

**تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية
تصدر ثلاث مرات في السنة عن كلية القانون - جامعة
بنغازي**

في هذا العدد:

- ❖ سياسة المشرع الجنائي الليبي في مكافحة ظاهرة الفساد.
- ❖ التحكيم في المنازعات المصرفية "دراسة مقارنة في القانون الليبي".
- ❖ تقييم الفكر الاستشراقي لندرة الآيات القرآنية ذات المحتوى القانوني.
- ❖ الأثر المباشر أو التطبيق المباشر للقاعدة الدولية في القانون الداخلي.
- ❖ السلطة التشريعية في النظام الإسلامي.
- ❖ ممارسة الحقوق السياسية لمتعددي الجنسية في ضوء القانون الليبي "دراسة تحليلية".

مجلة دراسات قانونية

مجلة دورية مُحكمة متخصصة

تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

تصدر ثلاث مرات في السنة

عن كلية القانون – جامعة بنغازي

د.سلوى فوزي الدغيلي - عميد كلية القانون

المشرف العام للمجلة.

هيئة التحرير:

- د.سعد خليفة العبار - رئيس هيئة التحرير المجلة
- أ.نهلة زيدان الورفلي - مدير تحرير المجلة
- أ.أسامة نصيب عبد الجليل.
- أ. فريحة حامد القطراني.
- أ.عبد السلام محمد غيضان.
- أ.محمد نوح عيسى.

قواعد النشر بالمجلة

- ❖ أصالة العمل المقدم من حيث فكرته ومنهجية إعدادة، وأن يكون قد أعد وفقاً للمعايير والضوابط المنهجية الشكلية والموضوعية المتعارف عليها في الدراسات الأكاديمية الحديثة.
- ❖ ألا يكون العمل المقدم قد سبق نشره أو قدم للنشر في أي مطبوعة أخرى أو مستلاً من دراسة أو بحث أو رسالة أو أطروحة سابقة.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للتقويم السري من قبل خبراء من المتخصصين في مجال العمل المقدم للنشر، ويعاد العمل لمعدده في حال طلب تعديله أو تنقيحه.
- ❖ تحتفظ المجلة بحقوقها في تحديد أولوية النشر بحسب خطة النشر المتبعة في المجلة وأهمية العمل المقدم والظروف والمناسبات ذات العلاقة بتخصص المجلة.
- ❖ يجب أن يحمل العمل اسم معدده، ويفرق به ملخص موجز عن سيرته الذاتية وجهة عمله وما سبق له نشره من دراسات وبحوث.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للقواعد القانونية الخاصة بالمسئولية الأدبية والملكية الفكرية وما تضمنته هذه الأعمال يعبر فقط عن آراء وأفكار كاتبها، ولا يعكس البتة موقف أو توجه للمجلة.
- ❖ يقدم العمل من نسختين، مصحوبة بقرص مدمج (CD)، ولا تلتزم المجلة بإعادة أي عمل قدم لها، سواء نشر أو لم ينشر، وفي حالة نشره بالمجلة لا يجوز لمقدمه إعادة نشره في أي مطبوعة أخرى.
- ❖ يفضل ألا يزيد حجم العمل على (30) صفحة، بما في ذلك الهوامش وقائمة المصادر والصور ووسائل الإيضاح المرفقة.
- ❖ ترتيب المصادر ألفبائياً في نهاية البحث بحسب اسم الشهرة للمؤلف: كما يلي مثلاً: سراج (محمد أحمد): ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1، 1990م دار الثقافة، القاهرة. ويشار للمصدر باختصار في هوامش البحث، هكذا، سراج: ص105، فإن كان للمؤلف أكثر من مصدر استعمله الباحث فيقرن باسم شهرته اسم الكتاب.
- ❖ أما ضوابط نشر ملخصات الرسائل العلمية فتتمثل في :
 - أن يكون الملخص وافياً ومعبراً بدقة وبصورة واضحة عن محتوى الرسالة وخطتها البحثية.
 - ألا يقل عن 400 كلمة ولا يزيد على 500 كلمة.
 - أن يحتوي في مقدمته على ذكر البيانات التالية: اسم صاحب الرسالة رباعياً، اسم الأستاذ المشرف ثلاثياً، عنوان الرسالة كاملاً، تاريخ المناقشة ومكانها، المؤسسة العلمية التي صدرت عنها الرسالة، العدد الكلي لصفحات الرسالة، أماكن تواجد نسخها، إيميل صاحب الرسالة.

تنبيه: البحوث والدراسات التي تنشر بهذه المجلة تعبر عن رأي كاتبها فحسب، وليس بالضرورة أن تكون معبرة عن رأي المجلة.

المراسلات تُقدم باسم رئيس التحرير على العنوان الآتي:

كلية القانون / جامعة بنغازي

Email: legal_studies@outlook.sa

Email: sa741932@gmail.com

هاتف وفاكس : 22 29029 (61) +218

(ثبت المحتويات)

- توطئة العدد:

- افتتاحية العدد..... 11

د. سعد خليفة العبار.

أولاً. البحوث والدراسات:

- سياسة المشرع الجنائي الليبي في مكافحة ظاهرة الفساد..... 15
- أ.د. سعد حماد القبائلي.
- التحكيم في المنازعات المصرفية "دراسة مقارنة في القانون الليبي"..... 37
- د.سالمه فرج الجازوي
- تقييم الفكر الاستشراقي لندرة الآيات القرآنية ذات المحتوى القانوني..... 55
- د.لطيفة علي الفقيهي.
- الأثر المباشر أو التطبيق المباشر للقاعدة الدولية في القانون الداخلي..... 79
- د.عبد الله علي العبيدي
- السلطة التشريعية في النظام الإسلامي..... 103
- د.محمد رافع العوامي
- ممارسة الحقوق السياسية لمتعددي الجنسية في ضوء القانون الليبي "دراسة تحليلية"..... 131

أ.أسامة نصيب عبد الجليل

ثانياً. الملاحق ::

● ملاحق الاعداد السابقة..... 135

ثالثاً. المرفقات ::

● نموذج مشاركة بالمجلة..... 161

● نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات..... 163



افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله جل وعلا على نعمه وأفضاله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله، بعثه الله بأكرم دين إن سلكنا سبله فزنا بخيري الدنيا والآخرة، وبعد:

فها هي مجلة دراسات قانونية تواصل مسيرتها، وتصدر عددها الرابع والعشرين، وهو العدد الثالث الذي يصدر عنها هذا العام، وقد حوى الأعداد السابقة باقة من البحوث الشرعية والقانونية، توزعت على أفرع المعرفة بين قانون وفقه مقارن، فتناول أحدها بالدراسة التحليلية النقدية سياسة المشرع الجنائي الليبي في مكافحة ظاهرة الفساد، وعرض آخر للدراسة تحليلية للقانون الليبي بصدده مسألة التحكم في المنازعات المصرفية، وتناول بحث ثالث بالبيان السلطة التشريعية في الإسلام، وجاء آخر في القانون الدولي، فبين فيه الباحث الأثر المباشر للقاعدة الدولية في القانون الداخلي، وجاءت دراسة عن تقييم النظرة الاستشرافية لندرة الآيات القرآنية ذات المحتوى القانوني، أي آيات الأحكام، واعتبارها مدخلا لنقد الشريعة الإسلامية، فعرض الباحث أقوال المستشرقين ورددها بالحجة والبرهان، وختمنا العدد بدراسة بينت أحكام ممارسة متعدد الجنسيات للحقوق السياسية في ليبيا.

ولعل من المناسب هنا أن نوجه عناية القارئ الكريم إلى أن هيئة تحرير المجلة، في سبيل سعيها لتطوير المجلة، قد عرضت في اجتماعها الأخير لفكرتين، بغية تعميم الفائدة، نسأل المولى جل وعلا أن يعيننا على تنفيذها، الأولى عن نشر الأعداد السابقة محفوظة في ملفات على الموقع الإلكتروني للمجلة، والثانية عن قبول نشر ملخصات الرسائل العلمية، مما يدخل في اختصاص المجلة، سواء كانت ماجستير أو دكتوراه، وذلك وفق ضوابط سيعلم عنها لاحقاً.

نسأل المولى لنا وللقارئ الكريم دوام التوفيق، إنه نعم المولى ونعم النصير.

د. سعد العبار...

رئيس تحرير المجلة



أولاً البحوث والدراسات

سياسة المشرع الجنائي الليبي في مكافحة ظاهرة الفساد

أ. د. سعد حماد القبائلي⁽¹⁾

مقدمة:

الفساد⁽²⁾ ظاهرة قديمة قدم الإنسانية، وللإنسان - للأسف - أكبر نصيب فيها، قال تعالى في كتابه الكريم: ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ﴾⁽³⁾، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾⁽⁴⁾، وقال تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾⁽⁵⁾، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾⁽⁶⁾.

ولقد أصبح الفساد بكل أشكاله (الإداري والمالي والسياسي والاجتماعي والأخلاقي) مشكلة تنغص مضاجع المجتمعات قاطبة، مما أدى بالمنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار الاتفاقيات المناهضة له، لعل أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي دخلت حيز النفاذ في منتصف شهر ديسمبر لسنة 2005م⁽⁷⁾، كما أدى هذا الأمر إلى تضافر الجهود الدولية

(1) - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

(2) - المقصود بالفساد حسب تعريف منظمة الشفافية الدولية هو "كل عمل يتضمن سوء استخدام المنصب العام لمصلحة خاصة، أي يستعمل المسؤول منصبه من أجل تحقيق منفعة شخصية ذاتية لنفسه أو لجماعته". هذا ما جاء في مؤشر مدركات الفساد لسنة 2007 م، والصادر عن هذه المنظمة، بيد أن هناك تعريفات متعددة للفساد، اختلفت باختلاف المعرفين والخلفية التي ينطلقون منها، وبالتالي تبرز أماننا مصطلحات متعددة للفساد، كالفساد الإداري والمالي والسياسي والاجتماعي، ولكل مدلوله.

(3) - سورة الروم: الآية 41.

(4) - سورة البقرة: الآية 205.

(5) - سورة الأعراف: الآية 56.

(6) - سورة البقرة: الآية 30.

(7) - خليفة سالم الجهمي: دور القضاء في مكافحة الفساد، بنغازي 2012/12/8 م. <https://khalifasalem.wordpress.com>

والإقليمية في العقدين الماضيين من أجل محاربته، وشكلت التشريعات القانونية رأس الحربة في هذا الشأن، فتم إقرار الكثير من الاتفاقيات الدولية، والتشريعات الوطنية حول العالم⁽⁸⁾.

غير أن منظمة الشفافية الدولية المعنية بمكافحة الفساد أصدرت تقريراً في عام 2011م عن الفساد في العالم العربي عن الفترة من 2007 - 2011م كان مخيباً لكل الآمال، حيث كشف فيه أنه، وعلى الرغم من الجهود الكبيرة المبذولة لمحاربة الفساد، إلا أنه في تنامي مستمر، على عكس ما كان متوقعاً بانحساره، خاصة وأن العقد الأول من القرن الحادي والعشرين شهد اهتماماً غير مسبوق بمحاربة الفساد، ففيه شهدت أغلب البلدان العربية ولادة الهيئات واللجان المعنية بمكافحة الفساد، وفيه صدر عدد كبير من الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، غير أن النتائج جاءت على غير المأمول⁽⁹⁾.

وقد عزا بعض الباحثين ظاهرة تنامي الفساد إلى تضافر مجموعة من العوامل الاقتصادية والسياسية والأمنية والعسكرية والتشريعية والاجتماعية والأخلاقية⁽¹⁰⁾.

وبالنسبة لليبيا فإنه وفقاً لتقرير منظمة الشفافية العالمية لسنة 2017م، الذي يبين مكانة ليبيا من حيث ترتيبها بين الدول في الفساد، حسب ما جاءت به منظمة الشفافية، فإنه من المؤسف أن نجد ليبيا في الترتيب السلبي مائة وواحد وسبعون، كما تبين من هذا التقرير زيادة الفساد في ليبيا منذ سنة 2009م إلى غاية عام 2015م، وهذا ما أكدته ديوان المحاسبة وهيئة الرقابة الإدارية⁽¹¹⁾، وتعزى زيادة الفساد في ليبيا إلى عدة أسباب، أهمها الجانب السياسي، المتمثل في عدم استقرار الدولة، وانعكاساته على الجانب الإداري والاقتصادي والاجتماعي والثقافي والأخلاقي⁽¹²⁾.

(8)- زورو زوليخة: ص 5.

(9)- فهد بن محمد الغنم: ص 10.

(10)- إياد هارون محمد: ص 1740. إسماعيل البديري: الفساد الإداري والاقتصادي (أسبابه، آثاره، علاجه) مداخلة مقدمة في المؤتمر القانوني للفساد بجامعة كربلاء - العراق، عام 2000 م.

(11)- هيئة الرقابة الإدارية: التقرير السنوي لعام 2015 م، ص 214 - 215.

(12)- أبو العيد محمد سالم: الفساد في ليبيا ودور الأجهزة الرقابية. <http://www.akhbarlibya.net/articles/28844.html>

وعلى الرغم من أن ظاهرة الفساد، سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي، أو حتى المحلي، لا يمكن مواجهتها إلا بمنظومة متكاملة سياسية وتشريعية واقتصادية واجتماعية، بل وأخلاقية⁽¹³⁾، فإننا سنقصر دراستنا على سياسة المشرع الجنائي الليبي في مكافحة هذه الظاهرة تجريماً وعقاباً، باعتبارها تعد عائقاً أساسياً أمام التنمية المستدامة في جميع مجالاتها السياسية والاقتصادية والمؤسسية، وذلك من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين اثنين، الأول نخصه لدراسة سياسة المشرع الليبي في تجريم الفساد، والثاني نفرده لمعالجة سياسة المشرع الليبي في العقاب على الفساد.

المبحث الأول

سياسة المشرع الليبي في تجريم الفساد

تعد التشريعات الجنائية أداة طيعة في أيدي المشرعين لاستخدامها كلما كان هناك اعتداء على المصالح⁽¹⁴⁾، وقد أدى الاعتماد على هذه الوسيلة إلى تضخم كبير في قوانين العقوبات، حتى أصبحت هذه القوانين ترزح تحت هذا العبء الثقيل الملقى على عاتقها في حماية حق المجتمع وفق متغيرات اجتماعية وثقافية وسياسية، حيث لم تعد قوانين العقوبات هي الوسيلة الوحيدة لتوفير الحماية اللازمة لهذه المصالح المختلفة⁽¹⁵⁾.

وإذا ما نظرنا إلى قانون العقوبات الليبي نجد أن السمة الغالبة فيه تدخله في كل المجالات، وكأنه لا توجد أمامه وسيلة لحماية المصالح من الاعتداء عليها إلا وسيلة وحيدة، وهي تجريم أي اعتداء يقع على هذه المصالح، واعتباره جريمة جنائية، مما أدى إلى تضخم هذا القانون⁽¹⁶⁾، الأمر الذي يتطلب تضيق نطاق التجريم، إما برفع الصفة غير المشروعة عن أفعال قد سبق تجريمها، وإما بعدم التوسع في تجريم أفعال لم تجرم بعد⁽¹⁷⁾.

(13) - بن الصديق رشيد: ص 28 وما بعدها.

(14) - أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية، ص 19.

(15) - رمسيس بهنام: ص 11 وما بعدها.

(16) - سالم محمد الأوجلي: ص 11.

(17) - سعد حماد صالح القبائلي: مهمة المشرع الليبي في التشريع والعقاب، ص 143.

أما بالنسبة لتجريم ظاهرة الفساد فإن المشرع الليبي قد جرم هذه الظاهرة في قانون العقوبات رقم 48 لسنة 1956م، الصادر في 1956/9/23م، والتشريعات المكملة لقانون العقوبات التي صدرت من بعده⁽¹⁸⁾، وظلت متناثرة على هذا الحال، حتى جمع المشرع الليبي شتاتها بإصداره القانون رقم 63 لسنة 2012م بإنشاء هيئة مكافحة الفساد⁽¹⁹⁾، الذي حدد هذه الجرائم في نص المادة الخامسة منه، حيث جاء فيها: "تسري أحكام هذا القانون على المسائل الآتية:

- 1- الجرائم ضد الإدارة العامة والجرائم المخلة بالثقة العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات.
 - 2- جرائم غسل الأموال المنصوص عليها في القانون رقم 2 لسنة 2005م بشأن غسل الأموال.
 - 3- الجرائم المعاقب عليها في قانون الجرائم الاقتصادية رقم 2 لسنة 1979م.
 - 4- الجرائم الماسة بالأموال العامة.
 - 5- الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 22 لسنة 1985م بشأن محاربة إساءة استعمال الوظيفة أو المهنة.
 - 6- الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 6 لسنة 1985م بشأن تجريم الوساطة والمحسوبية.
 - 7- الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 3 لسنة 1986م بشأن من أين لك هذا.
 - 8- الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 10 لسنة 1994م بشأن التطهير.
 - 9- مخالفة قواعد العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات.
 - 10- المخالفات الإدارية والمالية التي يرتكبها الموظفون العامون.
 - 11- متابعة تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد".
- ونتناول الجرائم التي نصت عليها هذه المادة بشيء من الإيضاح:

أولاً- الجرائم ضد الإدارة العامة والجرائم المخلة بالثقة العامة:

(18) - مجموعة التشريعات الجنائية، ج1، العقوبات، الإدارة العامة للقانون، 1986م.

(19) - تم تعديل هذا القانون بالقانون رقم 11 لسنة 2014م بشأن الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، كما تم تعديله بالقانون رقم 47 لسنة 2014م بشأن إدارة أموال وممتلكات بعض الأشخاص.

أ) الجرائم ضد الإدارة العامة:

1- الجرائم التي يرتكبها الموظفون العموميون⁽²⁰⁾ ضد الإدارة العامة:

عند العودة إلى قانون العقوبات نجد أن المقصود بهذه الجرائم هي: الرشوة، واختلاس الأموال العامة والخاصة⁽²¹⁾، وابتزاز الأموال العامة، التدليس ضد الإدارة العامة، واستغلال الوظيفة للمصلحة الخاصة، وسوء التصرف إضراراً بمصالح الإدارة العامة أو القضاء، وسوء استعمال السلطة حيث لا قانون، وإفشاء أسرار الوظيفة، والتقصير أو الامتناع عن القيام بالواجب، وترك الوظيفة أو الخدمة العامة أو العمل عن طريق التمرد، والتحريض على التمرد وتحبيذه، والتعدي على حرية الموظفين والمستخدمين العموميين في وظائفهم، وإخفاء المضبوط أو المحجوز أو تبديده، والتعدي خطأ على الواجبات المتعلقة بحراسة الأشياء المضبوطة أو المجوزة، والتعرض لحرية المزايدات، والاطلاع على المراسلات وإتلافها وإفشاؤها. (المواد 226 - 244).

2- الجرائم التي يرتكبها الناس ضد الإدارة العامة:

وهذه الجرائم هي: إهانة الموظف العمومي⁽²²⁾ ورجال القضاء والهيئات، واستعمال القوة أو التهديد ضد الموظف العمومي، ومقاومة الموظف العمومي، واستعمال القوة أو التهديد ضد هيئة إدارية أو قضائية، وانتحال الصفات أو الوظائف، والاحتراف بالمهن من غير حق،

(20) - عرف المشرع الليبي في المادة 4/16 من قانون العقوبات الموظف العمومي بأنه: "هو كل من انبسطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة أو الولايات أو الهيئات العامة الأخرى، سواء كان موظفاً أو مستخدماً دائماً أو مؤقتاً براتب أو بدونه. ويدخل في ذلك محررو العقود والأعضاء المساعدون في المحاكم والمحكمون والخبراء والترجمة والشهود أثناء قيامهم بواجباتهم"، ثم توسع في تعريفه في المادة 3 من قانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية، فعرّفه بقوله: "يقصد بالموظف العام في تطبيق أحكام هذا القانون كل من انبسطت به مهمة عامة في اللجان أو المؤتمرات أو الأمانات أو البلديات أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو الاتحادات أو النقابات أو الروابط أو الجمعيات أو الهيئات الخاصة ذات النفع العام أو الشركات أو المنشآت التي تساهم في رأس مالها هذه الجهات. وكذلك المنشآت التي طبقت بشأنها مقولة شركاء لا أجراء، سواء كان عضواً أو موظفاً أو منتجاً أو عاملاً، دائماً أو مؤقتاً، بمقابل أو دون مقابل، ويدخل في ذلك محررو العقود والمحامون والمحكمون والخبراء والمترجمون والشهود وأثناء قيامهم بواجباتهم". مجموعة التشريعات الجنائية: ج1، العقوبات، ص11، 224.

(21) - المحكمة العليا 1992/1/22م، مجلة المحكمة العليا، س 32، ع 1-4، ص148.

(22) - المحكمة العليا 2009/5/5م، مجلة المحكمة العليا، س 45، ع (4/3)، ص178.

وفك الأختام، وتسهيل فك الأختام عن خطأ، والتعدي على الأشياء المحروسة، وتسهيل الجريمة عن خطأ، واستعمال القوة، والادعاء بالتأثير (المواد 245 - 257)⁽²³⁾.

ب) الجرائم المخلة بالثقة العامة:

وهذه الجرائم هي: تزيف النقود، وإدخال النقد المزيف وصرفه، وصرف النقد المزيف بنية حسنة، وتزيف الطوابع وتداولها، وتقليد العلامات الشفافة في الأوراق الرسمية، وصنع معدات التزيف واقتناؤها أو حيازتها، وتزوير الشارات الخاصة بالخدمات العامة، واستعمال الشارات المزيفة المتعلقة بإحدى الخدمات العامة، وتزيف أو شطب التأشيريات الموضوعة على الطوابع أو التذاكر يقصد إعادة استعمالها، وتقليد الأختام العامة والأدوات المستعملة في التصديق، واستعمال الأختام والعلامات العامة دون حق، والحالات الأخرى لتزيف الأختام أو المباسم واستعمالها، واستعمال أختام الشركات أو البيوت التجارية دون وجه حق، وتقليد العلامات الفارقة وبراءات الاختراع، واستعمال العلامات وبراءات الاختراع المزورة أو السلع التي تحمل هذه العلامات، وتزوير الموظف العمومي للأوراق العامة، وتزوير الموظف العمومي لفحوى الوثائق العمومية، وتزوير شهادات القائمين بالخدمات العامة، وتزوير الشخص العادي للشهادات العمومية، والإدلاء ببيانات كاذبة في الوثائق العمومية، وتزوير الأوراق العرفية، واستعمال الوثائق المزورة، وإهلاك الوثائق الصحيحة أو إتلافها أو إخفائها، وتزوير السجلات، وتزوير جوازات السفر، وتزوير الأوراق العرفية الموقعة على بياض، وتزوير الأوراق الرسمية الموقعة على بياض، وحالات التزوير الأخرى في الأوراق الموقعة على بياض، وانتحال الألقاب والرتب، وانتحال الشخصية، والبيانات الكاذبة على الهوية أمام موظف عمومي، والبيانات الكاذبة عن الهوية أو الصفات الكاذبة عند الاستجواب (المواد 326 - 357)⁽²⁴⁾.

ونرى أن قانون إنشاء هيئة مكافحة الفساد الليبي السابق ذكره قد سار على نهج الكثير من قوانين مكافحة الفساد في الدول الأخرى من إتباعها أسلوب الإحالة على قوانين أخرى عند

(23)- مجموعة التشريعات الجنائية: ج 1، العقوبات، ص 55 - 63.

(24)- مجموعة التشريعات الجنائية، ج 1، العقوبات، ص 80 - 87.

تحديد جرائم الفساد، واكتفى بالنصوص العامة الواردة في تلك القوانين لتجريم الفساد، مع أن حكم جرائم الفساد وفقاً للنصوص العامة الواردة في قانون العقوبات لا تستغرق جميع صور الفساد من جهة، ولا تراعي طبيعة هذه الجرائم⁽²⁵⁾.

ثانياً- جرائم غسل الأموال:

ويقصد بجرائم غسل الأموال طبقاً لنص المادة الثانية من قانون رقم 2 لسنة 2005م بشأن مكافحة غسل الأموال كل سلوك من أنماط السلوك التالية:

- (أ) تملك الأموال غير المشروعة، أو حيازتها أو استعمالها أو استغلالها، أو التصرف فيها على أي وجه، أو تحويلها، أو نقلها، أو إيداعها، أو إخفائها بقصد تمويه مصدرها غير المشروع.
- (ب) تمويه حقيقة الأموال غير المشروعة، أو إخفاء مكانها، أو طريقة التصرف فيها، أو حركتها، أو الحقوق المتعلقة بها، أو ملكيتها، أو حيازتها.
- (ج) الاشتراك فيما سبق بأي صورة من صور الاشتراك.

وتكون الأموال غير مشروعة إذا كانت متحصلة من جريمة، بما في ذلك الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة، والبروتوكولات الملحق بها، والاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد، وغيرهما من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة التي تكون الدولة طرفاً فيها.

والملاحظ أن عبارة "تكون الأموال غير مشروعة إذا كانت متحصلة من جريمة" تفيد بمدى واسع النطاق لتحديد جرائم غسل الأموال، إلى الحد الذي تفقد فيه الحكمة أو العلة من إفراد نصوص خاصة لجرائم غسل الأموال، فطبقاً لأحكام النص المشار إليه أعلاه يعتبر جريمة غسل أموال كل مال متحصل من أي جريمة كانت، بما في ذلك الأموال المتحصلة من جريمة سرقة عادية أو رشوة صغيرة، وهذا بالتأكيد يصطدم مع الحكمة من إقرار نصوص خاصة لجرائم غسل الأموال.

(25)- لجرائم الفساد طبيعة خاصة تختلف عما سواها من الجرائم، الأمر الذي يوجب مراعاة خصائصها من أجل وضع الآليات التشريعية المناسبة لمكافحتها، وأهم خصائصها السرية والانتشار العالمية وأنها من جرائم الخطر وتعدد الأطراف. أشرف توفيق شمس الدين: ص 62 وما بعدها. إباد هارون محمد: ص 1740 وما بعدها.

ثالثاً- الجرائم الاقتصادية:

يراد بها الجرائم الاقتصادية بالمعنى المحدد في قانون الجرائم الاقتصادية رقم (2) لسنة 1979م⁽²⁶⁾، وعند الرجوع إلى هذا القانون نجده أنه لم يضع تعريفاً ضابطاً للجريمة الاقتصادية⁽²⁷⁾، غير انه اشترط في المادتين 2 و 9 منه أن تقع الجريمة من موظف عام، وأن يحصل الضرر في مال عام⁽²⁸⁾ وقد جاء هذا القانون مقسماً إلى أربعة فصول: الفصل الأول (تعريف: الموظف العام، الأموال العامة)، الفصل الثاني (الجرائم الماسة بالاقتصاد القومي)، والفصل الثالث (جرائم الرشوة)، والفصل الرابع (جرائم الاختلاس وإساءة استعمال السلطة)⁽²⁹⁾.

رابعاً- إساءة استعمال الوظيفة أو المهنة:

نص المشرع في المادة الأولى من القانون رقم 22 لسنة 1985م بشأن محاربة إساءة استعمال الوظيفة أو المهنة والانحراف بأعمال التصعيد الشعبي⁽³⁰⁾، على تجريم استعمال الوظيفة والمهنة أو الحرفة أو الصناعة لتحقيق منفعة للنفس ، أو للغير أو الإضرار به⁽³¹⁾.

خامساً- الوساطة والمحسوبية:

يقصد بالوساطة والمحسوبية وفقاً لنص المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 1985م بشأن تجريم الوساطة والمحسوبية⁽³²⁾، كل ما من شأنه التأثير على استحقاق منفعة أو خدمة تقدمها الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة ذات النفع العام، بقصد منعها أو تعطيلها، أو الإخلال بحق الأولوية في الحصول عليها.

(26)- مجموعة التشريعات الجنائية: ج1، العقوبات، ص224 - 232 . منشور بعدد الجريدة الرسمية رقم 23 لسنة 1979م .

(27)- المحكمة العليا 1985/4/2م ، مجلة المحكمة العليا ، س 22 ، ع (4/3) ، ص239.

(28)- المحكمة العليا 2008/11/11م ، مجلة المحكمة العليا ، س 44 ، ع (2) ، ص 218.

(29)- المحكمة العليا 1999/4/7م ، مجلة المحكمة العليا ، س 35 و 36 ، ع (-) ، ص 274.

(30)- مجموعة التشريعات الجنائية: ج1، العقوبات، ص261. منشور بعدد الجريدة الرسمية رقم 30 لسنة 1985م .

(31)- المحكمة العليا 2013/6/24م ، مجلة المحكمة العليا ، س 46 ، ع (4/3) ، ص 279.

(32)- مجموعة التشريعات الجنائية: ج1، العقوبات، ص259 . منشور بعدد الجريدة الرسمية رقم 18 لسنة 1985م.

سادساً- من أين لك هذا:

جرم المشرع وفقاً لنص المادة الأولى والثانية من القانون رقم 3 لسنة 1986م بشأن من أين لك هذا⁽³³⁾، اكتساب مال ومنفعة أو مزية مادية أو معنوية بطريقة غير مشروعة، ويعتبر الكسب غير مشروع إذا كان مصدره المحاباة أو التهديد أو مخالفة القانون أو إساءة استعمال الوظيفة أو المهنة أو المكانة أو التأثير، أو كان مجهول المصدر أو السبب، أو لا يتناسب مع الموارد المشروعة للشخص.

وكذلك جرم استغلال الوظيفة أو المهنة أو المكانة، أو التأثير في تخويف الغير، أو التأثير عليهم، أو إرغام القائمين على تنفيذ القوانين على القيام بعمل مخالف لها، أو إيهامهم بعدم الخضوع لأحكامها.

سابعاً- التطهير:

كان المشرع يهدف بالقانون رقم 10 لسنة 1994م بشأن التطهير⁽³⁴⁾ حماية الأموال العامة، حيث بين في المادة الأولى منه حرمتها⁽³⁵⁾، وفي المادة الثانية تعريفها، ثم جرم الاعتداء عليها في المادة السادسة منه، واعتبر ذلك "سرقة وكسباً غير مشروع"، وذلك على النحو التالي:

أ (يعد سرقة وكسباً غير مشروع كل مال أو عمولة حصل عليها أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره، بسبب استغلاله لمكانته أو إساءة سلطات وظيفته، أو بسبب المحاباة أو التهديد أو التأثير، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، أو كان الكشف ناتجاً عن المضاربة بالعملة أو المتاجرة بالسلع الأساسية، أو ممارسة نشاط محظور قانوناً.

(33)- مجموعة التشريعات الجنائية: ج1، العقوبات، ص262. منشور بعقد الجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1986م.

(34)- تم إلغاء لجان التطهير المنصوص عليها في المادة 7 من القانون رقم 10 لسنة 1994م بشأن التطهير وذلك وفقاً لنص المادة 26 من القانون رقم

63 لسنة 2012م بإنشاء هيئة مكافحة الفساد.

(35)- تقابل هذه المادة (المادة 1) من قانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية، مع اختلاف في الصياغة.

ب) كما يعد سرقة وكسباً غير مشروع كل زيادة تطراً على الذمة المالية بعد تولي الوظيفة أو قيام الصفة⁽³⁶⁾، متى كانت هذه الزيادة لا تتناسب مع موارده أو موارد زوجته أو أولاده القصر، وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها.

ج) وتعتبر كذلك سرقة وكسباً غير مشروع كل مال أو منفعة مادية حصل عليها أي شخص عن طريق اشتراكه أو توأطئه مع أي من تسري في شأنهم أحكام هذا القانون.

ثامناً- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد:

نصت المادة 11/5 من القانون رقم 63 لسنة 2012م بإنشاء هيئة مكافحة الفساد على: "متابعة تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد".

ونحن مع كامل احترامنا لمشرعنا الليبي، لحرصه على موازنة التشريعات الداخلية للبيبا مع الالتزامات الدولية لها بموجب الاتفاقات التي انضمت إليها وخاصة في مكافحة ظاهرة الفساد التي تحتاج إلى تعاون دولي لمواجهةها، إلا أن ذلك لا يتحقق بإقرار نص عام شامل للتجريم، بل بإقرار نصوص خاصة لكل فعل من الأفعال الواردة في الاتفاقيات الدولية، ولم تنظمها التشريعات الوطنية، وذلك بتحديد أركانها وعناصرها وعقوبة كل منه.

⁽³⁶⁾ - نصت المادة 4 من القانون رقم 10 لسنة 1994م بشأن التطهير المذكور على أن "كل من يخضع لأحكام هذا القانون أن يقدم خلال ستين يوماً من تاريخ تعيينه أو توليه وظيفة وخدمة عامة إقراراً عن ذمته المالية وذمة زوجته وأولاده القصر على النموذج المعد لذلك، يبين فيه ما يكون له أو لهم في هذا التاريخ من أموال ثابتة ومنقولة، وكذلك ما عليه أو عليهم من التزامات مالية، ويسري حكم الفقرة السابقة على الموجودين في الخدمة وقت العمل بهذا القانون، على أن يبدأ الميعاد بالنسبة لهم من تاريخ نفاذه".

المبحث الثاني

سياسة المشرع الليبي في العقاب على الفساد

العقاب قديم قدم الإنسانية، ذلك أن مقابلة الأذى بمثله أو بأشد منه ميل فطري، نشأ بنشأة الإنسان، وكان العقاب صورته العملية، حتى أنه كان يصيب أي مصدر للأذى، إنساناً كان أو حيواناً أو جماداً⁽³⁷⁾، وقد ظل العقاب على مدى الأجيال يلعب دور الانتقام من الجاني⁽³⁸⁾ حتى أنه بلغ في القرن الثامن عشر درجة من القسوة والشراسة مما جعل رواد الفكر في عصر النور يتصدون لمهاجمته ويكافحون من أجل إلغائه⁽³⁹⁾.

ولا يزال النقاش محتدماً حول ما إذا كان العقاب وسيلة وقاية وتهذيب أم أنه وسيلة إيلام في المرتبة الأولى، فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الإيلام والزجر هما السمتان الأساسيتان للعقاب، اللتان من أجلهما وجد العقاب، ولذلك فوظيفة العقاب تنحصر أساساً في ذلك، وإذا كان للعقاب وظيفة أخرى، وهي الوقاية من الجريمة، فهذا يأتي في المرتبة الثانية، ولا يرتبط بفكرة العقاب في حد ذاته بقدر ما يرتبط بكيفية تنفيذه، بمعنى أن الوظيفة الوقائية المراد إضفاؤها على العقاب بوصفه وسيلة تهذيب وتأديب للمحكوم عليه إنما تتعلق بمرحلة التنفيذ العقابي، ولا يرتبط بفلسفة العقاب ذاته الذي يستند إلى فكرة الجزاء والإيلام⁽⁴⁰⁾.

وفي المقابل يوجد جانب آخر من الفقه، وخاصة الفقه الوضعي، يذهب في فلسفته للعقاب عكس الاتجاه السابق، فالعقاب في نظر هؤلاء يرمي أولاً وأخيراً - ليس إلى الزجر والإيلام، وإنما إلى حماية المجتمع من الخطورة الإجرامية للأفراد الموجودين فيه الذين يهددون كيانه بارتكاب الجرائم، ويشكلون مصدر خطر، ولذلك وجب معاقبة هؤلاء الأفراد، بعزلهم عن المجتمع، ليأمن الناس شرهم، ولكي يخضعوا لسبل التهذيب والعلاج، كل حسب ظروفه، وحتى يمكن إدماجهم في المجتمع بعد أن تزول عنهم أسباب خطورتهم الإجرامية⁽⁴¹⁾.

(37) - محمود نجيب حسني: علم العقاب، ص 49 وما بعدها. محمد خلف: ص 17 وما بعدها.

(38) - آمال عبد الرحيم عثمان: ص 233 وما بعدها.

(39) - سعد حماد صالح القبائلي: مبادئ علمي الإجرام والعقاب، ص 240 وما بعدها.

(40) - محمد محيي الدين عوض: ص 577. محمد سامي النيراوي: ص 446. محمود محمود مصطفى: ص 555.

(41) - أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، ص 605. عبد الرحمن محمد أبو توتة: ص 44.

وفي الحقيقة هذا الخلاف يبين وجهتي النظر السابقتين بشأن الوظيفة التي يقوم بها العقاب في السياسة الجنائية، إنما يرجع أساساً إلى الخلاف بين فكرتي المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية أو الاجتماعية التي نادى بها أنصار المدرسة الوضعية في إيطاليا⁽⁴²⁾.

ويعد مناط توقيع العقاب وفقاً لأنصار المدرسة التقليدية ارتكاب جريمة بإرادة حرة واعية، بينما مناط توقيع العقاب أو أي تدبير وقائي آخر في نظر أصحاب المدرسة الوضعية هو استظهار الخطورة الإجرامية لدى الشخص، حتى ولو لم يرتكب جريمة منصوصاً عليها صراحة، بل يكفي أن يرتكب فعلاً يشكل خطورة اجتماعية بالنسبة للجماعة⁽⁴³⁾.

ويلاحظ أنه على الرغم من التطور الذي لحق بالفكر الوضعي إلى حد الاعتراف بحرية الإرادة، وتأسيس المسؤولية الجنائية على حرية الاختيار، ورفض المسؤولية الاجتماعية، فإن وظيفة العقاب بقيت على ما هي عليه بوصفها وظيفة وقائية، يقصد منها علاج المحكوم عليه وتهذيبه لإمكان العودة إلى حظيرة المجتمع من ناحية، وعزله عن الجماعة لتأمينها من خطورته عليها من ناحية أخرى⁽⁴⁴⁾.

وبعد قراءة قانون العقوبات الليبي، نجد أن المشرع الليبي لم يغير سياسته في العقاب، ويتخلص من هذا الكم الهائل من العقوبات المقيدة للحرية، أو السالبة لها، أو العقوبات البدنية القاسية كعقوبة الإعدام⁽⁴⁵⁾، ولذلك نرى أنه يجب على المشرع الليبي أن يحد من هذا الإفراط في العقاب، وأن يتخلى عن الفكرة التقليدية للعقوبة، ولا يبقى من هذه العقوبات إلا ما كان قصاصاً، أو عقاباً لمن تشكل حريته وحياته خطراً على المجتمع، كما يجب عليه عدم الالتجاء دائماً إلى نظم العدالة الجنائية كوسيلة لحماية المصالح وتنظيم المجتمع⁽⁴⁶⁾، وإنما يجب عليه أن يتبنى حلاً غير جنائية، تكفل ضبط المجتمع وتنظيمه وفق إجراءات أكثر فاعلية من الإجراءات الجنائية لتحقيق الغرض من العقاب، الذي يجب ألا يكون دائماً يهدف إلى إيلام

(42) - أحمد عبد العزيز الألفي: ص 379 .

(43) - علي أحمد راشد: ص 53 . إدوار غالي الذهبي: ص 25 وما بعدها.

(44) - مأمون محمد سلامة: ص 146 . غنام محمد غنام: ص 143 وما بعدها .

(45) - انظر المادة 165 من قانون العقوبات وما يليها. مجموعة التشريعات الجنائية، ج1، العقوبات، ص 42 وما بعدها.

(46) - علي حسن فهمي: ص 295 .

الجانبي بسلب حريته أو حياته، بحيث يكون اللجوء إلى نظم العدالة الجنائية هو الوسيلة الوحيدة لتوفير الحماية اللازمة للمصالح والنظم الاجتماعية المختلفة، وإنما يجب أن يتخلى قانون العقوبات عن بعض مهامه لبعض الأجزاء الأخرى، المدنية والإدارية، ولا يستعان بالقانون الجنائي لمواجهة سلوك غير مشروع إلا إذا كان هذا السلوك يمثل خطراً اجتماعياً على درجة كبيرة من الأهمية بحيث تعجز الحلول غير الجنائية عن مواجهته⁽⁴⁷⁾.

وفيما يخص العقاب على جرائم الفساد فإن المشرع سار بالنسبة للعقاب على هذه الجرائم في نفس اتجاهه التقليدي المتشدد⁽⁴⁸⁾، ولم يسلك سبيل الوقاية من جرائم الفساد قبل وقوعها، حيث إن الوقاية تعتبر حجر الأساس في بناء السياسة الجنائية الحديثة في مواجهة ظاهرة الجريمة بشكل عام وظاهرة جريمة الفساد بشكل خاص⁽⁴⁹⁾.

وهذا أمر طبيعي لأنه استخدم أسلوب الإحالة إلى قانون العقوبات⁽⁵⁰⁾ وفقاً لنص المادة 5 من القانون رقم (63) لسنة 2012م، بإنشاء هيئة مكافحة الفساد، ولم يخصص للعقاب على هذه الجرائم قانوناً خاصاً، يحدد فيه الجرائم، ويبين فيه عناصرها وأركانها وعقوبتها، بما يتناسب مع طبيعة هذه الجرائم. وأهم العقوبات المقررة لجرائم الفساد المرتكبة من قبل الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي ما يلي:

(47) - سعد حماد صالح القبائلي: مهمة المشرع الليبي في التشريع والعقاب، ص 159 وما بعدها .

(48) - فائزة يونس الباشا: الفساد الإداري وآليات مكافحته، محاضرة أقيمت بالمركز العالمي للدراسات والبحوث، طرابلس 17 / 10 / 2015 م .

(https://hrdscussion.com)

(49) - محمد بولعسري: ص 248 .

(50) - نصت المادة 17 من قانون العقوبات على أن:

"العقوبات نوعان: أصلية وتبعية:

العقوبات الأصلية هي:

1- الإعدام 2- السجن المؤبد 3- السجن 4- الحبس 5- الغرامة .

العقوبات التبعية هي:

1- الحرمان من الحقوق المدنية. 2- الحرمان من مزاولة المهن أو الأعمال الفنية. 3- فقدان الأهلية القانونية. 4- نشر الحكم بالإدانة".

