرجع السابق، ص20 .

(4) د. محمد عمارة، أبو الأعلى المودودي والصحة الإسلامية، مرجع سابق، ص23 .

محورا رئيسا في تنظيمها وصناعة مؤسساتها لذلك ووفقا لهذا التصور فإننا سنورد محددات الصياغة الدستورية لفكرة الدولة في الاسلام وفق الثوابت التي تشكل الحد الأدنى من التوافق داخل المنظومة الفكرية الإسلامية والتي تستند على ثلاث أركان نعددها على النحو الآتي :

أولا - الحكم بما أنزل الله (تحكيم الشريعة):

وهو المبدأ الذي يترجم مفهوم الحاكمية الإلهية ويؤسس الفكر الإسلامي لهذا المبدأ من منطلق أن الإسلام عقيدة دينية، وشريعة حياتية، تؤسس لنظام كلي وشامل للإيمان والحياة، فهو دين ونظام سياسي أي دين ودولة، فبقدر ما نظمت الشريعة الإسلامية وأحكامها، حياة المجتمع وعلاقات أفرادها على الصعيد الدينية والاجتماعية، فإنها قد نظمت أيضا حياتهم في كلياتها وجزيئاتها، مما يجعلها مؤهلة لإدارة شؤون المجتمع الاسلامي وتنظيم حياته في شتى مفرداتها وتفصيلها(1)، والحكم بما أنزل الله ليس محصورا في إقامة القوانين وإصدار اللوائح التنفيذية؛ بل هو نظام ومنهج للحياة يقوم على تحقيق وتطبيق منظومة القيم الإسلامية الخاصة بالحكم؛ كالشورى والعدل والحرية والمساواة والأمانة ، وغير ذلك من القيم والمبادئ العامة للنظام السياسي الإسلامي، والمصدر الأساسي للتشريع هو القرآن الكريم وجاءت السنة لتفسيره، وفتح باب الاجتهاد بصوره المختلفة فمع وجود هذه القوانين العامة والمبادئ الأساسية ترك التفاصيل للظروف الخاصة لكل مجتمع عن طريق الاجتهاد فيما لا نص شرعي فيه، ومبدأ الاجتهاد في حد ذاته كمصدر معتبر للتشريع يختصر مرونة الاسلام ويحقق ديمومته بوصفه صالح لكل زمان ومكان (2) .

ثانيا- الإمامة (منصب الرئاسة):

وتستخدم للدلالة على منصب الخليفة أو الرئيس الأعلى أو الملك ويطلق على الحاكم الإمام نسبة؛ لأنه يؤتم به وتشبيها لدور الامام في الصلاة، وإن كان يطلق عليها البعض الإمامة الكبرى أو العظمى تميزا لها عن إمامة المصلين أو الإمامة الصغرى التي يقوم بها نائب الخليفة⁽³⁾ ، حيث يعتبر الامام زعيما دينيا وفي نفس الوقت زعيما سياسيا يجسد جوهر النظام السياسي يسعى للمحافظة على الأصول الإسلامية وبدعم ورضاً من الجماعة، ووردت الإمامة في القرآن بمعنى القدوة المتبوع، سواء كان للخير أو للشر، من ذلك قوله تعالى عن الانبياء ﴿ وَجَعَلْنَاهُمْ أَئِمَّةً يَهْدُونَ بِأَمْرِنَا وَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِمْ فِعْلَ الْخَيْرَاتِ وَإِقَامَ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءَ الزَّكَاةِ وَكَانُوا لَنَا عَابِدِينَ ﴾ [الأنبياء : 73] وقال عن الكفار ﴿ وَإِنْ نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَهْدِهِمْ وَطَعَنُوا فِي دِينِكُمْ فَقَاتِلُوا أَئِمَّةَ الْكُفْرِ إِنَّهُمْ لَا أَيْمَانَ لَهُمْ لَعَلَّهُمْ يُنتَهَوْنَ ﴾ [التوبة : 12] والإمامة تنعقد بالبيعة الشرعية بعد التوافق إما باختيار أهل الحل والعقد⁽⁴⁾ أو بعهد من قبله، فالعلاقة بين الحاكم والمحكوم قائمة على أساس تعاقد أو عقد مبايعة بين الإمام أو الحاكم وأهل الحل والعقد من الأمة الإسلامية يتضمن حقوقا وواجبات متبادلة تنظم

(1) د. عامر حسن فياض، د. علي عباس مراد، مدخل إلى الفكر السياسي القديم والوسيط، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، الطبعة الأولى، 2004، ص436.

(2) د. حورية توفيق مجاهد، الفكر السياسي من أفلاطون إلى محمد عبده، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1999، ص163.

(3) لمزيد من المعلومات أنظر : د. مصطفى حلمي، نظام الخلافة في الفكر الإسلامي، دار الأنصار، القاهرة، 1977، ص389.

(4) أهل الحل والعقد أو أهل الاختيار كما سماهم الماوردي واشترط فيهم ثلاث شروط وهي العدالة الجامعة لشروطها، وضرورة أن يكونوا من ذوي العلم، وضرورة أن يكونوا من أصحاب الحكمة، كي يحسنوا اختيار الإمام، كما اشترط الماوردي في الإمام سبعة شروط وهي العدالة في شروطها الجامعة، والعلم المؤدي إلى الاجتهاد في النوازل والأحكام، وسلامة الحواس من سمع وبصر ولسان، وسلامة الأعضاء من نقص يمنع من استيفاء الحركة وسرعة النهوض، والرأي المفضي إلى سياسة الرعية وتدبير المصالح، والشجاعة والنجدة المؤدية إلى حماية المتعلقات وجهاد العدو، والنسب أن يكون قرشياً، وهو في مجمل آرائه يؤكد على ضرورة أن يجمع الحاكم بين القوة والعدل، لتفصيل ذلك راجع الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مؤسسة الكتب الثقافية، 2012م، ص5

تلك العلاقة ويتعهد فيها الطرف الأول بتحقيق أهم واجباته، وهو حراسة الدين وسياسة الدنيا وهو في طبيعته عقد حكومي ينظم العلاقة بين الحاكم والمحكوم وليس بعقد اجتماعي ينشئ الدولة⁽¹⁾، والملاحظ في سياق الفكر الاسلامي أن فكرة الاستخلاف وتوريث الحكم التي ابتدعها بنو أمية لا تلقى تأييداً أو تخريجا من العلماء والفقهاء عموماً باعتباره سلوكاً طارئاً لا تدعمه الآراء الشرعية .

وللإمام حقوق على الأمة تتمثل في الطاعة والنصرة وهو حق يأتي كنتاج لقيام الإمام بواجباته وفرض شرعي نص عليه القرآن الكريم يقول تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ [النساء : 59] ويجمع الفقه على عدم جواز مبايعة إمامين في وقت واحد، وذلك تحقيقاً لمصالح الأمة وترابطها وتعبير الأمة هو تعبير جمعي يخاطب به القرآن المسلمين، فلم يخاطبهم باعتبارهم قبيلة مثل بني إسرائيل ولم يخاطبهم باعتبارهم شعباً يسكن بقعة من الأرض ولم ينسبهم إلى مكان كما نسب قبيلة عاد إلى الأحقاف وثمود إلى الحجر بل خاطبهم باعتبارهم أمة أي جماعة إنسانية لها رسالة موجهة إلى الآخرين يقودهم إمام عادل تتركز مهمته الأولى في إنفاذ شرع الله على الأرض قال تعالى : ﴿ وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ ﴾ [البقرة: 143] .

ثالثاً- الشورى (إدارة الحكم):

تعد الشورى الركن الثالث في بناء الحكم الإسلامي وتُعرّف الشورى بأنها طلب الرأي ممن هو أهل له، أو هي استطلاع رأي الأمة أو من ينوب عنها في الأمور العامة المتعلقة بها⁽²⁾ فالشورى أصل هام في نظام الحكم، أما شكل الشورى والوسيلة التي تتحقق بها، فهذه أمور قابلة للتحويل والتطوير وفق أوضاع الأمة وملابسات الحياة فرأى الجماعة أدنى إلى إدراك الصواب من رأي الفرد، والشكل العام الذي تتم به الشورى ليس مصحوباً في قالب حديدي، بل هو متروك للصور الملائمة لكل بيئة ولكل زمان، والتنظم الإسلامية كلها ليست أشكالاً جامدة، وليست نصوصاً حرفية، فالشورى في الإسلام قاعدة يتركز عليها في قوانينه وأنظمتها، واستخدمها الصحابة رضوان الله عنهم بعد وفاة النبي - صلى الله عليه وسلم - ؛ حيث تم اختيار أبي بكر الصديق خليفة لهم بعد وفاة الرسول بالتشاور فيما بينهم، واستمر الأمر كذلك فيما بعد ويجب ملاحظة أن الشورى لا تسلك إلا في غياب النص، فلا شورى مع كلام الله ورسوله، فإذا حكمت المسألة بنص فلا شورى، ولا اجتهاد مع النص والشورى ثابتة بالقرآن والسنة حيث خاطب القرآن الرسول بوصفه إماماً حاكماً للمسلمين في قوله تعالى : ﴿ فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ ﴾ [آل عمران : 159] والأمر الإلهي الوارد في النص القرآني يضع الأساس لبناء كيان يمثل الأمة قاعدته الشورى التي تعني الإلزام بإجراء حوار بين الحاكم (الإمام) والشعب (الرعية) فيما يتعلق بمصلحة الأمة فهي تمنع انفراد الحاكم بالسلطة وتمثل صبغة المجتمع الاسلامي حيث أوردها القرآن الكريم في معرض حصر خصائص المجتمع المسلم ومعالجه قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ ﴾ [الشورى : 38] وهي تأخذ أيضاً وصف النصيحة تحقيقاً لقول رسول الله (الدين

(1) د. حورية توفيق مجاهد، الفكر السياسي من أفلاطون إلى محمد عبده، مرجع سابق، ص 228.

(2) جعفر عبد السلام، نظام الدولة في الإسلام، وعلاقتها بالدول الأخرى، ص 199.

النصيحة) قالو : لمن يا رسول الله ؟ قال (لله عز وجل ، ولكتابه ، ولرسوله ، ولأئمة المسلمين وعامتهم) وعلى الرغم من اختلاف الفقهاء حول آليات تنفيذ هذا المبدأ من ناحية الاختيار أو الوجوب والإلزام، لكنهم مُجمِعون على ضرورة تَحَقُّقها بين المسلمين ورغم جوهرية الشورى في منظومة الحكم الإسلامية وتعدد تطبيقاتها في عهد النبوة والخلافة الراشدة إلا أنها لم تنل مكانتها الجديرة في الفقه الاسلامي بل نكاد لا نرى لها أثرًا معتبرا في كتب الفقه والتفسير وهو ما يمكن تبريره بحدّة الصراع على السلطة التي غلب عليها الاستيلاء والمغالبة بالقوة وتراجع مبدأ البيعة والشورى⁽¹⁾ .

المطلب الثاني

محددات التصور الغربي للمسألة الدستورية

منذ أن أخذت السلطات السياسية شكلها عبر التاريخ قام المفكرون بطرح مجموعة من الحلول والأساليب من أجل الحد من سلطة الحاكم والقادة السياسيين، وعلى الرغم من أن هذه الحلول تعثرت وفشلت في المضمار العملي في كثير من الأحيان إلا أنها لعبت دورا بارزا في بلورة فكرة السيادة في مرحلة تالية، حيث تنص معظم الدساتير الحديثة على فكرة السيادة التي يحدد عن طريقها السلطات الرئيسية في الدولة وهي عماد الدولة الديمقراطية الحديثة حيث تشكل المفهوم تاريخيا كثمره للصراع بين السلطات السياسية المستحوذة على السلطة في أوروبا والتمثلة في الملوك والكنيسة والبرجوازيين ، وبين القوى الثورية التي وصلت للحكم في أوروبا واستطاعت إنفاذ أفكارها في المجتمع لينتج عن كل ذلك خروج الإرادة الشعبية العامة منتصرة من النزاع بين تلك السلطات .

والسيادة مفهوم متعدد التعريفات حيث ظهرت منذ القدم عديد النظريات التي اختلفت حول أصل وجوهر السيادة الذي كان له مضمون ومعنى سياسي تطور عبر التاريخ بالتزامن مع تبلور مفهوم الحكومة، وتثير مسألة السيادة العديد من الأسئلة التي تفرض علينا ابتداء توضيح ماهيتها وانعكاسها على النصوص الدستورية كما سيأتي البيان :

الفرع الأول: المفهوم الدستوري للسيادة

السيادة لغة تعني الأفضلية والتفوق حيث السلطة الحاكمة أقوى وأكثر تفوقا من جميع القوى الأخرى التي تدور في فلك السلطة وفي ترتيب السلطات الحاكمة هي السلطة العليا التي يكون لها الحق في إصدار الأوامر والنهي عنها وفي القانون الدستوري تعني السيادة السلطة العليا التي بيدها صلاحية اتخاذ القرار النهائي والحاسم والسلطة التي تربع فوق الجميع ولا توجد سلطة أخرى أعلى منها والمخول بالسيادة له حق إصدار الأوامر والنهي عنها وفرض تنفيذها، ومن حيث البعد الدولي فالسيادة تعني تلك السلطة السياسية التي لا تخضع لأي سلطة أخرى تملي عليها أوامرها أو تتخذ القرارات بالنيابة عنها⁽²⁾ وليسيادة الدولة وجهان، سيادة داخلية، وأخرى خارجية، تعني الأولى سلطة الدولة على سكان إقليمها بشكل شامل وكامل ولا تستطيع أية سلطة أخرى أن تعلق عليها أو تنافسها في فرض إرادتها على الأفراد والهيئات داخل حدودها أو في تنظيم شؤون إقليمها، أما الثانية فهي خارجية تعني عدم خضوع الدولة لأية دولة أخرى أو سلطة أجنبية، وتمتعها

(1) توحيد الزهيري، بحث منشور بعنوان (التحديات التي تواجه العالم الاسلامي) منشورات دار الجميل، القاهرة، 2003م، ص 138-139 .
(2) د. سيد جلال الدين مندي، القانون الدستوري والمؤسسات في الجمهورية الإسلامية، منشورات بايدار، الطبعة السادسة، 2001م، ص 135.

بالاستقلال الكامل في مواجهة بقية دول العالم وتعاملها معهم على قدم المساواة في التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات الدولية، ولعل أقرب وأصح تعريف للسيادة من وجهة نظرنا هو ما ذهب له الفقيه "جون بودان" الذي يرى أن السيادة تعني الاستقلال المطلق وعدم التبعية لأي سلطة سواء في الداخل أو الخارج، ومن خلال هذا المفهوم القانوني للسيادة، فهي امتلاك السلطات الحكومية وممارستها من قبل الدولة؛ لأن السيادة تسمح للدولة بأن تمارس اختصاصاتها لوحدها وفي إقليمها وعلى شعبيها سواء بالنسبة لممارسة السلطة القضائية أو تنظيم المرافق العمومية كما يسمح لها بممارسة اختصاصاتها بشكل مستقل عن أي سلطة أخرى⁽¹⁾، والسيادة بهذا المفهوم لا تتأسس ببعد ديني وإنما تتأسس ببعد مجتمعي، وهي في الفكر الغربي أخذت اتجاهان يتحدد من خلالهما صاحب السيادة فيما أن تكون السيادة للأمة أو للشعب وهو ما يحتاج منا تفصيلا على النحو الآتي :

أولا- سيادة الأمة:

وقوام هذا المفهوم أن السيادة ليست للملك وإنما للأمة باعتبارها كائنا مجردا عن الأشخاص المكونين لها، وعليه فإنه لا يمكن تجزئتها بين الأفراد وإنما تبقى ملكا للمجموعة المستقلة التي تمثل تعهدا إلى هيئة تستخدمها لصالح الكل فالإرادة العامة هي ملك للأمة جمعاء ليست ملكا للحاكم، ولهذا فإن سيادة الأمة من أهم خصائصها أنها وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة ولا يمكن التصرف فيها أو التنازل عنها وتكون مطلقة وشاملة لا يتم تقيدتها بحدود، ولا ينازعها في السلطة أي تنظيم آخر، وإن كانت تخضع لقيود مبدأ سيادة القانون في عصرنا الحاضر وتراعي العادات والتقاليد الاجتماعية والأمة وحدها هي المالكة، وبالتالي لا يكون الدستور إلا مصدرا لسيادة الأمة، ولا يجوز أن يحد من تلك السيادة، بل يجب أن يكون خاضعا لها، وما هو في جوهره إلا عقد ضمني بين جميع المواطنين، وهو لا يستمد قوته إلا من موافقة الأمة العامة، أو على الأقل موافقة أغليتها، فإذا اتفقت الأمة على نظام وأرادته يجب أن ينفذ هذا الاتفاق وذلك الرضا، وألا يقوم في سبيل ذلك أي عائق ظهرت هذه النظرية على انقراض الملكية المطلقة و محاربة النظام الاستبدادي وترى هذه النظرية بأن السيادة لا يمتلكها المواطنون كافة بل هي ملك جماعة من المواطنين نيابة عن الأمة باعتبارها كيانا مستقلا ومتميزا عن الأفراد والعاجز عن التعبير عن نفسها، فهي بالتالي وليدة التناقضات التي كانت قائمة بين مصالح الملك من جهة ومصالح البرجوازية من جهة أخرى حيث كانت البرجوازية تريد الاستيلاء على السلطة، وإبعاد الضعفاء من ممارسة حق الانتخاب وذلك بتقرير سيادة الأمة .

ثانيا- سيادة الشعب:

وتعد من الاتجاهات الحديثة التي ولدت كرد فعل على مبدأ سيادة الأمة وتقر هذه النظرية بالسيادة للشعب، بمجموعه، بحيث تكون السيادة لكل فرد فيه. أي أن السيادة مجزأة بين أفراد الشعب، يملك كل فرد منهم جزءاً منها، يكون متساويا مع أجزاء باقي الأفراد، وبلا تفرقة بين الحاكم والمحكوم والمقصود بالشعب صاحب السيادة، ليس الشعب بمفهومه الاجتماعي، بل هو الشعب بمفهومه السياسي، الذي يشمل المواطنين المتمتعين بالحقوق السياسية عامة المقيدين في جداول الانتخاب، ومباشرة الترشيح والانتخاب والتصويت في مختلف الاستحقاقات النيابية، وهذا ما عبر عنه جون جاك روسو في العقد الاجتماعي بقوله (لو افترضنا ان الدولة تتكون من عشرة آلاف مواطن فإن كل مواطن يملك جزءاً من عشرة

(1) أشار إليه د. خير إله بروين، الوسيط في القانون الدستوري الإيراني، منشورات الطلي الحوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009م، ص40 .

آلاف جزء من السلطة ذات سيادة) لذلك اتجهت الغالبية العظمى من النظم الدستورية والسياسية المتأثرة الفكر الغربي في مختلف دول العالم إلى تبني نظرية سيادة الشعب، على الأقل لكون تطبيقاتها تنسجم مع الوسائل الديمقراطية بصورة أقوى بالمقارنة مع تطبيقات نظرية سيادة الأمة، وهي إن كانت تمنح السيادة للجماعة إلا أنها لا تنظر إليها كمجموعة مستقلة عن الأفراد المكونين لها، بل باعتبارها مكونة من عدد من الأفراد لكل منهم جزء منها، لذلك فإن هذه النظرية تقضي على فكرة عدم قابلية السيادة للتجزئة وتعتبر الانتخاب حقا وليس وظيفة، فبدلا من شخصنة الحكم وتحكم فرد أو مجموعة أفراد في مقاليد الحكم، وبدلا من نظرية الحق الإلهي أو استناد السلطة إلى مبدأ الاستخلاف أو الوراثة، تفصل الديمقراطية بين المجالين العام والخاص، وتحول الحكم إلى وظيفة لها مبادئ وأسس وقواعد وضوابط. ولهذا السلطة يتولاها من يرى في نفسه القدرة على الحكم ويمتلك المعارف والمهارات اللازمة وتختاره جموع المواطنين.

الفرع الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات

يعد مبدأ الفصل بين السلطات من أهم عناصر الدولة القانونية، وهو مبدأ رئيسي يؤسس للديمقراطية في جوهرها، تماما على نحو مماثل في ذات الأهمية مبدأ سيادة الأمة والشعب، ويعد المفكر الفرنسي الشهير "مونتيسكيو" من رواد هذا المبدأ حيث أسس لمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث: التشريعية، التنفيذية والقضائية، في كتابه "روح القوانين"، الذي ألفه عام 1748م حيث يرى أن كل من يملك سلطة واسعة فإنه سوف يستغلها سلبيا لذلك يجب أن لا تسلم السلطة القضائية إلى مجموعة أشخاص بشكل دائم بل يجب أن تعهد إلى أشخاص مختلفين وبالتناوب، وذلك بعد انتخابهم وفقا للقواعد والقوانين المعمول بها⁽¹⁾ كما يجب أن تعمل كل سلطة في إطار القانون وليس خارجا عنه بحيث تلعب كل سلطة دورا رقابيا يمنع تطرف وتشدد السلطة الأخرى، وبذلك غدا هذا التوجه أصلا ثابتا لقيم دولة القانون بحيث يتولى وظيفة سن القوانين هيئة منفصلة عن الهيئة التي تنفذ، كما فصلت المؤسسات التشريعية والتنفيذية عن مؤسسة ثالثة هي القضاء الذي أنيط به الفصل في المنازعات بين الأفراد وبين الأفراد والهيئات الحاكمة ذاتها. كما تم إخضاع المؤسسات العسكرية والأمنية للمؤسسات المنتخبة ورسم في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا عام 1989م والذي نص في مادته 16 على أن (كل جماعة سياسية لا تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ولا توفر الضمانات الأساسية للحقوق والحريات هي جماعة بغير دستورية)

ويلاحظ أنه عندما رسم المشرع الدستوري لكل سلطة من سلطات الدولة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية حدود وظيفتها فإذا ما خالفت السلطة التشريعية حدود واجباتها فليس لها الحق في إجبار السلطات الأخرى في الدولة ومنها السلطة القضائية على أن تنساق وراءها في هذه المخالفة بل إن من واجب غيرها من السلطات أن تعمل على احترام نصوص الدستور والالتزام بالحدود الواضحة لها فيه فإذا ما تجاوزت السلطة التشريعية النطاق المحدد لها وخالفت الدستور كان للسلطة القضائية حق رفض تطبيق القوانين المخالفة للوثيقة الدستورية ويستمد القضاء هذه الشرعية من المبدأ في ذاته فالتدخل القضائي لا يتضمن أي اعتداء من جانب السلطة القضائية على اختصاصات السلطة التشريعية المحددة دستوريا كما

(1) مونتيسكيو، روح القوانين، المجلد الأول، الكتاب الحادي عشر، ترجمة علي أكبر مهتدي، الطبعة التاسعة، ص296.

أن خروج أعمال السيادة عن ولاية القضاء يعد أحد صور التطبيق الأمثل لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يوجب توازنا دقيقا بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بحيث تتولى كل من هذه السلطات صلاحياتها التي أسبغها عليه الدستور وفي الحدود التي رسمها، ومن خلال ذلك يتبين أن مبدأ الفصل بين السلطات يتكون من بعدين: أحدهما تنظيمي، والآخر: قانوني، بحيث يعبر البعد التنظيمي عن تقسيم العمل بين مؤسسات الدولة بما يؤدي إلى فصل عضوي بين هذه المؤسسات من ناحية وفصل وظيفي فيما يتصل باختصاصاتها من ناحية أخرى ثم يأتي البعد القانوني متمثلا في مجموعة القواعد المنظمة لعلاقات تلك المؤسسات وهي تمارس وظائفها وعلى وضع يصح معه القول بأن مبدأ الفصل بين السلطات يعني في مدلوله القانوني هذا تنظيم العلاقات بين سلطات الدولة فيما بينها⁽¹⁾ ويحقق مبدأ الفصل بين السلطات العديد من المزايا وتتلخص أهمها في النقاط التالية:

أولا- ترسيخ سيادة القانون:

يعد ترسيخ القانون من أهم النتائج الإيجابية لمبدأ الفصل بين السلطات ، والمبرر الأساسي للأخذ بهذا المبدأ ، فجمع السلطات بيد شخص واحد يتيح الفرصة لإساءة استعمال السلطة ، وانتهاك حقوق وحرية الأفراد ، دون وجود رقيب ، ودون إعطاء فرصة للأفراد بالدفاع عن حقوقهم وحريةهم أمام جهة أخرى أما توزيع السلطات بين عدة هيئات مع الفصل بينهما فإنه يفسح المجال لكل هيئة في مراقبة أعمال الهيئتين الأخرين بما يؤدي إلى منعها من التجاوز أو الإساءة وانتهاك حقوق وحرية الأفراد، فمن المزايا الهامة لمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث أنه يؤدي إلى ضمان احترام مبدأ سيادة القانون في الدولة ، بحيث تضمن خضوع السلطات الحاكمة للدستور والقانون، وليس فقط الأفراد؛ لأنه إذا اجتمعت وتركزت السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في هيئة واحدة فلا ضمان لاحترام القانون؛ لأن هذه الهيئة ستقوم بوضع القوانين وتعديلها بناء على احتياجاتها الفردية الطارئة مما يفقد القانون صفة العدالة؛ لأنه لن يصبح قواعد عامة ومجردة⁽²⁾ وكذلك لو مارس القضاء سلطة التشريع أيضاً، فإن ذلك يؤدي إلى عدم عدالة القانون وأيضاً عدم عدالة الأحكام لذلك فإن الفصل بين السلطات وما يصاحبه من رقابة متبادلة بينها ، يؤدي إلى ضمان احترام كل سلطة لحدودها الدستورية واحترامها لقواعد القانون ، بالإضافة إلى أن الفصل بين السلطات يجعل السلطة القضائية رقيباً على السلطتين الأخرين ويضمن بوجه خاص خضوع قرارات السلطة التنفيذية لرقابة القضاء وإلغائها عند مخالفتها للقانون .

ثانيا- ضمان حسن أداء المؤسسات:

الميزة الثانية لمبدأ الفصل بين السلطات هي أنه يحقق مبدأ تقسيم العمل والتخصص ، الذي من شأنه أن يحقق إتقان كل هيئة لوظيفتها وحسن أدائها، فمن الثابت أن التخصص وتقسيم العمل يؤدي إلى إتقان العمل ليس فقط في مجال علم الإدارة، بل أيضاً في المجال السياسي وبمقتضى ذلك المبدأ فإن تقسيم العمل إلى عدة أجزاء حسب نوع التخصص لكل جزء منها ، ثم يعهد بكل جزء منه إلى الخبراء المتخصصين تخصصاً دقيقاً في نوعية المهام والمسؤوليات التي يتضمنها ذلك الجزء ليتولوا أداءها بالكفاءة التي تتناسب مع تخصصهم فيها ، وبذلك يدار العمل كله بأكبر قدر ممكن من الكفاءة والدقة، وتطبيق مبدأ التخصص

(1) د. محمود عبد المنصف علي السيد، مبدأ المواطنة في القانون الدستوري، دار الكتب والدراسات العربية، القاهرة، 2017م، ص286-287.

(2) د. أمون رباط - الوسيط في القانون الدستوري العام - الجزء الثاني - دار العلم للملايين - بيروت - 1971 - ص571 . 572 .

وتقسيم العمل على الوظائف الرئيسية للدولة ، نجد أن تلك الوظائف تتضمن ثلاثة أنواع مختلفة ومتباعدة من المسؤولية وهي مسؤولية التشريع ومسؤولية الحكم والإدارة ومسؤولية إقامة القضاء العادل بين الناس⁽¹⁾ ، وقلما يتمكن شخص واحد من الجمع بين تلك المجموعة المتنوعة من التخصصات بما يستلزمه كل منها من خبرات مختلفة ، ثم يتمكن من إنجاز مسؤولياته على الوجه المطلوب ، ففي ظل هذا الفصل بين السلطات يكون لكل هيئة أو سلطة من السلطات الثلاث حق التقدير في حدود وظيفتها، ومن هنا كان الأسلوب الأفضل للعمل هو أن يعهد بكل سلطة من تلك السلطات إلى مجموعة من الخبراء المتخصصين فيها والذين يمكنهم بالكفاءة المطلوبة وبالسرعة والدقة اللازميتين .

ولكن يثار التساؤل هنا عن موقف التشريع الليبي من تعدد المرجعيات الحاكمة للمسألة الدستورية؟

المتمعن في الوثائق الدستورية الليبية بدأ من دستور الاستقلال في 7 أكتوبر 1951 يلحظ غياب أي إشارة على السلوك مسلكا غير تقليدي في الصياغة الدستورية، حيث حملت كل الوثائق الدستورية عبارة أكدت على ترسيخ دعائم الدولة وسيادتها وفق نظرية سيادة الشعب، حيث نص الإعلان الدستوري الصادر عام 1969م على أن (ليبيا جمهورية عربية ديمقراطية حرة، السيادة فيها للشعب) وبصرف النظر على طريقة إدارة الحكم في العهد الجماهيري فإن الصياغة الدستورية لم تكن شديدة الوضوح في الإشارة للسيادة الشعبية كما كانت في إعلان سلطة الشعب عام 1977م الذي نص في مادته الثالثة على (السلطة للشعب ولا سلطة لسواه) كما سلك الإعلان الدستوري الصادر عام 2011م ذات المسلك، حيث نص في مادته الأولى على أن (ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات) وكل هذه النصوص الدستورية المتواترة على اختلاف النظم السياسية التي تعاقبت على حكم البلاد تجمع على السيادة الشعبية بكل ما تحمله من مضامين وما تقود له من نتائج تضمن تمثيل الأغلبية دونما الركون لنماذج إسلامية غير تقليدية في إدارة الحكم، حيث ظلت النصوص الشرعية لصيقة مجالها الشكلي المعبر عن محددات الهوية دون أن يتبلور لمفهوم ورؤية سياسية موازية لمفهوم السيادة الشعبية، حيث خلت الوثائق الدستورية الليبية من إشارة لمصطلحات ومفاهيم دستورية مورثة من منظومة الحكم الإسلامي التاريخية أو إشارة لتمكين النص الديني عموما في سياقات الطرح السياسي الدستوري لذلك كان المؤسس الدستوري في ليبيا حريصا على النهج المدني على اختلاف التطبيقات السياسية، فالشعب هو الذي يمارس السيادة بشكل مباشر أو غير مباشر، فهي مرتبطة بالشعب وعلى الشعب نفسه ممارسة تلك السيادة، ولم تسجل التجربة الدستورية الليبية أي صياغة تشير إلى مصدرية أخرى للسيادة من غير الشعب .

(1) د. سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني النظم السياسية، طبعة الثالثة منقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1999م ، ص163.

الخاتمة

حاولت هذه الدراسة تسليط الضوء على أحد أكثر المواضيع حساسية على صعيد الفكر الدستوري، وهو الإطار المرجعي للقواعد الدستورية والذي يثار بالتزامن مع كل تغيير في النظم السياسية الإسلامية وإعادة صياغة المؤسسات الدستورية داخلها، حيث ركزت الدراسة على بيان السياقات التاريخية وتطورات الصياغة للوثائق الدستورية الليبية، التي تعد أنموذج هذه الدراسة مع تسليط الضوء على محددات الحكم في المنظومة الإسلامية، وبيان أبرز دعائمها والتي استطعنا من خلالها الوقوف على جملة من الدلائل والعلائم الغزيرة في الفقه الإسلامي والتي تشير لإمكانية صياغة منظومة حكم دستورية إسلامية متميزة ومستقلة عن تلك المنظومة الغربية المرتكزة على مفهوم السيادة الشعبية، التي استقر عليها النهج السياسي الغربي وتبنته معظم الدول في صياغتها الدستورية . وتأسيسا على ما تقدم، وفي ختام دراستنا المتواضعة هذه والتي أثرتنا فيها بعض الأفكار المتعلقة بموضوع الدراسة يمكننا أن نخلص إلى أهم النتائج والتوصيات الآتية :

أولاً - النتائج:

- 1 - أن الدستور هو حصيلة وثمره مجموعة من المتطلبات والاعتقادات والقيم الأخلاقية لشعب ما، لذلك من حق الشعب المسلم أيضا أن يختار بملء إرادته ورغبته مجموعة القوانين الخاصة التي يكون الهدف منها تأهيل وتنظيم أوضاعه الاجتماعية .
- 2 - أنه من الطبيعي أن يكون هناك اختلاف ملحوظ بين بنية القانون في المجتمع الإسلامي وبين بنية القوانين المطبقة في المجتمعات الغربية، وذلك للاختلاف الجذري في المنظومة القيمية .
- 3 - أن جل الدساتير الإسلامية والوثائق الدستورية الليبية خصوصا لم تهياً الظروف والشروط المناسبة من أجل إيجاد نوع من البنية المؤسسية ذات السمات الخاصة المستقاة من تعاليم الشريعة الإسلامية .
- 4 - أن الوثائق الدستورية الليبية ونظيرتها الإسلامية (يستثنى هنا النموذج الإيراني الذي يصعب الارتكان له بسبب الاختلاف والتباين المذهبي الحاد) قد فشلت في إيجاد تصور للسيادة ضمن أحكام الشريعة الإسلامية، وكانت نصوص محاكاة للنماذج الدستورية الغربية .
- 5 - أن الإسلام لا يشترط شكلا قانونيا ودستوريا محددًا تتحقق فيه وحدة الشرعية، وإنما العبرة بتطبيق المبادئ الثلاث الحاكمة وهي تحكيم الشريعة، والبيعة للإمام العادل، والشورى، في أي شكل من أشكال أنظمة الحكم .
- 6 - أن المسبب الرئيسي للأزمة التي يعيشها العالم الإسلامي ترجع في الأساس للعلاقة غير السوية مع المشروع الحضاري الغربي وأغلال التبعية التي تشكل التحدي الرئيس للرسالة الإسلامية .

ثانياً - التوصيات:

- 1 - يوصي الباحث بضرورة إقامة حوار مجتمعي يسبق أي تصور دستوري، وذلك لخلق أرضية مشتركة تحقق الحد الأدنى من التوافق حول المسائل الجدلية وعلى رأسها مسألة المرجعية والأيدولوجيا الحاكمة لقواعد الدستور، لتمهد فيما بعد لتقرير عقد اجتماعي جديد يواجه الإشكالات الاجتماعية يستمد روحه من أحكام الشريعة الغراء .
- 2 - لاحظ الباحث وجود أزمة حقيقية في التوافق حول تعريف وتفسير المصطلحات والمفاهيم ذات الجذور الإسلامية، الأمر الذي يخلق نوعا من الربكة والحيرة عند إنزالها محل التطبيق العملي، لذلك يوصي الباحث بتأسيس مركز فقهي إسلامي متعدد الخبرات والكفاءات يتولى عملية إعداد تصور شامل يرسم الخطوط العريضة لمسألة السلطة وإدارة الحكم، وفق قواعد أحكام الشريعة الإسلامية .

3 - يوصي الباحث بمراجعة كافة التشريعات بما يتواءم مع الأحكام الشرعية، وخلق تصور وطني شرعي لمفهوم السيادة وإشراك مؤسسات المجتمع المدني وتعزيز قدرتها، لتكون شريك فعال في خدمة المجتمع وصياغة قوانينه.

قائمة بأهم المراجع

- 1 - أبو الأعلى المودودي، تدوين الدستور الاسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الخامسة، 1981م .
- 2 - آدمون رباط . الوسيط في القانون الدستوري العام . الجزء الثاني . دار العلم للملايين . بيروت . 1971م .
- 3 - جعفر سبحاني، أسس الحكومة الإسلامية، مركز النشر توحيد، قم، 1992م .
- 4 - حورية توفيق مجاهد، الفكر السياسي من أفلاطون إلى محمد عبده، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1999 .
- 5 - خير إله بروين، الوسيط في القانون الدستوري الإيراني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009م .
- 6 - سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني النظم السياسية، طبعة الثالثة منقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م .
- 7 - سيد جلال الدين مدني، القانون الدستوري والمؤسسات في الجمهورية الإسلامية، منشورات بايدار، الطبعة السادسة، 2001م .
- 8 - عامر حسن فياض، علي عباس مراد، مدخل إلى الفكر السياسي القديم والوسيط، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، الطبعة الأولى، 2004 .
- 9 - عبد اللطيف البوني، دستور السودان علماني أم إسلامي، دار الجليل للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الأولى، 1998 .
- 10 - عبد الوهاب المسيري وعزيز العظمة، العلمانية تحت المجهر، دار الفكر، دمشق، 2000 .
- 11 - الماورددي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مؤسسة الكتب الثقافية، 2012م .
- 12 - محمد العبد الكريم، صحوة التوحيد دراسة في أزمة الخطاب السياسي الاسلامي، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، 2013م .
- 13 - محمد جابر الأنصاري، التأزم السياسي عند العرب وموقف الاسلام (مكونات الحالة المزمنة) المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، 1995م .
- 14 - محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري)، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، الطبعة الخامسة، 2010م .
- 15 - محمد عمارة، أزمة الفكر الاسلامي المعاصر، دار الشرق الأوسط للنشر، القاهرة، 2007م .
- 16 - محمود محمد الناكوع، الحركات الإسلامية الحديثة في ليبيا: منطلقاتها - قياداتها - تجاربها - مآلاتها، دار الحكمة، لندن، 2010 .
- 17 - مصطفى أحمد بن حليم، صفحات مطوية من تاريخ ليبيا السياسي، منشورات الأهرام، القاهرة، 1992م .
- 18 - مصطفى حلمي، نظام الخلافة في الفكر الاسلامي، دار الأنصار، القاهرة، 1977م .
- 19 - مونتيسكيو، روح القوانين، المجلد الأول، الكتاب الحادي عشر، ترجمة علي أكبر مهتدي، الطبعة التاسعة .
- 20 - محمود عبد المنصف علي السيد، مبدأ المواطنة في القانون الدستوري، دار الكتب والدراسات العربية، القاهرة، 2017م .

