

مجلة البحوث القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون - جامعة مصراتة



- المحتويات -

◆ النظام القانوني للوائح الإدارية التنفيذية

د. محمد نجيب الكبتي

◆ مظاهر الحماية المدنية للأموال العامة في التشريع الليبي

د. علي أحمد شكورفو

◆ في ضوء مبدأ المساواة

◆ حق الأم الليبية في نقل جنسيتها الأصلية لأبنائها

أ. مناء مفتاح الصور

◆ المخاطر في عقد المضاربة وكيفية التحوط منها

أ. شرف الدين مصطفى شتوان

◆ مبدأ الشورى في نظام الحكم الاسلامي

د. محمد عبد الحفيظ عليجة

◆ نظرة في الدعوى الجنائية من خلال وظائفها

د. الهادي علي بو حمرة

◆ المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصها

◆ بالجرائم المرتكبة فوق اقليم الدولة الليبية

أ. وسام سليمان الصغير

◆ الفدرالية والخطر الداهم على الدولة الليبية

أ. محمد عبدالله عبد العالي

◆ قانون رقم (1) لسنة 2013 م في شأن منع المعاملات الربوية

السنة الأولى

العدد الأول

أكتوبر 2013 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾

من الآية 105 من سورة التوبة

مجلة البحوث القانونية

مجلة علمية نصف سنوية محكمة
تصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون مصراته
- جامعة مصراته -

جميع الحقوق محفوظة للمجلة

المراسلات: باسم رئيس التحرير - كلية القانون - جامعة مصراته - ليبيا

مجلة البحوث القانونية

رئيس التحرير

د. علي أحمد علي شكورفو

هيئة التحرير

أ. محمد عبد الله عبد العالي

أ. عبد الحكيم محمد ارويحة

أ. مصعب إبراهيم منجوف

اللجنة الاستشارية للمجلة

أ. د. محمد محمد مصطفى سليمان

د. عمر إبراهيم صافار

د. محمد نجيب أحمد الكبتي

الإخراج الفني

م. إبراهيم مفتاح عاشور

قواعد النشر في المجلة

- تعنى المجلة بنشر البحوث والدراسات القانونية والشعرية والمقارنة، شريطة ألا تكون منشورة في السابق.
 - تقبل المجلة البحوث في مجال تخصصها باللغة العربية والأجنبية.
 - تخضع البحوث المقدمة للنشر في المجلة للتقييم العلمي ولأسرة التحرير أن تطلب من المعني التعديلات الواردة في نتائج التقييم قبل الموافقة على النشر.
 - تقبل المجلة أعمال المؤتمرات والندوات المقامة في مجال تخصصها ويجوز إصدار أعداد خاصة من المجلة بذلك.
 - **ضوابط ومواصفات قبول البحوث للنشر:**
 - تقدم البحوث والدراسات مطبوعة على وجه واحد على ورق مقاس (A4) بخط حجم 13 وبهوامش حجم 11 وهوامش جانبية من كل الجوانب (4.25) .
 - أن يراعى في البحث الأصول العلمية للبحث العلمي وقواعده.
 - تحمل الصفحة الأولى من البحث عنوان البحث، واسم الباحث ثلاثياً ودرجته العلمية، ووظيفته ومكانها.
 - لا يزيد عدد صفحات البحث عن 30 صفحة مطبوعة.
 - الأبحاث المقدمة للنشر لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.
 - الآراء في البحوث والدراسات والمقالات المنشورة في المجلة تمثل وجهة نظر كاتبها وهم وحدهم المسئولون عنها.
-

المحتويات

- 2 _____ الافتتاحية
- أولاً: البحث: _____
- 1- النظام القانوني للوائح الإدارية التنفيذية
- 4 _____ د. محمد نجيب أحمد الكبتي
- 2- مظاهر الحماية المدنية للأموال العامة في التشريع الليبي
- 22 _____ د. علي أحمد شكورفو
- 3- حق الأم الليبية في نقل جنسيتها الأصلية لأبنائها (في ضوء مبدأ المساواة)
- 54 _____ أ. مناء مفتاح الصور
- 4- المخاطر في عقد المضاربة وكيفية التحوط منها
- 97 _____ أ. شرف الدين مصطفى شتوان
- 5- مبدأ الشورى في نظام الحكم الإسلامي (دراسة فقهية تحليلية)
- 123 _____ د. محمد عبدالحفيظ عليجة
- 6- نظرة في الدعوى الجنائية من خلال وظائفها
- 166 _____ د. الهادي علي بوحمره
- 7- المحكمة الجنائية الدولية الدائمة (واختصاصها بالجرائم المرتكبة فوق إقليم الدولة الليبية)
- 194 _____ أ. وسام سليمان الصغير
- ثانياً: المقالات: _____
- الفدرالية والخطر الدايم على الدولة الليبية
- 223 _____ أ. محمد عبد الله عبد العالي
- ثالثاً: القوانين: _____
- قانون رقم (1) لسنة 2013م في شأن منع المعاملات الربوية _____ 229

الافتتاحية . . .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم
وبعد ،،،

فإن أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون مصراته وهم يقومون بإصدار مجلة البحوث القانونية يأملون أن تكون إضافة جديدة لمنابر فكرية سابقة ومساهمة منهم في تعميق الوعي القانوني، وإنها وإن كانت تصدر عنهم يأملون أن تكون مائدة فقهية يجتمع حولها المتخصصون؛ فيجودون عليها بما ينتجونه من أبحاث ودراسات ومقالات في مجال تخصصهم القانوني والشرعي؛ لتكون بذلك وسيلة لنشرها؛ مما يسهم في نشر الوعي القانوني والشرعي في المجتمع؛ فتكون بذلك مطبوعة قيمة يتلها المتخصصون والمتقنون؛ لما تحويه من أبحاث ودراسات متخصصة.

وهيئة تحرير المجلة إذ تقدم العدد الأول منها للقراء تأمل أن يكون في مستوى تطلعاتهم ومحل اهتمامهم، ولا تدعى أنها بلغت بذلك الغاية المرجوة والكمال؛ لكنها تعد الجميع بأنها سوف تبذل قصارى جهدها للرقى بمحتوى هذه المجلة عدداً بعد آخر إلى ما هو أفضل.

وهي إذ تقوم بذلك ترحب بكل نقد أو اقتراح يتعلق بشكل وموضوع المجلة التي تعتبر التجربة الأولى في تاريخ هذه الكلية الحديثة النشأة.

وتنتهز هيئة التحرير الفرصة لتعبر عن شكرها للامحدود للسادة أعضاء هيئة التدريس الذين قدموا نتائجهم للنشر بها، وكذلك الذين قاموا بتقييم هذه الأعمال قبل نشرها، والشكر موصول لكل الذين ساهموا بطريقة أو أخرى في إنجاز هذا العمل.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

هيئة التحرير

أولاً : البحوث

النظام القانوني للوائح الإدارية التنفيذية

د. محمد نجيب أحمد الكبتي*

يعد القرار الإداري بنوعيه الفردي واللائحي وسيلة قانونية تستعين بها الإدارة العامة عند مباشرتها لأوجه نشاطها، وإن كان من أهمها، حيث تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة، وفي ذات الوقت يكون ملزماً للمخاطبين به رغم أنهم لم يشاركوا في إصداره. وهو ما يميز القرار الإداري عن غيره من التصرفات التي تجريها الإدارة سواء كانت قانونية أو مادية. ويجعل القرار الإداري من أخطر مظاهر السلطات والامتيازات القانونية التي تتمتع بها الإدارة العامة وتنقسم القرارات الإدارية من حيث مداها والمخاطبين بها إلي نوعين:

قرارات إدارية فردية التي تخاطب الأشخاص بذواتهم، وقرارات إدارية تنظيمية التي تخاطب الأفراد بصفاتهم والتي يطلق عليها اصطلاحاً اللوائح. ويتعلق موضوع هذه الدراسة بالصنف الثاني من هذه القرارات وهي القرارات الإدارية اللائحية. والتي بدورها تنقسم إلي طائفتين تبعا لظروف إصدارها، لوائح تصدر في الظروف العادية التي تشتمل علي اللوائح المستقلة و اللوائح التنفيذية وهي مجال هذه الدراسة، والطائفة الثانية اللوائح التي تصدر في الظروف الاستثنائية. ونقسم هذه الدراسة إلي جانبين جانب نظري يشمل القواعد والمبادئ العامة للوائح بشكل عام، وجانب عملي يتعلق باللوائح التنفيذية وسلطة الإدارة في إصدارها وحدود الرقابة القضائية عليها.

وتأسيساً علي ذلك ستكون الدراسة وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: الأحكام العامة للوائح وينقسم إلي مطلبين:

* عضو هيئة التدريس بقسم القانون العام كلية القانون جامعة مصراتة.

- المطلب الأول: مدلول القرارات الإدارية اللائحية.
- المطلب الثاني: مجال اللائحة وأهمية وجودها إلي جنب القانون.
- المبحث الثاني: اللوائح التنفيذية و سلطة الإدارة في إصدارها ورقابة القضاء عليها.
- المطلب الأول: ماهية اللوائح التنفيذية.
- المطلب الثاني: مدى توقف نفاذ القانون علي صدور اللائحة ومسؤولية الإدارة.
- الخاتمة: وتتضمن ما توصلت إليه الدراسة من نتائج و توصيات.

المبحث الأول

الأحكام العامة للوائح

رغم الطبيعية التشريعية للوائح وفق المعيار الموضوعي إلا أنها تظل عملاً إدارياً وفق المعيار الشكلي باعتبارها تصرفاً صادراً عن السلطة التنفيذية تقتضيه ضرورات عملية تستوجب منح السلطة التنفيذية هذا الاختصاص، فما المقصود بالقرارات الإدارية اللائحية وما الحكمة التي يتوخاها المشرع من وجودها؟ وما الكيفية التي تتميز بها القواعد اللائحية عن التشريعية وما أهمية كل منهما؟ لتوضيح هذه المسائل نخصص النقاط التالية:

المطلب الأول: مدلول القرارات الإدارية اللائحية

القرار الإداري اللائحي هو الصياغة القانونية لقواعد عامة مجردة ملزمة تنطبق علي عدد غير محدد من الحالات أو الأفراد متى توافرت فيها أو فيهم شروط معينة.

ويتبين من هذا المفهوم للقرار اللائحي أنه يشترط توافر ثلاثة عناصر لوصف

القرار بأنه لائحي:

1- أن يكون التصرف صادرا عن السلطة التنفيذية.

2- أن يتضمن قواعد عامة مجردة غير شخصية.

3- أن يكون ملزماً.

ويقتضي الشرط الأول أن يكون القرار اللائحي صادراً عن السلطة التنفيذية أو أحد مكوناتها، من الناحية العضوية وبالتالي استبعاد كل ما لا يتصل بالسلطة التنفيذية عضوياً كالأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية والقضائية. كذلك من الناحية الموضوعية يجب أن تصدر الإدارة اللائحة بوصفها سلطة عامة ويتعلق موضوعها بإدارة وتسيير المرافق العامة وإسداء منافع ومصالح عامة تخص كافة أفراد المجتمع.

ويعني العنصر الثاني بضرورة اتصاف العمل اللائحي بالعمومية والتجريد، حيث يقصد بالعمومية انصراف حكم القاعدة القانونية إلى كل الأشخاص الذين تتوفر فيهم شروطها. أما التجريد فيعني أن حكم القاعدة لا يخاطب شخص معين أو يخص واقعة معينة إنما المخاطب بالصفة التي يحملونها. ويرى جانب من الفقه بأن عدم الشخصية تتلزم مع عمومية القاعدة اللائحية، لكن بعض الفقهاء الفرنسيين يرون غير ذلك، بأن عدم الشخصية عنصر مستقل عن العمومية، حيث أن هناك من اللوائح وإن كانت غير عامة إلا أنها تبقى مع ذلك غير شخصية، ومن ذلك فإن اللائحة تعرف بواسطة عدم شخصيتها أكثر مما تعرف بعموميتها. وبالتالي وفق هذا التعريف للقرار الإداري اللائحي تتضح الطبيعة التشريعية لهذا القرار فهو يعد قانوناً وفق المعيار الموضوعي، لكن يظل قراراً إدارياً حسب المعيار الشكلي، وهو المعتمد في تمييز العمل الإداري عن العمل التشريعي، والسؤال هنا ما الحكمة التي يتوخاها المشرع من منح السلطة التنفيذية صلاحية إصدار هذه القرارات اللائحية إلى جانب القوانين التي يختص بإصدارها، وما هو المجال المخصص لكل منهما، وهو ما سنتناوله الفقرة القادمة.

المطلب الثاني: مجال اللائحة وأهمية وجودها إلي جنب القانون

رغم الأهمية التي تحظى بها اللوائح في النظام القانوني للدولة إلا أنها تشغل المرتبة التالية للقوانين التي تصدر عن السلطة المختصة بالتشريع، فاللوائح هي من وضع السلطة التنفيذية، والمهمة الرئيسية لها تنفيذ القوانين في أغلب الأحيان، أما القانون فهو التعبير عن إرادة الأمة متمثلة في برلمانها، ولا تمتلك السلطة التنفيذية الاختصاص بإصدار اللوائح إلا بناء على نص قانوني (دستوري-قانون عادي)، والذي يعد استثناء من أصل عام يقضي بأن إصدار القواعد القانونية العامة المجردة اختصاص أصيل يعود للسلطة التشريعية وحدها لكن هناك جملة من الاعتبارات والضرورات العملية تدعو إلي منح السلطة التنفيذية هذا الاختصاص والتي منها:

1- الطبيعة التركيبية العضوية للسلطة التشريعية لا تمكنها من المعرفة والمناقشة والإحاطة بكل التفاصيل المتعلقة بالقوانين التي تصدرها، وهو ما يقتضي أن يترك أمر وضع التفاصيل للأحكام الإجمالية الواردة بالقوانين للسلطة التنفيذية لقربها من الناس واحتكاكها بمصالحهم.

2- من سمة القوانين أن يستمر تنفيذها فترة طويلة من الزمن وتتغير شروط تنفيذها وفق المتغيرات التي تطرأ في المجتمع، لذا لو وضعت شروط التنفيذ بتفصيلها في صلب القانون لاقتضي تغييرها من وقت لآخر، مما يشكل عبء علي السلطة التشريعية ويحول دون الاستقرار التشريعي في الدولة. لذلك يترك أمر تحديد شروط التنفيذ للسلطة التنفيذية تصدره في شكل لوائح ليسهل تغييرها أو تعديلها كلما دعت الحاجة إلى ذلك دون اللجوء إلي تغيير القانون.