مجموعة التشريعات الجنائية الليبية، ج1، العقوبات، ص 11 - 12.

أولاً- العقوبات المقررة للشخص الطبيعي:

(أ) العقوبات الأصلية:

1- الإعدام:

قرر المشرع عقوبة الإعدام لبعض جرائم الفساد التي قدر ضررها على الاقتصاد الوطني بما يتناسب مع هذه العقوبة القاسية، ومن بين الجرائم التي يعاقب عليها بهذه العقوبة جريمة تخريب المنشآت النفطية أو إحدى ملحقاتها أو أي منشأة عامة أو مستودع للمواد الأولية أو المنتجات أو السلع الاستهلاكية (المادة 4 من القانون رقم 2 بشأن الجرائم الاقتصادية لسنة 1979م).

2- السجن:

أقر المشرع عقوبة السجن على كثير من جرائم الفساد، من بينها جريمة الرشوة التي يرتكبها الموظفون العموميون⁽⁵¹⁾ ضد الإدارة العامة (المادة 226 من قانون العقوبات)، واختلاس الأموال العامة والخاصة (المادة 230 من قانون العقوبات).

3- الحبس:

نص المشرع على عقوبة الحبس على كثير من جرائم الفساد، ومن أمثلتها جريمة إساءة استعمال الوظيفة أو المهنة أو الحرفة من أجل تحقيق منفعة للنفس أو للغير (المادة الأولى من القانون رقم 22 لسنة 1985م بشأن محاربة إساءة استعمال الوظيفة أو المهنة).

4- الغرامة:

أقر المشرع الغرامة على بعض جرائم الفساد، ومنها جريمة الوساطة والمحسوبية (المادة الثانية من القانون رقم 6 لسنة 1985م بشأن تجريم الوساطة والمحسوبية).

(ب) العقوبات التبعية:

نص المشرع على معاقبة مرتكب جرائم الفساد بعقوبات تبعية بالإضافة إلى العقوبات الأصلية، ومن هذه العقوبات:

(51) - أحمد طه خلف الله: ص 312 وما بعدها.

- 1- الحرمان من الحقوق المدنية وفقاً لقانون العقوبات.
 - 2- عدم الصلاحية لتولي أي وظيفة أو البقاء فيها أو الترشح لأي وظيفة.
 - 3- عدم حمل الأوسمة والأنواط ورتب الشرف.
 - 4- عدم قبول شهادته أمام القضاء.
 - 5- عدم منحه شهادة حسن السيرة والسلوك.
 - 6- عدم الصلاحية لتولي شؤون الوصاية والقوامة.
- (المادة 24 من القانون رقم 10 لسنة 1994م بشأن التطهير، والمادة 23 من القانون رقم 63 لسنة 2012م بإنشاء هيئة مكافحة الفساد).
- ثانياً- العقوبات المقررة للشخص المعنوي:**
- رأى المشرع إن أشد جرائم الفساد خطورة على الدخل القومي جريمة غسل الأموال⁽⁵²⁾، وللشخص المعنوي دوره في هذه الجريمة⁽⁵³⁾، ولذلك فقد قرر مسؤولية المنشآت المالية والتجارية والاقتصادية في الدولة مسؤولية جنائية، بالإضافة إلى مسؤولية الشخص الطبيعي، وقرر للشخص المعنوي عقوبات تتناسب مع خصوصيته⁽⁵⁴⁾، فلا يتصور توقيع الحبس أو السجن عليه، ومن غير المنطقي أن تفرض قيمة الغرامة ذاتها المقررة للشخص الطبيعي على الشخص المعنوي، وأهم هذه العقوبات:
- أ) غرامة تعادل ضعف المال محل الجريمة.
 - ب) مصادرة المال محل الجريمة.
 - ج) سحب الترخيص وغلق المنشأة في حالة العود.
- (المادتان 3، 4 من القانون رقم 2 لسنة 2005 م بشأن مكافحة غسل الأموال).

(52) - محمد سامي الشوا: الجريمة المنظمة وصداها على الأنظمة العقابية، ص 112. محمد سامي الشوا: السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال،

ص 55 ما بعدها.

(53) - محمود سليمان موسى البرعصي: ص 146 وما بعدها.

(54) - محمود كبيش: ص 162 وما بعدها. أشرف توفيق شمس الدين: ص 37 وما بعدها. فائزة يونس الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات

الدولية والقوانين الوطنية، ص 332 وما بعدها.

الخاتمة

بعد هذه الدراسة المتواضعة لهذا الموضوع المهم "سياسة المشرع الجنائي الليبي في مكافحة ظاهرة الفساد" توصلنا إلى بعض النتائج والمقترحات، وذلك على النحو التالي:

أولاً- النتائج:

- (أ) ظاهرة الفساد ظاهرة قديمة قدم الإنسانية، وللإنسان دور كبير فيها، بل فاق كل المخلوقات في هذا الجانب، حتى أصبح وكأنه هو السبب الرئيسي في الفساد والإفساد .
- (ب) لقد أصبح الفساد بكل أشكاله الإداري والمالي والسياسي والاجتماعي والأخلاقي مشكلة تنغص حياة المجتمعات قاطبة، مما أدى بالمنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار الاتفاقيات المناهضة لها، ولعل أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي تم نفاذها في منتصف شهر ديسمبر 2003م.
- (ج) التشريعات الجنائية لم تقف مكتوفة الأيدي في مواجهة ظاهرة الفساد، بل كانت تشكل رأس الحربة في هذا الشأن، حيث تم إقرار الكثير من الاتفاقات الدولية والتشريعات الوطنية حول العالم.
- (د) منظمة الشفافية الدولية المعنية بمكافحة الفساد أصدرت تقريراً في عام 2011، جاء مخيباً للآمال، حيث كشف فيه أنه، وعلى الرغم من الجهود الكبيرة لمحاربة الفساد، إلا أنه في تنام مستمر، لاسيما بالنسبة لليبيا، حيث جاء ترتيبها السلبي الواحد والسبعون بعد المائة بين الدول في الفساد، وذلك بسبب عدم الاستقرار السياسي وانعكاساته على الجانب الإداري والاقتصادي والاجتماعي والثقافي والأخلاقي.
- (هـ) المشرع الجنائي الليبي حارب هذه الظاهرة منذ السبعينات، عندما سن قانون الكسب الحرام، الذي ألغى وحل محله القانون رقم 10 لسنة 1994م بشأن التطهير، والقانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية، والقانون رقم 22 لسنة 1985م بشأن محاربة إساءة استعمال الوظيفة أو المهنة، والقانون رقم 6 لسنة 1985م بشأن تجريم الوساطة والمحسوبية، والقانون

رقم 3 لسنة 1986م بشأن من أين لك هذا، ثم أصدر أخيراً القانون رقم 63 بإنشاء هيئة مكافحة الفساد، والذي استخدم فيه أسلوب الإحالة إلى قانون العقوبات، بدلاً من أن يخصص هذا القانون لجرائم الفساد التي تحتاج إلى بيان عناصرها وأركانها وعقوباتها، ولعل هذا هو سبب عدم فاعلية هذا القانون في مواجهة هذه الظاهرة بهذه القوانين التقليدية والمتشددة التي لا تتناسب مع طبيعة هذه الجرائم التي تتميز بالسرية، وسرعة الانتشار، وكونها عالمية، ومن جرائم الحظر، ومتعددة الأطراف، ولا يمكن مواجهتها إلا بمنظومة متكاملة سياسية وتشريعية واقتصادية واجتماعية.

ثانياً- المقترحات:

- أ (إصدار قانون خاص لمواجهة جرائم الفساد، تراعى فيه طبيعة هذه الجرائم، بدلاً من الاعتماد على الإحالة إلى قانون العقوبات، مع تضمينه نصوصه بدائل عن العقوبات التقليدية التي ثبت عدم فاعليتها.
- ب (ضرورة تضمين التشريعات الداخلية القواعد الجنائية التي أقرتها الجماعة الدولية في الاتفاقيات المختلفة لمواجهة ظاهرة الفساد على أساس أن المواجهة الداخلية على الرغم من أهميتها لا تكفي وحدها لمكافحة هذه الآفة الخطيرة.
- ج (نظراً للطبيعة الخاصة لهذه الجرائم فإنه لكي يضاف على مواجهتها جنائياً أكبر قدر ممكن من الفاعلية، فقد بات حتماً إعادة النظر في أساليب المواجهة التقليدية، وذلك بأن يسبق التجريم أو يتزامن معه تهيئة الرأي العام بخطورة ظاهرة الفساد، إيماناً بأن الأثر الردعي لأي عقوبة يرتبط أكثر ما يرتبط بما يرسخ في ذهن أفراد المجتمع حول منطقية التجريم وعدالة العقاب بشأن ظاهرة معينة، ولا بد أن يرتبط بتجريم هذا النوع من السلوك إعداد كاف للجهات القائمة على الاستدلال والتحقيق والمحاكمة، بما يضمن التوعية بهذا النوع من الجرائم، ولا شك أن التخصص في هذا المجال سيكون مفيداً، كما تفترض الصفة الدولية لهذه الجرائم تبني سياسة جنائية تتسم هي الأخرى بالطابع الدولي.

2018

د) طبيعة هذه الجرائم تطلب ألا تواجه بالتشريعات وحدها، فالتشريعات على الرغم من أهميتها لا تكفي لمواجهة ظاهرة الفساد، بل لا بد لمواجهة هذه الظاهرة أن تتكاتف كل الجهود على هيئة منظومة متكاملة سياسية وتشريعية واقتصادية واجتماعية ... والله المستعان.

المصادر

أولا- الكتب والرسائل:

- 1- د. أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م.
- 2- _____: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م.
- 3- د. أحمد طه خلف الله: الموظف العام في قانون العقوبات، ط2، 1993م.
- 4- د. إدوار غالي الذهبي: مبادئ علم العقاب، ط1، المكتبة الوطنية، بنغازي، 1975م.
- 5- د. أشرف توفيق شمس الدين: تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- 6- بن الصديق رشيد: السياسة الجنائية في مواجهة ظاهرة الفساد، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الوادي، 2013م - 2014م.
- 7- د. رمسيس بهنام: نظرية التجريم في القانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996م.
- 8- زوزو زوليخة: جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011 - 2012م.
- 9- د. سعد حماد صالح القبائلي: مبادئ علمي الإجرام والعقاب، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.

- 10- د. عبد الرحمن محمد أبو توتة: علم العقاب، صور الجزاء الجنائي وأغراضه، ط1، منشورات الجامعة المفتوحة، مطابع العدل، طرابلس، 1997م.
- 11- د. غنام محمد غنام: حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.
- 12- فهد بن محمد الغنام: مدى فاعلية الأساليب الحديثة في مكافحة الفساد الإداري من وجهة نظر أعضاء مجلس الشورى في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011م.
- 13- د. فائزة يونس الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- 14- د. محمد خلف: مبادئ علم العقاب، ط2، مطابع دار الحقيقة، بنغازي، 1977م.
- 15- د. محمد محيي الدين عوض: القانون الجنائي، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1981م.
- 16- د. محمد سامي النبراوي: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، منشورات جامعة بنغازي (قاريونس) مطابع الشرق، بيروت.
- 17- د. محمد سامي الشوا: الجريمة المنظمة وصداها على الأنظمة العقابية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
- 18- _____: السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- 19- د. محمود نجيب حسني: علم العقاب، القاهرة، 1972م.
- 20- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات- القسم العام، ط10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983م.
- 21- د. محمود كبيش: السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.

ثانياً- البحوث والمقالات:

- 1- د. أحمد عبد العزيز الألفي: الخطورة الإجرامية والتدابير الوقائية في التشريع الليبي، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بجمهورية مصر العربية، المجلد الثالث عشر، العدد الثالث، نوفمبر 1970م.
- 2- د. إسماعيل البديري: الفساد الإداري والاقتصادي (أسبابه، آثاره، علاجه) مداخله مقدمة في المؤتمر القانوني للفساد بجامعة كربلاء - العراق، 2000م.
- 3- إياد هارون محمد: فاعلية التشريعات الجنائية العربية في مكافحة الفساد، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق 4، 2016م.
- 4- د. آمال عبد الرحيم عثمان: النظريات المعاصرة للعقوبة، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، المجلد التاسع عشر، العدد 2/1، مايو - يوليو 1976م.
- 5- أبو العيد محمد سالم: الفساد في ليبيا ودور الأجهزة الرقابية.
<http://www.akhbarlibya.net/areicles/28844.html>
- 6- د. خليفة سالم الجهمي: دور القضاء في مكافحة الفساد، بنغازي 2012/12/8م.
<https://khalifasalem.wordpress.com>
- 7- د. سالم محمد الأوجلي: إعادة النظر في سياسة التجريم والعقاب، مجلة إدارة القضايا، السنة الأولى، العدد الثاني، ديسمبر 2002م.
- 8- د. سعد حماد صالح القبائلي: مهمة المشرع الليبي في التشريع والعقاب، ط1، مركز الدراسات والبحوث، 2005م.
- 9- د. علي أحمد راشد: معالم النظام العقابي الحديث، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والاجتماعية، المجلد الثاني، العدد الأول، مارس 1959م.
- 10- علي حسن فهمي: معالم النظام العقابي السوفيتي، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، المجلد الحادي عشر، العدد الثاني، يوليو 1968م.

- 11- د. فائزة يونس الباشا: الفساد الإداري وآليات مكافحته، محاضرة أقيمت بالمركز العالمي للدراسات والبحوث، طرابلس 17 / 10 / 2015م . <https://hrdscussion.com>
- 12- محمد بوعسري: دور العمل الاجتماعي في الوقاية من الجريمة، الثقافة الأمنية، سلسلة محاضرات الموسم الثقافي السابع، المركز العربي للدراسات الأمنية، الرياض، 1990م.
- 13- د. مأمون محمد سلامة: التدابير الاحترازية والسياسة الجنائية، بحث مقدم إلى ندوة العقوبة والتدابير الاحترازية التي عقدت في المركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية في يوم 11 / 5 / 1967م، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، (عدد خاص)، مارس 1968م.
- 14- د. محمود سليمان موسى البرعصي: مدى قبول المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في القانون الليبي، تعليق على حكم المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 33 / 31ق، مجلة إدارة القضايا، السنة الثانية، العدد الرابع، ديسمبر 2003م.

ثالثاً. المدونات التشريعية:

- مجموعة التشريعات الجنائية: الجزء الأول، العقوبات، الإدارة العامة للقانون، 1986م.

رابعاً. أحكام القضاء :

- المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا (المكتب الفني) .

خامساً. الدوريات :

- 1- الجريدة الرسمية: رقم (23) لسنة 1979م.
- 2- الجريدة الرسمية: رقم (18) لسنة 1985م.
- 3- الجريدة الرسمية: رقم (30) لسنة 1985م.
- 4- الجريدة الرسمية: رقم (13) لسنة 1986م.

سادساً. التقارير:

- 1- تقرير هيئة الرقابة الإدارية: التقرير السنوي لعام 2015م.
- 2- تقرير ديوان المحاسبة لعام 2017م .

3- تقرير منظمة الشفافية الدولية حول الفساد لعام 2017م.



التحكيم في المنازعات المصرفية

"دراسة في القانون الليبي"

د. سالمة فرج الجازوي⁽¹⁾

المقدمة:

التحكيم من الموضوعات التي يبرق نجمها يوماً بعد يوم، نظراً لما يحققه للمتقاضين من سرعة الفصل في المنازعات وبساطة في الإجراءات، ويعد التحكيم من الموضوعات التي تشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني على المستوى العالمي، وقد أولى الفقه هذا الموضوع اهتماماً كبيراً في الآونة الأخيرة التي شهدت حركة تشريعية وفقهية نشطة في مختلف الدول. وتبرز أهمية التحكيم المصرفي في ما قد تخلفه الأزمات المالية في الدولة وتأثيرها على المصارف وكثرة المنازعات والبحث عن طريق لمعالجة هذه المنازعات، وتظهر أهمية التحكيم المصرفي أيضاً في أن المنازعات المصرفية التي تنشب بين المصارف وعملائها تبدو في أشد الحاجة إلى تقصير أمد التقاضي وتبسيط إجراءاته، نظراً لتمحور المنازعات المصرفية حول النقود، والتي تكون عرضة لتقلبات الحياة الاقتصادية من وقت إلى آخر⁽²⁾. وتظهر اشكالية البحث في كون المنازعات المصرفية من أعقد المنازعات وأهمها وأكثرها صعوبة وازدياداً في ظل التوسع في أعمال المصارف وزيادة أنشطتها، حيث تعتبر الأحكام القانونية المتعلقة بالأعمال المصرفية وأسواق المال والشركات من أكثر العمليات القانونية صعوبة، نظراً لتشابك المفاهيم وتعقدها فيما يتعلق بهذا المجال، الأمر الذي انعكس على طبيعة القواعد التي تحكم التنظيم القانوني لهذه الموضوعات؛ إذ أنها تحتاج إلى متخصصين على قدر عال من المهنية والكفاءة، وذلك لأهميتها البالغة وخطورة النتائج المترتبة على أصغر خطأ في تنظيمها.

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

² - محمود سمير الشرقاوي: ص 2327.

وستتبع في هذا البحث المنهج التحليلي والنقدي، وسيتم تقسيمه إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول ماهية التحكيم المصرفي، أما المطلب الثاني فسنطرق فيه للإطار القانوني للتحكيم المصرفي.



المطلب الأول

ماهية التحكيم المصرفي

دراسة ماهية التحكيم المصرفي تلزمنا بتعريف التحكيم المصرفي، ومن ثم الحديث عن مزايا التحكيم المصرفي، وهذا ما سيتم تناوله في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول- التعريف بالتحكيم المصرفي:

التعريف بالتحكيم المصرفي يلزمنا بتعريف التحكيم بصفة عامة، وتعريف المنازعات المصرفية، ومن ثم تعريف التحكيم المصرفي، وذلك وفقاً للآتي:

أولاً- تعريف التحكيم:

يعرف البعض التحكيم بأنه طريق اتفاقي لتسوية المنازعات بين الأطراف، بمقتضاه يخرج النزاع من ولاية قضاء الدولة، ويعهد به إلى فرد أو هيئة للفصل فيه⁽³⁾.

وعرّف آخرون التحكيم بأنه اتفاق أطراف العلاقة القانونية، سواء أكانت عقدية أو غير عقدية، على الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم، أو يحتمل أن تثور، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين، وقد يعهدون لهيئة أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم، وذلك وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز⁽⁴⁾.

فالتحكيم إذاً هو اتفاق الأطراف على اختيار شخص أو عدة أشخاص للقيام بالفصل في النزاع بدلاً من رفعه إلى القضاء العادي، وهذا الاتفاق قد يكون خاصاً بما قد ينشأ من منازعات في المستقبل، ويتخذ صورة شرط يدرج في العقود عند إبرامها، ويُسمّى شرط التحكيم، وقد يكون خاصاً بنزاع قائم يراد تسويته، ويُسمّى في هذه الحالة مشاركة التحكيم⁽⁵⁾. ويتّضح من هذه التعاريف أنه:

³ - عبد الحميد علي زيادة: ص 56.

⁴ - محمود مختار أحمد بربري: ص 5.

⁵ - أحمد عمر أبو زقية: ص 23.

- 1- على الرغم من عدم اتفاق الفقهاء على تعريف محدد للتحكيم، إلا أنّ هناك اتفاقاً بينهم على أن التحكيم هو نظام قانوني يتجه إليه الأفراد لفضّ المنازعات بعيداً عن القضاء.
- 2- التحكيم هو وسيلة لفضّ النزاع يتمّ باتفاق بين شخصين أو أكثر على إحالة المنازعات الناشئة بينهم إلى محكمين لتسويتها، وهو يمرّ بعدة مراحل، تبدأ بمرحلة الاتفاق على التحكيم، ثم عرض النزاع على المحكمين الذين تمّ اختيارهم، ثم مرحلة النظر في النزاع، وذلك باتّباع إجراءات معينة، ثم صدور الحكم وتنفيذه.
- 3- قد يتفق الأطراف على التحكيم قبل حدوث نزاع بينهم، فيرد في اتفاقهم الذي ينظم علاقتهم الأصلية، وقد يحررون وثيقة أو اتفاقاً مستقلاً، ويضمنونه اتفاقهم على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات بمناسبة العقد الأصلي إلى التحكيم، ويُسمى مثل هذا الاتفاق بشرط التحكيم، ويجوز للأطراف إبرام اتفاق التحكيم بعد حدوث النزاع بينهم، ويُسمى هذا الاتفاق بمشارطة التحكيم.
- 4- وجود خلط لدى العديد من الباحثين بين التحكيم، وهو نظام يهدف إلى حسم النزاع الواقع بين الأفراد، واتفاق التحكيم، هو وسيلة لتحقيق هذا الهدف، وهذا واضح من خلال التعاريف السابق ذكرها.
- 5- لم يتم تحديد محلّ التحكيم في التعاريف الوارد ذكرها، فليست كل منازعة يمكن أن تحسم عن طريق التحكيم⁽⁶⁾.

ثانياً- تعريف المنازعات المصرفية:

المنازعات المصرفية هي الخلاف الذي يحدث بين المصرف وعميله، أو بين مصرف وآخر، نتيجة لممارسة المصرف عملاً مصرفياً، سواء أكان عملاً تقليدياً، كفتح الحسابات أو تلقي ودائع أو تقديم قروض، أو كان عملاً غير تقليدي، كطائفة الأعمال التي ظهرت نتيجة

⁶ - حيث تنص المادة 740 من قانون المرافعات على أنه "لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام، أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة، والمنازعات المتعلقة بالجنسية أو بالحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني، على أنه يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديرأ لنفقة واجبة في النظام الزوجي والعائلي، أو في الخلاف على مقدار المهر أو الباننة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية، كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجبزه أحكام الشريعة الإسلامية".

للتطور الاقتصادي، كعملية المبادلات والخيارات والمستقبلات والعقود الآجلة أو تبني المشاريع الاستثمارية في جميع القطاعات⁽⁷⁾.

ومع أن المنازعات التي تثار بسبب الخدمات المصرفية لا يمكن حصرها، لكن أهمها المنازعات الحاصلة بسبب التأخير في السداد ودفع المستحقات، كذلك تقلب أسعار العملات، والمنازعات في عقود الوكالة في الاستثمار، بسبب عدم التقيد بالموصفات، والمنازعات الحاصلة بسبب الاعتمادات المستندية، ودفع قيمة الاعتماد إلى المستفيد، إذا سلم المستندات مطابقة لخطاب الاعتماد، ثم اتضح أن البضائع في الحقيقة غير مطابقة، وكذلك في حالات هلاك المعقود عليه قبل أو بعد التسليم، والمنازعات الحاصلة في عقود الإيجار، مثل تغيير الأجرة، أو عدم الاتفاق على مؤشر معين في حالة الأجرة المتغيرة⁽⁸⁾.

ثالثاً - تعريف التحكيم المصرفي:

لقد قمنا بتعريف التحكيم ومن ثم تعريف المنازعات المصرفية وبناءً على ذلك يمكننا تعريف التحكيم المصرفي بأنه اتفاق طرفين، أحدهما على الأقل مصرف، على تسوية النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ بينهما بمناسبة العمليات المصرفية، بإحالة إلى محكم أو أكثر للفصل فيه⁽⁹⁾.

الفرع الثاني- مزايا التحكيم المصرفي:

التحكيم بصفة عامة يمتاز بمزايا عدّة، تجعله يفضل على التقاضي أمام المحاكم العادية، وللتحكيم المصرفي على وجه الخصوص عدة مزايا، نوضحها فيما يلي:

1- السرية: حيث إن إجراءات التحكيم والمرافعات فيه بعيدة عن العلنية الملازمة للقضاء العادي، وبذلك يستطيع رجال الأعمال إخفاء طبيعة نزاعهم وإجراءات التقاضي عن الجمهور⁽¹⁰⁾، إذ أن جلسات التحكيم لا يحضرها إلا الخصوم أو ممثلوهم والمحكمون أنفسهم،

⁷ - صالح بن علي صالح الصويلح: ص 7.

⁸ - محمد مرسي عبده: ص 338.

⁹ - المرجع السابق: ص 339.

¹⁰ - حسين شحادة الحسين: ص 166.

ومعظم قوانين التحكيم تنص على عدم جواز نشر الأحكام الصادرة في قضايا التحكيم إلا بإذن الأطراف أو موافقتهم، وهذه السرية تتناسب مع المعاملات الإلكترونية بوجه خاص، وسواء روعي في ذلك جانب المصرف أم جانب العميل، فكلاهما يحرص على سرية معاملاته⁽¹¹⁾.

2 - المرونة: المرونة في إجراءات التحكيم هي أيضاً من الميزات الأساسية له، حيث يمكن للأطراف اختيار الإجراءات واجبة التطبيق على التحكيم، والتي قد تبدو لهم أكثر ملاءمة لنزاعهم، وبذلك يتخلصون من القواعد القانونية الملزمة التطبيق في القضاء الوطني، كما يمكن للمتخاصمين أن يعفوا المحكمين من إتباع أي إجراءات ملزمة أثناء التحكيم⁽¹²⁾.

كما أن المحكمين يخرجون غالباً عن القواعد القانونية الصارمة بتطبيقهم للنصوص التشريعية بطريقة مرنة، وبتفسير النصوص القانونية بمعزل عن اجتهادات المحاكم وتسلسل السلطة القضائية، وهذه الخاصية يراها المصرفيون سيئة، باعتبار أن المرونة من وجهة نظرهم تعني عدم استقرار القواعد القانونية، وبالتالي مخاطر إضافية⁽¹³⁾.

3- خبرة وحيادية المحكمين: خبرة وحيادية المحكمين هي صفة إضافية للتحكيم، والحيادية في اختيار المحكمين بعيداً عن القضاء الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة لها أهمية كبيرة في العقود الدولية، وبالتالي يمكن للأطراف أن يختاروا محكمين مستقلين وبعيدين عن الثقافة القضائية الواحدة، أو يتم اختيار هؤلاء المحكمين من هيئة دولية مستقلة.

كما أن اختيار المحكمين لا يتم بموجب معيار الحيادية فقط - وإن كانت نظرية أحياناً- إلا أن معيار الخبرة له حيز كبير في اختيارهم، فعند وجود نزاع ناتج عن عقد بناء، يكون تحديد المحكم نتيجة لخبرته في هذا المجال، بعكس القضاء الوطني حيث يمكن البت بالدعوى من قبل محكمة ليس لديها أي خبرة سابقة في مثل هذه العقود⁽¹⁴⁾. والقضاة مهما كانت خبرتهم

11 - محمد سليم العوا: ص 2380.

12 - فلاح بن موسى الزهراني: ص 180.

13 - حسين شحادة الحسين: ص 166.

14 - محمد سليم العوا: ص 2380.

بالمسائل المالية والمصرفية لا يقارنون في هذا المجال بالمصرفيين الذين أمضوا حياتهم في حقل التخصص المصرفي.

إلا أنه لا يجوز المغالاة في حيادية وخبرة المحكمين، إذ غالباً ما يتم اختيار المحكم من قبل أحد الأطراف المتخاصمة، نظراً لتعاطفه أو قبوله أو على الأقل قربه بثقافته القانونية والشخصية من الطرف الذي سمّاه. وعلى المستوى الدولي هذه الحيادية لها تطبيقات يمكن أن تثير بعض التساؤلات، إذ أن اختيار المحكم الخبير شيء ضروري، إلا أنه يجعل من التحكيم، وبالذات الدولي منه، محصوراً على عدد معين من الأشخاص -الغربيين بشكل عام- المستفيدين من احتكارهم لهذا المجال المهم من الحياة القانونية والاقتصادية الدولية⁽¹⁵⁾.

4- السرعة: أهم ميزات التحكيم المصرفي بالمقارنة مع القضاء العادي تتعلق بسرعة الوصول إلى قرار تحكيمي نهائي، وهذه الميزة ضرورية في الحياة التجارية التي تعتمد على صفتين هامتين، ألا وهما الائتمان التجاري والسرعة في إنجاز الأعمال التجارية. فكثيراً ما يصدر قرار المحكمين في أقل من ستة أشهر من استلامهم مهمة التحكيم، لأن أغلب دول العالم تنص على ذلك بموجب قانونها الداخلي، ولذلك يتمتع التحكيم التجاري الداخلي أو الدولي بصفة السرعة التي لا بد منها لحل النزاعات التجارية⁽¹⁶⁾، فالمشاكل المصرفية الناتجة عن التأخر في سدد الأموال مثلاً ستأخذ وقتاً طويلاً إذ ما تم اللجوء إلى القضاء، ولا شك أن ذلك سيؤدي إلى التأثير سلباً على التنمية الاقتصادية للدولة⁽¹⁷⁾.

¹⁵ - حسين شحادة الحسين: ص 166.

¹⁶ - عبد السلام الجندوبي: ص 120.

¹⁷ - محمد مرسى عبده: ص 340.

المطلب الثاني

الإطار القانوني للتحكيم المصرفي

سنقوم في هذا المطلب بدراسة الإطار القانوني للتحكيم المصرفي، سواء أثناء اتفاق التحكيم أو خلال خصومة التحكيم، وذلك في فرعين، الأول نتناول فيه اتفاق التحكيم المصرفي، والثاني نتطرق فيه لموضوع خصومة التحكيم المصرفي، وذلك على النحو التالي.

الفرع الأول- اتفاق التحكيم المصرفي:

يبدأ التحكيم المصرفي باتفاق، فهو أول خطوة في التحكيم والأساس الذي يقوم عليه، ففي اتفاق التحكيم يحدد الأطراف الموضوع (محل التحكيم) والمحكمين ومكان التحكيم والقانون واجب التطبيق. ودراسة اتفاق التحكيم المصرفي تقتضي تعريف اتفاق التحكيم المصرفي وبيان صورته، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- تعريف اتفاق التحكيم المصرفي:

يُعرّف اتفاق التحكيم المصرفي بأنه تراضي أطراف علاقة قانونية معينة على اللجوء إلى التحكيم دون قضاء الدولة، لتسوية المنازعات المصرفية التي نشأت أو يحتمل أن تنشأ بينهم، وذلك بإصدار حكم مُلزم لهم⁽¹⁸⁾. فاتفاق التحكيم هو عقد مكتوب يلزم أطرافه بالالتجاء إلى التحكيم المصرفي لتسوية المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة تربط بينهم⁽¹⁹⁾. وقد نصّت المادة 739 من قانون المرافعات الليبي على أنه "يجوز للمتعاقدین أن يشترطوا عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصّة".

ثانياً- صور اتفاق التحكيم المصرفي:

توجد ثلاث صور لاتفاق التحكيم المصرفي، وسنقوم بدراسة وفقاً لما يلي:

¹⁸ - المرجع السابق: ص 348.

¹⁹ - عبد السلام الجندوبي: ص 48.

1- شرط التحكيم: وهو الاتفاق الذي تتعهد فيه الأطراف بعرض أي نزاع قد ينشأ مستقبلاً بخصوص تنفيذ عقد معين على هيئة التحكيم⁽²⁰⁾. فشرط التحكيم اتفاق يرد ضمن نصوص العقد، ويقرر بموجبه الأطراف اللجوء إلى التحكيم؛ لتسوية المنازعات المستقبلية التي قد تثور حول العقد وتنفيذه، وغالباً ما يدرج هذا الشرط في العقد الأصلي، ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق عليه في وثيقة مستقلة، تُعدُّ بمثابة ملحق للعقد الأصلي. وشرط التحكيم، سواء أكان بنداً في العقد أو جاء مستقلاً عن العقد، لا يؤثر ذلك في وصفه شرطاً للتحكيم، ما دام الاتفاق عليه كان قبل نشأة النزاع⁽²¹⁾.

والملاحظ أنه قد تتفق أطراف النزاع على إحالة كافة المنازعات التي تثور بينهم للتحكيم، وهذا ما يعرف بشرط التحكيم العام، وقد تتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن بعض المسائل المحددة، ويُطلق على شرط التحكيم في هذه الحالة شرط التحكيم الخاص. وهنا نشير إلى مبدأ مهم، وهو مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حيث يعتبر هذا مبدأ من المبادئ المستقرّة في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدوليّة، على أساس أنه يستند على الوضع المختلف لكل من العقدين: العقد الأصلي، وشرط التحكيم⁽²²⁾. ويكون شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي مصدر العلاقة القانونية بين الطرفين، حيث يعتبر اتفاق التحكيم مستقلاً عن هذا العقد، وإن كان قد تمّ إدراجه ضمن بنود هذا العقد، وبهذا فإنّ بطلان العقد الأصلي، أو شرط التحكيم لا يؤثر على صحّة أو بطلان الآخر⁽²³⁾.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 مايو 1963م بأنّ "شرط التحكيم، سواء أبرم منفصلاً أو مدرجاً في التصرف القانوني الذي يتعلق به، يكون له دائماً استقلال قانوني كامل، يحول دون إمكان تأثره بعدم صحة التصرف المحتملة"⁽²⁴⁾. كما قضت ذات المحكمة

²⁰- فلاح بن موسى الزهراني: ص 85.

²¹- موسى خليل ميري- أديب مفضي ميالة: ص 31.

²²- فلاح بن موسى الزهراني: ص 88.

²³- وضاح نسيم: ص 82.

²⁴- مشار إليه في أحمد عبد الكريم سلامة: ص 276.

بأنه: "في مجال التحكيم الدولي يتعين إعطاء عبارة اتفاق التحكيم مفهوماً موحدًا، وأن يعامل على قدم المساواة شرط التحكيم الوارد في نصوص عقد ومشارطة التحكيم التي أبرمت استقلالاً، بحيث يتمتع الاثنان بذات القدر من الاستقلالية... واتفاق التحكيم في المجال الدولي يتمتع كقاعدة عامة باستقلالية قانونية، لا تتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي، مع ما يتبع ذلك من إقرار هيئة التحكيم في الاستمرار في نظر النزاع، وإصدار حكم واجب الاحترام"⁽²⁵⁾.

ولم ينص القانون الليبي على هذا المبدأ، الأمر الذي يعتبر قصوراً فيه؛ لذا نهيب بالمشرع الليبي النص عليه، خاصة بعد تدخل المحكمة العليا الليبية، حيث قضت بأنه "وإن كانت الوزارة قد لجأت إلى فسخ العقد اسناداً إلى المادة التاسعة منه، وهذا من حقها الذي لا مطعن عليه إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ... وبما أن نص البند السابع عشر من العقد صريح في أنّ أي نزاع أو خلاف قد ينشأ حول كيفية تطبيق أو تفسير هذا العقد، ويتعذر تسويته بواسطة الاتصالات المباشرة بينهما، يجب أن يعرض على هيئة تحكيم ... وبما أنّ النزاع يتناول حتماً وضمنياً تحقيق أسباب الفسخ مما يقتضي أعمال شرط التحكيم الذي ارتضته الوزارة في عقدها، والذي لا يجوز لها أن تجده"⁽²⁶⁾.

ففي هذا الحكم أخذت المحكمة العليا الليبية بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فهي ترى سريان شرط التحكيم الموجود في العقد، حتى ولو وقع فسخ للعقد بعد تحقق أسباب قادت لذلك الفسخ.

وفي قضية تتلخص وقائعها في أنّ الحكومة الليبية وقعت مع شركة B. P عقداً للبحث والتنقيب عن النفط، وبعد مدة قامت الحكومة الليبية بتأميم شركات النفط مما حدا بهذه الشركة باللجوء إلى التحكيم، أكدت هيئة التحكيم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي⁽²⁷⁾.

²⁵- مشار إليه في المرجع السابق: ص 277.

²⁶- المحكمة العليا: طعن إداري رقم 16/28، جلسة 26 ربيع الأول 1391هـ الموافق 2 مايو 1971م، مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة، العدد

الرابع، يوليو 1971م، ص 49.

²⁷- عبد الحميد علي زيادة: ص 239.

2- مشارطة التحكيم: يطلق بعض الفقهاء على مشارطة التحكيم مصطلح عقد التحكيم، والمقصود بمشارطة التحكيم اتفاق يتم بين الأطراف على تسوية النزاع الذي نشأ بينهم بالفعل، وذلك عن طريق التحكيم، فمشارطة التحكيم هي اتفاق بموجبه تتفق الأطراف على عرض النزاع القائم بينهم على التحكيم للفصل فيه⁽²⁸⁾. وقد سبقت الإشارة إلى أنّ مشارطة التحكيم يتم الاتفاق عليها بعد قيام النزاع في اتفاق لاحق، ومستقل عن العقد الأصلي في حالة كون النزاع نشأ عن عقد. ولا يجوز اللجوء إلى مشارطة التحكيم إلا في حالة خلو العقد محل النزاع من شرط التحكيم، فإذا وجد شرط التحكيم فهو الذي يطبق، ولا يتم إبرام عقد التحكيم بين الأطراف، وهنا تظهر فائدة مشارطة التحكيم في حالة عدم إدراج الأطراف شرط التحكيم عند إبرام الاتفاق الأصلي⁽²⁹⁾.

3- التحكيم بالإحالة: في هذه الصورة من صور اتفاق التحكيم يشير أطراف العقد محل النزاع إلى وثيقة أخرى تحتوي على شرط التحكيم، وذلك باعتبارها جزءاً من العقد، وغالباً ما توجد علاقة بين العقد الأصلي الذي يتضمن الإحالة وبين الوثيقة التي تمت الإحالة إليها عند إبرام العقد الأصلي لفضّ نزاع محتمل أن يكون بينهم⁽³⁰⁾.

وينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي، وتلتزم أطرافه به، بحيث تكون تسوية المنازعات الناشئة عن ذلك العقد عن طريق التحكيم، دون أن يستطيع الأطراف التنصل من ذلك بمقولة استقلال ذلك العقد الأصلي عن العقد أو الشروط العامة المحال إليها المحتوية على شرط التحكيم.

الفرع الثاني- خصومة التحكيم المصرفي:

خصومة التحكيم المصرفي هي مجموعة من الإجراءات يقوم بها أطراف الخصومة أو ممثلوهم، ويساعدهم في ذلك هيئة التحكيم، وفقاً لنظام يرسمه الأطراف في اتفاق التحكيم أو يحدده القانون. وخصومة التحكيم أكثر مرونة من الخصومة القضائية؛ لأنّ هيئة التحكيم هي

²⁸- سوالم سفيان: ص 147.

²⁹- فلاح بن موسى الزهراني: ص 90.

³⁰- المرجع السابق: ص 88.

التي تنظّم هذه الإجراءات بنفسها، أو على هدي اتفاق التحكيم، وتتعدّد خصومة التحكيم بمجرد تشكيل هيئة التحكيم، واتصال دعوى الخصوم بها، وتحرص معظم القوانين على تحديد بداية إجراءات التحكيم ونهايتها. وهذه الإجراءات يمكن إيضاحها فيما يلي:

1- تعيين المحكم: يعرف المحكم بأنه الشخص الذي تختاره الأطراف المتعاقدة لفضّ ما يدور بينهم من منازعات⁽³¹⁾، فهو شخص يتمتع بثقة أطراف النزاع، وأولوه سلطة الفصل في الخصومة القائمة بينهم، وقد يتمّ تعيينه من جانب المحكمة، وقد اهتمّت التشريعات به ووضعت شروطاً يجب أن تتوفر فيه⁽³²⁾.

والأصل أن يتمّ تعيين المحكمين عن طريق أطراف التحكيم، وقد يتم تعيين المحكمين بأسمائهم في اتفاق التحكيم، أو يكفي ببيان طرق اختيارهم، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم على المحكمين فإن المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع هي التي تُعين المحكمين بناء على طلب أحد الأطراف، كما قد يتم تعيينهم عن طريق إحدى مراكز التحكيم⁽³³⁾.

2- مكان التحكيم: يقصد بمكان التحكيم المكان الذي يجب أن يصدر فيه حكم التحكيم، وهو عادةً ما يكون مكان اتخاذ الإجراءات التحكيمية، أمّا إذا تمّ التحكيم في أماكن متعددة، فإنّه يجب اختيار مكان واحد للتحكيم، وهو مكان إصدار حكم التحكيم⁽³⁴⁾. وما يؤخذ على هذا التعريف أنه جعل مكان صدور الحكم هو مكان التحكيم، دون الأخذ في الاعتبار أي معيار آخر يمكن على أساسه تحديد مكان التحكيم.

وقد أخذ القانون الليبي بمعيار مكان صدور الحكم كمعيار لاعتبار التحكيم وطنياً أو أجنبياً، فإذا صدر حكم التحكيم في ليبيا فيعتبر التحكيم وطنياً، وإذا صدر خارج ليبيا فإنّ الحكم يعتبر أجنبياً، وهذا ما نصّت عليه المادة 761 من قانون المرافعات الليبي حيث قالت: "يجب

³¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: ص 238.

³² - محمد مرسي عبده: ص 356.

³³ - موسى خليل ميري- أديب مفضي ميالة: ص 33.

³⁴ - فلاح بن موسى الزهراني: ص 132.

أن يصدر حكم المحكّمين داخل الأراضي الليبية، وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة للأحكام الصادرة في بلد أجنبي".

ومن هذا النصّ يمكن استنتاج أن المشرّع الليبي تبنى معياراً شكلياً، وهو مكان صدور الحكم، ويؤخذ على هذا المعيار أنه لا يعطي أي اهتمام للإجراءات التي اتّبعتها المحكّم في إصدار حكمه، والقانون الذي طبقه، والمكان الذي جرت فيه جلسات التحكيم، وبدلاً فهذا النصّ معيب، حيث إنّه أهمل جميع عناصر التحكيم، واكتفى فقط بالعنصر الشكلي، وهو مكان صدور الحكم.

والأصل أن تحدد أطراف اتفاق التحكيم مكان إجراء التحكيم، وإذا حدث، ولم يتفق الأطراف على مكان التحكيم، فإنّ هيئة التحكيم تتولى تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم⁽³⁵⁾.