إشكالية عدم اشتراط البلوغ لتطبيق قانون القصاص والدية

The problem of not requiring puberty to apply (Al-Qisas) the law of Parity(Lex talionis) and blood money .

أ . فوزي عبدالسلام الكيلاني

وكيل النيابة العامة بنياية غرب مصراته الابتدائية ، وباحث دكتوراه بكلية الحقوق جامعة تونس المنار ،

عضو هيأة تدريس متعاون بكلية القانون جامعة المرقب

fawzikelani@gmail.com

الملخص:

استهدفت هذه الدراسة مناقشة إشكالية مهمة تطرح على بساط البحث في المجال القانوني وهي دراسة سن البلوغ في الشريعة الإسلامية كمناط التكليف وأثر ذلك على انطباق قانون القصاص والدية، حيث حاولت هذه الدراسة تقييم موقف المشرع الليبي لسن البلوغ ، ذلك أن القواعد العامة في القانون الجنائي جاءت بأحكام مخففة بالنسبة لناقصي الأهلية ، والقانون رقم 6 لسنة 1423 بشأن القصاص والدية وتعديلاته لم يشترط البلوغ الشرعي لتطبيق أحكامها ، فما القانون الذي يطبق، هل قانون العقوبات أو قانون القصاص والدية؟ ، وقد تطلب هذا البحث تقسيمه إلى مبحثين خصص أولها لمبحث آراء العلماء من ضرورة البلوغ لتطبيق القصاص والدية ، وخلص الثاني لبيان موقف المشرع الليبي لسن البلوغ ، هذا وقد رصدت الدراسة مجموعة النتائج والتوصيات في تطبيق قانون القصاص والدية .
الكلمات المفتاحية: (البلوغ . القصاص . الدية)

Abstract:

This study aimed at discussing an important problem that arises on the basis of research in the legal field, which is the study of the age of puberty in Islamic law, such as a condition of assignment, and its impact on the applicability of the law of the Qisas/ retribution and blood money law, as this study attempted to assess the position of the Libyan legislator for the age of puberty, as the general rules in the criminal law came with reduced provisions for those who lack the capacity/ eligibility.

The Law No. 6 of 1423 and its amendments did not require legal maturity to implement its provisions, so what law is applied is it the penal code or the law of the Qisas/ retribution and blood money.

This research required dividing it into two topics, the first of which was devoted to examining the scholars 'opinions of the necessity of puberty in order to implement the Qisas/ retribution and blood money punishment, and the second concluded for explanation of the Libyan legislator's position on the age of puberty.

The study also monitored a set of results and recommendations regarding the application of the law of the Qisas/ retribution and blood money.

Keywords (Blood money - Puberty - Qisas)

مقدمة

اتجه المشرع الليبي مند مدة إلى إدخال أحكام الشريعة الإسلامية في منظومة القوانين الجنائية ، وأصدر العديد من القوانين المنبثقة عن أحكام الشريعة الغراء، فأصدر منظومة قوانين الحدود مند صدور القانون رقم 148 لسنة 1972 في شأن إقامة حدي السرقة والحراية (1) ، والذي ألغي بالقانون رقم 13 لسنة 1425 م في شأن إقامة حدي السرقة والحراية (1) ، والذي عدل عديد المرات كان آخرها بالقانون رقم 12 لسنة 2016 (2) ، والقانون رقم 70 لسنة 1973 في شأن إقامة حد الزنا (3) والقانون رقم 52 لسنة 1974 في شأن إقامة حد القذف (4) المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2016 (5) والقانون رقم 4 لسنة 1423 في شأن تحريم الخمر (6) ، والمعدل بالقانون رقم 21 لسنة 2016 .

وأخذ المشرع بأحكام القصاص في القتل العمد والخطأ بالقانون رقم 6 لسنة 1423 م بشأن أحكام القصاص والدية، والذي عدل كذلك عديد المرات كان آخرها بالقانون رقم 18 لسنة 2016 (7) .

ومن المفيد الإشارة إلى ما يحققه تطبيق هذه القوانين من إنزال حكم الله على الجرائم المرتكبة، وصولاً إلى تحقيق الردع العام والخاص، إلا أنه من خلال تطبيق هذه القوانين تظهر إشكاليات عملية تحتاج معالجات من قاضي الموضوع متي يسمح له القانون بذلك، أو من المحكمة العليا بصفتها محكمة قانون مهمتها السهر على التطبيق السليم للقانون من خلال المبادئ العامة التي ترسيها وهي ملزمة لجميع المحاكم والجهات في ليبيا.

ومع ذلك قد يتطلب الأمر تدخلا من المشرع لوضع حلول لها، ومن هذا المنطلق وبالعودة إلى قانون القصاص والدية تم اختيار هذا العنوان+ لبحث إشكالية عدم اشتراط البلوغ لتطبيق أحكام قانون القصاص والدية، الأمر الذي يستدعي تناول مصطلحات البحث، وتعيين محدداته.

أهمية البحث في الموضوع:

يقوم البحث على دراسة سن البلوغ في الشريعة الإسلامية كمناط التكليف وأثر ذلك على انطباق قانون القصاص والدية ، ذلك أن القواعد العامة في القانون الجنائي جاءت بأحكام مخففة بالنسبة لناقصي الأهلية ، والقانون رقم 6 لسنة 1423 بشأن أحكام القصاص والدية وتعديلاته لم يشترط البلوغ الشرعي لتطبيق أحكامها ، وإن كان المشرع نص في المادة 4 / 2 من القانون رقم 18 لسنة 2016 المعدل للقانون رقم 6 من عدم إلزام القاتل عمدا غير البالغ من الدية وتحملها العاقلة ، فلو تصورنا أن شخصا لم يبلغ سن

(1) الجريدة الرسمية ع 6 لسنة 1995 .

(2) الجريدة الرسمية ع 4 ص 221 .

(3) الجريدة الرسمية ع 43 لسنة 1973 .

(4) الجريدة الرسمية ع 52 لسنة 1974 .

(5) الجريدة الرسمية ع 4 ص 225 .

(6) لجريدة الرسمية ع 5 لسنة 1993 .

(7) الجريدة الرسمية ع 4 ص 232 .

المسؤولية الجنائية وفقاً لقانون العقوبات العام في حين أنه يتمتع بالبلوغ الشرعي وفق مظاهر البلوغ الشرعي، وأرتكب جريمة قتل عمد هل تطبق عليه أحكام القصاص والدية، أم نصوص قانون العقوبات؟ ومن هنا نتبين إشكالية البحث.

إشكالية البحث:

من المسائل التي ظهرت وتحتاج إلى معالجة هي إشكالية البحث التي تقوم على السؤال الآتي :
ما مدى خضوع ناقصي الأهلية الجنائية لهذا القانون؟ كم تتفرع عن هذه الإشكالية العديد من التساؤلات والتي ستعتني هذه الدراسة بالإجابة عنها متخذين الحياد والدقة سبيلاً لذلك، وهذا يحتاج منهجا سديدا عند الكتابة.

منهج البحث:

نتناول هذه الإشكالية من خلال المنهج التحليلي المقارن بالشريعة الإسلامية وفق خطة منهجية تنأيه نراها الأنسب.

خطة البحث:

يقتضي بحث هذا الموضوع وتقسيمه إلى مبحثين على النحو الآتي :
المبحث الأول: آراء العلماء من ضرورة البلوغ لتطبيق القصاص .
المبحث الثاني: موقف المشرع من اشتراط البلوغ .

المبحث الأول

آراء العلماء من ضرورة البلوغ لتطبيق القصاص

البلوغ هو عبارة عن انتهاء مرحلة عمرية كانت تتسم بحياة الطفولة والدخول في مرحلة جديدة تتسم بالتفكير والنضوج والاعتزان⁽¹⁾، وسن البلوغ من أهم المسائل الفقهية في باب الحجر في الفقه الاسلامي، ولقد اختلف الفقهاء في تحديد سن البلوغ (المطلب الأول)، إلا أنهم اتفقوا على ضرورة البلوغ لتطبيق القصاص⁽²⁾ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاختلاف حول السن

لا يوجد خلاف حول عدم جواز القصاص بحق الاطفال سواء كان المقتول طفلاً أم بالغاً³، إلا أن الخلاف ظهر حول متى يكون الطفل مسؤولاً جنائياً يخضع للقصاص؟ للإجابة على السؤال أرى عرض أحكام البلوغ في القرآن (أولاً)، والسنة (ثانياً).

(8) مفتاح جعفر سعد عبد الجواد، نظرة الاحتجاج بالقياس في مسائل الحدود والقصاص، مجلة العلوم القانونية، ع 9 س 4، ص 149.
(9) معنى القصاص هو: أن يقتص من الجاني لتكون عقوبته متطابقة تماماً لجنس عمله، ويعاقب بمثل فعله، فيقتل كما قتل عمداً ويجرح كما جرح عمداً. للمزيد أنظر في ذلك: عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج الأول، مؤسسة الرسالة بيروت - بدون تاريخ الطبعة، ص 663 وكذلك في الجزء الثاني، ص 114.
(10) أنظر مزيد من التفصيل مصطفى ابراهيم العربي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، ج 1، أحكام الجريمة، ط 1، 2021، مطبعة الوحدة، ص 258 - 260.

أولاً - أحكام البلوغ في القرآن:

ورد لفظ البلوغ في القرآن الكريم في عديد الآيات وبعده معاني منها بمعنى بلوغ النكاح (أ)، بلوغ الرشد (ب)، بلوغ الحلم (ج)، وبلوغ السعي (د).

أ. لقد ورد بلوغ النكاح في الآية الكريمة ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا﴾. {سورة النساء الآية 6}.

ب - ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ وَأَلِيمًا مِّمَّنْ كَفَّ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّيْكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾. {سورة الانعام الآية 152}

ج - لقد ورد ذكر البلوغ بمعنى الحلم ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِيَسْتُنذِرَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ﴾. {سورة النور الآية 56}.

د . أما البلوغ بمعنى السعي فورد في الآية الكريمة ﴿فَبَشِّرْهُ بِعَلْمٍ حَلِيمٍ (101) فَلَمَّا بَلَغَ مَعَهُ السَّعْيَ...﴾ {سورة الصافات الآيتين 101 . 102}.

أما عن السنة فقد تناولت البلوغ بكثير من التفصيل .

ثانياً - البلوغ في السنة:

اختلف الفقهاء حول تحديد سن البلوغ ، وإن اتفقوا على أن الصبي يبلغ إذ ظهرت عليه إحدى العلامات التالية: الاحتلام، وهو خروج المني من الولد، فقد أجمع الفقهاء⁽¹⁾ أن الاحتلام تلزم به العبادات ، والحدود ، والقصاص ، وسائر الأحكام⁽²⁾ ، الإنبات وهو ظهور شعر العانة ظهوراً طبيعياً وهو يحتاج إلى إزالة بالحلق سواء للذكر أو الأنثى .

الحيض والحمل للأنثى وهي من علامات البلوغ المتفق عليها بين العلماء⁽³⁾ ، واختلف الفقهاء عند عدم ظهور علامات البلوغ هل يظل طفلاً حتى تظهر العلامات أم أن هناك سنّاً معينة للبلوغ مع اتفاق الجمهور على أن سن البلوغ واحدة للذكر والأنثى على النحو الآتي:

الرأي الأول : سن البلوغ خمسة عشر سنة وقال به المالكية في رواية ، والشافعية ، والحنابلة سندهم في ذلك ما رواه ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال عرضت على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني ولم يراني بلغت ، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني (واستنتجوا من ذلك أن سن البلوغ هي الخامسة عشر سنة؛ لأن فريضة الجهاد أقرت من الرسول الكريم في هذه السن .

(1) عبدالقادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 145 .

(2) مفتاح جعفر سعد عبد الجواد ، المرجع السابق ، ص 152 .

(3) مصطفى إبراهيم العربي ، البلوغ كشرط للمسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والتشريعين الليبي والإماراتي ، مجلة الشريعة والقانون ، ص 34 ، ع 83 ، يوليو ، 2020 ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ص 122 - 125 .

كما استدلو بما روي عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال: (إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه وأخذت منه الحدود)، وعنده من خلال هذه الأحاديث أن سن البلوغ هي سن الخامسة عشرة سنة.

الرأي الثاني: سن البلوغ هي الثامنة عشر سنة وقال به الحنفية والمالكية في المشهور عندهم، واستدلو بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه في تفسيره للآية الكريمة ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾. {سورة الأنعام الآية 154}، وأشد الصبي عنده هي بلوغه سن الثامنة عشر سنة.

الرأي الثالث: تسع عشرة سنة وقال به أبو حنيفة في رواية وبعض المالكية والظاهرية وقالوا أن بلوغ هذه السن فيه إجماع متيقن.

المطلب الثاني

الاتفاق حول ضرورة البلوغ لتطبيق القصاص

اتفق جمهور الفقهاء لوجوب تطبيق القصاص على القاتل أن يكون بالغاً، ولا يجب القصاص على الصغير دون البلوغ والمجنون جنوناً مطبقاً عند القتل⁽¹⁾، ودليل ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ والصبي حتى يحتلم أو يبلغ، والمجنون حتى يفيق)⁽²⁾ واختلفوا في تحديد سن البلوغ.

المبحث الثاني

موقف المشرع من اشتراط البلوغ

لم يشترط المشرع في قانون القصاص والدية البلوغ لتطبيق القصاص (المطلب الأول)، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة النص على شرط البلوغ في تطبيق القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول

عدم النص على شرط البلوغ

في ضوء عدم النص على شرط البلوغ في صلب قانون القصاص والدية يعرض الإشكال التالي لو عرض على وكيل النيابة العامة متهم بقضية قتل عمد وكان صغير السن، هل يلزم وكيل النيابة المحقق بتحري علامات البلوغ لدى المتهم وبثبت ذلك في محضر التحقيق، وهل عليه بالإضافة لذلك إحالة المتهم إلى الطب الشرعي لإثبات بلوغه من عدمه؟ أم هو غير ملزم بذلك في غياب النص على ضرورة البلوغ؟

بالرجوع إلى قانون القصاص والدية نجد أن المادة الأولى من القانون رقم 18 لسنة 2016 المعدل للقانون رقم 6 لسنة 1423 بشأن أحكام القصاص والدية نصت على أنه "يعاقب بالإعدام قصاصاً كل من قتل نفساً معصومة عمداً". وعلى ذلك لم يشترط المشرع بلوغ الجاني لتطبيق القصاص مما يطرح اسئلة

(14) أنظر وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج 7 الفقه العام ط 4، 2002 دار الفكر دمشق سورية، ص 5665.

(15) عبد المجيد عبد الحميد الديباني، المنهاج الواضح في علم أصول الفقه وطرق استنباط الأحكام، ج 1، منشورات جامعة قارونس بنغازي ط 1، 1995، ص 144.

أخرى ماهي سن البلوغ التي توجب القصاص وكيف يمكن تحديد سن البلوغ لإعمال نصوص القصاص والدية؟

من خلال قراءة نصوص قانون القصاص والدية رقم 6 وتعديلاته نلاحظ عدم النص على اشتراط البلوغ لتطبيق القانون⁽¹⁾ ونجد إشارة إلى أن المشرع تكلم عن البلوغ في المادة 4 الفقرة الثانية من القانون رقم 18 المعدل للقانون رقم 6 والتي الزمة العاقلة⁽²⁾ بدفع الدية⁽³⁾ في القتل العمدا إذا كان القاتل عمدا غير بالغ أو مجنون ، مما يفهم منه اشتراط البلوغ لتطبيق القصاص على القاتل عمدا ، فيما عدا ذلك لا توجد أي إشارة لاشتراط البلوغ ، وأن ختم المشرع القانون في المادة السابعة بإحالة القاضي إلى تطبيق أيسر المذاهب الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص في القانون ، إلا أنه ومع ذلك تعد الإحالة غير كافية؛ لأن البلوغ والعقل من الشروط الجوهرية لتطبيق القانون وهي مناط التكليف والخضوع للأحكام الشرعية ، وهو ما تبناه المشرع في المادة الأولى من القانون رقم 12 لسنة 2016 بشأن تعديل القانون رقم 13 لسنة 1425 في شأن إقامة حدي السرقة والحراية والتي اشترطت البلوغ والعقل لتطبيق حد القطع ، وما اشترطته المادة 2 من القانون رقم 14 لسنة 2016 المعدل لقانون حد القذف من ضرورة البلوغ والعقل في حق الجاني ، وهو ما نص عليه القانون رقم 21 لسنة 2016 المعدل للقانون رقم 4 لسنة 1423 في شأن تحريم الخمر ومن هنا يجب النص على شرط البلوغ⁽⁴⁾

المطلب الثاني

ضرورة النص على شرط البلوغ

إن الإحالة المنصوص عليها في المادة السابعة من القانون رقم 18 نراها غير كافية، خاصة وأن المحكمة العليا لم ترس مبدأ إلى الآن في هذا الشأن، فلو أن حدثا ارتكب جريمة قتل عمدا وقدم إلى محكمة الموضوع طبقا لنصوص قانون العقوبات المجزأة للمقتل العمدا وعلى اساس المادة 81 عقوبات، وتبين لهيئة دائرة الجنايات المختصة بلوغ المتهم أثناء ارتكاب الجريمة من خلال علامات البلوغ الظاهرة، هل يأمر بتعديل القيد والوصف طبقا لقانون القصاص والدية ، في غياب النص الذي يلزم القاضي بتحري سن البلوغ⁵ ، أم يتم محاكمته طبقا لقانون العقوبات؟

إن ارتكاب الحدث⁽⁶⁾ لجريمة القتل العمدا يعرض العديد من الفرضيات المتعلقة بعمر المتهم والتي تحتاج إلى معالجة وتتمثل في الآتي:

(16) أنظر أكثر تفصيلا طارق محمد طاهر الجملي ، إشكاليات القصاص والدية في القانون الليبي ، دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات اليمني والسوداني ، دار الساقية للنشر ببنغازي ، ط 1 س 2008 ، 129 - 132 .

(17) العاقلة هي : من يحمل العقل ، والعقل هو الدية ، وسميت عقلاً لأنها تعقل لسان ولي المقتول ، وقيل أنها سميت عاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل ، والعقل هو المنع " . نقلا من: أبو بكر أحمد الانصاري، شرح قانون العقوبات الليبي (القسم الخاص) ، الجزء الأول ، جرائم الأشخاص، دار الكتب القانونية ، بنغازي ، ط1، 2013 .

(18) الدية: في قانون القصاص والدية هي المال الواجب بقتل آدمي عمداً في حالة عفو ولي الدم عن القصاص . للمزيد أنظر في ذلك : عبدالقادر عودة ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص 671.

(19) مصطفى إبراهيم العربي ، البلوغ كشرط للمسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والتشريعات الليبي والإماراتي ، ص 140 - 144 .

(20) للمزيد من التفصيل مصطفى إبراهيم العربي ، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، مرجع سابق ، ص 264 - 265 .

(21) يعرف الحدث بلغة القانون هو من تطابق سنهم الفئة العمرية التي يحددها التشريع الجنائي النافذ في الدولة. ويتعبير أكثر تخصيصاً بقصد بالحدث ذلك الشخص الذي يرتكب جريمة جنائية بالمخالفة لأحكام قانون العقوبات، والقوانين المكمل له في مرحلة تسبق سن المسؤولية الجنائية،

- الفرضية الأولى : تقوم عندما يكون مرتكب جريمة القتل العمد لم يبلغ الرابعة عشر ولم تظهر عليه علامات البلوغ المعتمدة، هنا يكون غير مسؤول جنائياً طبقاً للمادة 80 عقوبات والتي نصت على أنه " لا يكون مسئولاً جنائياً الصغير الذي لم تبلغ سنه الرابعة عشرة " بالإضافة إلى أنه لم يصل سن البلوغ.

- الفرضية الثانية : أن يكون الحدث مرتكب جريمة القتل قد بلغ سن الرابعة عشر وظهرت عليه علامات البلوغ المعتمدة هنا يخضع لقانون القصاص والدية باعتبارها قانوناً خاصاً والخاص يقيد العام طبقاً لمفهوم المخالفة في المادة 4 من قانون القصاص والدية.

- الفرضية الثالثة: أن يبلغ الحدث سن الرابعة عشرة ومع عدم وجود علامات البلوغ الظاهرة هنا يعاقب طبقاً لنصوص قانون العقوبات مع اعمال المادة 81 عقوبات، مالم يبلغ سن الثامنة عشر فمتى بلغ سن المسؤولية الجنائية خضع لقانون القصاص والدية حتى مع عدم وجود علامات البلوغ اعمالاً للمادة 81 عقوبات.

للخروج من كل هذه الإشكاليات أرى تعديل المادة الأولى من القانون رقم 18 بحيث يكون نصها كالاتي " يعاقب بالإعدام قصاصاً كل عاقل بالغ قتل نفساً معصومة عمداً ... " وصولاً إلى الخاتمة.

الخاتمة

من خلال عرض آراء الفقه الحنيف وتحليل نصوص القانون أصل إلى النتائج أولاً، والتوصيات ثانياً :

أولاً - النتائج

من خلال البحث وعرض آراء الفقهاء في تحديد سن البلوغ وتحليل نصوص القانون يصل الباحث للنتائج الآتية :

1- اتفق جمهور الفقهاء أن سن البلوغ هي سن التكليف بالعبادات والحدود والقصاص، وأن للبلوغ علامات ظاهرة تتمثل في الاحتلام والإنبات والحيض والحمل بالنسبة للأنثى، مستمدين ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية.

2 . اختلف الفقهاء في تحديد سن البلوغ عند عدم ظهور العلامات، وسندهم في ذلك الروايات والأدلة المختلفة وفهمهم لها، فمنهم من أقر سن البلوغ بالخامسة عشر سنة للذكر والأنثى، ومنهم من غالى في رفع سن البلوغ إلى الثامنة عشرة والتاسعة عشر.

3 . عدم نص المشرع في قانون القصاص على شرط البلوغ لتطبيق القانون بعكس ما أخذ به في قوانين الحدود من اشتراط البلوغ لتطبيقها.

ثانياً - التوصيات

1 - تعديل نص المادة الأولى من القانون رقم 18 لسنة 2016 بحيث يكون نصها على النحو الآتي " يعاقب بالإعدام قصاصاً كل عاقل بالغ قتل نفساً معصومة عمداً "

مما يستوجب إخضاعه لنظام مخفف للمسؤولية الجنائية أو استبعاد مساعلته كلية . أنظر في ذلك: عبد الرحمن ابو توتة الأحداث الجانحون (مفهوم - العوامل - التدابير)، منشورات الميزان، بيروت، لبنان، 1998 ، ص 23.

- 2 — اعتماد سن المسؤولية الجنائية الكاملة وهي سن الثامنة عشر عند عدم ظهور علامات البلوغ المعتمدة على الجاني لتطبيق قانون القصاص الودية.
3. الاعتماد على تقرير الطب الشرعي لتحديد بلوغ الجاني بالإضافة إلى رأي المحكمة من خلال تثبتها من وجود علامات البلوغ باعتبار القاضي خبير الخبراء .

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً- كتب الحديث ومراجع الفقه الإسلامي:

- عبدالقادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج الأول ، مؤسسة الرسالة ، بيروت — بدون تاريخ الطبعة .
- عبد المجيد عبد الحميد الديباني ، المنهاج الواضح في علم اصول الفقه وطرق استنباط الأحكام ، ج1 ، منشورات جامعة قاريونس ، ط1 ، 1995 .
- مفتاح جعفر سعيد عبد الجواد ، نظرة في الاحتجاج بالقياس في مسائل الحدود والقصاص ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ترهونة ، ع 9 س 4 . 2016 .
- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج7 ، الفقه العام ، دار الفكر دمشق سورية ، ط 4 ، 2002 .

ثانياً - مراجع الفقه القانوني:

- أبو بكر أحمد الانصاري، شرح قانون العقوبات الليبي (القسم الخاص) ، الجزء الأول ، جرائم الأشخاص ، دار الكتب القانونية ، بنغازي ، ط1، 2013 .
- طارق محمد طاهر الجملي، إشكاليات القصاص والدية في القانون الليبي دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعين اليمني والسوداني ، ط1 ، 2008 ، الساقية للنشر ، دون سنة .
- عبد الرحمن محمد ابوتوته، الاحداث الجانحين، منشورات دار الميزان، طرابلس ، ليبيا ، ط1، 1998 م .
- مصطفى إبراهيم العربي:
 - شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، ج 1 ، أحكام الجريمة ، ط1 ، 2021 ، مكتبة الوحدة طرابلس.
 - البلوغ كشرط للمسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والتشريعين الليبي والإماراتي ، مجلة الشريعة والقانون ، س 34 ، ع 83 ، يوليو 2020 ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الإمارات العربية المتحدة .



أثر الجندرية على الهوية الإسلامية لقانون الضمان الاجتماعي الليبي

The Impact of Gender on the Islamic identity of the Libyan Social Security Law

أ : علي محمد الزليطني

محاضر متعاون بقسم الإدارة العامة بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية

جامعة مصراتة – مصراتة (ليبيا)

50thfjk@gmail.com

الملخص:

تناولت هذه الدراسة موضوع الجندرية، والذي حاولت بعض المنظمات الدولية حشره في قانون الضمان الاجتماعي الليبي، وترجع أهمية هذه الدراسة في أن الجندرية تتعارض والشريعة الإسلامية، باعتبار أن من ينادي بها يطالب بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، ونكران قوامة الرجل على المرأة. والحق أن الهدف من هذه الدراسة هو توعية المجتمع الليبي، وخصوصا المرأة لمثل هذه الأفكار الغربية، والتي يكون الغرض منها هدم المجتمع من خلال نشر الانحلال والعُري فيه. وفي ختام هذه الدراسة توصلنا إلى عدة نتائج من أهمها: بيان المفهوم الحقيقي للجندرية، الأمر الذي دعانا نطلق توصية للجهات التي لها علاقة بتوعية المجتمع لخطر تطبيق الجندرية في مجتمعنا الليبي الإسلامي.

الكلمات المفتاحية:

- الجندرية: الخصائص المبنية اجتماعيا للنساء والرجال، مثل الأعراف والأدوار والعلاقات بين الذكر والأنثى.
- قانون الضمان الاجتماعي: هو القانون رقم 13 لسنة 1980م بشأن الضمان الاجتماعي ولوائحه والقرارات الصادرة بمقتضاه.

Abstract:

This study deals with issue of gender, which some international organizations have tried to include in the Libyan social security law ,the importance of this study is due to the fact that gender is inconsistent with Islamic law, considering that those who advocate it are calling for absolute equality between the sexes, and the denial of the guardianship of men over women.

The aim of the aim of this study is to educate the Libyan community, especially women to such western ideas, which are the purpose of demolishing society through the deployment of the disease and nine .

At the end of this study, reaching several results of the most important of which were: the statement of the true immoral of the soldier, which we called for a recommendation to the ayntrioit of awareness of the community in the Libyan Islamic society .

Keywords:

Genetics: are socially built characteristics for women and man, such as customs, roles and relationships between male and fantasy.

Social Security Act: is the law of No 13 of 1980 on social security, its regulations and decisions issued by its decree.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم نحمده حمداً كثيراً على نعمه التي لا تُعد ولا تُحصى، ومن أعظم تلك النعم نعمة الإسلام؛ فالحمد لله على نعمة الإسلام. أما بعد:

الحق أن الإسلام كرم المرأة ورفع من شأنها؛ فساوى بينها وبين الرجل بعد أن كانت في عصر الجاهلية سلعة تباع وتُشتري، ولعظم شأنها ذكرها نبينا الكريم - صلى الله عليه وسلم - في خطبة الوداع، وأوصى الرجال بهن خيراً، ومن تم لا نستغرب أن تحظى المرأة المسلمة باهتمام كبير في قانون الضمان الاجتماعي ذي المنشأ الإسلامي، ولم لا؟ فهي الأم والابنة والأخت والزوجة؛ فالمرأة في قانون الضمان الاجتماعي على قدم المساواة بالرجل، سواء في الحصول على المنافع الضمانية (الحقوق)، أو في دفع الاشتراكات الضمانية (الواجبات)، ومع كل ذلك تم إيهام المرأة أن حقوقها لاتزال أقل من الرجل، وطبيعي أن تتأثر المرأة بذلك، ويمكن تعليقه بظهور حركات نسوية تقودها المرأة تسعى لنيل حقوقها وانتزاعها - على حد قولهن - من الرجال ولو بالقوة، ولسوء الطالع أن يكون أغلب قيادات هذه الحركات نساء غربيات يحملن حقدًا وكُرها للإسلام؛ لكونه الدين الذي ينادي بالقيم والمبادئ، ومن المضحك المبكي أن يطالبن بحقوق النساء العربيات المسلمات ونسبن أنفسهن من سلبن ليس حقوقهن فقط؛ بل حقوق أوطانهن بالكامل.

وما يجب التنويه إليه أن العاقل من الرجال يقف مع المرأة لنيل حقوقها، ومن ثم فلا نجد من ينادي بغير ذلك، وإن وجد فهو مصاب بداء في عقله، ومع ذلك يجب أن نفرق بين حقوقها وبين التطرف في المطالبة بتلك الحقوق؛ فالإفراط فيها يقود إلى الجنون والفوضى، والتفريط في إعطائها الحقوق يقودنا إلى فقدان نصف القوة البشرية في المجتمع على الأقل، وللأسف من تلك القوة البشرية في مجال الضمان الاجتماعي، دعمت تلك الحركات المرأة لدخول العمل، ومن هنا لا نستغرب تناوله من قبل منظمة العمل الدولية: "نحو القرن الواحد والعشرين: تطور الضمان الاجتماعي" والذي تُرجم للعربية سنة 1998م، والذي جاء فيه تقديم توصية للدول الأعضاء بضرورة تقرير مبدأ المساواة في الحقوق الضمانية بين الرجل والمرأة؛ بحيث تفر كل الدول بحق المرأة التي تعاشر رجلاً - دون زواج شرعي - في الحصول على حقوقها الضمانية، وبنفس الطريقة تناولت - ولا نذيع سراً عندما نقول أن سبب هذا البحث هو الرد عليها - دراسة حديثة حول مفهوم الجنديرية في قانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 1980م، والتي حاولت بيان مواطن الجنديرية في هذا القانون، وخلصت في ختامها إلى ضرورة المساواة بين الرجل والمرأة في سن التقاعد؛ بحيث يرفع سن تقاعد المرأة من 60 سنة إلى 65 سنة، مع العلم أن المشرع أعطى المرأة ميزة التقاعد قبل الرجل مع عدم

الانتقاص من حقوقها الضمانية!، وهنا نستغرب من هذه التوصية التي تنادي بمساواة المرأة بالرجل وفي الوقت نفسه تضر بمصلحتها، الأمر الذي يقودنا للشك في صدق نوايا من يطالب بهذه المساواة . وللدراسة أهمية عظمى؛ لكونها تتعلق بنواة الدولة وهي الأسرة، لذا تعتبر هذه الدراسة محاولة صادقة لتوعية المرأة الليبية بخطورة مثل هذه المفاهيم الغربية عليها وعلى الأسرة ككل؛ فالأسرة هي الدرع الحامي لأفرادها، وبقوتها تقوى الدولة وتزدهر، فمتى كان أفرادها على قدر الوعي بأهمية الجنسين، وأن ما يحاك لهم بالخفاء، وفي جنح الظلام لتحقيق مآرب خبيثة، قد تشعل فتيل النزاع على مثل هذه المغالطات، تأكل الأخضر واليابس خصوصاً إذا ما تحول ذلك النزاع إلى عنف يقود في نهاية المطاف إلى دمار الدولة. والملاحظ على كل من ينادي بتلك الحقوق، أنه في البداية يحاول الإشارة إليها فقط كمصطلح دون تفاصيل، فيدافع عليه وهن لا يعرفنه حق المعرفة ، كالدراصة السابقة التي سينطلق منها الباحث وهي: " قوانين الضمان الاجتماعي في ليبيا : منظور جندي"، وهذه الدراصة نادت بالجندرية دون بيانه، وتدور مشكلة الدراصة في طرح تساؤل مفاده : هل تنجح النصوص الحالية لقانون الضمان الاجتماعي في التصدي لمفهوم الجندرية أم لا؟، وإن كانت الإجابة بالنفي ، فما الحل ؟ ومحاولة للإجابة على هذا التساؤل، سنتبع المنهج التحليلي في تناول هذا الموضوع وفق خطة ثنائية التقسيم على النحو التالي:

المبحث الأول

ماهية الجندرية وعلاقتها بقانون الضمان الاجتماعي الليبي

ثار جدل كبير عند شرح علم الاجتماع في بيان مصطلح الجندرية، ويعزى أغلب هذا الجدل لعدم بيان مفهوم الجندرية بشكل صادق، لذا عارضه كثيرون ليس فقط في المجتمع الإسلامي؛ بل في العالم أجمع، الأمر الذي دعانا لعرض بيان مفهوم الجندرية في (المطلب الأول)، ثم تناول علاقة الجندرية بقانون الضمان الاجتماعي الليبي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية الجندرية

للوهلة الأولى قد يقفز للذهن أن مصطلح الجندرية كمصطلح غريب بعض الشيء خصوصاً من حيث اللفظة؛ فالمصطلح المعروف للجميع للتعبير عن نوع الإنسان، هو مصطلح (الجنس) ، أي الإنسان يكون إما ذكراً وإما أنثى، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى، فهو مصطلح حديث الاستخدام؛ فحسب قول بعض الشراح أنه استخدم من عشر سنوات تقريباً، ويستدل آخرون⁽¹⁾ على حداثة كونه ظهر سنة (1975م) في المؤتمر الدولي للمرأة، عندما استخدم لسد الهوة النوعية القائمة ما بين الرجل والمرأة في كافة المجالات المختلفة، ومن ثم فإننا يمكننا الادعاء بأن المصطلح غريب .

ومرد هذا الادعاء هو أنه لا نجد له ما يقابله في اللغة العربية، وهذا راجع لكون مصطلح الجندرية هي كلمة إنجليزية في الأصل؛ فهي تعريب للكلمة الإنجليزية (Gender)، وبالرجوع لمعناه نجدها تدل على النوع الاجتماعي، وتفصيلاً يقتضي هذا المفهوم ضرورة التماثل بين الرجل والمرأة في كل شيء؛ بينما يطلق عليه البعض (مصطلح الجنوسة)، وهو مرادف لمصطلح الجندرية، والذي يعتبر اشتقاقاً من أصل لاتيني، بينما ربط

(1) د. عصمت محمد حوسو، الجندر: الأبعاد الاجتماعية والثقافية، دار الشروق، عمان الأردن، 2008-2009م، ص21.

البعض بين الجندرية والحركات النسوية التي نادى بتحرير المرأة؛ لكونها حرة في كل شيء، حرة في العمل، وحرّة في لباسها، وجسدها؛ فهي تمتلك حرية مطلقة دون قيد؛ حتى بلغ بإحداهن القول بأن كل كإنسان يمتلك جسده، والمفروض أن تمتلك المرأة جسدها؛ لأنها إنسان، وهذا أول الحقوق للإنسان⁽¹⁾.

ومع ذلك فمفهوم الجندرية لا يزال غامضاً، ويرجع ذلك في تقديري إلى سببين هما :

الأول- بسبب حداثة ظهوره، ويحفظ لنا التاريخ أن أول مرة ذكر فيها مصطلح الجندرية بشكل واضح في مؤتمر القاهرة للسكان سنة 1994م، وإن كنا لا ننكر ظهور ملامح له قبل هذا التاريخ إلا أنها كانت متسترة وراء مصطلحات أخرى .

والثاني - لعدم وضوح نية من ينادوا به، ونستدل بواقعة حصلت بعد انتهاء أعمال مؤتمر القاهرة، حيث وبعد سنة عقد في مؤتمر بكين مؤتمراً آخر للسكان سنة 1995م، وطرح المصطلح مرة أخرى دون بيان مفهومه، الأمر الذي عارضه بعض المشاركين في المؤتمر، وطالبوا باستبداله بمصطلح آخر كمصطلح (الجنس)، إلا أن القائمين على المؤتمر رفضوا ذلك بحجة أن الجندرية تعني الجنس، وعلى هذا فلا حاجة لاستبداله، ومن تم فلا نستغرب أن ينال كل الانتقاد والاعتراض، ويمكن إرجاع بعض تلك الانتقادات لتداخل الثقافات والإثنيات والأديان، والطبقات والعامل الزمني في بلورة وتعريف الجندرية؛ لكونه يتأثر بالمكان والزمان والواقع الثقافي للمجتمع⁽²⁾، ومن هنا تصدت منظمة الصحة العالمية لتعريف الجندرية بأنها: " الخصائص المبنية اجتماعياً للنساء والرجال، مثل الأعراف والأدوار والعلاقات بين الذكر والأنثى، كما تختلف من مجتمع إلى آخر " أو هو المصطلح الذي يفيد استعماله وصف الخصائص التي يحملها الرجل والمرأة على أنها صفات اجتماعية مركبة، أي لا علاقة لها بالاختلافات العضوية والتركيب البيولوجي.