3- ينبع في وضع وإصدار القوانين إجراءات طويلة وبطيئة تأخذ وقتاً طويلاً، إضافة إلى أن البرلمانات لا تتعقد باستمرار، في الوقت الذي فيه الحياة الإدارية مليئة بالالتزامات والمفاجآت التي تحتاج إلي المعالجة السريعة والحازمة والتي لا تحققها

القوانين التي تتم بالبطء والعلانية في مناقشتها والمناورات الحزبية التي تصاحب إقرارها، مما يجعل اللوائح لما تتميز به من مرونة وبساطة وإجراءات إصدارها وسرية هذه الإجراءات تعتبر أقدر من القانون في مواجهة المتغيرات والظروف الاستثنائية.

4- اللوائح وسيلة هامة تستخدمها الإدارة لتنظيم المرافق العامة، باعتبار الإدارة الأكثر دراية بهذه المرافق والأقدر على تنظيمها بقواعد قانونية لائحية تلبي الأهداف التي تسعى هذه المرافق إلى تحقيقها.

فلكل هذه الاعتبارات وغيرها تجعل اللائحة لا غنى عنها إلى جوار القانون، والتي عادة تتكفل الدساتير بالنص علي اختصاص السلطة التنفيذية بإصدارها، أو بقواعد عرفية دستورية في حالة عدم وجود النص.

أما فيما يتعلق بمجال اللائحة فإنه يتعين بداية تحديد مجال القانون إي المسائل التي يمتنع علي السلطة التنفيذية أن تطرقها بواسطة اللوائح، والتي يقتضي علي السلطة التشريعية تنظيمها بواسطة قانون يصدر عنها.

ويشترك في هذا التحديد كل من القواعد الدستورية والقوانين العادية، فعادة ينص الدستور علي حيز عدد من الموضوعات والمسائل ويحتكر تنظيمها علي السلطة التشريعية في شكل قوانين، مما يمنع السلطة التنفيذية من إصدار لوائح بشأنها. ومن أمثلة هذه النصوص، "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"، "العفو العام لا يكون إلا بقانون"، "تصدر الميزانية العامة للدولة بقانون"، "يعين شعار الدولة ونشيدها الوطني بقانون"، يلاحظ علي هذه النصوص الدستورية أنها جاءت قطعية في ضرورة تنظيم المسائل التي تناولتها بقانون يصدر عن السلطة التشريعية، وهو ما يقتضي أن المشرع لا يملك تفويض سلطته التشريعية إلي الحكومة ويتطلب صدور قانون لتنظيم هذه المسائل، ولا السلطة التنفيذية تملك أن تصدر لوائح في هذا المجال.

غير أنه في بعض الحالات يستعمل المشرع الدستوري نصوص تحتمل التأويل من حيث أن المشرع يملك تفويض اختصاصه في تنظيم بعض المسائل إلي الحكومة، أو أن الحكومة تستطيع أن تنظمه من تلقاء نفسها دون حاجة إلي تفويض من المشرع، لأن النص جاء مطلقاً منها:

م 31 من الإعلان الدستوري الصادر في 3 / 8 / 2011، "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء علي نص.....". كذلك م 16 " الملكية الخاصة مصونة ولا يمنع المالك من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون" أو "بما لا يتعارض مع القانون". كل هذه الصياغات تترك الباب مفتوحاً للسلطة التشريعية بأن تفوض الحكومة في تنظيم المسألة، لكن لا تمتلك السلطة التنفيذية تنظيمها من تلقاء نفسها، عدا الحالة الأولى التي جاءت في م 31 من الإعلان الدستوري "إلا بناء علي النص" حيث لفظة "النص" مطلقه قد يكون نصاً تشريعياً صادراً عن المشرع، أو لائحياً صادراً عن السلطة التنفيذية.

كما يتم نزع الاختصاص من السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح بموجب القوانين العادية، وذلك عندما ينظم المشرع موضوعاً معيناً بواسطة قانون، مما يمنع السلطة التنفيذية إصدار لوائح في الموضوع الذي نظمه القانون، ولا يستثنى من ذلك إلا اللوائح التنفيذية التي ينص القانون علي اختصاص السلطة التنفيذية بإصدارها.

أما تحديد مجال اللائحة، فقد يحدد بموجب نصوص دستورية، تمنح السلطة التنفيذية صلاحية إصدار اللوائح في بعض المسائل المحددة أو في مجال تنفيذ القوانين، فالنصوص التي تعطى رئيس الدولة (رئيس الجمهورية-الملك) حق إصدار لوائح الضرورة -أو اللوائح التفويضية- أو لوائح الضبط "البوليس"، غير أن مثل هذه النصوص وإن كانت تمنح الاختصاص في إصدار اللوائح للسلطة التنفيذية، إلا أن ذلك لا يمنع البرلمان من غزو هذا الميدان أيضاً لطبيعة المركز المهيمن الذي تشغله السلطة

التشريعية علي بقية السلطات العامة الأخرى؛ لكن في جميع الأحوال لا تستطيع هذه السلطة سحب الاختصاص من السلطة التنفيذية في هذا الشأن إذا كان مصدره الدستور. هذا كما أن المشرع ذاته قد يمنح السلطة التنفيذية صلاحية تنظيم موضوع معين لم يسبق له تنظيمه، حيث تتولي السلطة التنفيذية إصدار لوائح مستقلة في شكل قواعد عامة مجردة.

وقد دأب المشرع الليبي علي استعمال هذا النمط من التشريع بتفويض السلطة التنفيذية في إصدار مثل هذه اللوائح، ومن أمثلتها لائحة الجزاءات. واللائحة الإدارية للشركات والمنشآت العامة، لائحة الدراسة والامتحانات والتأديب لطلبة الجامعات، لائحة العلاج في الخارج.

أما الصورة الأخرى من اللوائح، فهي اللوائح التنفيذية التي تصدرها السلطة التنفيذية بناء علي نصوص قانونية مسبقة سواء كانت هذه نصوص دستورية أو في القوانين العادية، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه م 26 من الإعلان الدستوري " يتولي المكتب التنفيذي -أو الحكومة المؤقتة- تنفيذ السياسة العامة للدولة..... كما يتولي إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين....." كذلك القانون رقم 1 لسنة 2003م بشأن تنظيم الخبرة القضائية في م 7 الفقرة الثانية "... وتحدد اللائحة التنفيذية صيغة اليمين القانونية".

والقانون رقم 17 لسنة 2010م بشأن التسجيل العقاري وأملك الدولة أحال القانون بموجب المواد 47، 60، 69، 73 علي اللائحة التنفيذية توضيح وتحديد آلية تنفيذ القانون وتحديد شكل السجلات والرسوم الخاصة بالتسجيل العقاري.

كذلك القانون رقم 18 لسنة 2010م بشأن التعليم في المواد 6-28-56-77-82-83، منح الاختصاص للسلطة التنفيذية إصدار اللوائح المنظمة للدراسة

والامتحانات والدراسات العليا وشئون أعضاء هيئة التدريس والمعيدين، حيث تم إصدار اللائحة رقم 501 لسنة 2010م في هذا الشأن من قبل السلطة التنفيذية. علما بأن هذه المسائل المتعلقة بالتعليم الجامعي كانت منظمة بلوائح مستقلة في السابق.

كذلك القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل الذي أحال علي اللائحة التنفيذية توضيح العديد من المسائل منها م 37 تحديد اللياقة الصحية للموظف. و م 176 بشأن تشكيل لجان شئون الموظفين وتحديد اختصاصها. م 175 بشأن التكاليف بالعمل في غير أوقات الدوام الرسمي. والسؤال هنا ما المقصود بالتنفيذ وأساسه القانوني ومدى توقف نفاذ القانون علي صدور اللائحة التنفيذية وحدود رقابة القضاء علي الاختصاص للسلطة التنفيذية. للإجابة على هذه التساؤلات نخصص المبحث الثاني من هذه الورقة.

المبحث الثاني

اللوائح التنفيذية وسلطة الإدارة في إصدارها

تستمد السلطة التنفيذية اختصاصها بإصدار اللوائح التنفيذية كما سبق أن أشرنا من القواعد الدستورية أو من القوانين العادية الصادرة عن المشرع، بوصفها السلطة المكلفة بوضع ما يصدر في الدولة من قواعد قانونية موضع التنفيذ، فماذا يعني التنفيذ وما حدوده؟ وما مدى رقابة القضاء على ممارسة هذا الاختصاص، لتوضيح هذه المسائل نخصص النقاط التالية:

المطلب الأول / ماهية اللوائح التنفيذية

يقصد باللوائح التنفيذية القرارات الإدارية اللائحية التي تصدر عن السلطة التنفيذية وتتضمن الأحكام التفصيلية للقواعد والمبادئ العامة الواردة في صلب القوانين.

ونجد الأساس القانوني لاختصاص السلطة التنفيذية بذلك في النصوص الدستورية أو التشريعات العادية، باعتبار المشرع الدستوري والعادي يقتصر على إيراد المبادئ العامة، حيث لا يستطيع أن ينص على جميع الأحكام النهائية والتفصيلية، ويترك أمر ذلك للسلطة التنفيذية، بحكم اتصالها وأحكامها المباشر بمصالح الناس.

والنص القانوني بمنح الاختصاص قد يأتي عاماً دون تغيير كما في نص م 21 من الدستور الفرنسي و م 26 من الإعلان الدستوري الليبي الحالي، حيث اكتفى بمنح السلطة التنفيذية سلطة إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين، وعلى خلاف من ذلك نجد الدستور المصري لسنة 71م يحد من هذه السلطة حيث اشترطت م 144 منه على أن تكون اللوائح التنفيذية لازمة للقانون وليس من شأنها تعديل أو تعطيل أو الإغفاء من تنفيذ القانون وبذات الصيغة كان نص م 63 من الدستور الليبي لسنة 51م، التي أعطت الملك سلطة إصدار اللوائح التنفيذية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو الإغفاء من تنفيذ القوانين.

وفي عموم القول تعد سلطة إصدار اللوائح حقاً مستمداً من الدستور مباشرة، كما أنه ليس بالضرورة أن يكون هناك نص على ذلك في القوانين العادية، حيث أن بعض القوانين العادية لا تنص على الإحالة على اللائحة لتطبيق القانون، عندما تغطي نصوص القانون كل التفاصيل اللازمة لتطبيقه، خاصة القوانين ذات الطابع المالي أو الضريبي، وهذا ما نلمسه في نصوص القانون رقم "2" لسنة 2003م بشأن الرسوم القضائية، التي جاءت نصوص خالية من أي إحالة على اللائحة لتوضيح وتطبيق أحكامه.

إضافة إلي أن النص الصريح من المشرع على دعوة السلطة التنفيذية لإصدار اللوائح اللازمة لا تنشئ حقاً جديداً للسلطة التنفيذية، إنما هي تكشف عن هذا الحق المقرر أصلاً في النصوص الدستورية.

لكن ما المقصود بالتنفيذ وحدود سلطة الإدارة في إجراءه؟ تمحورت اتجاهات الفقه حول الحد الذي تقف عنده السلطة اللائحية إلى اتجاهين، أحدهما أخذ بالمعنى الضيق للتنفيذ، والآخر أخذ بالمعنى الموسع له، نستقصي معالم هذين الاتجاهين في الآتي:

1- المعنى الموسع لمدلول التنفيذ: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مهمة اللائحة لا تقتصر على مجرد وضع الأحكام التفصيلية للقواعد العامة والإجمالية الواردة في القانون، بل تذهب إلى أكثر من ذلك بأن تتضمن اللائحة التنفيذية كل مبدأ أو قاعدة توجد نواته واصله في القانون، وبالتالي لها أن تضيف إلى القوانين أحكاماً جديدة ذات علاقة غير مباشرة مع نصوصه، يكفي فقط أن تكون منقطة صراحة أو ضمناً مع الغرض الذي يرمي القانون إلى تحقيقه.

ويرجع هذا الاتجاه أساس ذلك إلى وظيفة الإدارة التي لا تقتصر دائماً على التنفيذ الحرفي فقط للقانون، إنما يتعين عليها إن توازن وتلائم بين أحكامه ولا اعتبارات العملية، والتي تقتضي في العديد من الحالات إضافة أحكام جديدة إلى القانون.

فموضوع اللائحة التنفيذية ليس تنفيذ ما سبق القانون تنظيمه فقط، بل هو تنظيم ما لم يسع وقت المشرع له من مسائل خاصة بالقانون الذي أصدره، فاللوائح عمل مكمل ومساعد للقواعد التشريعية وسد ما تركه المشرع من ثغرات، فقط أن لا تتعارض هذه الإسهامات مع القانون نصاً وروحاً، أي لا تتحرف الإدارة باللائحة عن الغاية التي استهدفها المشرع.

حاول جانب من الفقه التخفيف من هذا النهج المطلق بأن ميز بين حالتين:

أ- حالة صدور اللائحة بناء على دعوة صريحة من المشرع، مما يقتضي الأخذ بالتفسير الموسع وتنصرف مهمة اللائحة إلى تحقيق الملائمة بين القانون وواقع الحياة العملية والتي تسمح بالإضافة إلى أحكام القانون.

ب- حالة إصدار الإدارة اللائحة من تلقاء نفسها دون دعوة من المشرّع، مما يستوجب اقتصار اللائحة في هذه الحالة على مجرد تنفيذ القانون دون الإضافة إلى أحكامه. إلا أن هذا التمييز يتنافى مع طبيعة اللائحة، فهي واحدة في الحالتين، كذلك الأساس القانوني لها فهي لائحة تنفيذية وأساسها النص الدستوري الذي يعطي الإدارة هذا الحق.

2- المعنى المضيق لمدلول التنفيذ: مقتضى هذا الاتجاه أن يقتصر دور اللائحة التنفيذية على إيراد الأحكام التفصيلية للقانون دون إضافة أي حكم جديد، بمعنى لا يجوز للائحة أن تعالج ابتداء موضوعاً لم يتعرض له القانون، فاللائحة التنفيذية أشبه بالآلة المحركة لنصوص القانون فليس لها الحق المبادرة بتقرير قواعد جديدة، بل يجب أن تكون أحكام اللائحة تنفيذية بحتة.

ووفق هذا المفهوم للتنفيذ ذهب جانب من الفقه إلى عدم مشروعية أي إضافة تأتي بها اللائحة على نصوص القانون، لان ذلك يخرج اللائحة من دائرة التنفيذ إلى دائرة التشريع، وهو المجال المحجوز للسلطة التشريعية دون غيرها، وأن اللائحة دائماً في مرتبة أدنى من القانون خاضعة له.

انتقد هذا النهج المتشدد في تحديد معنى التنفيذ، خاصة فيما يتعلق بالإضافة التي تحدثها اللائحة، والتي يجب تمييزها عن التعديل، انطلاقاً من أن ليس كل إضافة تتضمن تعديلاً للقانون أو تعطيل لبعض نصوصه، فالإضافة تفيد الزيادة على أحكام القانون بحكم جديد يتمشى ويتلاءم مع أحكام القانون ولا يتناقض معه، بحيث يمكن تطبيقهما معاً، أما التعديل هو استبدال حكم بآخر مع عدم إمكانية تطبيقهما في وقت واحد.