3- القانون الواجب تطبيقه: يقصد بالقانون الواجب تطبيقه مجموعة القواعد القانونية التي يرى المحكّم أنها ملائمة للتطبيق، أيّاً كان مصدرها، سواءً أكان قانوناً وطنياً، أم اتفاقيات دولية، أم قواعد متعارف عليها في التجارة الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية للدول⁽³⁶⁾.

وأهمّ ما يؤخذ على هذا التعريف أنّه يرى أنّ المحكّم هو الذي يحدد القانون الواجب تطبيقه على النزاع، في حين أنّ الأصل أن أطراف اتفاق التحكيم هم الذين يقومون بتحديد القانون الواجب تطبيقه، وفي حالة عدم تحديدهم له فإنّ المحكّم هو الذي يحدده.

والقانون الواجب تطبيقه هو مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على التحكيم منذ حصول الاتفاق عليه، ولحين إصدار الحكم، ويتمّ تحديده عن طريق أطراف اتفاق التحكيم، أو يحدده المحكّم في حالة عدم قيام الأطراف بذلك⁽³⁷⁾.

³⁵ - عبد السلام الجندوبي: ص 123.

³⁶ - أحمد ضامن السمدان: ص 174.

³⁷ - محمد مرسى عبده: ص 361.

وتعتبر مسألة القانون الواجب تطبيقه من المسائل الخلافية بين أطراف العقد، وقد يؤدي تعثرها إلى الفشل في إبرام العقود، وذلك نظراً للأضرار الجسيمة التي قد يتحملها الأطراف نتيجة لهذا الاختيار.

ويبدو لأول وهلة أنه من الممكن تطبيق قانون واحد على مراحل التحكيم كافة إجرائياً وموضوعياً، أي بدءاً من الاتفاق على طرح النزاع على التحكيم حتى صدور حكم فاصل في موضوع النزاع، بيد أن ذلك ليس أمراً ضرورياً دائماً، وذلك لأن الاعتبارات التي تدفع أطراف النزاع أو هيئة التحكيم إلى اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع قد تختلف عن تلك الاعتبارات التي تدفعهم إلى اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ولذا قام القضاء الفرنسي بالتأكيد على مبدأ الفصل بين القانون الواجب تطبيقه على الإجراءات، والقانون الواجب تطبيقه على الموضوع⁽³⁸⁾.

أما عن كيفية تحديد القانون الواجب تطبيقه فإن المادة 754 من قانون المرافعات الليبي تنص على أن "للخصوم أن يضمنوا عقد التحكيم، أو أي مشاركة أخرى للتحكيم، أو أي اتفاق لاحق يحررونه قبل أن يبتدئ المحكمون في نظر القضية، قواعد معينة وإجراءات يسير عليها المحكمون.

وفي حالة عدم قيامهم بذلك فللمحكمين أن يضعوا القواعد التي يرونها صالحة، وإلا وجب مراعاة الأصول والمواعيد المتبعة أمام المحاكم".

ووفقاً لهذه المادة يتم تحديد القانون الواجب تطبيقه عن طريق أطراف اتفاق التحكيم، سواءً أكان ذلك في اتفاق التحكيم، أم في اتفاق لاحق له، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق فإن المحكم هو الذي يحدد القانون الواجب تطبيقه على النزاع.

وهنا نود الإشارة إلى حكم التحكيم الصادر في 19 يناير 1977م في قضية **Texsaco Galasiatic**، حيث لجأ المحكم إلى حيلة واضحة، وتم استبعاد القانون الليبي

³⁸ - يقصد بالقانون الإجرائي القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على الإجراءات التي تتم أمامها عند النظر في النزاع تمهيداً للفصل فيه. أما القانون الموضوعي فيقصد به القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وحقوق الأطراف وواجباتهم التي تترتب على الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية. انظر أبو العلاء علي النمر: ص 7 وما بعدها.

لصالح المبادئ العامة للقانون الدولي، إذ قال المحكم إن أعمال المبادئ العامة للقانون الدولي لا يكون فقط بسبب عدم وجود قانون داخلي لحكم مثل هذا النزاع، أو لعدم توافقه أو ملاءمته مع طبيعة العلاقة، إنما أيضاً بقصد حماية المتعاقد الأجنبي من التغيرات التي تقوم بها الدولة في قوانينها الداخلية بما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي⁽³⁹⁾.

ففي هذه القضية نصّ العقد على تطبيق مبادئ التشريع الليبي -وليس القانون الليبي- المتفقة مع مبادئ القانون الدولي، وفي حالة وجود هذه المبادئ المشتركة بينهما فيخضع العقد للمبادئ العامة، أمّا في حالة عدم ملاءمة مبادئ القانون الليبي مع مبادئ القانون الدولي فيقوم المحكم بتطبيق القانون الدولي، ولا شك أنّ هذه الحيلة لجأ إليها المحكم من أجل استبعاد القانون الليبي.

وفي التحكيم المصرفي من الممكن النص على تطبيق الأعراف المصرفية كقانون المحكمين، وإلزامهم بوسائل إثبات اتفاقية بين الأطراف، وتجنب قواعد تنازع القوانين وإجراءات المحاكمات، لتجنب الوقت المهدور في إجراءات شكلية، وطبعاً دون أن يؤثر ذلك في المبادئ الأساسية لاحترام حق الدفاع وتبادل الدفع والمساواة في المعاملة بين المتنازعين⁽⁴⁰⁾.

الخاتمة

أولاً- الخلاصة:

تناول البحث موضوع التحكيم في المنازعات المصرفية، حيث يعتبر التحكيم المصرفي وسيلة بديلة لحل المنازعات التي تحدث بين بين المصرف والعميل، ويتم اللجوء إليه نظراً للمزايا التي يقدمها من سرعة ومرونة وسرية وخبرات لدى المحكمين قد لا تتوفر في القضاء، وكذلك ضماناً لحياة المحكم خشيّة من انحياز القاضي لقوانين أو مواطني بلده، ولتلافي الأحقاد بين الخصوم، وللحصول على حكم نهائي قابل للتنفيذ دولياً، وتشجيعاً للاستثمار، ومراعاة لخصوصية العمليات المصرفية.

³⁹ - Clunet 1977 p 350 مشار إليه في أبو العلاء علي النمر: ص 64.

⁴⁰ - موسى خليل ميري، وأديب مفضي ميالة: ص 32.

ثانياً- النتائج:

- التحكيم في المنازعات المصرفية يمتاز بعدة مزايا، جعلت منه وسيلة بديلة وفعالة للفصل في المنازعات، حيث يوفر الوقت والجهد والخصوصية والمرونة، ويخفف العبء عن كاهل القضاء.

- يوفر التحكيم المصرفي السرية في المعاملات المصرفية بين المصرف والعميل، وفي هذا يختلف عن القضاء الذي تعتبر العلانية من أهم مبادئه.

- يحتاج التحكيم المصرفي لخبرة خاصة بالعمليات المصرفية وبالتحكيم واختصاص فني في هذا المجال.

- لما كان النشاط الرئيسي للمصارف هو التعامل في النقود، وما تتعرض له من تقلبات في سعر الصرف، فإن التحكيم المصرفي كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن العمليات المصرفية يكون هو الأنسب لفض تلك المنازعات، لما يتميز به من بساطة في الإجراءات وقصر مدته، مما قد يبعد الضرر عن المصارف والمتعاملين معها.

- التحكيم المصرفي لا يختلف في طبيعته عن أي نوع من أنواع التحكيم الأخرى، ولكن وجه الخلاف يكمن في الطبيعة الخاصة للمنازعات المصرفية.

ثالثاً- التوصيات:

- تشجيع اللجوء إلى التحكيم المصرفي في منازعات العمليات المصرفية، نظراً لغياب المحاكم الوطنية والدولية المختصة بنظر المنازعات المصرفية وتعزيز ذلك.

- تنفيذ برامج تدريبية لرجال القانون والمصارف، لتفهم خصائص التحكيم وإجراءاته في منازعات المصارف؛ حتى تتحقق الأهداف المرجوة من التحكيم.

- إنشاء مركز خاص بالتحكيم في المنازعات المصرفية.

- إنشاء هيئة تحكيمية تابعة لمصرف ليبيا المركزي، تكون وظيفتها حسم المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية.

- نوصي المصارف الليبية بإدراج شرط التحكيم في المعاملات المصرفية، بحيث يتم اللجوء إلى التحكيم عند حدوث منازعات، وذلك للاستفادة من المزايا التي تمتع بها التحكيم المصرفي.

المصادر

أولاً- الكتب:

- أبو العلاء علي النمر: القانون واجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، القاهرة، ط1، دار النهضة العربية، 1999م.
- أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، القاهرة، ط1، دار النهضة العربية، 2006م.
- أحمد عمر أبو زقية: أوراق في التحكيم، بنغازي، جامعة قاريونس، ط1، 2003م.
- عبدالحميد علي زيادة: اتفاق التحكيم التجاري "دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية والقانونيين المصري والليبي"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2014م.
- محمود مختار أحمد بربري: التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط2، 1999م.

ثانياً- الرسائل العلمية:

- عبد السلام الجنوبي: التحكيم في المنازعات المصرفية الإسلامية "دراسة فقهية- قانونية"، رسالة ماجستير، جامعة الزيتونة، 2016م.
- فلاح بن موسى الزهراني: التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي "دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية"، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2010م.
- سوالم سفيان: الطرق البديلة لتسوية المنازعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014م.

- صالح بن علي بن صالح الصويلح: تسوية المنازعات المصرفية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2010م.
- وضاح نسيم: التحكيم في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، 2017م.

ثالثاً- البحوث:

- أحمد ضامن السمدان: القانون واجب التطبيق في التحكيم التجاري والدولي، مجلة الحقوق والشرعية، العدد الأول، السنة السابعة عشرة، 1993م.
- حسين شحادة الحسين: التحكيم في منازعات العمليات المصرفية، المجلة القضائية، العدد الرابع، 2013م.
- محمد سليم العوا: التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة التجارة والصناعة، دبي، 10-12 مايو 2003م.
- محمد مرسي عبده: التحكيم المصرفي كآلية للحد من مخاطر التحول إلى الاقتصاد الإسلامي، المؤتمر السنوي الثالث والعشرون، الاقتصاد الإسلامي: الحاجة إلى التطبيق وضرورات التحول"، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 6-7 أكتوبر 2015م.
- محمود سمير الشرقاوي: التحكيم في المعاملات المصرفية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة التجارة والصناعة، دبي، 10-12 مايو 2003م.
- موسى خليل ميري- أديب ماضي ميالة: التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول -المثال السوري-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول، 2010م.

تقييم الفكر الاستشراقي لندرة الآيات القرآنية ذات المحتوى القانوني

د. لطيفة علي الفقهي⁽¹⁾

يتناول هذا البحث موضوعاً دقيقاً ومحدداً، وهو موقف المستشرقين⁽²⁾ من ندرة الآيات القرآنية التي تضمنت قواعد ومضامين قانونية باختلاف نظرتهم إلى هذه المضامين، كما سنرى لاحقاً في هذا البحث.

فقد انطلق أغلب أولئك المستشرقين، الذين سنعرض لأرائهم من نقطة أساسية، وهي أن عدد الآيات التي خصصها القرآن الكريم لتلك المضامين القانونية قليل جداً، ولا يمثل إلا نسبة قليلة جداً من مجمل عدد آيات القرآن الكريم، هذه الندرة (وهذا هو جوهر البحث وأساسه) دفعت أولئك الكتاب إلى اتخاذ موقف محدد تجاه القرآن الكريم ومكانته كوثيقة قانونية، هذا الموقف يمكن تحديده في مظهرين اثنين:

الأول: أنه وبسبب ندرة أو قلة عدد الآيات القانونية في القرآن الكريم فإن هذه الآيات بالنسبة لهم لم تتمكن أو تستطع أن تقدم نظاماً قانونياً متكاملاً (a comprehensive legal system) قادراً على تقديم كافة الحلول القانونية لكل المشاكل والقضايا التي من الممكن أن تواجه الإنسان في مختلف العصور والبيئات، هذا الاستنتاج دفعهم إلى القول (وهذا بالنسبة لهذا البحث أكثر القضايا أهمية وخطورة) إن هذه الآيات ما هي إلا حلول فردية جاءت لمعالجة الوقائع التي كانت سبباً في نزولها، وأنها فقدت صلاحيتها للتطبيق في وقتنا المعاصر.

الثاني: إنه وبسبب قلة عدد الآيات القرآنية ذات المحتوى القانوني فإن هؤلاء المستشرقون اتخذوا من ذلك سبباً للقول بأن القرآن الكريم لا يمكن اعتباره مصدراً أساسياً في تكوين الفقه الإسلامي، وأن دوره في تأسيس وبناء هذا الفقه ما هو إلا دور تكميلي وثانوي.

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

² - مصطلح "مستشرق" له معنى ثقافي وعلمي، فيقصد به العالم المختص باللغات والثقافات الشرقية، ومنذ نهاية القرن التاسع عشر أخذ مفهوم "المستشرق" بالتغير في أوجه عدة، بحيث أصبح المستشرقون خبراء داخل المجتمعات الغربية، في جوانب معينة من الإسلام، والمجتمعات الإسلامية.

كل هذه القضايا المشار إليها آنفاً سيتم مناقشتها في هذا البحث، وذلك في بحثين اثنين، في المطلب الأول من المبحث الأول سيتم معالجة ومناقشة مفهوم الآيات القانونية في الفكر الاستشراقي، وإلى أي حد كان هناك توافق أو اختلاف بين المستشرقين أنفسهم حول المدلول الذي أعطي لهذه الآيات، وفي المطلب الثاني من هذا المبحث سنعرض لآراء المستشرقين المختلفة حول عدد الآيات القانونية في القرآن الكريم، وإلى أي حد كان للاختلاف في المفهوم أثر على اختلافاتهم حول عدد هذه الآيات.

وعدد هذه الآيات سيقودنا إلى المبحث الثاني، والذي سيخصص لجوهر هذا البحث وأساسه، وهو كيف نظر المستشرقون إلى ندرة آيات القرآن القانونية، حيث نتناول في المطلب الأول قضية ندرة الآيات القانونية، وإلى أي حد عدّها أولئك المستشرقون مسؤولة عن عدم وجود نظام قانوني متكامل في القرآن، في حين نتناول في المطلب الثاني محاولة ربط المستشرقين لهذه الندرة بإعطاء القرآن الكريم دوراً ثانوياً في تأسيس الفقه الإسلامي.

وينبغي الإشارة هنا إلى أن دورنا في هذا البحث لن يقتصر فقط على عرض آراء هؤلاء المستشرقين، بل سيكون من غايات هذا البحث مناقشة هذه الآراء وإبراز ما يشوبها من قصور ناشئ عن جهل بغايات القرآن الكريم، وكذلك منهجه المتفرد في تناول موضوعاته المختلفة.

المبحث الأول

الآيات القانونية في القرآن الكريم: مدلولها وعددها في الفكر الاستشراقي

في هذا المبحث سنعرض لموضوعين اثنين، أولهما: هو مفهوم الآيات القانونية في الفكر الاستشراقي، أما الثاني؛ فسيهتم باختلاف المستشرقين في تحديد عدد الآيات ذات المحتوى القانوني في القرآن الكريم.

المطلب الأول

الآيات القانونية: "مفهومها ودلالاتها في الفكر الاستشراقي"

من دراستنا لإنتاجات وكتابات المستشرقين حول موضوع الآيات القانونية في القرآن *Qur'anic legal verses* نلاحظ أنه، ومقارنة مع موضوعات أخرى، مثل: الاجتهاد بصوره المختلفة، وتكون المدارس والمذاهب الفقهية، فإن موضوع الآيات القرآنية ذات المدلول القانوني لم يحظ بقدر كاف من البحث والدراسة، هذا الاهتمام الخجول تمثل لنا من خلال عدد الصفحات التي خصصها هؤلاء الكتاب لهذا الموضوع في مؤلفاتهم، حيث لم تتجاوز الأربع صفحات في أغلب المؤلفات التي كانت نطاقا لبحثنا. ومن الأمثلة على هؤلاء الكتاب *Joseph Schacht* في كتابه مقدمة للفقه الإسلامي *An Introduction to Islamic Law* وكذلك كتاب مصادر الفقه المحمدي *(Origins of Muhamaden Law)* وكذلك *Wael Hallaq* في كتابيه مصادر وتطور القانون الإسلامي *(the Origins and Evolution of Islamic law)* وكذلك تاريخ النظريات الإسلامية *(A History of Islamic Legal Theories)* وأخيرا *Yasin Dutton* وكتابه مصادر القانون الإسلام *The Origins of Islamic Law*

وبناء على المفهوم الذي قدمه هؤلاء المستشرقون المشار إلى أعمالهم وغيرهم

لمصطلح الآيات القانونية؛ فإنه يمكن تقسيمهم إلى فريقين اثنين:

الفريق الأول: ويمثله كل من Count Leon، Wael Hallaq، Yasin Dutton

Hashim Kamali، David De Santillana وبالنسبة إلى هذا الفريق فإن مصطلح الآيات القانونية (Qur'anic legal verses) هو رديف لمصطلح آيات الأحكام⁽¹⁾ الذي استعمله العلماء المسلمين الأوائل للإشارة إلى الآيات القرآنية التي تضمنت أحكاماً عملية في شقيها: العبادات والمعاملات، وذلك من أجل تمييزها عن الآيات القرآنية الأخرى التي اهتمت بالشأن التوحيدي أو الأخلاقي، وبالتالي فإنه -ومن وجهة نظر هذا الفريق- فإن الآيات القانونية هي كل الآيات القرآنية التي تضمنت واحداً من الأحكام الشرعية التكليفية الخمسة: الواجب والمندوب والمحرم والمكروه والمباح.

وبناء على هذا المفهوم الذي قدمه هذا الفريق فإن كل آيات الأحكام تعتبر آيات قانونية، بغض النظر عن موضوع هذه الأحكام، سواءً أكانت هذه الأحكام تنظم علاقة الإنسان بالخالق، وهي ما عرفت باسم العبادات (worship) أم علاقة الإنسان بغيره، وهي ما عرفت باسم المعاملات (human actions)، ففي نظر هذا الفريق التكليف الذي تضمنته الأحكام الخمسة السابقة هو التزام قانوني يجب على المكلف أدائه، وهذا بالنسبة لهم ما تعنيه الآيات القانونية، ويرجع هذا الفهم أو التحديد من وجهة نظرنا إلى ترجمة كلمة (حكم) إلى كلمة judgment، والتي تعطي بالنسبة لهم مدلول الإلزام والالتزام، والذي هو تماماً المقصود بكلمة (legal)، وبالتالي فإن الآيات القانونية هي الآيات المتضمنة أحكاماً شرعية أو ما أطلقوا عليه اسم (verses of judgment or injunction).

إلا أن الملاحظ على آراء هؤلاء الكتاب الذين تبناوا هذا الاتجاه في تحديد مدلول

الآيات القانونية أنه في حين أن بعضاً منهم، مثل: Yasin Dutton و Mohammad Hashim أشار بكل صراحة ووضوح إلى أن الآيات القانونية في القرآن هي مرادف لمصطلح آيات الأحكام الذي استعمله العلماء المسلمون الأوائل، نجد الفريق الآخر، مثل

¹-Yasin Dutton: P.61.

Wael Hallaq⁽¹⁾ يشيرون بشكل غير مباشر إلى أن آيات الأحكام إنما هي ما يقصدونه بمصطلح الآيات القانونية، وذلك عندما يشيرون إلى العدد خمسمائة، وهو الرقم المتفق عليه بين العلماء المسلمين القدماء منهم والمعاصرين، باعتباره هو عدد آيات الأحكام.

ويظهر أيضا تأثر الفريق الأول بمصطلح آيات الأحكام في تحديد مفهوم الآيات القانونية في كتابات كل من David De Santillana⁽²⁾ و H. A. R. Gibb⁽³⁾، فكلاهما يرى أن الله سبحانه وتعالى أنزل حدوداً (bound (hadd) تنظم تصرفات الإنسان، وأن هذه الحدود والأحكام بالنسبة لهم، والمتمثلة في الأحكام التكليفية الخمسة المشار إليها آنفاً، هي ما يمكن أن نطلق عليه اسم القانون، ولذا فإننا نستطيع القول أن الآيات ذات المحتوى القانوني لدى أنصار هذا الفريق تشمل كل آيات القرآن الكريم التي تتضمن أحكاماً (verses (continue legal injunctions or judgments من عند الله، موجهة لعباده، بهدف الالتزام بها والعمل بمقتضاها، بغض النظر عن محتوى هذه الأحكام، أي سواء كانت، كما أشرنا آنفاً، تنظم علاقة الخالق بعباده أو علاقة المخلوق بغيره من البشر.

الفريق الثاني:

أنصار هذا الفريق لم يعتمدوا في تحديد مفهوم الآيات القانونية على مصطلحات أخرى، كما فعل أنصار الفريق الأول مع مصطلح (آيات الأحكام)، بل اعتمدت طريقتهم على محاولة تقديم تحليل للمراد بوصف القانونية، ومن أبرز ملامح هذا التحليل هو القول بأنه يوجد معنيين لكلمة قانوني، أحدهما يمكن اعتباره المعنى الواسع للكلمة، والآخر هو المعنى الضيق أو الدقيق للكلمة.

ويعد Joseph Schacht من أوائل المستشرقين الذين قدموا هذا التحليل، وميزوا بين هذين المعنيين للكلمة، فمن وجهة نظره عند وصف آيات القرآن بوصف القانونية، لا بد من التمييز بين تلك الآيات التي تضمنت الأوامر الإلهية بشكل عام، دون النظر في موضوع هذه

¹ - Weal B, Hallaq: p. 150.

² - David De Santillana: p. 289.

³ - H. A. R. Gibb: p. 99-100.

الأوامر، وهذا ما يعنيه بالمعنى الواسع لكلمة قانوني، أو ما أطلق عليه اسم (Allah's commands)، وبين الآيات التي عالجت الموضوعات القانونية بالمعنى الاصطلاحي أو الفني لهذه الكلمة، وهو ما عبر عنه بالمعنى الضيق أو الدقيق لكلمة قانوني⁽¹⁾.

وتعد الآيات القرآنية التي عالجت مسائل من مثل الزواج والطلاق والميراث والجرائم والعقوبات والمعاملات الاقتصادية عند Joseph Schacht آيات قانونية بالمعنى الضيق أو الدقيق للكلمة؛ لأنها عالجت موضوعات تعد قانونية بالمفهوم المعاصر والحديث لهذه الكلمة. وبالتالي، واعتماداً على وجهة نظر Joseph Schacht، كل ما عدا هذه الآيات السابقة لا تعد آيات قانونية بالمعنى الضيق للكلمة، وإن تضمنت أوامر إلهية، وذلك كآيات المنظمة للعبادات على سبيل المثال، فهذه الآيات الأخيرة، وإن تضمنت أوامراً وأحكاماً واجبة الاتباع والتطبيق، إلا أن موضوعات هذه الآيات لا يمكن أن تدرج أو تصنف تحت قائمة الموضوعات القانونية المتعارف عليها في وقتنا المعاصر.

أما Tahir Marten فيتفق تماماً مع وجهة نظر Joseph Schacht وذلك عندما يقرر بكل وضوح أن الآيات التي يمكن أن يطلق عليها مسمى الآيات القانونية هي تلك التي عالجت موضوعات القانونية عادة ما تتولى القوانين الوضعية تنظيمها، والمتمثلة في الآتي:

- قانون الزواج والأسرة.
- قانون الملكية والخلافة.
- قانون التجارة والعقود.
- قانون الجرائم والعقاب.
- قانون المجتمع والحكومة⁽²⁾.

ولم يقدم علماء هذا الفريق، أمثال N. J. Coulson و Marten D. Goitein حصراً لآيات القرآن الكريم التي يمكن أن توصف بالقانونية، كما فعل Joseph Schacht و Tahir Marten، بل أشاروا فقط إلى المعنى الضيق لمصطلح (قانوني)، والذي بالنسبة

¹ - Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, P. 112.

² - Tahir Marten: Vol. 4, No. 5, 1987, p. 2.

لكليهما هو المقصود عند وصف بعض آيات القرآن بالقانونية. فمن وجهة نظرهم آيات القرآن الكريم التي يمكن وصفها بأنها ذات محتوى قانوني، هي تلك الآيات التي عالجت موضوعات قانونية خالصة، أو كما وصفها D. Goitein ⁽¹⁾ purely as legal matters أو موضوعات قانونية بالمعنى المحدود والضيق للكلمة legal topics in the strict sense of the terms، كما عبر عن ذلك N. J. Coulson ⁽²⁾.

المطلب الثاني

اختلاف المستشرقين حول عدد الآيات القرآنية ذات المدلول القانوني

من الطبيعي والبدهي جداً أن يكون لاختلاف المستشرقين وتعدد آرائهم حول مدلول الآيات ذات المحتوى القانوني أثر كبير في تعيين وتحديد عددها في القرآن الكريم، فالفريق الأول، الذي ذهب إلى أن الآيات القانونية هي مرادف لآيات الأحكام، حدد الرقم 500 باعتباره هو عدد هذه الآيات في القرآن الكريم، إلا أنه تنبغي الإشارة هنا إلى أن من أنصار الفريق الأول من جاء بأرقام أخرى مختلفة ومتباينة، ولم يتقيد بالعدد 500 باعتباره رقماً توافقياً لدى أغلب العلماء المسلمين قدامى ومعاصرين. فنجد Hashim Kamali على سبيل المثال يقرر أن عدد الآيات ذات المحتوى القانوني لا يتجاوز 350 آية ⁽³⁾ في حين نجد كلاً من John Esposito و N. J. Coulson يقرران أن عدد الآيات القانونية في القرآن لا يتجاوز 80 آية ⁽⁴⁾.

وفي حقيقة الأمر أهم الانتقادات التي يمكن أن توجه للكتاب الذين اقترحوا أرقاماً غير متعارف عليها (350-80)، ولم يتقيدوا بالعدد المتفق عليه، وهو 500 آية، أنهم لم يقدموا

¹-S.D. Goitein: p. 23.

²- N.J. Coulson: p. 20.

³- Mohammad Hashim Kamali: p.375.

⁴- N.J. Coulson: p. 12, John L. Esposito: p. 76.

دليلاً على الأرقام التي تقدموا بها، بمعنى أنه لم نجد في كتاباتهم تبريراً أو تفسيراً لاختيارهم هذه الأرقام تحديداً.

إضافة إلى هذا الاتجاه الذي تقدم بأرقام محددة للآيات القانونية في القرآن الكريم، فإن هناك عدداً من المستشرقين لجأ إلى عدم التعيين والتحديد الدقيق في حصر هذه الآيات، وذلك بتقديمهم أرقاماً يمكن وصفها بأنها تقريبية أو تقديرية، والمثال الأبرز لهذا الفريق هو Abdullah Saeed وWilliam Shepherd ففي حين يرى الأول أن عدد الآيات ذات المحتوى القانوني يتراوح بين 100 و500 آية⁽¹⁾، يرى الثاني أن عدد هذه الآيات يتراوح بين 80 و500 آية قرآنية⁽²⁾.

هذا التضارب والتفاوت في عدد الآيات القانونية المشار إليها آنفاً يعكس في اعتقادنا تضارباً في تحديدهم لمفهوم آيات القرآن القانونية.

وعلى الرغم من اختلاف المستشرقين حول العدد الدقيق لهذه الآيات، إلا أننا نجد أنهم يتفقون على نقطة أساسية، وهي ندرة وقلة عدد الآيات القانونية في القرآن الكريم، وأنها تشكل نسبة ضئيلة جداً من العدد الإجمالي لآيات القرآن الكريم، فالمستشرق N. J. Coulson على سبيل المثال يبرر هذه الندرة بالقول أن وظيفة القرآن الأساسية هي تنظيم المسائل الروحية والأخلاقية، وأنه لا يتعرض للمسائل القانونية إلا بشكل عرضي وثانوي.

"While the Qur`ānic Legislation, then, is predominantly ethical in Quality, the quantity is not great by any standards. It amounts in all to the religious duties and ritual practices of prayer, fasting, and pilgrimage. No more than approximately eighty verses deal with legal topics in the strict sense of the term"⁽³⁾.

¹ - Abu `Al` al- Mūdūdī: p. 74.

² - William Shepard: p. 127.

³ - N. J. Coulson: p. 19.

في حين أن التشريع القرآني أخلاقي في طبيعته، فإن الكمية (أي الآيات القرآنية القانونية) ليست كثيرة بأي مقاييس. إنها تشمل الواجبات الدينية وممارسة الشعائر من صلاة وصوم وحج. الآيات التي تعاملت مع المواضيع القانونية بالمعنى الضيق للكلمة لا تتعدى 80 آية.

هذه العبارة التي ذكرها N. J. Coulson، والتي أكد فيها الاهتمام العرضي وغير الأساسي للقرآن الكريم بالشأن القانوني، هي التي دفعت عددا من المستشرقين، بل وكذلك المسلمين إلى الحكم على الآيات القرآنية التي عالجت الشأن القانوني بأنها مجرد حلول وقتية، وأنها مناسبة فقط وملائمة للعصر الذي نزلت فيه، وأنه لم يعد بالإمكان تصور تطبيقها في وقتنا الحالي، ومن أبرز المتأثرين بمقولة N. J. Coulson هو صادق بلعيد الذي نجده يقرر "إن مجاء في القرآن من تشريع ما هو إلا قليل جداً، ويمكن تقديره احصائياً بـ 7،2% من مجموع الآيات القرآنية"⁽¹⁾، ويستمر قائلاً: "ما يسميه الفقهاء بـ (التشريع القرآني) هو شيء طفيف كمياً، ثم هو عرضي؛ فأكثر الآيات الحُكمية والتشريعية في القرآن جاءت لسبب أو مناسبة، ولم يشرع القرآن للمسلمين في الكبيرة والصغيرة، ولكن جاءت صدف ومناسبات، استدعت هذا التشريع".

وقبل الانتهاء من هذا المطلب نود أن نشير إلى أنه كما كان هناك من العلماء المسلمين المعاصرين من تأثر بأراء الكتاب الغربيين واستنتاجاتهم، فإن هناك من نأى بنفسه عنها، وأسس رأيه بخصوص عدد آيات القرآن القانونية على نحو مستقل، معتمداً فيه على نصوص القرآن الكريم ذاته، ولعل النموذج الأوضح لتلك المحاولات ما قام به عبد الوهاب خلاف من حصر لآيات القرآن القانونية، والتي حددها على النحو التالي: 70 آية تتعلق بالأسرة وتنظيم العلاقة بين الزوجين، و70 آية أخرى تتعلق بالأحكام المدنية التي تتعلق بمعاملات الأفراد فيما بينهم ومبادلاتهم من بيع وإجارة ورهن وكفالة وشركة ومداينة، و30 آية أخرى في القرآن يرى عبد الوهاب خلاف أنها خصصت للأحكام الجنائية، وهي التي

¹ - صادق بلعيد: ص. 34.

تتعلق بما يصدر عن المكلف من جرائم وما يستحقه من عقوبات، ويقصد بها حفظ حياة الناس وأموالهم وأعراضهم وحقوقهم، و13 آية قرآنية خصصت لأحكام المرافعات، وهي التي تتعلق بالقضاء والشهادة واليمين، ويقصد بها تنظيم الإجراءات لتحقيق العدل بين الناس، و25 آية في القرآن الكريم خصصت للأحكام الدستورية، والتي تتعلق بمعاملة الدولة الإسلامية لغيرها من الدول وبمعاملة غير المسلمين في الدولة الإسلامية، ويقصد بها تحديد علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول في السلم والحرب وتحديد علاقة المسلمين بغيرهم في بلاد الدولة الإسلامية، و10 آيات قرآنية خصصها القرآن الكريم للأحكام الاقتصادية والمالية، وهي التي تتعلق بحق السائل والمحروم في مال الفيء، وتنظيم الموارد والمصارف، ويقصد بها تنظيم العلاقات المالية بين الأغنياء والفقراء، وبين الدولة والأفراد⁽¹⁾.

¹- عبد الوهاب خلاف: ص 28

المبحث الثاني

تقييم المستشرقين لندرة الآيات القانونية في القرآن الكريم

إن قلة عدد الآيات القرآنية ذات المحتوى القانوني ظاهرة واضحة لا يمكن أن ينكرها متأمل في كتاب الله سبحانه وتعالى، كما بينا ذلك في المبحث الأول، لكن السؤال الذي يهمنا، والذي نحاول الإجابة عليه في هذا المبحث هو: "كيف نظر المستشرقون إلى هذه الندرة أو القلة لآيات الله ذات المدلول القانوني؟" و"إلى أي حد كانت هذه النظرة مسؤولة"، كما سيتضح لنا من خلال هذا المبحث، عن كثير من تقييماتهم وآرائهم حول القرآن الكريم.

في هذا المبحث سنتطرق لقضيتين مهمتين، الأولى: هي كيف ربط المستشرقون بين ندرة الآيات القانونية وبين الحكم بانعدام وجود نظام قانوني متكامل في القرآن الكريم، أما القضية الثانية، والتي لا تقل أهمية عن الأولى؛ فهي: إلى أي حد كانت ندرة آيات القرآن القانونية مسؤولة عن تقليل مساهمة القرآن الكريم في نشأة الفقه الإسلامي وتطوره.

المطلب الأول

قلة الآيات القانونية في القرآن وأثرها في إضعاف طبيعتها الإلزامية

تبين لنا من دراستنا للمبحث الأول أن الكتّاب الغربيين اتفقت كلمتهم على أن القرآن الكريم لم يخصص عدداً كبيراً من آياته للموضوعات القانونية، وبناء عليه فإنه لم يستطع من وجهة نظرهم أن يقدم من خلال هذه الآيات نظاماً قانونياً متكاملاً ومفصلاً، يعالج كل الموضوعات والقضايا ذات الطابع القانوني، بل كل ما يمكن أن نجده هو بعض الآيات المتفرقة التي تنظم بدورها موضوعات متنوعة ومختلفة، تتنوع كما يقول N. J. Coulson ما بين ملابس النساء وتقسيم غنائم الحرب إلى تحريم لحم الخنزير وعقوبة الجلد لجريمة الزنى⁽¹⁾.

¹-N. J. Coulson: p. 24.

ومن أجل تأكيد هذه الفرضية حاول عدد من المستشرقين، وعلى رأسهم Joseph Schacht، التقليل من الدور القانوني للقرآن الكريم، وذلك من خلال التركيز على أدوار أخرى له، باعتبارها هي الأهداف الأساسية للقرآن الكريم، ولخص Joseph Schacht قناعته تلك بالقول: "the Qur'an is essentially ethical and only incidentally legal" "إن الاهتمام الأول للقرآن الكريم انصب على النواحي الأخلاقية، وأنه لم يهتم بالشأن القرآني إلا بشكل عرضي"⁽¹⁾.

هذه الدعوة التي أطلقها Schacht تم تبنيها من قبل مستشرقين كثر دون أي محاولة منهم للبحث عن دليل يؤيد صحة ما ذهب إليه، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى المكانة التي يحتلها هذا المستشرق الشهير في عالم الاستشراق، والتي دفعت بعض الكتاب الغربيين إلى اعتباره الأب للدراسات الاستشراقية في القرن العشرين، ومن أبرز المستشرقين المتأثرين بهذه الدعوة Coulson، والذي يرى أن الهدف الأساسي للقرآن الكريم هو تنظيم علاقة الإنسان بخالقه، وليس علاقة البشر فيما بينهم⁽²⁾.

في حقيقة الأمر الحكم بالعرضية على اهتمام القرآن الكريم بالشأن القانوني يعد من أهم المغالطات التي وقع فيها الكتاب الغربيون، فنظرة في نصوص القرآن الكريم وفي منهجه الذي اتبعه في عرض موضوعاته تكشف لنا أنه اهتم بكل موضوعاته التي عالجه بشكل متعادل ومتساوٍ، وأنه لا يمكن الجزم أو القطع بأن هناك موضوعاً محدداً استأثر باهتمام القرآن الكريم، وأن ما عداه يعد موضوعات ثانوية وأقل أهمية⁽³⁾.

والحكم بالعرضية على تناول القرآني للشأن القانوني دفع بعض المستشرقين إلى القول بأن الآيات القرآنية القليلة التي خصصت للشأن القانوني عجزت عن تقديم نظام قانوني شامل، (comprehensive legal system) أو نظام كامل وتفصيلي (complete and detailed system). فبالنسبة لأولئك المستشرقين، وعلى رأسهم Coulson ما

¹-Joseph Schacht, An Introduction to Islamic Law p.44

²-N. J. Coulson: p.56

³- لطيفة علي الفقيهي: ص.17

يوجد في القرآن الكريم من آيات قانونية ما هو إلا آيات متفرقة، عالجت موضوعات مختلفة، لا رابط يمكن أن يوجد بينها. هذا الوضع لهذه الآيات جعلهم لا يرون فيها إلا مجرد حلول فردية، جاءت إجابات لأسئلة أو حلولاً لوقائع، وأنها مرتبطة فقط بزمان وبيئة نزولها، وأنها فقدت صلاحيتها للتطبيق في وقتنا المعاصر؛ لأنها فقدت اتصالها بتلك البيئة، وعليه فهذه الآيات القانونية لا يمكن أن ينظر إليها على أنها قواعد قانونية لها صفة الإلزام والدوام.

ويعبر Coulson عن هذا الموقف للمستشرقين بأبلغ تعبير عندما يقول:

"They often have the appearance of *ad hoc* solutions for particular problems rather than attempts to deal with any general topic comprehensively"⁽¹⁾.

"الآيات القرآنية غالباً ما تأخذ هيئة الحلول الظرفية لمشاكل محددة عوضاً على أن تحاول التعامل مع موضوع عام بشكل شامل".

ومن الكتاب الذين تبنا وجهة نظر Coulson هو Abdullah Saeed والذي نجده يبرر موقفه المؤيد لعدم صلاحية الآيات القانونية للتطبيق في الوقت المعاصر من خلال تفريقه بين العبادات (worship) والمعاملات (transaction). فمن وجهة نظره النصوص القرآنية المنظمة للعبادات تتميز بالثبات، وبصلاحيتها للتطبيق في كل الأزمان والأماكن؛ لأنها جاءت من عند الله والرسول، وليس لبيئة النزول أثر في تحديد تفاصيلها، أما النصوص المنظمة للمعاملات فميزتها التبدل والتغير الدائم، وبالتالي فهو يصفها بأنها متغيرة؛ وذلك لأن هذه الآيات جاءت مرتبطة ومناسبة لبيئة النزول وزمانه، وطالما أن كليهما (البيئة والزمن) قد تبدلا واختلافا فمن الطبيعي أن تتبدل نصوص المعاملات على نحو يوافق زماننا وبيئتنا⁽²⁾.

وبعد عرضنا لآراء هؤلاء المستشرقين نستطيع القول أن القرآن الكريم في حقيقة الأمر ليس كتاب قانون أو أي علم آخر من العلوم، إنما هو كتاب نظمت فيه الموضوعات بما يكفل تحقيق هذه الغاية. هذه الحقيقة يؤكدتها محمد إقبال في كتابه تجديد الفكر الديني، عندما

¹ - N. J. Coulson: p. 13.

² - Abdullah Saeed: p. 56.

يقرر: "إن القرآن الكريم ليس مدونة قانونية، إنما هو كتاب هداية، احتوى على العديد والكثير من الموضوعات، منها ما يتعلق بالأمور العقائدية التي تنظم صلة الإنسان بخالقه سبحانه وتعالى، ومنها الآيات التي رسمت للإنسان المنحى الأخلاقي الذي على الإنسان أن يلتزمه في معاملاته وعلاقاته بغيره من البشر والثالثة التي تحدد للمسلمين الإطار السليم الذي ينبغي أن تتم من خلاله معاملاتهم وعلاقاتهم بمختلف صورها"⁽¹⁾.

ولذا فإننا لا نتوقع، بناء على هذا الفهم لغايات القرآن الكريم وأهدافه، أن نجد في القرآن الكريم نظاماً قانونياً متكاملاً ومفصلاً، كما طالب بذلك الكتاب الغربيون المشار إليهم سابقاً، والسبب في ذلك من وجهة نظرنا يتحدد في القول بأن وضع القواعد المفصلة التي تنظم مختلف أشكال العلاقات بين البشر ليست هي غاية القرآن الأساسية، وعليه فخلوه من مثل هذا النظام المفصل لا يمكن أن يعد نقصاً أو نقيصة فيه، ولا يمكن أن يكون مبرراً أو سبباً للتقليل من القيمة والأهمية القانونية لتلك القواعد والنظر إليها على اعتبار أنها حلول فردية، جاءت خاصة بالمسائل التي كانت سبباً في تنزلها.

عليه، وانطلاقاً من هذا البحث، فإننا ندعو إلى التركيز على الجانب الإيجابي لقلة عدد الآيات القرآنية في القرآن الكريم، وهذه النظرة الإيجابية تنطلق من الاعتراف، وبكل وضوح، بندرة وقلة الآيات القانونية في القرآن الكريم، ومحاولة إيجاد الأسباب ومعرفة الحكمة وراء هذه الندرة، وهذه الحكمة من وجهة نظرنا يمكن أن تبرر بالقول أن الله سبحانه وتعالى لم يستوعب كل شؤون الخلق تنظيمياً وتحديداً، إنما أوكل للإنسان مهمة أن يضع لنفسه هذا النظام القانوني المفصل والمتكامل، مهتدياً في ذلك بالأسس والقواعد العامة التي وضعها الله سبحانه وتعالى، وإعطاء الإنسان هذه الصلاحية والقدرة هي التي جعلت من التشريع القرآني غاية في اليسر والمرونة، بل والصلاحية للتطبيق في كل الأزمان والبيئات، لأنه لم يأت مستوعباً كل

¹-Mohammad Iqbal: p.67.