وبعيداً عن التفاصيل بخصوص هذا المفهوم ، تقوم الجندرية بشكل عام وفق هذا المفهوم على أسس عدة⁽¹⁾ ، والتي من أهمها:

- 1- فالجندرية عندهم تقوم على النوع الاجتماعي، وليس على الجنس (ذكر وأنثى)، وبالتالي فالرجل والمرأة حسب هذا المصطلح متساوون في كل شيء ، وأن الفروقات هي من صنع البشر، ومن تم فلا يمكن قبولها.
- 2- أن المرأة وصية على نفسها .
- 3- أن الأمومة عند الجندريين هي وظيفة يمكن الاستغناء عنها، فالمرأة هي من تملك جسدها وهي من تقرر أنها ستنجب الأطفال أم لا.
- 4- أن الأولوية عند المرأة هو تحقيق ذاتها لا أن تنجب الأطفال، والذين سيعيقونها عن تحقيق أهدافها.
- 5- تغازل الجندرية الشواذ، وليس هذا فقط؛ بل تدعمهم، وتؤمن بحقوقهم في إقامة علاقاتهم الشاذة علناً.

(1) نوال السعداوي، الوجه العاري للمرأة العربية المؤسسة العربية للنشر، ص239.

(2) صفوت محمود دخل الله الروسان، الجندر (النوع الاجتماعي) في المؤسسات الأردنية الحكومية وغير الحكومية في مدينة أربد من وجهة نظر العاملين فيها، جامعة اليرموك، 2003م، ص20.

(1) مقال مسعود صديري بعنوان : الجندرية .. رؤية شرعية، منشور على الانترنت، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2021/3/9م.

المطلب الثاني

علاقة الجندرية بقانون الضمان الاجتماعي الليبي

بعد بيان هذا المصطلح ومعرفة أسسه التي يقوم عليها، يلوح في الأفق سؤال مهم يطرح نفسه بقوة في هذه الدراسة، وهو ما علاقة الجندرية بقانون الضمان الاجتماعي؟ للإجابة على السؤال يرجع لكبير أحلام دعاة الجندرية، فهم لا يطالبون بالجندرية الاجتماعية فقط؛ وحتى السياسية والاقتصادية؛ بل دعوا في مؤتمر لهم في اليمن سنة 1997م بجندرية اللغة؛ بحيث يتم إلغاء ضمائر التذكير والتأنيث في اللغة؛ حتى تتساوى الألفاظ!. ومن زاوية أخرى يجب الرجوع إلى أصل هذا القانون؛ فقانون الضمان الاجتماعي يرجع تاريخه إلى المواثيق الدولية التي هي مصدر رئيسي له؛ حيث هي من تتحكم في قوانين الضمان الاجتماعي ليس في ليبيا فقط؛ بل في كل دول العالم دون استثناء؛ وهذه المنظمات تدعم بقوة فكرة الجندرية؛ بل تقوم بتسويقها لدول العالم، وتنتهز الفرص لتميرها في المجتمعات الإسلامية، وفي بلادنا أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية والتي من أهمها⁽¹⁾:

1. الاتفاقية رقم (102) بشأن المستويات الدنيا للضمان الاجتماعي.
 2. الاتفاقية رقم (103) بشأن حماية الأمومة.
 3. الاتفاقية رقم (118) بشأن المساواة في المعاملة بين وغير الوطنيين في الضمان الاجتماعي.
 4. الاتفاقية رقم (121) بشأن المزايا في حالة إصابة العمل.
 5. الاتفاقية رقم (128) بشأن تأمين العجز والشيخوخة والوفاة.
 6. الاتفاقية رقم (130) بشأن العلاج الطبي وتعويضات المرضى.
 7. الاتفاقية رقم (138) بشأن السن الأدنى للقبول في الاستخدام.
- وجميع هذه الاتفاقيات صدقت عليها الدولة الليبية بالقانون رقم (37) لسنة 1975م⁽²⁾ وساهم ذلك في خلق قانون يُشهد له بالتميز إلى الآن، ومع ذلك اخترقت الحركات النسوية المطالبة بالجندرية مثل هذه الاتفاقيات من خلال التقارير التي تعدها المنظمة الدولية في كثير من النقاط تعريف الزواج وضع مصطلح (أسرأادية الوالد)⁽³⁾، وتوصي أيضا بمنح الأشخاص الذين يعيشون مع بعضهم البعض متزوجين أو غير متزوجين حقوقهم الضمانية، والإنكار لأية منافع تصرف للرجل بشأن إعالتة للمرأة، وغيرها من التوصيات التي في ظاهرها المطالبة بمبدأ مساواة حقوق بين الرجل والمرأة وهي تخالف نصوص قانون الضمان الاجتماعي ذي الهوية الإسلامية⁽⁴⁾.

(1) نشرت هذه الاتفاقيات في مجموعة تشريعات الضمان الاجتماعي، الهيئة العامة للضمان الاجتماعي، 1978م، ص260.

(2) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية في العدد 20 السنة الرابعة عشر بتاريخ 1976/4/3م.

(3) تقرير للمنظمة العمل الدولية بعنوان: نحو القرن الواحد والعشرين: تطور الضمان الاجتماعي، جنيف مكتب العمل الدولي، 1998م، ص95.

(4) للمزيد يراجع سليمان يحفوني، الضمان الاجتماعي في الإسلام وأثره الوقائي ضد الجريمة، الدار العالمية للنشر والتوزيع، بدون ذكر سنة النشر، ص 7 وما بعدها.

المبحث الثاني

الأثار المترتبة على الجندرية من حيث الشريعة والقانون

تبين لنا من خلال بيان ماهية الجندرية أن لها آثار سلبية سواء على مجتمعاتنا الإسلامية؛ فهي خطر داهم على المجتمع لما تحمله من أفكار تنشر الانحلال الأخلاقي والعري، وفي الوقت نفسه فإن للجندرية آثار سلبية أيضا على قانون الضمان الاجتماعي ذي الهوية الإسلامية، لكونها تتصادم مع النظام العام لهذا القانون، وهو ما سنتناوله في المطلبين التاليين على النحو التالي:

المطلب الأول

أثر الجندرية على الشريعة الإسلامية

للوهلة الأولى قد يقفز للذهن أن ما تأتي به الجندرية هو خير للمرأة؛ ولكنه في الباطن شريكبير، فإن كان في ظاهره إرجاع حقوقها التي - كما يدعي أنصار هذا المفهوم - سلمها الرجل، إلا أن هذا المصطلح يقود للمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة دون مراعاة حكمة الخالق عز وجل من البشر رجالاً ونساءً، ولا يغيب على عاقل أن المرأة في الإسلام قد نالت مكانة مرموقة بعد أن كانت مقهورة في عصر الجاهلية؛ حيث حظيت بالمساواة بأخيها الرجل لم تكن في شرائع أخرى، فساوى الإسلام بينهما مثلا في مقدار الأجر والثواب، وفي الحقوق والواجبات، والكسب والتملك، وغيرها، أما ما تأتي به الجندرية فهو باطل، ينادي بالمساواة المطلقة التي تقوم على فرضية غير مقبولة وهي أن المرأة والرجل متماثلان؛ لأن المساواة بينهما على التمام هو انعدام الحياة!.

وأما عن العدل بينهما فلا يوجد اثنان عاقلان ينكران على المرأة ذلك، ولا يمكن الادعاء بأي فروق بيولوجية تمنع المرأة من مساواتها بالرجل، ولم لا؟ فكلاهما خلق من نفس واحدة، وفي الوقت ذاته نرفض المماثلة التامة بين المرأة والرجل؛ لأنه من الطبيعي وجود فروقات واختلافات بيولوجية بين الجنسين، ولو كانا متشابهين ولصار العيش في الحياة الدنيا بلا معنى، ويعجبي تشبيه ذلك الأمر بأصابع اليد؛ فلو تساوت جميع هذه الأصابع من حيث الطول والشكل، لانعدمت الفائدة المرجوة منها، وتعطلت اليد، هذا من جانب، وفي الجانب الآخر فالجندرية تقوم على أفكار تهدم الأسرة؛ فهي ترفض رفضاً مطلقاً قوامة الرجل على المرأة، الأمر الذي يتعارض مع الشريعة الإسلامية؛ ففي القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة تجد كثيراً من الآيات القرآنية والأحاديث الشريفة الدالة على مخالفة الجندرية للشريعة الإسلامية قوله جل شأنه: ﴿فَطَرَتِ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقِيمَ وَلَكِنَّ أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [سورة الروم، الآية (30)].

وبهذا تخالف الجندرية الفطرة السليمة، بالقول بعدم وجود فوارق بين الرجل والمرأة؛ فكيف مثلا يكون الرجل والمرأة متساويين دون النظر لاختلافها من النواحي البيولوجية؛ فالله خلق الرجل والمرأة مختلفين من حيث الجنس وشريعتنا السمحاء أقرت بذلك الاختلاف في قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَى﴾ [سورة آل عمران، الآية (36)].

ومع ذلك تنادي الجندرية بما يسمى بـ (العدالة الجندرية) التي لا تعني الدعوة للمساواة بين الجنسين؛ بل الدعوة إلى إزالة المفاضلة بينهما؛ حتى لو كان الجنسان مختلفان في أدوارهما وصفاتهما فلا

وجود لجنس يولد متفوقاً ومتميزاً عن الآخر⁽¹⁾، ويستفاد من هذا المصطلح تبني أفكار في ظاهرها الدفاع عن المرأة وفي باطنها أغراضاً في نفس يعقوب؛ فهي دعوة خبيثة لتكريس الشذوذ الجنسي بدريعة إلغاء الفوارق بين الرجل والمرأة.

وتمت حقيقة يجب التأكيد عليها أن المرأة في العالم الإسلامي قد - لا نبالغ - نالت حقوقها على طبق من ذهب، وحقت كل مكاسمها الاجتماعية والاقتصادية دون تعب؛ لأن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان ذكراً وأنثى لإعمار الكون، إلا أن ما تأتي به الجندرية يخالف الشريعة الإسلامية، وقد تصدت دار الافتاء المصرية في فتوى صادرة عن الدكتور: (علي جمعة) مفادها أن " مساواة الجندر والتي تعني التساوي المطلق بين الرجل والمرأة يرفضها الإسلام، والشأن بين آدم وزوجته حواء المساواة في الحقوق والواجبات وفي الإنسانية وفي التكليف والوظائف، ولذا نرى الشرع الإسلامي قد نهى عن تشبه كل فريق بالآخر التشبه الذي يخل بتوازن الكون وبمراد الله من خلقه"، وفي السياق ذاته يضيف مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف في بيانه بالقول أنه: " تستخدم كلمة نوع (جندر) عشرات المرات بمعان محرفة ترمي إلى إلغاء الفوارق بين الذكور والاناث، وتحويل الإنسان إلى مسخ لا هو بالذكور ولا بالأنثى، وذلك مع الإيهام ببراءة القصد وسلامة الهدف"⁽²⁾؟. كما تنادي الجندرية بعدم الأخذ بقوامة الرجل على المرأة، وهو ما يعارض قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [سورة النساء، الآية (34)].

ولا يغيب عن البال أن فكرة القوامة ترجع إلى القوامة في البيت، والأسرة في الإسلام هي مؤسسة اجتماعية، وطبيعي أن يكون لهذه الأسرة - كالمؤسسة - مدير مسؤول عنها، يلي حاجاتها، ويرعى شؤونها، ويعتبر الرجل - كونه رب الأسرة - من يدير تلك المؤسسة، ولو كان للمرأة أن تدير الأسرة مع الرجل لغرق كمركب يرأسه اثنان، يذهب به الأول يميناً والثاني يساراً، وفي هذا الإطار يقول عز وجل: ﴿نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحِمْتَ رَبِّكَ حَبِيرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾ [سورة الزخرف، الآية (32)]، كما تتصادم الجندرية مع الشريعة الإسلامية في جوانب أخرى، والتي في ظاهرها حماية للمرأة وحقوقها، وفي باطنها غايات ومقاصد أخرى كإباحة الاجهاض، كما تنادي باهتمام المرأة بذاتها دون غيرها ولو كانوا أولادها، ومن ثم فهي دعوة لعدم التقيد بالأولاد والحمل والانجاب، ومن تم فتعارض مع الشريعة التي تدعو للإنجاب والتكاثر لإعمار الكون.

وتدعم الجندرية - كما أسلفنا - ما يسمى بـ (حقوق الشواذ)، وتقبل أفكارهم في إنشاء عالمهم كزواج المثليين، أو ما يعرف بـ (أسرة الجنس الواحد)؛ والمطلع على أفكارهم يجدها تؤمن بوجود جنس ثالث تحدده الأعراف الاجتماعية، وفي ذلك نستشهد بقول رائدة الجندرية في العالم الفرنسية (سيمون دي بوفوار) في كتابها: (الجنس الآخر)، أن المرأة لا تولد أنثى، ولكن تصير أنثى حيث المجتمع هو من يجعلها أنثى، وإنما هي تولد جندر أي مجرد انسان، فالرجل جندر والمرأة كذلك فهم إذا متساوون، وهذا كله يرفضه الإسلام؛ لكونه يهدم الأسرة ويخالف الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها، وهي لا تخرج أن تكون العلاقة بينهم عن زنا، والزنا محرم في الاسلام لكونه من الفواحش التي نهى الله عن فعلها لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ﴾ [سورة الأنعام، الآية (151)].

(1) د. عصمت محمد حوسو، مرجع سابق، ص 11.

(2) الفتوى والبيان منشورتان بالإنترنت تم الاطلاع عليها بتاريخ 2021/3/10م.

ومن هنا تتصادم الجندرية مع ثوابت الشريعة الإسلامية أو ما يسمى بنظام الشريعة العام⁽¹⁾ حيث ان هذا المفهوم يتعارض مع الحدود التي رسمها الله بين الحرية والفضو، والتي أمرنا الله ورسوله بعد تجاوزها ومن يتعداها فقد ظلم نفسه.

المطلب الثاني

أثر الجندرية على قانون الضمان الاجتماعي

وأما بخصوص أثر الجندرية على القانون، فقبل الخوض في صلب الموضوع نود الإشارة إلى أن المقصود بالقانون في هذا المقام هو: قانون الضمان الاجتماعي بمعناه الواسع، أي القانون رقم (13) لسنة 1980م، ولوائحه، والقرارات الصادرة بمقتضاه، ويمكننا القول بأن تبنى أي مفهوم يقترب من الجندرية قد يؤدي إلى انهيار قانون الضمان الاجتماعي؛ لكونه سيتعارض مع أهم مصدر لهذا القانون، وهو الشريعة الإسلامية .

وتفصيلاً لذلك ، فالشريعة الإسلامية مصدر من مصادر قانون الضمان الاجتماعي؛ إذ بالنظر إلى المادة الأولى من القانون (6) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون المدني والتي جرى نصها بأن : "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها المعتمدة. ويعد من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة على نص قطعي أو إجماع أو قياس جلي أو قاعدة فقهية"⁽¹⁾، والناظر إلى هذا النص يصل إلى نتيجة مفادها أن أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها تعتبر مصدراً لقانون الضمان الاجتماعي بما تشمله من مبادئ التكافل والتراحم، والإنفاق في أوجه البر، وولاية من الأولي له، وفعلاً أكد المشرع الليبي في نص المادة الثانية من القانون (13) لسنة 1980م بشأن الضمان الاجتماعي أن أي نظام يوضع على أساس الشريعة الإسلامية واستلهاماً لمبادئها هو من أنظمة الضمان الاجتماعي، ولا غرابة في أن تستمد أحكام قانون الضمان الاجتماعي في بلادنا من مبادئ الشريعة الإسلامية؛ حيث إنها والله الحمد تدين بالدين الإسلامي الحنيف الذي جعل الضمان الاجتماعي إحدى ركائز المجتمع الإسلامي⁽²⁾.

ولا يخامرنا أدنى شك في أن المشرع الليبي في هذا القانون قد خطا خطوات حقيقية لتكريس المساواة بين الرجل والمرأة انطلاقاً من أن قانون الضمان الاجتماعي مصدره الشريعة الإسلامية⁽¹⁾؛ حتى وُصِفَ أنه ذو صبغة إسلامية ، ويلاحظ الباحث في هذا القانون العديد من المظاهر التي تدل على المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الضمان الاجتماعي كنص المادة (16) من لائحة معاشات الضمان الاجتماعي؛ بل لاحظ علو كعب حقوق المرأة على الرجل في بعض الأحيان، ولكن السؤال لماذا يساورنا الخوف على قانون الضمان الاجتماعي ؟ ويمكننا الإجابة في أن مكنم الخوف هو دولية قوانين الضمان الاجتماعي من خلال تأثرها المباشر بالاتفاقيات الدولية، ويضيق المقام هنا عن الحديث عن هذا الموضوع، وباختصار فقانون الضمان الليبي جاء بعد التصديق على اتفاقيات دولية وهي تعتبر الأساس القانوني له؛ فلا يمكن أن تتعارض نصوصه

(1) فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية، مجلة القانون عدد خاص، الجزء الثاني، 2018-2019م، ص641 وما بعدها.

(1) د. علي أحمد شكورفو وعلي محمد الزليطني، قانون الضمان الاجتماعي الليبي، تحت الطبع ، 2021، ص41 وما بعدها.

(2) حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الضمان الاجتماعي، الدار الجامعية ، 1997م ، ص91.

(1) يراجع مؤلف للباحث : الميسط في قانون الضمان الاجتماعي، صندوق الضمان الاجتماعي، سوا للطباعة، 2016م، ص78.

مع نصوص تلك الاتفاقيات، وما يهمننا في هذه الورقة البحثية ما ينظر له دعاة الجندرية لقانون الضمان الاجتماعي الليبي في ليبيا وليس في العالم، وهؤلاء - أقصد دعاة الجندرية في ليبيا - حتى وإن وصفوا قانون الضمان الاجتماعي بمخالفته للجندرية في التمييز بين المرأة والرجل فإنهم وصفوا هذا التمييز بالتمييز الإيجابي⁽²⁾.

- ونضرب أمثلة لتمييز قانون الضمان الاجتماعي الليبي والتي تفند ادعاءات من ينادي بالجندرية ومنها:
1. حق الوصاية في حالة وجود والدة القصر: حيث منح قانون الضمان الاجتماعي الأم حق الوصاية على أبنائها القصر، انطلاقاً من القاعدة القانونية التي مفادها حضانة الأم تؤول إلى الأبناء؛ فبالرجوع لنص المادة (140) من لائحة معاشات الضمان الاجتماعي نصت على جواز صرف المعاشات المستحقة للقصر إلى والدتهم دون قرار وصاية، فإذا لم توجد الوالدة، فتصرف معاشاتهم إلى متولي شؤونهم، وهو الوصي الذي تثبت صفته بقرار من المحكمة المختصة.
 2. منح المرأة الحق في الإحالة على التقاعد قبل الرجل: بالرغم من تبني المشرع مبدأ المساواة بين الجنسين في استحقاق معاش الشيخوخة، حيث نصت المادة (16) من لائحة معاشات الضمان الاجتماعي على أنه: "المساواة بين الذكر والأنثى، وكذلك بين المواطنين والأجانب إذا استوفوا شروط استحقاق المعاش إلا أنه وانطلاقاً من خلفيته الإسلامية راعى المرأة بأن رأى من المناسب إحالتها للتقاعد في سن أبكر من الرجل فنص في المادة (3) من نفس اللائحة على أن تنتهي خدمة المشترك أو عمله ببلوغه سن الخامسة والستين سنة ميلادية كاملة، وفي المادة (4) رأى أن تكون سن انتهاء الخدمة أو العمل ستين سنة ميلادية كاملة للنساء العاملات أياً كان عملهن أو خدمتهن، وفي ذلك رأى المشرع أنه من العدل أن تكون سن انتهاء الخدمة أو العمل ستين سنة ميلادية للمرأة مراعاة لطبيعتها، ومع ذلك طالب من ينادي بالجندرية بتعديل هذا النص المتعلق بسن التقاعد، بالرغم من أن المشرع راعى - متأثراً بالشريعة الإسلامية - طبيعة المرأة: بحيث حدد سن الخامسة والستين للرجال، وسن الستين للنساء العاملات أياً كان عملهن أو خدمتهن، بالرغم من أنه ساوى بينهما في استحقاق المعاش، ومن هنا نستغرب أن نرى دولا عربية تتأثر بمطالبات الحركات النسوية التي طالبت بتعديل مثل هذا النص بداعي المساواة في التقاعد، فمثلاً في السعودية ثم رفع سن تقاعد المرأة من (55) سنة إلى (60) سنة حتى تتساوى بالرجل، وبحجة أن تقاعد المرأة في هذا السن قد يضعف من مساهمتها في سوق العمل، ويحفظ حق المرأة عندما تتساوى بالرجل⁽¹⁾.
- أما على المستوى الدولي فإن أغلب الدول تقريبا تحدد سن التقاعد من خلال المشرع الذي يحدد سناً معينة للإحالة على التقاعد، ومن تم استحقاق المعاش، وغالبا ما يتحدد ببلوغ سن (65) سنة بالنسبة للرجال، و(60) سنة بالنسبة للنساء⁽²⁾، وسبب ذلك الاتفاق هو أن مصدر أغلب التشريعات المتعلقة بالضمان الاجتماعي هي الاتفاقية الدولية لمنظمة العمل الدولية رقم (102) لسنة 1952م؛ حيث نصت في المادة (26)

(2) د. عبير أمينة و د. أم العز الفارسي، قوانين الضمان الاجتماعي في ليبيا (منظور جندي)، مؤسسة فريش ابيرت- مكتب ليبيا، بدون ذكر تاريخ النشر، ص23.

(1) مقال بعنوان "السعودية .. رفع سن التقاعد للمرأة الـ 60 عاماً" منشور في مجلة العربية نت بتاريخ 5 / 8 / 2019.

(2) د. أحمد حسن البرعي، الوجيز في التأمينات الاجتماعية، 1986م، ص105.

بقولها " لا يجوز أن تزيد السن المحدد عن خمس وستين سنة ..."⁽³⁾، وفي تقديري أن إحالة المرأة في سن أقل من الرجل تحدده عوامل عدة، كمسؤولياتها الاجتماعية التي تتعلق بالأسرة والأمومة وطبيعتها الجسمانية، وتعطي التشريعات الاجتماعية في أغلبها حقاً للمرأة في الإحالة على المعاش مبكراً قبل الرجل لأسباب تتعلق بقدرة المرأة على الاستمرار في العمل مقارنة بالرجل .

ولا يغيب عن بالنا أن الشريعة الإسلامية حددت سناً معينة يتقرر عندها اعتبار الشخص ما من المسنين؛ لأن معيار السن هو الوهن والضعف، كما أن الغاية من تحديد سن معينة هو قرينة لوصول الإنسان إلى مرحلة عمرية تحتاج فيها إلى الراحة⁽¹⁾ .

3. منح المرأة الحق في الجمع بين معاشين:

نادى دعاة الجندرية⁽²⁾ بأن من مكامن الخلل في قانون الضمان الاجتماعي من منظور جندي يظهر في عدم إعطاء المرأة الحق في الجمع بين معاشين، وهنا نقول أن هذا المنع يطال الرجل والمرأة لأسباب تتعلق بدوام صرف المعاشات، ولا علاقة له بالمساواة حيث جاءت كلمات نصت المادة (39) بتحريم الجمع بين المعاشات بلغة واضحة تفيد ذلك بالقول أنه لا يجوز أن يجمع المشترك بين أكثر من معاش، والمشارك هنا سواء كان رجلاً أو امرأة، ولكن غاب عنهم نص المادة (133) من لائحة المعاشات والتي أجازت جواز الجمع بين المعاشات بالنسبة إلى الأولاد والأرامل؛ بحيث تستثنى من أحكام المادة الخاصة بعدم الجمع، فيجوز لأي من الأولاد- ذكورا أو إناثا- أن يجمع بين معاشين مستحقين له عن والدين توفي كل منهما بعد أن كان مشتركاً أو صاحب معاش، ويكون الجمع بين المعاشين في هذه الحالة بدون حد أقصى، كما يجوز للأرملة الجمع بين المعاش المستحق لها عن زوجها المتوفى، وبين أي معاش آخر يستحق لها بصفتها مشتركة وفقاً لقانون الضمان الاجتماعي بسبب الشيخوخة أو العجز الكلي.

وبمطالعة نصوص قانون الضمان الاجتماعي رقم (13) لسنة 1980م بشأن الضمان الاجتماعي ولوائحه والقرارات الصادرة بمقتضاه نستنتج التالي:

1- أن قانون الضمان الاجتماعي كرس المساواة بين الرجل والمرأة مع مراعاة طبيعة المرأة في مادة (16) المساواة في استحقاق المعاش عند توافر الشروط المقررة في القانون أياً كانت مدة خدمته أو عمله المحسوبة وأياً كانت جنسيته مواطناً كان أو عربياً أو أجنبياً وأياً كان جنسه ذكراً كان أو أنثى.

2- منح المشرع في قانون الضمان الاجتماعي الليبي ميزات للمرأة دون الرجل كإعانة الحمل وإعانة الولادة؛ فحتى من نادى بالجندرية اعترف بأنها جندرية إيجابية أي لصالح المرأة وليس ضدها، الأمر الذي يجعل من المطالبة بتطبيق هذا المصطلح وحشره في قانون الضمان الاجتماعي الليبي أمراً مريباً .

لذا فالجندرية تتصادم مع القانون؛ بحيث ما تقدمه الجندرية يخالف النظام العام والآداب، والتي تحمي الأسس والأصول الأخلاقية العامة للمجتمع، والتي بدونها يتعرض هذا المجتمع لخطر التفكك، والتحلل،

(3) دخلت هذه الاتفاقية دور التنفيذ في 1955/4/27م.

(1) د. عبد الله مبروك النجار، حقوق المسنين الأدبية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، دار النهضة العربية، 2001-2002م، ص22.

(2) خديجة العمامي، مقال في بوابة الوسط، القاهرة، الثلاثاء 19/ 3/2019م تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/3/17م.

والانتهيار⁽¹⁾، ومن ثم يجب إبعاد خطر هذا المفهوم لحماية الأسرة وتعزيز الأخلاق العامة فيها، الأمر الذي يعزز كيان المجتمع الاخلاقي وقيمة ويجعله متماسكاً ومتحداً.

وهنا في تقديري تبرز أهمية الوعي بمثل هذه المصطلحات، وما نريد قوله أنه علينا رفع درجة اليقظة الكاملة في حال إجراء أي تعديل على قانون الضمان الاجتماعي، خصوصاً إن كانت الدعوات من منظمات أجنبية بحجة مساعدتنا في تطوير تشريعاتنا؛ لأن الخطر في الجندرية هو أنها غالباً ما تتوارى تحت دعاوى خداعة، وشعارات براقية كالتحرر تستهوى النساء فتندفع إليها - بحسن نية - بكل قوة دون معرفة غايات هذه المصطلح ونتائجه، وهو ما ثبت بالدليل القاطع عندما طرحت مسألة الجندرية في دراسة - مشار إليها سابقاً - قوانين الضمان الاجتماعي الليبي منظور جندي، وتم بحث هذا المفهوم دون عرضٍ لتعريفه وماهيته وتاريخ نشوء الجندرية، الأمر الذي يقودنا إلى الحكم على هذا الفعل بعدم صدق النوايا في تطبيق هذا المفهوم، ولنا في دول مجاورة خير عبرة، فمثلاً في دولة تونس⁽²⁾ حيث قدمت الحركات النسوية هناك مشروع قانون قدم من قبل إحدى الوزارات إلى البرلمان وهو "مشروع القانون الأساسي رقم (60) لسنة 2016م المتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة"، واحتوى هذا القانون على مصطلح النوع الاجتماعي (الجندرية)، وتكرر ذكره في هذا القانون أكثر من (15) مرة دون وضع تعريف لهذا المصطلح، الأمر الذي دعا الكثيرين للتصدي لهذا القانون، لكونه يقوم على مفهوم النوع الاجتماعي الذي يخالف الشريعة الإسلامية، والدستور التونسي.

ومن هنا كان لا بد أن ندق ناقوس الخطر لرفض هذا المصطلح رفضاً تاماً، وبأن يتم تحديد كل مصطلح تحديداً دقيقاً واضحاً لا لبس فيه، بحيث لا يقبل هذا النص إلى التأويل، والتعامل بالحوار - إن حسنت نواياها - مع المراكز البحثية التي تنادي بالجندرية واقناعها بمساوئ هذا المفهوم وأن حقوقها مكفولة، وبالتالي بأن تكون للمرأة كل حقوقها وأن يكون هذا القانون ضامناً لحقوق المرأة الليبية بما يتوافق والشريعة الإسلامية، كما أن الواقع في قانون الضمان الاجتماعي لا يدل على أن بعض مشاكل المرأة - وهي حجج دعاة الجندرية - قد لا تكون في القانون؛ بل إنه - كما سبق بيانه - أعطاهما كل حقوقها، وإنما قد تكون أسبابها إدارية وتنفيذية متعلقة بجهات ومؤسسات كالمصارف وغيرها بعيدة على القانون.

(1) د. عبد السلام علي المزوغى، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الأول، المدخل لعلم القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، ط2، 1988م، ص145 وما بعدها.
(2) مقال منشور على الانترنت في جريدة الفجر بتاريخ 2017/2/6م، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2021/3/12م.

الخاتمة

بسم الله الرحمن الرحيم ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَهٗ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَلَهُ الْحَمْدُ فِي الْآخِرَةِ وَهُوَ الْحَكِيمُ الْخَبِيرُ﴾ [سورة سبأ، الآية (1)]. وفي ختام دراستنا عن أثر الجندرية على قانون الضمان الاجتماعي الليبي نصل إلى نتائج من أهمها :

أولاً - النَّتَائِج:

- 1- إن الاسلام جعل من النساء شقائق الرجال، فلا فرق بينهما إلا بالتقوى، فساوى بينهما في الحقوق والواجبات.
- 2- أن الجندرية هي: تعريب للكلمة الانجليزية (Gender)، وهي تدل على النوع الاجتماعي، ويقتضي هذا المفهوم ضرورة التماثل بين الرجل والمرأة في كل شيء؛ بل يجعل هذا المفهوم المرأة في عداء دائم مع الرجل، وعليها أن تبذل كل غال ورخيص لنيل حريتها منه، ولو كلفها شرفها وعفتها وإفساد المرأة بأفكار تقودها للعري أو الشذوذ؛ لأن إلغاء الفروق بينهما من حيث النوع قد يولد أنماطا جديدة للأسرة كأسرة الشذوذ الجنسي (المثلية الجنسية) مثلاً.
- 3- رغم محاولات تعريفه إلا أنه لا يزال تعريفا فضفاضاً يختلف من حيث الزمان والمكان.
- 4- تدعو الجندرية إلغاء الدور الأمومي للمرأة بحجة أن ذلك يعيقها عن عملها والحصول على حقوقها.
- 5- أن الجندرية تهدد بهدم بنواة الدولة وهي الأسرة، بخطورة مثل هذه المفاهيم الغربية عليها وعلى المجتمع ككل .
- 6- أن قانون الضمان الاجتماعي حفظ للمرأة حقوقها الضمانية مثلها مثل الرجل، بل إنه كفل لها حقوقاً إضافية تفوق حقوق الرجل.

ثانياً - التّوصيات:

وفي ختام بحثنا نوصي الجهات المختصة كصندوق الضمان الاجتماعي، وهيئة الأوقاف، ودارالافتاء، والجهات التي لها علاقة بسن التشريعات الضمانية بضرورة الوعي بجميع المصطلحات الغربية الدخيلة عن مجتمعنا الإسلامي، ومن بينها مصطلح الجندرية، فالحذر الحذر من المنظمات الرسمية وغير الرسمية الأجنبية والعربية، والعمل المشترك مع مشايخنا الأفاضل والمتقنين لتوعية المرأة بحقوقها بعيداً عن المفهوم وخطره لا على الدول الإسلامية فحسب؛ بل على العالم بأسره، سواء في وسائل الإعلام المختلفة أو في الندوات العلمية والثقافية .

كما نقول للمرأة اللببية بأن حقوقها مكفولة بهذا الدين الحنيف، وعلى هذا فعليها أن تبتعد عن تقليد المرأة الغربية؛ لأن تقليدها لها - خصوصاً الأعمى - يبعدها عن دينها، ويضيع هويتها، وفي الوقت ذاته فإننا نقول لمن ولي أمرها على المرأة - أيا كان - أن يعطي للمرأة حقوقها دون أدنى مشقة، وأن يتقي الله فيها، فهو راع والراعي مسؤول، وحسابه عند الله عز وجل.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً – مراجع الفقه الإسلامي:

• القرآن الكريم.

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

- د. أحمد حسن البرعي، الوجيز في التأمينات الاجتماعية، 1986م.
- الاتفاقيات في مجموعة تشريعات الضمان الاجتماعي، الهيئة العامة للضمان الاجتماعي، 1978م.
- تقرير للمنظمة العمل الدولية بعنوان: نجو القرن الواحد والعشرين: تطور الضمان الاجتماعي، جنيف مكتب العمل الدولي، 1998م.
- حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الضمان الاجتماعي، الدار الجامعية، 1997م.
- سليمان يحفوني، الضمان الاجتماعي في الإسلام وأثره الوقائي ضد الجريمة، الدار العالمية للنشر والتوزيع، بدون ذكر سنة النشر.
- صفوت محمود دخل الله الروسان، الجندر (النوع الاجتماعي) في المؤسسات الأردنية الحكومية وغير الحكومية في مدينة اربد من وجهة نظر العاملين فيها، جامعة اليرموك، 2003م.
- مثنى أمين الكردستاني، حركات تحرير المرأة من المساواة إلى الجندر، دار القلم للنشر والتوزيع، 2004م.
- محمود دخل الله الروسان، الجندر (النوع الاجتماعي) في المؤسسات الأردنية الحكومية وغير الحكومية في مدينة اربد من وجهة نظر العاملين فيها، جامعة اليرموك، 2003م.
- مجموعة تشريعات الضمان الاجتماعي، الهيئة العامة للضمان الاجتماعي، 1978م.
- نوال السعداوي، الوجه العاري للمرأة العربية المؤسسة العربية للنشر، بدون ذكر تاريخ نشر.
- د. عيبر أمينة ود. أم العز الفارسي، قوانين الضمان الاجتماعي في ليبيا (منظور جندي)، مؤسسة فريديش ايبيرت- مكتب ليبيا، بدون ذكر تاريخ النشر.
- د. عبد الله مبروك النجار، حقوق المسنين الأدبية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، دار النهضة العربية، 2001-2002م.
- د. عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الاول، المدخل لعلم القانون، الجزء الاول، نظرية القانون، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، ط2، 1988م.
- د. عصمت محمد حوسو، الجندر: الأبعاد الاجتماعية والثقافية، دار الشروق، عمان الأردن، 2008-2009م.
- د. علي أحمد شكورفو وعلي محمد الزليطني، قانون الضمان الاجتماعي الليبي، تحت الطبع، 2021.
- علي محمد الزليطني، المبسط في قانون الضمان الاجتماعي، صندوق الضمان الاجتماعي، سوا للطباعة والاعلان، 2016.

الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في القانون المدني الليبي

"قراءة لنص المادة الأولى المعدلة بالقانون رقم 2016/06م"

يوسف مختار المستيري

معيد بقسم القانون الخاص بكلية القانون

جامعة مصراته (ليبيا)

yusufaboshala@gmail.com.

الملخص:

لقد أعاد المشرع الليبي بموجب القانون رقم 6 لسنة 2016 في شأن تعديل بعض أحكام القانون المدني، التّظّر في مصادر القانون الواردة في المادة الأولى، وتبيّن مسلكاً اختار فيه حصر هذه المصادر في مصدر وحيد ألا وهو "أحكام الشريعة الإسلامية" التي عدّها من النظام العام، ليهجر بذلك موقفه السابق الذي يقوم على تعددية مصادر القانون.

ويأت هذا البحث بوصفه محاولة لقراءة نقدية لهذا الموقف الجديد للمشرع الليبي، من خلال التعرف على ما قد يعتريه من عيوب في الصياغة، فضلاً عن ما سيترتب عليه من آثار سواء على المستوى النظري، أو على مستوى التّطبيق القضائي، لنخلص إلى تقديم نتيجة تبين مدى توفيق المشرع الليبي في انتهاز هذا المسلك، وما المقترحات الممكن تقديمها في حال تم التوصل إلى أن المشرع لم يُحالفه التوفيق في تبني المصدر الأحادي وحصره في "أحكام الشريعة الإسلامية".

الكلمات المفتاحية:

القانون المدني - أحكام الشريعة الإسلامية - مقاصد الشريعة - العرف - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة - القاضي.

مُقدِّمة

من المُستقر في ظل النُظْم اللاتينية (نُظْم القانون المدني) أن دور القاضي إنما يقتصر على تفسير النصوص التشريعية وتطبيقها على ما يُعرض عليه من منازعات، تطبيقاً لمبدأ أساسي وهو الفصل بين السُّلطات، فالتشريع وإنشاء القواعد القانونية هو اختصاص السُّلطة التشريعية، بينما تقوم السُّلطة القضائية مُمثّلةً في المحاكم على اختلاف درجاتها بتفسير وتطبيق النصوص التشريعية، وهذا الوضع هو وضع مُستقر في حال كانت نصوص التشريع واضحة وتُسعف القاضي بالحل لكي يُطبِّقه على النزاع، إلا أن المشرع مهما كان حاذقاً ومُلمّاً، فإن ما يصدر عنه من تشريعات قد تكون عُرضةً للقصور، بل وللنقص.

ومن هنا يُمكن القول بأن نص المادة الأولى من القانون المدني الليبي هو بمثابة الاعتراف من المشرع بإمكانية حصول فراغ تشريعي، قد يجد القاضي معه نفسه في حيرة من أمره، وأخذاً في الاعتبار أن القاضي مُجبرٌ للفصل في النزاع الذي أمامه، وإلا عدّ مُنكراً للعدالة، كانت المادة الأولى من القانون المدني تنصُّ على أنه:

"1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.
2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

إلا أن المشرع الليبي قام بموجب القانون رقم 6 لسنة 2016م⁽¹⁾، بتعديل هذا النص ليُصبح على النحو

التالي:

"1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها المعتبرة. 3- يعد من النظام العام: أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة على نص قطعي أو إجماع، أو قياس جلي أو قاعدة فقهية".