رغم أهمية الأسس التي اعتمد عليها كل من الاتجاهين السابقين إلا انه لا يمكن الارتكان إلى أي منهما لوحدة لتحديد معنى التنفيذ، فلا يجوز منح الإدارة السلطة

المطلقة في إصدار اللوائح التنفيذية وإعطائها الحق في إضافة أحكام جديدة في اللوائح دون قيد، والاكتفاء فقط بأن تكون متفقة صراحة أو ضمناً مع نصوص القانون، كذلك لا يمكن لجم الإدارة وشل يدها عند إصدارها للوائح بقصرها على كشف ما تضمنه القانون من أحكام وبيان كيفية تطبيقه دون زيادة أو نقصان، إنما نرى أن تكون هناك موازنة بين الأمرين، بمعنى للسلطة التنفيذية الحق في الإضافة إلى قواعد القانون ولكن هذا الحق مقيد بأن تكون الأحكام الجديدة الواردة باللائحة لازمة وضرورية لتنفيذ القانون، ولا يكون من شأن هذه الإضافة تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذ القانون، ويقتضي ذلك وحدة الهدف الذي ترمي اللائحة إلى تحقيقه مع هدف القانون، وهو ضمان تنفيذه، كذلك ينبغي على السلطة اللائحية احترام روح القانون وعدم الخروج على الهدف الأسمى الذي تغياه القانون.

ويتفق قولنا هذا مع طبيعة القرار الإداري بشكل عام الذي من شروط وجوده أن يكون معبراً عن الإرادة الذاتية للإدارة، أي أن الآثار القانونية المترتبة عن القرار هي وليدة إرادة الإدارة نفسها وليس إرادة المشرع مباشرة، بمعنى أن يكون تصرف الإدارة منشأً وليس كاشفاً لما سبق أن قرره المشرع.

فالإدارة من طبيعة عملها عند إصدارها للقرارات الإدارية يجب أن تضي شيئاً من ذاتيتها على هذه القرارات، لكي لا ينقلب تصرفها إلى عمل مادي لا يسمو إلى مرتبة القرارات الإدارية.

المطلب الثاني / مدى توقف نفاذ القانون على صدور اللائحة

يهدف المشرع من إصداره للقوانين تنظيم مسائل يحتاجها المجتمع بقواعد قانونية تحكمها، لضبط العلاقات التي تترتب عنها وحفاظاً على الحقوق والحريات، وضمن تأدية الواجبات، ومنعاً من نشوب النزاعات التي تضر بأمن المجتمع

واستقراره، وبالتالي ما أصدر المشرع القانون إلا لكي يطبق ويعالج الحالات والمسائل التي صدر من أجلها.

وتلعب اللوائح التنفيذية الدور الأكبر في تسهيل وتسريع مهمة تنفيذ القوانين بما تبينه من آلية وكيفية تطبيقها، والسؤال الذي يطرح هنا عن مدى توقف نفاذ القانون وسريانه تجاه الأفراد قبل صدور اللائحة، ومدى مسؤولية الإدارة عن التأخير في إصدار اللوائح التنفيذية.

الأصل نفاذ القوانين دون التوقف على صدور اللائحة التنفيذية ما دام النفاذ ممكناً، والقول بغير ذلك يؤدي إلى شل وتعطيل نفاذ القوانين، وإعطاء السلطة التنفيذية سلطة وقف تنفيذ القانون بطريقة غير مباشرة من خلال تأخرها في إصدار اللائحة التنفيذية، وجعل نفاذ القانون رهن إرادة هذه السلطة. لكن هل هذا الأصل يطبق بشكل مطلق وفي كل الحالات أم إن الأمر يحتاج إلى شيء من التفصيل.

وضع الفقه ومن بعده القضاء استثناءين عن هذا الأصل هما:

أ- النص الصريح في صلب القانون على تعليق نفاذ القانون على صدور اللائحة التنفيذية، فهنا يقتضي الأمر احترام إرادة المشرع بعدم نفاذ القانون إلا بعد صدور اللائحة.

ب- استحالة تنفيذ القانون قبل صدور اللائحة، عندما يستلزم صدور اللائحة المنظمة لأحكام وشروط التنفيذ، أو توضيح كيفية تشكيل الهيئات واللجان أو مجالس معينة ينص القانون على اختصاصها بتنفيذ أحكامه، بحيث يصبح من المستحيل تنفيذ القانون قبل صدور اللائحة التي تبين تشكيل وعمل الهيئات، وبالتالي لا يترتب على مجرد الدعوة الصريحة من المشرع في صلب القانون إلى إصدار اللائحة التنفيذية تعطيل نفاذ القانون إلى حين صدور اللائحة المذكورة، فنفاذ القوانين لا يكون معلقاً على صدور اللوائح التنفيذية التي تحيل عليها إلا في حالتين: حالة النص الصريح علي ذلك في

صلب القانون بأن نفاذه مرهون بصدور اللائحة التنفيذية، وحالة استحالة نفاذ القانون قبل صدور اللائحة لغياب الأحكام التفصيلية التي يجب أن تتضمنها اللائحة التنفيذية.

أما من حيث مسؤولية الإدارة عن التأخير في إصدار اللوائح التنفيذية ومدى سريان اللوائح السابقة عن صدور القانون، ينبغي علي السلطة التنفيذية أن تقوم بإصدار اللوائح التنفيذية للقوانين في وقتها المناسب، لأن التأخير عن هذا الإصدار يعد مشكلة حقيقية يترتب عليها عدم تنفيذ القوانين في أغلب الأحيان، مع الأخذ في الاعتبار منح السلطة التنفيذية فترة زمنية معقولة يتم فيها هذا الإصدار.

وقد تكون أسباب التأخير فنية، حيث يجب دراسة القانون دراسة وافية والبحث عن مضمون وغاية المشرع من إصدار القانون، لكي تؤدي اللائحة دورها وتحقيق هذه الغاية، كما قد يتطلب إصدار اللائحة التنفيذية اشتراك وتعاون عدد من الوزارات أو الإدارات وهو يأخذ وقتاً طويلاً في بعض الأحيان.

وقد تعود أسباب التأخير إلي أمور سياسية كضغط الرأي العام علي البرلمان لإصدار قانون معين يحتاج تنفيذه إلي مخصصات مالية غير متوفرة، أو أن القانون الذي أصدره البرلمان لا يلقي قبولاً من الرأي العام ويحتاج الأمر إلي تهيئة المناخ المناسب لتنفيذه، فتعمل الحكومة في مثل هذه الحالات إلي التأخير في إصدار اللائحة التنفيذية لقانون معين، والتأخير قد يكون مبرراً في مثل هذه الحالات.

غير أن المشكلة الأخطر عندما تنتشر الحكومة وراء أسباب واهية أو نتيجة خلافها مع البرلمان في أحداث التأخير، كأن يكون القانون الذي أصدره البرلمان أدخلت عليه تعديلات لا تتلاءم مع نصوص القانون الذي تقدمت بمشروعه الحكومة.

لذلك يقتضي تفعيل الرقابة التي تمارس علي الحكومة للحد من آثار التأخر في إصدار اللوائح التنفيذية، سواء كانت هذه الرقابة سياسية يمارسها البرلمان أو رقابة قضائية من خلال اعتبار التأخير في إصدار اللوائح التنفيذية عن المدة المعقولة خطأ

جسيم يستوجب مسؤولية الإدارة، وحق الأفراد في المطالبة بتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم.

ومن نافلة القول نشير بأن الإدارة تملك سلطة تقديرية واسعة في مجال سحب أو إلغاء أو تعديل القرارات الإدارية اللائحية خارج رقابة القضاء، ودون أن يحتج عليها بفكرة الحقوق المكتسبة، باعتبار هذه القرارات تنظم مراكز قانونية غير شخصية، وتهدف إلى إسداء منافع ومصالح عامة لا تخص شخص بعينه. إضافة إلى أنه يشترك القضاء العادي مع القضاء الإداري في تفسير القرارات الإدارية اللائحية خلفاً للقرارات الفردية التي يقتصر فيها ذلك على القضاء الإداري دون غيره.

أما عن مصير اللوائح السابقة عن صدور القانون في حالة صدور القانون جديد يلغي أو يعدل قانون السابق فان قضاء مجلس الدولة المصري ومحاكم القضاء الإداري رأَت إن القرارات الإدارية واللوائح الصادرة تنفيذاً لقانون معين لا تسقط تلقائياً بقوة القانون بمجرد صدور القانون الجديد. بل تظل سارية المفعول إلى أن تصدر السلطة المختصة القرارات التي تحل محلها تطبيقاً للتشريع الجديد، لأن هذه القرارات أولاً: تتمتع بكيان ذاتي مستقل عن المصدر الذي نشأت عنه، طالما إن التشريع الجديد لم ينص صراحة على إلغائها، وثانياً: لكي لا يؤدي القول بغير ذلك إلى حدوث فراغ قانوني يترتب عليه التأخير في تنفيذ القانون الجديد.

غير إن المحكمة الإدارية المصرية اشترطت لاستمرار العمل باللوائح السابقة على صدور القانون الجديد أن ينص هذا القانون بشكل صريح على بقاء واستمرار اللوائح التنفيذية الصادرة تنفيذاً للقانون السابق، وتظل قائمة ومعمول بها إلى حين صدور اللائحة الجديدة. أما في حالة عدم وجود النص على سريان اللوائح السابقة فان ذلك يعني إلغائها قولاً واحداً.

وقد أخذ المشرع الليبي بفكرة إيراد نصوص صريحة في القانون تنص علي استمرار العمل باللوائح السابقة، منها القانون رقم 17 لسنة 2010م بشأن التسجيل العقاري في م73 الفقرة الثانية بعد أن أسند في الفقرة الأولى من هذه المادة للسلطة التنفيذية مهمة إصدار اللوائح التنفيذية للقانون وتحديد الدفاتر والسجلات والنماذج المطلوبة، أشار إلي استمرار نفاذ اللوائح و القرارات والسجلات السابقة بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكامه، كذلك في القانون رقم 18 لسنة 2010م بشأن التعليم م 99 بالقول بان تظل اللوائح المنظمة للتعليم سارية المفعول إلي حين صدور اللوائح المنفذة لهذا القانون. ونرى إن ذلك هو الأولى لتفادي الفراغ القانوني ومنع التأخير في تنفيذ إرادة المشرع التي أفصم عنها في القانون بحجة عدم صدور اللائحة التنفيذية.

الخاتمة:

نخلص في ختام هذه الورقة إلي أن اللوائح بأنواعها تشغل حيزاً مهماً في النظام القانوني، وتأتي في المرتبة الثانية بعد القوانين الصادرة عن المشرع لما تتضمنه من قواعد قانونية تساهم في تكوين البناء القانوني في الدولة، وتسهل عملية اتصال الأفراد بالقوانين وتوضيح آلية تطبيقها وتنفيذها.

وتلجأ الدول عادة إلي حجز عدد من الموضوعات والمسائل ويسند تنظيمها بالطريق اللائحي من خلال السلطة التنفيذية، لاحتكاك هذه السلطة ومعرفتها باحتياجات لأفراد أكثر من غيرها، بما يملكه من كوادرفنية متخصصة، وان القوانين بطبيعتها لا تتضمن كل تفاصيل وشروط تطبيقها.

وتأخذ اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية صورتين: اللوائح التنظيمية، التي تطرق موضوع معين لم يسبق للمشرع أن قام بتنظيمه، واللوائح التنفيذية التي تبين آلية وأسلوب تنفيذ ما تتضمنه القوانين من قواعد ومبادئ وأسس وأهداف، وليس وضع قواعد جديدة، فهي تتعلق بوسائل التنفيذ وتخضع في ذلك لنص القانون وروحه.

وختاماً نري ونوصي بالأتي:

- 1- اللوائح التنفيذية أداة السلطة التنفيذية بنقل نصوص القوانين إلي الواقع العملي، وذلك بتوضيح آلية وشروط تطبيق هذه القوانين.
- 2- يقتضي تحديد المسائل والموضوعات التي تنظم لائحياً من خلال النصوص الدستورية، لنضمن عدم تغول السلطة التنفيذية علي اختصاصات السلطة التشريعية لأن الاختصاص الأصيل في التشريع للسلطة الأخيرة.
- 3- ضرورة أن تتضمن القوانين آجالاً محددة لإصدار اللوائح التنفيذية لمنع إهمال أو تمهل الإدارة في إصدار اللوائح التنفيذية، والذي قد يترتب عليه تعطيل القانون.
- 4- النص في القوانين علي استمرار اللوائح التنفيذية السابقة فيما لا يتعارض مع أحكام القوانين الجديدة لمنع أي فراغ قانوني.

أهم المراجع

- 1- د. ثروت بدوي، تطور الأنظمة الدستورية، دار النهضة الحديثة، القاهرة، 1971م.
- 2- د. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمان الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م.
- 3- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة السادسة، القاهرة، 1991م.
- 4- د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
- 5- د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الجزء الثاني، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، 2003م.
- 6- د. محسن خليل، علاقة القانون باللائحة، مجلة الحقوق، السنة 14، العددان 3، 4.
- 7- د. محمود عاطف البناء، الرقابة القضائية علي دستورية اللوائح، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 48، العددان 1، 2.
- 8- د. محمد مرغني خيرى، مبدأ الشريعة وقضاء الإلغاء، مذكرات لطلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1975م.

مظاهر الحماية المدنية للأموال العامة في التشريع الليبي

د. علي أحمد شكورفو*

الحمد لله المعبود، والصلاة على أفضل خلق في الوجود سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

وبعد...

المال العام هو المال الذي يكون مخصصاً لمنفعة عامة، ويهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، بمعنى أن يتم الاستفادة منه من قبل كافة المواطنين سواء كانت تلك الاستفادة مباشرة كاستعمال الطرق والأرصفة في المرور، والتردد على المنتزهات والحدائق والشواطئ للاستجمام والترفيه، أو بصورة غير مباشرة ويكون ذلك عند تخصيص المال العام لإدارة مرفق عام كاستعمال مدرجات الجامعات والمعاهد وفصول الدراسة ووسائل النقل العام.

ويقتضي ذلك الاستعمال للأموال العامة ثلاثة مبادئ أساسية تتمثل في:

- الحرية/ وتعني أن يكون للأفراد حق استعمال المال العام دون اشتراط الحصول على إذن أو ترخيص.
- المساواة/ وتعني عدم التمييز بين المواطنين في استعمال المال العام.
- المجانية/ وتعني أن ينتفع الجميع من المال العام دون مقابل ولا يخل بذلك قيام الجهة المالكة بفرض رسوم أو عوائد مقابل استعمال بعض الأموال العامة كرسوم المتاحف والمدن الأثرية والمنتزهات.

* عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص، كلية القانون مصراته

وتولى التشريعات الأموال العامة اهتماماً خاصاً حيث تضع العديد من الضمانات التي من شأنها توفير حماية قانونية فاعلة لها؛ من أجل تحقيق الهدف الذي خصص المال العام من أجله، وهو تحقيق الصالح العام.

والمشرع الليبي كغيره من المشرعين أولى الأموال العامة اهتماماً خاصاً فقرر التبعات الجنائية ومعاقبة المسؤولين عن إدارتها والتقصير في حفظها وصيانتها⁽¹⁾.

ولم يكتف المشرع الليبي بذلك؛ بل أحاط الأموال العامة بجملة من الضمانات في القانون المدني، بما يوفر الحماية القانونية لهذه الأموال، ويمكنها من تحقيق غايتها التي خصصت من أجلها، والمتمثلة في تحقيق المنفعة العامة، وهي هدف دراستنا في هذا البحث المتواضع؛ حيث نتناول مظاهر الحماية المدنية للأموال العامة في التشريع الليبي.

وتناولنا لمظاهر حماية الأموال العامة في التشريع الليبي تكون من خلال استقراء نصوص المواد 2/87، 1018 من القانون المدني، حيث إن هذه النصوص تتضمن أربعة مظاهر من مظاهر حماية الأموال العامة، يعتبرها فقهاء القانون العام نتائجاً تترتب على اكتساب المال صفة العمومية عند حديثهم عن المال العام⁽²⁾.

وتتمثل مظاهر حماية الأموال العامة وفقاً لما تقرره النصوص المشار إليها في: عدم جواز التصرف في المال العام، عدم جواز الحجز على المال العام، عدم جواز اكتساب ملكية المال العام بالتقادم، عدم جواز تقرير حق ارتفاق على المال العام إلا بشرط عدم تعارضه مع الاستعمال الذي خصص له.

1- حيث أوجد نصوصاً خاصة بحماية المال العام في قانون العقوبات وقانون الجرائم الاقتصادية لسنة 1979م تجرم الأفعال التي من شأنها الاعتداء على المال العام أو التقصير أو الإهمال في حفظه وصيانتته.

2- انظر على سبيل المثال:

- د. صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، 1982م، ص420 وما بعدها.

- د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، منشورات جامعة ناصر سابقاً (جامعة الزيتونة)، 1992م، ج2، ص130 وما بعدها.

- وتحديدنا لهذه النصوص لن يمنعنا من التعرض للنصوص الأخرى الواردة في قوانين لاحقة للقانون المدني تتعلق بها كلما لزم الأمر ذلك.
- ودرستنا لمظاهر حماية الأموال العامة تقتضي منا تناولها وفقاً للخطة التالية:
- تمهيد: نتناول فيه طبيعة حق الدولة على الأموال العامة، وأربعة مطالب متتالية، حيث نخصص مطلب لكل مظهر على النحو التالي:
 - المطلب الأول: المظهر الأول: عدم جواز التصرف في الأموال العامة.
 - المطلب الثاني: المظهر الثاني: عدم جواز الحجز على الأموال العامة.
 - المطلب الثالث: المظهر الثالث: عدم جواز اكتساب ملكية الأموال العامة بالتقادم.
 - المطلب الرابع: المظهر الرابع: عدم جواز تقرير حقوق ارتفاع على الأموال العامة.
 - الخاتمة.

تمهيد

طبيعة حق الدولة على الأموال العامة

إن بيان طبيعة حق الدولة على المال العام يقتضي منا بيان هذه الطبيعة في الفقه المصري وبيانها في القانون الليبي، وهذا ما نتناوله في الفقرتين التاليتين:

أولاً: طبيعة حق الدولة على الأموال العامة في الفقه المصري:

أثار تكييف حق الدولة على الأموال العامة جدلاً كبيراً على مائدة البحث الفقهي في مصر حيث انقسم الفقه حول ذلك إلى فريقين⁽¹⁾:

1- انظر في هذا الجدل حول طبيعة حق الدولة على المال العام، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني 1967م، دار النهضة العربية، ج7، 128 وما بعدها. أ. خالد سعيد كعوان، الطبيعة القانونية لأموال المنشأة الاشتراكية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة قاريونس سابقاً "جامعة بنغازي"، ص11 م10 عدد خاص عن المنشأة الاشتراكية، ص107 وما بعدها.

منهم من يرى أن حق الدولة في الأموال العامة هو حق ولاية وإشراف وحفظ وصيانة لمصلحة الناس جميعاً، وقسم الأموال العامة إلى دوميين عام ودوميين خاص وذلك حسب المصلحة المراد تحقيقها منها، فتكون دوميئاً عاماً إذا كانت المصلحة المراد تحقيقها مصلحة عامة، وتكون دوميئاً خاصاً إذا كانت المصلحة المستهدفة خاصة للإرادة⁽¹⁾.

ويتضح من ذلك أن هذا الفريق ينكر ملكية الدولة للدوميين العام على اعتبار أن سلطات المالك على ملكه "الاستعمال، الاستغلال، التصرف" معدومة لأن استغلال واستعمال الأموال العامة يكون للجمهور لا للدولة ولا تستطيع الدولة أن تتصرف في هذا النوع من المال العام حيث لا تملك الدولة في هذا النوع من المال سوى الولاية والإشراف والحفظ وهي مظاهر سلطان الدولة على المال العام، وتخصيص المال للمنفعة العامة يتعارض مع القول بملكية الدولة للمال العام لأن الملكية تقتضي أن يكون الانتفاع بالمال مقصوراً على المالك لا مشاعاً بين الجمهور⁽²⁾.

ومن الفقه من يذهب إلى القول: بأن حق الدولة على الأموال العامة هو حق ملكية ولا يقتصر حقها على الولاية أو الإشراف والحفظ والصيانة فهو حق ملكية لا يختلف عن حق الملكية للأفراد، ويدحض حجة الفريق الأول المتمثلة في انعدام سلطات الملكية للدولة على الأموال العامة بالقول أن ذلك لا يعدو كونه استقراء للمنافع التي يجنيها المالك من ملكه، فإن قلت هذه المنافع لا يعني ذلك سقوط حق الملكية، فالمالك قد يتقيد بعدم التصرف في ملكه، وكثيراً ما يرتب حق الانتفاع على ملكه فلا يكون له

1- الدوميين العام، هو المال المخصص للمنفعة العامة وهو في جوهره دوميين حماية ليس مملوكاً لأحد تحوزه الدولة باسم الجمهور ولمصلحته، فالدولة فيه وكيلة عن الجمهور في الحفظ والصيانة، أما الدوميين الخاص فهو المال العام المملوك للدولة ملكية خاصة، ولها أن تتصرف فيه أو تنتفع به وقابل للتملك بالنقادم، د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري 1954م، دن، ص585 وما بعدها.

2- د. توفيق شحاتة، المرجع السابق نفسه.

حق الاستعمال ولا حق الاستغلال، ومع ذلك لا ينكر عليه أحد بقاء حقه في الملكية، والدولة تتمتع في الواقع بالمال العام كما يتمتع المالك في ملكه؛ حيث إنها تملك الثمار والحاصلات، وما هو مدفون في باطن الأرض، ولها الحق في التعويض ممن يعتدي على المال العام، ولها حق رفع دعوى استرداد أموالها المغتصبة، وأن تحتمي بدعاوي الحيازة⁽¹⁾.

بل ويذهب بعض أنصار هذا الرأي إلى أن ملكية الدولة للأموال العامة أقوى من ملكية الأفراد، حيث إنها لا تكتفي بما يقدمه القانون من وسائل لحماية ملكها بل تستطيع الاستعانة بسلطانها وسيادتها، فتقوم بانتزاع ملكية الأفراد جبراً لاستكمال ما ينقص المال العام، بل وتفرض عقوبات جنائية على من يعتدي على المال العام⁽²⁾.

وأمام هذين الاتجاهين أيد جانب من الفقه⁽³⁾ ونحن نؤيده في ذلك ما ذهب إليه أنصار الرأي الثاني في أن حق الدولة على الأموال العامة هو حق ملكية مستنداً في ذلك إلى ما تقرره القوانين من حقوق للدولة على الأموال العامة، كإكتساب المال العام بالاتصاق، وحق الشخص الإداري في رفع دعوى الاستحقاق بطلب الحكم بثبوت ملكيته للمال العام.

هذه خلاصة آراء الفقه المصري حول طبيعة الأموال العامة فما هو موقف

المشرع الليبي من الأموال العامة؟

هذا ما نحاول بيانه في التالي:

1- د. محمد فؤاد مهني، الوجيز في القانون الإداري، المرافق العامة، 1961م، دن، ص 299 وما بعدها.

2- د. محمد زهير جبرانه، حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، 1943م، دن، ص 360 وما بعدها.

3- أستاذنا د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، ط3، دت، ص 550.

لقد صدر القانون المدني الليبي بتاريخ 1953/11/28م مطابقاً للقانون المدني المصري في أغلب نصوصه حيث إنه اقتبس نصوصه منه، وكان مما اقتبسها أحكام التفرقة التقليدية بين الأموال العامة والأموال الخاصة⁽¹⁾.

وقد كان نص المادة 2/87 من القانون المدني الليبي ينص على أنه يتم تخصيص المال للمنفعة العامة بقانون أو مرسوم أو بالفعل إلا أن المشرع الليبي قام بتعديل هذا النص بموجب القانون 138 لسنة 1970م⁽²⁾ حيث اعتبر النص بعد التعديل الأموال العامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بمقتضى قانون أو قرار.

وعلى ذلك فالأموال العامة هي تلك الأموال التي تمتلكها الدولة وتكون مخصصة للمنفعة العامة بمعنى أنها مهيئة أصلاً للاستعمال العام من قبل الجمهور أو خدمة المرافق العامة كالطرق، وخطوط السكك الحديدية، والأنهار، والمواقع الأثرية. أما الأموال الخاصة للدولة فهي الأموال التي تمتلكها الدولة دون أن يكون الهدف من امتلاكها إتاحة استعمالها للجمهور؛ بل تهدف من وراء تملكها إلى تحقيق نفع خاص فهي كأموال الأفراد الخاصة يُهَدَفُ من وراء تملكها نفع خاص، ويعني ذلك أنها تقصد استغلالها أو الحصول على ما تنتج من موارد مالية وهذا ما يهدف الأفراد إليه من تملكهم للأموال⁽³⁾.

وتخصيص المال للمنفعة العامة إما أن يكون بالفعل إذا ما نشأت واقعة تؤدي إلى اكتساب المال صفة العمومية دون تدخل من الدولة، كأن يفتح الناس طريقاً في أراضي الدولة الخاصة، مما يؤدي إلى استعمالها من قبلهم، ويعتبر مرور الزمن

1- د. صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص 413.

2- منشور في الجريدة الرسمية، السنة التاسعة، عدد 1 يناير 1971م، ص 20.

3- د. صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 418 وما بعدها.

طريقاً عاماً، أو يكون تخصيص المال للمنفعة العامة بمقتضى قانون أو قرار إداري يقضي بتخصيص المال للمنفعة العامة⁽¹⁾.

ويفقد المال العام صفة العمومية بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة بالفعل أو بعمل قانوني وفقاً لما نصت عليه المادة 88 من القانون المدني.

ويظل المال العام مشمولاً بالحماية القانونية طيلة احتفاظه بصفة العمومية ويفقدها عندما يفقد صفة العمومية لكن ما هي مظاهر الحماية التي يقررها القانون المدني للمال العام؟

إجابة هذا التساؤل هي محور دراستنا في المطالب التالية.

المطلب الأول

المظهر الأول: عدم جواز التصرف في الأموال العامة

نصت المادة 2/87 من القانون المدني الليبي بعد أن عرفت الأموال العامة في الفقرة الأولى منها على: "وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها...".

وبمقتضى هذا النص لا يجوز للإدارة إجراء أي تصرف على الأموال العامة بأي صورة من صور التصرفات التي ينص عليها القانون المدني كالبيع والإجارة والرهن، ولا يمكن لها القيام بمثل هذه التصرفات إلا إذا تجرد المال من صفته العامة وذلك بإنهاء تخصيصه للنفع العام.

والحظر الوارد في هذه القاعدة ينطبق على الأموال العامة سواء كانت عقارات أو منقولات.

1- د. صبيح بشير سكوني، المرجع السابق نفسه.

كل ذلك من أجل ضمان استمرار المال العام في أداء دوره في خدمة الجمهور، وبمعنى آخر ضمان استمرار تخصيص هذا المال للمنفعة العامة⁽¹⁾.
فهذه القاعدة إذاً مرتبطة بتخصيص المال العام للمنفعة العامة وتدور معه وجوداً وهدماً، فإذا انتهى التخصيص جاز التصرف⁽²⁾.

والأساس الذي يسوقه بعض الشراح لهذه القاعدة يكمن في ضرورة حماية المنفعة العامة التي خصصت من أجله الأموال العامة لأن من شأن التصرف في الأموال العامة بالبيع مثلاً يؤدي إلى انتقال ملكية هذه الأموال من الإدارة إلى الغير، ومن ثم فإن مثل هذا التصرف يوقفها عن أداء وظيفتها بسبب انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة⁽³⁾.

وعليه فإن قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام لا تنطبق على التصرفات الإدارية التي تتم في إطار القانون العام لأن هذه التصرفات لا تتعارض بطبيعتها مع بقاء تخصيص المال العام للمنفعة العامة، ومن الأمثلة على ذلك المبادلات التي تجريها الجهات الإدارية فيما بينها بشأن الأموال العامة والتنازل الذي تقوم به جهة إدارية معينة بشأن جزء من أموالها العامة لصالح جهة إدارية أخرى، ومن ذلك أيضاً التراخيص التي تصدرها الجهة الإدارية باستعمال المال العام⁽⁴⁾ كالترخيص المؤقت الذي تمنحه الدولة لبعض الأفراد بالانتفاع بالمال العام مدة معينة كالترخيص لصاحب

1- د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، بحثه دراسات في نظرية المال العام، أزمة النظرية في الفقه الفرنسي وامتداداتها الجديدة في التشريع العربي، مجلة دراسات قانونية، منشورات كلية الحقوق، جامعة قاربنوس سابقاً (جامعة بنغازي حالياً)، السنة الرابعة 1974م.

2- د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، "أصول القانون الإداري، أصول الإدارة العامة وامتيازاتها، منشأة المعارف بالإسكندرية، د.ت. ص 53.

3- د. محمد عبد الله الحراري، "أصول القانون الإداري الليبي"، مرجع سابق، ص 132.