الجزئيات والتفاصيل، وإنما ترك تلك المهمة للإنسان، يؤديها في كل زمن على النحو الملائم لأوضاعه وأحواله⁽¹⁾.

وبناء على كل ما تقدم نستطيع القول إن قلة عدد الآيات القانونية في القرآن الكريم هو واقع لا يمكن لأحد أن ينكره، ولكن هذه القلة لا يمكن أن تكون سبباً أو دافعاً للحكم على هذه الآيات بأنها جاءت حلولاً فردية وخاصة فقط للوقائع التي كانت سبباً في نزولها، وأنها لم ترتق لأن تشكل نظاماً قانونياً واجباً وصالحاً للتطبيق في كل الأزمان والبيئات، وهذا الحكم الذي أصدره المستشرقون بحق آيات القرآن القانونية يعد بالإضافة إلى كونه حكماً يعوزه البرهان والدليل، فهو كذلك يمثل فهماً ونظرة سلبية جداً لمكانة الآيات القانونية في القرآن الكريم.

المطلب الثاني

القرآن الكريم كمصدر أساسي للفقهاء الإسلامي

من النتائج التي رتبها المستشرقون على قلة عدد الآيات ذات المدلول القانوني في القرآن الكريم، وعدم قدرتها على تقديم نظام قانوني متكامل، هو ادعاؤهم بأن القرآن الكريم ليس مصدراً أساسياً للفقهاء الإسلامي، وأنه لم يكن له دور جوهري في تشكل هذا الفقه وتحديد ملامحه. فالفقه الإسلامي استمد مادته الأساسية، كما يرى الكتاب الغربيون، من مصادر أخرى تمثلت في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم واجتهادات الأئمة في العصور المختلفة، وبالرجوع إلى جذور هذا الاستنتاج نجد أن Joseph Schacht يعتبر من أوائل المستشرقين الذين شككوا في أهمية القرآن الكريم ودوره في بناء الفقه الإسلامي، ففي كتابه *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*، حاول أن يعيد ترتيب مصادر الفقه الإسلامي، واعتبر أن القرآن الكريم ما هو إلا مصدر ثانوي للفقهاء الإسلامي، وأن هناك مصادر أخرى كانت أكثر أهمية وفاعلية في تأسيس هذا البناء. فمن وجهة نظر Schacht لو فحصنا التأثير التاريخي في تكوين الفقه في مراحل المبكرة، فإننا نخلص لنتيجة مفادها أن هذا

¹ - عبد المجيد النجار: ص 25

الفقه لم يشتق من القرآن مباشرة، ولكنه كان نتيجة لتطور الحياة إبان الدولة الأموية، وما تضمنه هذا التطور من الاجتهادات والتطبيقات العملية التي اختلفت وتنوعت طبقاً لاختلاف البيئات⁽¹⁾.

ثم نجده في موضع آخر يحاول استدراك ما صدر عنه من تجاهل لدور القرآن الكريم في بناء الفقه الإسلامي فيقول: "لا يمكن إنكار احتواء القرآن على القواعد القانونية المنظمة لأحوال الشخصية والإرث والشعائر، ولكن بالإضافة إلى هذه القواعد القانونية المبنوثة في القرآن هناك العديد من القواعد والمعايير الأخرى مشتقة من القرآن، دخلت الفقه الإسلامي في المرحلة الثانية من تطوره"².

ويتفق المستشرق Wansbrough تماماً مع وجهة نظر Schacht، وذلك عندما يقول: "على الرغم من وجود بعض القواعد القانونية المستمدة بشكل مباشر من القرآن الكريم، كقواعد الإرث ومسائل الأحوال الشخصية، إلا أن هذا لا يغير من حقيقة أن الفقه الإسلامي لم تستمد أحكامه وقواعده من القرآن الكريم"⁽³⁾.

يرى H.A.R. Gibb بدوره أن القرآن الكريم وسنة الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام ليسا هما المصدر الأساسي في نشأة الفقه الإسلامي، كما يذهب إلى ذلك علماء كثر، إنما الأساس الحقيقي في نشأة الفقه الإسلامي وتطوره يرجع إلى اجتهادات العلماء واستنباطاتهم، أو كما يعبر عنها (the attitude of mind)⁽⁴⁾.

وعلى خلاف المستشرقين السابقين نجد أن Patricia Crone تعتبر أن أحاديث الرسول عليه الصلاة والسلام هي المصدر الأساسي للفقه الإسلامي، فمن وجهة نظرها أن هناك عدداً من القواعد القانونية التي يعود مصدرها إلى القرآن الكريم أو القياس أو الاستحسان

¹ - Joseph Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, p. 224.

² - Op.cit, p. 230.

³ - John Wansbrough: p. 44

⁴ - H. A. R. Gibb: p. 91.

وغيرها من مصادر الفقه الأخرى، إلا أن سنة الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام تظل هي المصدر الحقيقي للفقه الإسلامي⁽¹⁾.

ويجب التنويه إلى أن آراء Joseph Schacht بخصوص مكانة القرآن الكريم في تشكل الفقه الإسلامي، قد تعرضت في السنوات السابقة للنقد من قبل المستشرقين أنفسهم، وذلك بعد أن تم قبولها لسنوات كحقيقة مسلم بها⁽²⁾، ومن أبرز المنتقدين لآراء Joseph Schacht هو Yasin Dutton الذي يرى أن القرآن الكريم هو المصدر الأول والأساسي للفقه الإسلامي، وأنه أيضاً بمثابة العمود الفقري لهذا الفقه the Qur'an was the backbone of Islamic Law، فبالنسبة لهذا المستشرق مكانة القرآن الكريم لا ينبغي أن تقاس أو تعتمد على عدد الآيات القرآنية التي خصت لمعالجة الموضوعات القانونية، بمعنى أن ندرة هذه الآيات لا ينبغي أن تكون سبباً في التقليل من أهمية القرآن الكريم في تأسيس الفقه الإسلامي⁽³⁾.

كذلك نجد Weal B. Hallaq هو الآخر لم يربط بين أهمية وجوهية القرآن كمصدر للفقه الإسلامي وبين عدد آياته ذات المحتوى القانوني، فهو يعلن بكل صراحة أن عدد آيات القرآن القانونية قليل جداً، ويصفها بأنها ضئيلة وثنائية 'Minor or 'exiguous'، ولكنه يؤكد كما أكد Yasin Dutton أن قلة هذا العدد لا يمكن أن يكون سبباً للتقليل من أهمية القرآن الكريم كمصدر للفقه الإسلامي. فمن وجهة نظر Hallaq مركزية القرآن الكريم بالنسبة للفقه الإسلامي تنبع من قدرته على صبغ هذا الفقه بصبغته الدينية والفكرية أكثر من قدرته على تزويده بالقواعد القانونية الموضوعية.

"The centrality of the Qur'an in the Shari'a stems more from theological and intellectual considerations of the Law and

¹- P. Crone: p. 23.

²-Michael Bonner: p.343

³-Yasin Dutton: p.161.

less from its ability to provide substantive legal subject matter".⁽¹⁾

"تتبع مركزية القرآن في الشريعة من الاعتبارات الدينية والفكرية للقانون أكثر من قدرتها على تقديم مادة قانونية ثابتة ودائمة".

أخيراً نجد D. Goitein يتبنى هو الآخر الرأي المؤكد لمركزية القرآن الكريم في بناء الفقه الإسلامي، إلا أنه يتبع أسلوباً مختلفاً عما اتبعه سابقوه، ولتوضيح ذلك نقول إنه في حين اعتمد Weal B. Hallaq في إثبات هذه المركزية بالتركيز على الأثر الذي تركته الآيات القانونية النادرة والقليلة على توجهات ومسار الفقه الإسلامي، نجد أن D. Goitein يلجأ إلى لغة دفاعية وتبريرية، هدفها إثبات أن آيات القرآن الكريم القانونية سوف تبدو كثيرة ووفيرة إذا ما تم التركيز على ميزتين اثنتين لهذه الآيات.

أولهما: أن هذه الآيات تتميز دون سواها من آيات القرآن الكريم بطولها، ففي حين يتراوح طول آيات القرآن بشكل عام ما بين سطر واحد وثلاث أسطر، نجد أن الآيات القانونية تتكون من ستة أسطر وأكثر، الدليل الذي يقدمه D. Goitein على هذه الميزة هو الآية 282 من سورة البقرة، أو ما يعرف بآية الدين، والتي يصل عدد أسطرها إلى خمسة عشر سطراً. ولذا إذا ما أخذنا بعين الاعتبار طول هذه الآيات عند الحديث عن عدد الآيات القانونية في القرآن فإن الوضع والصورة، كما يقول D. Goitein، ستختلف تماماً، وسيتضح أن هذه الآيات تشغل حيزاً من القرآن الكريم أكثر من الحيز المتصور.

ثانيهما: أنه في حين نجد ظاهرة التكرار هي السمة الغالبة على آيات القرآن الكريم، إذ نجده يكرر كلماته، وبدايات جملته وآياته، وقصصه وأنبيائه، مثل قصص الأنبياء مع أقوامهم، وذكر الجنة ونعيمها، والنار وجحيمها، فإن الآيات القانونية تمثل استثناء على هذه الأصل، إذ من النادر جداً أن نجد هذه الآيات تتكرر لأكثر من مرة في نصوص القرآن الكريم، ولذا فإنه اعتماداً على هذا التحليل فإن D. Goitein يرى أن تجاهل واغفال هذه الميزة هو المسؤول

¹-Weal B. Hallaq: p. 149- 150

عن اعتقاد بعضهم بقلة هذه الآيات مقارنة لها مع الآيات الأخرى التي عادة ما يتم تكرارها مرات عديدة.

وفي اعتقادنا أن التأكيد على أهمية القرآن الكريم كمصدر أساسي وجوهري للفقهاء الإسلامي لا ينبغي أن تتم من خلال التأكيد على الكثرة العددية لهذه الآيات، وإنما من خلال إظهار فاعلية ومركزية هذه الآيات، وفاعلية هذه الآيات يبرزها المنهج الفريد الذي اتبعه القرآن في تناوله لموضوعاته ذات الطبيعة القانونية، والمتمثل في أسلوب الإجمال والتفصيل، فكل ما أراده الله من الأحكام ثابتاً وبقياً أتى فيه بالتفصيلات، وحدده تحديداً دقيقاً، بعد به عن الاختلافات، ونأى به عن الزلل، وذلك ضماناً لبقائه على صورة واحدة، لا تختلف باختلاف الزمان والمكان. هذا النهج نجده واضحاً في تشريع المواريث، حيث تحددت أنصبة الورثة تحديداً دقيقاً، وفي ذكر المحرمات من النساء، وفي توضيح الجرائم والعقوبات المقدرة لها.

بينما في موضوعات أخرى لها طابع التغير والتجدد يلتزم القرآن الكريم بالمنهج الإجمالي الذي يكتفي فيه بوضع الأسس والقواعد العامة، تاركاً مهمة وضع التفاصيل والجزئيات للبشر في مختلف العصور والبيئات على النحو الذي يحقق مصالح وغايات هذه الأسس والقواعد، ولعل أبرز مثال على ذلك تنظيم القرآن الكريم لقضية نظام الحكم، فالنص القرآني اكتفى بالإشارة إلى قيمة الشورى، لتكون هي الأساس في علاقة الحاكم بالمحكوم، تاركاً اختيار شكل الحكم للبشر، يتوافقون عليه على النحو المحقق لمصالحهم.

ولذا فإننا نستطيع القول أن نهج الإجمال والتفصيل، وما ترتب عليهما من منح الآيات القانونية لوصفي الثبات والمرونة هما القادران على التأكيد على المكانة المتميزة والجوهرية التي يحتلها القرآن الكريم في تأسيس الفقه الإسلامي، إذ من خلال هذين الوصفين (الثبات والمرونة) استطاع الفقه الإسلامي أن يضمن ثباته ورسوخه، وفي ذات الوقت يحافظ على تجده وقدرته على البقاء مواكباً لتطورات العصر واحتياجاته.

الخاتمة

دراستنا لندرة الآيات القانونية من منظور الفكر الاستشراقي كشف لنا عن عدد من النتائج والأحكام التي أصدرها الكتاب الغربيون، ومن أهم هذه النتائج أن مفهوم الآيات القانونية لم يكن محدداً على نحو متفق عليه لدى أولئك الكتاب، ففي حين ذهب بعضهم إلى أن الآيات القانونية تشمل كل آيات الأحكام، بغض النظر عن موضوعها، سواء أكانت عبادات أم معاملات، ذهب الفريق الآخر إلى تضيق مفهوم هذه الآيات، لتشمل فقط تلك التي تضمنت موضوعات قانونية بالمعنى الضيق أو الدقيق للكلمة.

هذا التفاوت في الفهم ترتب عليه بطبيعة الحال اختلافهم في تحديد عدد هذه الآيات، ففي حين ذهب الفريق الأول إلى حصرها في 500 آية قرآنية، لم تتجاوز 80 آية لدى الفريق الثاني.

ورغم اختلاف المستشرقين حول عدد هذه الآيات، إلا أنهم اتفقوا على أن هذا العدد قليل ومحدود، ولا يشكل إلا نسبة ضئيلة من مجمل عدد آيات القرآن الكريم، وندرة هذه الآيات دفعت المستشرقين، كما استنتجنا من هذا البحث، إلى إصدار بعض الأحكام بخصوص الاهتمام الذي أولاه القرآن الكريم للموضوعات ذات الطبيعة القانونية. أول هذه الأحكام وأكثرها خطورة وإجحافاً بحق القرآن الكريم هو قولهم أن القرآن لم يقدم للمسلمين نظاماً قانونياً متكاملًا، وبالتالي فإنهم، وبناء على هذا الاستنتاج، قفزوا إلى نتيجة أكثر خطورة وإجحافاً، مفادها أن آيات القرآن القانونية، وما تضمنته من أحكام وقواعد، ما هي إلا حلول فردية للمشاكل والقضايا التي كانت السبب في تنزيلها، إنها بالتالي فقدت صلاحيتها للتطبيق في وقتنا المعاصر.

الحكم الثاني الذي أصدره المستشرقون بحق القرآن الكريم، اعتماداً منهم على قلة آياته ذات الطابع القانوني، هو ادعائهم أن القرآن الكريم ليس مصدراً أساسياً للفقه الإسلامي، وأن هناك مصادر أخرى يمكن اعتبارها المصادر الأكثر أهمية وفاعلية في نشأة الفقه الإسلامي وتطوره.

هذه الأحكام التي أصدرها المستشرقون تعكس من وجهة نظرنا تقييمهم السلبي لقلة أو ندرة آيات القرآن القانونية، ولذا كان من أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه البحث هي الكشف عن الجانب الإيجابي لهذه الندرة، هذه النظرة التي تؤكد أن قلة هذه الآيات ليس نقصاً في القرآن الكريم، بل على العكس من ذلك هذه الندرة تثبت أن القرآن الكريم لم يقصد إلى وضع نظام قانوني متكامل لعباده، والسبب في ذلك يرجع إلى أن القرآن الكريم ليس مدونة قانونية، وليس من بين أهدافه تحقيق هذه الغاية، إضافة إلى هذا هذه الندرة أعطت الإنسان باعتباره الخليفة على الأرض المجال لينظم حياته على النحو المحقق لمصالحه على هدى من هذه الآيات القانونية قليلة العدد.

إن النظر بإيجابية لندرة آيات القرآن القانونية جعلتنا في هذا البحث ننتقد ما ذهب إليه المستشرقون من تقليل لدور القرآن الكريم في نشأة وتطور الفقه الإسلامي بسبب قلة هذه الآيات، فمحدودية عدد هذه الآيات ليست مبرراً على الإطلاق لإعطاء القرآن الكريم مكانة ثانوية بين مصادر الفقه الإسلامي، وذلك لأن هذه الآيات رغم قلتها شكلت العمود الفقري لهذا الفقه، وكانت بمقاصدها وأهدافها المنارة التي اهتدى بها المجتهدون في اجتهاداتهم.

قائمة المراجع

أولا- الكتب:

الكتب الأجنبية

- Abdullah Saeed, The Qur'an un Introduction (London: Routledge, 2008).
- Abu `Al` al- Mūdūdī, Towards Understanding Islam (London: The Islamic Foundation, 1985).
- David De Santillana, Law and Society, Thomas Arnold and Alfred Gullaed, The Legacy of Islam (Oxford: The Clarendon Press, 1931).
- H. A. R. Gibb, Mohmmednism an Historical Survey (London: Oxford University Press, 1949).
- John L. Esposito, Islam the Straight Path. (3rd ed) (Oxford: Oxford University Press, 1998).
- John Wansbrough, Quranic Studies Sources and methods of Scriptural Interpretation (Oxford: University of Oxford Press, 1977).
- Joseph Schacht, An Introduction to Islamic Law (Oxford: Oxford University Press, 1964).
- Mohammad Hashim Kamali, Principles of Islamic jurisprudence (Cambridge : Islamic Texts Society, 1991).
- Mohammad Iqbal, The Reconstruction of Religious Thought in Islam, (Lahore: Hereafter, 2003).

- N.J. Coulson, A History of Islamic law (Edinburgh: Edinburgh University press, 1964).
- P. Crone, Roman, Provincial and Islamic Law (Cambridge: University of Cambridge Press, 1987).
- William Shepard, Introducing Islam (London: Routledge, 2009).
- Yasin Dutton, The Origins of Islamic Law The Quran, the Muwaṭṭa' and Madinan 'Amal (2nd ed), (New York: Rutledge Curzon, 2002).

الكتب العربية:

- صادق بلعيد، القرآن والتشريع، قراءة جديدة في آيات الأحكام، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2004.
- عبد المجيد النجار، خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، تونس، دار الغرب الإسلامي، ب ط، 1989.
- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، القاهرة، مكتبة الدعوة الإسلامية، ط8، 1956.
- لطيفة علي الفقهري، التصور الأصولي لخفاء المعنى في النص القرآني، القاهرة، دار قباء، ط1، 2008.

ثانياً- المجلات العلمية:

- Michael Bonner, 'Studies in Quran and Hadith: The Formation of the Islamic law of Inheritance', International Journal of Middle East studies, Vol. 26, No. 2, May, 1994.
- S.D. Goitein, 'The Birth –Hour of Muslim Law', Muslim World, Vol. 50, No. 1, 1960.

- S.D. Goitein, 'The Birth –Hour of Muslim Law', Muslim World, Vol. 50, No. 1, 1960.
- Tahir Marten, 'Law in the Quran- A draft Code', Islamic and Comparative Law Quarterly, Vol. 4, No. 5, 1987.
- Weal B, Hallaq, 'Law and the Qur'an', Encyclopedia of the Quran, Vo. I.3, 2003.



الأثر المباشر أو التطبيق المباشر للقاعدة الدولية في القانون الداخلي

(L'effet direct ou application directe de la règle internationale en droit interne)

د. عبد الله علي العبيدي⁽¹⁾

مقدمة:

إذا كان تفوق القانون الدولي على القانون الداخلي ضرورة من الناحية النظرية، فإن طبيعة هذا التفوق تعتمد على مدى العلاقة بين القانون الدولي والقوانين الوطنية، فإذا كان القانونين يشكلان خطاباً قانونياً واحداً، في نظر أصحاب المذهب الواحد (Monistes)⁽²⁾، وبمعنى آخر يصعب تطبيق أحكام القانون الدولي داخل النظام القانوني للدولة إلا إذا أصبح جزء منه، لذلك من الناحية النظرية حتى يوصف بأنه قانون دولي وجب أن يكون في مرتبة أعلى من القانون الداخلي، وعلى اعتبار أن للدولة سيادة، ولها قانونها الوطني الخاص بها، فيجب عليها الالتزام بأحكام القانون الدولي، واحترام التزاماتها المنوطة بها دولياً، ومن ثم لا تستطيع الادعاء بعدم كفاية أو عدم ملاءمة تشريعاتها الداخلية من أجل إعفائها من مسؤوليتها الدولية⁽³⁾.

لقد اعترفت محكمة العدل الدولية الدائمة بأن الدولة تقوم كوريثة بين القانون الداخلي وتابعيها من الأفراد، وذلك من خلال رأيها الصادر في 3 مارس 1928م، والمتعلق بمحاكم دانزيغ (Dantzig)، حيث يستبعد التأثير المباشر عندما يُعرب الموقعين على المعاهدة عن

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

² - في القانون الدولي تعتبر النظرية الأحادية أن المعاهدات الدولية قابلة للتطبيق مباشرة في القانون المحلي للبلاد، كما هو الحال في فرنسا، بسبب موقعها المتفوق، ومن ثم لا يجب نقلها إلى القانون المحلي للحصول على القوة القانونية، كما هو الحال مع النظرية الثنائية. وفي الواقع تقوم النظرية الأحادية على المبدأ القائل بأن القانون الدولي والقانون الوطني ينتمي كلاهما إلى نفس الشخص والكيان القانوني: Cf. J. Gascon Y Marin .

P.30 .

³ - حسام عبد العال: 51.

رغبتهم في الإنشاء منذ البداية عن الحقوق الخاصة الصريحة للأفراد، أي عدم انطباق القانون الدولي على الأفراد⁽⁴⁾، كما أكدت ذلك محكمة العدل الدولية، حيث اعترفت بالقانون الداخلي "كمبدأ معترف به بشكل عام"، مما يعني أن فكرة الأثر المباشر لم تكن معروفة سابقا في القانون الدولي، ولكن هل الأمر استمر على ما هو عليه، أم أن هناك تغيرا حصل حول هذه الفكرة⁽⁵⁾.

بداية القاعدة هي أن الأثر المباشر (L'effet direct) لأي اتفاقية دولية هو نتائج إرادة الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية، ولذلك يمكن أن تظهر وتعلن هذه الإرادة بشكل صريح وواضح، كما هو الشأن في المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، ونصها (تعترف الأطراف المتعاقدة السامية لكل شخص خاضع لولايتها القضائية بالحقوق والحريات المعرفة في القسم I من هذه الاتفاقية)⁽⁶⁾، كما يمكن أن يستخلص القضاء هذه الإرادة ضمنا في إحداث الأثر المباشر من خلال سياق المعاهدة أو بعض بنودها واتجاه إرادة الأطراف نحو ذلك.

ويعبر عن هذا المفهوم القانوني (الأثر المباشر) بعدة مسميات أو مصطلحات وهي:

- القابلية للتطبيق مباشرة L'applicabilité direct.
- التأثير المباشر Impact direct.
- ويوصف بطابع التطبيق التلقائي Caractère exécutoire.
- أو ذاتية التطبيق Auto-application.

⁴-Publications de la Cour permanente de justice internationale. Série b – n° 15. Le 3 mars 1928. Recueil des avis consultatifs. Compétence des tribunaux de Dantzig. P.24.ss.

⁵- حسام عبد العال: ص 51.

⁶- في 4 نوفمبر 1950 تم التوقيع على الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في روما، ووضعت هذه الاتفاقية داخل نطاق مجلس أوروبا، والغرض منها تحديد عدد من الحقوق الأساسية، وإنشاء آلية مراقبة ومعاقبة لضمان احترام الدول الموقعة لهذه الحقوق، وتم تعريف الحقوق المضمنة بموجب الاتفاقية نفسها، مع استكمالها ببروتوكولات إضافية، تجمع بين الحقوق والحريات للأفراد، والمحظورات والالتزامات الواقعة على الدول الموقعة.

Conseil de l'Europe. Série des traités européenne. n°5. Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales telle qu'amendée par les Protocoles n°11 et n°14* Rome, 4.XI.1950.

والمقصود بالأثر المباشر هو إعطاء الإمكانية للمتقاضين من إثارة القاعدة الدولية والاحتجاج بها والاستفادة منها أمام القاضي الداخلي، دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراء أو وسيلة لتبني تطبيقها أو تنفيذها في النظام القانوني الداخلي للدولة العضو، وبعد أن يتم التأكيد على أن المعاهدة تم استقبالها في النظام القانوني الوطني من قبل القاضي، سواء عبر آلية التطبيق أو غيرها من الوسائل الأخرى، يبحث هنا القاضي الوطني أولاً في نية المتعاقدين في منح المعاهدة أو جزء منها أثراً تطبيقياً مباشراً من عدمه، ثم يبحث ثانياً في مدى قابلية القاعدة للتطبيق مباشرة بعد معاينتها بشكل دقيق وكامل، ولذلك فالأثر المباشر يشير إلى قدرة المعاهدات على خلق حقوق للأفراد في تعاملهم مع الدول الأعضاء في المعاهدة أو في علاقاتهم مع الأفراد الآخرين، وفي الحالة الأولى يكون الأثر المباشر في اتجاه رأسي، وفي الحالة الثانية يتم تنفيذه أفقياً.

غير أن الاتفاقيات الدولية عادة ما تتضمن بنوداً أو ألفاظاً أو مصطلحات غامضة أو عامة فضفاضة، تعلن بموجبها الدول الأطراف أنها ملتزمة باحترام الحقوق الواردة في الاتفاقية، وليس بتقرير حقوق للأفراد وتطبيقها داخلياً بموجبها، الأمر الذي يدعو إلى الاعتقاد بأنه لا يعدو كونه التزاماً دولياً على الدولة الطرف في الاتفاقية، وليس قاعدة قانونية ذات تطبيق مباشر في النظام القانوني الداخلي، ولذلك فإن غموض صياغة الاتفاقية الدولية يُمكن القاضي الوطني من استخدام التفسير، لأن الدقة والوضوح في الصياغة يرفع اللبس أو الإرباك عن القاضي الوطني في تطبيق القاعدة القانونية بشكل مباشر وتلقائي.

والنحو السالف بيانه يعطينا تفسيراً واضحاً لاعتراف القضاء الفرنسي بالأثر المباشر للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، ورفض ذات القضاء الاعتراف بالأثر المباشر للعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وسبب ذلك أن الأخير قد جاء على هيئة أهداف يقصد تحقيقها، ومن ثم وجب فحص كل حالة أو قاعدة اتفاقية بشكل مستقل ودقيق وواضح، وهل يتوفر فيها الأثر المباشر أو لا، وهذا ما دعا مجلس الدولة الفرنسي للتراجع،

واصدار قرار يعترف فيه للمادة 24 من الميثاق الاجتماعي الأوروبي بالأثر المباشر، أي لا يعترف لكل أحكام الميثاق المذكور بنفس الأثر⁽⁷⁾.

القرار المشار إليه أكد بأن مواد الاتفاقية الدولية المدرجة في النظام القانوني الفرنسي، وفقا لما جاء في الدستور الفرنسي (المادة 55)، يمكن تطبيقها داخليا والاستفادة منها في المطالبة بعدم تطبيق قانون أو طلب إلغاء قرار إداري لا يتوافق مع القاعدة الدولية، لأن الأخيرة تنشئ حقوقا ومراكز قانونية للأفراد، وجب حمايتها وتغليب تطبيقها. وقد أعلنت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي اختصاصها المانع لبعض الحالات لتحديد الأثر المباشر لها في المعاهدات، واستثناء من ذلك أي الحالات المعلن عنها من قبل المحكمة المشار إليها (أي ما يتعلق بالنظام القانوني المجتمعي الأوروبي)، فمواد أو بنود أي معاهدة دولية يجب على القاضي الإداري الفرنسي أن يقر لها بالأثر المباشر، طالما أن نية الدول المتعاقدة الصريحة والواضحة متجهة إلى هذا الأثر، وذلك بالنظر إلى موضوعها ومضمونها وصياغتها، بحيث لا يكون الهدف المقصود والحصري من الاتفاقية الدولية هو تنظيم العلاقات فيما بينها، بل ولا يحتاج الأمر إلى تدخل عمل قانوني لاحق على الاتفاقية مكمل لها، لكي تُحدث آثارها تجاه الأفراد⁽⁸⁾.

⁷-Conseil d'Etat. 10 février 2014. Décision N°358992

ومع ذلك، ومنذ صدور حكم Fischer في 10 فبراير 2014، اعترفت المحكمة الإدارية بطريقة غير مسبقة بالتأثير المباشر لبعض أحكام الميثاق الاجتماعي الأوروبي، ولا شك في أن هذا الانعكاس في الموقف القضائي كان بسبب تأثره بالفقه القانوني لكل من حكمتي FAPIL و GISTI لعام 2012 الذي حدد فيه مجلس الدولة معايير الأثر المباشر للمعاهدات الدولية. ومع ذلك، ليس من المؤكد أن هذه المعايير تخضع لتطبيق واضح وموضوعي، كما هو موضح في السوابق القضائية المتعلقة بالميثاق الاجتماعي الأوروبي، ويستند السؤال بالتالي على ملائمة هذه المعايير والحفاظ على حالة التأثير المباشر بشكل عام.

[Carole NIVARD](#). L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif – Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationales. RDLF 2016, Chron. n°22. Revue des droits et libertés fondamentaux.

<http://www.revuedlf.com/cedh/leffet-direct-de-la-charte-sociale-europeenne-devant-le-juge-administratif-retour-sur-la-question-evolutive-de-leffet-direct-des-sources-internationales/>

تمت زيارة الموقع بتاريخ : 31.12.2018

⁸- سفيان عبدلي: ص 57.

1. الأثر المباشر في النظام القانوني الفرنسي:

نتيجة لما ذكر أعلاه وجب القول أن المادة أو البند الوارد في الاتفاقية الدولية لكي ينتج أثرا مباشرا يجب أن يتوافر فيه عنصرين:

الأول: عنصر ذاتي، يتمثل في أن البند في الاتفاقية الدولية لم يرد به تنظيم العلاقات بين الدول الأطراف فقط، بل أنشأ حقوقا شخصية ومراكز قانونية لصالح الأفراد، وهذا المعيار يمثل جوابا على السؤال الذي يطرح: من المُخاطب بأحكام الاتفاقية الدولية؟ ولذلك حتى يكون هناك أثر مباشر يجب ألا يكون البند الاتفاقي محصورا في تنظيم العلاقات بين الأطراف فقط، هذا المفهوم أصبح أكثر ليبرالية مع قرار مجلس الدولة الفرنسي في 11 أبريل 2012 في قضية (GISTI et FAPIL)، فالأخير استعمل مصطلح (حصريا) (Exclusivement) أو (Exclusif) الذي يؤكد أن الأثر المباشر حتى يعترف به للاتفاقية وجب أن تقرر حقوقا للأفراد، حتى ولو كان هدفها ومبتغاها تنظيم العلائق بين الأطراف، وهو الأمر الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى القول بكل دقة بأن عدم وجود الأثر المباشر لا يمكن أن يستنتج من حالة وحيدة، وهي أن البند الاتفاقي يخاطب الدول الأطراف في المعاهدة بالالتزامات التي تتضمنها، وبعبارة أكثر وضوحا الأثر المباشر يوجد من خلال بند في اتفاقية دولية تنشئ حقوقا للأفراد، ولو تضمن هذا البند في نفس الوقت تنظيما للعلاقات بين الأطراف في الاتفاقية⁽⁹⁾.

الثاني: عنصر موضوعي، وهو عدم إحداث أي عمل قانوني داخلي من أجل تطبيق البند الوارد في الاتفاقية الدولية، أي أن الأمر لا يتطلب تشريعات أو إجراءات داخلية حتى يحدث البند الاتفاقي أثرا مباشرا⁽¹⁰⁾.

وعليه فإن العنصرين المذكورين سلفا وجب تطبيقهما بشكل مندمج وحصريا لمعرفة مدى وجود أثر مباشر لاتفاقية من عدمه.

⁹-Arrêt «GISTI et FAPIL» Conseil d'Etat assemblée du 11/04/2012 N° 322326.

Cf. Alain MIRON: P 674 ss.

¹⁰ - سفيان عبدلي: 59.58.

إذا فإن مجلس الدولة الفرنسي أكد بأنه لا يمكن الاحتجاج بغير الاتفاقيات التي تنشئ للأفراد حقوقاً يمكن إثارتها بشكل مباشر، وبذلك يكون قد أكد موقفه التقليدي من فكرة الأثر المباشر، وعليه يظهر بشكل واضح عملية المزاجية بين الأثر المباشر وبين قابلية الاحتجاج. والواقع أن هناك تفسيراً لهذا الموقف من خلال أمرين: الأول إن القاضي الإداري استند إلى الطبيعة التعاقدية للاتفاقيات الدولية، ومن ثم يعتبرون الأفراد من الغير في هذه العقود إذا غاب الأثر المباشر، والثاني وهو الأهم، الخوف الناشئ من الحركة المتزايدة التي أثرت في الاجتهاد القضائي بخصوص فكرة التوجيهات المشتركة الواردة في قانون الاتحاد الأوروبي، أي الاحتجاج تلقائياً للاتفاقيات التي ليس أثر مباشر في مواجهة عمل إداري انفرادي متى كان مؤسساً على قاعدة داخلية تشريعية أو تنظيمية مخالفة للاتفاقية⁽¹¹⁾.

وفي حال عدم تمتع الأحكام أو القواعد الواردة في قانون الاتحاد الأوروبي بالأثر المباشر، لا يمكن لها الحلول محل القواعد القانونية الداخلية للدول الأعضاء، إلا أنه بالإمكان الاحتجاج أمام القاضي الوطني بما يلي⁽¹²⁾:

1- بتفسير القاعدة، بحيث تتوافق مع قانون الاتحاد الأوروبي، وفي هذا السياق ذهبت محكمة العدل الأوروبية إلى إمكانية تمتع الأفراد بالاحتجاج بالتوجيهات الأوروبية، والتي لا تحتوي على أثر مباشر داخلياً، وتمسكهم بتفسير القانون الوطني في ضوء تلك التوجيهات، والغاية من هذا تتمثل في حماية حقوق الأفراد التي يحميها قانون الاتحاد الأوروبي عبر هذا التفسير، وذلك من خلال تفسير موسع وفاعل للقاعدة الداخلية، خصوصاً إذا وردت في شكل مبدأ قابل

¹¹-في البداية من خلال حكم Cohn Bendit قرر مجلس الدولة الفرنسي أن التوجيهات الأوروبية ليس لها أثر مباشر في غياب العمل القانوني الوطني الذي يبين كيفية تطبيقها، إلا أن ذات المجلس تراجع عن هذا الموقف واعترف بالقوة الملزمة للتوجيهات الأوروبية حتى مع عدم وجود عمل داخلي يوضح كيفية تطبيقها، بل أكد أن على القانون الداخلي أن يحترم الأهداف والغايات الواردة في التوجيه الأوروبي المشترك، كما أنه بالإمكان الطعن بعدم شرعية أي تنظيم داخلي يخالف حكم التوجيه الأوروبي المشترك.

Conseil d'Etat, 22 décembre 1978, Ministre de l'intérieur c/ Cohn Bendit.

وقد تطور الأمر، حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك، فقرر الحق للمتقاضين بأن يطلب تفضيل حكم التوجيه الأوروبي المشترك الذي لم تتخذ الدولة الإجراءات التحويلية المناسبة المحددة في الأجل بشأنه ضد عمل إداري تنظيمي.

Conseil d'Etat, 03 février 1989, Arrêt Compagnie Alitalia.

¹²-Cf. Johan MEEUSEN: P 134

لتفسيرات متعددة من خلال صياغتها، مع التأكيد على عدم انحراف التفسير إلما يناقض المصطلحات الواضحة الواردة في القانون الوطني⁽¹³⁾.

2- التعويض عن النتائج الضارة بسبب خرق أحكام قانون الاتحاد الأوروبي، وهذا ما ذهبت إليه محكمة العدل الأوروبية، حيث أقرت أنه يمكن الاحتجاج بالتوجيه الأوروبي - بالرغم من عدم وجود أثر مباشر له- لمطالبة الدولة العضو (إيطاليا) بإصلاح الضرر الناتج عن عدم نقل أو تحويل التوجيه الأوروبي إلى القانون الإيطالي، لأن الأخير لم يؤسس لنظام تعويض خاص بالعمال الذي اقره التوجيه المذكور⁽¹⁴⁾.

3- استبعاد تطبيق القاعدة القانونية الداخلية المخالفة لحكم قانون الاتحاد الأوروبي، ولكن هذه الفكرة ظلت لفترة غامضة وجدلية إلى أن قبلت محكمة العدل الأوروبية بالاحتجاج الاقصائي، أي استبعاد القاعدة القانونية الداخلية التي تخالف قانون الاتحاد الأوروبي حتى لو كان الأخير لا يتمتع بالأثر المباشر، ويعتبر هذا القرار نقلة نوعية حول تأكيد الاحتجاج الاقصائي⁽¹⁵⁾. كما قررت ذات المحكمة، في حكم آخر حول خصومة بين أفراد، قبول الاحتجاج الاقصائي لقاعدة وطنية تخالف قانون الاتحاد الأوروبي، مع أن التوجيهات الأوروبية في كل الأحوال لا تولد أثرا مباشرا بشكل أفقي (أي بين الأفراد)⁽¹⁶⁾، وذلك لأن الأثر يتولد عموديا من القانون الدولي إلى القانون الداخلي.

إذا كان هذا هو الحال حول مفهوم الأثر المباشر (L'effet direct) وضمان تطبيق التوجيهات الأوروبية (قانون الاتحاد الأوروبي) داخل الدول الأعضاء، وخاصة فرنسا، من

¹³ - CJCE, n° C-14/83, arrêt de la Cour, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann /Land Nordrhein-Westfalen, 10 avril 1984.

CJCE, n° C-105/03, arrêt de la Cour, Procédure pénale contre Maria Pupino. 16 June 2005.

¹⁴-CJCE, n° C-6/90 et C-9/90, arrêt de la Cour, Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne. 19 Novembre 1991.

¹⁵ - CJCE, n° C-287/98, arrêt de la Cour, Grand-duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster. 19 septembre 2000.

¹⁶-CJCE, n° C-443/98, arrêt de la Cour, Unilever Italia SpA contre Central Food SpA. 26 Septembre 2000.

خلال الحلول المختلفة السابق بيانها، فما هو الموقف تجاه باقي قواعد القانوني الدولي العام – غير قانون الاتحاد الأوروبي – وما هي الحلول؟

بداية يتوجب تقرير أن كل معاهدة أو اتفاقية دولية تم التصديق عليها بموجب السلطة المختصة يجب احترامها من قبل الدولة العضو فيها من خلال سلطاتها، وبالرجوع للدستور الفرنسي نجد المادة 55، ونصها (يكون للمعاهدات أو الاتفاقيات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها حسب الأصول، وعند نشرها، قوة تفوق قوانين البرلمان، شريطة أن يطبقها الطرف الآخر فيما يتعلق بهذا الاتفاق أو هذه المعاهدة)، تتبنى هذه المادة تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبذلك تدخل مجلس الدولة الفرنسي، وقرر أن كل قاعدة أو مبدأ تكون له قيمة دستورية، يكون له بالمقابل قوة معيارية، وينتج عنه قابليته للاحتجاج بموجبه⁽¹⁷⁾.

وفيما يتعلق بالمستوى الدولي (أحكام القانون الدولي العام) نجد مبدأ التدخل الذاتي، ومفاده أن الدولة متى أبرمت اتفاقاً دولياً فهي ملتزمة بأن تكيف أو تعدل أو تغير قوانينها الداخلية بما يضمن تنفيذها لالتزاماتها وتعهداتها الدولية بموجب الاتفاق الدولي⁽¹⁸⁾، ومن ثم فعدم الاعتداد ببعض القواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية من إمكانية الاحتجاج بها، يعني حرمان الفرد من الحقوق المكتسبة بمقتضاها، ومنع القضاة الوطنيين من تطبيق هذه القواعد، ويكون السبب مرجعه إلى إرادة السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية. ولضرب مثال لذلك يمكن الإشارة إلى البروتوكول الاختياري الذي تم إلحاقه بالعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽¹⁹⁾، والذي منح للأفراد أو جماعات الأفراد، إن كانوا ضحايا للانتهاكات، حق إخطار لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (م 1، م 2)، وكل ذلك بعد استنفاد وسائل التقاضي الداخلية (المادة 3)، ولذلك فمصادقة الدولة على هذا البروتوكول يؤدي إلى قابلية الاحتجاج بقواعده أمام القضاء الوطني.

¹⁷-Conseil d'Etat, 03 octobre 2008, Arrêt Commune D'Annecy. n°297/931.

¹⁸-Jan Hendrik Willem Verzijl: P 511.

¹⁹-صدر هذا البروتوكول بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 2008، في دورتها الثالثة والستين، ودخل حيز النفاذ في 5 مايو 2013م، بعد حصول الصك على التصديق العاشر من الأرغواي.

ومن زاوية أخرى، فإن الفائدة التي تعود من العلم بقابلية القواعد القانونية الدولية للتطبيق في النظام القانوني الداخلي، تمكن القاضي الوطني من معرفة إمكانية الاحتجاج بها من قبل الأفراد، حتى لا تتعرض دولته العضو في الاتفاقية للمسؤولية عن عدم احترامها لالتزاماتها الدولية، في هذا السياق أقرت محكمة النقض الفرنسية إمكانية الاحتجاج بالمادتين 6، 7 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اللتين تحددان حرية كل فرد وحقه في العمل، والتزام الدول الموقعة باتخاذ التدابير اللازمة والمناسبة لحماية الحق في العمل وضمان التوظيف الكامل، ويجب أيضاً أن يكون كل شخص قادراً على ممارسة هذا الحق في ظل ظروف تضمن له عدة أمور أهمها الراحة، والترفيه، والحد من ساعات العمل⁽²⁰⁾.