إن هذه الصيغة المعدلة للنص من شأنها أن تُثير إشكالياتٍ وتساؤلاتٍ كثيرة، ستكون محلاً للبحث والتقصي في هذه الدراسة، لعل أهمها: ما المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها المعتبرة؟ وما الفرق بينها وبين المبادئ وفق الصيغة الأصلية للنص؟ وهل النصُّ على سريان النصوص التشريعية بما لا يُخالفها واعتبارها من النظام العام من شأنه أن يرقى بها لمرتبة النص التشريعي حتى وإن لم يجر تقنينها فيه؟ وما انعكاسات ذلك فيما لو صحَّ على دور القاضي، هل سيمتد دوره من نطاق تطبيق النص التشريعي إلى نطاق خلق قواعد قانونية جديدة؟ وما أثر استبعاد المشرع للمصادر الأخرى التي كانت في الصيغة الأصلية للنص وهي العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؟ وهل كان المشرع في المحصلة مُوفقاً في انتهاج مسلك أحادية المصدر وهجر المصادر المتعددة؟

كل هذه الأسئلة تُشكّل نقطة الانطلاق للخوض في قراءة نقدية لنص المادة الأولى وفق صيغتها المعدلة، وما تَضَمَّنَتْه من إحالةٍ حصرية على أحكام الشريعة الإسلامية كمصدرٍ وحيدٍ للقانون، وستتم مناقشة هذه الإشكاليات بالاعتماد على المنهج التحليلي بالدرجة الأولى في كامل البحث، مع الاستعانة بالمنهج المقارن في المبحث الثاني تحديداً، مع محاولة الالتزام بالموقف النقدي في كل جزئيات البحث.

هذا وستتم دراسة الموضوع من خلال خطة ثنائية، تتكوّن من مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول/ القانون المدني من تعددية المصادر إلى أحادية المصدر.

المطلب الأول/ أحكام الشريعة الإسلامية مصدراً وحيداً للقانون المدني.

المطلب الثاني/ أثر استبعاد مصادر القانون المدني الأخرى.

المبحث الثاني/ دور القاضي بين تطبيق النص التشريعي وخلق.

المطلب الأول/ دور القاضي في ظل الحكم الإسلامي.

المطلب الثاني/ دور القاضي في حالة النقص التشريعي الوضعي.

وخاتمة تتضمّن النتائج والتوصيات، مع تذييل البحث بقائمة تَضُمُّ أهم المراجع الفقهية والأصولية والقانونية، أما المعاجم والتشريعات ومذكراتها الإيضاحية والأحكام القضائية، فقد تم الاكتفاء بالإشارة إليها في الهوامش حيثما ترد.

(1) نُشر القانون في الجريدة الرسمية، بتاريخ: 2016/03/03، ص5، ع2، ص123.

المبحث الأول

القانون المدني من تعددية المصادر إلى أحادية المصدر

إن الصياغة الجديدة لنص المادة الأولى من القانون المدني تُظهرُ انتهاء المشرع الليبي لمسلك جديد في نظرية مصادر القانون، تمثل في انتقاله من تعددية هذه المصادر في ظل الصياغة الأصلية، إلى الأحادية المصدرية بموجب الصياغة الجديدة، والتي تثير إشكاليات كثيرة تقتضي منا الوقوف عندها ومناقشتها، سواء فيما يتعلق بجعل "أحكام الشريعة الإسلامية" مصدرًا وحيدًا للقانون المدني (المطلب الأول)، أو فيما يتعلق بأثر استبعاد المصادر الأخرى في ظل الصياغة الجديدة ومدى جدوى هذا الاستبعاد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أحكام الشريعة الإسلامية مصدرًا وحيدًا للقانون المدني

إن تركيز أحادية المصدر حصراً في "أحكام الشريعة الإسلامية" يقتضي بدايةً تحديد المقصود بالأحكام (الفقرة الأولى)، ليُمكن بناءً عليه تقييم موقف المشرع من هذه الصياغة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى/ تحديد المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية:

إن تحديد المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية لا يتيسر ولا يتضح إلا في ضوء المقارنة بينها وبين المقصود من عبارة النص الأصلية "مبادئ الشريعة الإسلامية"، والمبادئ لُغةً هي التي يتوقف عليها مسائل العلم كتحرير المباحث وتقدير المذاهب... وهي المقدمات التي تنتهي الأدلة والحجج إليها من الضروريات والمُسلّمات... وهي التي لا تحتاج إلى البرهان بخلاف المسائل، فإنها تثبت بالبرهان القاطع⁽¹⁾، وعند لاند فالبدأ مرادف للبدء؛ وفي هذه الدلالة جرى استعماله أولاً؛ لكن فيما بعد، وبقوة التداول، جرى استعماله ألياً، بحكم العادة ودون ربطه بأفكار... وهو بالمعنى المعياري: قاعدة أو معيار عمل مائل للفكر بوضوح، مُعبّر عنه بصيغة⁽²⁾، أما الحُكم، فهو إسناد أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً، فخرج بهذا ما ليس بحكم كالنسبية التقليدية... وهو وضع الشيء في موضعه، أما الحُكم الشرعي: عبارة عن حُكم الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين.⁽³⁾

أما في الاصطلاح، فإن عبارة "مبادئ الشريعة الإسلامية"، يرى البعض⁽⁴⁾ أن الاسم العلمي الدقيق لها هو مقاصد الشريعة وهي الغايات والمصالح والمعاني والأهداف والعلل والحُكم والأسباب، التي جاءت الشريعة لتحقيقها في دنيا الناس، ومن أهم هذه المقاصد العدل، وهو من مقاصد الشريعة العامة والكلية، وكذلك الفطرة أي الطبيعة البشرية التي فطر الله الناس عليها... وغيرها، فالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية هو رجوع إلى كل هذه المعاني والغايات، والتي تَغَيَّتْها الشريعة وراعتها بوصفها مصالح وحقوقاً مطلقة، وهذا

(1) الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق ودراسة: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، باب الميم، رقم (1558، 1559)، ص165.

(2) أندريه لاند، موسوعة لاند الفلسفية، تعريب: خليل أحمد خليل، منشورات عويدات، بيروت، باريس، المجلد2، H-Q، ط2، 2001، ص1041، 1043.

(3) الجرجاني، التعريفات، سبق ذكره، باب الحاء، رقم (756-758)، ص81، 82.

(4) جاسر عودة، بين الشريعة والسياسة أسئلة لمرحلة ما بعد الثورات، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت- لبنان، ط2، 2013، ص30، 38.

الرجوع إلى المبادئ والمقاصد ميزته أنه لا يختلف فيه العقلاء؛ نظرًا إلى أن هذه المقاصد "مُراعاةً في كل ملة" على حد تعبير الشاطبي⁽¹⁾، ويقبلها العقل السليم بدهاءةً ولا يجادل فيها.

ولذلك؛ فإن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المبادئ الكلية التي قوامها الحكمة والمقاصد العليا التي تتسم بكونها ثابتة ومستقرة⁽²⁾، وقد ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: "أن المقصود بمبادئ الشريعة كليتها التي ليست محل خلاف بين الفقهاء، فمبادئ الشريعة هي القواعد الكلية المشتركة بين الفقه الإسلامي..."⁽³⁾، فالمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية إذاً هي المبادئ الكلية التي لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة، وهي لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية في الشريعة الإسلامية، ورجوع القاضي إليها لا يعتبر تطبيقاً لقواعد قانونية تفصيلية، ولكنه استلهاً للمبادئ العامة الكلية، وللمؤجّهات والأفكار الأساسية التي تقوم عليها الشريعة، وهي بهذا الوصف تُعدُّ من المبادئ العامة للقانون⁽⁴⁾، وبالتالي فهي قطعية في ثبوتها ودلالاتها لورودها في القرآن والسنة دون غيرها من مصادر الفقه الإسلامي كالإجماع والقياس التي تقوم على الاجتهاد البشري⁽⁵⁾، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في أحد أحكامها بأن: "... فلا يجوز لنص تشريعي، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً؛ لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها..."⁽⁶⁾.

أما أحكام الشريعة الإسلامية، فقد عرّف الفقهاء الحكم الشرعي بأنه: "الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل، كالوجوب والحرمة والإباحة"⁽⁷⁾، في حين عرّفه علماء أصول الفقه بأنه: "خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تخييراً أو وضعاً"⁽⁸⁾، فالفرق بين التعريفين أن الحكم عند الفقهاء هو الأثر الذي تقتضيه النصوص الشرعية أو الصفة التي هي أثر ذلك الخطاب، كالوجوب والحرمة، بينما هو عند الأصوليين خطاب الشارع نفسه، فالنصوص الشرعية هي الأحكام⁽⁹⁾.

ولا يخفى أن الأحكام الشرعية من جهة ثبوتها ودلالاتها تنقسم إلى قسمين: أحكام قطعية الثبوت والدلالة، وهي التي لا شك فيها ولا اجتهاد معها؛ لأنها ثبتت بالنصوص الواضحة التي لا خلاف فيها كوجوب الصلاة والزكاة...، وهي قطعية الدلالة كونها دلّت على معنى واحد متعين فهمه منها ولا يحتمل تأويلاً ولا مجال لفهم معنى غيره؛ وأحكام غير قطعية الثبوت أو الدلالة أو كليهما، كأحاديث الأحاد فهي ظنية الثبوت عن

(5) الشاطبي، أبي إسحق إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات أو عنوان التعريف بأسرار التكليف، تحقيق: محمد مرابي، مع تعليقات الشيخ عبد الله دراز، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق-سوريا، المجلد 1، ج 1، 2، ط1، 2013، ص339.

(1) انظر: تهاني الجبالي، قصة المادة الثانية من الدستور، مقال نُشر في جريدة التحرير، ومُتاح على الرابط: www.masress.com، تم الدخول بتاريخ: 2021/03/03، عند الساعة: 18:15.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج1، ص184، 189، 191.

(3) انظر: سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، د.ط، د.ت، ص265، عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، القسم الأول، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1965، ص148، ونفس الرأي: الكوني علي عبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي (القانون)، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ط4، 2003، ص250.

(4) انظر: سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص147 وما بعدها.

(5) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 7 لسنة 8ق، بتاريخ 1993/05/15، متاح على الرابط:

www.hrlibrary.umn.edu، تم الدخول بتاريخ: 2021/03/15، عند الساعة: 23:20.

(6) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، 2003، ص116.

(7) المرجع السابق، ص111.

(8) انظر: إسماعيل كوكسال، تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت-لبنان، ط1، 2000، ص35.

الرسول، أو أنها تحتل أكثر من معنى، وتحتل أكثر من تفسير وتحتاج إلى اجتهاد حسب الأصول وما يقتضيه السياق؛ ولذلك يرى البعض⁽¹⁾ أنه تجب التفرقة بين نصوص الشريعة (مبادئها) وفقه الشريعة (أحكامها)، فالنصوص ملزمة، أما الفقه فغير ملزم، والنصوص الشرعية هي ما تقررت في الكتاب والسنة، أما الفقه فيشمل كل الأحكام التي اجتهد فيها السلف، سواء كان اجتهادهم تأويلاً لنص ظني للدلالة، أو استنباطاً لحكم مسألة لم يرد فيها نص قطعي الثبوت.

ومما سبق، يتبين الفرق بين مبادئ الشريعة الإسلامية وبين أحكامها، حيث إن المبادئ تنصرف إلى المقاصد العليا الثابتة، بعكس الأحكام التي يدخل فيها ما هو متغير وخاضع للاختلاف الفقهي في استنباطها، الأمر الذي يمكن أن نستنتج منه أن إحالة المشرع الليبي إلى "أحكام الشريعة الإسلامية" هي إحالة إلى الفقه الإسلامي، خاصة أنه حدّد هذه الأحكام بأنها "القائمة على نص قطعي أو إجماع، أو قياس جلي أو قاعدة فقهية"، فهو قد أحال على أدلة هي في حقيقتها آليات بشرية وعقلية تعكس الاجتهاد الفقهي، كالإجماع والقياس الجلي، والقاعدة الفقهية، وهذا ما ناقشه حالاً.

الفقرة الثانية/ تقييم موقف المشرع:

لقد نص المشرع على أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة على نص قطعي أو إجماع أو قياس جلي أو قاعدة فقهية، تُعدّ من النظام العام، وأن سريان النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص يكون بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية؛ ولا شك أن مثل هذه الصياغة تدفع إلى طرح عدد من التساؤلات، لعل أبرزها: هل النص على أن سريان النص التشريعي على المسائل التي تناولها بما لا يخالف أحكام الشريعة من شأنه أن يرقى بمرتبة هذه الأحكام إلى مرتبة النص التشريعي حتى وإن لم يجرّ تقنينها فيه، خاصة وأن تعديل المادة الأولى جاء مصحوباً بتعديلٍ لعددٍ من المواد الأخرى في القانون بما يتوافق مع هذه الأحكام أو هكذا يُفترض وفق المنطق السليم للأمر؟ وهل اعتبار أحكام الشريعة من النظام العام هو من اختصاص المشرع العادي، أم هو من صميم اختصاص المؤسّس الدستوري؟

قبل مناقشة هذه التساؤلات، ومُحاولة معرفة إجاباتها، من المعروف أن صياغة التشريعات ليست مُجرّد إفراغ للنصوص في قوالب شكلية، بل هي أولاً وقبل كل شيء فكر قانوني يَرُدُّ النصوص إلى ضوابطها القانونية مُلتزماً بالأصول المنطقية؛ ذلك أن تماسك البنية الدلالية للنص القانوني إنما يرتبط بتماسك البنية الفكرية مُنتجة، أي بتماسك هذه المفاهيم الحكمية في ذهن المشرع⁽²⁾، وبتطبيق ذلك على صياغة المشرع الليبي لنص المادة الأولى بعد تعديلها، نجد أنها صياغة تعكس تخبطاً واضحاً في فكر واضعها ومنطقه القانوني، حيث إن عبارة "بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية" لا تعدو أن تكون تزيّناً وحشواً كان الأولى أن يتم تلافيها، طالما أن المشرع قد اعتبر هذه الأحكام من النظام العام، ولكن يبدو أنها قد وُضعت لغرضٍ مُعيّن ستترتب عليه إشكاليات خطيرة - سيتم التعرّض لها لاحقاً - ، يُضاف إلى ذلك فإن عبارة "نص قطعي" قد جاءت مُطلقة، ومعلوم أن المُطلق يُؤخذ على إطلاقه، وبالتالي يكون المقصود أحكام الشريعة الإسلامية القائمة على نص قطعي الثبوت والدلالة معاً، وهو ما يُرتّب عدم جدوى بقية الأدلة الأخرى التي ذكرها النص

(9) انظر: عوض محمد عوض، مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة بنغازي، ع3، يونيو 1973، ص22.

(1) انظر: سعيد أحمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص، دراسة في التماسك النصي، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1، 2010، ص35، 56.

ألا وهي الإجماع والقياس الجلي والقاعدة الفقهية، بحُكم أنها أدلة ظنية في ثبوتها وفي دلالتها، بل إنها في حقيقتها هي آلياتٌ بشرية في فهم النص واستنباط الحكم منه، كما إن عبارة "نص قطعي" تجعل من مصادر الحكم الشرعي تنحصر في آيات القرآن الكريم قطعية الدلالة، والمتواتر فقط من سُنَّة الرسول -صلى الله عليه وسلّم- لكونها وحدها قطعية الثبوت والدلالة، والمتواتر من السُنَّة هو في أغلبه سُنَّة عملية، ويندر أن تندرج تحته سُنَّة قولية⁽¹⁾، وهو ما يُرتب استبعاد أحاديث الآحاد، ومن ثم باللزوم المنطقي والعقلي استبعاد الأدلة الأخرى التي هي محض اجتهادٍ بشري في النص الشرعي.

إذا كانت صياغة المشرع تقودنا إلى استبعاد الأدلة الأخرى (الإجماع والقياس الجلي والقاعدة الفقهية) والاكتفاء بالنصوص القطعية، فهذا يقودنا إلى نتيجة منطقية وهي أن المشرع في الحقيقة لم يأت بجديد على صعيد مصادر القانون؛ لأن الاكتفاء بالنصوص القطعية والمبادئ والمقاصد الكلية هو المقصود من عبارة "مبادئ الشريعة الإسلامية" وفق التحديد التي تم في الفقرة السابقة، مما يعني أن المشرع في تعديله للمادة الأولى لم يأت بجديد فيما عدا محض تعديل اللفظ من مبادئ إلى أحكام، ولكن حتى على فرض سلامة صياغة المشرع، فإن الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية القائمة على الإجماع أو القياس الجلي أو القاعدة الفقهية، قابلة لأوجه عديدة من النقد والمناقشة، تتمثل إجمالاً في كون الإجماع والقياس الجلي أدلة اجتهادية مُختلف عليها وتعرضها عديد الإشكاليات، أما القواعد الفقهية فتدخل في إطار المبادئ أكثر من الأحكام.

بالنسبة للإجماع، والذي تتبناه أكثر المذاهب على أنه مصدر قطعي، فإنه ينطوي على مُفارقة غريبة وهي أنه ليس ثمة أي شكل من أشكال الإجماع حول تعريف الإجماع، بل إن الواقع يكشف عن عشرات التعريفات والشروط لحدوث الإجماع، حتى داخل المذهب الواحد، ثم ما إذا كان فهل يجب أن يكون تاماً أم يكفي فيه رأي الأكثرية، كما أن افتراق المذاهب التقليدية بين سُنَّةٍ وشيعة وغيرهم قد أسهم في الخلاف في الرأي حول مسائل الإجماع⁽²⁾، وفي نقد ابن حزم لمفهوم الإجماع يقول بأن الإجماع لا يمكن إثباته على الإطلاق، ولو اقتصر على الصحابة؛ لأن عددهم بالألوف⁽³⁾، ومنطقه في ذلك أن القضايا التي يتناولها الإجماع لا بُدَّ أن تكون قد ذُكرت بوضوح في القرآن أو في حديث متواتر، أو أن تكون قضايا تختلف فيها الآراء حول فهم النص أو حول حديث من أحاديث الآحاد، ففي الحالة الأولى: بناءً على كون الحكم موجوداً في القرآن الكريم أو في حديث متواتر، فإنه لا يحتاج إلى إجماع ليعطيه الحجية؛ لأن القرآن والسنة هما المصدر الأصلي للأحكام الشرعية. وأما الحالة الثانية: فإن الإجماع دعوى وليس له حقيقة يقينية⁽⁴⁾، وقد ذكّر ابن تيمية⁽⁵⁾ أن ابن حزم نقل في مراتب الإجماع عدداً من الأمثلة التي لم يكن الفقهاء دقيقين في ادعائهم وجود الإجماع حولها، وذلك في معرض خوضهم في مواضع اجتهادية، دون ملاحظة منهم لتعدد الآراء حول الموضوع الذي يبحثونه، وبالتالي بطلان دعوى الإجماع.

(1) انظر: عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص45.

(2) انظر للمزيد حول نقد الإجماع بوصفه مصدرًا قطعيًا: جاسر عودة، مقاصد الشريعة كفسلفة للتشريع الإسلامي، رؤية منظومية، تعريف: عبداللطيف الخياط، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، 2012، ص182 وما بعدها.

(3) انظر: ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد 8، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1983، ص103.

(4) راجع: جاسر عودة، المرجع السابق، ص188.

(5) انظر: ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم، نقد مراتب الإجماع، دار الفكر، بيروت، ط1، 1998.

وعليه، فإن الإجماع ليس مصدرًا قطعيًا من مصادر التشريع، بل هو مُجرّد آلية لتجميع الآراء، أو بلغة اصطلاحية معاصرة إنه آلية لاتخاذ قرار جماعي، غير أنه أُسيء استخدامه لاحتكار الفتوى، وكتب الفقه تزخر بادعاءات كثيرة للإجماع في أحكام هي عُرضة لخلاف واضح ومعروف، وذلك بُغية الانتصار لرأي ما.⁽¹⁾

أما بالنسبة للقياس الجلي، فإنه برغم أن نقطة قوّته تكمن في كونه مُستندًا إلى علة صريحة⁽²⁾، إلا أنه في الواقع ليس إلا آلية عقلية يتوصل من خلالها الفقيه إلى حكم فقهي، وهو كذلك ليس محل اتفاق حول قطعته، ولأنه لم تكن أي كمية من الاجتهاد البشري قادرة بمفردها على إرساء حجية وصحة أي جزء من الشريعة التي أمر بها الله؛ فإنه بالنتيجة تم تبرير القياس عبر المصادر المنزلة ومنتجها المباشر أي الإجماع.⁽³⁾ أما القاعدة الفقهية، فهي قضية كلية مُنطبقة على جميع جُزئياتها⁽⁴⁾، أو هي قول موجز بليغ في قضية كلية تندرج تحتها أكثر جُزئياتها يتعرف من خلالها على أحكام ما لا ينحصر منها⁽⁵⁾، وهي بهذا المعنى إنما تُرسي مبادئ عامة وتوجيهية أكثر منها أحكامًا تفصيلية، مما يُقربها من المبادئ المُستلهمّة أكثر من الأحكام. وينبغي الإشارة هنا، إلى أن مُناقشة هذه الأدلة والقول بعدم قطعيتها، ليس المقصود منه إنكارها كآليات لاستنباط الأحكام الشرعية، فهذا مني آخر لا نقصده، ولكن القصد هو بيان أن هذه الأدلة هي أدلة بشرية، وأن الأحكام المُستنبطة منها هي أحكام ظنية واجتهادية، ولا يمكن وصفها بالقطعية والإلزام بها وعدّها من النظام العام؛ وبالتالي يكون المشرع الليبي بالنص عليها قد أحال القاضي على أحكام فقهية ناتجة عن اجتهادات الفقهاء في النصوص القطعية التي تُشكّل المبادئ أو المقاصد العامة والكلية للشريعة، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى فتح باب كبير وشاق قد لا يُطبقه القضاة ذوي التكوين الشرعي المحدود، والإشكالية الأعمد هي اعتبار "أحكام الشريعة الإسلامية" من حيث هي الفقه الإسلامي كما انتهينا؛ اعتبارها من النظام العام، بمعنى أنها تفوق النص التشريعي في الرتبة حتى وإن لم تُقنن فيه، وذلك على الرغم من تعديل المشرع لكثير من المواد الأخرى في القانون المدني بما يراه مُتوافقًا مع هذه الأحكام! وهذه هي المفارقة؛ مع ما يترتب على ذلك من إمكانية أن يخالف القاضي النص التشريعي الصريح ويأت باجتهاد فقهي مبني على إجماع ما أو قياس جلي معين يراه الأقرب لحسم النزاع، ثم يأت قاضي آخر باجتهاد فقهي مغاير ويُطبّقه على واقعة مُشابهة، ويُسبّب كلٌّ منهما حُكمه بأن النص التشريعي مُخالف للحكم الشرعي الذي اختار تطبيقه؛ لأن أحكام الشريعة قد أضحّت مصدرًا وحيدًا للقانون، ولا يخفى ما سيؤدي إليه ذلك من إرباك وعدم استقرار للقاعدة القانونية؛ ولذلك أرى مبدئيًا أن مسألة النص على اعتبار الشريعة الإسلامية من النظام العام هي مسألة دستورية بالدرجة الأولى، وليست من اختصاص المشرع العادي، على نحو ما سيأتي تفصيله لاحقًا.

وتلافيًا لكل هذه الإشكاليات التي تسبّب فيها الصّياغات المُرتبكة للنصوص، وأخذًا في الاعتبار أن أغلب دعوات تطبيق الشريعة كثيرًا ما تكون اختزالية لا شمولية، حرفية لا أخلاقية، أحادية البعد لا مُتعدّدة

(6) راجع في نقد الإجماع: حمادي ذويب، مراجعة نقدية للإجماع بين النظرية والتطبيق، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة- قطر، ط1، 2013.

(1) انظر: وائل حلاق، تاريخ النظريات الفقهية في الإسلام، مقدمة في أصول الفقه السني، ترجمة: أحمد موصلي، مراجعة: فهد بن عبدالرحمن الحمودي، دار المدار الإسلامي، بيروت- لبنان، ط1، 2007، ص145.

(2) للمزيد راجع: المرجع السابق، ص145 وما بعدها.

(3) الجرجاني، التعريفات، سبق ذكره، باب القاف، رقم (1369)، ص143.

(4) انظر: محمد بكر اسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1997، ص6.

الأبعاد، تنظر للأمور بمنظار الأبيض والأسود فحسب دون اعتبار تعدد جوانب الموضوع، بطريقة تجزئية لا تركيبية، تعتمد على الإشارات والألفاظ لا المقاصد والغايات خلف أحكام الشريعة⁽¹⁾؛ فإنني أقترح أن تتم الإحالة على "مقاصد الشريعة الإسلامية": لإعطاء آفاق أرحب وأوسع في تطبيق ومواءمة النص التشريعي مع مقاصد الشريعة، التي هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة⁽²⁾، وبهذا النهج فإن مقاصد الشريعة بوصفها من المبادئ العامة للقانون، لا تستغرق مصادر القانون الأخرى ولا تلغها، ولكنها تتقدمها فقط، بل وتتواءم معها، مما يقودنا لمناقشة أسباب وجدوى استبعاد المصادر الأخرى المتمثلة في العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وهل كان المشرع الليبي موفقاً في ذلك أم لا؟.

المطلب الثاني

أثر استبعاد مصادر القانون المدني الأخرى

إن توجه المشرع الليبي نحو أحادية المصدر والاكتفاء بأحكام الشريعة الإسلامية مصدراً وحيداً للقانون، وعدّها من النظام العام، تبيّن من خلال المطلب السابق أنه توجه مُنتقد وتعارضه عديد الإشكاليات، الأمر الذي يُثير تساؤلاً حول مدى جدوى استبعاد المصادر الأخرى التي كانت مُعتبرة وفق الصيغة الأصلية لنص المادة الأولى، ألا وهي العرف (الفقرة الأولى)، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى/ مدى جدوى استبعاد العرف:

يُعدّ العرف أصلاً للتشريعات والقوانين، من حيث كونه في تعريفه البسيط قانوناً غير مكتوب، أو كما عرّفه الفقه القانوني بأنه اطراد أفراد الجماعة أو فئة منهم على اتباع قاعدة معينة في سلوكهم على نحو يؤدي إلى شعورهم بالزام تلك القاعدة لضرورتها لحياتهم⁽³⁾، وهذا ما يُميّز العرف عن العادة في الاصطلاح القانوني، بخلاف تعريفه لدى علماء أصول الفقه حيث لا فرق بينه وبين العادة، فهو ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول، أو فعل، أو ترك⁽⁴⁾، ومن هنا فإن العرف كان في الماضي شبه المصدر الوحيد للقانون، فهو سابق في وجوده على وجود الدولة بمعناها الحديث، وإن لم تعد له الصدارة في الوقت الحاضر بسبب ازدهار وأولوية المصدر الأول في ظل الدولة الحديثة ألا وهو التشريع⁽⁵⁾.

وفي الفقه الإسلامي وأصول الفقه يعتبر العرف مصدراً من مصادر الحكم الشرعي وأحد الأدلة الشرعية لاستنباط الأحكام، فالعرف الصحيح الذي لا يحل محرماً ولا يُبطل واجباً يجب مراعاته في التشريع والقضاء⁽⁶⁾، كما تم استنباط العديد من القواعد الفقهية التي تؤكد دور العرف سواء في التشريع أو القضاء، ومن بين هذه القواعد: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، "العادة شريعة محكمة"، "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"، بل إن الحكم الشرعي قابل للتغيّر على ضوء العرف والعادة المتجددة، وفي ذلك يقول القرافي: "بل

(5) انظر: جاسر عودة، مقاصد الشريعة كفسلفة للتشريع، مرجع سابق، ص27.

(1) انظر: الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة،

القاهرة، ط5، 2012، ص55.

(2) انظر: الكوني اعبودة، مرجع سابق، ص254.

(3) انظر: عبدالوهاب خلاف، مرجع سابق، ص99.

(4) انظر: الكوني اعبودة، مرجع سابق، ص253.

(5) انظر: عبدالوهاب خلاف، مرجع سابق، ص100.

كلُّ ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة... بل ولا يشترط تغير العادة، بل لو خرجنا من بلد إلى بلدٍ آخر، عوائدهم على خلافِ عادة البلد الذي كنا فيه أفتيناهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه...⁽¹⁾

وعلى صعيد التشريعات، فإنه باستقراء القوانين المدنية في بعض الدول العربية، نجد مثلاً أن القانون المدني المصري في مادته الأولى، والقانون المدني العراقي في مادته الأولى كذلك، والقانون المدني الكويتي في مادته الأولى قبل تعديلها وتقديم أحكام الفقه الإسلامي مصدرًا تاليًا للتشريع وسابقًا للعرف⁽²⁾، قد نصّت جميعها على إحالة القاضي في حالة النقص التشريعي مباشرة إلى العرف، بوصفه المصدر الثاني بعد نصوص التشريع، وقد حظي هذا التوجه بترحيب بعض الفقه⁽³⁾ بحجة أن العرف هو ملاذ القضاء في الواقع العملي، ولذلك دعا نفس الفقه إلى ضرورة رجوع المشرع الكويتي إلى موقفه السابق وتقديم العرف مصدرًا تاليًا للتشريع في المرتبة، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي بخصوص المادة الأولى قبل تعديلها: "ومكانة العرف من حيث أنه يلي التشريع ترجع إلى كونه المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالًا مباشرًا بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص، ولذلك يظل هذا المصدر -إلى جانب التشريع- مصدرًا تكميليًا خصبًا يتناول المسائل التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني... والواقع أن تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف لا يتفق تمامًا مع منطلق ترتيب مصادر القانون، لأن العرف من أهم المصادر التي توجب الشريعة والفقه الإسلامي اعتمادها، واعتماد مبادئ أو أصول الشريعة الإسلامية مؤداه اعتماد العرف الذي له في الشريعة اعتبار أساسي في بناء الأحكام، فالأصل في المعاملات هو ما تراضى عليه الناس أو جرى به العرف بينهم، إلا أن يتراضوا أو يتعارفوا على ما يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال... من ثم يكون ذكر العرف بعد مبادئ الشريعة من قبيل التزيد، ما دام أن العرف يعتبر من أهم المصادر في الشريعة الغراء."⁽⁴⁾

وعلى صعيد القانون المقارن، نجد النظام القانوني البريطاني وهو أبرز النظم الأنجلوسكسونية أو ما يعرف بنظم القانون العام، يُعطي المحكمة سلطة إعلان كون عرف ما مقبولًا أو مرفوضًا، وهذا يُبين بوضوح أن العرف ليس مصدرًا ثانويًا للقانون فحسب، بل هو أيضًا، ومهما كانت النظرية بشأنه، يستمد سلطته وقانونيته من المحاكم وليس من تلقاء نفسه، وما لم تضع المحكمة خاتمها على صحته فإنه يعتبر معدومًا⁽⁵⁾، وإن كان البعض يرى أن حقيقة السوابق القضائية في النظام البريطاني وجوهرها النابض هو العرف العملي وقرائن الواقعة في بيئتها، وهو ما يُنبئ عن مكانة العرف وأولويته كمصدر للقانون في النظام البريطاني⁽⁶⁾.

(6) القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، ط2، بيروت، 1995، ص218، 219.

(1) بموجب القانون رقم 15 لسنة 1996، بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني.

(2) انظر: منصور عبدالسلام الصرايرة، رياض منصور الخليفي، مراجعة نقدية بشأن مصادر القانون المدني الرسمية، دراسة في التشريعين الأردني والكويتي، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، مجلد 5، ع4، 2013، ص48.

(3) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص16، 17.

(4) انظر: دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب: سليم الصويص، مراجعة: سليم بسيسو، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ع47، نوفمبر 1981، ص226.

(5) انظر: منصور الصرايرة، رياض الخليفي، مرجع سابق، ص46.

وبالتالي فإنه يمكن القول بأن العرف هو مصدر مُعتبر في نظرية مصادر القانون في أغلب التشريعات، وإن اختلفت رُتبته فيها، مما قد يزيد أو يُقلل من دوره؛ ذلك أنه في ظل الصياغة الأصلية للمادة الأولى احتل العرف المرتبة الثالثة، وبالتالي فإن وفرة النصوص التشريعية، وخصوصية مبادئ الشريعة الإسلامية، تجعل فرضية قيام العرف بدور في سد الفراغ التشريعي نادرةً جدًّا، خاصة في ظل النظام القانوني الليبي الذي يتَّصف بالإسهال التشريعي، ورغم ذلك فإن القانون المدني قد أحال في مُناسبات عديدة على العرف إحتالات خاصة، من ذلك مثلًا: الاستعانة بالعرف في تحديد المعايير المرنة التي يلجأ إليها القاضي (المواد 2/148، 421)، والاستعانة بالعرف في تفسير نية المتعاقدين (المادتين 95، 2/125)، وكذلك في الأحوال التي يقرر فيها المشرع إمكانية مخالفة العرف للنص التشريعي (مثل المادة 1/446)، ففي هذه الحالات يُؤخذ بالعرف رغم مخالفته للنص التشريعي، ولكن ذلك لا يعني إلغاء الأخير بالأول، بل كل ما هنالك استبعاد تطبيق النص التشريعي في حال وجود الاتفاق أو العرف المخالف؛ وفي غير هذه الأحوال الصريحة فإنه لا يجوز مخالفة العرف لأي نص تشريعي أمرًا كان أو مكملًا⁽¹⁾، كما أن المحكمة العليا الليبية قد احتكمت للعرف، وقضت بناءً عليه في أحد أحكامها بأن: "من المقرر أن العرف يعتبر أصلًا تستمد منه الأحكام ويجب الرجوع إليه لفض النزاع عند فقدان النص أو في حالة ما إذا كان هناك نص يحيل إلى العرف الجاري وهذا القدر متفق عليه بين الشريعة والقانون، فقد أقرت الشريعة العرف كأصل يحتكم إليه ما لم يكن مخالفًا لنص في القرآن أو الحديث الصحيح حتى قيل في شأن العرف أنه شريعة محكمة. وقد نسح المشرع الوضعي على نفس المنوال فنص في المادة الأولى من القانون المدني على أنه... وقد أحال المشرع في كثير من المواضع على العرف والعادة الجارية وخاصة في المسائل التجارية"⁽²⁾.

بناءً عليه، يمكن القول بأن المشرع الليبي لم يكن مُوفقًا في استبعاد العرف من قائمة مصادر القانون، على الرغم من نُدرته وفعالية الدور الذي كان يلعبه العرف في ظل الصياغة الأصلية لنص المادة الأولى من القانون المدني، بخلاف ما يُمكن أن يكون عليه الواقع في الحاضر والمستقبل، خاصة لو أخذنا في الاعتبار التغيُّرات التي حدثت في الدولة الليبية منذ عام 2011 وبعض إرهاباتها التي سبقتها، والمُتمثلة في بوادٍ الخروج من النهج الاشتراكي الذي كان يبرز فيه دور النص التشريعي بوضوح مقابل انحسار دور العرف.⁽³⁾

الفقرة الثانية/ مدى جدوى استبعاد مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

يُعرّف القانون الطبيعي بأنه: "جوهر القانون وهو العدل المطلق الذي يبرر وجود القانون الوضعي، والأساس الأخلاقي والعقلي الذي يستند إليه القانون الوضعي فيما يتضمنه من قواعد ملزمة لإرادة الأفراد... والقاضي عندما يحكم بالعدل في نزاع لا يوجد بشأنه حكم في قواعد القانون الوضعي، فهو يستوحي الحل من القانون الطبيعي الذي هو العدل المطلق..."⁽⁴⁾، وجاء في مسرحية أنتيجون لسوفوكليس على لسان أنتيجون ردًا على اتهام كريون لها بأنها تجرأت على تجاوز القانون الذي أصدره بمنع دفن أخيها: "...ولم أعتقد

(1) انظر لمزيد من التفصيل: الكوني اعبودة، مرجع سابق، ص263 وما بعدها.

(2) طعن مدني رقم 25/107، بتاريخ: 15/03/1981، م.م.ع، س18، ع1، ص55.

(3) انظر في اعتبار التوجه الاشتراكي للدولة الليبية -سابقًا- سببًا في تقهقر دور العرف مقارنة بالنص التشريعي: الكوني اعبودة، مرجع سابق، ص270، وهو ما يُفهم منه أن تبني توجه مغاير للتوجه الاشتراكي، سيترتب عليه ازدهار دور العرف، ولمزيد التفصيل حول دور العرف راجع: طارق عبدالرزاق سعيد، دور العرف في سد الفراغ التشريعي (بحث مقارن بالشريعة الإسلامية)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، س9، ع2، 2017.

(4) سمير تناغو، مرجع سابق، ص240.