4- نقض مدني، جلسة 1973/2/8م مجموعة المبادئ التي أصدرتها محكمة النقض في 25 سنة 24، ص 19.

مطعم أو مقهى باستعمال الرصيف⁽¹⁾، وإبرام الإدارة مع أحد الأفراد التزاماً بإدارة مرفق عام⁽²⁾، فمثل هذه التصرفات لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة، ويجوز إجراؤها⁽³⁾.

وتعتبر قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام أهم قاعدة من قواعد النظام القانوني للمال العام يستأثر ويختص بها دون المال الخاص، حيث إن هذه القاعدة لا يتسنى تطبيقها على المال الخاص لتعارضها مع طبيعته التي تتطلب المرونة وسرعة الحركة⁽⁴⁾.

ويترتب على مخالفة جهة الإدارة لقاعدة عدم جواز التصرف في المال العام بطلان تصرفها بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، وعليه فإنه يجوز للجهة الإدارية التمسك بالبطلان في أي وقت، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى ويحكم القاضي ببطلانه من تلقاء نفسه⁽⁵⁾.

وبالرغم مما لهذه القاعدة من أثر في المحافظة على الأموال العامة وضمان استمرار تخصيصها للمنفعة العامة إلا أن هناك من ينتقدها بأنها غير مستساغة لأنها تقوم على عدم الثقة في الإدارة، وتظهر حاجة الإدارة لتقرير نوع من الوصاية عليها وتقيد أهليتها في التصرف في المال العام⁽⁶⁾.

1- د. صبيح بشير مسكوني، "مبادئ القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص421، وأستاذنا د. فؤاد العطار، القانون الإداري، مرجع سابق، ص550.

2- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، مرجع سابق، ص551.

3- د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط، في شرح القانون المدني، ج9، مرجع سابق، ص151.

4- د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، بحثه دراسات في نظرية المال العام، مرجع سابق، ص156.

5- د. محمد عبدالله الحراري، "أصول القانون الإداري الليبي"، مرجع سابق، ص134، د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، مرجع سابق، ص150.

6- د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، دراسات في نظرية المال العام، مجلة دراسات قانونية، مرجع سابق، ص158.

ولكن هل ينطبق هذا المنع على الأموال الخاصة للدولة؟
 يذهب جانب من الفقه الليبي استناداً إلى المستقر في الفقه والقضاء إلى أن
 الأموال الخاصة للدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية الإدارية الأخرى سواء ثبتت لها
 هذه الصفة ابتداءً أو اكتسبتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة يجوز أن تكون محلاً
 للتصرفات المدنية مثل البيع⁽¹⁾.

المطلب الثاني

المظهر الثاني: عدم جواز الحجز على الأموال العامة

قبل التعرض لشرح هذا المظهر لا بد لنا من معرفة المقصود بالحجز الذي
 سنتناوله في هذا المطلب.

الحجز الذي نعنيه في هذا المقام هو ذلك الإجراء من إجراءات التنفيذ الذي
 يهدف إلى وضع مال معين من أموال المدين تحت يد القضاء، بقصد منع صاحبه من
 التصرف فيه تصرفاً يضر بمصلحة الدائنين، حتى يتم بيعه لصالحهم إذا لم يوف المدين
 بالتزامه، فيقضي الدائمين حقوقهم من حصيله البيع⁽²⁾ وهو نوعان⁽³⁾:

أ. حجز تنفيذي:

وهو ما يهدف إلى اقتضاء الدائن في حقه عن طريق وضع مال معين من
 أموال المدين تحت تصرف القضاء ثم بيعه والحصول على حقه من ثمنه، وهو ما

1- د. محمد عبد الله الحراري، "أصول القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص 134.

2- د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية، 2000م، ص 307.

3- د. أسامة أحمد شوقي المليجي، المرجع السابق نفسه، ص 310، ود. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، القواعد العامة في التنفيذ الجبري، المكتبة الوطنية، بنغازي، د.ت، ص 258 وما بعدها.

ينتطلب المشرع لإجرائه أن يكون مع الدائن سند تنفيذي مثبتاً لحقه المعين المقدار والحال الأداء، وأن يقوم بإعلانه للمدين مع تكليفه بالوفاء.

ب. حجز تحفظي:

ويهدف إلى اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال المدين بوضعها تحت يد القضاء للمحافظة على حقوق الدائنين، ولا يستلزم المشرع لإيقاعه سنداً تنفيذياً، ولا يشترط أن يسبقه مقدمات الحجز التنفيذي من إعلان لسند تنفيذي وتكليف للمدين بالوفاء، فالحجز التحفظي وإن كان يحول دون تصرف المدين في ماله كالحجز التنفيذي إلا أن أثره لا يمتد إلى بيع المال المحجوز.

والأموال العامة لا يمكن أن تكون محلاً للحجز عليها ومن ثم لا يجوز التنفيذ عليها ذلك إن المادة 2/87 بعد تحديدها للمال العام في فقرتها الأولى نصت على: "وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها..."

فوفقاً لهذا النص لا يجوز التنفيذ الجبري على الأموال العامة ويمتنع على دائني الدولة الاتجاه إلى إجراءات التنفيذ الجبري للوفاء بديونها سواء اتصل ذلك بإجراءات الحجز على هذه الأموال أو البيع الجبري لعناصرها⁽¹⁾.

وهذه القاعدة "قاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة" مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بتخصيص الأموال للمنفعة العامة، حيث إن جواز الحجز عليها يتعارض مع هذا التخصيص لما يؤدي إليه الحجز من خروج المال من الملكية العامة، ومن ثم فإن الأموال العامة تبقى محصنة من الحجز عليها ما دامت محتفظة بتخصيصها للمنفعة

1- د. محمد فاروق عبد الحميد، المركز القانوني للمال العام، مرجع سابق، ص 798.

العامة⁽¹⁾. فالحجز على الأموال العامة غير مجد لعدم إمكانية التصرف فيها ولو تم الحجز عليها، فالحجز عليها لا يؤدي إلى استيفاء الحقوق⁽²⁾.

ولا يقتصر تطبيق هذه القاعدة على عدم قبول طلبات الحجز التي يقدمها الأفراد المتعلقة بالمال العام، بل يترتب عليها أيضاً عدم جواز ترتيب أي حقوق عينية تبعية لضمان الوفاء بالديون التي تقرر لصالح أحد الأفراد على الإدارة، ويكون المال الضامن متمتعاً بصفة العمومية، ومن ثم فإنه لا يجوز تقرير حقوق الرهن الحيازي أو الرسمي أو الاختصاص أو الامتياز على الأموال العامة لأن الفائدة المرجوة من هذه الحقوق لا تتحقق إلا نتيجة بيع هذه الأموال بالتنفيذ عليها جبراً، وهذا ما لا يُقْبَلُ بالنسبة للأموال العامة⁽³⁾.

ويعزو بعض شراح القانون العام أن أساس هذه القاعدة يكمن في أن حماية المال العام تقتضي عدم انتقاله اختياريًا إلى ذمة الأفراد فإن هذه الحماية تقتضي من باب أولى منع انتزاع المال العام من الشخص الإداري جبراً عن طريق الحجز عليه⁽⁴⁾.

ولكن هل يمتد هذا المنع إلى أموال الدولة الخاصة بالنظر إلى عدم وجود نص يمنع الحجز على هذه الأموال؟

لقد ثار هذا التساؤل في الفقه المصري وانقسم الفقه حوله حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بعدم جواز التنفيذ على هذه الأموال شأنها في ذلك شأن الأموال العامة بالرغم من اختلاف الاعتبارات التي تستند إليها فكرة عدم جواز التنفيذ، فهي تقوم

1- هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، في النقض المدني جلسة 23 أبريل 1968م، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض، السنة 19، ص 816.

2- د. خالد عبد العزيز عريم، القانون الإداري الليبي، ج2، دار صادر، بيروت، ص 585.

3- أستاذنا د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، 1979 دار النهضة العربية، ص 33 وما بعدها.

4- أستاذنا د. فؤاد العطار، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 552، د. صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص 422.

بالنسبة لأموال الدولة الخاصة على أساس أن التنفيذ يتعارض ومدى ملاءمة الدولة وافتراض قدرتها على الوفاء بديونها وما يرتبه التنفيذ من إرباك في حسابات الدولة، وما ينتج عنه من مساس بسمعتها⁽¹⁾.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى جواز التنفيذ على أموال الدولة الخاصة استناداً إلى أن التنفيذ الجبري لا يفترض إفسار المدين بل مجرد عدم الوفاء فيسار المدين لا يحول دون التنفيذ ضده، أما الثقة بالدولة فإن امتناعها عن الوفاء يشكل مظهراً للإخلال بما يجب عليها أن تتحمل نتيجته وهو التنفيذ الجبري، وأن قواعد حسابات الدولة يجب ألا تكون سبباً لإهمال حقوق الأفراد والتضحية بها، واعتبروا أن ذلك مما يزيد من احترام الدولة ومكانتها وهيبته واحترام الناس لها باعتبارها دولة قانونية.

وبالرغم من أن أنصار هذا الرأي يذهبون إلى جواز خضوع أموال الدولة للتنفيذ الجبري اقتضاءً للديون التي عليها إلا أنهم يرفضون إخضاع هذه الأموال للحجز التحفظي لانتفاء الحكمة منه وهي خشية فقد الدائن لضمان حقه⁽²⁾.

أما فقهاء القانون الليبي فقد ذهب بعضهم إلى ما ذهب إليه الاتجاه الأول في الفقه المصري وهو أن قاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة تسري على جميع العقارات المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة سواء مخصصة للمنفعة العامة أم لا، بمعنى سواء كانت هذه العقارات من الأموال العامة أم من الأموال الخاصة لتلك

1- د. عبدالباسط جميعي، التنفيذ الجبري 1961م دن. ص 35، د. محمد حامد فهمي، تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية ط3، دن. د. ت. ص 112.

2- د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، القاهرة 1971م دن، ص 155 وما بعدها، ف. د. وجدى راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي 1971م القاهرة، دن، ص 272. د. أمينة النمر، أحكام التنفيذ الجبري، د. ت. دن، ص 239.

الأشخاص استناداً إلى نص المادة السادسة من قانون التسجيل العقاري⁽¹⁾، والتي نصت على ما يعتبر من العقارات العامة الغير قابلة للتصرف، وقامت ببيان ما يعتبر من الأموال الخاصة للدولة والهيئات الاعتبارية العامة، حيث نصت على "... وفي جميع الأحوال لا يجوز الحجز على العقارات المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو ادعاء تملكها بالتقادم".

ومن ثم فإن هذا الجانب من الفقه يرى أن ما يسري على المال العام ينطبق على عقارات الدولة الخاصة فلا يجوز الحجز عليها⁽²⁾، لكن المحكمة العليا قررت في أحد أحكامها عكس ذلك، حيث جاء فيه: ((إن مفهوم نص المادة 87 من القانون المدني بعد تعديلها بالقانون 138 لسنة 1970م أن الأموال المذكورة فيها سواء كانت ثابتة أو منقولة، ومنها المبالغ النقدية لا يجوز الحجز عليها طالما هي مخصصة للمنفعة العامة، كما يحظر التصرف فيها أو تملكها بالتقادم بمعنى أن المشرع جعل التخصيص للمنفعة العامة معياراً للتمييز بين الأموال العامة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وأوجب في الأولى فرض الحماية القانونية وذلك بحظر التصرف في تلك الأموال أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم خلاف الثانية فإن الأموال العامة التي تنزل منزلة أموال الأفراد تجرى عليها كافة الإجراءات القانونية كأموال الشركات التجارية التابعة للدولة وما على غرارها))⁽³⁾.

-
- 1- القانون الصادر في 28/9/1965م منشور في الجريدة الرسمية، "السنة 1965م" العدد 14 ص18.
 - 2- د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري ج2، منشورات جامعة ناصر سابقاً (جامعة الزيتونة حالياً) 1992م، ص135، د.عبد المنعم عبد العظيم جيرة، بحثه دراسات في نظرية المال العام، مرجع سابق، ص165.
 - 3- طعن مدني رقم 43/105 منشور في مجلة إدارة القضايا السنة الأولى، العدد الثاني ديسمبر "الكانون" 2002، ص172 وما بعدها.

وهذا ما جعل جانباً آخر من الفقه يذهب إلى القول بأن قاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة لا تسري على أموال الدولة الخاصة⁽¹⁾.

لكن هذا الخلاف الفقهي لم يعد له ما يبرره، حيث إن الأمر لم يبق على ما هو عليه، فالمشرع الليبي قام بإلغاء قانون التسجيل العقاري المنوه عنه وأصدر تشريعات متعاقبة تنظم التسجيل العقاري آخرها القانون رقم 17 لسنة 2010م⁽²⁾. والذي لم يرد فيه مثل هذا النص، ويعني ذلك خروج الأموال الخاصة من نطاق تطبيق قاعدة عدم الحجز على الأموال العامة.

وعليه يمكن القول بأن قاعدة منع الحجز على الأموال العامة لا يمكن اعمالها على الأموال الخاصة للدولة سواء كانت عقارات أو منقولات للاعتبارات التالية:

- 1- عدم وجود نص قانوني يمنع الحجز على هذه الأموال.
- 2- إلغاء المشرع لقانون التسجيل العقاري الصادر في 1965/6/28م⁽³⁾ الذي كانت مادته السادسة تقضي بعدم جواز الحجز على العقارات المملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة والتي استند إليها أنصار سريان قاعدة عدم الحجز عليها.
- 3- ما تبنته المحكمة العليا الليبية في حكمها الذي يقرر إن شركة تشغيل الوحدات الفندقية والقرى السياحية التابعة لصندوق الضمان الاجتماعي شركة مستقلة تخضع أموالها لنظام الشركات التجارية، ومنها القابلية للحجز⁽⁴⁾.

1- أستاذنا د. الكوني علي عبودة، "التنفيذ الجبري، ج1، القواعد العامة للتنفيذ الجبري، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية 2003ف، ص228.

2- منشور في مدونة التشريعات، السنة العاشرة، العدد 9 بتاريخ 2010/6/6م، ص357 وما بعدها.

3- منشور في الجريدة الرسمية، السنة 1965م، العدد 14، ص18.

4- لمعرفة وقائع القضية والحكم الصادر فيها انظر الطعن المدني 43/105 منشور بمجلة إدارة القضايا، السنة الأولى، العدد الثاني، ديسمبر 2002م، ص172.