ومن ثم، وطالما الدولة هي التي تعاقبت وبكامل إرادتها على المستوى الدولي، وصادقت على هذه الاتفاقات الدولية، كان لزاماً عليها أن تحترم التزاماتها وتعهدها الواردة فيها، ولا يجوز لها الاحتجاج بقانونها الداخلي تجاه الأحكام الدولية، فحرمان الأخيرة من الاحتجاج بها أمام القاضي الوطني يمكن أن يؤدي إلى عدم اعتداد السلطات العامة في الدولة بما تقوم به الأخيرة من علاقات دولية بموجب اتفاقات، وفي النهاية مع تنامي حركة القانون الدولي وتشعب العلاقات فيه لا مناص معها إلا بتوافق تشريعات الدولة الداخلية مع التزاماتها الدولية.

2. الأثر المباشر أو التطبيق المباشر في النظام القانوني للاتحاد الإفريقي:

بالرجوع إلى المادة 4، الفقرة ح، من البروتوكول المتعلق بالتعديلات على دستور الاتحاد الإفريقي⁽²¹⁾، نجد مجرد إشارة إلى التطبيق المباشر، وهي أنه يجوز للاتحاد الإفريقي

²⁰-Cour de cassation. Chambre criminelle. Audience publique du mardi 15 octobre 1991. n° de pourvoi: 90-86791.

²¹- Cf. Protocole sur les amendements à l'Acte constitutif de l'Union africaine.

<http://knowledge.uclga.org/Protocole-sur-les-amendements-a-l-acte-constitutif-de-l-Union-Africaine.html?lang=fr>

تمت زيارة الموقع في : 25.12.2018

ممارسة سلطته من خلال التدخل في دولة عضو وفقاً لقرار مؤتمر الاتحاد، وبناء على توصية من مجلس الأمن والسلم التابع للاتحاد الإفريقي، وذلك في ظروف معينة، أي في حالة وجود جرائم خطيرة كالحرب والإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية.

لاشك أن هذا مبدأ جديد في أذهان القادة الأفارقة، ولكن تماشياً مع الاتجاه الدولي نحو الوقاية ومكافحة أي تهديد للأمن والاستقرار في العالم، يظل هذا المبدأ مقيداً على مستوى الموضوع والإجراء، بحيث يقتصر التدخل على الاتحاد كمنظمة دولية، ولا يُسمح له بدخول الدول الأعضاء، لأن هذا التدخل يتطلب اتخاذ قرار من مؤتمر الاتحاد، وتوصية من مجلس الأمن الإفريقي، والأخير هو الذي يحدد، بعد قرار الاتحاد، وسائل التدخل في الدولة العضو وفقاً للمادة 7، الفقرة 1، البند E، F من بروتوكول مجلس السلم والأمن الإفريقي⁽²²⁾.

واستثناء مما ذكر أعلاه من وجود مجرد إشارة، نلاحظ أن مبدأ الأثر المباشر للقرارات على الدول الأعضاء غير موجود، وبالتالي فإن الحد الأقصى الذي حققته قمة الاتحاد الإفريقي هو القرار⁽²³⁾ بشأن عدم معالجة ما قرره قمة الاتحاد الإفريقي من خلال آليات التصديق التي تم إعدادها في الدول الأعضاء، فالفقرة 2 من هذا القرار تدعو الدول الأعضاء إلى التوقيع والمصادقة على المعاهدات والاتفاقيات والبروتوكولات والاتفاقيات التي اعتمدها مؤتمر القمة، وتدعو البرلمانات الوطنية للدول الأعضاء لعقد دورات استثنائية للتصديق كلما دعت الضرورة لذلك.

وبذا فالأثر المباشر يعتمد على إرادة الدولة العضو، حيث إن القرار غير قابل للتنفيذ تلقائياً وبشكل مباشر داخل الدول الأعضاء في الاتحاد، إذ لا يزال المجال الداخلي للدول الأطراف من اختصاص قوانينها الوطنية، حيث تتعهد الدولة باحترام الاتفاقيات التي وقعت عليها بالفعل، ولكن آلية تطبيقها تبقى رهن مشيئتها.

²²-Protocole relatif à la créations du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine.

<http://www.peaceau.org/uploads/psc-protocol-fr.pdf>

تمت زيارة الموقع في : 28.12.2018

²³-Document officiel n° (Doc. Assembly/AU/8(VI)Add.3).

وتقرر الفقرة 1 من المادة 33 من النظام الداخلي لمؤتمر الاتحاد الإفريقي، الخاصة بتصنيف القرارات⁽²⁴⁾، وجوب احترام لوائح الإتحاد في جميع الدول الأعضاء، إلا أن هذه الأخيرة يجب أن يتخذ التدابير اللازمة لتنفيذها. ونصت الفقرة 2، من ذات المادة على تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 23 من القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي في حالة انتهاك أو عدم الامتثال للوائح. كما نصت المادة 34، الفقرة 1 من النظام الداخلي لمؤتمر الاتحاد على أن تكون اللوائح ملزمة قانوناً بعد 30 يوماً من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية للاتحاد الإفريقي، أو التاريخ المحدد في القرار. وتؤكد الفقرة 2 من ذات المادة على الجانب الملزم للوائح على الدول الأعضاء وأجهزة الاتحاد والمجموعات الاقتصادية الإقليمية الإفريقية. كما نصت المادة 34، الفقرة 1 من النظام الداخلي للمجلس التنفيذي للاتحاد الإفريقي على تطبيق اللوائح بشكل مباشر في الدول الأعضاء، وعلى أن تتخذ هذه الأخيرة جميع التدابير المناسبة لتنفيذها.

وتعطي هذه النصوص المذكورة أعلاه اللوائح الصادرة عن مؤتمر الاتحاد والمجلس التنفيذي أثراً مباشراً، شريطة أن تتخذ الدول الأعضاء جميع التدابير اللازمة، بعبارة أخرى لازالت إرادة الدول الأعضاء هي المحدد والمقرر لتنفيذ اللوائح.

ومع ذلك نلاحظ أن المادة 35 من نفس النظام الداخلي للمجلس التنفيذي للاتحاد، فيما يتعلق بتنفيذ اللوائح، تحدد في الفقرة 1، أن اللوائح قابلة للتطبيق بعد 30 يوماً من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية للاتحاد الإفريقي أو التاريخ المشار إليه في القرار. كما نصت الفقرة 2 من نفس المادة على الطبيعة الملزمة للوائح الإتحاد على الدول الأعضاء، وعلى أجهزة الاتحاد وعلى الجماعات الاقتصادية الإقليمية (الإفريقية).

²⁴- ويقصد هنا القرارات بمعناها الواسع، أي كل عمل قانوني صادر عن أجهزة الاتحاد الإفريقي وهي اللوائح والتوجيهات والقرارات والتوصيات، ولكل منها طبيعته القانونية من حيث الآثار المترتبة عليه، وقد اقتبس مؤسسو الاتحاد الإفريقي هذا النهج من نظرائهم المؤسسون للاتحاد الأوروبي، إلا أن التشابه كان من حيث التقسيم فقطن أما من حيث الطبيعة القانونية فالأمر يختلف.

وبمقارنة نص المادة 34، الفقرة 2 من النظام الداخلي لمؤتمر الإتحاد مع نص المادة 35، الفقرة 2 من النظام الداخلي للمجلس التنفيذي، نخلص إلى أن اللوائح ملزمة للجميع، أي بالنسبة للدول الأعضاء، وهيئات الإتحاد، والمجموعات الاقتصادية الإقليمية. ومع ذلك فالأمر متروك للدول الأعضاء لاتخاذ التدابير اللازمة لإمكانية تطبيق اللوائح على أراضيها، بعبارة أخرى الأثر مباشر وتلقائي للوائح عندما يتعلق الأمر بأجهزة الإتحاد الإفريقي والمجموعات الاقتصادية الإقليمية الإفريقية، ولكنه يخضع لشرط راجع لإرادة الدول الأعضاء يتعلق بكيفية تطبيقه في نظامها القانوني الداخلي، وبكلمة أكثر وضوحاً الأثر المباشر تم إفراغه من محتواه تجاه الدول الأطراف، لأن تنفيذه يرتبط بتدابير تحددها الدول بمحض إرادتها.

3- الأثر المباشر أو التطبيق المباشر في النظام القانوني للاتحاد الأوروبي:

تطبق اللوائح والقرارات الصادرة عن أجهزة الاتحاد الأوروبي بأثر مباشر داخل الدول الأعضاء، إذ ليست هناك حاجة لنقلها بموجب إجراءات إلى المجال الوطني، وذلك لأن معاهدات الاتحاد الأوروبي تتضمن بالفعل المبادئ والقواعد العامة التي يمكن بموجبها تنفيذها، دون أن يخضع الأمر لقبول محتمل من الدول الأعضاء، لأن المعاهدات قد صادقت عليها السلطات الدستورية في تلك الدول الأعضاء⁽²⁵⁾، في هذه الحالة، يمكن اعتبار أن القواعد التي وضعها الاتحاد الأوروبي تدل على أن الأخير يمارس فعلياً السلطة الممنوحة له بموجب المعاهدات المؤسسة، وعلى هذا الأساس يمكننا التحدث عن الأثر المباشر الذي ينظم ويحمي حقوق الأفراد من خلال المحاكم الوطنية ومحكمة العدل الأوروبية، وبالتالي يُلزم القاضي الوطني باستبعاد تطبيق المعيار الداخلي الوطني، إذا كان متناقضاً مع معيار الجماعة الأوروبية؛ ولصالح تطبيق هذا الأخير تمت الدعوة من أجل تمكين الأفراد من التمتع بالمزايا والحقوق الواردة في القانون المجتمعي الأوروبي، التي يتمتع بها نظرائهم في الدول الأخرى الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، في حال لم تطبقها الدولة الطرف في المعاهدة.

²⁵-DREYFUS Simone: P.403.

وحتى يكون للأثر المباشر فاعليته فإنه يعتمد على معيارين: معيار ذاتي، يتعلق بإرادة الموقعين على المعاهدة، أي إرادة الأطراف في منح القواعد القانونية في المعاهدة أثرا مباشرا داخل النظام القانوني الداخلي، ومعيار موضوعي، يتألف من الدقة والوضوح اللازم والكافي للمعايير الوطنية التكميلية المتعلقة بالحقوق الخاصة للأفراد لضمان التطبيق دون إلزامهم باللجوء إلى المعاهدة⁽²⁶⁾.

وبفضل مبدأ الأثر مباشر فإن الأفراد المنتمين إلى الجماعة الأوروبية يمكنهم الطعن مباشرة على المعايير الأوروبية أمام المحكمة وطنية أو محكمة العدل الأوروبية، بغض النظر عن وجود نصوص مستمدة من القانون الوطني، وهذا الأثر المباشر لقانون الاتحاد الأوروبي هو مبدأ أساسي لهذا الحق، وهو مبدأ لا يتناول سوى عدد قليل من أعمال الاتحاد، رغم أنه لا يزال يعتمد على العديد من الشروط التي أقرت من قبل محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي⁽²⁷⁾.

وهذا المبدأ يؤكد على انطباق وفعالية قانون الاتحاد قبل الدول الأعضاء، ومع ذلك فإن محكمة العدل الأوروبية ذكرت أن الفعل القانوني (Acte juridique) للجماعة الأوروبية سيخضع لعدد من الشروط قبل تطبيقه مباشرة، وبالإضافة إلى ذلك، قد يكون الأثر المباشر لأحد الأفعال القانونية مرتبطاً بالعلاقة بين الفرد وأي دولة عضو، كما قد يمتد إلى العلاقات القائمة بين جميع مواطني الدول الأعضاء. ففي قضية Van Gend en Loos بتاريخ 5 فبراير 1963، حاجبت محكمة العدل الأوروبية بأن قانون الجماعة الأوروبية يخلق التزامات للدول الأطراف، ولكن في نفس الوقت يخلق حقوقاً للأفراد الذين يمكن أن يجادلوا بها لصالحهم بموجب المعايير الأوروبية أمام المحاكم الوطنية والأوروبية، بعبارة أخرى، تعترف المحكمة بأن الدول الأوروبية بموجب عضويتها في الجماعة الاقتصادية الأوروبية، اتفقت على الحد من سيادتها، وأن مواطنيها لديهم القدرة على استدعاء

²⁶-GAUTIER Marie: P.225.

²⁷-BOCQUILLON Jean-François, MARIAGE Martine: P.18.

المعاهدات في الاعتراف بحقوقهم أمام المحاكم الوطنية⁽²⁸⁾. وهنا المحكمة تستنتج هذا الحق الممنوح للمواطنين بموجب الاتفاقيات، كنتيجة للدور المخول لها بموجب (المادة 177، الفقرة 1) من معاهدة الجماعة الاقتصادية الأوروبية الخاص بتفسير المعاهدات.

كما أن هناك جانبين للأثر المباشر: أحدهما عمودي والآخر أفقي، ويتدخل الأثر الأول في العلاقات بين المواطنين والدولة العضو، مما يعني أن هؤلاء المواطنين لديهم الحق في الاستفادة من معيار مجتمعي أوروبي مقابل الدولة العضو، أما الأثر الثاني فيظهر في العلاقات بين الأفراد، وهذا يعني أن الفرد يمكن أن يدفع بالمعيار المذكور نحو فرد آخر⁽²⁹⁾.

أما فيما يتعلق بالقانون الأساسي (Le droit primaire)⁽³⁰⁾، أي النصوص ذات الأولوية في النظام القانوني للجماعة الأوروبية⁽³¹⁾ فقد حاجت المحكمة بمبدأ الأثر المباشر في الحكم المذكور أعلاه، غير أنها أضافت وجوب أن تكون الالتزامات صريحة وواضحة وغير مشروطة، ولا تتطلب إضافة تدابير وطنية أو أوروبية أخرى⁽³²⁾.

كما تخضع الأفعال القانونية (Les actes juridiques) في الاتحاد الأوروبي القائمة على القانون الاشتقاقي (Le droit dérivé) لمبدأ الأثر المباشر، أي أن المؤسسات المجتمعية الأوروبية قد قبلتها على أساس المعاهدات التأسيسية، ولكن نتيجة التأثير المباشر تختلف باختلاف نوع الفعل القانوني: اللوائح والتوجيهات والقرارات والآراء والتوصيات، وذلك حسب التوضيح التالي:

1- دائما يكون للوائح (Les règlements) أثر مباشر، فوفقا للمادة 288 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي *traité de fonctionnement de l'Union européenne* تطبق اللوائح بشكل مباشر في الدول الأعضاء، فحول قضية Politi الحكم

²⁸-NGUYEN-DUY Iris: P.430.

²⁹-MASSON Antoine: P. 254.

³⁰-القانون الأساسي لقانون الاتحاد الأوروبي مستمد من الصكوك التالية: 1. المعاهدات التأسيسية. 2. المعاهدات المعدلة. 3. معاهدات الانضمام. 4. البروتوكولات الملحق بتلك المعاهدات. 5. اتفاقات تكميلية تعدل اقساما محددة من المعاهدات التأسيسية.

³¹- MINE Michel et d'autres: P.90.91.

³²-MASSON Antoine: P.265.266.

الصادر في 14 ديسمبر 1971، صرحت محكمة العدل بأن المادة 177 من معاهدة الجماعة الاقتصادية الأوروبية لا تسمح لها بتقديم رأي في وقت الإجراءات أمام المحكمة الوطنية، فيما يتعلق بالمصلحة الحالية للسؤال المطروح، حتى إذا تم إجراء أي تغييرات على القانون المحلي حول هذا الموضوع. وبحكم خصائص اللوائح وموقعها في مصادر قانون الجماعة الأوروبية، فإن كل لائحة تتبعها آثار فورية، ومن خلال هذه الحقيقة تعتبر قادرة على منح حقوق الأفراد التي يجب أن تحترمها المحاكم الوطنية⁽³³⁾.

2- فيما يتعلق بتوجيهات (les directives) الجماعة الأوروبية، فإن موقفهم غير واضح، إذ كيف يمكن دمج الأحكام المجتمعية الأوروبية في التشريعات الوطنية؟ فإذا لم تقم الدولة العضو باتخاذ الخطوات اللازمة لتحويل التوجيه كيف يمكن للأفراد أن يطرحوا أو يستفيدوا من الحقوق التي تنص عليها بعض أحكام هذا التوجيه؟

تميل بعض المحاكم الوطنية، التي تأخذ بحرفية خطاب المادة 288 TFEU، إلى الطعن في الأثر المباشر للتوجيهات، بحجة أن هذه الأخيرة "توجه لكل دولة عضو مستلمة"، وبالتالي فإن الدول فقط ستحصل على الحقوق وستخضع للالتزامات. وقد أعطى مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف في حكم Cohn-Bendit المؤرخ في 22 ديسمبر 1978م، ومع ذلك قام المجلس ذاته في اجتماعه المنعقد 30 أكتوبر 2009م، بمراجعة موقفه من الحكم المذكور أعلاه من أجل تكريس التطبيق الكامل للتوجيهات بشأن الأفعال الفردية Les actes individuels في الاتحاد الأوروبي⁽³⁴⁾، بحيث يجد الفرد ميزة في تنفيذ التوجيه المجتمعي الأوروبي؛ وأكدت محكمة العدل الأوروبية من جانبها على أن التوجيه قد يؤدي إلى خلق آثار قانونية للأفراد، وحتى للدول غير المعنية بهذا الفعل. فحسب التعبير الوارد في حكم Van Duyn في 4 ديسمبر 1974، هي مسألة حماية "الأثر المفيد" للتوجيه، وبعبارة أخرى التنفيذ

³³-Cf. Arrêt de la Cour du 14 décembre 1971. Politis.a.s. contre ministère des finances de la République italienne. Affaire 43-71.

³⁴-Cf. Conseil d'État. Assemblée du contentieux sur le rapport de la 6^{ème} sous-section. Séance du 16 octobre 2009. Lecture du 30 octobre 2009. N° 298348. Mme Emmanuelle P.

الفعال للتوجيه، وفي هذه الحالة يجد التوجيه معيار "الطبيعة والاقتصاد والشروط" للأحكام ذات الصلة⁽³⁵⁾.

ومع ذلك فإن محكمة العدل الأوروبية في قضية Paola Faccini Dori في 14 يوليو 1994، لا تؤيد سوى التأثير الرأسي المباشر، إذ طبقاً للمادة 249 من معاهدة الجماعة الأوروبية فإن التوجيه "يلزم جميع الدول الأعضاء" ولا يخلق بالتالي أي التزام على الأفراد، كما أن المحكمة لم تمنح الفرد إمكانية الاستفادة من أثر التوجيه مباشرة لتقديمه أمام العمل، وهو حكم بتوجيه لا ينقل إلى القانون المحلي⁽³⁶⁾.

3- وفيما يتعلق بالقرارات الصادرة عن أجهزة الاتحاد الأوروبي يمكن أن يكون لها تأثير مباشر عندما يشار إلى الدولة العضو كمتلقٍ لهذه القرارات، وفي هذا الصدد، وبخصوص الحكم الصادر في قضية Hansa Fleisch المؤرخ في 10 نوفمبر 1992، أقرت محكمة العدل الأوروبية بأثر مباشر فقط في الوضع الرأسي، حيث تعترف المادة 189 من معاهدة الجماعة الاقتصادية الأوروبية بتأثيرها الملزم، وبأن قرار الجماعة يستلزم وجود نص في هذا السياق موجه إلى دولة عضو، يمكن أن يطرحه الأفراد ضد تلك الدولة، حيث تفرض على المرسل إليه التزاماً غير مشروط وواضح ودقيق، وعندما يتم تنفيذه خلال فترة زمنية محددة، لا يجوز التذرع بهذا الحكم إلا في نهاية الفترة المحددة وعند عدم امتثال الدولة المعنية لتنفيذ القرار، أو أن هذا التنفيذ لم يكن حسب المعايير المجتمعية الأوروبية⁽³⁷⁾.

4- الآراء والتوصيات ليس لها قوة قانونية ملزمة، وبالتالي ليس لها أثر مباشر.

5- أما فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية، فإننا نستشهد بحكم Meryem Demirel الصادر في عام 1987م، والذي اعترفت فيه محكمة العدل الأوروبية بأثر مباشر في بعض

³⁵-Cf. Arrêt de la Cour de justice européenne du 4 décembre 1974. Yvonne van Duyn contre Home Office. Affaire 41-74.

³⁶-Cf. Arrêt de la Cour de justice européenne du 14 juillet 1994. Paola FacciniDori contre RecrebSrl. Affaire C-91-92.

³⁷Cf. Arrêt de la Cour de justice européenne (deuxième chambre) du 10 novembre 1992. HansaFleisch Ernst MundtGmbH& Co. KG contre Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg. Affaire C-156-91.

الاتفاقات، قائلة إن تنفيذ اتفاق بين الجماعة الأوروبية والدول الثالثة يكون له أثر مباشر عندما يتعلق الأمر بشروط وموضوع الاتفاقية وخصائصها، وهذا الحكم يتضمن التزاماً واضحاً ودقيقاً، لا يعتمد أدائه وتنفيذه على أي إجراء لاحق⁽³⁸⁾.

³⁸Cf. Arrêt de la Cour de justice européenne du 30 septembre 1987. Meryem Demirel contre Ville de SchwäbischGmünd. Affaire 12-86.

الخاتمة

إن الأخذ بمبدأ الأثر المباشر يؤكد حرص الدولة على احترام التزاماتها الدولية الواردة في الاتفاقات الدولية، وذلك يكون من خلال توافق نظامها القانوني الداخلي معها، وهذا ما لاحظناه في التجربة الفرنسية التي تطرقنا إليها، والحال كذلك لكل دولة تسعى لاحترام أحكام القانون الدولي في نظامها القانوني الداخلي.

وفيما يتعلق بالعمل بهذا المفهوم على صعيد التنظيم الدولي، نلاحظ أن محكمة العدل الأوروبية كرست مبدأ الأثر المباشر، وللأسف هذا المبدأ غير المنصوص عليه في القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي؛ وبالمثل، لا يوجد أي سوابق قضائية في محكمة العدل الإفريقية حول هذا الموضوع. لكن النظام الداخلي لمؤتمر الاتحاد الإفريقي والمجلس التنفيذي ينص كل منهما على تطبيق لوائح الاتحاد مباشرة في الدول الأعضاء، والتي ينبغي بدورها اتخاذ التدابير المناسبة لتنفيذها. في هذه الحالة، نعتقد هنا أن تنفيذ أحكام اللوائح المشار إليها أمر معقد لأن تطبيقها المباشر مربوط بالتدابير الوطنية، ولأن هذه اللوائح موجهة إلى حكومات الدول الأعضاء وليس إلى مواطنيها؛ وبذلك يستفيد الأخير من الحقوق المنصوص عليها في اللوائح فقط بعد اتخاذ التدابير الوطنية. هذا يعني أن تأثير هذه اللوائح أصبح غير مباشر فعليا. كما نشير إلى هذا الاختلاف مع قانون الاتحاد الأوروبي الذي يحدد الأثر المباشر للوائح، ويفترض تطبيقها بشكل فعال من قبل الدول مباشرة، شريطة أن تكون شروطها محددة بوضوح ودقة وغير مشروطة.

فيما يتعلق بالمبادئ التوجيهية للنظام الداخلي لمؤتمر الاتحاد الإفريقي، ينص على وجوب توجيهها إلى الدول الأعضاء والتجمعات الاقتصادية الإفريقية والأفراد، وبالتالي سيتعين على الحكومات الإفريقية العمل على ضرورة تنفيذها. وبالتالي فإن هذه المبادئ التوجيهية ملزمة ولكن لا يحدث التأثير المباشر إلا بعد اتخاذ التدابير الوطنية.

ومع ذلك، يمكننا أن نلاحظ أن الاتحاد الإفريقي لم يتطلب التزاماً بالنتائج، مما يوحي بأن النتائج الواردة في هذه التوجيهات سوف تختلف من دولة عضو إلى أخرى بسبب الطرق والوسائل والآليات المختلفة المستخدمة لتطبيقها. أما الحال في قانون الاتحاد الأوروبي يختلف كونه يطلب من الدول الأعضاء مراقبة الأهداف والحصول على نتائج من التوجيهات، وبهذه المراقبة تكون النتائج متشابهة.

نلاحظ أن اللوائح أو المبادئ التوجيهية لقانون الاتحاد الإفريقي توجه إلى السلطات الوطنية، التي يجب أن تتخذ التدابير وتقوم بتجهيز الوسائل المناسبة لها لتنفيذها، دون الالتزام بالنتائج. ويرجع ذلك إلى ضرورة قيام الدولة العضو بتكوين توافق في الأحكام وتنسيق بين القانون الوطني والقانون المجتمعي الإفريقي لأن الاتحاد الإفريقي لا يزال يتشبث بمبدأ السيادة، أي لا تفرض على الدولة في قانونها الداخلي أي أحكام ولو بموجب معاهدات إلا بعد أن تتخذ الإجراءات اللازمة من طرفها لتنفيذها، وبعبارة أخرى لا تنفذ الأحكام الدولية داخليا إلا بعد مخاطبة الدولة كونها هي الوسيط بين المجتمع الدولي والمجتمع الداخلي. وعليه فإن القاضي الوطني في دولة عضو أفريقية سيقدر بموجب أحكام القانون الوطني في حالة انتهاك قانون الاتحاد الإفريقي من قبل تلك الدولة عضو. وبعبارة أخرى، لا يمكن للأفراد الاستفادة من قانون الاتحاد الإفريقي أمام المحاكم الوطنية أو محكمة العدل الإفريقية.

أخيرا لا تخضع التوصيات والآراء للأثر المباشر في أي من الاتحادين الأوروبي أو الإفريقي ولا في مواجهة أي نظام قانوني داخلي.

أخرا نختتم بتساؤل سيكون محور بحث آخر وهو، خضوع الدولة لمبدأ الأثر المباشر وتطبيق الأحكام الدولية مباشرة في النظام القانوني الداخلي هل يعتبر انتقاص من مفهوم مبدأ السيادة خاصة إذا أقر من قبل القضاء الدولي ولم يورد بشكل علني وصريح أم هو تطبيق له من زاوية مغايرة؟

2018

المصادر

أولاً-المصادر العربية:

- حسام عبد العال: العلاقات الدولية والمعارك الاقتصادية، ط1، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
- سفيان عبدلي: سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على تطبيق الاتفاقيات الدولية، مجلة الفقه والقانون، العدد الثالث والخمسون، مارس 2017.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 2008، في دورتها الثالثة والستين.

ثانياً- المصادر الأجنبية:

- Alain MIRON. Les grands décisions de la jurisprudence française de droit international public. Dalloz. Paris. 2015.
- Arrêt «GISTI et FAPIL» Conseil d'Etat assemblée du 11/04/2012 N° 322326.
- Arrêt de la Cour de justice européenne du 14 décembre 1971. Politis.a.s. contre ministère des finances de la République italienne. Affaire 43-71.
- Arrêt de la Cour de justice européenne du 30 septembre 1987. Meryem Demirel contre Ville de SchwäbischGmünd. Affaire 12-86.
- Arrêt de la Cour de justice européenne du 14 juillet 1994. Paola FacciniDoricontraRecrebSrl. Affaire C-91-92.
- Arrêt de la Cour de justice européenne du 4 décembre 1974. Yvonne van Duyn contre Home Office. Affaire 41-74.

-Arrêt de la Cour de justice européenne (deuxième chambre) du 10 novembre 1992. HansaFleisch Ernst MundtGmbH& Co. KG contre Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg. Affaire C-156-91.

-BOCQUILLON Jean-François, MARIAGE Martine. QCM de Droit 2013, En 500 questions. Dunod. Paris. 2013.

-[Carole NIVARD](#). L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif – Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationaux. RDLF 2016, Chron. n°22. Revue des droits et libertés fondamentaux.

<http://www.revuedlf.com>

-CJCE, n° C-14/83, arrêt de la Cour, Sabine vonColson et Elisabeth Kamann / Land Nordrhein-Westfalen, 10 avril 1984.

-CJCE, n° C-105/03, arrêt de la Cour, Procédure pénale contre Maria Pupino. 16 June 2005.

-CJCE, n°C-6/90 et C-9/90, arrêt de la Cour, Andrea Francovich et DanilaBonifaci et autres contre République italienne.19 Novembre 1991.

-CJCE, n°C-287/98, arrêt de la Cour,Grand-duché de Luxembourg contre Berthe Linster, AloyseLinster et Yvonne Linster. 19 septembre 2000.

-CJCE, n°C-443/98, arrêt de la Cour, Unilever ItaliaSpA contre Central Food SpA. 26 Septembre 2000.

- Conseil de l'Europe. Série des traités européenne. n°5. Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et n° 14* Rome, 4.XI.1950.
- Conseil d'Etat. 10 février 2014. Décision N°358992.
- Conseil d'Etat, 22 décembre 1978, Ministre de l'intérieur c/ Cohn Bendit.
- Conseil d'Etat, 03 février 1989, Arrêt Compagnie Alitalia.
- Conseil d'Etat, 03 octobre 2008, Arrêt Commune D'Annecy. n°297/931.
- Conseil d'État. Assemblée du contentieux sur le rapport de la 6^{ème} sous-section. Séance du 16 octobre 2009. Lecture du 30 octobre 2009. N°298348. Mme Emmanuelle
- Cour de cassation. Chambre criminelle. Audience publique du mardi 15 octobre 1991. N°de pourvoi: 90-86791.
- Djacob Liva Tehindrazanarivelo. Les sanctions de l'Union africaine contre les coups d'État et autres changements anticonstitutionnels de gouvernem. African Yearbook of International Law. Annuaire Africain de Droit international. Volume 12. Martinus Nijhoff Publishers. 2004.
- Document officiel n° (Doc. Assembly/AU/8(VI)Add.3).
- DREYFUS Simone. Droit des relations internationales. Cujas. Paris. 1992.

- GAUTIER Marie. Droit institutionnel de l'Union européenne. 1^{ère} éd. P.U.F. Paris. 2010.
- J. Gascon Y Marin. Droit administratif interne. Recueil Des Cours, Collected Courses 1930. Vol 34. 1970.
- Jan Hendrik Willem Verzijl. The Jurisprudence of the World Court: A Case by Case Commentary. Brill Archive. 1966.
- Johan MEEUSEN, Other Authors. Enforcement of International Contracts in the European Union: Convergence and divergence between Brussels I and Rome I. Intersentia. 2004.
- MASSON Antoine. Droit communautaire, droit institutionnel et droit matériel. Théorie, exercices et éléments de méthodologie. 2^{ème} éd. Bruxelles. Larcier. 2009.
- MINE Michel et d'autres. Le droit social international et européen en pratique. 2^{ème} éd revue et augmentée. Eyrolles. Paris. 2013.
- NGUYEN-DUY Iris. La souveraineté du Parlement britannique. L'Harmattan. Paris. 2011.
- Protocole sur les amendements à l'Acte constitutif de l'Union africaine.
<http://knowledge.uclga.org/Protocole-sur-les-amendements-a-l-acte-constitutif-de-l-Union-Africaine.html?lang=fr>
- Protocole relatif à la créations du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine.
<http://www.peaceau.org/uploads/psc-protocol-fr.pdf>

-Publications de la Cour permanente de justice internationale.
Série b – n°15. Le 3 mars 1928. Recueil des avis consultatifs.
Compétence des tribunaux de Dantzig.



السلطة التشريعية في النظام الإسلامي

د. محمد رافع سالم العوامي⁽¹⁾

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن من أسس قيام الدول وجود سلطة تكفل تنظيم العلاقات الناشئة بكافة الأصعدة، من خلال سن التشريعات المنظمة لهذه العلاقات؛ حتى يسعد الناس بحياتهم، وتستقر بها معاملاتهم.

وفي سبيل ضمان جودة هذه السلطة درجت الدول حديثاً على إضفاء استقلالية لها في مواجهة السلطات الأخرى القائمة في الدولة والمتمثلة في السلطتين التنفيذية والقضائية، فصار للتشريع في كل دولة سلطة مستقلة تتمثل في السلطة التشريعية.

ولا شك أن سلطة بهذه الأهمية لا تخلو منها دولة، سواء حديثاً أو قديماً، وإن اختلفت مسمياتها عبر العصور، إلا أن مضمونها كان ولا يزال موجوداً في سائر الدول. فإذا ما نظرنا إلى الدولة الأولى للإسلام في عهد النبي ﷺ وما تلاها من أدوار وعهود إسلامية؛ لوجدنا لسلطة التشريع مكانة خاصة، كما سيظهر من خلال هذا البحث.

أسباب اختيار الموضوع:

لعل من أهم أسباب اختيار هذا الموضوع هو ما ظهر على الساحة العالمية عامة والعربية خاصة من تغيرات سياسية فرضت البحث في أفاق علمية شاسعة مقارنة بالشريعة الإسلامية، وكان من أهم ما برز في هذا الصدد موضوع السلطة التشريعية من حيث ماهيتها وأحكامها، فاحتيج لبحثه وسبر ما فيه من نصوص؛ لإظهار حقيقته في ثوب قشيب.

⁽¹⁾ عضو هيئة تدريس بجامعة عمر المختار.

أهمية الموضوع:

لما كان لموضوع السلطة التشريعية أهمية بالغة، ليس فقط في البلاد الإسلامية التي لا زالت تنتفض على الأنظمة الوضعية من لدن عصر النهضة الحديثة إلى اليوم، بل وفي بيان عظمة الشريعة الإسلامية وكيف أنها لم تترك شيئاً إلا ولها فيه نص أو قاعدة يقاس عليها؛ كان من الأهمية تناول هذا الموضوع، بإظهار ما فيه من معارف شرعية نفيسة، وأهمية تنظيمية كبيرة.

منهجية البحث:

- اعتمدت في بحثي أسلوباً يجمع بين منهجي الاستقراء والتحليل، ويتجلى ذلك فيما يلي:
- (1)- استقراء الآراء الفقهية في كل مسألة بالرجوع إلى المصادر الأساسية لكل مذهب، مع ذكر ما استند إليه كل رأي من الأدلة النقلية والعقلية ما استطعت لذلك سبيلاً.
 - (2)- مناقشة الآراء الفقهية وأدلتها، ثم استخلاص الرأي الذي يظهر استقامة دليله وتمشيهِ مع حكمة التشريع، مع بيان الأسباب التي أدت إلى الترجيح والاختيار.
 - (3)- الاهتمام بتخريج الأحاديث والآثار الواردة في البحث وعزوها إلى أماكنها في مصادرها الأصلية ما استطعت لذلك سبيلاً.
 - (4)- الحرص على تقديم الأدلة من القرآن والسنة، والاعتماد قدر الإمكان على ما اتفق عليه الشيخان، فإن لم يكن، ففيما انفرد به أحدهما، فإن لم يكن، فإني ألجأ إلى كتب السنن الأربعة، فإن لم يكن فإني ألجأ إلى باقي كتب الحديث الأخرى.
 - (5)- مقارنة مسائل السلطة التشريعية بنظائرها في القانون الوضعي دون التوسع في المجال الوضعي، بناء على أنّ هذه الدراسة مختصة أصلاً بالجانب الشرعي.
- وبناء على هذا فسيكون البحث مقسماً إلى ثلاثة مباحث، الأول في ماهية السلطة التشريعية، والثاني في مصادر تشريع السلطة التشريعية، أما الثالث ففي وظيفة السلطة التشريعية.

المبحث الأول

ماهية السلطة التشريعية

الكلام عن ماهية السلطة التشريعية هنا ينقسم لمطلبين، الأول في تعريف السلطة التشريعية، والثاني في بيان الأساس التاريخي لها في الدولة الإسلامية.

المطلب الأول

تعريف السلطة التشريعية

لتعريف السلطة التشريعية ينبغي بيان ذلك في النظام الإسلامي، وكذلك في النظام الوضعي، وذلك على نحو ما يلي:

الفرع الأول- تعريف السلطة التشريعية في النظام الإسلامي:

السلطة التشريعية لغة مصطلح مركب من كلمتين "سلطة وتشريع"، فالسلطة: القوة والغلبة، ومنه سمي السلطان⁽²⁾. وتشريعية: من التشريع، وهو إيراد الإبل شريعة لا يحتاج معها إلى الاستقاء من البئر، والشرع والشرعية ما شرع الله لعباده من الدين، أي سنّه لهم وافترضه عليهم، يقال: شرع لهم يشرع شرعاً فهو شارع، وقد شرع الله الدين شرعاً إذا أظهره وبينه، والشارع: الطريق الأعظم، والشرعية مورد الإبل على الماء الجاري⁽³⁾. وبذا يظهر أن معاني المادة تدور حول القدرة والغلبة على سن ما يُسير شؤون العباد مع الإلزام به. أما السلطة التشريعية اصطلاحاً فلم أقف على تعريف محدد لهذا المصطلح فيما أتيت لي من كتب التراث الإسلامي؛ ولعل هذا لحدائثة المصطلح، ولكن يمكن وضع تعريف اصطلاحى لهذه السلطة من خلال ما يظهر من الواقع وما تدل عليه معاني المركب؛ إذ لا يخرج المعنى الاصطلاحي لكلمتي "السلطة" و"تشريع" عن المعنى اللغوي⁽⁴⁾.

وقبل إظهار المعنى الاصطلاحي لهذه السلطة ينبغي أولاً التفرقة بين معنيين للفظ التشريع؛ إذ أنها قد تطلق تارة ويُراد بها إيجاد شرع ابتداءً، وقد تُطلق تارة أخرى ويُراد بها بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة .

(2) ابن منظور: ج 7، ص 320، مادة سلط

(3) المرجع السابق: ج 8، ص 175، مادة شرع.

(4) انظر الجرجاني: ص 126، أحمد بن محمد الفيومي: ج 1، ص 285، مادة سلط، وأيضاً: ج 1، ص 310، مادة شرع .

فالتشريع بالمعنى الأول ليس إلا لله، فهو سبحانه ابتدأ شرعا بما أنزله في قرآنه، وما أقر عليه رسوله ﷺ، وما نصبه من دلائل لاستنباط أحكامه، وبهذا المعنى لا تشريع إلا لله. أما التشريع بالمعنى الثاني- وهو بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة - فهذا هو الذي تولاّه بعد رسول الله ﷺ خلفاؤه من فقهاء الصحابة، ثم من جاء بعدهم من فقهاء التابعين وتابعيهم من الأئمة المجتهدين، فهؤلاء لم يُشرّعوا أحكام مبتدأة، وإنما استنبطوها من النصوص الشرعية، وما نصبه الشارع من أدلة، وما قرره من قواعد عامة. فمن استنبط حكما ما بواسطة القياس مثلا، فهو لم يشرع حكما مبتدأ، وإنما اجتهد في التعرف على الحكم المنصوص عليه، وعدى الحكم من موضع النص إلى موضع اشترك معه في الوصف الذي هو مناط الحكم، فهو باجتهاده استبان له أنّ النص يشمل موضعين، الموضع الظاهر فيه، والموضع الذي يشترك معه في علة الحكم⁽⁵⁾، وفي هذا المعنى ورد عن النبي ﷺ أنه بعث معاذًا لليمن قاضيا، فقال له: "كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ قال معاذ: أقضي بما في كتاب الله، فقال ﷺ: فإن لم يكن، قال: فبسنة رسول الله فقال ﷺ: فإن لم يكن، قال: اجتهد رأيي لا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدر معاذ، ثم قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله"⁽⁶⁾ وقد قيل في تفسير قوله (اجتهد رأيي): "لم يُرد به الرأي الذي يسنح له من قبل نفسه أو يخطر بباله على غير أصل من كتاب وسنة، بل أراد رد القضية إلى معنى الكتاب والسنة من طريق القياس"⁽⁷⁾. فهذا نص في إلزام الحاكم برد القضايا التي تعرض إلى نصوص الكتاب والسنة، وإلا اجتهد في هذه النصوص ليبيّن حكم المسألة المعروضة، فلا يأتي بحكم من قبل نفسه ابتداءً، وإلا كان متعديا على حق الله في هذا.

وإذا ظهر استخدامات لفظة "التشريع" أمكن تعريف السلطة التشريعية في النظام الإسلامي بأنها: هيئة مستقلة تملك القدرة على تشريع أحكام ملزمة⁽⁸⁾ تقتضيهما شريعة قائمة. فهي هيئة أي سلطة، بغض النظر عن شكلها، سواء كانت مكونة من جماعة أو من فرد.

(5) عبد الوهاب خلاف: ص 81.

(6) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ج 5، ص 203، حديث رقم 22060.

(7) المباركفوري: ج 4، ص 464.

(8) التقيد بصفة الإلزام لتمييز الحكم عن الفتوى، فهذه الأخيرة وإن كانت حكما إلا أنها ليس لها صفة الإلزام على العموم. انظر: ابن عابدين: ج 3، ص 508.

ومستقلة عن النظامين القضائي والتنفيذي، ولها قدرة وصيفة تخولها إصدار أحكام ملزمة مبنية على تشريع قائم.

وبذا ينبغي لمن يتصدر لهذه السلطة أن يكون من أهل التشريع، بأن يكون على قدر من الإلمام بالعلوم الشرعية، مستعينا بكافة العلوم الأخرى، كالطب والقانون والبيئة والفيزياء ونحوها، خاصة عند صياغة التشريعات المتعلقة بفن معين، كالطب ونحوه. وقد يتولى أعمال هذه السلطة في العالم المعاصر هيئة معينة، تُعرف بالبرلمان أو مجلس النواب أو مجلس الشعب أو نحوها.

الفرع الثاني- تعريف السلطة التشريعية في النظام الوضعي:

عُرِّفت السلطة التشريعية في النظام الوضعي بأنها: "السلطة المتخصصة بعمل القوانين"⁽⁹⁾، ويلاحظ من هذا التعريف عموم التصور الوضعي لمفهوم السلطة التشريعية، إذ لم يُبين مصدر التشريع فيها، وإن كان من المعلوم أنّ مصادر التشريع في هذه الأنظمة هي العقل البشري المجرد وأهواء المشرعين، كما أنّ هذا التصور لم يُبين ما إذا كان للسلطة التشريعية صلاحية وقدرة على وضع التشريع أم لا؟ مما يظهر معه دقة التصور الشرعي للسلطة التشريعية- كما تقدم في موضعه - مقارنة بالتصور الوضعي لها.