أن أوامر الحظر التي تصدرها أنت هي من القوة بحيث تسمح لكائن فإن بأن يتخطى قوانين أخرى، قوانين غير مكتوبة، لا تتزعزع، قوانين سنّها الآلهة. إن هذه القوانين ليست بنت اليوم ولا بنت الأمس، ولا أحد يعلم متى ظهرت...⁽¹⁾، وقد وصفه شيشرون بأنه: "قانون حقيقي، موافق للطبيعة، خالد أبدي... قانون ثابت لا يتغير ولا تستطيع أي هيئة تشريعية أن تلغيه أو تعدله، ولا يحتاج إلى أحد لشرحه وتفسيره، كما أنه قانون يخاطب البشر جميعاً في كافة الأزمنة..."⁽²⁾، وقد حدّد هوغو جروتوس أهم خصائص مبادئ القانون الطبيعي بأنها مبادئ غير مكتوبة عامة وثابتة على مر الزمن، لا تتغيّر ولا تتباين بتباين المجتمعات، أساسها الطبيعة، يكشفها العقل السليم، وتعكس الطابع الأخلاقي الذي يمنع كل انفصال في فكرة القانون بين ما هو كائن وما ينبغي أن يكون، وبالتالي وجوب أن يأتي القانون الوضعي موافقاً لها.⁽³⁾

وليس الغرض هنا تقصي تاريخ نشأة فكرة القانون الطبيعي ولا تتبّع محطاتها⁽⁴⁾، فذلك مما يخرج عن نطاق البحث، ولكن المقصود هو أن فكرة القانون الطبيعي المبني على الطبائع المشتركة وعلى قدرة العقل على اكتشافه والتوصل إلى مبادئ الأخلاق الأساسية، هي بهذا المعنى نجد جذوراً قوية لها في العديد من مُصنّفات أصول الفقه الإسلامي، مما تجدر الإشارة إلى بعضه في هذا المقام، ومن ذلك مثلاً ما يقوله العز بن عبد السلام: "معظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروفة بالعقل، وكذلك معظم الشرائع، إذ لا يخفى على عاقل -قبل ورود الشرع- أن تحصيل المصالح المحضّة ودرء المفاسد المحضّة عن نفس الإنسان وعن غيره محمودٌ وحسنٌ... ومن عرف مصالح الدارين وشرّفهما حتّى طبعه على طلب أحسنها فأحسنها، وأفضلها فأفضلها، كما يحثه على دفع أقبحها فأقبحها، وأرذلها فأرذلها. وإن الله تعالى خلق في أكثر الناس من الأخلاق ما يحثهم على كل حسن، ويزجرهم عن كل قبيح، لينتفعوا بذلك في الفترات بين الرسل، ويعرفوا الحكمة فيما جاءت به الرسل، ليُشكروا على ذلك... وأما ما لا تستقل العقول بإدراكه من المصالح والمفاسد، فهو المعبر عنه بالتعبّد، وهو قليل بالنسبة إلى ما عرفت مصالحه ومفاسده..."⁽⁵⁾.

ويذهب الطوفي، وهو حنبلي المذهب، إلى تقديم المصلحة على سائر النصوص والأدلة الشرعية الأخرى كالإجماع، إن هي تعارضت مع المصلحة، لكون الأخيرة هي الأولى بالرعاية، وهي السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع بحسب العرف، والسبب المؤدي إلى مقصود الشارع اصطلاحاً.⁽⁶⁾

ويقول الدبوسي في تقويم الأدلة: "إن أصل الدين وفروعه من العبادات والكفارات والحدود والمعاملات مشروعة بأسباب عرفت أسباباً لها بدليلها سوى الأمر، وإنما الأمر لإلزام أداء ما وجب علينا بسببه... ولما ثبت

(5) سوفوقليس، التراجيديات، مسرحية أنتيجونا، ترجمة: عبدالرحمن بدوي، التراجيديات اليونانية، ج1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت- لبنان، ط1، 1996، ص175.

(6) أورده: محمود السقا، دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعي، ج3، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلد 68، ع368، أبريل 1977، ص224.

(1) انظر في ذلك: محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، دراسة مقارنة، منشورات منتدى الفكر الإسلامي في إقليم كردستان العراق (23)، أربيل، ط2، 2011، ص118، فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص110.

(2) انظر لمزيد من التفصيل حول القانون الطبيعي: محمود السقا، دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعي في العصر الوسيط، مجلة مصر المعاصرة، مجلد 67، ع366، أكتوبر 1976، ص27، شمس الدين الوكيل، نظرات في فلسفة القانون، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، س12، ع3، 4، 1963، ص33، ملحم قربان، قضايا الفكر السياسي: القانون الطبيعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط1، 1982، ص19 وما بعدها.

(3) بن عبد السلام، عز الدين عبدالعزيز، القواعد الكبرى الموسوم بـ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق: نزيه كمال حماد، عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، ج1، ط1، 2000، ص7، 164، 165.

(4) الطوفي، ابن عباس الحنبلي نجم الدين، رسالة في رعاية المصلحة، تحقيق وتعليق: أحمد عبدالرحيم السابح، الدار المصرية اللبنانية، ط1، 1993، ص23، 25، 34، 36، 45، 47.

أن بالعقل كفاية كان بنفسه حجة بدون الشرع، ولزم العمل به كما يجب بالشرع وبسائر الحجج إذا قامت...⁽¹⁾، كما أنه قسّم مُباحات العقول للحياة الدنيا على أساس الطبع لا النص، مثل الحياة والتربية والتعليم واستمرار النسل، وتوصّل إلى مُحرّمات العقل قطعاً للدنيا وهي الجهل، والظلم، والعبث، والسفه.⁽²⁾ ومن المعاصرين نجد الطاهر بن عاشور، فقد جعل الحق الأصلي المُستحق بالتكوين وأصل الجبلة، في أولى مراتب الحقوق حسب قوة موجب الاستحقاق فيها لمُستحقها، كما أنه يرى "ابتناء مقاصد الشريعة على وصف الشريعة الأعظم وهو الفطرة التي هي الخَلقة، والنظام الذي أوجده الله في كل مخلوق، ففطرة الإنسان هي ما فُطرَ، أي خُلِقَ عليه الإنسان ظاهراً وباطناً أي جسداً وعقلاً... ونحن إذا أجدنا النظر في المقصد العام من التشريع نجده لا يعدو أن يساير حفظ الفطرة والحذر من خرقها واختلالها..."⁽³⁾.

من خلال هذا العرض، يُمكن القول بأن هذه اللّمحات من أصول الفقه وإن لم تُقدّم تطبيقاً لمبدأ القانون الطبيعي، إلا أنها تؤسّس لمنطقٍ نظريّ يسمحُ به، فقد تبين من خلالها قدرة العقل على التوصل إلى مبادئ الأخلاق الأساسية، ومن ثم قدرته على التوصل إلى القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية، ويرى البعض هنا⁽⁴⁾ أن فكرة مقاصد الشريعة (وقد اقترحناها "صيغةً ومصدراً" بديلاً للأحكام والمبادئ) من الممكن أن تُشكّل حلقة الصّلة بين القانون أو الحق الطبيعي والأحكام الوضعية القائمة.

وفكرة العدالة بما تلعبه من دور في أنسنة القاعدة القانونية، وبوصفها القيمة الأخلاقية الكامنة في الضمير الإنساني الاجتماعي، التي تتميز بالديمومة والتجريد وأن طريق الوصول إليها هو العقل السليم، وغايتها إعطاء كل ذي حق حقه مع مراعاة بواعث الخير والرحمة والعطف⁽⁵⁾، فهي الأخرى تؤدي دوراً مهمّاً في حالة الفراغ التشريعي، خاصة وأن القاضي هنا مطالب بالاجتهاد في ظل التصور الجمعي للعدالة، وليس بحسب منظوره الشخصي.⁽⁶⁾

وبالتالي فإنه لا يُمكن إغفال دور القانون الطبيعي وقواعد العدالة كجوهرٍ للقانون، يستلهمهما القاضي لحل النزاع في حالة عدم كفاية مصادر القانون الأخرى، وأن استبعادهما بوصفهما جوهرًا للقانون كان في غير محله، وما كان هذا الاستبعاد ليتم فيما لو كان من بين أعضاء لجنة صياغة التعديل على القانون المدني مُتخصّصون في علم أصول الفقه، ومن ثم نخلص إلى أن المشرع لم يكن مُوفّقاً في هجره لتعدّد مصادر القانون وتبنيّه لتوجه اختار فيه أحادية المصدر، وحصر هذا المصدر في "أحكام الشريعة الإسلامية"، ولا شك أن هذا الموقف بعد نقده وكشف عيوبه، يقتضي منا الوقوف على انعكاساته على دور القاضي الأساسي في تطبيق النص التشريعي، ومدى إمكانية تجاوزه لهذا الدور إلى درجة لعب دور كبير وخطير في خلق القاعدة التشريعية.

(5) الدبوسي، أبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى، تقويم الأدلة في أصول الفقه، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، 2001، ص61، 444.

(6) المصدر السابق، ص449، 455.

(1) الطاهر بن عاشور، سبق ذكره، ص60 وما بعدها، 168.

(2) انظر: كريم الصياد، نظرية الحق، دراسة في أسس فلسفة القانون والحق الإسلامية، مركز الكتاب للنشر، القاهرة، ط1، 2016، ص322.

(3) انظر في ذلك: الكوني علي عبودة، العدالة في القانون المدني، مجلة القانون المدني المعمق، دون بيانات نشر أخرى متاحة، ص62 وما بعدها، وقد انتقد صياغة المشرع الذي لم يحالفه التوفيق في ربطه القواعد بالعدالة.

(4) للمزيد حول فكرة العدالة وأهميتها في القانون المدني، انظر: عابد فايد عبدالفتاح، العدالة في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، مجلد2، ديسمبر 2012، ص961 وما بعدها.

المبحث الثاني

دور القاضي بين تطبيق النص التشريعي وخلق

انتهينا في المبحث الأول إلى أن إحالة المشرع الليبي في المادة الأولى بعد تعديلها على "أحكام الشريعة الإسلامية" التي هي من النظام العام، هي في حقيقتها إحالة للقاضي على الفقه الإسلامي، ذلك الإرث من الاجتهاد البشري الذي يصعب تقصّيه على الإجمال، وهو ما يطرح بالتالي فرضية أن يتطور دور القاضي من وظيفة تطبيق النص التشريعي المُقنّن، إلى فرضية خلق قواعد تشريعية جديدة مُستمدّة من الفقه الإسلامي غير المُقنّن، مما يقتضي إلقاء نظرة تاريخية على دور القاضي في ظل الحكم الإسلامي (المطلب الأول)، ثم معرفة مدى انعكاس هذا الدور على دور القاضي المعاصر في حالة النقص التشريعي الوضعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور القاضي في ظل الحكم الإسلامي

سننطلق في عرضنا لدور القاضي في ظل الحكم الإسلامي من سؤال طرحه وائل حلاق، وهو أنه إذا لم تكن الشريعة من عمل الحاكم الإسلامي، فما الذي صنعها ومن؟⁽¹⁾، يُجيب حلاق عن هذا السؤال بأن الأمة، أي العالم الاجتماعي المشترك، أنتجت عضوياً خبراءها القانونيين، وهم أفراداً مؤهلون لإنجاز وظائف قانونية مُتعدّدة أسّست في مُجملها النظام القانوني الإسلامي، فقد برز الفقهاء والقضاة كقادة مدنيين وجدوا أنفسهم، بحكم طبيعة "مهنهم" مشاركين في الإدارة اليومية للشؤون المدنية، وقد شعروا بالمسؤولية تجاه البشر العاديين، وكثيراً ما بادروا بالتحرك نيابةً عن المقهورين من دون التماسٍ رسمي من هذه المجموعات الاجتماعية أو أفرادها، وبحكم بيئتهم الاجتماعية تقاطع مصيرهم ورؤيتهم للعالم بصورة لا فكاك منها مع مصالح مجتمعاتهم.

فالمُفتي مثلاً كان خبيراً قانونياً خاصاً مسؤولاً قانونياً وأخلاقياً تجاه المجتمع الذي عاش فيه، وليس تجاه الحاكم ومصالحه، فهو من يحدد القانون من خلال إصدار الفتاوى، أي الإجابات الشرعية للمسائل التي تطرح عليه، وهذه الفتاوى وإن لم تكن مُلزِمة⁽²⁾، فقد أنهت كثيراً من المنازعات في المحاكم، حيث كانت الفتاوى تُعتمد وتُطبق في المحاكم بصورة اعتيادية باعتبارها تعبيراً رسمياً عن القانون، وهذا ما يُفسر عدم الاحتفاظ بأحكام القضاة أو نشرها كما هو مُتبع في محاكم القانون العام حالياً، فالقانون مُدوّن في مجموعة المصنفات الفقهية التي نشأت أساساً في الإجابات التي صاغها المفتون مدعومة بحجج كثيرة، وهكذا كانت الفتاوى النابعة من عالم الممارسة القانونية لا أحكام المحاكم هي التي تُجمع وتُنشر، غير أن أغلب الأعمال القانونية الإسلامية لم يكتبها مُفتون، بل مؤلفون- فقهاء اعتمدوا بالدرجة الأولى على فتاوى المُفتين البارزين، هذه الأعمال أصبح كثيرٌ منها مراجع أساسية للقضاة الذين درسوها عندما كانوا طلاباً، ولأن سلطة القانون كانت تتركز على آراء الفقهاء ورسائل المؤلفين- الفقهاء، فإنه لم يكن يفترض بالقاضي أن يبلغ المستوى ذاته

(1) انظر بالتفصيل ويتوسع أكثر: وائل حلاق، الدولة المستحيلة، الإسلام السياسي ومأزق الحداثة الأخلاقي، ترجمة: عمرو عثمان، مراجعة: تائر ديب، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة- قطر، ط3، 2015، ص112 وما بعدها، وقد اعتمدنا في العرض بالدرجة الأولى على ما أورده المؤلف بالخصوص، وفي نفس الإطار راجع: عبدالكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، مكتبة البشائر، عمان- الأردن، ط2، 1989، ص23 وما بعدها، نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، د.ت.

(2) انظر في ذلك: القرافي، شهاب الدين، سبق ذكره، ص46 وما بعدها.

من المعرفة القانونية المتخصصة إلا إذا كان هو نفسه مُفتيًا أو مؤلفًا- فقيمًا في الوقت ذاته، ومعنى ذلك أنه كان في استطاعة الشخص المُفتي أو المؤلف- الفقيه أن يعمل قاضيًا، وهو يقوم بوظيفته تحت سلطة الشريعة فحسب وليس تحت سلطة الحاكم، وكانوا يفعلون ذلك في عالمهم الاجتماعي ومن أجل ذلك العالم الذين هم جزء منه، فالعري وثيقة بين القانون والمجتمع، فالقانون في النظام الإسلامي ظاهرة اجتماعية في الأساس، وليست سياسية، فهو مرتبط بالمجتمع وليس بـ "الدولة" في مفهومها الحديث.

وعلى صعيد الممارسة القضائية، فقد كان الخصوم والمتقاضون يقفون أمام القاضي من دون مراسم ويعرضون قضاياهم من دون الحاجة إلى وساطة احترازية "محامون"، وكان المتقاضون يتحدثون بصورة غير رسمية، وكانوا يعرضون قضاياهم كما يعرفون، من دون لغة اصطلاحية، فلم تكن هناك فجوة بين المحكمة كهيئة قضائية والمتقاضين، مهما كانوا مُعدمين اقتصاديًا أو محرومين تعليميًا، فالمجتمع مرتبط بالقيم الشرعية بقدر تجذر المحكمة نفسها في العالم الأخلاقي للمجتمع، فكان القانون تراثًا معيشًا وحيًا يعرفه الناس، الذين عندما يمثلون أمام المحكمة كانوا يتكلمون لغةً "قانونية" مفهومة للقاضي مثلما كانت لغة القاضي "الأخلاقية" المحلية مفهومة للناس، فلم يكن هناك انفصال بين القواعد القانونية والأخلاق الاجتماعية، وبقدر ما كانت المحكمة الإسلامية مؤسسة اجتماعية وقانونية، فإنها كانت أساسًا نتاج المجتمع نفسه الذي كانت تخدمه وتعمل فيه.

والحكم في المنازعات كان مهمةً واحدة فقط من المهمات التي كانت تقوم بها محاكم الشريعة وقضاتها، فالقاضي مثل المُفتي، كان عضوًا في المجتمع الذي كان يخدمه، وقد تدرّب على يد المُفتين، وانتهى إلى طائفة العلماء التي نشأت من وسط المراتب الاجتماعية العادية، فالقاضي كي يكون مؤهلًا لمنصبه، يجب أن يتدرّب على الشريعة، ويكون على ألفة عميقة بالعوائد المحلية وطرائق حياة المجتمع الذي يخدمه، فكان القاضي يُشرف على أمور كثيرة في حياة هذا المجتمع كبناء المساجد، والشوارع، وأسيلة الشرب، ورعاية الأوصياء لليتامى والفقراء، وغيرها الكثير من شؤون المجتمع الأخرى، فالقضاة غالبًا ما حاولوا حل المنازعات آخذين في حسابهم جملة العلاقات الاجتماعية الحاضرة والمستقبلية للمتنازعين، بمنع انهيار هذه العلاقات حفاظًا على واقع اجتماعي يمكن فيه للأطراف المتنازعية أن تعيش معًا بوثام، وهو ما استوجب أن يكون القاضي محيطًا بتاريخ العلاقات بين المتنازعين ومستعدًا لاستقصائها، فلم تكن المحاكم الإسلامية ملتقىً قانونيًا فحسب، بل كذلك موقعًا اجتماعيًا وأخلاقيًا.

ولذلك فإن القانون الذي يُطبّقه القاضي هو نتاج مشروع تأويلي تراكمي ممتد عبر القرون اضطلع به الفقهاء أنفسهم، كمؤمنين أفراد وكأعضاء في الأمة على السواء، فقد طوّروا مناهج للتفكير في القانون وتفسيره عُرفت بـ "أصول الفقه"، وهي متنٌ نظري يجمع في خليطٍ منهجي مجموعة من العلوم المتقدمة، مثل المنطق وعلم الكلام واللغة وعلومها ونظريات التأويل العقلية والنصية والحجج القانونية، واستنادًا إليها عمد هؤلاء الفقهاء إلى استخدام هذه المَلَكات للوصول إلى حلول لمشكلات قانونية تتراوح من قضايا العبادات والمواريث إلى أمور مساوية لها في التركيب والتعقيد مثل العقود والتعويض عن الأضرار مما يدخل في مجال المعاملات، وباستثناء بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المُحكّمة التي تشتمل على أحكام واضحة ومحددة، فإن ما بقي من القانون كان نتاجًا للاجتهاد الذي ينطوي على ضروب الاستدلال وبالتالي مجالًا للظنّيات.

ومن ذلك، فإن أغلب أحكام الشريعة وقواعدها، هي إلى حد بعيد منتوج للاجتهاد، وهو مجال للتأويل يعتمد على الظن، ويستطيع كل فقيه متمكن ممارسة الاجتهاد، وقد يصل اثنان أو أكثر إلى نتائج مختلفة للمشكلة نفسها، ولا يعلم إلا الله من هو المجتهد الذي أصاب الحق، فلكل حادثة أو قضية، ولكل مجموعة مميزة من الحقائق، يمكن أن يكون هناك من رأيين إلى عشرة أو أكثر من الآراء الحسبية، كلٌّ منها يتبنّاه فقيه مختلف، فلا يوجد رأي فقهي واحد يتّصف بالاحتكار أو الحصرية، كما هو حال القانون الذي تضعه الدولة الحديثة، فالفقه الإسلامي يتصف بالتعددية القانونية، ليس لأنه يعترف بالأعراف المحلية ويأخذها بالاعتبار ويحملها محمل الجد فحسب، بل أيضاً لأنه يطرح مجموعة من الآراء على أساس منظومة واحدة من الحقائق نفسها.

وبالتالي لم يكن القضاء الإسلامي مُكرّساً لتطبيق قانون حدّته القوى المسيطرة في دولة أو حدّده حاكم متسلّط، بل مكرّساً لحماية الشريعة التي اهتمّتها الأول تنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية على أسس أخلاقية، فلم يكن للحاكم - رغم أنه يعين القضاة - أي دور على الإطلاق في عمل القاضي منذ تعيينه حتى إعفائه من منصبه، فقانون المحكمة وإجراءاتها كانت من اختصاص القاضي، واختصاص القاضي كان بأكمله تطبيق الشريعة التي تدرّب عليها وكان أميناً عليها أخلاقياً وقانونياً وثقافياً، وهو في ذلك ممثل للأمة، وقد كانت القوة الأخلاقية النموذجية للشريعة قد فرضت على القضاة والحكّام على حد سواء، احترام استقلال القضاء، الذي كان جزءاً أساسياً من الثقافة، حيث ينظر خطاب الشريعة النموذجي إلى القاضي بصفته المفوض الأسى فحسب لا المفوض الحقيقي للحاكم، الذي ليس إلا ممثلاً للأمة هو الآخر، ويكون تعيينه وإقصاؤه القضاة مجرد نتيجة لهذا التمثيل، وهذا بالتحديد هو سبب عدم انتهاء مدة عمل القاضي بخلع الحاكم الذي عينه أو تنازله عن الحكم أو وفاته.

ومن ناحية الوظيفة، لم يكن الفقهاء المسلمون يتخصصون في مجالهم لأنهم كانوا يؤدون مهمات أخرى بصورة اعتيادية، بمعنى أن دخلهم من القضاء كان واحداً فحسب من مصادر الرزق، ففي القرون الأولى للإسلام، كانت للقضاة والمفتين مهمات أخرى، حرفية بالأساس، وفي مرحلة لاحقة راحوا يؤدون وظائف متعددة في مجال التعليم، بما في ذلك التدريس الخصوصي ونسخ المخطوطات، كما عمل بعضهم ككتاب وأمناء سر وحافظي سجلات، بينما كان آخرون من صغار التجار، وكان عدد أقل تجاراً كباراً، فلم يعتمد القاضي في ظل الحكم الإسلامي على القضاء بوصفه المصدر الوحيد أو حتى المهم لدخله الاقتصادي.

إن الشريعة لم تكن من إنتاج الحاكم الإسلامي، بخلاف القانون الحديث الذي هو من صنع الدولة وتحديدًا سلطتها التشريعية، وفي إطار الفصل بين السلطات⁽¹⁾، وبالتالي فإن دور القاضي في ظل الحكم الإسلامي هو دور واسع وغير مقيد ومساحة الاجتهاد الممنوحة له كبيرة، الأمر الذي من شأنه أن يسمح بالقول وفق المصطلحات المعاصرة بأن دوره يمتد إلى خلق الحكم الشرعي الذي يطبقه على النزاع، فهو ليس فقط لسناً ينطق بقاعدة موجودة، بل وعقلاً يخلق قاعدة جديدة عند الحاجة، جامعاً - بالتعبير المعاصر - صفتي

(1) راجع في دور القاضي في ظل الحكم الإسلامي بالتفصيل: وائل حلاق، مدخل إلى الشريعة الإسلامية، ترجمة: طاهرة عامر، مراجعة: فهد حسنين، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت- لبنان، ط1، 2017، ص25 وما بعدها، كتابه: نشأة الفقه الإسلامي وتطوره، ترجمة: رياض الميلادي، مراجعة: فهد بن عبدالرحمن الحمودي، دار المدار الإسلامي، بيروت- لبنان، ط1، 2007، ص123 وما بعدها.

القاضي والمُشَرِّع⁽¹⁾، ولا يمنع من وصف هذا الدور بالخلق كونه قد تم بناءً على اجتهاد القاضي في النص الشرعي القطعي واستنباط الحكم منه، إذ أن هذا الاستنباط هو في حقيقته عمل بشري خالص، والدليل هو تنوع وتعدد الاجتهادات بصدد المنازعة الواحدة، بل إن الحكم الشرعي الذي يُصدره القاضي بصدد المنازعة ما قد يتغير فيما لو عُرضت عليه منازعة مشابهة في وقت لاحق، وهذا يقودنا إلى أن إحالة المُشَرِّع الليبي للقاضي على "أحكام الشريعة الإسلامية" - التي انتهينا إلى أنها إحالة للفقهاء الإسلاميين - والنص على أن هذه الأحكام تُعدُّ من النظام العام وأن سريان النصوص التشريعية يكون بما لا يخالفها؛ سيترتب عليه في ظل النظام القانوني الليبي القائم وفقاً لمفهوم الدولة الحديثة، والذي ينتمي إلى نُظْم القانون المدني التي يقتصر فيها دور القاضي على تطبيق النص التشريعي فقط كأصلٍ عام؛ أن يمتد دور القاضي من نطاق تطبيق النص التشريعي المُقَنَّ إلى نطاقٍ أوسع وهو خلق قواعد جديدة وتطبيقها على النزاع، وذلك استناداً إلى حكم في الفقه الإسلامي قد لا يكون مُقَنَّاً في نص تشريعي، وبرغم أصله الاجتهادي، مما قد يترتب عليه نتائج خطيرة على صعيد المساس بأحد المبادئ الدستورية التي تقوم عليها الدولة الحديثة ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات، فضلاً عن المساس بمبدأ بات يستقر في أغلب النُظْم القانونية ألا وهو مبدأ الأمن القانوني واستقرار القواعد القانونية القائمة وديمومة الثقة فيها⁽²⁾، ناهيك عن مدى قابلية ذلك للتطبيق في ظل التكوين الحالي لأغلب القضاة، والذي يغلب عليه الطابع القانوني أكثر من الشرعي.

وإذا كان دور القاضي في ظل الحكم الإسلامي هو دور محوري ومؤسس على صعيد إنتاج وخلق الحكم الشرعي استنباطاً من النص الشرعي القطعي محدود النطاق، دون أن يقتصر دوره على مجرد التطبيق المحض لنص قائم، فإن هذا الدور في ضوء صياغة المشرع الليبي الجديدة للمادة الأولى من القانون المدني، يقتضي معرفة مدى انعكاسه وعلاقته بدور القاضي في حالة النقص التشريعي الوضعي، وهو ما نتعرض له حالاً.

المطلب الثاني

دور القاضي في حالة النقص التشريعي الوضعي

إن وظيفة القاضي الأصلية في ظل التشريعات الوضعية، هي الحكم بالعدل بين شخصين متنازعين طبقاً للقانون، فالقاضي الفرد وكذلك القضاء في مجموعه يقوم أساساً بتطبيق النص التشريعي لا بخلقه، ولم يكن مُتصوراً إثارة فرضية خلق القاضي للقانون لو أن التشريع كان كاملاً لا يشوبه أي نقص، فلو افترضنا كمال التشريع⁽³⁾، بمعنى أن التشريع يحتوي على حل لكل نزاع يعرض أمام القضاء، لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء، بل لاقتصر القضاء على ممارسة وظيفته الأصلية وهي تطبيق قواعد القانون على ما يعرض عليه من منازعات، وهي قواعد تكفي لكمالها لمواجهة جميع المنازعات

(2) انظر: إبراهيم شحاتة، في اجتهاد القاضي "نظرة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع2، مجلد4، 1962، ص416.

(1) انظر في مفهوم الأمن القانوني: حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مجلة الحقوق، المجلد2، ع31، متاح على الرابط: www.iasj.net، تم الدخول بتاريخ: 2021/03/20، عند الساعة: 23:50.

(2) وهو ما يراه بعض الشُّرَّاح من ذوي النزعة الوضعية، انظر في عرض نظرية كمال التشريع، عصام جاب الله، الدور الخلاق للقاضي، دراسة مقارنة، ج1، مجلة القانون، كلية القانون- جامعة طرابلس، ع5، 2016، ص193 وما بعدها.

المتصورة وغير المتناهية، ومع ذلك فقد أدرك الفكر القانوني - لا سيَّما اللاوضعي⁽¹⁾ - أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً، بل لا بد أن يشوبه النقص حتماً⁽²⁾، فلن يستطيع مُجْراة الواقع، ووضع تصور لكافة النزاعات، والقاعدة القانونية مهما أُحْسِنَتْ صياغتها، تظل قاعدة قاصرة عن إحاطة كل الروابط القانونية بالتنظيم الدقيق، إضافة لذلك أن كثيراً من التطورات الاجتماعية أدَّت لظهور روابط قانونية جديدة لم تخطر ببال المشرع وقت وضع التشريع.⁽³⁾

ومنذ ظهور مبدأ الفصل بين السلطات⁽⁴⁾، استقر الرأي على قصر دور القاضي في تطبيق النص التشريعي فقط، دون أن يكون له أي دور في خلق النص التشريعي وإيجاد قواعد قانونية جديدة، وبالإضافة لمبدأ الفصل بين السلطات، قامت حجج فنية أخرى تنبع من قواعد العلم والاستقرار القانوني لتسند هذا الرأي، فالنص التشريعي أو القاعدة القانونية، كي يكتمل أساسها الأخلاقي، يجب أن تكون قاعدة عامة، يتيسَّر للناس معرفتها سلفاً قبل قيام النزاع، بنشرها بطريقة أو بأخرى، ويجب أن يسري أثرها بشكل مباشر وفوري لا بأثر رجعي، وهو ما يصعب إن لم يستحل توافره لقاعدة يخلقه القاضي بصدد منازعة معينة، حيث إن هذه القاعدة سوف تتأثر صياغتها وموضوعها بدقائق المنازعة المطروحة فتفقد بذلك صفة العمومية، ثم هي بعيدة عن علم الأطراف من قبل، إذ أنها لم تنشر بل ولم توجد قبل قيام النزاع، ومن ثم فإن في أعمال أثرها بصدد هذا النزاع هو أعمال لأثر قاعدة خُلقت الآن على نزاع نشأ في الماضي.⁽⁵⁾

وإذا كانت أغلب التشريعات المنتمية إلى النظام اللاتيني أو نظام القانون المدني، بما فيها المشرع الليبي، قد اعترفت بفرضية النقص التشريعي، وذلك من خلال المادة الأولى من القانون المدني، التي تنص في صيغتها المعدلة في فقرتها الثانية، على أن: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكّم القاضي بمقتضى..."، إلا أن السائد هو أن دور القاضي في حالة النقص التشريعي في ظل هذه النظم ينحصر فقط في تفسير وتطبيق القانون، رغم أن الواقع يكشف عن أن هذا الدور قد يتعدى مجرد التطبيق والتفسير ليتداخل مع دور المشرع في خلق قواعد قانونية، وهذا ما يتضح من خلال إرساء محاكم النقض لأحكام ومبادئ قضائية تُرسي ربما قواعد قانونية جديدة غير موجودة في النصوص التشريعية القائمة، ومع ذلك تُحدد المحاكم دورها دائماً بأنه لا يخرج عن محض التفسير والتطبيق للنص التشريعي، كما أن الفقه يؤكد دائماً على اقتصر دور القاضي على تطبيق القانون، وأن ابتداعه لحلول جديدة ليس سوى كشف لقواعد مستقرة، فالقاضي عندما لا يجد قاعدة قانونية في مصادر القانون أو مُستلهمةً من مبادئه العامة وجوهره، فإنه يخلق لنفسه الحل العادل للنزاع المعروض أمامه، وهو يستوحي في هذا الخلق نفس الأفكار التي كان يستوحها المشرع لو أنه تصدى لحل هذا النزاع، وهذه الأفكار تختلف من دولة إلى أخرى باختلاف الفكرة العامة للوجود السائدة في الدول المختلفة، والقاضي عندما يخلق هذا الحل العادل للنزاع في حالة وجود النقص في التشريع، فإنه لا يخلق بذلك قاعدة قانونية جديدة، ولكنه يخلق حلاً فردياً، والحكم الذي يُصدره لا يكون له حجية إلا بالنسبة لهذا النزاع بالذات، ولا يجوز التمسك به أمام هذا القاضي نفسه أو أمام أي قاضٍ آخر غيره في نزاع

(3) انظر في ذلك: المرجع السابق، ص 197.

(4) انظر: الكوني عبودة، مرجع سابق، ص 249.

(5) انظر: سمير تناغو، مرجع سابق، ص 483، عصام جاب الله، مرجع سابق، ص 197.

(1) انظر حول المبدأ: محمد أحمد عبدالوهاب خفاجة، الأساس التاريخي والفلسفي لمبدأ الفصل بين السلطات، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1997.

(2) انظر: إبراهيم شحاته، مرجع سابق، ص 316.

آخر غير هذا النزاع بالذات، وإن كان مُتصوِّراً من الناحية الفنية أن تتكوَّن القواعد القانونية العامة من الحلول الجديدة التي تصدر عن المحاكم.⁽¹⁾

أما بالنسبة لدول القانون العام أو المُنتمِية إلى النظام الأنجلوسكسوني، فالوضع فيها مُغاير، ذلك أن نظام القانون العُرْفِي البريطاني تطور وترعرع كتقليد مهني في أروقة المحاكم، التي كان أعضاؤها مستأمنين على كل التعاليم القانونية التي تتطلبها المهنة، فمنذ أقدم العصور كان القضاة المملوكيون يُعتبرون ينبوع المبدأ القانوني، وكانت القرارات القضائية المُدونة تتمتع بهيبة ترقى إلى درجة القداسة والسُّلطة، دون تفريق بين الأحكام في الإلزامية، إلى أن أصبحت بعض القرارات تعتبر ملزمة كلياً في القضايا المماثلة اللاحقة، يُضاف إلى ذلك أن التقليد الراسخ الذي كان يعامل الآراء القضائية وكأنها إعلان قانوني قد صبغ السلوك الشامل للمحاكم والمحامين في بريطانيا بصبغة التطور العلمي القانوني، وبالتالي فإن القاضي في ظل النُظْم الأنجلوسكسونية يقوم بالدور الأساسي في حل النزاع من واقع القضايا التي تُعرض أمامه، فالقاضي هو الذي يخلق ويضع القاعدة القانونية في إطار إلزامية السوابق القضائية وكونها أساس القاعدة القانونية⁽²⁾، وهو ما ميَّز النُظْم الأنجلوسكسونية عن نظيرتها اللاتينية التي يُعتبر فيها النص التشريعي هو المصدر الأول للقانون، وما دور القاضي إلا تفسير النص التشريعي القائم وتطبيقه، دون خلق قواعد قانونية جديدة.

وعندما نأتي للنظام القانوني الليبي الذي ينتهي إلى نُظْم القانون المدني المُنتمِية إلى الشريعة اللاتينية، فإننا نجد أن مُهمة التشريع وخلق قواعد قانونية جديدة هي من صميم اختصاص السُّلطة التشريعية، وما دور السُّلطة القضائية ومن ثم أحد أهم مكوناتها وهو القاضي، سوى وضع تلك القواعد والنصوص التشريعية موضع التطبيق، من خلال إنزالها على الواقعة المعروضة أمامه، وفي حالة الفراغ التشريعي وعدم وجود النص، عليه أن يرجع للمصادر التي أحاله عليها المشرع في المادة الأولى من القانون المدني، ويستلهم منها الحل للنزاع الذي أمامه، وما يستلهمه ويُطَبِّقه على النزاع لا يُعدُّ خلقاً لقاعدة قانونية جديدة؛ لأن نطاقه لن يتعدَّى الواقعة المطروحة لغيرها من الوقائع الأخرى، كما أن حلّه لن يُلزمه في المستقبل ولن يُلزم غيره من القضاة الآخرين، فضلاً عن أن هذا الاستلham من القاضي للحل من المصادر الأخرى إنما يتم في إطار المُواءمة بينه وبين الرُّوح العامة للتشريع وقصد المُشرِّع من وراء وضع هذا التشريع.

غير أن ما أثار الإشكال في النظام القانوني الليبي، وطرحَ بالتالي فرضية أن القاضي من المُمكن أن يخلق قواعد قانونية جديدة، هو ما نصَّت عليه المادة 31 من قانون المحكمة العليا رقم 6 لسنة 1982م⁽³⁾ من أنه:

(3) انظر: سمير تناغو، مرجع سابق، ص490، 491، إبراهيم شحاته، مرجع سابق، ص419،
(1) انظر في نظام السوابق القضائية: برهام محمد عطا الله، قاعدة إلزامية السابقة القضائية وأقولها في القانون الإنجليزي الحديث، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، س15، ع1، 1970، ص182 وما بعدها، دينيس لويد، مرجع سابق، ص238 وما بعدها، وإن كان فيلسوف القانون الأمريكي رونالد دووركين Ronald Dworkin (1931-2013) يرى أن القضاة عند مواجهتهم للقضايا أو الحالات الصعبة Hard Cases التي لا يجدون لها حلاً في القواعد القانونية المكتوبة أو السوابق القضائية المسجلة، فإنهم لا يُشرِّعون، ولكنهم فقط يستقرون المبادئ الأخلاقية العامة للتوصل إلى الأحكام القضائية العادلة، فهم ليسوا مخولين فقط بتطبيق القواعد القانونية، ولكن أيضاً بضمان اتساق النظام القانوني ككل مع الأخلاق العامة التي يُعدُّ العدل جوهرها، فالقضاة إذاً كما يرى دووركين لا يُشرِّعون ولا يضعون قواعد قانونية، ولا يجوز لهم ذلك أصلاً، كل ما يقوموا به هو اكتشاف القواعد القانونية وليس وضعها أو سنّها في ضوء المبادئ الأخلاقية العامة، وذلك بجهد تجريدي انطلاقاً من مجمل القانون. هذا خلافاً لما يراه فيلسوف القانون الإنجليزي هربرت هارت Herbert Hart (1907-1992) من أن القاضي لا مفر له في مثل هذه الحالات سوى أن يلجأ لسلطته التقديرية، كما لو كان مُشرِّعاً، انظر في الجدل بين هذين الفيلسوفين: محمد عبده أبو العلا، جدل القانون والأخلاق في النظرية القانونية الأنجلوأمريكية، هارت ودوركين نموذجاً، مجلة عالم الفكر، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ع170، أكتوبر-ديسمبر 2016، ص207، ولمزيد التفصيل حول أفكار رونالد دووركين وردوده على هربرت هارت، انظر كتابه: أخذ الحقوق على محمل الجد، ترجمة: منير الكشو، دار سيناترا، المركز الوطني للترجمة، تونس، ط1، 2015، ص63 وما بعدها.
(2) نُشر القانون بتاريخ: 1982/05/28، الجريدة الرسمية، س20، ع22.