ومن تم فإننا نرجح ما أخذ به أستاذنا الدكتور الكوني علي اعبودة من أن قاعدة منع توقيع الحجز على الأموال العامة لا تشمل الأموال الخاصة للدولة. ولكن ماذا عن جواز الحجز على أموال المشاريع العامة⁽¹⁾، هل يمكن الحجز عليها؟ أم أنه تسري عليها قاعدة المنع من الحجز؟

بداية لآبد من الإشارة إلى أن المشروع العام يتخذ أشكالاً متعددة أهمها شكل المؤسسات والهيئات العامة، وشكل الشركات العامة "أو ما يعرف بشركات القطاع العام"⁽²⁾، وقد اتخذ الفقه من هذه الصور معياراً للتفرقة في أعمال قاعدة عدم جواز الحجز على أموال المشروع العام⁽³⁾.

أما الإجابة عن السؤال المطروح فإن الفقه مختلف حولها على النحو التالي:

1- المشرع العام: هو الذي تسهم الدولة في رأس ماله وتكون له الشخصية الاعتبارية ويمارس نشاطاً اقتصادياً متبعاً في ذلك وسائل القانون الخاص.

نظر في ذلك د. علي البارودي في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع العام. د. ت. د. ن. ص 331، د. أميرة صدقي "النظام القانوني للمشروع العام، د. ن. د. ت. ص 542.

وعرّف جانب من الفقه المؤسسة العامة بأنها شخص من أشخاص القانون العام يباشر نشاطاً من طبيعة اقتصادية، أما الهيئة العامة فهي هيئة تقوم على إدارة مرفق، مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة، وتكون لها الشخصية الاعتبارية، د. محمود سمير الشراوي، "النظام القانوني للقطاع العام في ليبيا، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية"، المجلد الأول، يوليو 1971م، ص 273.

2- عرف القانون المصري رقم 60 لسنة 1971م في شأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام المؤسسة العامة بأنها (وحدة اقتصادية قابضة تقوم في مجال نشاطها بالمشاركة في تنمية الاقتصاد القومي الاشتراكي، ومعاونة الوزير في تحقيق أهداف خطة التنمية)، وقد كانت المذكرة الإيضاحية للقانون 61 لسنة 1963م الملغى بالقانون 60 لسنة 1971م تعرف المؤسسة العامة بأنها شخص من أشخاص القانون العام تمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو زراعياً أو مالياً أو تعاونياً، ولها ميزانية مستقلة على نمط الميزانيات التجارية، كما كانت تعرف الهيئة العامة بأنها شخص إداري عام يدير مرفقاً يقوم على مصلحة أو خدمة عامة، وتكون لها الشخصية الاعتبارية، ولها ميزانية خاصة على نمط ميزانية الدولة وتلحق بميزانية الجهة الإدارية التابعة لها".

3- أ. خالد سعيد كعوان، بحثه الطبيعة القانونية لأموال المنشآت الاشتراكية، مرجع سابق، ص 146.

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن المشروع الذي يتخذ شكل المؤسسة العامة لا يجوز التنفيذ على أمواله شأنه في ذلك شأن سائر الأشخاص الاعتبارية العامة والتي يقضي المشرع بعدم التنفيذ على أموالها، أما المشروع العام الذي يتخذ شكل الشركة فيجوز التنفيذ على أمواله لأن مصلحة الشركة تقتضي عدم حرمان الدائنين من الحجز عليها لما يترتب على هذا الحرمان من ضعف ثقة العملاء فيها وإحجامهم عن التعامل معها⁽¹⁾.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى التفرقة بين أموال المشروع العام المخصصة للمنفعة العامة والتي تتشابه مع أموال المرافق العامة الإدارية كالمباني والآلات الثابتة، وهذا النوع من الأموال لا يجوز الحجز عليها لأنها أدوات ضرورية لأداء المرفق العام لمهامه، وأموال المشروع العام الأخرى كالأرصدة النقدية والمنتجات المعدة للبيع والسلع الاستهلاكية عموماً فإنها تعتبر أموالاً خاصة ويجوز التنفيذ عليها⁽²⁾.

وأمام هذه الاتجاهات الفقهية نادى جانب من الفقه بضرورة تدخل المشرع بنصوص قانونية يحدد فيها النظام القانوني لأموال المشروعات العامة⁽³⁾، وهو ما ينهي الجدل المحتدم في الفقه والحاجة جد ملحة لذلك أمام ازدياد وتضاعف عدد المشروعات العامة الذي يتنامى يوماً بعد يوم، وتجنب بذلك صدور أحكام متعارضة من القضاء.

1- د. أحمد سلامة، الملكية الفردية، 1970م، دن، ص22.

2- د. علي البارودي، في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع العام. دت، دن، ص338 وما بعدها.

3- د. عبدالمنعم عبدالعظيم جيره، القواعد العامة في التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص223.

المطلب الثالث

المظهر الثالث عدم جواز تملك الأموال العامة بالتقادم

تنص المادة 2/87 من القانون المدني بعد أن حددت ما يعتبر مالاً عاماً في فقرتها الأولى على أن هذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

وبمقتضى هذا النص فإن وضع اليد على المال العام مهما طال مدته لا يكسب الملكية.

ويرى جانب من الفقه أن هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام⁽¹⁾، في حين أن جانباً من الفقه يرى أن هذه القاعدة ما هي إلا نتيجة من نتائج قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام⁽²⁾، ويصفها جانب من الفقه بأنها أهم القيود التي وضعت لحماية المال العام⁽³⁾.

ويترتب على هذه القاعدة أنه لا يجوز للشخص أن يكسب بالتقادم حق ارتفاق على الأموال العامة، وأنه لا يجوز لوضع اليد على المال العام أن يرفع دعوى منع التعرض⁽⁴⁾، لأن هذه الدعوى تفترض أنه وازعاً يده بصفته مالكا، والمال العام لا يقبل وضع اليد عليه بهذه الصفة⁽⁵⁾.

1- د. صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص 421، د. فؤاد العطار، القانون الإداري، مرجع سابق.

2- د. محمد عبد المطلب، نظرية التنازل في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 117.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 152.

4- إحدى دعاوي الحيازة المنصوص عليها في قانون المرافعات.

5- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 152.

فحيازة المال العام لا تصلح سبباً لقبول دعوى وضع اليد لأنها ليست سوى حيازة عارضة لا تحميها دعاوي وضع اليد، وإذا ما قام شخص بوضع يده على مال عام فلإدارة حق استرداد هذا المال إذا ما اكتشفت ذلك. ويذهب جانب من الفقه إلى أن إعمال هذه القاعدة مرتبط بتخصيص المال العام للنفع العام، ومن ثم فإنه لا يجوز تملك هذا المال العام بالتقادم، إلا إذا زال تخصيصه للنفع العام، إذ بانتهاء هذا التخصيص فإن المال العام يدخل في نطاق المال الخاص، ويأخذ حكمه، وعندئذ يجوز تملكه بالتقادم المكسب للملكية متى توافرت شروطه القانونية⁽¹⁾.

ولكن هل يمكن إعمال هذه القاعدة على أموال الدولة الخاصة؟ باستقراء نص المادة 2/87 من القانون المدني يمكن القول بأن هذه القاعدة حكراً على المال العام في التشريع الليبي، ولم يرد في القانون المدني الليبي أية إشارة إلى سريان هذه القاعدة على الأموال الخاصة للدولة، وهذا ما كان عليه حال القانون المدني المصري، إلا أن المشرع المصري تنبه إلى ذلك وأراد إصباح هذه الحماية على أموال الدولة الخاصة، فلجأ إلى تعديل المادة 970 مدني⁽²⁾ عدة تعديلات آخرها التعديل الذي أجراه على هذه المادة بموجب القانون 55 لسنة 1970م⁽³⁾، والذي أوضح نية

1- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 551. د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 117.

2- المادة 970 مدني مصري تقابل المادة 974 مدني ليبي.

3- تم تعديل هذه المادة عدة تعديلات كان أولها بموجب القانون 147 لسنة 1957م، وعدلت بالقانون 39 لسنة 1959م، وأخيراً بالقانون 55 لسنة 1970م، وقد كان نص المادة 970 مصري قبل التعديل "في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة".

وقد أصبح نص هذه المادة بعد تعديلها بالقانون 55 لسنة 1970م، "وفي جميع الأحوال تكسب حقوق الإرث بالتقادم إذا دامت ثلاثة وثلاثون سنة، ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة، وشركات

المشرع المصري في حماية الأموال العامة والخاصة للدولة حتى تكون في مأمن من تملكها بالتقادم.

ويبدو أن التعديلات التي أجراها المشرع المصري على نص المادة 970 مدني بموجب القانونين 147 لسنة 1957م، 39 لسنة 1959م كانت سبباً في انتباه المشرع الليبي إلى عجز نص المادة 87 مدني عن إضفاء الحماية على المال العام بعدم جواز تملكه بالتقادم على الأموال الخاصة للدولة، الأمر الذي جعله ينص صراحة في المادة الثانية من المرسوم بقانون الصادر في 28/9/1965م في شأن أملاك الدولة على أنه "لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة بالتقادم أو كسب أي حق عيني عليها، كما لا يجوز التعدي عليها"⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه أن قاعدة عدم جواز تملك الأموال العامة بالتقادم قد شرعت لمصلحة الإدارة فلها وحدها الدفع بها لحماية أموالها⁽²⁾.

المطلب الرابع

المظهر الرابع، عدم تقرير حقوق ارتفاق على الأموال العامة

تنص المادة 2/1018 من القانون المدني على "الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".
يتضح من هذا النص أن المشرع حدد المقصود بحق الارتفاق، فهو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يكون مملوكاً لشخص آخر.

القطاع العام غير التابعة لأيهما، والأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم، ولا يجوز التعدي على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة، وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً.

1- منشور في الجريدة الرسمية، السنة 1965م، العدد 13، ص5، سبق الإشارة إليه.

2- د. محمد فاروق عبد الحميد، المركز القانوني للمال العام، مرجع سابق، ص729.

فحق الارتفاق عبارة عن حق عيني أصلي⁽¹⁾ يترتب على عقار "ويسمى العقار الخادم"، لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر "ويسمى العقار المخدوم"⁽²⁾.
 وحق الارتفاق كما بيّننا أنفاً حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر كحق شرب أو مجرى أو سيل أو مَطَل أو مرور يتقرر لعقار على عقار آخر، أو كمنع البناء على عقار أو منع البناء عليه بعد ارتفاع معين لمصلحة عقار آخر.

فالارتفاق إذاً هو عبء على عاتق العقار المرتفق به، ويعنى ذلك أن وجوده مرتبط بوجود العقار مهما تعاقب عليه الملاك. والارتفاق ينقرر لخدمة العقار المرتفق سواء كان ارتفاقاً إيجابياً كحق المرور أو ارتفاقاً سلبياً كعدم البناء.

والارتفاق يقتضي أن العقار المرتفق به والعقار المرتفق لمالكين مختلفين وذلك يعنى أنه إذا كان هناك عقاران لمالك واحد يقوم أحدهما بخدمة الآخر، فلا يمكن أن نقول بأن العقار الخادم يتحمل بحق ارتفاق لصالح العقار المخدوم.

وحق الارتفاق نوعان:

أ- ارتفاع إيجابي يخول صاحب العقار المرتفق مباشرة عمل ما على العقار المرتفق به، ويكون من شأنه خدمة العقار الأول، ومن تم زيادة قيمته كحق المرور في العقار المرتفق به وصولاً إلى العقار المرتفق، ومثل حق المطل.

1- د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، منشورات جامعة قاريونس سابقاً (جامعة بنغازي)، ط2، 1398هـ/1978م، ص358، د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في القانون الليبي، ط3 2007م، ص2، ص427.

2- يقصد بالحقوق العينية الأصلية: الحقوق العينية التي تقوم بذاتها مستقلة فلا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه، وهي تشمل حق الملكية والحقوق الناشئة عنه.

د. رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، ط1، في مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985م، ص11.

ب- الارتفاق سلمي يقتصر على حرمان صاحب العقار المرتفق به من مباشرة بعض المكنات الثابتة له أصلاً تحقيقاً لنفع معين للعقار المرتفق مثل الارتفاق بعدم البناء، حيث يمنع على صاحب العقار المرتفق به البناء في موقع ما من ملكه حتى لا يحجب الضوء والهواء على العقار المرفق، مثل الارتفاق بعدم التعلية⁽¹⁾.

والارتفاق لا يرد إلا على العقارات ولا يكون إلا كحق تابع ولا يتصور وجوده منفصلاً عن العقار المرتفق، وهو لا يقبل التجزئة، وإن تجزأ العقارين المرتفق والمرتفق به وفقاً لما تقضي به نصوص المواد 1027، 1028 من القانون المدني⁽²⁾.

وباستقراء عجز المادة 1018 من القانون المدني نجده ينص على أنه: "ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".

ويتضح من ذلك أنه يجوز ترتيب الارتفاق على مال عام بشرط ألا يتعارض ذلك مع وجه الاستعمال الذي خصص له هذا المال⁽³⁾.

ويميز بعض الفقه⁽⁴⁾ لبيان مشروعية الارتفاق على مال عام بين ثلاثة فروض:

1- إذا اختلف مضمون الخدمة المكونة لجوهر حق الارتفاق مع الاستعمالات المخصص لها المال العام يكون الارتفاق غير مشروع، وللإدارة التي سمحت به الحق في إلغائه دون أن يكون للمنتفع به أي حق في التعويض.

1- د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، طبعة 1980م، ص 101.

2- د. علي علي سليمان، "شرح القانون المدني الليبي"، مرجع سابق، ص 360.

3- هذا هو الرأي الغالب في الفقه، إلا أن هناك اتجاهاً فقهياً يذهب إلى تأقيت حق الارتفاق، انظر في هذا الاختلاف، أستاذنا د. عبدالسلام على المزوعي، "الحقوق العينية التبعية"، النظام القانوني للملكية، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1993م، ص 328، وما بعدها، د. علي علي سليمان، "شرح القانون المدني الليبي"، مرجع سابق، ص 359، وما بعدها، د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص 429، وما بعدها.

4- د. محمد عبداللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية 1990م، ص 115.

2- إذا اتفق الارتفاق مع أوجه التخصيص يصبح للمستفيد حق التمسك بممارسته ويمتنع على الإدارة الاعتراض على أوجه ممارسة الارتفاق، ولا يجوز للإدارة التخلص منها إلا إذا دفعت تعويضاً لصاحب الحق كفتح مظلات على الطرق العامة.

3- إذا كانت الخدمة التي يؤديها الارتفاق غير منفقة مع أوجه التخصيص إلا أنها غير متعارضة معها في نفس الوقت، فمثل هذه الارتفاقات جائزة كحق المرور على جسور السدود⁽¹⁾.

ولما كانت مثل هذه الارتفاقات مقررة لعدم تعارضها مع استعمال المال العام في ما خصص له فإنه متى تعارضت هذه الارتفاقات مع أوجه التخصيص فإنه يجوز للإدارة إنهاءها بإنهاء التخصيص نفسه، ولا يملك المستفيد إلا المطالبة بالتعويض مع حقه في الطعن في القرار الصادر بإنهاء التخصيص استناداً إلى عيب إساءة استعمال السلطة.