المطلب الثاني

الأساس التاريخي للسلطة التشريعية في الدولة الإسلامية

لم يكن معنى السلطة التشريعية من بدع العصر الحديث، إذ عُرِف منذ صدر الإسلام، وإن لم يُعرف بهذا الاسم-كعادة أغلب المسميات الحديثة مما كانت معلومة في الشريعة الإسلامية بمعانيها لا بمبانيها -ففي عهد النبوة كانت سلطة التشريع لرسول الله ﷺ وحده، فكان المسلمون إذا عُرِض عليهم حادث، وأرادوا معرفة حكم الله فيه؛ رجعوا إلى صاحب السلطة التشريعية آنذاك، متمثلاً في الرسول ﷺ، لئيبين لهم حكم ما نزل بهم، فيجيبهم تارة بآية أو آيات

(9) إبراهيم النجار: ص 398 .

من القرآن، ينزل عليه بها الوحي من ربه، وتارة أخرى باجتهاده ونظره؛ فيأتي القرآن إما مقررا أو مصوبا لاجتهاده عليه السلام (10).

أما في عهد الصحابة رضي الله عنهم فقد كانت سلطة التشريع في يد جماعة امتازوا بطول صحبتهم للنبي صلى الله عليه وسلم وبفقه وحفظ واسعين، فعرفوا بفقهاء الصحابة، كالخلفاء الأربعة الراشدين وعائشة أم المؤمنين وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل رضوان الله عليهم جميعا، فكان يُرجع إليهم في بيان النصوص، وهو حق لم يكتسبوه بتولية الخليفة أو انتخاب الأمة، وإنما كسبوه بما امتازوا به من علم بالقرآن والسنة وفقه لروح الشريعة الإسلامية (11).

والملاحظ أنه في عهد أبي بكر الصديق وصدر من عهد عمر رضي الله عنهما، في وقت كانت الدولة الإسلامية لم تتجاوز حدود شبه جزيرة العرب، وفقهاء الصحابة متقاربين، ومن اليسير جمعهم؛ كان رجال التشريع في هذا الدور يؤدون وظيفتهم مجتمعين في هيئة تشريعية واحدة، وكان التشريع - سواء كان بيانا لنص أو قياسا عليه - يصدر عنهم بصفة جماعية (12). أما بعد هذا الدور، وبعد تفرق فقهاء الصحابة في مختلف الأمصار، صار من العسير اجتماعهم وتبادل الآراء بينهم؛ فانتقلت سلطة التشريع إلى أهل الفقه في كل دور، فكانت على نهج سابقهم، يتولاها واحد أو جماعة من العلماء (13).

والملاحظ أيضا أن الأحكام التي تصدر عن السلطات التشريعية في هذه الأدوار لم تكن مقننة - كما حصل في العصور الحديثة - إذ لم تكن ثمة حاجة لذلك، ولعل أول تقنين حصل في الدولة الإسلامية كان في عهد الدولة العثمانية فيما يُعرف بمجلة الأحكام العدلية، إذ دونت فيها أحكام القضاء، واعتمد في أغلب نصوصها على المذهب الحنفي.

(10) عبد الوهاب خلاف: ص 6.

(11) المرجع السابق: ص 37.

(12) إذ كان الصديق عليه السلام إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضى به؛ قضى به بينهم، وإن لم يكن في الكتاب، نظر هل كانت من النبي صلى الله عليه وسلم فيه سنة، فإن علمها قضى بها، وإن لم يعلم؛ خرج فسال المسلمين، فربما اجتمع نفر يذكر من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه قضاء، فيأخذ به، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ جمع رؤوس الناس وعلماءهم فاستشارهم، فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به. وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفعل ذلك، فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة، نظر هل كان لأبي بكر رضي الله عنه فيه قضاء، فإن وجد أبا بكر رضي الله عنه قد قضى فيه بقضاء؛ قضى به، وإلا دعا رؤوس المسلمين وعلماءهم فاستشارهم، فإذا اجتمعوا على أمر قضى به. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب آداب القاضي، باب ما يقضى به القاضي، ج 10، ص 196، حديث رقم 20341.

(13) عبد الوهاب خلاف: ص 83.

المبحث الثاني

مصدر التشريع في السلطة التشريعية

يختلف مصدر التشريع في النظام الإسلامي عن غيره من الأنظمة الأخرى اختلافا جوهريا، فبينما مصدره في النظام الإسلامي الخالق عز وجل المتسم بالكمال، فإن مصدره في النظام الوضعي المخلوق المتسم بالضعف، وبيان ذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

مصدر السلطة التشريعية في النظام الإسلامي

مصدر السلطة التشريعية في النظام الإسلامي إلهي، يتمثل في الكتاب والسنة، وهو مصدر يتسم فيما يتسم بالكمال والعلو، فضلا عن أنه مصدر لنجاة الخلق في الدنيا والآخرة، فقد أشاد الله عز وجل في كثير من الآيات بمن يحكم شرعه وينبذ ما سواه، إذ قال تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾⁽¹⁴⁾، بل نفى الله تعالى الإيمان على من يفعل ذلك بقوله: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽¹⁵⁾. ولعل من الجدير تناول هذه المصادر للتشريع في هذا النظام بشيء من الإيجاز، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول- القرآن الكريم:

القرآن هو "الكلام المنزل على محمد ﷺ، المكتوب في المصاحف، المنقول إلينا نقلا متواترا"⁽¹⁶⁾. وهو المصدر الأول للتشريع الإسلامي، بل إن حجية غيره متوقفة عليه حتى

⁽¹⁴⁾ سورة النور: الآية 51 .

⁽¹⁵⁾ سورة النساء: الآية 65.

⁽¹⁶⁾ الشوكاني: ص46.

السنة؛ لأن الرسول ﷺ يخبر عن الله تعالى، وقوله ﷺ إنما صار حجة بالكتاب، بقوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ (17).

وهو مصدر تلقاه المسلمون بالشرح والتفسير والتحليل، كل في مجال عمله واختصاصه، واستنبطوا منه أحكام دينهم ونظام دنياهم، فوضعوا الأسس السليمة والقواعد المتينة لفهم هذا الكتاب والاستنباط منه وفق ما عرفوه من أساليب لغتهم العربية، وما خطه لهم النبي ﷺ من توجيهات، فلم يجد هؤلاء العلماء في آيات هذا الكتاب إلا التناسق والائتلاف، فهي يصدق بعضها بعضا، ويفسر بعضها بعضا، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ (18).

الفرع الثاني- السنة النبوية:

يقصد بالسنة كمصدر ثان للتشريع: كل ما أمر به النبي ﷺ أو نهى عنه، قولاً أو فعلاً أو تقريراً، مما لم ينطق به القرآن (19)، فهي القسم الثاني للوحي، المتمثل في الوحي غير المتلو، يشهد لذلك قوله تعالى: ﴿مَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ (20). وتُعد السنة المصدر الثاني من مصادر التشريع، بدليل إقرار النبي ﷺ معاذاً لما بعثه إلى اليمن قاضياً بجعله السنة المصدر الثاني للحكم بعد القرآن (21)، وبذا يجب على صاحب السلطة التشريعية في كل زمان ومكان أن يجعل السنة المصدر الثاني بعد القرآن عند تشريع الأحكام، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾ (22)، وأخبرنا عز وجل بأن هذه الطاعة في كل شيء دون استثناء، إذ قال سبحانه: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ (23)، فجعل الرد إلى

(17) سورة الحشر: الآية 7. انظر الموسوعة الفقهية: ج33، ص31.

(18) سورة النساء: الآية 82.

(19) الشوكاني: ج1، ص95. والملاحظ أن السنة في اصطلاح المحدثين غير السنة في اصطلاح الأصوليين وكذا الفقهاء، فإنها إذا كانت في اصطلاح الأصوليين كما ذكر في المتن، فإنها في اصطلاح المحدثين كل ما ورد عن النبي ﷺ من أفعال أو أقوال أو قرارات أو صفات خلقية أو خلقية، بينما هي عند الفقهاء كل ما ثبت عن النبي ﷺ ولم يكن مفروضاً ولا واجباً. وهذا الاختلاف في التصور بين العلماء إنما كان بسبب اختلاف الأغراض التي تعنى بها كل فئة من أهل العلم، والذي يعنينا هنا هو تصور علماء الأصول كونهم يبحثون في السنة كمصدر من مصادر التشريع الذي منه تستنبط القواعد الفقهية والأحكام الشرعية. انظر: عبد السلام أبو ناجي: ص20.

(20) سورة النجم: الآيتان 3-4.

(21) تقدم تخريجه.

(22) سورة النساء: الآية 59.

(23) سورة النساء: الآية 59.

هذين المصدرين من متعلقات الإيمان بالله ورسوله ﷺ، وأخبرنا بأن الخيرية في الرجوع إليهما دون غيرهما. والرد إلى الله يكون بالرد إلى كتابه، والرد إلى رسوله ﷺ يكون بالرد إلى سنته⁽²⁴⁾.

الفرع الثالث- الاجتهاد:

الاجتهاد لغة بذل الوسع في طلب الأمر⁽²⁵⁾، واصطلاحاً "بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي"⁽²⁶⁾. وبذلك الطاقة إنما محله المصدرين السابقين، إذ الاجتهاد إعمال للعقل بالنظر في النصوص الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية العملية منها، ولذلك كان الاجتهاد مصدراً من مصادر السلطة التشريعية؛ لأن النظر في هذه النصوص نظر في أمر شرعي⁽²⁷⁾. والاجتهاد كمصدر من مصادر هذه السلطة إنما يأتي متأخراً عن المصدرين الأصليين، وهما الكتاب والسنة، فلا يلجأ إليه إلا في حال الفراغ التشريعي، فيحتاج الأمر لاستقراغ الوسع في فهم النصوص الشرعية ومقاصد الشرع من التشريع واستنباط الأحكام منها، وذلك لأنّ الشارع الحكيم لم يتناول في القرآن والسنة تفصيل كل شيء، وإنما تناول بالتفصيل ما لا يتبدل ولا يتغير بتغير الأزمان والأعراف، كالعبادات والحدود والكفارات والمواريث، وترك التفصيل فيما علم من طبيعته التطور والتغير بتغير البيئات والأزمان، فتناوله بشكل إجمالي، وترك الاستفصال فيه حتى يكون الناس في كل زمان ومكان في سعة من أمرهم في تفصيل ما يناسبهم من قوانين، بشرط عدم مخالفة النصوص القطعية والقواعد الكلية للشرعية⁽²⁸⁾.

ولذلك وُجد في التراث الإسلامي ما يغنينا في كل مجالات الحياة، سواء أسرية أو مدنية أو جنائية أو دستورية أو دولية أو نحوها، هذه الثروة الكبيرة التي شهد بها القاصي والداني⁽²⁹⁾، بل اعترفت بقيمة هذا التراث وصلاحيته مؤتمرات دولية تشريعية حديثة، وهي ثروة صالحة لأن يقوم عليها صرح تشريعي مكين إذا توفر أرباب الفقه والقانون عليها.

(24) الشاطبي: ج4، ص12.

(25) ابن منظور: ج3، ص135، مادة جهد.

(26) ابن أمير حاج: ج3، ص291.

(27) الشاطبي: ج1، ص35.

(28) الفاسي: ص159.

(29) الجليدي: ص177.

وبذا يظهر أن مصادر التشريع في الإسلام هي مصادر إلهية، شرعها لنا الله سبحانه وتعالى الذي يعلم ما يصلحنا وما يفسدنا، تتمثل في القرآن والسنة، والاجتهاد فيهما، وإن كان جعل هذا الأخير مصدرا مستقلا فهو على سبيل التجوز، وإلا فحقيقته راجعة إلى المصدرين قبله.

المطلب الثاني

مصدر السلطة التشريعية في النظام الوضعي

من المعلوم أن أكثر الجماعات الإنسانية في الماضي كانت تتحاكم إلى الأعراف التي تنشأ فيها، وكانت هذه الأعراف التي يتوارثها الخلف عن السلف قانونا يُعد الخروج عليه جريمة مستحقة للعقاب، ولما كان من هذه الأعراف ما يتضمن ظلما للعباد وصدا عن الحق فقد جاءت نصوص تبين حقيقتها وسببيتها لهذا الصد والظلم، من ذلك قوله تعالى: ﴿بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِم مُّهُتَدُونَ وَكَذَٰلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِّن نَّذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِم مُّقْتَدُونَ قَالَ أُولُو حِجَّتِكُمْ بَاهُدُوا بِمِمَّا وَجَدْتُمْ عَلَيْهِ آبَاءَكُمْ قَالُوا إِنَّا بِمَا أُرْسِلْتُمْ بِهِ كَافِرُونَ⁽³⁰⁾، والمراد بالأمة في الآية الطريقة التي كانت تنتهجها كل أمة في حياتها⁽³¹⁾، وهو ما يعرف بالعرف.

والملاحظ أن بعض أعراف الجماعات الإنسانية كان يصنعها الزعماء والرؤساء والقادة الذين سادوا بالقوة أو السلطان أو الجاه، مما جعل الناس يتابعونهم فيما يفعلونه، وهذا كان منه في العرب كثير، من ذلك ما شاع لدى عرب الجاهلية من قتل لأولادهم خشية العيلة، نتيجة لأعراف صنعها بعض الجهال⁽³²⁾، وفي هذا قال تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ زَيَّنَ لِكَثِيرٍ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ قَتْلَ أَوْلَادِهِمْ شُرَكَاؤُهُمْ⁽³³⁾، وقال تعالى في موضع آخر: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُم مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ⁽³⁴⁾، وكان من هؤلاء العرب عمرو بن عامر الخزاعي، فقد كان زعيما مطاعا، وهو أول من غير دين العرب، فإنهم كانوا على دين إسماعيل بن إبراهيم عليهما السلام، وفي

(30) سورة الزخرف: الآيات 22-24.

(31) القرطبي: ج 16، ص 74.

(32) الألوسي: ج 4، ص 143.

(33) سورة الأنعام: الآية 137.

(34) سورة الشورى: الآية 21.

هذا قال النبي ﷺ: "إن أول من سيّب السوائب⁽³⁵⁾، وعبد الأصنام أبو خزاعة عمرو بن عامر، وإنني رأيته يجر أمعاءه في النار"⁽³⁶⁾.

وحينما أراد الناس في مختلف العصور، القديم منها والحديث، كتابة قوانينهم؛ عمدوا إلى هذه الأعراف التي كانت قوانينا غير مدونة؛ فدونها وحكّموها في مجتمعاتهم، وحينها كان عمل الحكام ورجال الفكر في التدوين إما بالإدلاء بما لديهم من عقل وفكر، وإما باقتباسهم من عادات وقوانين الأمم الأخرى، وقد يأخذون بعض أحكام الشرائع السماوية، كما هو حال القانون التتاري المعروف بالياسا أو الياسق، وهو القانون الذي وضعه جنكيز خان ملك التتار في القرن السابع هجري، إذ اقتبسه من شرائع شتى، من اليهودية والنصرانية والإسلامية وغيرها، وفيه كثير من الأحكام أخذها من مجرد نظره وهواه، فصارت في بنيهِ شرعا متبعا يقدمونه على غيره⁽³⁷⁾. ومن أمثلته أيضا في العالم المعاصر القانون المدني الليبي الصادر سنة 1954م، فإنه مأخوذ من القانون المدني المصري المنفذ عام 1949م، والذي بدوره مأخوذ من القانون المدني الفرنسي وقوانين أخرى، كما أخذ ببعض أحكام الشريعة الإسلامية.

ولا يزال العرف يحتفظ بأهميته في بريطانيا، فالتشريع هناك إلى اليوم قائم في أساسه على العرف والسوابق القضائية، فأحكام القضاء في بريطانيا هي سوابق قضائية ملزمة، لا يجوز الخروج عليها، ولذلك وصفت شريعتهم بأنها من صنع القضاء، كما أنها تعتبر كذلك شريعة غير مكتوبة، لقيامها على العرف والسوابق القضائية⁽³⁸⁾.

وبذا يظهر أن مصادر التشريع في الأنظمة الوضعية هي مصادر بشرية، تتمثل في أمرين، الأول: الأعراف التي نشأت في الجماعات، والثاني: ما يسنّه ويخترعه رجال التشريع. وهذا بعكس مصادر التشريع في النظام الإسلامي، فهي مصادر من لدن حكيم عليم.

ولعل من أشهر هذه القوانين الوضعية قديما، والتي أثرت فيما جاء من بعدها من قوانين وضعية؛ القانون الروماني والقانون النابليوني.

(35) السوائب جمع سائبة، وهي التي كانوا يسيبونها لآلهتهم لا يحمل عليها. انظر: ابن كثير: ج 2، ص 188.

(36) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده: ج 1، ص 446، حديث رقم 4258.

(37) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج 2، ص 90.

(38) الأشقر: ص 27.

فالقانون الروماني هو القانون المنسوب إلى مدينة روما القديمة، وقد كان الرومان في بداية عهدهم يحكمون بالتقاليد والعادات الدينية التي كانت تسود مجتمعهم، واقتصرت قواعد القانون في البداية على أمور الأسرة وعلى بعض النظم المدنية، وفي سنة (451 ق م) صدر في روما قانون الألواح الإثنى عشر، الذي شكّل فيما بعد حجر الأساس للشرعية اللاتينية، معتمداً في تدوينه على القواعد العرفية، متميزاً بإجراءاته الضيقة وأحكامه القاسية. وقد تناولت أحكامه النظم المدنية بصورة مستقلة عن الدين، فلم تشمل على كفارات أو عقوبات دينية، كما كان حال المرحلة السابقة على تدوينه، واقتصرت الأحكام الدينية فيه على بعض القواعد المتعلقة بالجناز. ثم كان لهذا القانون نصيبه من التأثير والتغير نتيجة توسع الدولة الرومانية وما نشأ عنه من صراعات بين القانون الروماني وقوانين وعادات البلاد المفتوحة، تسربت على إثره قوانين تلك البلاد إلى القانون الروماني؛ فكثر المبادئ، وتنوعت مصادرها، وتضاربت أحكامها. وفي سنة 527م جُمعت القوانين الرومانية، ودونت في مجموعات رسمية، سميت بـ(البندكت أو الديجست)، ومعناها الحاوي أو الجامع الأوفى⁽³⁹⁾.

أما القانون النابليوني فهو القانون الذي وضعه القائد الفرنسي نابليون بونابرت مطلع القرن التاسع عشر، فتأثرت به دول أوروبا، فنسجت قوانينها على منوالها، ولم يتخلف عنها سوى بريطانيا⁽⁴⁰⁾.

والملاحظ أن كل القوانين الأوربية تأثرت بالقانون الروماني تأثراً كبيراً، ومن ذلك أنها ابتعدت عن الأحكام الدينية، ولم تقننها، وبذلك فصلت الدين عن الدنيا⁽⁴¹⁾.

ولا يظن ظان أن الشرائع الإلهية لم يكن لها وجود عندما وضعت تلك القوانين، ففرعون جاءه موسى عليه السلام بالحق الأبلج، فنادى فرعون في قومه قائلاً: ﴿أَلَيْسَ لِي مُلْكُ مِصْرَ وَهَذِهِ الْأَنْهَارُ تَجْرِي مِنْ تَحْتِي﴾⁽⁴²⁾، وقال: ﴿أَنَا رَبُّكُمْ الْأَعْلَى﴾⁽⁴³⁾، وكذا الحال في بابل القديمة، فأهلها عبدوا الشمس، وكانوا يسمونها إله المعرفة، وكان حينئذ زعيمهم حمورابي

(39) المرجع السابق: ص 48 - 49.

(40) المرجع السابق: ص 50.

(41) المرجع السابق: نفس الموضع.

(42) سورة الزخرف: الآية 51.

(43) سورة النازعات: الآية 24.

يَدّعي أنه يمثل إله المعرفة في الأرض، ففي أعلى الحجر الذي دون عليه حمورابي قانونه نَفَس صورة معبوده الإله شمس علوا واستكبارا كاستكبار فرعون، فقد جاء في مقدمة قانونه قوله: "أنا حمورابي ملك العدالة ... أنا الذي أهداني الإله شمس هذه القوانين"⁽⁴⁴⁾.

المبحث الثالث

وظيفة السلطة التشريعية

تقدم القول عند التعريف بالسلطة التشريعية أنّ الوظيفة الأساسية لهذه السلطة هي إصدار الأحكام والتشريعات، وهي أحكام قد تأخذ شكل تقنين ملزم، فتصير في قوة التشريعات النافذة، وبذا فإن بحث مسألة وظيفة السلطة التشريعية سيكون متعلقاً بالتقنين الذي تصدره هذه السلطة، وهذا يوجب إعطاء تصور عام عن المبادئ والقواعد التشريعية التي اعتمدها الشارع الحكيم في تشريعيه، وهي قواعد ومبادئ تمثل مدخلا رئيسيا لكل تقنين يصدر في الدولة الإسلامية، وهي في نفس الوقت تمثل خصائص للقانون الإسلامي يميزه عن غيره من القوانين الوضعية، وبذا سينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول في تقنين الأحكام الفقهية، والثاني في المبادئ التي يلزم مراعاتها عند التقنين.

المطلب الأول

تقنين الأحكام الفقهية

التقنين في حقيقته إلزام القاضي بأحكام فقهية معينة لا يتجاوزها مهما خالفها اجتهاده، وهو من المسائل التي لازالت محل اختلاف بين العلماء المتقدمين والمتأخرين، وقد تناولها العلماء المتقدمون تحت مسألة إلزام القاضي بأن يقلد مذهباً معيناً، بينما تناولها المتأخرون تحت مسألة تقنين الأحكام الفقهية، ولعل الاختلاف بين الفريقين يظهر في أنّ المتقدمين

⁽⁴⁴⁾ انظر: ول وإيريل ديورانت: قصة الحضارة، ترجمة: محمد بدران، دار الجيل، بيروت، 2 ج، ص 190-191.

صوِّروا المسألة بأنها إلزام القاضي بتقليد مذهب معين، كأن يلتزم بالمذهب الحنفي أو المالكي، بينما يصورها المعاصرون بأنها إلزام للقاضي بتقليد آراء فقهية معينة اختيرت من عدة مذاهب أو مذهب معين، وقد كان اختلاف العلماء قديماً وحديثاً في هذه المسألة على قولين بالمنع والإجازة، بيانه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول- القائلون بالمنع:

ذهب فريق من العلماء إلى القول بعدم جواز إلزام القاضي بالحكم بمذهب أو برأي معين، وهو قول عند المالكية، والراجح عند الشافعية، وقول الحنابلة⁽⁴⁵⁾، وممن ذهب إلى هذا القول من المعاصرين محمد الأمين الشنقيطي، وهيئة كبار العلماء بالسعودية، حيث تناولت هذه الأخيرة موضوع التقنين ببحث تحت عنوان (تدوين الراجح من أقوال الفقهاء) وصدر قرارها بالأغلبية بالمنع من التقنين⁽⁴⁶⁾. واستدل أصحاب هذا القول على ذلك بما يلي:

1 - قوله تعالى: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾⁽⁴⁷⁾، والحق ما دل عليه الدليل، وهو لا يتعين في مذهب بعينه⁽⁴⁸⁾. وأجيب على هذا الاستدلال بأن الحق في الآية ذكر في مقابلة الهوى، إذ

(45) انظر الخطاب: ج6، ص 93 - 94. الشيرازي: المذهب، ج2، ص291. المرادوي: ج11، ص 169.

(46) انظر: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء: بحث قدم لهيئة كبار العلماء بالسعودية، ص 65. والملاحظ أنه برغم صدور قرار من هيئة كبار العلماء بالسعودية بمنع التقنين، إلا أن الواقع هناك يخالفه؛ فالدولة السعودية تأخذ بالمذهب القائل بجواز التقنين، وذلك أن المحاكم في هذه الدولة - كما هو معروف - ملزمة بمذهب معين في قضائها، وهو المذهب الحنبلي، فقد صدر تقنين يلزم المحاكم بذلك، وهو قرار الهيئة القضائية رقم (3) في 17/ 1/ 1347هـ المقترن بالتصديق العالي بتاريخ 24/ 3/ 1347هـ، الذي نص على ما يلي: (أ / يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، نظراً لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسائله. ب/ إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقه على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم، يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة، ويقرر السير فيها على ذلك المذهب، مراعاة لما ذكر). انظر تدوين الراجح من أقوال الفقهاء: ص 32، 33.

وبلاحظ على هذا القرار أن سهولة مراجعة كتب المذهب الحنبلي ليست مزية للمذهب الحنبلي فقط، بل تشاركه فيه المذاهب الأخرى، وذكر الأدلة عقب المسائل لدى الحنابلة هو أمر يوجد أيضاً في المذاهب الأخرى، أما ما وجد في بعض كتب الفروع الأخرى من خلل المسائل من أدلتها - كما هو حال أغلب كتب فروع المالكية - فقد سد تلاميذ المذهب هذه الثغرة بتدليل المذهب، ولك في كتاب مواهب الجليل من أدلة خليل للشنقيطي خير مثال. كما أن الصياغة القانونية للمواد تجعل مراجعة الأحكام أسهل من بقية كتب المذاهب الفقهية.

(47) ص، الآية 26.

(48) الشيرازي: المذهب، ج2، ص 291.

في تنمة الآية السابقة: ﴿وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى﴾⁽⁴⁹⁾، ولم يقل أحد أن المذاهب أو الآراء الفقهية المعتبرة هي هوى، بل هي مبنية على أدلة معتبرة في الشريعة⁽⁵⁰⁾.

2 - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾⁽⁵¹⁾، حيث دلت الآية على أن الواجب في الأحكام الرجوع إلى حكم الله ورسوله، ولا يتعين هذا في مذهب أو رأي معين، فالحكم بمذهب أو رأي معين حكم بغير ما يعتقد القاضي أنه حكم الله ورسوله، فهو حرام، ويلزم منه منع الإلزام بالتقنين⁽⁵²⁾. ويمكن الجواب على هذا الاستدلال بأنه يستقيم لو كان القاضي مجتهدا، فتكون له أهلية اختيار الأحكام واستنباطها من النصوص الشرعية، وإلا فالمقدد ليست له هذه القدرة؛ فيكون إلزامه بالتقنين أولى وأيسر له مما لو ألزم بالاجتهاد.

3 - قوله ﷺ: "القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار"⁽⁵³⁾، ووجه الاستدلال أن حكم القاضي بغير الحق مدعاة للإثم، والمذهب أو الرأي المختار ليس بالضرورة هو الحق في نظر القاضي، فإن قضى بخلاف ما يراه من الحق وقع في المحذور، فيلزم منه منع التقنين⁽⁵⁴⁾. ويمكن الجواب على هذا الاستدلال بما أوجب على سابقه، إضافة إلى أن الحديث دل أيضا على أن القاضي قد يقع في المحذور بسبب قضائه عن جهل بالعلوم الشرعية - وهو حال أغلب القضاة اليوم - فيلزم التقنين لدرء هذه المفسدة، والقاعدة أن "درء المفسد أولى من جلب المصالح"⁽⁵⁵⁾.

4 - الإجماع على عدم جواز حمل الناس على قول واحد⁽⁵⁶⁾. ويمكن الجواب على هذا الاستدلال بأن هذا الإجماع غير مسلم، فقد وُجدَ من العلماء من يقول بخلافه⁽⁵⁷⁾.

(49) سورة ص: الآية 26 .

(50) تدوين الراجح من أقوال الفقهاء: ص 33 .

(51) سورة النساء: الآية 59 .

(52) تدوين الراجح من أقوال الفقهاء: ص 33 .

(53) سنن أبي داود: كتاب الأفضية، باب في القاضي يخطئ، 2 / 322، حديث رقم 3573. سنن الترمذي: أبواب الأحكام، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي، 3 / 605، حديث رقم 1322. سنن ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، 2 / 776، حديث رقم 2315.

(54) تدوين الراجح من أقوال الفقهاء: ص 37 .

(55) السيوطي: ص 87 .

(56) انظر ابن قدامة المقدسي: ج 10، ص 100 .

(57) انظر القول الثاني في حكم إلزام القاضي بمذهب معين.

5 -التقنين مخالف لما جرى عليه العمل في عهد النبي ﷺ وخلفائه الراشدين ومن بعدهم من السلف، فقد رفض الإمام مالك طلب الخليفة أبو جعفر المنصور بحمل الناس على الموطأ، ولا خير في شيء أعتبر في عهد السلف من المحدثات⁽⁵⁸⁾. ويمكن أن يجاب عليه بأن عدم وجود الشيء في عهد السلف لا يعني منعه، فلعل دواعيه لم توجد، أما رأي مالك فقد خالفه غيره فيه، ولعل مالكا كان يرى ذلك لتوفر قضاة من المجتهدين، إذ من المعلوم أن منصب القضاء كان لا يشغله إلا مجتهد⁽⁵⁹⁾.

الفرع الثاني- القائلون بالجواز:

ذهب فريق من العلماء إلى القول بجواز إلزام القاضي بالحكم بمذهب أو رأي فقهي معين، وإلى هذا ذهب الحنفية، وهو قول عند المالكية، وقول عند الشافعية⁽⁶⁰⁾، وممن ذهب إليه من المعاصرين محمد أبو زهرة⁽⁶¹⁾، وأحمد شاكر⁽⁶²⁾، ومصطفى الزرقا⁽⁶³⁾، ووهبة الزحيلي⁽⁶⁴⁾.

ولعل من أبرز حججهم استدلالهم بالمصلحة؛ إذ قد يكون في إلزام القاضي بمذهب أو رأي فقهي معين مصلحة عظيمة، خاصة إذا كان القضاة مقلدين لا يملكون مقومات الاجتهاد⁽⁶⁵⁾، كما أن ترك القضاة في هذه الحال يحكمون بما يصل إليه اجتهادهم قد يؤدي إلى فوضى واختلاف في الأحكام للقضية الواحدة، وربما أحدث ذلك اضطرابا وإهدارا للثقة بالمحاكم الشرعية، فيكون في التقنين توحيد للأحكام في الدولة⁽⁶⁶⁾، كما استدلوا أيضا بأن القاضي وكيل عن الحاكم؛ فيتقيد قضاؤه بما قيده به⁽⁶⁷⁾، ولو افترض جدلا أن في التقنين

(58) محمد محمد حمدي: ص 467. وانظر أيضا الخطاب: ج 6، ص 93.

(59) انظر الخطاب: ج 6، ص 94. ابن قدامة المقدسي: ج 10، ص 93.

(60) انظر: ابن عابدين: ج 3، ص 508، ج 5، ص 251. الخطاب: ج 6، ص 98. الشرواني: ج 10، ص 116. الشيرازي: التبصرة في أصول الفقه، ص 509.

(61) انظر: محمد أبو زهرة: المجتمع الإنساني في ظل الإسلام، الدار السعودية، ط 2، 1981م، ص 254.

(62) انظر شاكر: ص 128.

(63) مجد مكي: ص 373.

(64) الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص 29.

(65) انظر الشيرازي: التبصرة في أصول الفقه، ص 509.

(66) انظر الخطاب: ج 6، ص 93. الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص 28.

(67) ابن عابدين: ج 5، ص 251. هذا وقد ذكر ابن عابدين أن القاضي يتقيد أيضا بتقيد الحاكم له في الزمان والمكان والشخص، ومن ذلك إذا نهاه عن سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة. انظر ابن عابدين: نفس الموضع.

مفاسد، إلا أن عدم التقنيين فيه مفاسد أعظم، والقاعدة الشرعية على أنه: (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما)⁽⁶⁸⁾.

ويمكن الجمع هنا بين القولين السابقين بأن يُقال: أن القائلين بالمنع يتكلمون عن قاض مجتهد، وهذا يصلح القول بعدم إلزامه بالتقنين؛ لأنه قد يرى الحق في غيره، أما القائلين بجواز التقنين فيتكلمون عن قاض مقلد ليس من أهل الاجتهاد؛ فيلزمونه بالتقنين درءاً لمفاسد كثيرة.

والراجح هو القول بجواز التقنين وإلزام القاضي به، خاصة وأن أغلب القضاة اليوم مقلدون، فيكون في إلزامهم استقراراً لأحكام القضاء، ودرءاً لعبث الجهال من القضاة بالأحكام، وفي هذا قال صاحب الموافقات عند بيانه لوجه إلزام القضاة بمذهب معين: "لأن الورع قل بل كاد يعدم، والتحفظ على الديانات كذلك، وكثرت الشهوات، وكثر من يدعي العلم، ويتجاسر على الفتوى فيه، فلو فُتح لهم باب في مخالفة المذهب لاتسع الخرق على الراقع، وهتكوا حجاب هيبة المذهب، وهذا من المفسدات التي لا خفاء بها"⁽⁶⁹⁾.

والملاحظ أن كيفية تقنين الأحكام الشرعية لا يقوم بها كل قاضٍ على حدة، وإنما تتم عن طريق لجنة من علماء المذاهب، تنتقي الأحكام من أي مذهب، معتبرة فيها قوة دليلها وقربها من تحقيقها للمصلحة الشرعية، ثم تصيغها في مواد مبسطة يمكن للقضاة ورجال القانون الرجوع إليها؛ توحيدا لأحكام القضاء، وتسهيلا لأمر المتقاضيين بمعرفة الحكم الذي يتقاضى على أساسه⁽⁷⁰⁾.

(68) السيوطي: ص 87.

(69) الشاطبي: ج 4، ص 146.

(70) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 1، ص 26.

المطلب الثاني

المبادئ المراعاة عند وضع التقنين

عند قيام السلطة التشريعية بوظيفتها ثمة مبادئ وقواعد ينبغي عليها مراعاتها بالخصوص، يظهر أهمها في الفروع التالية:

الفرع الأول- مراعاة اشتغال الشريعة الإسلامية على أحكام كلية وأخرى جزئية:

فالشارع الحكيم لم يتناول في القرآن والسنة كل المسائل تفصيلاً، وإنما تناول بعضها بشكل كلي، مراعيًا في ذلك طبيعة المسائل من حيث التغير والتطور أو الثبات والدوام، فما كان بطبيعته ثابتاً لا يتغير، كالعبادات والمواريث؛ فَصَّلَهُ، وما كان متجدداً بطبيعته، كأكثر مسائل المعاملات المالية وما يتعلق بالقضاء وعلاقات الدولة الإسلامية بغيرها، جعل له قواعد وأسسا ينبني عليها كثير من جزئياتها دون تفصيلها؛ لكي يكون الناس في كل زمان ومكان في سعة من أمرهم في تفصيل ما يناسبهم من قوانين في حدود تلك القواعد والأسس⁽⁷¹⁾.

ومن أمثلة التشريع الكلي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽⁷²⁾ فهذه الآية من قواعد المعاملات وأساس المعاوضات، والمعنى لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق، فيدخل في هذا القمار والخداع وجدد الحقوق والاحتكار، وكل ما لا تطيب به نفس ماله، أو حرمة الشريعة وإن طابت به نفس ماله، كمهر البغي وأثمان الخمر وغير ذلك⁽⁷³⁾.

والملاحظ أنّ هناك فرقا جوهريا بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي من ناحية ثبات القواعد الكلية، إذ التغير في أحكام الفقه الإسلامي محله الأحكام الجزئية لا الكلية، فهذه الأخيرة ثابتة وواضحة منذ البداية، ولذا لم يرد النسخ على الأصول العامة والقواعد الكلية للشريعة، وإنما ورد على الجزئيات، لأنّ الكليات هي التي انبنت عليها الأحكام الشرعية⁽⁷⁴⁾. أما في الفقه

(71) الفاسي: ص 159.

(72) سورة النساء: الآية 29.

(73) القرطبي: ج 2، ص 338.

(74) العبيدي: ص 192.

الوضعي فالتغير والتبدل لم يقتصر على الأحكام الجزئية فقط بل شمل الكلية أيضاً، وهذا ما يظهر عند تعديل الدساتير، والتي تُعد القواعد الكلية التي انبنت عليها القوانين. ولا شك أن هذا الفرق يؤثر في استقرار الأوضاع؛ فقواعد الفقه الإسلامي تتسم بسمة الثبات والاستقرار، مع ترك مجال واسع للتطور في تطبيق هذه القواعد على الجزئيات، وعلى العكس حال الفقه الوضعي، وما هذا إلا لاختلاف المصدر التشريعي للفقه الإسلامي عنه في الفقه الوضعي؛ فهذا الأخير ما هو إلا نتاج عمل إنساني بحت يحتمل الصواب والخطأ، ولا بد أن يلحقه القصور مما يدعو فقهاء دائماً لتعديل قواعده وتغييرها كلما ظهر لهم نقصها وقصورها، بينما مصدره في الفقه الإسلامي إلهي؛ فكان متمسماً بالكمال والعلو⁽⁷⁵⁾.

الفرع الثاني- مراعاة العلل والمصالح في التشريع الإسلامي:

لما كانت الشريعة الإسلامية تخاطب كل الناس في كل العصور؛ لزم أن يُراعى في أحكامها طبيعة التغير والتبدل في المصالح المتجددة، بما يناسب ظروف كل عصر وأعرافه، فإذا كانت أحكام العبادات تعبدية غير معقولة المعنى، إذ يطلب من المكلف إتقانها ولو لم يدرك لها علة، كعدد ركعات الصلاة، فإنّ غالبية أحكام المعاملات معقولة المعنى أو معللة بعلة معينة قد يدركها كل مكلف بعد النظر والبحث⁽⁷⁶⁾.

فلو تغيرت المصلحة في حكم للمعاملات، أو تغير موجب الحكم، أو أصبح لا يحقق مقصود الشارع منه؛ تغير لأجله الحكم، وإلا نُقض مقصود الشارع من التشريع، ولهذا قرر الأصوليون أن: (النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً)⁽⁷⁷⁾.

ومن أمثلة ذلك أنّه لما طُلب من النبي ﷺ أن يسعر السلع لما غلت أسعارها؛ امتنع عن ذلك، لما وجد فيه ظلماً للتجار، وأن الغلاء كان بسبب طبيعي لا دخل للتجار فيه، وقال ﷺ: "إنّ الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإنني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني في دم ولا مال"⁽⁷⁸⁾. وفي عصر التابعين ومن بعدهم ذهب جمهور العلماء إلى القول بجواز

(75) العيّار: ص 61.

(76) الشاطبي: ج 2، ص 300.

(77) المصدر السابق: ج 4، ص 194.

(78) أخرجه الترمذي: كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير، حديث رقم (1314)، 605/3، وقال: حسن صحيح.

التسعير التفاتا إلى العلة والمقصد، وهو منع التجار من رفع الأسعار على الناس والتضييق عليهم⁽⁷⁹⁾.

الفرع الثالث- مراعاة جانبي الثبات والمرونة في نصوص التشريع الإسلامي:

فمن المعلوم أنّ الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية تجمع ما بين الثبات والمرونة، فالأحكام التي لا تتغير بتغير الأحوال، كالتراضي مثلا في العقود، وحرمة الربا والغش والاحتكار، وكل ما يتعلق بمقاصد الشريعة في تحقيق العدل ومنع الظلم وحفظ المال؛ اتسمت بالثبات، أما الأحكام التي تتعلق بالوسائل أو ثبتت باجتهاد مبني على عرف؛ فلا مانع من تغييرها عند تغير الوسائل أو الظروف أو الأعراف، فالنقود مثلا وسيلة لتقويم السلع، وقد كانت من الذهب والفضة، وأصبحت من المعدن والورق، فتعتبر نقودا شرعا، وتسري عليها أحكام النقود، ولو كانت من غير الذهب والفضة⁽⁸⁰⁾.

ومعرفة الثابت والمتغير في أحكام التشريع الإسلامي يعين السلطة التشريعية والفقهاء في الحكم على كثير من المعاملات والقضايا الحادثة، وهذا المبدأ جعل كثيرا من العلماء يبدلون أحكامهم بحسب تبدل العرف والزمان، وكثيرا ما عللوا اختلاف أحكامهم بأنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، إذ القاعدة أنّه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان⁽⁸¹⁾.

وبذا يظهر أنّ الفقه الإسلامي يضع لكل ناحية من حياة البشر وتصرفاتهم أصلا يُتبع، وقاعدة يُقاس عليها، فساير الزمان وصلح لكل مكان. أما ما يظهر منه في بعض الأزمان أو البيئات من عجز عن مساير روح العصر؛ فليس بسبب قصور فيه، وإنما لعدم الاعتماد عليه اعتمادا كلياً، إذ لو وجه البحاث أنظارهم إلى الشريعة الإسلامية، وحكموا نصوصها، وأخلصوا النية لله سبحانه وتعالى؛ لتمكنوا من الوقوف على علل الأحكام، واستنبطوا منها القوانين التي تساير حياة الناس وتحقق مصالحهم في كل زمان ومكان⁽⁸²⁾.

(79) انظر: ابن عابدين: ج6، ص400. ابن عبد البر: ج2، ص730. الشرواني: ج4، ص319.

(80) شبيب: ص25 - 26.

(81) باز: ص36.

(82) العبار: ص60.

الفرع الرابع- مراعاة اشتغال نصوص الشريعة الإسلامية على قطعيات وظنيات:

تحتوي نصوص الشريعة الإسلامية على قطعيات وظنيات، يلزم مراعاتها عند كل تشريع أو حكم، فنصوص القرآن الكريم والسنة المتواترة من حيث ثبوتها كلها قطعية الثبوت بلا ريب؛ لنقلها إلينا نقلاً متواتراً، مما يُفيد اليقين بثبوتها، أما من حيث دلالتها على الأحكام ففيها القطعي وفيها الظني.