"تكون المبادئ القانونية التي تقررها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى في الجماهيرية..."؛ فبموجب هذا النص أعطى المشرع لمبادئ المحكمة العليا قوة قانونية خارج إطار المنازعة المعروضة من خلال الإلزام الذي أضفاه عليها، لتكون ملزمة لجميع المحاكم، بل وكافة الجهات الأخرى في الدولة الليبية، فهذا الإلزام أدى إلى أن تستمد هذه المبادئ قوتها من ذاتها، وهو ما يُعطي للمحكمة العليا صلاحية القيام بدور خطير في وضع قواعد قانونية جديدة توازي في قوتها القانونية قوة النصوص التشريعية⁽¹⁾، بل إن هذا الإلزام وفي إطار الدور التفسيري للمحكمة العليا بصدد النصوص التشريعية، رتّب أن تكون المبادئ المُفسّرة لنص تشريعي في قوة هذا النص، فلا يُطبّق إلا وفق الإطار الذي حدّده المبدأ، وهو ما قاد إلى إشكالياتٍ عمليّة في النظام القانوني الليبي دعت البعض إلى تنبيه المشرع الليبي لإعادة النظر في هذا الإلزام المُضفى على مبادئ المحكمة العليا، بل وإلغائه⁽²⁾، وهذا الرأي جديرٌ بالتأييد وفق النتائج التي انتهينا إليها في المطلب الأول من هذا المبحث؛ لأن الإرباك الذي سيترتّب على رجوع القاضي لحكم فقهي في الشريعة الإسلامية، في ظل الصياغة الجديدة للمادة الأولى من القانون المدني، ومخالفة النص التشريعي الصريح، مُشابه لما يُثيره الإلزام المُضفى على مبادئ المحكمة العليا، وهو في الحالتين ينشأ من إعطاء القاضي أو المحكمة العليا (من خلال الإلزام) مُكنة خلق قواعد قانونية جديدة، وإن كانت خطورة هذا الإرباك أخفّ وطأة بالنسبة للمحكمة العليا، فالأمر محصورٌ فيها وحدها، خلافاً للحالة الأولى فالمُكنة مُتاحة فيها لكل القضاة وفي مُختلف درجات التقاضي؛ لذلك فإن الخطورة أوسع مدًى في آثارها، مما يقودنا إلى التأكيد على أن إضفاء الإلزام من عدمه على مبادئ المحكمة العليا، وكذلك النص على اعتبار "أحكام الشريعة الإسلامية" - أو غيرها من الصيغ الأخرى- من النظام العام، هي أفكار تدخل في صميم الاختصاص الأصيل للمؤسّس الدستوري، وليست من اختصاص المُشرع العادي؛ لأن آثارها تمسُّ النظام القانوني في مجموعه بوصفه وحدة واحدة.

⁽³⁾ عكس هذا الفهم وهذا الرأي: الكوني اعبودة، مرجع سابق، ص283، حيث يرى أن الأقرب للصواب هو عدم قدرة القضاء الليبي على خلق القواعد القانونية، برغم إشارته إلى أن الإلزام المُضفى على مبادئ المحكمة العليا قد يُفهم منه أن لها قوة القواعد القانونية الصادرة عن المشرع، وينتهي إلى التأكيد على أن أهمية القضاء تنحصر فقط في دوره كمصدر تفسيري للقانون، الذي لا حياة فيه إلا بالتطبيق القضائي له.
⁽¹⁾ انظر في تفصيل ذلك الرسالة القيّمة: منذر ضو محمد قايد، إلزامية مبادئ المحكمة العليا في الميزان، رسالة ماجستير مُقدّمة لكلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، نُوقشت في 2021.

الخاتمة

ستتضمن الخاتمة أهم النتائج التي تم التوصل إليها في البحث، وتقديم بعض التوصيات بالخصوص.

أولاً - النتائج:

- 1- إن المقصود بعبارة "أحكام الشريعة الإسلامية القائمة على نص قطعي أو إجماع أو قياس جلي أو قاعدة فقهية" يمتد إلى كل ما هو مُتغير من الأحكام وخاضع للاجتهاد الفقهي في استنباطها، وبالتالي فإن الإحالة إليها هي إحالة إلى الفقه الإسلامي.
- 2- إن الصياغة التي تم بموجبها التعديل هي مُجرّد تبديلٍ للألفاظ لا أكثر، من مبادئ إلى أحكام، فتحديد نطاق الأحكام بأنها القائمة على نص قطعي، يُرتّب عدم جدوى امتداد النطاق إلى الإجماع أو القياس الجلي أو القاعدة الفقهية، وبالتالي ينحصر المقصود بالأحكام في تلك المُقرّرة بموجب النص القطعي فقط ثبوتاً ودلالة، ليحصل التطابق بالتالي مع المقصود من لفظ المبادئ، وفق الصيغة الأصلية للنص.
- 3- وحتى بافتراض سلامة صياغة المُشرع فنيّاً وقانونيّاً، فإنه تأكيداً للنتيجة الأولى تكون الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية القائمة على الإجماع أو القياس الجلي أو القاعدة الفقهية، إحالةً على أحكام الفقه الإسلامي؛ لأن هذه الأدلة هي في الحقيقة أدلة بشرية ومحض آليات عقلية في فهم النص، فالأحكام المُستنبطة بواسطتها هي أحكامٌ ظنية واجتهادية، ولا يُمكن وصفها بالقطعية ولا الإلزام بها ولا عدّها من النظام العام.
- 4- لم يكن المُشرع مُوفقاً في تبيّن نهج المصدر الوحيد للقانون وحصره في "أحكام الشريعة"، وهجر التعددية المصدرية واستبعاد العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فقد تبيّن أن العرف مصدرٌ مُعتبر في نظرية مصادر القانون، وهو أحد الأدلة المُعتبرة في أصول الفقه الإسلامي، كما تبيّن أن لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة جذورٌ في مُصنّفات أصول الفقه، وإن لم يكن على نحوٍ تطبيقي إلا أنها تُؤسّس لمنطقي نظري يسمح به.
- 5- في محاولة تفصي آثار وانعكاسات الإحالة على أحكام الشريعة، التي هي إحالة على الفقه الإسلامي، والنص على أنها من النظام العام، ومن خلال المُقارنة بين دور القاضي في ظلّ الحكم الإسلامي ودوره في حالة النقص التشريعي الوضعي؛ تبيّن أن هذه الإحالة سترتّب عليها في ظل النظام القانوني الليبي أن يمتد دور القاضي (في مُختلف درجات التقاضي) من نطاقه الأصلي وهو تطبيق القانون وتفسيره، إلى نطاقٍ أوسع وأخطر يتمثّل في خلق قواعد قانونية جديدة مُستمدّة من أحكام الفقه الإسلامي وغير مُقتنّة تشريعياً، وهو ما يُؤدي إلى إشكاليات وإرباكات خطيرة في ظل النظام القانوني القائم، وهذا الامتداد مُشابهٌ للدور الذي تضطلع به المحكمة العليا الليبية بموجب الإلزام المُضفي على مبادئها، والذي يُؤدي إلى أن تتمتع هذه المبادئ بقوة قانونية تُوازي قوة النص التشريعي، وإن كانت الخطورة هنا أخطر وطأة؛ لأن الإلزام محصورٌ فقط في مبادئ المحكمة، وهو ما يقتضي إعادة النظر في إضفاء الإلزام وفي اعتبار أحكام الشريعة من النظام العام؛ لأن هذا مما يدخل في الاختصاص الأصلي للمؤسّس الدستوري وليس المُشرع العادي، بحكم أن هاتين الفكرتين تمسّان النظام القانوني بأكمله بوصفه وحدةً واحدة.

ثانياً – التّوصيات:

- 1- نُوصي المُشرع الليبي بأن يُعيد النَّظَر في الصِّياغة المُعدّلة لنص المادة الأولى من القانون المدني، وذلك بالرجوع إلى الصِّيغة الأصلية للنص مع تحويرٍ بسيطٍ في العبارة التي يدور حولها الإشكال في الصِّبغتين الأصليّة والمُعدّلة، وذلك بإدخال عبارة "مقاصد الشريعة الإسلامية" والإحالة عليها بوصفها من المبادئ العامة للقانون، عندما لا يُسعف النص التشريعي القاضي عند نظر النزاع؛ بما يُنهي الجدل ويتلافى الإشكاليات ويُحقِّق التوافق والتناغم مع مصادر القانون الأخرى دون إلغائها.
- 2- وندعو وزارة العدل إلى العمل على وضع دليل لإعداد وصياغة مشروعات القوانين؛ يُحاكي أحدث الأساليب التي تم التوصل إليها في إعداد الأدلة التشريعية على المستوى الدولي، وبما يُراعي أن مهمة الصِّياغة هي من الخطورة والدقة من أن تُترك لمجرد المهارة الشخصية.
- 3- كما ندعو إلى ضرورة أن لا تقتصر عُضوية لجان صياغة وسن التّشريعات وتعديلاتها، على المُتخصّصين فقط من فقهاء القانون أو فقهاء الشريعة الإسلامية، بل لا بُدَّ من إشراك المُتخصّصين في علم أصول الفقه؛ لأنهم الأكثر علمًا ودرايةً بأصول الصِّياغة وبمصادر التشريع الإسلامي وفلسفته.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً – مراجع الفقه الإسلامي وأصوله:

- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد 8، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1983.
- ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم، نقد مراتب الإجماع، دار الفكر، بيروت، ط1، 1998.
- إسماعيل كوكسال، تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت- لبنان، ط1، 2000.
- بن عبدالسلام، عز الدين عبدالعزيز، القواعد الكبرى الموسوم بـ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق: نزيه كمال حماد، عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، ج1، ط1، 2000.
- جاسر عودة، بين الشريعة والسياسة أسئلة لمرحلة ما بعد الثورات، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت- لبنان، ط2، 2013.
- _____، مقاصد الشريعة كفلسفة للتشريع الإسلامي، رؤية منظومية، تعريب: عبداللطيف الخياط، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، 2012.
- حمادي ذويب، مراجعة نقدية للإجماع بين النظرية والتطبيق، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة- قطر، ط1، 2013.
- الدبوسي، أبي زيد عبّيد الله بن عمر بن عيسى، تقويم الأدلة في أصول الفقه، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، 2001.
- الشاطبي، أبي إسحق إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات أو عنوان التعريف بأسرار التكليف، تحقيق: محمد مرابي، مع تعليقات الشيخ عبدالله دراز، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق- سوريا، المجلد 1، ج1، ط2، 2013.

- ابن عاشور، الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط5، 2012.
- الطوفي، ابن عباس الحنبلي نجم الدين، رسالة في رعاية المصلحة، تحقيق وتعليق: أحمد عبدالرحيم السايح، الدار المصرية اللبنانية، ط1، 1993.
- زيدان، عبدالكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، مكتبة البشائر، عمان- الأردن، ط2، 1989.
- خلاف، عبدالوهاب، علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، 2003.
- القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبدالفتاح أبوغدة، مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، ط2، بيروت، 1995.
- كريم الصياد، نظرية الحق، دراسة في أسس فلسفة القانون والحق الإسلامية، مركز الكتاب للنشر، القاهرة، ط1، 2016.
- محمد بكر اسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1997.
- نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، د.ت.
- وائل حلاق، تاريخ النظريات الفقهية في الإسلام، مقدمة في أصول الفقه السني، ترجمة: أحمد موصلي، مراجعة: فهد بن عبدالرحمن الحمودي، دار المدار الإسلامي، بيروت- لبنان، ط1، 2007.
- _____، الدولة المستحيلة، الإسلام السياسي ومأزق الحداثة الأخلاقي، ترجمة: عمرو عثمان، مراجعة: نائل ديب، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة- قطر، ط3، 2015.
- _____، مدخل إلى الشريعة الإسلامية، ترجمة: طاهرة عامر، مراجعة: فهد حسنين، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت- لبنان، ط1، 2017.
- _____، نشأة الفقه الإسلامي وتطوره، ترجمة: رياض الميلادي، مراجعة: فهد بن عبدالرحمن الحمودي، دار المدار الإسلامي، بيروت- لبنان، ط1، 2007.

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

- إبراهيم شحاتة، في اجتهاد القاضي "نظرة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع2، مجلد4، 1962.
- برهام محمد عطا الله، قاعدة إلزامية السابقة القضائية وأقولها في القانون الإنجليزي الحديث، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، س15، ع1، 1970.
- تهاني الجبالي، قصة المادة الثانية من الدستور، مقال نُشر في جريدة التحرير، و متاح على الرابط: www.masress.com ، تم الدخول بتاريخ: 2021/03/03، عند الساعة: 18:15.
- حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مجلة الحقوق، المجلد2، ع31، متاح على الرابط: www.iasj.net ، تم الدخول بتاريخ: 2021/03/20، عند الساعة: 23:50.

- دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب: سليم الصويص، مراجعة: سليم بيسسو، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ع47، نوفمبر 1981.
- رونالد دووركين، أخذ الحقوق على محمل الجد، ترجمة: منير الكشو، دار سيناترا، المركز الوطني للترجمة، تونس، ط1، 2015.
- سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- سعيد أحمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص، دراسة في التماسك النصي، دار الكتب القانونية، مصر، دارشحات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1، 2010.
- سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، د.ط، د.ت.
- شمس الدين الوكيل، نظرات في فلسفة القانون، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، س12، ع3، 4، 1963.
- طارق عبدالرزاق سعيد، دور العرف في سد الفراغ التشريعي (بحث مقارنة بالشريعة الإسلامية)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، س9، ع2، 2017.
- عابد فايد عبدالفتاح، العدالة في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، مجلد2، ديسمبر 2012.
- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، القسم الأول، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1965.
- عصام جاب الله، الدور الخلاق للقاضي، دراسة مقارنة، ج1، مجلة القانون، كلية القانون- جامعة طرابلس، ع5، 2016.
- عوض محمد عوض، مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة بنغازي، ع3، يونيو 1973.
- فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- الكوني علي اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي (القانون)، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ط4، 2003.
- الكوني علي اعبودة، العدالة في القانون المدني، مجلة القانون المدني المعمق، دون بيانات نشر أخرى متاحة.
- محمد أحمد عبدالوهاب خفاجة، الأساس التاريخي والفلسفي لمبدأ الفصل بين السلطات، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1997.
- محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، دراسة مقارنة، منشورات منتدى الفكر الإسلامي في إقليم كردستان العراق (23)، أبريل، ط2، 2011.
- محمد عبده أبو العلا، جدل القانون والأخلاق في النظرية القانونية الأنجلوأمريكية، هارت ودوركين نموذجًا، مجلة عالم الفكر، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ع170، أكتوبر-ديسمبر 2016.



- محمود السقا، دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعي في العصر الوسيط، مجلة مصر المعاصرة، مجلد 67، ع366، أكتوبر 1976.
- ———، دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعي، ج3، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلد 68، ع368، أبريل 1977.
- ملحم قربان، قضايا الفكر السياسي: القانون الطبيعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط1، 1982.
- منذر ضو محمد فايد، إلزامية مبادئ المحكمة العليا في الميزان، رسالة ماجستير مُقدّمة لكلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، نوقشت في 2021.
- منصور عبدالسلام الصرايرة، رياض منصور الخليفي، مراجعة نقدية بشأن مصادر القانون المدني الرسمية، دراسة في التشريعين الأردني والكويتي، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، مجلد 5، ع4، 2013.

قراءة في مصدرية الشريعة الإسلامية للتشريعات

Reading in the source of Islamic law for legislation

أ. الطاهر إمام محمد الحاج

محاضر مساعد بقسم الشريعة الإسلامية بكلية القانون

جامعة طرابلس - طرابلس (ليبيا)

altahereae@gmail.com

الملخص:

الحديث عن مصدرية الشريعة الإسلامية للتشريعات الوطنية لا يبدأ من المادة الدستورية التي تنص على أن (الإسلام دين الدولة)، أو (الشريعة الإسلامية مصدر التشريع)، أو غيرها من النصوص الدستورية؛ وإنما من منهجية الأصوليين في تحديد مفهوم المصدرية، وتراتبيتها، ففهم المصدرية في داخل البناء الشرعي فهمًا أصوليًا دقيقًا عميقًا يسهم في معرفة كيفية جعل الشريعة الإسلامية مصدرًا لغيرها من التشريعات الوطنية الوضعية، وهذا ما عمل عليه البحث، فتناول المبحث الأول منه منهجية الأصوليين في تحديد المصدر، وتقسيمهم لمصادر الفقه الإسلامي إلى مصدر منشئ واحد فقط، وهو القرآن الكريم، ومصادر كاشفة تبدأ بالسنة النبوية والإجماع والقياس، ثم باقي المصادر، وهذه المصادر الكاشفة تستمد شرعيتها وحجيتها من القرآن الكريم، فهو أصل الأصول، وأساس البناء التشريعي الإسلامي، ثم ما يترتب على هذا التقسيم من مبادئ، هي في الواقع تجعل البناء التشريعي أكثر إحكامًا وضبطًا.

أما المبحث الثاني فقد تناول الحديث عن الدستور أساس شرعيته، والقانون واللائحة والقرار، باعتبارها مصادر الحكم القضائي، ثم ترابعية هذه المصادر، ومن خلال دراسة هذه الترابعية تبين تطابقها مع ترابعية مصادر الفقه الإسلامي، وأيضًا اتفاقهما في الأثر المترتب على الترابعية، وهو استمداد المصدر الأدنى الحجية والشرعية من المصدر الأعلى منه، وعدم جواز مخالفته للمصدر الأعلى منه.

الكلمات المفتاحية:

مصدرية، الشريعة، التشريعات، التدرج التشريعي.

**Abstract:**

Talking about the source of Islamic law in national legislation does not start from the constitutional article which states that (Islam is the religion of the state), or (Islamic law is the source of legislation), or other constitutional texts. Rather, it starts from the methodology of the fundamentalists in defining the concept of source, and its hierarchy, as the understanding of the source within the legal structure is a thorough and deep fundamentalist understanding that contributes to knowing how to make Islamic law a source for other positive national legislation, and this is what the research has worked on.

The first topic of this research deals with the methodology of the fundamentalists in determining the source, and their division of the sources of Islamic jurisprudence into one source of origin only, which is the Holy Qur'an, and revealing sources that begin with the Prophet's Sunnah, consensus and measurement, then the rest of the sources, and these revealing sources derive their legitimacy, validity and reliance on them from the Qur'an. The generous one, as it is the origin of the assets, the basis of the Islamic legislative structure, and then the principles that follow from this division, which in fact make the legislative structure more tight and controlled.

As for the second topic, the discussion of the constitution dealt with the basis of its legitimacy, the law, the regulation and the decision, as they are the sources of judicial judgment, and then the hierarchy of these sources. And it is not permissible to violate the source higher than it.

Keywords:

Source, Sharia, legislation, legislative progression.

مقدمة

الحديث عن دور التشريع والقضاء في تطبيق الشريعة الإسلامية في ليبيا يوجي بخروج هذه الشريعة من المنظومة التشريعية وأحكام القضاء، وأنها مصدر جانبي لا دور له بالأصالة؛ إلا إذا أراد المشرع ثم القاضي أن يكون له دور في التشريع والقضاء، في حين نجد من خلال دراسة عبارات الأصوليين والتعمق في فلسفتها فكرة تدل على أن لها دوراً أصيلاً، سواء من الناحية التأصيلية، أو الفقهية، والقضائية بطبيعة الحال.

وبيان هذا الدور الأصيل يجب أن يبدأ من بيان منهجية الشريعة الإسلامية في تحديد مصادرها، ثم بيان أثر ذلك على الفقه والقضاء من خلال إبراز آلية تطبيق هذه المنهجية، أي التسلسل بها من النظرية إلى التطبيق، من القاعدة الأصولية إلى الرأي الفقهي والحكم القضائي، ثم إسقاط ذلك على المنظومة التشريعية للدولة، وهذا ما سيساعد في التوصل إلى نتائج هذا البحث، والتي على رأسها مصدرة الشريعة الإسلامية للتشريعات، ذلك أن الهوية التشريعية للدولة لا تظهر فقط من خلال تطبيق رأي من آراء فقهاء الإسلام، وإنما ظهورها الحقيقي يبرز من خلال اعتماد المنظومة التشريعية الإسلامية شكلاً وموضوعاً، أما مجرد

اعتماد رأي فقهي من آراء علماء الشريعة الإسلامية مجرداً عن منظومته فلا يدل على إسلامية هوية التشريعات، إذ قد يعتمد المشرع في ذات الوقت رأياً فقهيّاً من تشريع غير إسلامي، ومع ذلك لا يدل مجرد اعتماد هذا الرأي الأخير على عدم إسلامية هوية التشريعات؛ لأن هذه الهوية لا تتعلق برأي بحد ذاته، وإنما بمنظومة كاملة، وهذا الرأي حتى وإن كان غير إسلامي المصدر فإمكانية قبول المنظومة التشريعية الإسلامية له تجعل منه رأياً إسلامياً، بغض النظر عن قائله.

وليبيان هذا الدور الأصيل للشريعة الإسلامية فقد قسّمتُ هذا البحث كالآتي:

المبحث الأول: المنهجية المصدرية في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: أثر المنهجية المصدرية للشريعة الإسلامية على التشريع والقضاء

وختمته بعرض لأهم النتائج والتوصيات.

أهمية الموضوع:

تتبع أهميته من أهمية المحافظة على هوية الشعب الليبي الإسلامية، ومن أهمية ضرورة بيان معالم البناء التشريعي الإسلامي، الجامع بين التأصيل الشرعي والقالب القانوني، من خلال بيان الأسس العلمية الشرعية والقانونية لصناعة أي نظام عام، يُعنى بتنظيم شؤون الناس، ثم بيان جزئيات هذا النظام وتفصيله، ومدى تماشها مع تلك الأسس من ناحية، ومع الواقع العملي المعيش من ناحية أخرى، وهو محاولة لإثراء المكتبة الليبية بدراسة تأصيلية تحليلية لمسألة مصدرية الشريعة الإسلامية للقانون، فمثل هذا البحث قد يكون نواة لدراسات مستفيضة حول هذا الموضوع، ولا يخفى ما في هذا البُعد من فائدة علمية وعملية على الصعيد التشريعي، وأيضاً على الصعيد الأكاديمي.

المبحث الأول

المنهجية المصدرية في الشريعة الإسلامية

سأحاول في هذا المبحث دراسة المنهج الأصولي في تحديد مصادر الفقه الإسلامي دراسة تحليلية، أنظر فيها عن كتب من خلال منهجية علماء أصول الفقه في تحديد مصادر الفقه الإسلامي، وتراتبية هذه المصادر، ثم ننظر في مدى تطبيق هذه المنهجية على التشريعات الوضعية، ومن ثم سريانها عليها من عدمه، فنبداً بتأصيل المصدرية عند علماء أصول الفقه، ثم أثر هذا التأصيل على التشريعات الوضعية.

وما يدعوننا إلى بحث هذه المسألة هو بيان الجانب القانوني للشريعة الإسلامية، من خلال بيان علاقتها بالتشريع الوضعي، وتبني الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع؛ ذلك أن الشريعة أثناء تنظيمها للشأن العام للمجتمع اعتمدت على عدة أسس وقواعد للتعامل مع النصوص القرآنية والنبوية المتناولة لذلك الشأن، للوصول في نهاية المطاف إلى وضع نصوص تشريعية تكون مصدراً للأحكام القضائية، وهكذا كان الجانب القانوني للشريعة الإسلامية حاضراً، هذا نظرياً، أما واقع الحال فهو ما نحن بصدد بحثه الآن، فقد اعتمدت الشريعة الإسلامية عدة أسس - كما أسلفنا - لضبط المنظومة التشريعية شكلاً وموضوعاً، وبالتالي فإن تبني الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع هو تبين لهذه الأسس، وقد رأينا في الأساس المسعى ب (قاعدة المنشئ والكاشف) الأساس الأقرب والأقوى لفهم وتنظيم العلاقة بين أي مصدر وما يُؤسس عليه، وكشف ما يبدو للوهلة الأولى تناقضاً أو غموضاً قد يلحق بالنصوص التشريعية؛ ولذلك سأتناول منهجية تحديد المصدر عند الأصوليين (مطلب أول)، ثم المبادئ المترتبة على هذه المنهجية (مطلب ثان).

المطلب الأول

منهجية تحديد المصدر عند الأصوليين

الناظر إلى عبارات الأصوليين في تحديد مصادر الحكم الشرعي يجد أنهم قد قسموها إلى مصدر منثى، ومصدر كاشف، وبالرغم من عدم ذكرهم لهذين المصطلحين - المنثى والكاشف - نصاً، إلا أن مفهوم عباراتهم قد تضمنها وأشار إليها، والمتأمل في هذه العبارات على وجه التحقيق يلاحظ ذلك. فقد بدأ جمهور الأصوليين تقسيمهم للمصادر بمصادر مجمع عليها، وأخرى مختلف فيها، ونقتصر على المصادر المجمع عليها، وهي القرآن الكريم والسنة النبوية والقياس والإجماع، ثم قالوا بترابعية هذه المصادر - أي أنها ليست في ذات الرتبة -، وأنها ترجع إلى أصل واحد فقط، وهو القرآن الكريم، وذلك بناء على عدة أمور، أهمها تعريفهم للحكم الشرعي، والذي قالوا بأنه: "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء أو التخيير أو الوضع"⁽¹⁾، هذا التعريف وإن لم يكن مجمعاً عليه، إلا أنه أشهر التعريفات وأكثرها قبولاً. والقول بأن الحكم هو: "خطاب الله تعالى... قيد قد خرج به كل خطاب آخر صادر عن غير الله تعالى، والخطاب هنا يمثل المصدر كعنصر من عناصر الحكم الشرعي"⁽²⁾، وبالتالي فإن مصدر الحكم الشرعي هو خطاب الله تعالى حصراً، والقرآن الكريم هو دليل ذلك الخطاب، لا ذات الخطاب⁽³⁾، وهكذا كان القرآن الكريم المصدر الأصل للأحكام الشرعية، أي المصدر المنثى، وهذه النتيجة يمكن ملاحظتها في عبارات الأصوليين على اختلافها لفظاً، إلا أن معناها واحد، ومن ذلك قول الغزالي: "اعلم أننا إذا حققنا النظر بان أن أصل الأحكام واحد، وهو قول الله تعالى؛ إذ قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - ليس بحكم ولا ملزم، بل مخبر عن الله تعالى أنه حكم بكذا وكذا، فالحكم لله تعالى وحده، والإجماع يدل على السنة، والسنة على حكم الله تعالى..."⁽⁴⁾.

وبناء على ما سبق ننتهي إلى أن الأحكام الشرعية هي حكم الله تعالى حكماً، وليس حقيقة؛ لأنها مستنبطة من النصوص القرآنية، وليست هي تلك النصوص ذاتها، سواء كان الاستنباط مباشرة من القرآن الكريم، أو غير مباشر كالاستنباط من السنة النبوية. وحتى في تقسيمهم الأدلة - المصادر - إلى نقلية وعقلية، أرجعوا العقلية إلى النقلية؛ ذلك أن الأدلة العقلية قد ثبتت حجيتها بالأدلة النقلية، لا بذاتها، وإنما العقل أداتها، ثم أرجعوا الأدلة النقلية إلى القرآن الكريم، فهو أصل الأصول، ومصدر المصادر⁽⁵⁾.

(1)- البديختي، محمد بن حسن، منهاج العقول معه شرح الإسوي، وكلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي، القاهرة، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، ب.ط، ب.ت، 31/1 وما بعدها، الأمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد، الأحكام في أصول الأحكام، ض: إبراهيم العجوز، بيروت، دار الكتب العلمية، ط5، 2005م، 48/1 وما بعدها.
(2)- أبو غرارة، ضو مفتاح، الحكم الشرعي وإشكالاته، الكتاب تحت الطباعة، ص5.
(3)- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية للطباعة، ط2، 1995م، ص58.
(4)- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق وتعليق: محمد تامر، القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2011م، 233/1.
(5)- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز، القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2006م، 30/3- الأمدي، الأحكام في أصول الاحكام، 136/1.

وكي لا يبقى في الأمر لبس أو غموض عمل علماء الأصول على توجيه عباراتهم المتعلقة بالخصوص، وإزالة ما فيها من إشكال ظاهري، تمثل في نفي وصف المصدر والدليل عن السنة والقياس وغيرهما، ومن ثم نفي وصف الحكم الشرعي عن الأحكام المبنية عليهما، وقد كان توجيههم بأن الدليل وصف لا ينصرف إلا للقرآن الكريم، أما باقي المصادر فهي دلائل وعلامات، أي أن القرآن الكريم هو المصدر المنشئ، وباقي المصادر هي كاشفة ومعرفة عما لم يفصح عنه القرآن الكريم، يقول البدخشي: "لكن يرد عليه أحكام كثيرة ثابتة بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - وبفعله وبالإجماع وبالقياس، وقد أخرجها بقوله خطاب الله تعالى، فالجواب أن الحكم هو خطاب الله تعالى مطلقاً، وهذه الأربعة معرفات لا مثبتات"⁽¹⁾، ومعنى أن المصادر غير القرآن الكريم دلائل أو معرفات أنها "الوسائل التي أمدنا الله بها لمعرفة الجانب العملي للقرآن الكريم، فالخطاب هو كلام الله تعالى، ودليل معرفته القرآن الكريم، ووسائل معرفة المعاني وطريقة التطبيق هي الدلائل المشار إليها، ومنها السنة والقياس"⁽²⁾.

وقد صرح بهذه المعاني بعض علماء الأصول المعاصرين، ومنهم البيانوني عندما قال: "ولقد ظن بعضهم خروجها عنه بهذا القيد، فاعترض بها على التعريف، إلا أن الحق دخولها فيه، لأن خطابات الله عز وجل منها ما يُنسب إليه مباشرة، كالتي وردت بالقرآن الكريم، ومنها ما يُنسب إليه بواسطة، كالتي ثبتت بالسنة وغيرها من الأدلة الشرعية المعتبرة. فكل هذه الأدلة في حقيقتها راجعة إلى خطاب الله - عز وجل - ومعرفات لحكمه، وليست ب مثبتات ولا منشئات، ويظهر لنا هذا واضحاً من الرجوع إلى أدلة حجيتها في كتب الأصول"⁽³⁾.

وسبب ذلك أن القرآن الكريم يغلب عليه الطابع الكلي لا الجزئي، وحتى الجزئي منه يؤخذ على الكلية، إما باعتبار المآلات أو بالقياس⁽⁴⁾، وما كان كلياً كان مجملاً، أو عاماً، أو مطلقاً، وبالتالي احتاج إلى بيان، أو تخصيص، أو تقييد، وهذه من خصائص الجزئي، وهكذا فإن الجزئي أثناء بيانه للكلي يكون مؤطراً به، وراجعاً إليه، غير خارج عن حدوده، حيث يمثل الكلي بالنسبة للجزئي القاعدة العامة، وبالتالي الخروج عنها ينفي شرعيته، وهذا بدوره يجعل الجزئي جزءاً من الكلي، ولا يتم معنى الكلي إلا بالجزئي، ومثال ذلك الدور الذي تقوم السنة النبوية وغيرها من المصادر، والذي بيّنه قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾، سورة النحل، الآية 44، والمتبع للسنة النبوية بما فيها من أفعال وأقوال وتقريرات يجد أحكاماً كثيرة غير واردة في كتاب الله تعالى قد وردت فيها، إلا أنها لم تخرج عن الإطار العام الوارد في كتاب الله عز وجل.

إضافة إلى أن السنة النبوية والقياس وغيرهما إنما ثبتت صحة الاعتماد عليهما بالقرآن الكريم، لا بذاتهما، على خلاف القرآن الكريم، فبيان صحة الاعتماد على القرآن الكريم من خلال السنة أو غيرها إنما هو تقريبي، لا إنشائي، فالقرآن الكريم ليس بحاجة إلى غيره في إثبات حجيته "إذ منه قامت صحة الاعتماد عليه ... أن العمل بالسنة والاعتماد عليها إنما يدل عليه الكتاب"⁽⁵⁾.

(1) - البدخشي، منهاج العقول، 31/1.

(2) - أبو غرارة، الحكم الشرعي وإشكالاته، ص 5.

(3) - البيانوني، محمد أبو الفتوح، الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية، دمشق، دار القلم، ط1، 1988م، ص33.

(4) - الشاطبي، الموافقات، 254/3.

(5) - المصدر السابق، 30/3.

المطلب الثاني

المبادئ المترتبة على هذه المنهجية

بعد بيان قاعدة المصدر المنشئ والمصدر الكاشف، نأتي لبيان ما يتفرع عن هذه القاعدة من مبادئ، تساعد في فهم أعمق للقاعدة الأم، وتنظيم المنظومة التشريعية بدءاً من أعلى مصادرها، وحتى أدنى درجاتها، ومن المبادئ المترتبة على هذه القاعدة مبدأ التفرقة بين النص والحكم، ومبدأ الإحالة، ومبدأ التراتبية، ومبدأ حكم الحاكم يرفع الخلاف، وفيما يلي بيان موجز لها، فتناولنا لها مشابه لما قمنا به مع قاعدة المنشئ والكاشف، لا لذاتها، وإنما لكونها أداة منهجية سنستخدمها في فهم مصدريّة الشريعة الإسلامية الواردة في الدستور.

أولاً- التفرقة بين النص والحكم:

القرآن الكريم كلام الله تعالى، وغيره كلام غيره، والله - سبحانه وتعالى - أعز وأعظم من كل ما سواه، ومن ثم كان كلامه كذلك بالنسبة لكلام غيره، ذلك أن القرآن الكريم - كما أسلفنا - أصل الأصول، أي المرجع المطلق لكل ما سواه، في حين لا يرجع هو إلى غيره، وعلو القرآن الكريم على غيره يؤدي بدوره إلى اختلاف وظيفة كل منها، بناء على عدة أمور منها اختلاف الوصف المنشئ والكاشف، والذي فصلنا الحديث فيه قبل قليل، ومنها اختلاف جهة الإصدار، فالقرآن الكريم - النص - صادر عن الله سبحانه، والسنة والقياس وغيرهما - وهي تمثل الحكم بالنسبة للقرآن الكريم - صادرة عن غير الله سبحانه، ومنها طبيعة العلاقة بين القرآن الكريم وغيره من المصادر، فكلام الله تعالى أداة ووسيلة لكلام غيره للوصول إلى الحكم الشرعي⁽¹⁾، ولا يمكن أن تكون أداة الشيء هي ذات ذلك الشيء، ومنها تعريف الأصوليين للحكم الشرعي، والذي أشرنا إليه سلفاً، وهو قولهم بأنه "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء أو التخيير أو الوضع"، ومحل استشهادنا هو قيد "خطاب الله"، فهذا القيد بالإضافة إلى أنه يحدد جهة الإصدار، وهو الله تعالى، المختلفة عن جهة إصدار الحكم، وهم الفقهاء، فإنه يحصر الخطاب في القرآن الكريم.

وقد اتفق الأصوليون على أن نصوص القرآن الكريم مصدر الحكم الشرعي، وعليه فلا يمكن أن يكون النص هو ذاته الحكم؛ لأنه يكون حينئذ مصدراً لنفسه، وهذا غير متصور، وعليه ف"النص شيء، والحكم شيء آخر، فقد يكون النص واحداً وتتعدد الأحكام، وأنه من المتفق عليه أن هذا التعدد والاختلاف في الأحكام لا يقدر في كونها جميعاً شرعية، مادام النص يحتملها جميعاً، ففائدة هذه التفرقة التي وصلنا إليها بين النص والحكم هي أن النص أمر إلهي، أما الحكم فهو أمر بشري قاعدته إلهية، وبالتالي يُقبل فيه التنوع والاختلاف"⁽²⁾.

غير أن الحكم لا يبقى حكماً على طول الخط التشريعي، فكونه حكماً إنما ذلك بالنسبة لمبناه، أي بالنسبة للنص الذي بُني عليه؛ بل قد يكون هو ذاته نصاً، ولكن بالنسبة لما كان هو مصدر له، وبالتالي يجتمع فيه الوصفان، ولكن مع اختلاف المتعلّق، فهو حكم بالنسبة لما قبله، وفي نفس الوقت نصّ بالنسبة لما بعده،

(1)- أبو غرارة، ضو مفتاح، قراءة أصولية لأسباب التفرق بحجة التدين، الكتاب تحت الطباعة، ص 19-21.
(2)- الغرياني، آية علي سلامة، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، رسالة ماجستير غير منشورة، ليبيا، جامعة طرابلس، كلية القانون، العام الجامعي 2018-2019م، ص 38.

وبالتالي يجتمع فيه أيضاً وصف المنشئ والكاشف، ومثاله السنة النبوية، فهي حكم بالنسبة للقرآن الكريم، ونص بالنسبة لباقي المصادر، وكذلك سائر المصادر بالنسبة للأحكام الشرعية، ويبقى الفرق بينها وبين القرآن الكريم، أن الأخير نص حقيقة، وغيره نص حكماً.

وفائدة هذا المبدأ هي بيان القابل أو المستعمل - المستثمر كما يسميه بعض الأصوليين⁽¹⁾ - لهذه المصادر وما يُبنى عليها، فقابل النص ليس هو ذاته قابل الحكم، حتى لو اجتمع الوصفان في مصدر واحد، فالسنة النبوية مثلاً، القابل لها كنص، ليس هو ذات القابل لها كحكم، وذلك بناء على أهلية الاجتهاد، وامتلاك أدواته والمكنة منه، وهذا بيان قول الأصوليين: "فتاوى المجتهدين بالنسبة إلى العوام كأدلة الشرعية بالنسبة إلى المجتهدين"⁽²⁾، فالتفرقة بين النص والحكم، ومن ثم فصل العامي عن النص، إنما جعل لحفظ النص من عبث من ليست لديه المكنة والأهلية العلمية للنظر فيه، واستنباط الحكم منه، وبناء على ما سبق، فرّق الأصوليون بين المجتهد والمفتي والحاكم، كما سنوضح فيما يلي.