وقد اختلف بعض الفقه في إمكان تسمية التكاليف الذي يترتب على المال العام حق ارتفاق لأن من طبيعة هذا الحق الانتقاص من قيمة العقار الواقع عليه، ويذهب إلى إن هذا التكاليف لا ينتقص من قيمة المال العام ففضل البعض تسميتها بحقوق الارتفاق الإدارية⁽²⁾، وقد سماها القضاء الفرنسي حقوقاً من نوع خاص⁽³⁾.

وهناك من يرى أنه يجب التفريق بين ارتفاق المطل والمنور وفتح باب على الطريق العام، فمثل هذه الارتفاقات تعود إلى ترخيص البناء الممنوح من جهة الإدارة المختصة، أما حق إشغال الطريق والأرصفة فيحتاج إلى ترخيص خاص، أو إذن بذلك

1- د. محمد فاروق عبد الحميد، المركز القانوني للمال العام، 1983م، د.ن، ص 648.

2- نقلاً عن د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص 361.

3- نقلاً عن د. علي علي سليمان، المرجع السابق نفسه، د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 431.

من جهة الإدارة، وفقاً للنظم المعمول بها قانوناً، ويرى هذا الجانب من الفقه أن مثل هذه الأعمال لا تعتبر من حقوق الارتفاق، بل تخضع لأحكام التشريعات النافذة⁽¹⁾.

وفي ذلك مخالفة لما ذهب إليه جانب من الفقه من اعتبار أشغال الطرق والأرصفة بوضع مناظذ وكراسي وأكشاك هي من قبيل الارتفاقات التي لا تتعارض مع المنفعة العامة التي خصص لها المال العام⁽²⁾.

ونحن بدورنا نرجح ما ذهب إليه الرأي الأول من أنه لا يجوز إشغال الطرق والأرصفة، فمالك المنزل على الشارع العام لا يجوز له أن يرتب حق الارتفاق على هذا الشارع بوضع كراسي على الرصيف، وصاحب المحل التجاري لا يجوز له عرض بضاعته على الرصيف وإشغال الفضاء العام، وصاحب المقهى لا يجوز له وضع كراسي مقهاه على الرصيف، وهذا ما يتفق والقيد الذي ذكرته المادة 1018 من القانون المدني "إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له"، لما في ذلك من إعاقة للغير في استعمال المال العام "الرصيف".

من كل ذلك نستخلص أن المشرع الليبي وإن نص على إمكانية إشغال الأموال العامة بحقوق ارتفاق إلا أنه قيدها بعدم تعارض هذا الحق مع أوجه التخصيص وعدم تعارضه مع مقتضيات المنفعة العامة، وفي اشتراطه لهذا القيد يكون قد وضع ضماناً لحماية المال العام من تقرير حقوق ارتفاق عليه.

هذا عن حق الارتفاق المتعلق بالمال العام، ولكن ماذا عن حق الارتفاق

المتعلق بالمال الخاص للدولة؟

يتميز القضاء الفرنسي في ذلك بين نوعين من الارتفاقات⁽³⁾:

1- د. جمعة محمود الزريقي، المرجع السابق، ص 431-432.

2- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، مرجع سابق، ص 1289.

3- أشار إلى ذلك د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 112.

الأولى: الارتفاقات الحاصلة بعد إلحاق المال في الدومين العام، ومثل هذه الارتفاقات غير مشروعة ولا يجوز للدولة أن تقبل مثل هذه الارتفاقات، ولا يجوز للأفراد المطالبة بأي تعويض عنها.

الثانية: الارتفاقات الحاصلة قبل إلحاق المال في الدومين العام، وهذا النوع من الارتفاقات مشروع لأن الفرد غير مسؤول عن إلحاق المال في الدومين العام.

ويتم التمييز في فرنسا أيضاً بين الارتفاقات القانونية والارتفاقات الاتفاقية⁽¹⁾، فالارتفاقات القانونية مثل حق المرور، وحق تصريف المياه، تنتهي بمجرد إلحاق المال في الدومين العام، أما الارتفاقات الاتفاقية فإنها تظل سارية إذا توافر فيها شرطان:

1- أن تكون متفقة مع الغاية من تخصيص المال العام.

2- أن تكون ناشئة قبل إلحاق المال بالدومين العام بشرط ألا يكون ذلك نتيجة نزع الملكية لأن نزع الملكية يؤدي إلى تطهير العقار من كافة الحقوق العينية التي كان العقار محملاً بها.

ويعزو جانب من الفقه سبب هذا التفريق في فرنسا إلى عدم وجود نص قانوني ينظم المسألة⁽²⁾.

وفي ليبيا لا يوجد مثل هذا التفريق لوضوح نص المادة 1018 من القانون المدني بشأن إمكانية إشغال الأموال العامة بحقوق ارتفاق بشرط أن لا يتعارض حق الارتفاق مع أوجه التخصيص وعدم تعارضه مع مقتضيات المنفعة العامة.

1- المرجع السابق نفسه، ص 113-114.

2- د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 114.

الخاتمة

وهكذا كما هو حال كل شيء نصل إلى نهاية رحلتنا العلمية في هذا البحث والتي تجولنا فيها من خلال محطات أربع شملت كل محطة منها مظهراً من مظاهر الحماية المدنية للمال العام في التشريع الليبي واتضح لنا من خلالها التالي:

أولاً/ إن الأموال العامة إما أن تهدف إلى تحقيق منفعة عامة للجمهور كخدمات المرافق العامة "أموال عامة" وإما أن تهدف إلى تحقيق منفعة خاصة للدولة، كما يهدف الأفراد من تملك المال "أموال خاصة".

ثانياً/ إن تخصيص المال العام للمنفعة العامة إما أن يكون بالفعل "واقعة" تؤدي إلى اكتساب المال صفة العمومية دون تدخل من الدولة، كفتح الناس لطريق في أرض خاصة للدولة وبمرور الزمن تصبح طريقاً عاماً، أو يخصص المال العام للمنفعة العامة بمقتضى قانون أو قرار إداري.

ثالثاً/ إن المنع من جواز التصرف في الأموال العامة الواردة في نص المادة 2/87 من القانون المدني لا يسري على الأموال الخاصة للدولة وفقاً لما ورد بنص المادة 2 من القانون الصادر في 1965/9/28م بشأن أملاك الدولة الخاصة.

رابعاً/ إن القيد بعدم جواز الحجز على الأموال العامة الوارد في نص المادة 2/87 من القانون المدني لا يسري على الأموال الخاصة للدولة بنوعها العقارات والمنقولات وذلك للأسباب التالية:

أ- أن القيد الوارد في نص المادة 2/87 من القانون المدني بعدم جواز الحجز على الأموال العامة لا يسعفه.

ب- قيام المشرع بإلغاء قانون التسجيل العقاري الصادر في 1965/8/25م الذي كان نص مادته السادسة يقضي بعدم جواز الحجز على العقارات المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة عند تحديده للعقارات العامة الغير قابلة للتصرف، وأن

قوانين التسجيل العقاري المتعاقبة التي صدرت بعد ذلك وآخرها القانون 17 لسنة 2010م لم يرد فيها مثل هذا النص الأمر الذي يعني خروج الأموال الخاصة للدولة من نطاق تطبيقه هذا المنع.

ج- ما استقر عليه على قضاء المحكمة العليا بشأن جواز الحجز على أموال الشركات العامة.

خامساً/ إن شكل المشروع العام اتخذه الفقه معياراً للتفرقة بين جواز الحجز على أمواله من عدمه، فالمشروع العام الذي يتخذه شكل المؤسسة أو الهيئة لا يتم الحجز على أمواله، أما المشروع الذي يتخذ شكل الشركة فإنه يتم الحجز على أمواله.

سادساً/ إن قاعدة عدم تملك المال العام بالتقادم "التملك بوضع اليد على المال العام" الواردة في نص المادة 2/87 من القانون المدني لا تفيد سريانها على الأموال الخاصة بالدولة، الأمر الذي فطن له المشرع وتداركه بالنص على ذلك صراحة في نص المادة (2) من القانون الصادر في 1965/9/28م بشأن أملاك الدولة حيث نصت على أنه لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة بالتقادم.

سابعاً/ جواز ترتيب حق الارتفاق على الأموال العامة إذا كان هذا الارتفاق لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له المال العام.

من كل ذلك يتضح قصور نصوص القانون المدني الليبي في إيجاد حماية فاعلة للمال العام الأمر الذي تداركه المشرع في قوانين لاحقة متفرقة ولا يخفى ما يثيره تشتت النصوص وتفرقتها من عبء على القائمين على تطبيقها الأمر الذي يقتضي تدخلاً تشريعياً بتعديل القانون المدني يتضمن تجميعاً للنصوص المتناثرة في القوانين ذات العلاقة واستحداث نصوص جديدة لتلافي القصور وإدراجها ضمن نصوص القانون المدني تجنباً لتشتت النصوص وتفرقتها وتخفيفاً للعبء الملقى على القائمين بتطبيقها.

وفي الختام لا يفوتنا التذكير بأننا بذلنا ما في وسعنا من جهد وأن ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات ما هي إلا نتاج قراءات لكتابات من سبقنا ولهم فضل السبق في ذلك، والهدف من وراء ذلك طرح هذا الموضوع على مائدة البحث الفقهي، فإن تحقق هدفنا فهو من عند الله وإن تحقق بعضه فما لا يدرك كله لا يترك جله، وإن لم يتحقق شيء فيكفينا شرف المحاولة، فالكمال لله والنقص صفة البشر، وإن عدم من القراء شكراً فنرجو ألا يعدم منهم عنراً.

والله من وراء القصد، وهو على كل شيء قدير.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العامة:

- 1- د. إبراهيم عبد العزيز شياح، أصول القانون الإداري، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون تاريخ نشر.
- 2- د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية، 2000م.
- 3- د. الكوني علي عبودة، التنفيذ الجبري، الجزء الأول، القواعد العامة للتنفيذ الجبري، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية 2003م.
- 4- د. أميرة صدقي، النظام القانوني للمشروع العام دون ناشر، ودون تاريخ نشر.
- 5- د. أمينة النمر، أحكام التنفيذ الجبري، دون تاريخ، ودون ناشر.
- 6- د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، طبعة 1980م، دون ناشر.
- 7- د. جمعة محمد الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في القانون الليبي، الطبعة الثانية، 2007 - 2008م، ج2.
- 8- د. خالد عبد العزيز عريم، القانون الإداري الليبي، الجزء2، دار صادر بيروت، دون تاريخ.
- 9- د. رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول في مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985م.
- 10- د. صبيح بشير مسكوني مبادئ القانون الإداري الليبي، دراسة مقارنة 1982م، الكتاب والتوزيع والإعلان والمطابع.
- 11- د. عبد الباسط جميعي، التنفيذ الجبري 1961م، دون ناشر.

- 12- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني 1967م، دار النهضة العربية، ج7، ج9.
- 13- د. عبد السلام علي المزوغي الحقوق العينية والتبعية، النظام القانوني للملكية، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس 1993م.
- 14- د. عبد المنعم عبد العظيم جيبيرة، القواعد العامة في التنفيذ الجبري، منشورات المكتبة الوطنية، بنغازي، دون تاريخ نشر.
- 15- د. علي البارودي، في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع العام، دون ناشر، ودون تاريخ نشر.
- 16- د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، منشورات جامعة قارونس، الطبعة الثانية، 1398هـ - 1978م.
- 17- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، دون تاريخ نشر.
- 18- د. محمد حامد فهمي، تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية، الطبعة الثالثة، دون ناشر، ودون تاريخ.
- 19- د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 1990م.
- 20- د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، ج2، منشورات جامعة ناصر سابقاً (جامعة الزيتونة حالياً)، 1992م.
- 21- د. محمد فاروق عبد الحميد، المركز القانوني للمال العام، 1983م دون ناشر.
- 22 د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، 1971م، القاهرة، دون ناشر.

ثانياً: البحوث:

- 1- أ. خالد سعيد كعوان، الطبيعة القانونية لأموال المنشأة الاشتراكية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة قاريونس سابقاً (جامعة بنغازي حالياً)، السنة الحادية عشر، المجلد العاشر، عدد خاص عن المنشأة الاشتراكية.
- 2- د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، دراسات في نظرية المال العام، أزمة النظرية في الفقه الفرنسي وامتداداتها الجديدة في التشريع العربي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، منشورات كلية الحقوق، جامعة قاريونس سابقاً (جامعة بنغازي حالياً)، السنة الرابعة، 1974م، المجلد الرابع.
- 3- د. محمود سمير الشرفاوي، النظام القانوني للقطاع العام في ليبيا، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة قاريونس سابقاً (جامعة بنغازي حالياً)، المجلد الأول، يوليو 1971م.

حق الأم الليبية في نقل جنسيتها الأصلية لأبنائها

(في ضوء مبدأ المساواة)

أ. مناء مفتاح الصور*

مقدمة:

يثور -منذ فترة- في أوساط الفقه وخاصة والعاملين في مجال القانون والقضاء بعامة جدل حول بعض المسائل والقضايا التي أفرزها التطبيق العملي للتشريعات المنظمة لمسألة الجنسية الليبية (العربية) ومن أبرز هذه الاشكاليات منح الجنسية الليبية للأبناء والذين هم ثمرة زواج الأم الليبية من أجنبي.

وقد حرص المشرع التأسيسي الليبي على معالجة القضايا الأساسية المرتبطة بالجنسية بوصفها من أبرز المسائل السيادية التي تشغل بال جميع الدول حديثة الاستقلال مثلما كان حال الدولة الليبية الوليدة في مطلع الخمسينات من القرن الماضي، وهكذا كرس دستور عام 1951 الملكي أهم القواعد الناظمة لموضوع الجنسية والتي اعتبرت خطوة تقدمية وفق مقاييس ذلك الزمن، وكذا فقد حرص المشرع التأسيسي على الإحالة على المشرع العادي في تنظيم الأمور التفصيلية في مسائل الجنسية وهكذا فقد صدر سنة 1954 قانون⁽¹⁾ اعتبر تقدماً في زمنه -عني بتنظيم مختلف المسائل المرتبطة بالجنسية الليبية- ثم ما لبث أن أجرى المشرع جملة من التعديلات التشريعية على القانون المشار إليه خلال عقد السبعينات من القرن الماضي لمواكبة التحولات والتوجيهات الفكرية (السياسية والاجتماعية) التي طرأت على المجتمع الليبي بعد

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون/ جامعة طرابلس.

1- الجريدة الرسمية عدد (3) لسنة 4 صادر بتاريخ (26-4-1995).