فقطعي الدلالة من النصوص ما دلت ألفاظه على معنى معين لا يحتمل تأويلاً، كقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ﴾⁽⁸³⁾، فهذا كلام يفيد قطعاً أن الزوج يرث النصف من تركة زوجته إن لم يكن لها ولد، ويرث الربع إن كان لها ولد منه أو من غيره، وقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾⁽⁸⁴⁾، فهذا أيضاً قطعي الدلالة في بيان عقوبة الزانية والزاني غير المحصنين، وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾⁽⁸⁵⁾، دل قطعاً على أن عقوبة السرقة هي قطع اليد دون غيرها. ولما كانت هذه الدلالة قطعية؛ لم يختلف العلماء في حكمها⁽⁸⁶⁾.

أما ظني الدلالة من النصوص فهو ما دلت ألفاظه على معنى يحتمل التأويل، كالألفاظ المشتركة وألفاظ العموم والألفاظ المطلقة، مثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽⁸⁷⁾، والقروء جمع قرء، وهو لفظ يطلق على الطهر كما يطلق على الحيض⁽⁸⁸⁾، فدلالته على أحدهما بالتعيين ظنية؛ وبذا كانت دلالاته محل اختلاف بين العلماء.

الفرع الخامس- مراعاة الإباحة الأصلية في المعاملات المالية:

(83) سورة النساء: الآية 12.

(84) سورة النور: الآية 2.

(85) سورة المائدة: الآية 38.

(86) الشرجي: ص 82.

(87) سورة البقرة: الآية 228.

(88) الفيومي: ج 2، ص 501، مادة قرء .

إذا كان الأصل في العبادات الحظر حتى يرد نص من الشارع بالطلب؛ لئلا يحدث في الدين ما ليس منه، لقوله ﷺ: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد" (89)، وقوله ﷺ: "صلوا كما رأيتموني أصلي" (90)، وأيضا قوله ﷺ: "لتأخذوا مناسككم فإنني لا أدري لعلني لا أخرج بعد حجتي هذه" (91)، فإن الأصل في المعاملات المالية الإباحة، حتى يرد ما يمنعها (92)، والأدلة على هذا الأصل كثيرة، منها على سبيل المثال قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ (93)، قال ابن حزم: "فكل ما لم يفصل فهو حلال بنص القرآن، إذ ليس في الدين إلا فرض أو حرام أو حلال، فالفرض مأمور به في القرآن والسنة، والحرام مفصل باسمه في القرآن والسنة، وما عدا هذين فليس فرضا ولا حراما، فهو بالضرورة حلال، إذ ليس هناك قسم رابع" (94).

وبذا يظهر مما تقدم في تعريف السلطة التشريعية، وحصر عملها في التشريع بمعنى التنظيم لا إيجاد شرع مبتدأ، وما تقدم هنا في المبادئ المراعاة عند التقنين؛ أن على السلطة التشريعية أن تلتزم عند وضع التشريع بمصادر التشريع الشرعية، وعدم التعارض مع الأحكام القطعية للشريعة الإسلامية. أما الأحكام العملية ذات الدلالة الظنية، فللسطة التشريعية في كل عصر ومكان الاجتهاد وفتح باب الشورى وتبادل الآراء؛ للوصول إلى ما يحقق مصلحة الناس، بشرط عدم معارضة الأصول الكلية والأحكام القطعية للشريعة الإسلامية. وللسلطة التشريعية أيضا في مجال الإدارة والعلوم الدنيوية البحتة، كالطب والعمارة والزراعة والصناعة، الاستفادة من علوم من سبقنا فيها، بغض النظر عن دينه أو نحلته، لأن هذه العلوم لا تتعلق بعقيدة دون أخرى، وإنما هي علوم إنسانية بحتة، قامت لمصلحة الناس،

(89) صحيح البخاري: كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، حديث رقم 2697. صحيح مسلم: كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ج3، ص 1343، حديث رقم 1718.

(90) صحيح البخاري: كتاب الأدب، باب رحمة الناس والبهائم، ص 1241، حديث رقم 6008.

(91) صحيح مسلم: كتاب الحج، باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكبا، ج2، ص 943، حديث رقم 1297.

(92) الشاطبي: ج 1، ص 287.

(93) سورة الأنعام: الآية 119.

(94) ابن حزم: ج8، ص 513.

فالحكمة ضالة المؤمن حيثما وجدها فهو أحق بها⁽⁹⁵⁾، وإذا ثبتت صلاحية الرأي قبل، وإن جاء به الكافر أو الفاجر، كما قال معاذ بن جبل رضي الله عنه: "إن المنافق قد يقول الحق، فخذ العلم أنى جاءك، فإن على الحق نورا"⁽⁹⁶⁾، وها هو الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما رأى فائدة الدواوين⁽⁹⁷⁾، المعمول بها لدى الفرس؛ أخذ بها دون تكبر، فكان أول من دون الدواوين في الإسلام⁽⁹⁸⁾.

ويدخل في باب المتجدد مما يراعى فيه مصلحة الناس في كل زمان ومكان مسائل السياسة، بل إن دخولها في هذا الباب أوسع، إذ غالب مسائلها مرتبطة بالمتغير من الفقه، إذ قد يصلح لزمان سياسة دون زمان آخر، فالسياسة كل فعل يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم ولا نزل به وحي⁽⁹⁹⁾.

الخاتمة

⁽⁹⁵⁾ هذه المقولة حديث شريف أخرجه الترمذي وابن ماجه. انظر سنن الترمذي: أبواب العلم، باب ما جاء في فضل الفقه على العبادة، ج5، ص51، حديث رقم 2687. سنن ابن ماجه: كتاب الزهد، باب الحكمة، ج2، ص1395، حديث رقم 4169.

⁽⁹⁶⁾ الحاكم النيسابوري: كتاب الفتن والملاحم، ج4، ص507، حديث رقم 8422.

⁽⁹⁷⁾ والدواوين جمع ديوان، وهو موضع لحفظ ما يتعلق بحقوق السلطنة من الأعمال والأموال، ومن يقوم بها من الجيوش والعمال. انظر الماوردي: ص297.

⁽⁹⁸⁾ المرجع السابق: ص297. ولعل سبب وضعه ما روي أن أبا هريرة قدم عليه بمال من البحرين، فقال له عمر: ماذا جئت به؟ فقال: خمسمائة ألف درهم، فاستكره عمر، فقال له: أتدري ما تقول؟ قال: نعم، مائة ألف خمس مرات، فقال عمر: أطيب هو؟ فقال: لا أدري. فصعد عمر المنبر، فحمد الله تعالى وأثنى عليه ثم قال: أيها الناس قد جاءنا مال كثير، فإن شئتم كلنا لكم كيلا، وإن شئتم عددنا لكم عدا. فقام له رجل فقال: يا أمير المؤمنين قد رأيت الأعاجم يدنون ديوانا لهم، فدون أنت لنا ديوانا. انظر: ابن أبي شيبة: كتاب السير، ما قالوا في الفروض وتدوين الدواوين، ج6، ص452، برقم 32864. البيهقي: كتاب قسم الفء والغنيمة، باب إعطاء الفء على الديون ومن يقع به البداية، ج6، ص591، برقم 13070. والذي يسترعي الانتباه في هذا الديوان أنه قد فرض فيه عطايا للجميع حتى الأولاد الصغار، إذ كان نصيب كل طفل من العطايا مائة درهم، فإذا ترعرع بلغ مائتي درهم، فإذا بلغ زيد، وكان لا يفرض لمولود شيئا حتى يفطم، إلى أن سمع عمر رضي الله عنه امرأة ذات ليلة، وهي تكره ولدها على الفطام، وهو يبكي، فسألها عنه، فقالت - وكانت لا تعلم أن السائل هو عمر -: إن عمر لا يفرض للمولود حتى يفطم، فأنا أكرهه على الفطام حتى يفرض له، فأمر عمر رضي الله عنه مناديه فنادى: ألا تعجلوا أولادكم بالفطام، فإننا نفرض لكل مولود في الإسلام، وكتب بذلك إلى الأفاق. انظر ابن كثير: البداية والنهاية، ج7، ص136.

⁽⁹⁹⁾ انظر ابن قيم الجوزية: ج1، ص29.

نخلص مما تقدم في هذا البحث إلى ما يلي:

- السلطة التشريعية في النظام الإسلامي هي هيئة مستقلة تملك القدرة على تشريع أحكام ملزمة تقتضيها شريعة قائمة، ويشترط فيمن يمثل هذه السلطة أن يكون على قدر من العلوم الشرعية التي تؤهله لإصدار الأحكام والقوانين، كما لا يستغنى عن الخبراء بالمجالات الحياتية الأخرى.
- مصادر التشريع في السلطة التشريعية في النظام الإسلامي إلهية، تتمثل في القرآن والسنة وما بني عليهما من أدلة، بينما في الأنظمة الوضعية مصادر التشريع فيها بشرية، تتمثل في الأعراف وما تخترعه عقول رجال التشريع وأهوائهم.
- يجوز تقنين الأحكام الفقهية، ويكون ذلك عبر نصوص مواد تؤخذ من المذاهب والآراء الفقهية المعتبرة، وفقا لما يحقق المصلحة العامة ومقاصد الشريعة الإسلامية.
- تلتزم السلطة التشريعية بأن تجعل القرآن والسنة هما المصدر الوحيد للتشريع، وأن لا تعارض قطعيات الدلالة من الشريعة، أما ما وراء ذلك مما يحتمل الخلاف، فلها أن تجتهد فيه بشرط مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية.
- ينبغي لواضعي التقنين الاستفادة من التجارب السابقة لتقنين الأحكام الشرعية، حتى التي لم يكتب لها التطبيق، فإن المعرفة تراكمية، كما ينبغي عليهم أن يستعينوا بذوي الخبرات من اقتصاديين وقانونيين وأطباء وغيرهم؛ للاستفادة بخبراتهم.
- وأخيرا اقترح على أرباب السلطة التشريعية عند التقنين أن يفتحوا على المذاهب الفقهية وآراء الفقهاء من الصحابة والتابعين، إذ لا يوجد مذهب واحد يحتوي على الراجح في كل مسألة، وأخذ الأصلح للناس في كل مسألة، مع مراعاة مقاصد الشريعة وأحكامها القطعية.
- هذا ما وصلت إليه في بحث هذا الموضوع، فإن كان صوابا فمن الله وحده، وإن كان غير ذلك فمني ومن الشيطان، والله ورسوله منه براء.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد ﷺ.

المصادر

- ابن أبي شيبه (عبد الله الكوفي): المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة الرشيد، الرياض، ط1، 1409هـ.
- ابن أمير حاج (شمس الدين محمد بن محمد): التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1983م .
- ابن حزم (علي بن أحمد بن سعيد): المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت.
- ابن حنبل (أحمد بن محمد): مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001م .
- ابن عابدين (محمد أمين): رد المختار على الدر المختار (المعروفة بحاشية ابن عابدين)، دار الفكر، بيروت، ط2، 1386 هـ.
- ابن عبد البر (يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي): الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، 1980م.
- ابن قدامة المقدسي (عبد الله بن أحمد): المغني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ.
- ابن قيم الجوزية (محمد بن أبي بكر): الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، ط1، 1428هـ .
- ابن كثير (إسماعيل بن عمر الدمشقي): تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت، 1401هـ.
- _____: البداية والنهاية، دار الفكر، بيروت، 1986م.
- ابن ماجه (محمد بن يزيد القزويني): سنن ابن ماجه، دار الفكر، بيروت.
- ابن منظور (محمد بن مكرم): لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ .
- ابن هشام (عبد الملك): السيرة النبوية، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ.
- أبو داود (سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي): سنن أبي داود، دار الفكر، بيروت.
- أبو زهرة (محمد): المجتمع الإنساني في ظل الإسلام ، الدار السعودية، ط2، 1981م.
- أبو ناجي (عبد السلام): الموجز في مصطلح الحديث، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2002.

- الأشقر (عمر سليمان): الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية، دار الدعوة، الكويت، ط2، 1986م.
- الألوسي (محمود): روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ.
- باز (سليم رستم اللبناني): شرح مجلة الأحكام العدلية، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- البخاري (محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة): صحيح البخاري، مكتبة الإيمان، مصر، 2003م.
- البيهقي (أحمد بن الحسين): السنن الكبرى، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1994م.
- تدوين الراجح من أقوال الفقهاء: بحث قدم لهيئة كبار العلماء بالسعودية، مجلة البحوث الإسلامية، مجلة تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، العدد 31، سنة 1393هـ.
- الترمذي (محمد بن عيسى السلمي): سنن الترمذي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1975م.
- الجرجاني (علي بن محمد): التعريفات، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1983م.
- الجليدي (سعيد محمد): المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الدار العالمية للطباعة، ليبيا، 1998م.
- الحاكم النيسابوري (محمد بن عبد الله): المستدرک على الصحيحين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990م.
- الخطاب (محمد بن عبد الله): مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ.
- حمدي (محمد محمد): المتون الفقهية وصلتها بتقنين الفقه، دار البلاد، جدة.
- خلاف (عبد الوهاب): السلطات الثلاث في الإسلام، دار القلم، الكويت، ط2، 1985م.
- ديورانت (ول وإيريل): قصة الحضارة، ترجمة: محمد بدران، دار الجيل، بيروت.

- الزحيلي (وهبة): الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4.
- _____: جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987م.
- السيوطي (جلال الدين عبد الحميد بن أبي بكر): الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ.
- الشاطبي (إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي): الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت.
- شاکر (أحمد محمد): حكم الجاهلية، مكتبة السنة، مصر.
- شبير (محمد عثمان): المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط3، 1999م.
- الشرجي (علي): المدخل إلى دراسة الفقه الإسلامي، دار اليمامة، دمشق، ط1، 2002م.
- الشرواني (عبد الحميد): حاشية الشرواني على تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت.
- الشوكاني (محمد بن علي): إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، دار الفكر، بيروت، ط1، 1992م.
- الشيرازي (إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي): التبصرة في أصول الفقه، دار الفكر، بيروت، ط1، 1403 هـ.
- _____: المذهب في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- العبّار (سعد خليفة): ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ط1، 1999م.
- العبيدي (حمادي): الشاطبي ومقاصد الشريعة، منشورات كلية الدعوة الإسلامية ولجنة الحفاظ على التراث الإسلامي، طرابلس، ط1، 1992م.
- الفاسي (علال): مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، لجنة نشر تراث زعيم التحرير علال الفاسي، المغرب، ط2.

- الفيومي (أحمد بن محمد): المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.
- القرطبي (محمد بن أحمد): الجامع لأحكام القرآن (الشهير بتفسير القرطبي)، دار الشعب، القاهرة، ط2، 1372هـ.
- الماوردي (علي بن محمد): الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، 2006م.
- المباركفوري (محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم): تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- المرداوي (علي بن سليمان): الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت.
- مسلم (مسلم بن الحجاج النيسابوري): صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- مكي (مجد): فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، بيروت.
- الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1986م.
- النجار (إبراهيم): السياسة الدستورية للدولة الإسلامية، رسالة قدمت لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1936م.

ممارسة الحقوق السياسية لمتعددي الجنسية في ضوء القانون الليبي

دراسة تحليلية

أ. أسامة نصيب عبد الجليل⁽¹⁾

مقدمة:

لاشك أن الحق والحرية هو أسمى ما في الوجود، وأن الحقوق السياسية في مقدمة الحقوق التي ينعم بها الإنسان، فهي جوهر الديمقراطية، وتعتبر المرآة الحقيقية التي تعكس النظام السياسي في أي مجتمع من المجتمعات، لذلك نصت إعلانات حقوق الإنسان والوثائق الدستورية المعاصرة على تأكيد ضرورة تمتع المواطنين بممارسة الحقوق السياسية، ومن المعلوم أن ممارسة الحقوق السياسية في أغلب دول العالم تقتصر فقط على من يحمل جنسية الدولة، ولكن قد تكون هناك عدة ظروف تجعل للفرد أكثر من جنسية، وهذا يجعلنا نتساءل هل من حق هذا المواطن ممارسة حقوقه السياسية من المشاركة الانتخابية أو حق الانضمام الأحزاب السياسية؟ وكذلك حق تقلد الوظائف السيادية في الدولة وفقاً للقانون الليبي وهو يحمل جنسية دولة أخرى.

وهذا ما سنتناوله في هذه الدراسة، حيث نتناول في المبحث الأول المقصود بمتعددي الجنسية، وفي المبحث الثاني ماهية الحقوق السياسية، وشروط ممارستها، وفي المبحث الثالث تقييم ممارسة الحقوق السياسية لمتعددي الجنسية في ليبيا.

• فرضيات الدراسة:

1. الجنسية هي رابطة ولاء بين الفرد والدولة.
2. يرفض القانون الليبي ظاهرة تعدد الجنسيات.
3. يمكن لمتعدد الجنسية ممارسة حقوقه السياسية وفقاً للقانون الليبي.

¹ - عضو هيئة تدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

4. منع متعدد الجنسيات من ممارسة الحقوق السياسية يتعارض مع مفهوم المواطنة.

• أهداف البحث:

1. تسليط الضوء على ظاهرة تعدد الجنسية من حيث ارتباطها بممارسة الحقوق السياسية.
2. تعريف القارئ الليبي بحقوق شريحة من المواطنين متعددي الجنسية، وتبيين الوضع القانوني والدستوري لحقهم في ممارسة الحقوق السياسية.

• المنهجية المتبعة:

سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي، حيث نقوم بتحليل النصوص التشريعية والوثائق الدستورية المنظمة لموضوع الدراسة، وكذلك سنستخدم المنهج التاريخي في تتبع التشريعات المتعلقة بالحقوق السياسية.

المبحث الأول

المقصود بمتعددي الجنسية

قبل التطرق لمفهوم متعددي الجنسية لابد لنا من توضيح المفهوم العام للجنسية في المطلب الأول، ثم تناول في المطلب الثاني أسباب ظاهرة تعدد الجنسية.

المطلب الأول

المفهوم العام للجنسية

يعتبر مصطلح الجنسية مصطلحاً معاصراً مرتبطاً بوجود الدولة ونشأتها، وسنتناول في الفرع الأول تعريف الجنسية، وفي الفرع الثاني الطبيعة القانونية لظاهرة الجنسية.

الفرع الأول- تعريف الجنسية:

الجنسية في اللغة من الجنس، والجنس الضرب من كل شيء، وهو من الناس والطيور، والجنس أعم من النوع، ومنه المجانسة والتجنيس⁽²⁾. والجنسية مصطلح سياسي جديد هذا المصطلح، لا نجده في مصطلحات فقهاء الإسلام، فالجنسية في الإسلام - كما هو معلوم - تنظر على الدار، هل هي دار الإسلام أم دار الحرب؟ فأهل دار الإسلام لهم جنسية واحدة، وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة⁽³⁾.

وتعتبر الجنسية بمثابة المعيار الأساسي في تحديد ركن الشعب في الدولة، واصطلاح الجنسية "Nationality" مشتق من كلمة "Nation" أي الأمة، وهي بدورها مشتقة من الكلمة اللاتينية "Nation"، أي المنحدرون من جنس واحد، وقد ساد هذا المصطلح لفترة طويلة من الزمن، وكان يطلق على رابطة اجتماعية مفادها انتماء الفرد إلى أمة معينة، إلا أنه ما لبث وأن أصبح يدل على انتماء الفرد للدولة وليس للأمة.

² - ابن منظور: ج 9، ص 700

³ - سراج الدين محمد مأمون: ص 1

وقد اختلفت مناحي الشّراح في تعريف الجنسية، فبعضهم يرى أن الجنسية "تبعية قانونية وسياسية تحددها الدولة ويكتسب بموجبها الصفة الوطنية، ويعرفها البعض الآخر بأنها رابطة سياسية قانونية، تنشؤها الدولة بإرادتها، تجعل الفرد رعية لها، أي عضوا فيها"⁽⁴⁾. وإذا نظرنا إلى المعنيين اللغوي والاصطلاحي لا نجد صلة حقيقية بينهما، بل مجرد صلة مجازية، حيث لغة وتعني المشكلة بين الأشياء المتجانسة، واصطلاحا أن جميع الأفراد الذين ينتمون إلى الجنسية الواحدة يتمتعون بالحقوق والواجبات على السواء، أي إنهم يجانس بعضهم بعضاً في الحقوق والواجبات⁽⁵⁾.

الفرع الثاني- الطبيعة القانونية لرابطة الجنسية:

الجنسية رابطة قانونية سياسية، ينظمها القانون ويحدد أسباب التمتع بها وزوالها والآثار المترتبة عليها، فهي ليست علاقة من العلاقات الأدبية أو الاجتماعية التي قد لا يتولد منها أحيانا حق ولا يترتب عليها التزام قانوني، وإنما تنتج عن علاقة الجنسية دائما عدة حقوق والتزامات قانونية متبادلة بين طرفيها، الدولة والفرد، ولهذا ترتقي الجنسية إلى مرتبة العلاقات التي تولد الآثار القانونية، فالروابط التي تربط الفرد بأمة معينة أو بجنس معين ليست إلا روابط أدبية واجتماعية، لا يمكن أن تكون أساسا لحقوق وواجبات قانونية، لأنها تعبر عن (الجنسية الواقعية)، بينما الروابط التي تربط الفرد بالدولة تعبر عن (الجنسية القانونية)، التي اختلف الفقهاء حول طبيعتها القانونية⁽⁶⁾.

فهناك اتجاه يركز على الجانب السياسي في رابطة الجنسية، فيعرف الجنسية بأنها "الرابطة السياسية التي بمقتضاها يدخل أحد الأفراد عضواً في العناصر التأسيسية والدائمة للدولة"، ونلاحظ على هذا الاتجاه من جهة أنه أهمل الجانب الاجتماعي والقانوني في رابطة الجنسية، ومن جهة أخرى اعتبر الفرد وليس الشخص هو الطرف الثاني في رابطة الجنسية،

⁴ - عز الدين عبد الله: ج1، ص 124، مشار إليه في كتاب د. محمد اللافي: ص 65

⁵ - سراج الدين محمد مأمون: ص 2

⁶ - غالب علي الداودي: ص 21-22.

وهذه الإشارة أكثر تحديداً من التعبير الذي استخدمته الاتجاهات السابقة التي تكلمت عن الشخص دون الفرد⁽⁷⁾.

وهناك اتجاه آخر يركز على الجانب القانوني للجنسية، حيث عرفت محكمة العدل الدولية الجنسية في حكمها الصادر 6 أبريل 1955م بأنها "علاقة قانونية تقوم على أساس رابطة اجتماعية وعلى تضامن في المعيشة والمصالح و المشاعر"⁽⁸⁾.

ولعل الفروق في تعريف الجنسية تعود في الأصل إلى الاختلاف في النظرة إلى الجنسية، هل هي من القانون العام، وهنا يكون التركيز على الجانب السياسي، أم هي من القانون الخاص، حيث التركيز يكون على الجانب القانوني⁽⁹⁾.

وفي اعتقادنا أن الرأي الراجح هو أن الجنسية رابطة قانونية وسياسية، تربط بين الفرد والدولة، فهي إذا تبعية قانونية وسياسية، تحددها الدولة، ويكتسب الفرد بموجبها الصفة الوطنية، مما يترتب عليه اكتساب حقوق وتحمل التزامات.

المطلب الثاني

مفهوم متعدد الجنسية

من المبادئ العامة للجنسية أن يكون لكل شخص جنسية واحدة فقط حتى لا يقع في ظاهرة تعدد الجنسيات، ولكن مع ذلك قد يجد الشخص نفسه متمتعاً بأكثر من جنسية واحدة وفقاً لأحكام قانون دولتين أو أكثر⁽¹⁰⁾، وسنتناول في الفرع الأول تعريف متعدد الجنسية وفي الفرع الثاني نتناول فيه أسباب تعدد الجنسية.

⁷ - محمد السيد عرفة: ص 5.

⁸ - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري: ص 35.

⁹ - اعتبر المشرع الليبي الدعاوي المتعلقة الجنسية من اختصاص دوائر القضاء الإداري، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم 88 لسنة

71 بشأن القضاء الليبي، أنظر عمر السيوي: ص 157 .

¹⁰ - غالب علي الداودي: ص 36.

الفرع الأول- تعريف متعدد الجنسية:

تراكم الجنسيات، أو تعدد الجنسيات، أو ازدواج الجنسية، أو التنازع الإيجابي للجنسيات مسميات لمعنى واحد، يفيد تمتع الشخص بأكثر من جنسية وفقاً لقانون دولتين أو أكثر، أي أن يتراكم على الشخص أكثر من جنسية نتيجة تباين أسس تنظيم الجنسية في تشريعات الدول المختلفة، وبذلك يضحى الفرد متعدد الصفة الوطنية، حيث يكون وطنياً في أكثر من دولة⁽¹¹⁾.

ويرى جانب من الفقه أن ظاهرة تعدد الجنسيات هي "وضع قانوني يكون فيه لنفس الشخص جنسية دولتين أو أكثر، بحيث يعتبر قانوناً من رعايا كل دولة يتمتع بجنسيتها، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت الجنسيات قد تعددت دون إرادة الشخص أو كان لإرادته دوراً في ذلك". ومن هذا التعريف يتضح أنه لكي نكون بصدد حالة من حالات تعدد الجنسية فإنه يلزم أمران، الأول: أن تثبت جنسيتان أو أكثر لنفس الفرد لا لغيره ممن يكونون أسرته أو عائلته، فإذا اكتسب جنسية دولة معينة دون استيفاء شروط التخلي عن جنسيته الأولى، فإن التعدد لا يتوافر إلا بخصوصه، ولا يعتبر أولاده وزوجته متعددي الجنسية، طالما لم يكتسبوا الجنسية الجديدة مع احتفاظهم بجنسيتهم الأصلية⁽¹²⁾.

وتتحقق هذه الظاهرة في الحالة التي يرى فيها قوانين الجنسية في دولتين أو أكثر أن شخصا ما ينتسب إليها، وأن حمل الشخص الواحد لجنسيتين أو أكثر ليس فيه مساس بالاعتبارات القانونية والمنطقية لقوانين الجنسية، ومن ثم فإن تحقق هذه الظاهرة لا يعني أبداً أن هناك نفعاً من قبل هذه الدولة عندما اعتبرت بمقتضى نصوص قوانين الجنسية منها أن شخصا ما يحمل جنسيتها، كل ما في الأمر هو أن تحقق روابط معينة قد تتباين من حالة لأخرى بين فرد وأكثر من دولة تبدو في نظر كل منها مبرراً لانتسابه إليها في آن واحد، إذا

¹¹ - أحمد إبراهيم عشوش: ص 42.

¹² - هشام خالد: ص 30.

قدر المشرع في كل دولة من هذه الدول أن تلك الرابطة كافية لإضفاء الصفة الوطنية عليه⁽¹³⁾.

وينجم تعدد الجنسية أو ازدواجها عن اختلاف الأسس التي تعتمد عليها الدول في منح جنسيتها، وظاهرة التعدد هذه قد تكون معاصرة لميلاد الشخص، أو لاحقة لميلاده، وهذا ماسنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني- أسباب ظاهرة تعدد الجنسية:

الثابت أن الدول العالم المختلفة لا تعتنق معياراً واحداً لتحديد ركن الشعب أو السكان فيها، وبعبارة أخرى منح الجنسية الوطنية الأصلية في الدول المختلفة إنما يتم بناء على معايير أو أسباب متنوعة ومختلفة بعضها عن البعض الآخر، وقد تنشأ عن هذا ظاهرة تعدد الجنسية، فمثلاً قد يولد الولد من أب يتمتع بجنسية دولة تأخذ بحق الدم في إقليم دولة تأخذ بحق الإقليم، وعند ذلك يكتسب هذا الشخص جنسيتين مختلفتين، هما جنسية دولة الأب وجنسية دولة الإقليم الذي ولد فيه، فيمتع هذا الفرد بأكثر من جنسية⁽¹⁴⁾.

وصور تعدد أو تراكم الجنسيات غير محصورة، وقد تكون أيضاً لاحقة على الميلاد، حيث يكون من حق كل فرد وفقاً لتشريعات الكثير من دول تغيير جنسيته، مما يؤدي إلى تعدد الجنسية للفرد الواحد.

وتعد ظاهرة تعدد الجنسية من الظواهر غير المرغوب فيها على مستوى فقه القانون الدولي الخاص الذي يعدها مظهراً خطراً، فهي لا تقل في خطورتها عن ظاهرة انعدام الجنسية، وتتحقق هذه الممارسة إذا توافرت للشخص أكثر من جنسية واحدة، ومرد ذلك تنافر الأسس التي تقوم عليها تشريعات دول العالم، وعندها يكون أحد الأفراد وطنياً بموجب قانون أكثر من دولة واحدة.

¹³ - عكاشة عبد العال: ص149، مشار إليه عند نور مازن: ص60

¹⁴ - هشام خالد: ص40-45

المبحث الثاني

ماهية الحقوق السياسية في القانون الليبي

سنتناول في هذا المبحث مدلول الحقوق السياسية في المطلب الأول الذي بدوره نقسمه إلى فرعين، الأول عن مفهوم الحقوق السياسية، والثاني في شروط ممارسة الحقوق السياسية، ثم نتناول في المطلب الثاني أنواع الحقوق السياسية.

المطلب الأول

مدلول الحقوق السياسية

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول عن مفهوم الحقوق السياسية، والثاني في شروط ممارسة الحقوق السياسية.

الفرع الأول- مفهوم الحقوق السياسية:

الحق لغة نقيض الباطل، وجمعه حقوق وحقاق، يقال: يحق حقاً وحقوقاً: صار حقاً وثبت، ومعناه وجب يجيب وجوباً، وأحقه صهره حقاً ... ويقال: أحققت الأمر إحقاقاً إذا أحكته وصحته، وأحقه أي تحققه وصار منه على يقين⁽¹⁵⁾.

ويمكن إطلاق مصطلح الحقوق السياسية على الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في جماعة سياسية معينة، تمكنه من الإسهام في إدارة شؤون هذه الجماعة، أو هي الحقوق التي يكتسبها الشخص باعتباره عضواً في هيئة سياسية⁽¹⁶⁾.

ويعرفها البعض بأنها "تلك الحقوق التي تثبت للفرد باعتباره مواطناً في دولة معينة، وتخول له المساهمة في حكم الدولة، كحق الترشيح للمجالس النيابية، وحق التصويت في الانتخابات العامة"، وتمتاز الحقوق السياسية بأنها تقترب من معني الواجب، لما يترتب على القيام بها من مصالح وظيفية وجماعية مشتركة، وهناك من عرفها بأنها تلك الحقوق التي تثبت

¹⁵ - ابن منظور: ج13، ص 939- 940 .

¹⁶ - ساجر ناصر حمد الجبوري: ص175.

للشخص بصفته عضوا في جماعة سياسية، بقصد المشاركة في حكم هذه الجماعة⁽¹⁷⁾. لكن هذه الحقوق لا تثبت لجميع المواطنين، بل لابد من توافر شروط معينة لمن يمارسها، وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني- شروط ممارسة الحقوق السياسية:

ليكون الفرد مؤهلا لممارسة الحقوق السياسية لابد من توفر بعض الشروط التي من ضمنها شرط الجنسية، وكذلك شرط السن، والأهلية العقلية، والأهلية الأدبية⁽¹⁸⁾، إذ من الطبيعي أن يحتاج الأمر إلى مقدرة عقلية جيدة ونضج سياسي لضمان سلامة الحكم على الأمور العامة التي تهم الجماعة كلها، ومن هذا المنطلق اتجهت دول العالم، ومن ضمنها دولة ليبيا، إلى تحديد سن معينة لتقرير حق الانتخاب، وكذلك الترشح، لضمان النضج والخبرة والقدرة على ممارسة الحقوق السياسية، وهذا ما يسمى بسن الرشد السياسي⁽¹⁹⁾. ويشترط أيضا أن يكون الناخب والمترشح متمتعاً بأهلية ممارسة حقوقه المدنية والسياسية، ونقصد بالأهلية هنا الأهلية العقلية والأهلية الأدبية، إذ يحرم من ممارسة هذه الحقوق المصابون بأمراض عقلية، فهؤلاء الأفراد ينقصهم قوة التمييز والوعي والإدراك، والتي يعد وجودها ضروريا لممارسة شؤون السلطة السياسية والاشتراك في شؤون الحكم، وهذا ما يسمى بالأهلية العقلية، أما الأهلية الأدبية فتشترط أن لا يكون المترشح للانتخابات ممن فقد اعتباره وشرفه لارتكاب جريمة معينة مخلة بالشرف والاعتبار، بحيث لا يصلح معها دعوته للمساهمة في إدارة شؤون الحكم، أو أن ينال شرف التمتع بها⁽²⁰⁾.

¹⁷ - محمود جمال الدين زكي: ص 265، نقلا عن رحيل غرابية: ص 55.

¹⁸ - بالنسبة لشرط الجنسية فقد تكلمنا عنه بالتفصيل في المبحث الأول من البحث.

¹⁹ - وقد اختلفت التشريعات الليبية المنظمة للحقوق السياسية بعد ثورة السابع عشر من فبراير في تحديد سن الرشد السياسي، حيث حددت اللائحة الداخلية للمجلس الانتقالي سن العضوية في المجلس الانتقالي السابق بسن 25 سنة ميلادية، في حين أن قانون انتخاب المؤتمر الوطني حدد سن الترشح للعضوية في المؤتمر بـ 21 سنة ميلادية، وبالنسبة لمن يمارس حق الانتخاب أعضاء المؤتمر الوطني بـ 18 سنة ميلادية، أما بالنسبة لانتخاب مجلس النواب فقد اشترط القانون رقم 10 لسنة 2014م بشأن انتخاب مجلس النواب ألا تقل سن المترشح للانتخابات عن 21 سنة ميلادية، أما السن المحددة للناخب فهي 18 سنة ميلادية.

²⁰ - حيث تنص أغلب قوانين انتخاب المجالس التشريعية والبلدية أن يكون المترشح للانتخابات متمتعاً بالأهلية العقلية والأهلية الأدبية.

المطلب الثاني

أنواع الحقوق السياسية

تتمثل الحقوق السياسية في حق تكوين الأحزاب السياسية، وحق الانتخاب والترشح، وكذلك الحق في تولي الوظائف العامة، وسنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، الأول نتناول فيه حق تكوين الأحزاب السياسية، والثاني حق الانتخاب والترشح، والثالث نتناول فيه الحق في تولي الوظائف العامة.

الفرع الأول- حق تكوين الأحزاب السياسية:

نظرا لما تكتسبه الأحزاب السياسية من أهمية في حياة الدول المعاصرة، عكف الكثير من فقهاء القانون الدستوري والمفكرون السياسيون على محاولة إيجاد مفهوم واضح ومحدد لها، وعلى الرغم من اتفاق معظمهم على خصائصها الأساسية فإنه لا يوجد حتى الآن مفهوم عام يصدق على الظاهرة الحزبية على اختلافها مجمع عليه من قبل المفكرين بشكل عام، وذلك لاختلاف الأحزاب باختلاف الظروف التي تحيط بها وتمارس في إطارها نشاطاتها⁽²¹⁾. ويمكن تعريف الحزب السياسي على أنه "مجموعة منظمة من الأفراد، تحمل مبادئ سياسية موحدة، تعمل على إقناع أكبر عدد ممكن من الناس بتأييدها من أجل الاستيلاء على السلطة أو المشاركة فيها"⁽²²⁾.

ولم يعترف النظام السابق بوجود الأحزاب السياسية واعتبر الانتماء إلى حزب سياسي جريمة يعاقب عليها القانون، تصل عقوبتها إلى الإعدام، وهذا ما نص عليه قانون تجريم الحزبية⁽²³⁾.

²¹- سليمان صالح الغويل: ص 25.

²²- محمد الطي: ص 198. وكذلك عرف القانون رقم 29 لسنة 2012 بشأن تنظيم الأحزاب السياسية المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 5 لسنة 2012، ص 281، الحزب السياسي بأنه "هو كل تنظيم سياسي، يتألف باتفاق بين جماعة من الليبيين، يؤسس وفقاً لأحكام هذا القانون، ويدير نشاطه بشكل علني بالوسائل السلمية والديمقراطية، بهدف المساهمة في الحياة السياسية، لتحقيق برامج محددة ومعلنة تتعلق بالشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بقصد المشاركة في مسؤوليات الحكم وتداول السلطة وفقاً لقانون الانتخابات العامة.

²³- حيث يعتبر القانون رقم 17 لسنة 1972 بشأن تجريم الحزبية القيام بأي عمل حزبي خيانة للوطن.

وبعد ثورة السابع عشر من فبراير ألغى قانون تجريم الحزبية بالقانون رقم 2 لسنة 2012م، كما أعتنق الإعلان الدستوري المؤقت فكرة التعددية الحزبية، وأصدر المجلس الانتقالي المؤقت، السلطة التشريعية في ذلك الوقت، قانونا ينظم الحياة الحزبية، وهو القانون رقم 29 لسنة 2012م، نظم عمل الأحزاب السياسية، وأصدر أيضا القانون رقم 30 لسنة 2012م لتنظيم عمل الكيانات السياسية، وهنا نجد المشرع الليبي ميز بين الحزب السياسي والكيان السياسي⁽²⁴⁾.

ووفقا لأحكام قانون تنظيم الأحزاب السياسية في مادته الثالثة أعطي الحق لكل مواطن أتم سن الثامنة عشر سنة ميلادية حق العضوية في الأحزاب السياسية، بشرط ألا يكون عضواً في أكثر من حزب في الوقت ذاته.

الفرع الثاني- حق الانتخاب والترشح:

الانتخاب هو الوسيلة المتبعة في الأنظمة الديمقراطية، وأحيانا غير الديمقراطية لاختيار الحكام، فالشعب في هذه الأنظمة ينتخب أعضاء السلطة التشريعية، كما ينتخب أحيانا رئيس الدولة، وعملية الاختيار هذه تتم في لحظتين: لحظة الترشح للمنصب ولحظة الترشح من قبل الشعب، ولما كانت الديمقراطية هي حكم الشعب بواسطة الشعب، كما عرفها بعضهم، فإنها تقتضي حرية الترشح وحرية الانتخاب⁽²⁵⁾.

وبعد استقلال الدولة الليبية عام 1951م اعتنقت الدولة فكرة النظرية النيابية التي من ضمن الأسس التي تقوم عليها تلك النظرية الانتخاب كوسيلة لإسناد السلطة، حيث نص الدستور الملكي الملغي في المادة 102 على أن "الانتخاب حق للبيين البالغين إحدى وعشرين

²⁴- ومن المعروف أيضاً أن تنظيم الأحزاب السياسية في الدولة وتشكيلها يتطلب الكثير من الوقت ومن الإجراءات المعقدة، ونظرا لضيق الوقت قام المجلس الانتقالي بمعالجة هذا الأمر، فقبل موعد انتخابات بموعد قصير قام المجلس الانتقالي يوم 24 أبريل 2012 بإصدار القانون رقم 30 لسنة 2012م بشأن تنظيم الكيانات السياسية، لكي تحل محل الأحزاب السياسية في المشاركة في انتخابات المؤتمر الوطني العام، والمقصود بالكيان السياسي وفقا لهذا القانون "هم عدد من الأفراد ينتظمون في شكل تجمع أو ائتلاف، ويرتبطون بفكر سياسي لغرض المشاركة في انتخابات المؤتمر الوطني العام، وتحمل مسؤولية الحكم عبر التمثيل السياسي في عملية التداول السلمي للسلطة وفقا لما هو مقرر في الإعلان الدستوري"، أنظر المادة الأولى من القانون رقم 30 بشأن تشكيل الكيانات السياسية لسنة 2012م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 5 لسنة الأولى 2012.

²⁵- محمد الطي: ص 216.

سنة ميلادية على الوجه المبين في الدستور"، وكذلك نص المرسوم بقانون رقم 6 لسنة 1964م في المادة الأولى منه على أن "لكل ليبي من الذكور أتم الحادية والعشرون سنة ميلادية حق الانتخاب"، وهكذا نتبين أن حق الانتخاب قاصر على الذكور دون الإناث، وهذا كان حال أغلب الدول العربية في ذلك الوقت.

أما النظام السابق فلم يعترف بالنظرية النيابية كأساس للسلطة، مما ترتب عليه عدم ممارسة حق الانتخاب كأسلوب لممارسة السلطة، ولم تصدر في تلك الفترة قوانين تنظمه.

وبعد ثورة السابع عشر من فبراير ظهرت عدة قوانين تنظم حق الانتخاب وحق الترشح، منها قانون انتخاب المؤتمر الوطني العام، وهذه كانت أول انتخابات تمارس بعدة الثورة، وكذلك قانون انتخاب اللجنة التأسيسية لوضع الدستور، وأيضا قانون انتخاب مجلس النواب، وقانون انتخاب المجالس البلدية، وأعطت هذه القوانين الحق لكل مواطن حق الانتخاب والترشح إذا أتم ثمانية عشرة سنة ميلادية.

المطلب الثالث

حق تولي الوظائف العامة

حق تولي المناصب العامة حق سياسي، يجعل لكافة المؤهلين حرية الترشح لمناصب رئاسة الدولة ورئاسة الحكومة ورئاسة السلطة التشريعية ورئاسة السلطة القضائية وجميع المناصب الدستورية العامة على المستوى المركزي والإقليمي، ويتبع هذا الحق تولي الوظائف العامة الأخرى بالدولة، وهو حق مقرر لكل مواطن مؤهل له قانونا، دون تمييز بسبب الجنس أو الدين أو المولد أو اللون وكافة صور التمييز الأخرى⁽²⁶⁾.

وقد نصت أغلب المواثيق الدولية والدساتير الوضعية على حق المواطنين في تولي المناصب العامة بدون استبعاد أحد، متى توافرت فيه شروط الالتحاق بالوظيفة، وهذا ما نصت عليه كل الوثائق الدستورية في ليبيا، سواء كان ذلك في العهد الملكي أو في فترة النظام

²⁶ - باعزیز علی الفکی: ص 106

السابق، وكذلك خلال المرحلة الانتقالية في الوقت الحالي، حيث نص الإعلان الدستوري المؤقت الصادر عن المجلس الانتقالي المؤقت في المادة السادسة منه على أن "الليبيون سواء أمام القانون، ومتساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية، وفي تكافؤ الفرص، وفيما عليهم من الواجبات والمسؤوليات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين أو المذهب أو اللغة أو الثروة أو الجنس أو النسب أو الآراء السياسية أو الوضع الاجتماعي أو الانتماء القبلي أو الجهوي أو الأسرى"⁽²⁷⁾.