ثانياً- الإحالة:

كما أسلفنا، فإن السنة النبوية والقياس وغيرهما إنما ثبتت صحة الاعتماد عليها بالقرآن الكريم، لا بذاتها، وبالأحرى، ثبتت صحة الاعتماد عليها بسبب اختيار الحاكم المطلق لها، وهو الله جلّ شأنه ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾، سورة يوسف، الآية 40، وقد أعلمنا الله سبحانه باختياره لها في عديد المواضع في القرآن الكريم، ووجوب اتباعنا لها، قال تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ﴾، سورة الحشر، الآية 7، وقال سبحانه: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾، سورة الحشر، الآية 2، وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، سورة النساء، الآية 58، هذا الاختيار لهذه المصادر أخذ شكل الإحالة، حيث أحالنا الله سبحانه عبر القرآن الكريم إلى السنة النبوية وغيرها؛ لبيان إجمال القرآن الكريم، وتقييد مطلقه، وتخصيص عامه، والفصل في المسائل التي لم يفصل فيها، وذلك وفق القواعد والكليات التي أقرها.

ودور الإحالة أنها "تجعل النص المحال إليه جزءاً من المُحيل وفي قوته"⁽³⁾، وبهذا اكتسبت السنة النبوية وغيرها من المصادر الحجية، وصحة الاعتماد عليها، والرجوع إليها، فالمُحيل منشئ للقاعدة العامة، والمحال إليه كاشف عن تفاصيل هذه القاعدة وتطبيقاتها.

كذلك يمكن أن يفهم من هذا الأمر اختلاف الجهة، فالإحالة تشير إلى وجود طرفين، أحدهما يحيل إلى الآخر، لأنه يصعب تصور أن يكونا طرفاً واحداً، ثم يحيل الأمر إلى نفسه، إذ ما موجب ذلك، وهو يملكه منذ البداية؟ بل هما طرفان أحدهما أعلى من الآخر، وهذا الأعلى يعطي الشرعية للآخر للتصرف، ثم يصبغ تصرفه هذا بالحجية والشرعية.

وأما بيان حجية الأعلى من خلال الأدنى فما هو إلا تقريره أيضاً، فإن فيه بياناً للأساس الذي يستمد منه الأدنى وجوده وحجيته وشرعيته، وعليه فإن الإحالة تخدم المحال إليه -الكاشف- أكثر من خدمتها للمُحيل -المنشئ-.

(1)- الغزالي، المستصفى، 463/2.

(2)- الشاطبي، الموافقات، 500/4.

(3)- أبو غرارة، الحكم الشرعي وإشكالاته، ص 5.

ثالثاً- التراتبية:

اختلاف وصف المصادر بين منثني وكاشف، ومنثني حقيقة، ومنثني حكماً، واختلاف وظيفة كل منهما، واختلاف جهة الإصدار، كذلك طبيعة العلاقة بين كل هذه المصادر، كل ذلك أدعى إلى إيجاد تراتبية بينها، تقضي بتمييزها عن بعضها في الدرجة والرتبة، أي أن كل هذه المصادر تشكل ترتيباً معيناً، يجعل بعضها مرجعاً للآخر، إلى أن ترجع جميعها إلى مصدر واحد في نهاية المطاف، وهذا معنى التراتبية، وهكذا يوجد مصدر منثني أصيل، وبقية المصادر تجمع بين الإنشاء الحكمي والكشف بطريق الإحالة، كما لاحظنا في عبارتي الغزالي والبدخشي، فهي كاشفة لما قبلها، مُنشئة لما بعدها، مما أسس عليها، وكما أسلفنا عند حديثنا عن منهجية تحديد المصدر عند الأصوليين، فقد لاحظنا تقسيمهم للمصادر إلى منثني وكاشف، وأن لفظ المصدر أو الأصل منصرف إلى القرآن الكريم، وباقي المصادر هي دلائل ومعارف على الحكم، وتستمد شرعيتها من الأصل - القرآن الكريم -، وفي هذا إشارة منهم إلى وجود تراتبية بين المصادر، تفضي إلى وجود أعلى وأدنى.

وأثر ذلك يظهر في التزام الأدنى بضوابط الأعلى، باعتباره مصدراً له، إذ لا يصح مخالفة الشيء لمصدره، وأيضاً فإن المصدر الأعلى يمثل القاعدة الكلية التي تؤطر المصدر الأعلى وتحتويه⁽¹⁾.

والأثر الآخر، أن هذا المبدأ يعزز وحدة المصدر ووحدة الدلالة، فمن حيث المصدر يكون واحداً في البداية - القرآن الكريم في التشريع الإسلامي، والدستور في التشريع الوضعي - ثم يزداد تشعباً وتعدداً في صورة مصادر كاشفة، ومن حيث الدلالة، تكون متعددة وغير محصورة في البداية، بسبب كلية المصدر وما في ذلك من إجمال وإطلاق وعموم، ثم تقل هذه التعددية شيئاً فشيئاً إلى أن تنحصر في دلالة واحدة، وذلك بسبب ما يقوم به المصدر الكاشف من بيان وتفصيل وتخصيص وتقييد، وهكذا يعمل هذا المبدأ على وحدة المصدر ابتداءً، ووحدة الدلالة انتهاءً، ويترك المساحة بينهما للنظر والاستنباط والتدقيق، ولا يخفى ما في ذلك من ضبط للمسار التشريعي في مصادره ودلالاتها.

رابعاً- حكم الحاكم يرفع الخلاف:

دور قاعدة المنثني والكاشف لم ينته عند تقسيم المصادر إلى منشئة وكاشفة، ومنشئة حقيقة ومنشئة حكماً؛ بل إنها أنشأت تبعاً لذلك جهات إصدار، وقسمتها أيضاً تبعاً لذلك إلى جهات إصدار منشئة - حقيقة أو حكماً - وجهات إصدار كاشفة، فمصدر النص منثني، ومصدر الحكم كاشف، وقد يجتمع الوصفان في ذات الجهة، فتكون كاشفة بالنسبة لما قبلها، منشئة بالنسبة لما بعدها، وقد بينّا ذلك سلفاً. وعبارات الأصوليين في هذا الصدد جليّة، فقد فرقوا بين المفتي المجتهد والحاكم، فقيّدوا الأول بالنظر في الأدلة، واستنباط الحكم منها، ومنحوا للحاكم سلطة اختيار دلالة من الدلالات التي توصل إليها المفتون والحكم بها على وجه الإلزام⁽²⁾، من ذلك قول القرافي: "الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة والحكم

(1)- الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، ص 20.

(2)- القرافي، الأحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 43-44.

إخبار معناه الإنشاء والإلزام من قبل الله⁽¹⁾، وبعد اختيار الحاكم للدلالة، وحكمه بها، يكون حكمه هذا ملزماً لجميع المفتين، حتى لو خالف اعتقادهم، مادام محله المسائل الاجتهادية⁽²⁾.

غير أن الحاكم لا يستقل بوضع الأحكام من عنده، إلا إذا كان مجتهداً، أما إذا كان غير مجتهد فإنه مقيد بأقوال المجتهدين في المسألة محل الحكم، يختار أحدها، ويحكم به، ولا يحكم بالهوى والتشهي⁽³⁾، وهكذا فإن أقوال المجتهدين بالنسبة للحاكم هي بمثابة مصدر منشئ - منشئ حكماً - يبني عليه حكمه، ثم يكون حكمه هذا ملزماً لهم أيضاً.

ودليل هذا المبدأ هو الإجماع، حيث تقرر الإجماع على أن حكم الحاكم يرفع الخلاف بضوابطه ولا يُنقض⁽⁴⁾، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، سورة النساء، الآية 52، وهكذا كان الحاكم نائباً عن الله تعالى في وضع الأحكام*، فحكمه هو حكم الله تعالى حكماً، على ألا يخالف هذا الحكم القواعد والأصول والنصوص والقياس والإجماع، أو يخرج عن آراء المجتهدين ومصدره غير مجتهد، وإلا نُقض⁽⁵⁾، كما أن فيها إشارة إلى فكرة عدم الدستورية، المعروفة اليوم في الوسط القانوني، والتي تقضي بنقض النص القانوني عند مخالفته للدستور، وفكرة عدم التطبيق الصحيح للقانون، والتي تقضي بنقض الحكم القضائي عند مخالفته للنص القانوني، أو عدم تطبيقه التطبيق الصحيح، فكلاهما خالف أصله وأساسه، فلزم نقضه⁽⁶⁾، فالخروج عن دلالة النص القانوني هي ما تعرف بعدم الدستورية، أو عدم التطبيق الصحيح للقانون.

وسبب إلزامية حكم الحاكم هو أنه لما كان حكمه هو حكم الله تعالى حكماً، كان نصاً خاصاً بالمسألة محل الحكم، ووفقاً للقواعد الأصولية، فإن النص الخاص مقدم على النص العام عند التطبيق، ويطبق النص العام على المسائل الأخرى التي لم تدخل في الحكم الخاص⁽⁷⁾، فالعمومية في كون المسألة قد وردت بها عدة أقوال من المجتهدين، واختيار الحاكم لأحد هذه الأقوال يجعل من هذا القول نصاً خاصاً بالمسألة محل الحكم، ومن ثم يُقدّم على باقي الأقوال.

بعد بيان هذه المبادئ ومنهجية عملها يُلاحظ ترابطها ببعضها؛ بل ودلالة كل منها على الأخرى؛ وهذا لتفرعها من قاعدة واحدة، هي قاعدة المنثى والكاشف، ومما يدل عليه هذا الانسجام هو قدرتها على تكوين

(1)- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، وبهامشه الكتابان: تهذيب الفروق، والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، بيروت، دار عالم الكتب، ب.ط، ب.ت، 53/4.

(2)- القرافي، الفروق، ص 50-52 - الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، ص 49.

(3)- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الفكر، ط1، 1996م، 6/7 - القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 44-45.

(4)- الكاساني، بدائع الصنائع، 7/7 وما بعدها - القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 41، الشريبي، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج على معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ضبط وتحقيق: محمد محمد تامر، شريف عبد الله، القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2006م، 323/6 - ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرق، ويليهِ الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة المقدسي، بيروت، دار الكتاب العربي، ب.ط، ب.ت، 403/11 وما بعدها.

* حتى لا تُفهم النيابة في غير السياق المقصود، النيابة نيابتان، نيابة عامة، وهي خلافة الإنسان لله سبحانه في الأرض، بمقتضى قوله تعالى: وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً □، سورة البقرة، الآية 29، ونيابة خاصة، كالتي نحن بصدد الحديث عنها الآن، وهي نيابة الحاكم عن الله سبحانه في التشريع فقط، وحتى لا يخرج الحاكم عن حدود هذه النيابة، ويستغل هذه الصفة لمصلحه، ويجعل من نفسه شبه إله، فُيُتَدَّتْ هذه النيابة في الجانب التشريعي فقط، وُيُتَدَّتْ أيضاً بأقوال المجتهدين، كونها إخبار عن الله سبحانه، وإن كان سبيله الظن، فإذا خرج الحاكم عن هذه النيابة، سقطت عنه هذه الصفة، وأصبح تصرفه باطلاً. ينظر: ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، تونس، دار سحنون للنشر والتوزيع، ب.ط، ب.ت، 398/1 - 399.

(5)- الكاساني، بدائع الصنائع، 6/7 - القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 44، 58 - الشريبي، مغني المحتاج، 321/6-322 -- ابن قدامة، المغني، 403/11 وما بعدها.

(6)- الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، ص 55.

(7)- القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 80.

منظومة تشريعية متكاملة مترابطة، لا تناقض فيها ولا تصادم، فمثلاً، مبدأ التراتبية يدل على وجود تدرج معين للنصوص تنسم به المنظومة التشريعية، وهذا التدرج يصنع فارقاً بين الأعلى، وهو النص، وبين الأدنى منه - المتفرع عنه- وهو الحكم المؤسس على ذلك النص، وبالتالي التفرقة بينهما، كما يدل على التزام الأدنى بضوابط الأعلى فيما حكم به، سواء كان حكمه بياناً للأعلى، أو إنشاءً حكماً لما لم ينص عليه الأعلى، بحيث يُحيل الأخير إلى الأدنى للفصل فيه، مما يجعله جزءاً منه، وفي قوته، وكل هذا يؤدي إلى وحدة المصدر، ووحدة جهة الإصدار، ووحدة الدلالة.

وبعد بيان منهجية الأصوليين في تحديد مصادر التشريع، وبيان أهم القواعد والمبادئ التي اعتمدها في هذا الصدد، ودلت عليها عباراتهم، أشعر في توظيفها واستخدامها كأدوات لبيان حجية الشريعة الإسلامية بالنسبة للتشريع الوضعي، ومصدريتها له.

المبحث الثاني

أثر منهجية المصدرية في الشريعة الإسلامية على التشريعات

سيناقش في هذا المبحث أثر هذه المنهجية على علاقة الشريعة الإسلامية بالتشريع بدرجتيه الأساسيين - الدستور-، والفرعي - القانون واللائحة والقرار-، والحكم القضائي، والبدائية ستكون بالدستور، كونه يمثل رأس الهرم التشريعي في المنظومة التشريعية الوضعية (مطلب أول)، ليتبع بيان مصدرية الشريعة الإسلامية للدستور (مطلب ثان).

المطلب الأول

أثر المنهجية الأصولية على التشريع الوضعي

الدستور هو مجموعة القواعد القانونية العامة التي تبين نظام الحكم في الدولة، وحقوق وحرية الأفراد داخل المجتمع⁽¹⁾، ومن خلال التعريف يمكن ملاحظة الطبيعة الكلية للدستور، والتي تُسهم في بيان مصدرية الشريعة الإسلامية بالنسبة للتشريعات الأدنى منه، فكل إجمال يحتاج إلى كثير من البيان لتوضيحه، وإظهار مدلوله، ومن ثم دونية المبيّن عن المبيّن، ذلك أن الأول إنما وُجد بوجود الثاني، فلولا الثاني ما كانت هناك حاجة للأول، كما أن الأول لا يخرج دوره وعمله عن حدود الثاني، لأنه مقيّد به.

ولأن الحجية هي أساس المصدرية، فما ليس بحجة لا يكون مصدراً، أبدأ ببيان حجية الدستور، وأساس كونه في قمة الهرم التشريعي، وفي تقديري فإن حجية الدستور قائمة على ثلاثة أسس:
الأول- أساس شرعي:

وهو قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، سورة النساء، الآية 52، فصفا ولي الأمر تصرف إلى المشرع ومن ينوب عنه كالقاضي، وهو المسمى بالحاكم، كما اصطاح على ذلك الأصوليون والفقهاء⁽²⁾، وعبارات الفقهاء سالفة الذكر تضمنت هذا المعنى⁽³⁾، خاصة عندما جعلوا من

(1)- أعبوده، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، القانون، طرابلس-ليبيا، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط4، 2003م، ص 213 -شليليك، مصطفى مصباح، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون - نظرية الحق، ليبيا - طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ط1، 2002م، ص 104.
(2)- الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، ص 53-54.
(3)- ينظر ص 10-11 من هذا البحث.

الكاشف لا يجوز مخالفته لمنشئه، كما أن له قاعدة كلية داخل ذلك المنشئ، وكلية المنشئ تعني عدم ضرورة ذكر كل أفراد الكاشف داخل المنشئ؛ فقد يوجد من المسائل ما لم يذكر في المنشئ، إلا أنه لا يخرج عن الإطار العام الذي حدده.

وسيادة القانون - التي ذكرناها قبل قليل - إنما جاءت بطريق الإحالة، وكما أسلفنا، فإن الإحالة تجعل المحال إليه جزءاً من المُحيل، وفي قوته، وبالتالي اكتساب القانون للصبغة الدستورية؛ لسيره في الخط التشريعي الذي حدده الدستور.

ومبدأ الإحالة المترتب عن قاعدة المنشئ والكاشف ظاهر في كثير من النصوص الدستورية، نذكر منها على سبيل المثال النص الدستوري على أن "يُعين شعار الدولة ونشيدها الوطني بقانون"⁽¹⁾، ومن هنا تظهر أهمية وفائدة قاعدة المنشئ والكاشف، في أنها تعمل على إنشاء تراتبية في الوسط التشريعي، مما يسهم في فهم الغاية من التشريع، ومن ثم تطبيقه على الوجه السليم، كما أن هذه القاعدة وإن كانت تعطي ميزة الإنشاء لمصدر واحد فقط، وهو المنشئ الأصلي، إلا أنها لا تنفي مصدرية غيره، واعتباره كاشفاً له، ومنشئاً لما بعده من المصادر الأدنى منه درجة، وهكذا يُربط بين المصدرين المنشئ والكاشف، ويُمنح الكاشف حجية وقوة المنشئ.

وعلى هذا فإن قاعدة المنشئ والكاشف أثمرت مبدأ الإحالة، والذي أدى إلى ظهور تراتبية بين المصادر، هذه التراتبية منحت المصدر الأخير قوة وحجية المصدر الأول، وهذا ملخص ما ذكرناه من آراء الأصوليين، وفصلناه في الفقرة السابقة، وما عبّر عنه لاحقاً فقهاء القانون الدستوري بالقول أن "دستورية القوانين هي النتيجة الطبيعية والمنطقية لتدرج القوانين"⁽²⁾. ولأن الإحالة نقلتنا من الدستور إلى القانون، سنتطرق للمادة الأولى من القانون المدني⁽³⁾، والمعنونة بأصول القانون، والتي تنص على أنه:

1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.
2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".
وتجدر الإشارة إلى أن مصادر القانون كلها كاشفة، سواء الأصلية أم الاحتياطية، وأن المصدر المنشئ الوحيد لها هو الدستور، وعليه فإن إحالة القاضي إلى القانون هي إحالة إلى جميع هذه المصادر، ولكن وفق تراتبية معينة تعطي الأولوية للمصدر الأصلي "التشريع"، فإذا لم يوجد فالمصادر الاحتياطية؛ ذلك أن الحاجة إلى المصادر الأصلية هي حاجة بيان وتفصيل للكليات الواردة في الدستور، أما الحاجة إلى المصادر الاحتياطية فهي إلى جانب كونها حاجة بيان، فهي حاجة لملء الفراغ التشريعي الذي خلفه المشرع القانوني أو طراً بعده⁽⁴⁾.
إلا أن المشرع - كما يبدو - لم ينتبه إلى أن مصادر القانون هي مصادر جزئية كاشفة، وليست كلية منشئة، ذلك أنه جعل المصدر الأول من المصادر الاحتياطية مصدراً كلياً بقوله: "مبادئ الشريعة الإسلامية"، ولا يخفى ما في ذلك من تناقض، فطبيعة دورها كمصدر احتياطي يفرض جعلها جزئية كاشفة، واللفظ يدل

(1) - المادة 6 من الدستور الليبي الصادر في 1951.10.7م - المادة 2 من الإعلان الدستوري الليبي الصادر في 2011.8.3م.

(2) - بربوتي، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، ص 78، نقلاً عن العميد دوكي.

(3) - الجريدة الرسمية، نُشر بتاريخ 1954.2.20م.

(4) - شلييك، المدخل للعلوم القانونية، ص 119، أعيوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 249.

على أنها كلية منشئة، كما أن هذا اللفظ قد يوحي بتشابه دورها في الدستور مع دورها في القانون، وهذا بعيد جداً، فهي في الدستور كلية منشئة أصالة، أما هنا - في القانون - فهي جزئية مكملة كاشفة، أيضاً طبيعة الإحالة تتعارض مع هذا اللفظ، فالإحالة من الدستور إلى القانون إحالة من كلي إلى جزئي، أما الإحالة من المصادر الأصلية إلى الاحتياطية فهي إحالة من جزئي إلى جزئي مثله، وبالتالي كان يُفترض أن يكون المحال إليه -الجزئي الثاني- محدداً ودقيقاً كالجزئي الأول، فبدل الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، كان الأولى أن تتم الإحالة إلى مشهور مذهب معين، وليكن المذهب المالكي، باعتباره المذهب السائد في ليبيا.

المطلب الثاني

مصدرية الشريعة الإسلامية للدستور

بعد العرض السابق لمنهجية تحديد المصدر، وعلاقة المصادر ببعضها، نأتي للحديث عن واقع الأسس النظرية السابقة فيما يتعلق بمصدرية الشريعة الإسلامية بالنسبة للدستور، وعلاقة نص المصدر بباقي النصوص الدستورية الأخرى.

وكنا قد ذكرنا في صدر هذه الفقرة الأساس الشعبي كأساس لحجية الدستور، وأن الشعب هو مصدر السلطات، وصاحب السيادة في الدولة، وأن النصوص الدستورية هي تعبير عن إرادة الشعب، وليست هي ذات تلك الإرادة، وليس معنى ذلك أن الشعب قد تلفظ بالأحكام، ثم قام المشرع بكتابتها، وإنما عملت سيادة الشعب وإرادته على توجيه المشرع إلى مصادر معينة لتكون مصدراً للنصوص، ثم إضفاء صفة الشرعية على تلك النصوص، ومن أهم هذه المصادر: الدين والعرف، ولأن القواعد العرفية تختلف باختلاف الزمان والمكان، على خلاف القواعد الفقهية والأصولية الثابتة والمحكمة والمنضبطة، فإن وثيقة بأهمية الدستور تحتاج إلى ما هو مُحكم ومنضبط، ولهذا كان الدين متمثلاً في القرآن الكريم، أو الشريعة الإسلامية مصدراً له، إلى جانب كونه أشرف المصادر وأسمائها وأعلاها⁽¹⁾.

ومن هنا تبدأ مهمة المشرع، وتتجلى قاعدة "حكم الحاكم يرفع الخلاف" التي أشرنا إليها في الفقرة السابقة، إذ يتجه المشرع إلى النصوص والأحكام الشرعية، ويختار منها ما يراه مناسباً لمقتضيات الزمان والمكان، ومراعياً للمصلحة، وفقاً للقواعد الفقهية والأصولية التي أشرنا إليها آنفاً، ثم إن نص الدستور على أن: "الإسلام دين الدولة" أو غيره من النصوص الدستورية ذات العلاقة هو دليل على دونية باقي نصوص الدستور عن هذا النص، فمثل هذا النص -نص المصدرية- يعتبر تحديداً للمصدر، ومعلوم أن المصدر أعلى من النص؛ لحاجة النص إلى المصدر، إذ بانتفاء المصدر ينتفي النص؛ لكونه أثراً له⁽²⁾، كما أن نص الدستور على مصدرية الشريعة الإسلامية هو نص تقريري، وليس إنشائياً، أي تقرير واقع قائم قبل قيام الدستور، فالشريعة الإسلامية ظاهرة في معاملات الناس، ومختلف شؤون حياتهم، وهذا سبب توجيه المشرع إليها لتكون مصدراً للتشريع، وكون هذا النص تقريرياً مشاهياً للنص في السنة النبوية على حجية ومصدرية القرآن الكريم.

(1) - أعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 40.
(2) - شليبيك، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 91.

ومقتضى ما سبق، أنه وإن كان الدستور مصدراً منشئاً بالنسبة للقانون، إلا أنه في الوقت ذاته مصدر كاشف بالنسبة للشريعة الإسلامية، والمصادر الأخرى المقيدة بها، وبالتالي فإن كل نص شرعي هو بمثابة مصدر للدستور، وكل نص دستوري هو بمثابة مصدر للقانون، وهكذا.

وهنا تظهر قاعدة التفرقة بين النص والحكم، فالنص مصدر الحكم، وبالتالي حاجة الحكم للنص، ودونيته عنه، فتأخذ الشريعة الإسلامية دور النص، بينما يأخذ الدستور دور الحكم، فالشريعة الإسلامية أداة ووسيلة للمشرع كي يصل إلى الحكم "النص الدستوري"، وأيضاً فإن علاقة أي نص دستوري بالقانون هي ذاتها علاقة النص بالحكم الواردة أعلاه، وكما أسلفنا فإن نصوص الدستور يغلب عليها الطابع الإجمالي الكلي، كما أنها متساوية فيما بينها من حيث القوة، فإذا ما افترضنا وجود نصين دستوريين أحدهما ينص على مصدرية الشريعة الإسلامية أياً كانت صياغته، والآخر ينص على ما يخالف الشريعة الإسلامية، فإن هذا التصادم بين النصوص يُعالج من قبل القاضي بالمواءمة بين النصين، وذلك على أساس أن المشرع الدستوري لا يمكن أن يناقض نفسه، فينص في البداية على مصدرية الشريعة الإسلامية، ثم ينص على ما يخالفها، وبما أن نصوص الدستور يغلب عليها الطابع الكلي الإجمالي، فإن المواءمة ممكنة ببحث القاضي عن التفسيرات التي تجمع هذه النصوص ذات التناقض الظاهري، فيكون تفسير القاضي للنص موافقاً للشريعة الإسلامية، وذلك تطبيقاً لأحكام قاعدة المنثى والكاشف، حيث تمثل الشريعة الإسلامية المصدر المنثى للدستور.

الخاتمة

لقد حاولت من خلال هذا البحث المتواضع دراسة أهم مسألة من المسائل التي تواجه المشرع الليبي أثناء مهمته في سن التشريعات، ألا وهي مسألة علاقة هذه التشريعات بالشريعة الإسلامية، ومدى توافقها معها، فهذه المسألة لا تتوقف عند نص قانوني معين؛ بل إنها تلقي بظلالها على هوية المجتمع ومعالم شخصيته، وقد انتهيت إلى جملة من النتائج والتوصيات، تمثلت في:

أولاً- النتائج:

- 1- مصدرية الشريعة الإسلامية للتشريعات لا تكون بمجرد اعتماد نص أو رأي فقهي من إحدى المدارس الفقهية، وإنما تكون باعتماد الشريعة الإسلامية شكلاً وموضوعاً، لأن هذه الشريعة منظومة تامة قائمة بذاتها، قد تلتقي مع منظومات أخرى في بعض النواحي، ولكن تبقى لها خصوصيتها، ومنهجها الخاص بها.
- 2- البناء التشريعي في الشريعة الإسلامية يبدأ بكلام الله سبحانه النفسي، والذي يترجمه خطاب يوصف بأنه دليل أو أصل (القرآن الكريم ثم باقي المصادر الأخرى)، يوصلنا إلى دلالة تصنع فقهاً (قول المجتهد)، ليكون أساساً ومرجعاً للحكم (حكم الحاكم).
- 3- قبل اعتماد نص أو رأي معين يجب اعتماد المنهجية التي من خلالها تم التعامل مع هذا النص، ومن ثم منهجية الوصول إلى الرأي المؤسس عليه، وتبدأ هذه المنهجية من تحديد طبيعة المصادر، ومدلولية مصدريتها، وتراتبيتها، وأثر ذلك على مدى إلزامها.

4- فهم هذه المنهجية يساعد على ربط الشريعة الإسلامية بالتشريعات القانونية الوضعية، وجعل الأخيرة امتدادًا لها، ويكرس ويثبت صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، ويسهم في الحفاظ على الهوية الإسلامية للمجتمعات المسلمة ولتشريعاتها.

ثانيًا- التوصيات:

1- الرجوع إلى أمهات الكتب الفقهية والأصولية، ودراستها دراسة تحقيقية، تبحث في الأسس والقواعد والفلسفة التشريعية.

2- التواصل بين المتخصصين في الشريعة الإسلامية والقانون لبحث سبل الربط بين الشريعة الإسلامية والقانون، وتقريب وجهات النظر بينهما.

3- التركيز على أهمية ورشات العمل والندوات والمؤتمرات العلمية التي تجمع فقهاء الشريعة والقانون، وإقامة المؤسسات البحثية المهمة بمثل هذه المواضيع.

4- مشاركة مؤسسات الدولة ذات العلاقة مثل دار الإفتاء والأوقاف والمحكمة العليا في مثل هذه المواضيع، والتواصل مع المراكز والمؤسسات العلمية الخاصة والعامة خارج البلاد والاستفادة من تجاربهم.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً- القرآن الكريم

برواية قالون عن نافع بالرسم العثماني على ما اختاره الحافظ أبو عمرو الداني.

ثانيًا- مراجع الفقه الإسلامي:

• ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، تونس، دار سحنون للنشر والتوزيع، ب.ط، ب.ت.

• ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرق، ويليهِ الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة المقدسي، لبيروت، دار الكتاب العربي، ب.ط، ب.ت.

• أبو غرارة، ضو مفتاح، الحكم الشرعي وإشكالاته، الكتاب تحت الطباعة.

• أبو غرارة، ضو مفتاح، قراءة أصولية لأسباب التفرق بحجة التدين، الكتاب تحت الطباعة.

• الأمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ض: إبراهيم العجوز، بيروت، دار الكتب العلمية، ط5، 2005م.

• البدخشبي، محمد بن حسن، منهاج العقول معه شرح الإسنوي، وكلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي، مصر- القاهرة، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، ب.ط، ب.ت.

- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، الإحكام في أصول الأحكام، تح: أحمد محمد شاكر، ب.د، ب.ط، ب.ت.
- البيانوني، محمد أبو الفتح، الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية، دمشق، دار القلم، ط1، 1988م.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز، القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2006م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج على معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ض: محمد محمد تامر، شريف عبد الله، القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2006م.
- الغرياني، آية علي سلامة، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، رسالة ماجستير غير منشورة، ليبيا، جامعة طرابلس، كلية القانون، العام الجامعي 2018-2019م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفي في علم الأصول، تحقيق وتعليق: محمد تامر، القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2011م.
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية للطباعة، ط2، 1995م.
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، وهامش الكتابين: تهذيب الفروق، والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، بيروت، دار عالم الكتب، ب.ط، ب.ت.
- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الفكر، ط1، 1996م.

ثالثاً- مراجع الفقه القانوني:

- اعبوده، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، القانون، طرابلس-ليبيا، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط4، 2003م.
- الإعلان الدستوري الليبي الصادر في 3.8.2011م.
- بربوتي، حقي إسماعيل، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، مصراتة، دار ومكتبة الشعب للنشر والتوزيع، ط2، 2009 - 2010م.
- الجريدة الرسمية، المنشورة بتاريخ 20.2.1954م.
- دبارة، مصطفى مصباح، وضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب، مجلة كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، العدد 6، 2016-2017م.
- الدستور الليبي الصادر في 7.10.1951م.



- الزريقي، جمعة محمد الزريقي، بحوث ودراسات في الدستور، ليبيا، الناشر المؤلف، ط1، 2015م.
- شليبيك، مصطفى مصباح، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون - نظرية الحق، ليبيا - طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ط1، 2002م.

مدى توافق نصوص القانون الليبي مع أحكام الشريعة الإسلامية في شأن كفالة ناقص

الأهلية

(The extent to which the texts of the Libyan law are consistent with the provisions of Islamic Sharia in the matter of sponsorship of a person lacking capacity)

أ. زهور عتيق صالح القماطي

باحثة قانونية - ديوان المحاسبة الليبي

zohor8644@gmail.com

الملخص:

يهدف البحث دراسة مدى توافق قواعد القانون المدني مع أحكام الشريعة الإسلامية، عند كفالة التزام ناقص الأهلية، حيث إن عقد الكفالة من العقود المشروعة لما تتضمنه من مظاهر التعاون والترابط والتضامن بين الناس، حفظاً وصيانة لحقوق الآخرين، وحيث إن القانون الليبي اعتبر عقد الكفالة صحيحاً بالرغم من أن الالتزام الأصلي قابل للإبطال عند كفالة ناقص الأهلية وبسبب هذه الكفالة يعتبر الكفيل كأنه مدين أصلي حتى لو تمسك المدين بالإبطال أو لم ينفذ الالتزام أصلاً.

فمن حرية الإرادة في إنشاء العقود يجوز للكفيل أن يكفل المدين، لذلك فهو قد ضمن الوفاء بالدين على الرغم من تمسك المدين بالإبطال، والقانون المدني وضع العقد الموقوف في باب البطلان، ولكنه رتب عليه آثار العقد الصحيح فناقض نفسه، حيث إن القانون أخذ بمعنى النص وليس بالصورة عند كفالة ناقص الأهلية، ففي الأصل يعتبر العقد باطلاً لبطلان الالتزام الأصلي، فالعقد القابل للإبطال عقد باطل وفقاً للقانون، ولكن المشرع أخذ في حالة ناقص الأهلية بما قاله جمهور الفقهاء، ورتب عليه نفس آثار العقد الموقوف.

الكلمات المفتاحية:

الكفالة، ناقص الأهلية، العقد الموقوف، العقد القابل للإبطال.

**Abstract:**

The research aims to study the extent to which the rules of civil law are compatible with the provisions of Islamic law, when guaranteeing a commitment of lacking capacity, as the sponsorship contract is one of the legitimate contracts due to the aspects of cooperation, interdependence and solidarity between people, preserving and maintaining the rights of others, and as the Libyan law considered the bail contract valid despite That the original obligation is subject to revocation when a guarantee is deficient even if the debtor adheres to nullification or has not fulfilled the obligation in the first place, the guarantor is considered as the original debtor. And the civil law placed the suspended contract in the door of nullity, but arranged the effects of the valid contract on it, so it contradicted itself.

Whereas, the law took the meaning of the text and not the image in a bail of lacking capacity, in principle the contract is considered null due to the nullity of the original commitment, so the contract that can be annulled is a void contract according to the law, but the legislator took in a state of incompetence what the majority of jurists said, and arranged on it the same effects of the suspended contract.

Keywords:

Warranty, lack of eligibility, suspended contract, voidable contract.

مقدمة

الكفالة هي عقد بموجبه يكفل فيه شخص تنفيذ التزام المدين، وذلك بأن يتعهد للدائن بإيفاء هذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، أي: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين المكفول في الدين، فيعد الكفيل هو الحلقة الأضعف في عقد الكفالة فيُعَرِّضُ نفسه للخطر بأن يوفي دين المدين من ماله الخاص، حيث إن الكفالة عقد من العقود المشروعة لما تتضمنه من مظاهر التعاون والترابط والتضامن بين الناس حفظاً وصيانة لحقوق الآخرين، والأصل في الكفالة أنها تبرعية، تقوم على ضم ذمة الكفيل لذمة المدين للوفاء بالتزام لصالح الدائن، لذلك تعتبر من العقود الملزمة لجانب واحد، وهو التزام الكفيل بالوفاء بالدين، وهي تابعة للالتزام الأصلي وجوداً وعدماً، وتخضع لمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود، ويتم العقد بتحقيق الإيجاب من الكفيل والقبول من الدائن، ولذلك أعطى المشرع الكفيل حماية في مواجهة الدائن، بأن يكون له الحق في التمسك بكافة الدفع التي يتمسك بها المدين في مواجهة مطالبته بالدين المستمدة من الالتزام الأصلي، نظراً لخاصية التبعية التي يمتاز بها عقد الكفالة، ومن الدفع الخاصة بإبطال الالتزام الأصلي، وذلك عندما يكون الالتزام الأصلي قابلاً للإبطال لمصلحة المدين، حيث أجاز المشرع للكفيل التمسك بالإبطال وفقاً للحدود التي بينها المشرع، واعترى بعضها الغموض، وحيث تدخل المشرع وقيد الكفيل عند كفالة ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسببها، ولهذا يصبح الكفيل مديناً أصلياً في حالة عدم إجازة ناقص الأهلية للالتزام، أو عدم تنفيذه أصلاً.

ويقوم التزام كفيل ناقص الأهلية على ثلاث فرضيات وهي: حالة عدم علم الكفيل بنقص أهلية المدين، وفي حالة علمه بذلك، وفي حالة كفالة الالتزام بسبب نقص أهلية المدين.
أهمية البحث:

تأتي أهمية هذا الموضوع نتيجة اختلاف الآراء الفقهية في حكم كفالة ناقص الأهلية بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، حيث سيتم دراسة هذه الآراء لتوضيح الرأي الراجح وتوجيهه.
إشكالية البحث:

يقوم موضوع البحث على عدة إشكاليات تقوم على الآتي:

- 1- ما هي آثار عقد الكفالة عند كفالة الالتزام بسبب نقص الأهلية؟
- 2- إلى أي مدى تصل التبعية بين عقد الكفالة والالتزام الأصلي؟ وهل خاصية التبعية في عقد الكفالة مطلقة أم مقيدة في حالة كون الالتزام الأصلي قابلاً للإبطال؟
- 3- هل تجوز كفالة ناقص الأهلية؟ وما الأثر المترتب عليها في حالتي علم الكفيل أو عدم علمه بنقص أهلية المدين؟ وهل يختلف أثر الكفالة بسبب نقص أهلية المدين؟
- 4- هل حصر المشرع ناقص الأهلية، أم يشمل كل حالات العقد القابل للإبطال، وما هو أساس شرعية هذا النص؟

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحديد التوافق بين القانون الليبي وأحكام الشريعة الإسلامية بشأن كفالة ناقص الأهلية، وتوضيح الآراء المختلفة بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وتحديد الرأي الراجح في ذلك.
منهج البحث:

يقوم هذا البحث على المنهج التحليلي والمنهج المقارن، وذلك من خلال تحليل نصوص القانون المدني المتعلقة بموضوع البحث، وبيان رأي فقه القانون المدني ومقارنته بالشريعة الإسلامية.
خطة البحث:

سنحاول الإجابة على التساؤلات السابقة وفق الخطة البحثية الآتية:

المبحث الأول- مضمون كفالة ناقص الأهلية

المطلب الأول- مفهوم كفالة ناقص الأهلية

المطلب الثاني- أحكام كفالة ناقص الأهلية

المبحث الثاني- الآثار المترتبة على كفالة ناقص الأهلية

المطلب الأول- آلية تحديد آثار العقد القابل للإبطال على كفيل ناقص الأهلية.

المطلب الثاني- تحديد آثار العقد القابل للإبطال من خلال آلياته.

المبحث الأول

مضمون كفالة ناقص الأهلية

سنتناول في هذا المبحث، الحديث عن مفهوم كفالة ناقص الأهلية وأحكامه، عند فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الليبي، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

مفهوم كفالة ناقص الأهلية

جرت العادة قبل دراسة أي موضوع البحث عن معناه في اللغة والاصطلاح، حيث يتكون الموضوع من مفهومين مركبين وهما: (الكفالة وناقص الأهلية)، وعليه سنتناول التعريف بهما في اللغة والاصطلاح عند فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، وذلك على النحو الآتي:

1- التعريف اللغوي (لكفالة ناقص الأهلية): يتركب هذا المصطلح من ثلاث كلمات يمكن تناولها على النحو الآتي:

1- الكفالة لغة: هي مصدر للفعل كَفَلَ، يقال: كَفَلَ يَكْفُلُ فهو كَافِلٌ، ومصدره: كَفَالَةٌ، ومعناه: أنفق عليه وقام بأمره، كما أنها تدل على معنى الرعاية والزعامة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [سورة يوسف الآية 72، قال ابن عباس: الزعيم: أي: الكفيل، وتأتي بمعنى الضمانة، ومنه قوله تعالى ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [سورة آل عمران الآية 37 أي ضمن زكريا عليه السلام حضانه مريم، وتكفل بالقيام بأمرها،

وقيل معناها: التعهد والتحمل عن الآخرين، وكفالة اليتيم: ضم اليتيم والإنفاق عليه والقيام بمصالحه وشؤونه.⁽¹⁾

2- ناقص الأهلية لغة: هو الصغير، أو السفیه الذي لا يستطيع تحمّل المسؤولية⁽²⁾.

وكلمة (ناقص) في اللغة: اسم فاعل للفعل (نَقَصَ)، ومعناه في اللغة: الخُسْرَانُ في الحِظِّ، كالتَّنْقَاصِ والنُّقْصَانِ.⁽³⁾

و(الأهلية) في اللغة: الصلاحية لصدور الشيء عن الإنسان ومطالبته به، أو الاستحقاق، وهو المراد بها في قوله تعالى: ﴿وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾ [سورة الفتح الآية 26].

ب- التعريف الاصطلاحي لكفالة ناقص الأهلية عند فقهاء الشريعة الإسلامية:
1- تعريف الكفالة:

اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعاً لاختلافهم فيما يترتب عليها من آثار.

فعرّفها الحنفية بأنها: "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً، أي: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بنفس أو بدين أو عين، كمغصوب ونحوه، فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل، ولا يسقط عن الأصيل"⁽⁴⁾.
أما المالكية والشافعية والحنابلة فجاء في تعريفهم لها بأنها: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، أي: في الدين، فيثبت الدين في ذمتها جميعاً"⁽⁵⁾.
وعرّفها ابن قدامة بأنها: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتها جميعاً"⁽⁶⁾.

وعرّفها الرملي بأنها: "تطلق على التزام الدين، والعين، والبدن، وعلى العقد المحصل لذلك"⁽⁷⁾.
2- تعريف ناقص الأهلية:

(الأهلية) في الفقه الإسلامي هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، أو صلاحية الشخص للالتزام والالتزام.

أما (ناقص الأهلية) فهو المميز الذي لم يبلغ الحلم، وهذا ينطبق على الصبي دون التمييز قبل البلوغ، وينطبق على المعتوه الذي لم يصل العتة به إلى درجة اختلال العقل وفقده، وإنما يكون ضعيف الإدراك والتمييز، فحكمه حكم الصبي المميز لثبوت أصل أهلية الأداء لهما بالتمييز، وفي هذه الحالة يجب أن نفرق بين حقوق الله وحقوق العباد، فناقص الأهلية إما أن تتعلق تصرفاته بحقوق الله، وإما أن تتعلق بحقوق العباد، فحقوق الله تعالى تصح من الصبي المميز كالإيمان، والصلاة، والصيام، والحج، ولكنه غير ملزم بأداء العبادات إلا على جهة التأدب والتهذيب.⁽⁸⁾

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج12، مادة (كفل- زعم).

(2) باسل زيدان وآخرون، معجم المعاني الجامع، <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/>.

(3) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج1، مادة (نقص).

(4) الكمال بن همام، شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواح المعروف بالهمام، ج5، ص389. وعلاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ص6. وابن عابدين، حاشية رد المختار، ج4، ص260. وخضرة عبد السلام، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، رسالة ماجستير، 2016، 2015، ص11.

(5) ابي البركات الدردير، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي، ج3، ص329. والشربيني، مغني المحتاج، مصر، ج2، ص198. وابن قدامة، المغني على مختصر الخرافي، ج4، ص534.

(6) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص590.

(7) شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج4، ص418.

(8) سميحة علي أيت، تصرفات ناقص الأهلية دراسة مقارنة بين القانون والفقه الإسلامي، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، الجزائر، رسالة ماجستير، 2015، 2014، ص5، 6.

أما ما يتعلق بحقوق العباد- عند الإمام الشافعي والإمام أحمد- فتصرفات ناقص الأهلية وعقوده إذا كان صبيا باطلة. وأما الحنفية فيقسمون تصرفات الصبي المالية إذا كان ناقص الأهلية على ثلاثة أقسام:

- تصرفات نافعة نفعاً محضاً: وهي التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل، كقبول الهبة والصدقة، وتجب له الأجرة إذا أجر نفسه، وتصح وكالته عن غيره بلا التزام عليه؛ لأن فيها تدريباً له على التصرفات، لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ [سورة النساء الآية 6]، أي اختبروهم ودربوهم على المعاملات، فهذه التصرفات تصح من الصبي وتنفذ دون حاجة إلى إذن وليه أو إجازته.
- تصرفات ضارة ضرراً محضاً: وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل، كالطلاق والهبة والصدقة والوقف والكفالة بالدين أو بالنفس، وهذه لا تصح من الصبي المميز ولو بإجازة وليه؛ لأن الولي ذاته لا يملك هذه التصرفات.
- تصرفات دائرة بين النفع والضرر: وهي التي تحتل الربح والخسارة، كالبيع والشراء والإجارة والنكاح ونحوها، وهي تصح من الصبي المميز، وتنعقد صحيحة بإذن الولي، بناء على ثبوت أصل أهلية الأداء له، أي إن التمييز لا البلوغ هو شرط عاقد البيع ونحوه في رأي الحنفية والمالكية.

فإن لم يأذن الولي له تكون تصرفاته موقوفة على إجازته في رأي الحنفية والمالكية بسبب نقص هذه الأهلية، فإذا أجاز نفذت، وإلا بطلت، فالإجازة تجبر النقص، فيصير العقد أو التصرف صادراً من ذي أهلية كاملة.⁽¹⁾

ج- التعريف الاصطلاحي لكفالة ناقص الأهلية في القانون الليبي:

1- تعريف الكفالة:

عرف القانون الليبي عقد الكفالة في المادة (781) بأنها: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

2- تعريف ناقص الأهلية:

يعرف ناقص الأهلية بالمرحلة التي يمكن للشخص مباشرة بعض التصرفات القانونية، ولما كان التصرف القانوني هو إرادة أتجهت إلى إحداث آثار قانونية. لذلك يشترط في ناقص الأهلية التمييز والإدراك، فيكون الشخص ناقص الأهلية في سن الثامنة عشر ميلادية⁽²⁾، وأما التصرفات التي يباشرها ناقص الأهلية فهي التصرفات التي تكون نافعة نفعاً محضاً، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فتكون باطلة بطلاناً مطلقاً، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فله الحق أن يباشرها وتكون قابلة للإبطال لمصلحته⁽³⁾، وهذه الجزئية هي التي تهمننا في هذا البحث، حيث تنص المادة (786) بأنه: "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول".

(1) وهيبه الزحيلي، الأهلية في الفقه الإسلامي، الموسوعة العربية القانونية المتخصصة- العلوم الشرعية، المجلد 4، ص 264، الموقع الإلكتروني <http://arab-ency.com.sy/law/detail/164622>

(2) محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، دار الكتب الوطنية، بنغازي-ليبيا، ج 1، 2013، ص 97.

(3) عبد القادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون الليبي، دار ومكتبة الفضيل للتوزيع والنشر، 2013م، ص 209-208. وسميحة علي أيت، مرجع سابق، ص 15-16.

وتنص المادة (791) كذلك بأن "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد؛ فليس له أن يحتج بهذا الوجه"، ويمكن تحليل هذه النصوص في الفرضيات الآتية:

1- إذا كان الكفيل يعلم أن الالتزام قابل للإبطال أثناء إبرام عقد الكفالة فلا يجوز له التمسك بإبطال الالتزام إلا إذا تمسك به المدين الأصلي، وهذا ما أكدته المادة (791 ق.م.ل) بقولها: "إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

2- أما إذا كان الكفيل لا يعلم بقابلية التزام المدين للإبطال بنقص أهلية المدين، فنطبق عليه القواعد العامة، بحيث يصبح التزام الكفيل قائما إلى حين صدور حكم بإبطال الالتزام المكفول، وإذا تمسك المدين بإبطال التزامه بطل التزام الكفيل بالتبعية، ولكن إذا لم يتمسك المدين بإبطال التزامه فإنه يجوز للكفيل التمسك بالإبطال حتى ولو لم يتمسك به المدين وذلك ما يفهم من المادة (791 ق.م.ل)⁽¹⁾.

3- إذا كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية فالتزام الكفيل في هذا الفرض التزام معلق على شرط واقف- كما يرى البعض- فاذا لم ينفذ المدين الأصلي التزامه وتمسك بإبطال الالتزام عندما أصبح كاملا للأهلية، فإنه يتحقق الشرط ويصبح الكفيل مدينا أصليا، وعليه تنفيذ الالتزام. أما إذا أجاز المدين التزامه ولم يتمسك بالإبطال يبقى المكفول مدينا أصليا، وهو ما أكدته المادة (786 ق.م.ل) بقولها: "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول"⁽²⁾.

ووفقا لهذا النص يقوم الكفيل بكفالة الالتزام لحماية الدائن من تمسك المدين بإبطال الالتزام على أساس نقص الأهلية؛ لذلك فإن الكفيل يجب عليه تنفيذ التزام المدين لا بصفته كفيلا بل كمدين أصلي، هذا في حالة ما إذا أبطل المدين التزامه، أما إذا أجازته فيصبح العقد صحيحا ويصبح الكفيل ضامنا للمدين الأصلي بتنفيذ التزامه.⁽³⁾

وفي ضوء المعنيين اللغوي والاصطلاحي يمكن القول: إن كفالة ناقص الأهلية بأنها كفالة شخص لشخص مدين وهذا المدين يكون ناقص الأهلية، وتكون الكفالة بسبب نقص أهلية المدين. بعد أن بينا تعريفات كفالة ناقص الأهلية في اللغة والاصطلاح، سننتقل إلى توضيح أحكام كفالة ناقص الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون وذلك في العرض القادم.

(1) صواربية بن عبد الكريم، حمزة بن شعلال، الدفوع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني، جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، رسالة ماجستير، 2013، ص16. وسعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة والآثار المترتبة عليه، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس- فلسطين، رسالة ماجستير، 2007، ص89.

(2) سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق ص89، 88.

(3) صواربية حمداوي، فتحة مسعودان، الكفالة كتأمين شخصي، جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، رسالة ماجستير، 2013، ص27.

المطلب الثاني

أحكام كفالة ناقص الأهلية

يعتبر عقد الكفالة لنقص أهلية المكفول عقدا قابلا للإبطال لمصلحة المكفول في القانون الليبي، أي: يترتب عليه البطلان النسبي، أما في أحكام الشريعة الإسلامية فيعتبر العقد موقوفا على الإجازة، وبذلك يمكن أن نتناول مفهوم هذين المصطلحين باستفاضة لتعلقهما بأثر الكفالة بسبب نقص الأهلية حيث يترتب على ذلك إيقاف العقد على الإجازة في الشريعة الإسلامية، والبطلان النسبي في القانون الليبي، ويكون ذلك على النحو الآتي:

1- العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية:

إن العقد الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، وذلك لسلامة أركانه وصفاته جميعاً، ولكن إذا كان العقد صادراً من مالك غير أهل للاستقلال- كالصبي المميز- كان العقد موقوفاً، وهذا ما قال به الحنفية والمالكية والشافعية في المذهب القديم، فهم يرون بأنه يجب أن يكون للمتعاقد ولاية على محل العقد وعلى نوع التصرف، فإذا لم يكن للمتعاقد الولاية على محل العقد أو التصرف كان العقد موقوفاً على الإجازة، غير أن الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة ذهبوا إلى أن العقد الموقوف يعتبر عقداً باطلاً؛ لأنهم يجعلون الولاية من شروط الانعقاد لا من شروط نفاذ العقد.⁽¹⁾

وعلى ذلك يمكن أن نعرف العقد الموقوف بأنه: "ما تعلق به حق الغير وهو إما ملك الغير أو حق بالعقد لغير المالك"

أو "هو العقد الذي لا حكم له ظاهراً يعرف في الحال"، أو "هو العقد المشروع بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير به".⁽²⁾

ويمكن أن يُعد العقد الموقوف بأنه قسم من أقسام العقد الصحيح، فهو مشروع بأصله ووصفه، ولا ينتج أثره إلا بالإجازة لتعلق حق الغير به، فالعقود والتصرفات الموقوفة هي التي لا يظهر أثرها في المعقود عليه إلا بعد إجازتها إجازة معتبرة شرعاً ممن له حق الإجازة.⁽³⁾

وحيث إن "العقد الموقوف هو العقد المشروع أصلاً ووصفاً، غير أنه لا تترتب عليه آثار إلا بالإجازة"⁽⁴⁾، وقد اعتبر جمهور الفقهاء أن العقد الموقوف هو عقد صحيح، وخالفهم في ذلك بعض فقهاء الحنفية الذين اعتبروا أن العقد الموقوف منه ما هو صحيح، ومنه ما هو فاسد، وفسروا ذلك بأن الموقوف منه فاسد كبيع المكره، ومنه صحيح كبيع عبد أو صبي محجورين⁽⁵⁾، أي: فرقوا بين عيوب الإرادة ونقص الأهلية.

من التعريفات السابقة يتضح أن العقد الموقوف هو عقد صحيح لكنه غير نافذ؛ لأنه صادر ممن لا يملك ولاية إنشائه أو إصداره، لذلك فالعقد الموقوف لا أثر له في الواقع - مع أنه صحيح - حتى تلحقه

(1) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 1968، ص 23، 24.

(2) زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق ج 5، ص 281.

(3) عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 40، 41، 43.

(4) عبد العزيز مصطفى الخالد، العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى- مكة المكرمة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، (أطروحة دكتوراه)، 1989م، ص 72.

(5) زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 279. وابن عابدين، حاشية منحة الخالق على البحر الرائق، ص 503.

الإجازة ممن يملك الحق فيها، فإن أجازته نفذ العقد وبدأت آثاره تظهر، وإن لم يجزه اعتبر العقد كأن لم يكن.

2- البطلان النسبي في القانون الليبي:

البطلان بوجه عام هو الجزء الذي يقرره القانون على العقد عند عدم توفر ركن من أركانه أو شرط من شروط الصحة، فيعدم أثر العقد ويصبح كأن لم يكن.⁽¹⁾

وينقسم البطلان إلى بطلان مطلق، وبطلان نسبي، وهذا النوع الأخير هو الذي يهمننا في هذا البحث. فالبطلان النسبي يبطل العقد الذي تخلف شرط من شروط صحته، وذلك مثل عدم توفر الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى أحد الطرفين، أو وجود عيب من عيوب الرضا، مثل: الإكراه، أو التدليس، أو الغلط، أو الاستغلال، حيث إن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يأخذ حكم العقد الصحيح، أي: أنه يرتب عليه جميع آثاره القانونية بحيث يقوم من له مصلحة بإثارته والتمسك به.⁽²⁾

والبطلان النسبي لا يقع بقوة القانون؛ بل يحتاج دائماً إلى حكم قضائي لتقريره، لأنه ليس من النظام العام، فيجب على صاحب المصلحة التمسك به، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ويزول البطلان بإجازة صاحب المصلحة، فإذا تم تقرير بطلان العقد زالت جميع آثاره القانونية، وانعدم العقد بأثر رجعي.⁽³⁾

كما أنه لا يكفي لإنشاء الكفالة وجود الالتزام المكفول؛ بل يجب أن يكون هذا الالتزام صحيحاً بمقتضى التبعية؛ لأن التزام الكفيل يتماشى مع الالتزام الأصلي وجوداً وعدماً، وتطبيقاً لذلك يمكن القول بأنه إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً كانت الكفالة باطلة، وإذا كان الالتزام الأصلي قابلاً للإبطال كانت الكفالة قابلة للإبطال⁽⁴⁾، وذلك استناداً لنص المادة (785) من القانون المدني الليبي التي تقول: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً"، وعلى ذلك يمكن أن يُثار تساؤل وهو: إلى أي حد يمكن أن تصل هذه التبعية؟ وهذا التساؤل يمكن الإجابة عنه من خلال الفرضيات الآتية:

1- في حالة تمسك المدين ببطلان العقد القابل للإبطال فإنه يصبح العقد باطلاً بأثر رجعي، وهذا ينطبق أيضاً على التزام الكفيل، فإذا كان الالتزام المكفول باطلاً بطلاناً نسبياً فإن للكفيل التمسك بهذا البطلان كدفع ليرد به رجوع الدائن عليه، وذلك باعتبار الكفيل صاحب مصلحة، حيث إن تمسك المدين بالبطلان النسبي يؤدي بالتبعية بطلان الكفالة، وبذلك إذا قررت المحكمة إبطال العقد الأصلي فإن الكفالة تبطل بالتبعية وتبرأ ذمة الكفيل، وذلك استناداً لنص المادة (791) من القانون المدني: "يرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

2- أما إذا قام المدين الأصلي بإجازة العقد القابل للإبطال فيصبح العقد صحيحاً، وكذلك الكفالة صحيحة بحكم تبعيتها للالتزام الأصلي، وذلك يفهم من نص المادة (785 ق.م.ل)، وعليه لا يمكن للكفيل التمسك بإبطال الالتزام الأصلي إلا إذا ثبت أن هناك تحايلاً بين المدين والدائن للإضرار به⁽⁵⁾، أما عند النظر

(1) مصطفى مصباح شليبيك، مصادر الالتزام، منشورات جامعة السابع من ابريل، الزاوية- ليبيا، 2008، ص238-237.

(2) محمد عبد الله الدليمي، النظرية العامة للالتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس- ليبيا، ج 1، 1998، ص125.

(3) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، 2010، ص241-240.

(4) صوارية حمداوي، فتحة مسعودان، مرجع سابق، ص26.

(5) صوارية بن عبد الكريم، حمزة بن شعلال، مرجع سابق، ص19.

للمادة (791ق.م.ل) فتجيز للكفيل التمسك بكافة الدفوع التي يحتج بها المدين باستثناء ما هو متعلق بنقص أهلية المدين في حالة علمه بها، ويمكن القياس عليها بنص المادة (1045) من القانون المدني الليبي التي تتعلق بالكفيل العيني الذي لا يختلف عن الكفيل الشخصي بصفتهم تابعين للالتزام الأصلي: " إذا كان الراهن غير المدين كان إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به؛ أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين".⁽¹⁾

فهنا يوجد تعارض بين النصوص القانونية في تطبيقها عند هذه الفرضية، فهل نسلم بالتبعية المطلقة لعقد الكفالة ونطبق نص المادة (785)، أو نقيده هذه التبعية ونطبق نص المادة (791)؟

ونرجح نص المادة (785) وذلك باعتبار أن التبعية من أهم خصائص عقد الكفالة، ونص المادة يؤكد ذلك، وإن العقد القابل للبطلان هو عقد صحيح تتوقف آثاره على إجازة صاحب المصلحة -وفقا لما أشرت له سابقا- وأن الكفيل عندما كفل هذا الالتزام لاعتقاد صحته، ويفهم من ذلك أنه لا يجوز للكفيل التمسك بالبطلان إذا أجاز المدين المكفول صاحب المصلحة ذلك، باعتبار أن عقد الكفالة الغالب فيها أنها كفالة تبرعية، فلا مصلحة للكفيل بطلب الإبطال، وأن المادة (791) تتعلق بحالة إبراء المدين من الدين فقط، وليس في حالة الدين الصحيح الذي لم ينقض، كما لا نستطيع القياس على الحقوق العينية باعتبار أنها لها طبيعة خاصة بها تتعلق بالأولية والتتبع، بعكس الحقوق الشخصية القائمة على فكرة تعدد الذمم المالية.

3- في حالة سكوت المدين الأصلي بالتمسك بالبطلان أو الإجازة، هنا تختلف الحالة بين ما إذا كان الكفيل عالما بسبب الإبطال عند كفاله للدين؛ فإن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بالإبطال، أما إذا كان الكفيل لا يعلم بسبب الإبطال أثناء تقدمه للكفالة، هنا يستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالبطلان حتى ولو لم يتمسك به المدين الأصلي، وللكفيل أن يتمسك بالدفع بالبطلان وإن كان متضامنا مع المدين وهذا ما أكدته المادة (803 ق م ل) بقولها: "يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل الغير متضامن من دفوع متعلقة بالدين"، كما أن للكفيل التمسك بهذه الدفوع باسمه لا باسم المدين.⁽²⁾

وبعد أن بينا في هذا المبحث مفهوم كفالة ناقص الأهلية وأحكامه، سنتقل إلى توضيح آثاره، وذلك في المبحث القادم.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على كفالة ناقص الأهلية

يمكن أن نتناول الآثار المترتبة على كفالة ناقص الأهلية، على النحو الآتي:

المطلب الأول

آلية تحديد آثار العقد القابل للإبطال على كفيل ناقص الأهلية

لقد نص القانون الليبي على كفالة ناقص الأهلية في المادة (786) بأنه: "من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول".

(1) سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 88.

(2) صوارية بن عبد الكريم، حمزة بن شعلال، مرجع سابق، ص 19.

يدل النص السابق دلالة صريحة على أن العقد القابل للإبطال عند كفالة ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، يتحول الكفيل إلى مدين أصلي بحيث لو تمسك المدين أو وليه بالبطلان؛ يعتبر الكفيل ملزما بدفع الدين.

فالقانون لم يوضح أن الكفالة تكون مقصورة على ناقص الأهلية أو في جميع الحالات التي يكون العقد فيها قابلا للإبطال، وهو ما سنتناوله في هذا البحث، وسأستعين بشروح القانون المصري لسد النقص في فقه القانوني الليبي للتطابق التام بين القانونين.

حيث يوضح الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري شارحا نص المادة(786) بقوله: "إن النص مقصور على ناقص الأهلية، أي: إذا كان الالتزام الأصلي قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية لفا يستطيع أن يتمسك بالإبطال بسبب نقص أهلية المدين؛ بل لا يكون كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلي؛ لأن الكفالة هنا كأنها ضمان للوفاء من تمسك المدين بالبطلان؛ لأن في هذه الحالة تتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر من إجازته أولا، وأراد أيضا أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه، حيث إذا تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي كان الكفيل هو المدين الأصلي بموجب العقد الذي أبرمه مع الدائن، وكان ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي؛ لأن المدين الأصلي لم ينفذه.

أما إذا أجاز ناقص الأهلية العقد وانقلب صحيحا بالإجازة فإن المدين الأصلي يصبح ملزما بتنفيذ الالتزام، ويكون الكفيل ضامنا له باعتباره كفيلا"⁽¹⁾، ويقول شارحا أيضا: "فإذا كان سبب القابلية للإبطال غير ناقص الأهلية، بأن كان السبب وجود عيب في الرضا أو في نص القانون وجب تطبيق القواعد العامة للعقد القابل للإبطال، ولما كانت القواعد العامة تقضي بأن يكون الالتزام القابل للإبطال لعيب في الرضا أو نص القانون أن الكفيل والتزامه تابعا للالتزام الأصلي المكفول، يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع، وإذا رجع عليه الدائن تمسك بأن التزامه قابل للإبطال كالتزام الأصلي للمدين"⁽²⁾.

إن كفالة ناقص الأهلية -وفقا لرأي السنهوري- قد قصرها المشرع على الالتزام القابل للإبطال في نقص الأهلية فقط، ولم يجز ذلك في الأسباب الأخرى القابلية للإبطال، فكأن الكفالة تكون لكفالة الالتزام بضمان الوفاء عند تمسك المدين بالإبطال.

ولم يرد نص صريح في الشريعة الإسلامية بخصوص ما نص عليه القانون في كفالة ناقص الأهلية، ولكن يمكن الرجوع للقواعد والأسانيد الخاصة بعقد الكفالة والعقد الموقوف في الشريعة الإسلامية الذي يقابل العقد القابل للإبطال في القانون المدني، حيث أجمع الفقهاء على جواز كفالة ناقص الأهلية؛ لأنهم لم يشترطوا في المكفول أهليته، أو أنه يكون معروفا للكفيل.

ويؤيد ذلك ما روي أن أبا قتادة قد ضمن دين من لا يعرفه في حضرة النبي-صلى الله عليه وسلم-، ولم ينكر عنه ذلك⁽³⁾، وأيضا في حديث سلمة بن الأكوع: حيث ضمن أبو قتادة شخصا ميتا وأقر النبي-صلى الله عليه وسلم- ذلك⁽⁴⁾، فيدل ذلك على جواز كفالة ناقص الأهلية من باب أولى، وأن الكفيل يلتزم بالوفاء،

(1) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- التأمينات الشخصية والعينية، بيروت- لبنان، دار احياء لتراث العربي، ج10، بدون سنة نشر، ص49،48،46،44.

(2) المرجع السابق، ص44.

(3) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ص366.

(4) شمس الدين الكرمانى، شرح صحيح البخاري، ج10، ص123.

يفهم من قول النبي-صلى الله عليه وسلم-: "الزعيم غارم والدين مقضي"⁽¹⁾، ومصطلح الغرم يدل على أن الكفيل ضامن للدين.

"وأما العقد الموقوف فهو العقد المشروع أصلاً ووصفاً، غير أنه لا تترتب عليه آثار إلا بالإجازة"⁽²⁾. واعتبر جمهور الفقهاء أن العقد الموقوف هو عقد صحيح، وخالفهم في ذلك بعض فقهاء الحنفية الذين اعتبروا أن العقد الموقوف منه صحيح ومنه فاسد، وفسروا ذلك بأن الموقوف منه فاسد كبيع المكره، ومنه صحيح كبيع عبد أو صبي محجورين⁽³⁾، أي: فرقوا بين عيوب الإرادة ونقص الأهلية، ويبدو أن السنهوري قد أخذ برأي الحنفية.

ومن الأحاديث الشريفة السابقة يتبين لنا أن الكفالة تكون صحيحة وملزماً بها الكفيل وإن لم ينفذه المدين المكفول، حتى ولو كان الالتزام الأصلي موقوفاً باعتباره عقداً صحيحاً، والدليل على ذلك كفالة الميت الذي لا يدري أبو قتادة هل العقد صحيح أو موقوف، وكذلك كفالة من لا يعرفه الكفيل لا يدري هل الالتزام صحيح أو موقوف؟

بعد أن عرضنا رأي الفقه القانوني والفقه الإسلامي سننتقل لتوضيح الرأي الراجح وبيان وجه دلالة وتوجيه ذلك في العرض القادم.

المطلب الثاني

تحديد آثار العقد القابل للإبطال من خلال آلياته

من العرض السابق يتبين لنا أن القانون اعتبر عقد الكفالة يبقى صحيحاً بالرغم من أن الالتزام الأصلي قابل للإبطال، حتى لو تمسك المدين بالإبطال أو لم ينفذ الالتزام أصلاً، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، يعتبر الكفيل كأنه مدين أصلي، فمن حرية الإرادة في إنشاء العقود يجوز للكفيل أن يكفل المدين، لذلك فهو قد ضمن الوفاء بالدين رغم تمسك المدين بالإبطال، والقانون المدني وضع العقد الموقوف في باب البطلان، ولكن رتب عليه آثار العقد الصحيح، فناقض نفسه، حيث إن القانون أخذ بمعنى النص وليس بالصورة في كفالة ناقص الأهلية، ففي الأصل يعتبر العقد باطلاً لبطلان الالتزام الأصلي، فالعقد القابل للإبطال عقد باطل وفقاً للقانون، ولكن المشرع أخذ في حالة ناقص الأهلية بما قاله جمهور الفقهاء، ورتب عليه نفس آثار العقد الموقوف.

فعند دراسة قاعدة البطلان من جانب شرعي يفترض عدم التفرقة بين أسباب القابلية للإبطال سواء لنقص الأهلية أو لأي سبب آخر؛ لأن العقد في أصله صحيح صورة ومعنى، أما القانون فقد أخذ بالبطلان صورة وأقر العقد الصحيح الموقوف في المعنى، ورتب عليه آثار العقد الصحيح، كما أوجب السنهوري التفرقة بين نقص الأهلية والأسباب الأخرى للعقد القابل للإبطال.

لكن القانون ناقض نفسه عند النظر لقاعدة البطلان، حيث أخذ بمعنى النص وليس بظاهره، وهو ما أخذ به جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية باعتبار العقد القابل للإبطال في باب العقد الصحيح، والبطلان يقابل البطلان المطلق في القانون فقط.

(1) أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ج 3، ص 321.

(2) عبد العزيز مصطفى الخالد، مرجع سابق، ص 72.

(3) زين الدين بن نجيم الحنفي، مرجع سابق، ص 279. وابن عابدين، حاشية منحة الخالق على البحر الرائق، مرجع سابق، ص 503.

فالقانون أخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ولم يختلف عنه كثيرا حيث إنه لم يوضح اقتضاره على ناقص الأهلية دون غيره، وترك ذلك لاجتهاد الفقهاء.

واعتبر السنهوري أن القانون اقتصر على ناقص الأهلية، حيث أخذ بقول فقهاء الحنفية "واعتبروا العقد الموقوف فاسدا في حالة الإكراه، أي: في حالة عيوب الإرادة، وصحيح في حالة نقص الأهلية".

ونرجح رأي الدكتور السنهوري؛ لأن عيوب الإرادة دائما تكون نتيجة تحايل وغش سواء من الدائن أو المدين لكي يؤدي الكفيل، بعكس نقص الأهلية فالكفيل أراد ضمان التزامه، وفي أغلب الأحوال ضمن ان المدين لن يتمسك بالإبطال، ووجه دلالة هذا الرأي لحاجة استقرار المعاملات، وتغليب المصلحة على المفسدة، والقانون لم ينص على عيوب الإرادة؛ لأنها تغلب فيها المفسدة على المصلحة ولأنها تفضي للمنازعة لما فيها من غش وتحايل على المدين والكفيل، وكما ننوه على أن الكفالة الأصل فيها أن تكون تبرعية، فلا يجب أن تؤدي الكفيل؛ لأنه تبرع بكفالة المدين، والمدين أبطل هذا التحايل. فلماذا يتحمل الكفيل هذا الالتزام متضررا منه، على الرغم من أن له مصلحة في إبطاله؟ فهو يدخل في أكل أموال الناس بالباطل، والدليل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [سورة النساء: الآية 29].

نخلص من ذلك أن القانون لم يختلف عن جمهور الفقهاء عند عدم قصر كفالة الالتزام القابل للإبطال على ناقص الأهلية فقط وفقا للعقد الموقوف، ولكن الفقه القانوني اختلف عنهم وأخذ برأي بعض فقهاء الحنفية، ويعتبر رأي السنهوري صائبا، للتوجهات التي أوضحناها؛ لا سيما أنه لا يوجد نص صريح ومفصل يوضح كفالة ناقص الأهلية عند الفقه الإسلامي.

الخاتمة

يمكن أن نستخلص مما سبق النتائج والتوصيات، وذلك على النحو الآتي:

أولاً – النتائج:

- 1- اختلف القانون عن الفقه الإسلامي عند إدراجه العقد القابل للإبطال ضمن العقد الباطل، ورتب عليه آثار العقد الموقوف الصحيح عند الشريعة الإسلامية، وهنا القانون ناقض نفسه.
- 2- نص القانون التزام الكفيل بالالتزام عند كفالة ناقص الأهلية، وذلك لحاجة استقرار المعاملات، وتغليب المصلحة الخاصة والعامة على المفسدة التي ستلحق بالدائن.
- 3- قصر القانون على كفالة ناقص الأهلية دون عيوب الإرادة لتناقضها مع الرضا وسلطان الإرادة وما تتضمنه من غش وتحايل على الكفيل أو المدين مما تغلب فيها المفسدة على المصلحة وتفضي للمنازعة ولا تؤدي لاستقرار المعاملات.
- 4- عند كفالة الالتزام القابل للإبطال تكون الكفالة تابعة للالتزام الأصلي، ففي حالة إجازة المدين تكون الكفالة صحيحة، وفي حالة تمسك المدين في الإبطال فتكون الكفالة باطلة.
- 5- في حالة سكوت المدين يحق للكفيل الدفع بالبطلان استنادا لنص المادة 791، ويمكن اعتبار ذلك خروجاً عن التبعية وتقييدا لها.
- 6- إن التبعية قيدها المشرع بأن تكون في حال كفالة التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بنص صريح.

- 7- المشرع خرج عن القاعدة العامة في التبعية في كفالة ناقص الأهلية، واعتبر الكفالة صحيحة، ولو طلب ناقص الأهلية إبطال الالتزام الأصلي.
- 8- تقييد المشرع للتبعية في عقد الكفالة له ما يبرره وذلك باعتبار أن التبعية ليست من النظام العام فيجوز التنازل عليها والاتفاق على مخالفتها.

ثانياً – التّوصيات:

- 1- نأمل من المشرع الليبي توضيح الأحكام المترتبة على كفالة ناقص الأهلية، وكفالة الالتزام القابل للإبطال بشكل عام، وذلك لمنع اللبس والغموض والاختلافات الفقهية حول الموضوع.
- 2- نصي المشرع الليبي استبدال العقد القابل للإبطال بالعقد الموقوف كما عند أحكام الشريعة الإسلامية.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً – مراجع اللغة العربية:

- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت- لبنان، المجلد 11، ج 12، بدون سنة نشر.
- الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، ج 1، ط 8، 2005.
- باسل زيدان وآخرون، معجم المعاني الجامع، معجم الكتروني شامل لمعاجم اللغة العربية، <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/>.

ثانياً- مراجع الفقه الإسلامي:

- ابن عابدين، حاشية منحة الخالق على البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت- لبنان، بدون سنة نشر.
- ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج 4، بدون سنة نشر.
- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي . بيروت، ج 3، بدون سنة نشر.
- ابي البركات الدردير، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.
- الشربيني، مغني المحتاج، مصر، مطبعة مصطفى البابي وأولاده، ج 2، 1958.
- الكمال بن همام ، شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواح المعروف بالهمام، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ج 5، بدون سنة نشر.
- زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الباز، مكة المكرمة- السعودية، ج 5، بدون سنة نشر.

- شمس الدين الكرمانى (ت:786هـ)، الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري) باب من تكفل عن ميت فليس له أن يرجع) ، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط 2، ج10، 1981.
- شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ج4، بدون سنة نشر.
- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 1968.
- عبد العزيز مصطفى الخالد، العقد الموقوف والاحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى- مكة المكرمة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، (أطروحة دكتوراه)، 1989م.
- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ج2، 1986م.
- محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار حاشية بن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ج4، بدون سنة نشر.
- منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت-لبنان، ج3، 1402هـ.
- وهيبه الزحيلي، الأهلية في الفقه الإسلامي، الموسوعة العربية القانونية المتخصصة- العلوم الشرعية، المجلد4، ص264، الموقع الالكتروني <http://arab-ency.com.sy/law/detail/164622>.

ثالثاً – مراجع الفقه القانوني:

- عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- التأمينات الشخصية والعينية، بيروت-لبنان، دار احياء لتراث العربي، ج10، بدون سنة نشر.
- عبد القادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون الليبي ، دار ومكتبة الفضيل للتوزيع والنشر، 2013م .
- محمد عبد الله الدليعي، النظرية العامة للالتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس- ليبيا، ج 1، 1998.
- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، دار الكتب الوطنية، بنغازي-ليبيا، ج 1، 2013.
- مصطفى مصباح شليبيك، مصادر الالتزام، منشورات جامعة السابع من ابريل، الزاوية- ليبيا، 2008.
- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، 2010.

رابعاً- الرسائل والأطروحات العلمية:

- خضرة عبد السلام، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، رسالة ماجستير، 2016، 2015.
- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة والآثار المترتبة عليه، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس- فلسطين، رسالة ماجستير، 2007.



- سميحة علي أيت، تصرفات ناقص الأهلية دراسة مقارنة بين القانون والفقہ الإسلامي، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، الجزائر، رسالة ماجستير، 2014، 2015.
- صواريّة بن عبد الكريم، حمزة بن شعلال، الدفع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، رسالة ماجستير، 2013.
- صواريّة حمداوي، فتحية مسعودان، الكفالة كتأمين شخصي، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية، كلية الحقوق