والمساواة أمام الوظائف العامة لا يعنى المساواة الفعلية، أي إلحاق كل مواطن في وظيفة، إنما يراد بالمساواة عدم التمييز والتفرقة بين الأفراد الذين تتوفر فيهم نفس الشروط والظروف، فإذا اتحدت الشروط والظروف وجب عندئذ أن تتحقق المساواة بينهم، وأن يتمتعوا بحماية قانونية متساوية.

²⁷ - الإعلان الدستوري المؤقت، الجريدة الرسمية، العدد الأول، لسنة 2012 .
* وهذا ما نص عليه أيضا الدستور الليبي في العهد الملكي في المادة 36 منه بقوله "العمل عنصر من العناصر الأساسية للحياة الاقتصادية، وهو مشمول بحماية الدولة، وحق لجميع الليبيين. ولكل فرد يقوم بعمل الحق في أجر عادل".

المبحث الثالث

تقييم ممارسة الحقوق السياسية من قبل متعددي الجنسية

سنتناول في هذا المبحث حجج معارضي ممارسة الحقوق السياسية لمتردد الجنسية، وذلك من خلال المطلب الأول، ثم نتناول حجج مؤيدي ممارسة الحقوق السياسية لمتردد الجنسية خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول

حجج معارضي ممارسة الحقوق السياسية لمتردد الجنسية

سنتناول في هذا المطلب حجج بعض معارضي ممارسة الحقوق السياسية لمتردد الجنسية من خلال فرعين، الفرع الأول في أنها تتعارض مع التشريعات النافذة، والثاني في أنها تتعارض مع فكرة الولاء السياسي.

الفرع الأول- تعارضها مع التشريعات النافذة:

أغلب التشريعات الوطنية المنظمة لحق الجنسية ترفض فكرة تعدد الجنسية، فـ دستور دولة الاستقلال، أول دستور للدولة الليبية، الصادر عام 1951م ينص في المادة العاشرة منه على أنه "لا يجوز الجمع بين الجنسية الليبية وأية جنسية أخرى"⁽²⁸⁾.

وعند تتبع القوانين المنظمة للجنسية الليبية نجدها جميعها ترفض فكرة تعدد الجنسية، منها قانون رقم 17 لعام 1954م الجنسية الليبية الدائمة، الذي نص على عدم الجمع بين الجنسية الليبية وأي جنسية أخرى⁽²⁹⁾، وكذلك القانون رقم 18 لسنة 1980م بشأن أحكام قانون الجنسية وتعديلاته⁽³⁰⁾.

²⁸ - دستور المملكة الليبية هو دستور ملغي بالإعلان الدستوري المؤقت الصادر عام 1969م

²⁹ - قانون الجنسية الليبية رقم 17 لسنة 1954م المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2، 25 أبريل 1954م.

³⁰ - قانون الجنسية العربية رقم 18 لسنة 1980م، المنشور في الجريدة الرسمية السنة 18 ديسمبر 1980م، ص 857

وأخر قانون ينظم الجنسية الليبية هو القانون رقم 24 لسنة 2010م والذي لا يزال ساري العمل به، ينص في المادة الخامسة منه على أنه "يفقد الجنسية الليبية من يكتسب باختياره جنسية أجنبية، ما لم تأذن له بذلك اللجنة الشعبية العامة للأمن العام"⁽³¹⁾.

ومن هنا نجد أن كل التشريعات المنظمة للجنسية الليبية على اختلاف الأنظمة السياسية ترفض فكرة تعدد الجنسية، حيث تسقط الجنسية الليبية بشكل تلقائي عن كل من اكتسب الجنسية أجنبية باختياره، مما يترتب عليه عدم أهلية المتعدد لكي يمارس حقوقه السياسية، لأنه وفقاً لأحكام القانون الليبي يعتبر فاقد للجنسية الليبية.

وهناك فتوى من إدارة القانون التابعة لمجلس الأعلى للقضاء تقضي بعدم جواز تعيين حاملي جنسية دولة الأجنبية في وزارة الخارجية، باعتبارهم فاقدين للجنسية الليبية بقوة القانون⁽³²⁾، حيث إنه وخلال المرحلة الانتقالية بعد السابع عشر من فبراير ظهرت طائفة من السياسيين، كانوا موجودين في الخارج، اكتسبوا جنسية ثانية بدون الحصول على إذن من السلطات الليبية، وتقلدوا بعض الوظائف السيادية، مما ترتب عليه الطعن أمام القضاء في قرارات تعيينهم.

الفرع الثاني- تعارضها مع فكرة الولاء السياسي:

الولاء لغة من الولي أي القرب والدنو، ويقال: بينهما ولاء أي قرابة، والولي ضد العدو، وهو المحب والصديق والنصير، ووالى فلان فلاناً إذا أحبه، والولاء ضد الملوك، والولاية النصرة، وعليه فالولاء لغة يعني النصرة والمحبة⁽³³⁾.

والولاء اصطلاحاً يشترك مع المعنى اللغوي بأن كليهما يعني القرب والحب والنصرة والصدقة، ويمكن تعريف الولاء بمفهومه العام بأنه مشاعر الفرد وأحاسيسه الإيجابية بالمحبة

³¹- القانون رقم 24 لسنة 2010 بشأن أحكام الجنسية الليبية، منشور في مدونة التشريعات، العدد 11 لسنة 2010م، بتاريخ 2010/1/28م.

³²- فتوى إدارة القانون الموجهة إلى السيد/ مدير إدارة الشؤون القانونية بوزارة الخارجية بتاريخ 1-6-2015م، منشورة على موقع وزارة العدل

³³- ابن منظور: ج15، ص 4923 <http://itcadel.gov.ly/newspaper-catgs/official> آخر زيارة للموقع يوم الاحد 19-5-2019

³³- ابن منظور: ج15، ص 4923

والنصرة تجاه موضوع معين، أما الولاء بمفهومه الخاص، وهو الولاء للوطن، فهو المشاعر والأحاسيس الإيجابية بالمحبة والنصرة تجاه الوطن⁽³⁴⁾.

وظاهرة تعدد الجنسية في حقيقة الأمر تتعارض مع الفكرة التي تقوم عليها رابطة الجنسية، كونها تتأسس على وحدة الصلة بين الفرد ودولة واحدة، وليس بينه وعدة دول، فالولاء للدولة لا يتعدد، فكيف للشخص الواحد أن يكون له ولاءان لدولتين مختلفتين، ففي حالة قيام نزاع بين دولتين مختلفتين، يحمل هذا الفرد جنسيتهما في الوقت نفسه، مما يجعله يميل لإحدى الدولتين، ويكون الوضع أخطر وأصعب عندما يكون متقلدا منصبا سيادياً، كرئيس أو وزير أو حتى نائب في البرلمان، فيكون من الأجدر والأفضل أن يتنازل عن جنسيته الثانية قبل أن يمارس حقوقه السياسية، وهذا ما استندت إليه إدارة القانون في فتاوها سألقة الذكر، حيث عرفت الجنسية بأنها رابطة ولاء بين الفرد والدولة.

المطلب الثاني

حجج مؤيدي ممارسة الحقوق السياسية لمتعددي الجنسية

سنتناول في هذا المطلب بعض حجج مؤيدي ممارسة الحقوق السياسية لمتعددي الجنسية من خلال فرعين، الأول عدم تعارضها مع فكرة الولاء السياسي، والثاني عدم تعارضها مع حق المواطنة.

الفرع الأول- عدم تعارضها مع فكرة الولاء السياسي:

تعدد الجنسية لا يتعارض مع فكرة الولاء السياسي، فالقانون الليبي يسمح بتعدد الجنسية، لكن بشرط الحصول على إذن من السلطات المختصة، فكيف يكون تعدد الجنسية يتعارض مع الولاء السياسي، فالفكرة الأساسية التي تقوم عليها الجنسية، كما بينا سلفاً، تقوم على أساس رابطة بين الفرد ودولة واحدة، وتعدد الجنسية ما هو إلا تعدد التبعية لأكثر من دولة، وليس له علاقة بالولاء للوطن، فالولاء محله القلب، وهو شعور وإحساس داخلي متأصل

³⁴ - محمود السرحان: ص41، مشار إليه عند سميح الكراسنة وآخرين: ص 52

وعميق، يتعلق بأخلاق الإنسان ودينه وشرفه وتربيته ومصلحته أيضاً، ولا يمكن التحقق منه إلا بعلامات ووقائع خارجية، وليس من العدالة حرمان أي مواطن من ممارسة حقوقه السياسية استناداً على فرضية قد تكون غير صحيحة.

فلو افترضنا أن (س) ليبي الجنسية، وأكتسب جنسية دولة أجنبية بحكم ميلاده في دولة تعطي الجنسية وفقاً لمعيار الإقليم، وتحصل على إذن من الجهات المختصة في ليبيا، حيث يسمح له بتعدد الجنسية، فهذا وفقاً لأحكام القانون الليبي هو مواطن ليبي، ولا تسقط عنه الجنسية الليبية، وليس متعدد الولاءات، ومن ثم لا يمكن حرمانه من ممارسة حقوقه السياسية، بالإضافة لذلك لا تشترط جميع التشريعات الليبية المنظمة لحقوق السياسية أن يكون الشخص منفرد الجنسية، وإنما اكتفت فقط على ممارسه شرط المواطنة⁽³⁵⁾.

الفرع الثاني- عدم تعارضها مع فكرة المواطنة:

المواطنة مشتقة من الوطن، والوطن المنزل تقيم به، وهو موطن الإنسان ومحلّه، والجمع أوطان⁽³⁶⁾، أما في الاصطلاح فالمواطنة بأبسط معانيها هي التزامات متبادلة بين الأشخاص والدولة، فالشخص يحصل على حقوقه المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية نتيجة انتمائه لمجتمع معين، وعليه في الوقت ذاته واجبات يتحتم عليه أدائها⁽³⁷⁾.

وقد ارتبط مفهوم المواطنة بحركة النضال الإنساني عبر التاريخ، بهدف إقرار المشاركة بكافة أبعادها، سواء على المستوى الجزئي أو الكلي في كافة شؤون الحياة

³⁵ - اللائحة التنفيذية للقانون رقم 24 لسنة 2010م للقانون رقم 24 لسنة 2010م بشأن أحكام الجنسية الليبية المرفقة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم 594 لسنة 2010م المنشورة في الجريدة الرسمية، العدد الثاني، لسنة 2010م، ص 77 .

³⁶ - ابن منظور: ج 54، ص 4868

³⁷ - علاء الدين عبد الباسط جنكو: المواطنة بين السياسية الشرعية والتحديات المعاصرة ، بحث منشور على الانترنت ، ص 33،

آخر زيارة للموقع يوم 16 - 5 - 2019 neelain.edu.sd/mmacpanel/includes/magazines/pdf/3_11_3.pdf

الاجتماعية والاقتصادية واتخاذ القرارات الملزمة للجماعة، إضافة لتولي المناصب العامة على أسس العدالة الاجتماعية والمساواة وسيادة القانون⁽³⁸⁾.

وإذا كانت المواطنة تعني الانتماء للوطن، وتمتع الشخص بكافة حقوقه المدنية والسياسية، فكيف يحرم فرد من حقه في المواطنة بحجة أنه اكتسب جنسية دولة أخرى، وقد يكون بغير رضاه حيث يعتبر ذلك انتهاكا لكل للمواثيق والأعراف الدولية⁽³⁹⁾.

وقد سار النظام القانوني الليبي في هذا الاتجاه، حيث سمح بتعدد الجنسية بعد الحصول على إذن من السلطات المختصة في الدولة الليبية، ومن ثم يستطيع متعدد الجنسية ممارسة حقوقه السياسية، والقول بغير ذلك يعني إضافة شرط لم يضعه القانون، وهو التفرد بالجنسية الليبية لممارسة الحقوق السياسية.

³⁸- شروق بنت عبد العزيز الخليف، ومحمد بن خليفة إسماعيل: ص 13

³⁹- حيث نصت المادة 21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة على أنه: 1- لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يُختارون في حرية. 2- لكل شخص، بالتساوي مع الآخرين، حق تقلد الوظائف العامة في بلده. 3- إرادة الشعب هي مناط سلطة الحكم، ويجب أن تتجلى هذه الإرادة من خلال انتخابات نزيهة، تجرى دورياً بالاقتراع العام، وعلى قدم المساواة بين الناخبين، وبالتصويت السري أو بإجراء مكافئ من حيث ضمان حرية التصويت.

الخاتمة

تعد ظاهرة تعدد الجنسية من الظواهر السلبية في مجتمعات العالم، وخاصة دولة ليبيا، فلأسباب متعددة سبق الحديث عنها يجد الشخص نفسه متعدد الجنسية، بالإضافة لذلك بعض الدول تقوم بتسهيل إجراءات منح جنسيتها، وتسمي هذه الدول بالدول المنفتحة، ووفقا للقانون الليبي كل من يتحصل على جنسية أجنبية بدون إذن تسقط عنه الجنسية الليبية، ولا يستطيع ممارسة حقوقه السياسية، ونتبين من ذلك أن القانون الليبي لم يرفض ظاهرة تعدد الجنسية، مما يعني أنه باستطاعة كل ليبي متحصل على جنسية دولة أجنبية، وبإذن من السلطات المختصة، الاحتفاظ بجنسيته الليبية، مما يترتب عليه ممارسة حقوقه السياسية، حيث اكتفت أغلب التشريعات الليبية المنظمة للحقوق السياسية بأن يكون ممارستها من حاملي الجنسية الليبية.

وظاهرة تعدد الجنسية في مجتمعنا الليبي ظاهرة حقيقية، على الرغم من عدم وجود إحصائيات ودراسات قانونية مهمة بهذا الشأن، وهناك اتجاه جديد انتهجه المشرع الدستوري الليبي من خلال مشروع الدستور الليبي في نسختها الأخيرة المعروضة على مجلس النواب هو عدم اسقاط الجنسية الليبية، لأي سبب كان، ومن ثم لا يمكن حرمان أي مواطن ليبي من ممارسة حقوقه السياسية التي هي في الأصل مرتبطة بحق المواطنة، بسبب حصوله على جنسية دولة أخرى، فرابطة الجنسية ليست قرينة غير قابلة للتأويل على الولاء السياسي، وبناء على ما سبق خرجنا بالنتائج والتوصيات التالية:

• النتائج:

1. لا يوجد تشريع مستقل ينظم شروط ممارسة الحقوق السياسية لمتعددي الجنسية.
2. رابطة الجنسية ليست رابطة ولاء سياسي فقط، فهي أيضا رابطة تبعية بين الفرد والدولة، فتعدد الجنسيات لا يعني بالضرورة تعدد الولاءات، لأن تعددها يعتبر خيانة للوطن.

3. المشرع الليبي لم يرفض ظاهرة تعدد الجنسيات، إنما قيدها بشرط الحصول على إذن مسبق من الجهات المختصة.

4. لم تنص أغلب التشريعات الليبية المنظمة للحقوق السياسية على شرط التفرد بالجنسية الليبية كشرط لممارستها.

• التوصيات:

1. على المشرع الليبي إصدار تشريع ينظم كيفية ممارسة الحقوق السياسية لمتعددي الجنسية، وعدم ترك الأمر لاجتهاد القضاء .
2. يجب على كل من يرغب في تقلد أي منصب سياسي أن يتنازل عن جنسيته الثانية، حيث لا يتصور من شخص يحمل جنسية دولة أجنبية أن يتقلد منصب سياسي، وهذا يتعارض أيضاً مع سيادة الدولة وهيبتها.
3. النص صراحة في التشريعات المنظمة للحقوق السياسية على تفرد بالجنسية الليبية كشرط أساسي لممارستها.
4. الاهتمام بهذا الموضوع من جانب الفقه الدستوري ومراكز البحوث القانونية، بحيث تكون هناك ندوات ومؤتمرات علمية تنتج عنها إحصائيات وتوصيات.

المصادر

• الكتب:

1. أحمد إبراهيم عشوش: القانون الدولي الخاص، دار الفكر العربي، القاهرة.
2. إيناس محمد البهجي، يوسف المصري: دراسات في القانون الخاص، ط1، المركز القومي لإصدارات القانونية، القاهرة، 2013 م.
3. باعزیز علی الفکی: المواطنة والمساواة في الحقوق السياسية بين الفقه السياسي الإسلامي والتشريعات الوضعية، السودان، مركز دراسات الإسلام والعالم المعاصر.
4. رحيل غرابية: الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار المنار للنشر، عمان، الأردن، 2000 م.
5. ساجر ناصر حمد الجبوري: حقوق الإنسان السياسية في الإسلام والنظم العالمية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005 م.
6. سليمان صالح الغويل: ديمقراطية الأحزاب السياسية وجماعات الضغط، ط1، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 2003 م.
7. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، ط10، دار النهضة العربية، 1977 م.
8. عمر السيوي: الوجيز في القضاء الإداري، ط1، دار الفضيل للنشر، بنغازي، 2013 م.
9. عكاشة عبد العال: الوسيط في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت، 2002 م.
10. غالب علي الداودي: القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2011 م.
11. محمد السيد عرفة: القانون الدولي الخاص، دار الفكر والقانون، 2013 م.
12. محمد الطي: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط8، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013 م.

13. محمد اللافي: الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، الكتاب الأول الجنسية ومركز الأجانب، منشورات مجمع الفاتح للجامعات، 1989م
14. محمود السرحان: الولاء والانتماء لدى الشباب الأردني وأثره في بناء الشخصية، مطبعة التوفيق، 2013م.
15. محمود جمال الدين زكي: دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط2، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1969م
16. هشام خالد: المركز القانوني لمتعدد الجنسية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م.

• الرسائل العلمية:

1. سراج الدين محمد مأمون: آثار التجنس بجنسية غير إسلامية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة المدينة في ماليزيا، للعام الجامعي 2010 م، غير منشورة.
2. نور مازن: ازدواجية الجنسية في التشريع الأردني، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2013-2014م، غير منشورة.

• المقالات العلمية:

1. سميح الكراسنة وآخرون: الانتماء والولاء الوطني، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، الأردن، المجلد السادس، العدد الثاني، 1431هـ.
2. شروق بنت عبد العزيز الخليف، ومحمد بن خليفة إسماعيل: المواطنة وتعزيز العمل التطوعي، مركز الأبحاث الواعدة في البحوث الاجتماعية ودراسات المرأة، الرياض، 1434هـ.
3. علاء الدين عبد الباسط جنكو: المواطنة بين السياسية الشرعية والتحديات المعاصرة، بحث منشور على شبكة الانترنت،

neelain.edu.sd/mmacpanel/includes/magazines/pdf/3_11_3.pdf

آخر زيارة للموقع يوم الخميس 16 - 5 - 2019م.

• التشريعات الوطنية:

1. الإعلان الدستوري المؤقت، الجريدة الرسمية، العدد الأول، لسنة 2012م.
2. اللائحة الداخلية للمجلس الوطني الانتقالي المؤقت، غير منشورة.
3. القانون رقم 10 لسنة 2014 بشأن انتخاب مجلس النواب، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 4 لسنة 2014م
4. القانون رقم 29 لسنة 2012 بشأن تنظيم الأحزاب السياسية، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 5، لسنة 2012م
5. القانون رقم 30 لسنة 2012م بشأن تشكيل الكيانات السياسية لسنة 2012م، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 5، لسنة 2012.
6. قانون الجنسية الليبية رقم 17 لسنة 1957م، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 2، 25 أبريل 1954م.
7. قانون الجنسية العربية رقم 18 لسنة 1980م، منشور في الجريدة الرسمية، 18 ديسمبر 1980م.
8. القانون رقم 24 لسنة 2010 بشأن أحكام الجنسية الليبية، منشور في مدونة التشريعات، العدد (11) لسنة 2010م، بتاريخ 2010/1/28.
9. اللائحة التنفيذية للقانون رقم 24 لسنة 2010م بشأن أحكام الجنسية الليبية المرفقة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم 594 لسنة 2010م، منشورة في الجريدة الرسمية، العدد الثاني، لسنة 2010م.

• المواثيق الدولية:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م، منشور على موقع الأمم المتحدة، اخر زيارة للموقع 2019-5-11 م

<https://www.un.org/ar/universal...human rights/index.html>

مصادر أخرى:

1- فتوى إدارة القانون الموجهة إلى السيد/ مدير إدارة الشؤون القانونية بوزارة الخارجية بتاريخ 1-6-2015م، منشورة على موقع وزارة العدل

<http://itcadel.gov.ly/newspaper-catgs/official> آخر زيارة للموقع يوم الأحد

2019- 5-19

2- محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ.



ثانياً الملحق



دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

في هذا العدد:-

- ☐ المدارس الفقهية في القانون الجنائي.
- ☐ قانون العقوبات بين الفكر المحافظ وبين الفكر المتطور.
- ☐ جرائم الخمر في التشريع الجنائي الليبي.
- ☐ الرأي العام والطبيعة الإقناعية للسلطة.
- ☐ شروط قبول دعوى الإلغاء في القانون الإداري الليبي.
- ☐ النظام القانوني للقطاع العام في ليبيا.
- ☐ تأمين الحصص الأجنبية في المصارف ومساهمة الدولة في شركات التأمين.
- ☐ عناصر الدفع بالشئ المقضي في القانون الانجليزي.
- ☐ حول تعديل قانون المرافعات الليبي.
- ☐ سحب الجنسية الليبية.

يونيو 1971م

العدد الأول

منشورات جامعة بنغازي



NO: 1

JUN 1971

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

في هذا العدد:-

- ☐ التأمين الاجباري من حوادث المركبات الآلية في الجمهورية العربية الليبية.
- ☐ تركيز الاختصاص في قانون المرافعات الليبي.
- ☐ مساهمة أولية في دراسة بعض جوانب الإقليم.
- ☐ القرار المطلوب إلغاؤه في القانون الإداري الليبي.
- ☐ اتفاقات المساعدات الفنية المعقودة من قبل المنظمات الدولية.
- ☐ ثبوت الجريمة - تعليق على حكم للمحكمة العليا الليبية.
- ☐ العلاقة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية - تعليق على حكم المحكمة العليا الليبية.

يونيو 1972م

العدد الثاني

منشورات جامعة بنغازي



NO: 2

JUN 1972

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

في هذا العدد:-

- ☐ مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع.
- ☐ دور القانون في التنمية الاقتصادية.
- ☐ رأي الإسلام في التسعير والاحتكار.
- ☐ الجاني والمجني عليه في جريمة الواقعة، ” دراسة مقارنة للتشريعين المصري والليبي“.
- ☐ جريمة التلقيح الصناعي في قانون العقوبات الليبي.
- ☐ تعزيز الصبى في جريمتي السرقة والحراية.
- ☐ تعليق تنفيذ الأحكام على شرط في القانونين الليبي والمصري.
- ☐ بحث في أهمية الرجوع إلى قواعد الصياغة المدنية.

يونيو 1973م

العدد الثالث

منشورات جامعة بنغازي



NO: 3

JUN 1973

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ مدى مشروعية تحصين المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء.
- ☐ عقد المضاربة بين الشريعة والقانون، دعوة إلى تطبيقه في العمليات المصرفية المعاصرة.
- ☐ دراسات في نظرية المال العام، " أزمة النظرية في الفقه الفرنسي وامتداداتها الجديدة في التشريع العربي".
- ☐ نظام التسجيل وفقاً للقانون الليبي، تطبيقه بصفة خاصة على عقدي البيع والرهن.
- ☐ الزنى المعاقب عليه حداً.
- ☐ تشغيل المسجونين في ليبيا.
- ☐ دراسات في القرآن الكريم.
- ☐ بحث عن الرقابة الإدارية.

يونيو 1974م

العدد الرابع

منشورات جامعة بنغازي



JOURNAL OF LEGAL STUDIES

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 4

JUN 1974

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

في هذا العدد:-

- ☐ التحديد الاتفاقي والقانوني للأجرة.
- ☐ دور القاضي المدني في وضع القواعد القانونية.
- ☐ محل السرقة الموجبة للقطع في التشريع الليبي.
- ☐ القذف المعاقب عليه حداً.
- ☐ سبق الإصرار بين نظرية الخطأ ونظرية الإسناد.
- ☐ الطعن بالنقض في أحكام دوائر القضاء الإداري أمام المحكمة العليا في ليبيا.
- ☐ طرق ثبوت الزنا الموجب للحد شرعاً.
- ☐ تعليق على القصد الجنائي في جريمة إعطاء صك دون مقابل الوفاء.

يونيو 1975م

العدد الخامس

منشورات جامعة بنغازي



NO: 5

JUN 1975

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ الإبات في الشريعة الإسلامية وفقهها.
- ☐ الجوانب القانونية والواقعية في ضوابط الإسناد.
- ☐ حجية القرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية.
- ☐ نظام البلديات الجديد بين المركزية واللامركزية.
- ☐ الحكم الجنائي وأثره على علاقة الموظف بالدولة.
- ☐ تقرير مجلس الإدارة السنوي للجمعية الاعتيادية في الشركات المساهمة.
- ☐ تعليقات على أحكام محاكم مختلفة.
- ☐ التطورات الحديثة للعقود النفطية في ليبيا.
- ☐ السياسة المبررة للقواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في ليبيا "دراسة مقارنة".

يونيو 1977م

العدد السادس

منشورات جامعة بنغازي



JOURNAL OF LEGAL STUDIES

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 6

JUN 1977

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ تقديم.
- ☐ التقرير الختامي عن أعمال ندوة تشريعات الحدود.
- ☐ القسم الأول- حول صياغة تشريعات الحدود.
- ☐ القسم الثاني - حول تطبيقات تشريعات الحدود.
- ☐ القسم الثالث- ملحق بنصوص تشريعات إقامة الحدود.

يونيو 1978م

العدد السابع (عدد خاص)

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 7

JUN 1979

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون – جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

☐ الديمقراطية دراسة مقارنة.

☐ الديمقراطية المباشرة.

☐ في مفهوم الإدارة الشعبية.

☐ الملكية في الكتاب الأخضر.

☐ التفسير الذاتي للوحدات الإنتاجية الشعبية في النظام الجماهيري.

☐ القضاء بين التقليد والتجديد.

☐ مظاهر القضاء الشعبي.

☐ المحاكم الشعبية وإمكانات قيامها في الجماهيرية.

☐ Rapport Sur Les Juridictions Populaires.

☐ Le Livre Vert Et l'Enterprise Socialiste.

☐ L'Entreprise D'etat Dans le Droit Administratif Et Financier Polonais.

☐ La Propriete Dans La Societe Socialiste.

☐ Expose sur le droit et les changements vers le socialisme.

☐ Le role du droit a l'epoque du changement vers le socialisme.

يونيو 1979م

العدد الثامن (عدد خاص)

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 8

JUN 1979

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ دور القانون والفقه الملتزم.
- ☐ المبادئ والقواعد المنظمة لعلاقات الشركاء في المؤسسة الاشتراكية الجماهيرية.
- ☐ التأميمات الكلية للشركات النفطية الأجنبية العاملة في ليبيا وأسسها القانونية.
- ☐ التنازل عن الشكوى في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.
- ☐ تقصير الشركاء في المنشآت الانتاجية.
- ☐ conclusion generale sur le phenome criminel et le politioque criminelle libyenne .
- ☐ les dernieres evolutions financieres dans les rapports petroliers.
- ☐ le phenomene du multinationallsme en droit international du developpement.

يونيو 1980م

العدد التاسع

منشورات جامعة بنغازي



JOURNAL OF LEGAL STUDIES

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 9

JUN 1980

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ تذكير بأسس النظام الجماهيري وموقع المنشأة الاشتراكية منه.
- ☐ الهيكل التنظيمي العام للمنشآت الشعبية.
- ☐ ملكية المنشأة الاشتراكية في الجماهيرية الليبية العربية الاشتراكية.
- ☐ الطبيعة القانونية لأموال المنشأة الاشتراكية العامة.
- ☐ ملكية وسائل الإنتاج الأساسية في الإسلام.
- ☐ عقود المنشآت في ضوء الخطة الاقتصادية.
- ☐ توزيع الإنتاج وتحديد مستوى الإنتاج التوازني للمنشأة الاشتراكية.
- ☐ تسوية المنازعات بين المنشآت الاشتراكية في الجماهيرية.
- ☐ الحماية القانونية للمؤسسات الاشتراكية العامة في الجماهيرية.
- ☐ الحماية القانونية للمنشأة الاشتراكية الإنتاجية.
- ☐ الرقابة على المنشآت الاشتراكية العامة.

يونيو 1981م

العدد الحادي عشر

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 11

JUN 1981

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ دور الطب الشرعي في تقدير المسؤولية الطبية.
- ☐ شرعية تشريح جثة الإنسان للتعليم الطبي.
- ☐ الخطأ الطبي.
- ☐ المسؤولية في جراحة التجميل.
- ☐ مركز الأطباء في التشريع الجنائي للدول العربية.
- ☐ الإجهاض والقانون.
- ☐ شرعية تشريع جسم الإنسان لأغراض التعليم الطبي.
- ☐ الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية.
- ☐ المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة.
- ☐ مسؤولية الأطباء الجنائية.

يونيو 1986م

العدد الثاني عشر

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 12

JUN 1986

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ رأي الفقه الإسلامي في القضاء بعلم القاضي ونفوذ قوله.
- ☐ جرائم الآداب العامة
- ☐ الإدارة الشعبية وآفاق التغير الإداري.
- ☐ العقود النموذجية.
- ☐ محاولة للتعريف بالقانون الدولي للتنمية.
- ☐ القضاء وعلاقته بالعلوم القانونية وغيرها.

يونيو 1987م

العدد الثالث عشر

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 13

JUN 1987

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ علاقة السببية وآثارها في الفقه الجنائي الإسلامي.
- ☐ الحقوق الإنسانية لأسرى الحرب في الإسلام والقانون الدولي الإنساني.
- ☐ ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب في الفقه والقضاء المقارن.
- ☐ العقد الإداري والقوة القاهرة.
- ☐ جريمة المضاربة غير المشروعة.
- ☐ تعليق على حكم المحكمة العليا " دائرة القضاء الجنائي " الصادر بتاريخ 21.02.1986م.

يونيو 1994م

العدد الرابع عشر

منشورات جامعة بنغازي



JOURNAL OF LEGAL STUDIES

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 14

JUN 1994

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ أسباب الإلزام في قواعد القانون الدولي الإنساني.
- ☐ حجية القرائن الشرعية في إثبات الجرائم الحديثة.
- ☐ المنع من ممارسة الإجراء الجنائي.
- ☐ ملاحظات حول القانون رقم (15) لسنة 1423 هـ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 11 لسنة 1984م بشأن المرور على الطرق العامة.
- ☐ نظرية الحوائج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي تعليق على حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1966.12.31
- ☐ كتاب أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة.

يونيو 1996م

العدد الخامس عشر

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 15

JUN 1996

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- دور علماء القيروان في ترسيخ الوحدة التشريعية والقضائية.
- التحكيم متعدد الأطراف في العلاقات التجارية الدولية.
- نظرية عمل الأمير والعقد الإداري.
- السفينة الأجنبية في الميناء الوطني.
- أسلوب القسم في القرآن الكريم.
- عقوبة الغرامة ومدى امكانية الحكم بها في أحوال الشروع في الجنايات.

يونيو 1998م

العدد السادس عشر

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 16

JUN 1998

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون – جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ الحصانة القضائية للدولة طبقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2005م، بشأن الحصانة القضائية للدول وأموالها.
- ☐ التطورات الحديثة في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية.
- ☐ بطلان العقد للجهل بالمحل في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي.
- ☐ الشكليات في العقود الإلكترونية.
- ☐ مسألة تكرار الجرائم بين قانون العقوبات وقوانين الحدود "دراسة في التشريع الجنائي الليبي".
- ☐ تخلف شرط العلم بالأنفاظ ومعانيها وأثره في الأحاديث المروية بالمعنى من حيث القبول والرد.
- ☐ الخبرة وماتثيره من إشكاليات في ضوء أحكام القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية.
- ☐ العفو عن الجاني في جريمة القتل العمد وأثاره.
- ☐ مدى جواز العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية.

يونيو 2007م

العدد السابع عشر

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 17

JUN 2007

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون – جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ ضوابط تقنين الشريعة الإسلامية ومدى التزام المقتن بها في تشريعات الحدود.
- ☐ عقيدة حقوق الإنسان.
- ☐ ملاحظات حول المحكمة الجنائية الدولية.
- ☐ السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت.
- ☐ التعويض عن ضرر الاعتداء على حق الإنسان في حرمة مسكنه في ضوء الوثيقة الخضراء الكبرى.
- ☐ الإجراءات الاحتياطية ضد المتهم في ضوء القانون رقم 20 لسنة 1991م بشأن تعزيز الحرية.
- ☐ تعليق على القانون رقم 23 لسنة 1369و.ر بتعديل وإضافة بعض الأحكام على القانون رقم 7 لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية.
- ☐ حق القصر والدولة في العفو عن القصاص تعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 52.772ق.
- ☐ قضاء المحكمة العليا في بعض مسائل القانون الدولي.

أكتوبر 2008م

العدد السابع عشر

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 17

Oct 2008

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في هذا العدد:-

- ☐ أثر التوبة في جرائم الحدود.
- ☐ أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الإلكتروني.
- ☐ أساس العقوبة المخففة لقتل الوليد صيانة للعرض.
- ☐ ضوابط التشريع اللانحي في القانون الليبي.
- ☐ الضوابط التي تحكم تنفيذ الوسيط في سوق الأوراق المالية أوامر العميل.
- ☐ العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن الدولي.
- ☐ الحماية القانونية لنسخ المصنفات في ظل النشر الإلكتروني.
- ☐ التشريعات الصحية والمناطق الاقتصادية الحرة.
- ☐ إشكالية حقوق الممول في ضوء أحكام التشريع الضريبي الليبي.

أكتوبر 2009م

العدد الثامن عشر

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 18

Oct 2009

Benghazi University Press





دراسات قانونية

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية.
تصدر ثلاث مرات في السنة عن كلية القانون - جامعة بنغازي.

في مثل هذا العدد:-

- ☐ مقبولية الدليل الرقمي في المحاكم الجنائية.
- ☐ عيب الانحراف بالسلطة وقاعدة تخصيص الأهداف.
- ☐ نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات.
- ☐ تسبيب القرار التأديبي.
- ☐ التعارض بين النصوص.

يناير 2016م

العدد التاسع عشر

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies



Published By the Faculty of Law.
Benghazi University

NO: 19

Jan 2016

Benghazi University Press



مجلة دراسات قانونية



مجلة دورية مُحكمة متخصصة
تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية
تصدر ثلاث مرات في السنة
عن كلية القانون - جامعة بنغازي

في هذا العدد:-

- ❖ مصادر قانون العقوبات "التجريم والإباحة" في القانون الليبي.
- ❖ نظرة في أساس الحكم على عقود التمويل المصرفي (إشكالية الزمن وعوضه في عقد السلم)
- ❖ الحكم الشرعي لطلاق الثلاث بلفظ واحد.
- ❖ الطبيعة القانونية لشرط المصلحة في دعوي الإلغاء (دراسة مقارنة).
- ❖ حالة الطوارئ: مبرراتها، مشروعاتها القانونية والدستورية "دراسة مقارنة".
- ❖ الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي.
- ❖ الاختصاص بتشكيل لجنة شؤون الأحزاب (تقويم فتوى صادرة عن إدارة القانون)
- ❖ تقرير متابعة للأنشطة الأكاديمية في الموسم الثقافي بالكلية خلال العام الجامعي 2017م.



منشورات جامعة بنغازي

20

العدد 20

مجلة دراسات قانونية



Journal of Legal Studies

Published By Faculty
Of Law Benghazi
University



BENGHAZI
UNIVERSITY PRESS

NO:20

February 2018

www.journal-legal-studies.net

مجلة دراسات قانونية



October . 2018

العدد : الحادي والعشرون

21
العدد

مجلة دورية محكمة متخصصة
تعني بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية
تصدر ثلاث مرات في السنة
عن كلية القانون - جامعة بنغازي

افتاحية العدد
د. سعد خليفة العبار

مناهج كليات القانون وتطوير دراسة القانون

نظرة في محاولات إعادة التوازن في النظام الإجرائي الجنائي

التلوث البيئي أم الفساد في الأرض نظرات في المصطلح

القيود الواردة على معصومية الجثة - دراسة مقارنة

العلاقة بين مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال

نظرة في لجان التعويض عن العقارات في بنغازي

لائحة الدراسات العليا بكلية القانون لسنة 2018

منشورات كلية القانون
جامعة بنغازي

رئيس التحرير: د. سعد خليفة العبار

phone: + 218 (61) 222 9029



Journal of Legal Studies

October . 2018

No 21

Published by the Faculty of Law

Issued three times a year
About the Faculty of Law
Benghazi University

phone: + 218 (61) 222 9029



مجلة دورية محكمة متخصصة
تعنى بالبحوث و الدراسات القانونية والقضائية

في هذا العدد :

- ☐ الفتاوى الشاذة (أسبابها، خطرهما، طرق الوقاية منها).
- ☐ أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري.
- ☐ المصطلحات الدستورية الدلالة اللغوية والممارسة السياسية.
- ☐ نطاق استقلال اتفاق التحكيم.
- ☐ التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الأجنبية طبقا للاتفاقيات الدولية.
- ☐ الضمانات القانونية للأحداث في مرحلة ما قبل المحاكمة.
- ☐ القانون رقم (15) لسنة 2010م، بشأن التأجير التمويلي.



Published by the Faculty of Law
Issued three times a year
About the Faculty of Law
Benghazi University

مجلة دراسات قانونية



العدد 23

مارس 2019

العدد: الثالث والعشرون

مجلة دورية محكمة متخصصة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

في هذا العدد:

- مسؤولية المحامي الجنائية عن إفشاء الأسرار المهنية.
- تعويض ضحايا الإرهاب.
- الرقابة على التعديلات الدستورية.
- التنظيم الدستوري لنظرية الضرورة في ليبيا.
- ماهية التنظيم الدولي.
- قواعد حوكمة الشركات الواردة في قانون النشاط التجاري.

مجلة دراسات قانونية



JOURNAL OF LEGAL STUDIES

No: 23

March: 2019

Pulihed by the Faculty of Law Issued three times a year a bout the Facultry of Law Benghazi University

- Criminal lawyer's responsibility for disclosure of professional secrets.
- Compensation for victims of terrorism.
- Control of constitutional amendments.
- The Constitutional Organization of the Theory of Necessity in Libya.
- What is the international organization?
- The rules of corporate governance contained in the Commercial Activity Law



ثالثاً: المرفقات



نموذج مشاركة بالمجلة

- الاسم الثلاثي: _____
- جهة العمل: _____
- التخصص: _____
- مجالات الكتابة والاهتمام المعرفي: _____
- الوظيفة: _____ الدرجة العلمية: _____
- العنوان: _____
- الهاتف : _____ البريد الالكتروني : _____
- نوع المشاركة:

- ☐ بحث ☐ تعليق علي حكم قضائي ☐ مقالة ☐ عرض كتاب
- موضوع الدراسة محل المشاركة :

إقرار:

أقر بموجب هذا الطلب بأن ما يتضمنه العمل المقدم للمشاركة إنما يعبر عن آرائي الخاصة، ولا صلة له بالبتة بتوجهات المجلة، ولا يعبر عن وجهة نظر إدارة تحريرها أو الجهة التابعة لها، وبأن العمل المقدم لم يسبق نشره أو تقديمه للنشر لأي جهة أخرى، ولن أعيد نشره بدون إذن كتابي من إدارة هذه المجلة، وأنه غير مستل أو متضمن في أي دراسة أو بحوث سابقة، وأتحمل المسؤولية كاملة جراء أي مخالفة للقواعد المنظمة لحقوق المؤلف والملكية الفكرية .

1. اسممقدم نموذج المشاركة : _____
2. التوقيع: _____
3. التاريخ: / /





نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات

ترحب إدارة تحرير مجلة دراسات قانونية بأي ملاحظات أو مقترحات يقدمها الأساتذة والكُتاب والقراء، من شأنها تدارك ما قد يعتور إصدارات المجلة من عيوب، أو يشوبها من مثالب، سواء أكانت نتيجة قصور أم تقصير من إدارة المجلة، أم تتعلق بما يكتنف الأعمال المنشورة فيها من أخطاء، وكل ما من شأنه النهوض بموضوعات هذه المجلة، وإصدارها في أبهى حُلة، ونأمل أن تقدم الملاحظات والمقترحات على النحو الآتي:

- ملاحظات شكلية، تتعلق بإخراج المجلة وطباعتها.

- ملاحظات موضوعية، تتعلق بالمادة العلمية المنشورة بالمجلة.

- ملاحظات بشأن تنويع المجلة وكيفية تصنيف موضوعاتها.

اقتراعات أخرى: -----





Journal of Legal

NO:24

June 2019

Published by the Faculty of Law Issued three times a year About the Faculty of Law Benghazi University

In this issue:

- ❖ Libyan criminal legislator's policy in combating corruption.
- ❖ Arbitration in Banking Disputes "Comparative Study in Libyan Law".
- ❖ Evaluation of the Orientalist thought of the scarcity of Quranic verses with legal content.
- ❖ Direct effect or direct application of the international norm in domestic law.
- ❖ Legislative power in the Islamic system.
- ❖ The exercise of the political rights of multi-nationals in the light of Libyan law "analytical study".