الانقلاب العسكري لعام 1969م، ثم حدثت النقلة النوعية عام 1980 بصدر قانون الجنسية العربية الذي جاء انعكاساً للتوجه الذي كان سائداً خلال تلك الفترة فيما سيأتي تفصيله لاحقاً.

غير أن حتمية الحركة الاجتماعية في مجتمع تام ومفتوح استدعت حتمية ملاحقة هذه الحركة تشريعياً كلما كان لذلك مقتضى مواكبة لمقتضيات التطور الاجتماعي والسياسي، وهكذا استشعر الفقه والقضاء في هذه البلاد الحاجة الملحة لسد الثغرات الناجمة عن قصور التشريعات النافذة في معالجة بعض المسائل والقضايا العملية التي لامناص من التصدى لمعالجتها لتحولها إلى حالة الظاهرة الاجتماعية التي تمس المراكز القانونية لشريحة ناشئة وفتية تشكل جزءاً هاماً من النسيج الاجتماعي والاقتصادي المنشودة، وهكذا لم يتأخر المشرع كثيراً للإستجابة لهذه التطلعات فصدر تشريع جديد عام 2010م ينظم الموضوع تنظيمياً كلياً لاغياً كل ما سبقه في هذا الشأن.

بيد أن الكمال لله سبحانه وتعالى، فقد قصر التشريع الجديد بعد دخوله حيز النفاذ منذ فترة وجيزة عن إستيعاب جميع المسائل العملية التي تفرزها الحياة الاجتماعية وعليه فقد رأينا أنه من واجبنا المساهمة في إقتراح الحلول الكفيلة بسد الفراغ التشريعي سندنا في ذلك ما استقر في الفقه والتشريع المقارن وما رسخ من مبادئ في الأعراف والمواثيق الدولية ومستهدين في ذلك بما رجح لدى جمهور الفقه الإسلامي.

وعليه فقد أرتأينا -رضوخاً لمقتضيات البحث العلمي- دراسة هذا الموضوع لكل هذه الإعتبارات في مبحثين، نخصص الأول منها لموقف المشرع الليبي من أسس بناء الجنسية الأصلية (حق الدم وحق الأقليم)، في حين نخصص المبحث الثاني لجنسية

أبناء الأم الليبية في التشريع الليبي، ونسبهما بتمهيد نتناول فيه مفهوم الجنسية وطبيعتها وأسسها.

مع ملاحظة ندرة ما كتب حول هذه الإشكالية في الفقه الليبي حسب علمنا عامة وما نشر حول القانون الجديد من دراسات خاصة.

أملين أن نكون -بهذا الجهد المتواضع- قد أسهمنا في إثارة العديد من القضايا التي نأمل أن تكون مثار بحث أعمق وأشمل في المستقبل.

وبالله التوفيق

تمهيد:

من مميزات الشخصية القانونية أن يكون لكل فرد داخل المجتمع ميزة أو علامة تميزه عن سائر أفراد المجتمع وهذه العلامة هي الاسم الذي يعتبر من خصائص الشخص الطبيعي ضمن مجتمعه الداخلي، في حين أن العلاقة التي تميز هذا الفرد في المجتمع الدولي هي الجنسية، فهي مناط تحديد انتماء الفرد الي دولة معينة لذلك يحق القول بأن الجنسية من المميزات للصيقة بشخصية الفرد في المجتمع الدولي وهي بالتالي مناط تحديد الصفة الوطنية أو الاجنبية للأفراد ووفقاً لها تثبت لهم الحقوق والالتزامات سواء في داخل الدولة أو في خارجها⁽¹⁾، ولكي تكون الصورة أكثر وضوحاً سنلقي نظرة مركزة على مفهوم الجنسية.

مفهوم الجنسية Nationalit:

تعرف الجنسية بأنها فكرة قانونية -سياسية حديثة النشأة نسبياً تبلورت بصورة واضحة في أواخر القرن الثامن عشر، عندما نشأت (الدولة القومية Nation_State) ذات السيادة في أوروبا الغربية، حيث وضحت علاقة المواطن بدولته بعد القضاء على

1- أبو العلا علي أبو العلا النمر، جنسية أولاد الأم المصرية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص(9).

نظام الإقطاع الذي كان سائداً في أوروبا آنذاك ومن بعده نظام الرق في القرن التاسع عشر⁽¹⁾.

وبالتالي ينقسم المقيمون في دولة ما وفقاً لهذه الرابطة الي مواطنين يتمتعون بالحقوق والواجبات وبين الاجانب (غير المواطنين) والذين لا ينتمون الي تلك الرابطة وبالتالي لا يتساوون مع المواطنين لا في الحقوق ولا الواجبات فكانت رابطة الجنسية -إذن- هي مناط ممارسة الحقوق والالتزامات المدنية والسياسية في أي دولة كحق الانتخاب وحق تقلد الوظائف العامة وأداء التكاليف العامة كالخدمة العسكرية وأداء الضرائب وغيرها، لذلك اعتبرت رابطة الجنسية هي الأداء التي يتم من خلالها توزيع الأفراد سياسياً وجغرافياً بين مختلف دول العالم، وبالتالي ضمن كان طرفاً في رابطة الجنسية هو بالضرورة عضواً في تعب الدولة (مواطن) ومن لم يكن طرفاً فيها فهو (أجنبي) لا يتمتع بنفس الحقوق الحماية التي يتمتع بها المواطن داخل الدولة⁽²⁾.

عليه يعرف بعض الفقه والقضاء رابطة الجنسية على أنها (علاقة قانونية وسياسية تربط بين الفرد والدولة)، فهي رابطة قانونية سياسية تنظيمية تتصل بالحالة المدنية للشخص تنشؤها الدولة بإرادتها المنفردة، ويرتب عليها نشوء حالة من التبعية بين الفرد والدولة⁽³⁾، كما عرفها البعض الآخر بأنها (الرابطة القانونية السياسية التي تقيد اندماج الفرد في عنصر السكان بوصفة من العناصر المكونة للدولة ذاتها)⁽⁴⁾.

1- ظهرت فكرة الجنسية في الحياه العملية بعد انبثاق فجر الثورة الفرنسية في 1789م.

2- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (الجنسية) دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، 2011، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، (ص: 13-14).

3- عبد الرزاق المرتضي سليمان، الأشخاص الطبيعية في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الاولى، 2007، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، طرابلس، ليبيا، ص(42).

4- حفيظه السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، (ص11).

الطبيعة القانونية لرابطة الجنسية:

انقسم الفقه حو تكييف الطبيعة القانونية لرابطة الجنسية⁽¹⁾ إلى تيارين: تيار يرى بأنها ذات طبيعة تعاقدية (رضائية) بين الفرد والدولة، وتيار يرى بأنها ذات طبيعة تنظيمية بعيدة عن مسألة التعاقد، فاستند الرأي الاول على أن رابطة الجنسية تقوم على تلاقي إرادة الدولة مع ارادة الفرد، فتعبر الدولة عن إرادتها من خلال ما تضعه من شروط لصلاحية الفرد لأكتساب جنسيتها (الإيجاب) وفق القانون، أما إرادة الفرد (القبول) فيتم التعبير عنها بشكل صريح أو ضمني أو مفترض، غني عن التوضيح فإن هدف هذا الاتجاه من إسناد فكرة الجنسية إلى فكرة التعاقد هو التخلص من نظرية الولاء الدائم للدولة، ومن الآثار السلبية لفكرة تبعية الفرد لدولة ما من الناحيتين السياسية والقانونية.

أما التيار الذي يرى بأن رابطة الجنسية ذات طبيعة تنظيمية فاستبعد أن تنتهي رابطة الجنسية إلي مجرد رابطة تعاقدية بين طرفين على فرضية التكافؤ بين إرادتين متساويتين، حيث أن الدولة في الكثير من الأحوال تفرض جنسيتها على الفرد بقوة على الفرد بمجرد الميلاد، ومن ناحية أخرى فإن الدولة لها أن تجرد الفرد من جنسيتها بإرادتها المنفردة إذا ما رأت بأنه لم يعد جديراً بحملها ولا يعد ذلك انتهاكاً منها للرابطة التعاقدية.

عليه وحسب هذا الاتجاه فإن الرابطة الجنسية هي رابطة تنظيمية تقوم الدولة بتنظيم أحكامها وفق نظام قانوني تنفرد هي بوضعه وفق ما تراه محققاً لمصالحها العليا ويقتصر دور الفرد كطرف في هذه العلاقة على الخضوع التام لهذه الأحكام، ولا ينفى ذلك الاعتراف بإرادة الفرد في اكتساب الجنسية عن طريق التجنس (الجنسية الطارئة)،

1- انظر في تفاصيل هذا الخلاف، عامر محمود الكسواني، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص(24).

فالدولة بإرادتها المنفردة تضع شروط التجنس، وللفرد حق اختيار الدخول من عدمه في جنسيتها وفق تلك الشروط⁽¹⁾.

الأسس التي تبنى عليها الجنسية الأصلية:

تختلف الجنسية الثابتة بحكم القانون (جنسية الميلاد) وهي الجنسية الأصلية عن الجنسية المكتسبة (الجنسية اللاحقة على واقعة الميلاد) وهي ما يسمى بالجنسية الطارئة، فالأولى تفرض بحكم القانون، أما الثانية فتكتسب بقرار من السلطة المختصة بمنح الجنسية في الدولة، فالنوع الأول من الجنسية ملزم للدولة، بينما يقع النوع الثاني في نطاق السلطة التقديرية للدولة. فالجنسية الأصلية تنقسم الى جنسية تأسيس تثبت للفرد عند تأسيس الدولة⁽²⁾ وهي ذات طبيعة وقتية، وهي أيضاً التي يتحدد على أساسها مواطنو الدولة في تلك الحقبة. أما الجنسية الدائمة أو جنسية التعمير فتتظم أحكامها بشكل دائم وذلك لأن حياة البشر محدودة، وعلى الدولة المحافظة على استمرار ركن الشعب فيها وذلك بوضع أحكام للجنسية دائمة مادامت الدولة باقية، وهي ما يسمى بالجنسية الأصلية، والتي أساسها إما حق الدم أو حق الأقليم اللذين تتراوح التشريعات المقارنة للدول في بناء جنسيتها الأصلية بينهما.

كذلك يثور الخلاف في الفقه المقارن، حيث نادى البعض بالاقتران على حق الدم وحده ونادى آخرون بالأخذ بحق الإقليم كأساس لبناء الجنسية الأصلية ولكل حجه، ولكن في نهاية الامر يرجع للدولة حق الملاءمة بين كل من الأساسين بما يتماشى وظروفها وتحقق مصالحها العليا⁽³⁾، لذلك تأخذ أغلب الدول المصدرة للسكان

1- حفيظه سيد الحداد، المرجع السابق، ص (51).

2- بعد استقلال ليبيا 1951/12/25م، تضمن الدستور الليبي الصادر في 1951/10/7م بعض المواد التي تناولت مسائل الجنسية التأسيسية (انظر: محمد المبروك اللافي، القانون الدولي الخاص الليبي، 1993، جامعة ناصر، طرابلس، ليبيا (ص 141).

3- د. محمد المبروك اللافي، نفس المرجع السابق، ص (98).

والتي تعاني من زيادة العنصر البشري فيها، كأساس حق الدم والذي بموجبه يمنح الفرد جنسيه والديه بمجرد الميلاد سواءً ولد على إقليم الدولة أو خارجها، أما الدول الجاذبة للسكان فهي تتبنى في العادة أساس حق الإقليم وترى فيه وسيلة لزيادة عدد سكانها فتمنح جنسيتها لكل من ولد على إقليمها. ومع ذلك فإن الأخذ بأي من الأساسين بشكل مطلق قد لا يحقق الهدف المرجو منه، وذلك نظراً للتطور المذهل في وسائل الاتصال والنقل التي يشهدها العالم المعاصر فقد يستقر شخص ينتمي إلي دولة تأخذ بحق الدم على إقليم دولة تأخذ بحق الإقليم، فيولد أبناءه متمتعين بجنسيتين الأولى جنسية أبيهم (حق الدم) وهي جنسية دولتهم الأصلية رغم انقطاع صلتهم بها، والثانية جنسية دولة الميلاد (حق الإقليم)، فيترتب على ذلك نشوء ما يعرف بحالة ازدواج للجنسية ومن ناحية أخرى قد يستقر شخص ينتمي الي دولة تأخذ بحق الإقليم في دولة تأخذ بحق الدم، فيولد أبناءه بدون جنسية، بأعتبار انهم لم يولدوا على إقليم دولتهم الأصلية، فلا يتمتعون بجنسيتها وكذلك لا يتمتعون بجنسية الدولة التي ولدوا على إقليمها باعتبار أن الأب لا ينتمي إليها بجنسيته على الرغم من إقامته على إقليمها⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم يتعذر على الدول الأخذ بأساس واحد على إطلاقه وإهمال الثاني، فالثابت عملاً أن معظم التشريعات تأخذ بأحد الأساسين بصفة أساسية وتستعين بالآخر بصفة تكميلية في حالات معينة، وذلك لتلافي أوجه القصور التي قد تتجم عن عدم شمولية الأساس الذي تأخذ به لجميع الحالات العملية.

ولقد نظم المشرع الليبي الجنسية الأصلية من خلال القانون رقم 17 لسنة 1954م والذي تبنى حق الإقليم في بناء الجنسية الأصلية⁽²⁾ محاولاً بذلك تقييد مشكل

1- عبدالمنعم زمزم، جنسية أبناء الأم المصرية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، (ص80-81).

2- الجريد الرسمية عدد (3) الصادر في 1954/4/25م حيث نصت المادة الأولى فقرة (1) على (يعد ليبيا-أن يكون قد ولد في ليبيا).

انعدام الجنسية لكل من ولد على الإقليم الليبي لأب مجهول أو عديم الجنسية أو لأبوين مجهولي الجنسية، ومن ناحية أخرى تبنى نفس القانون في مادته الأولى فقره (ب) أساس حق الدم في منح الجنسية الليبية الأصلية وذلك لمن ولد في الخارج وكان أحد أبويه قد ولد فيها. وسوف نحاول من خلال بحثنا هذا استعرض نهج المشرع الليبي بشكل مفصل في الأخذ بأحد الأساسين أو كليهما حسب التطور التاريخي للتشريعات المنظمة للجنسية الليبية الأصلية.

المبحث الأول

موقف المشرع الليبي من أسس بناء الجنسية الأصلية

(حق الدم وحق الإقليم)

لاشك أن لرابطة الجنسية أهمية كبيرة بالنسبة لطرفيها (الدولة والمواطن) فالدولة تمارس مظاهر سيادتها على مواطنيها في الداخل وفي الخارج من خلال ارتباطهم بها عن طريق رابطة الجنسية، لذلك تعتبر رابطة الجنسية أساس وجود الدولة وضمن استمرارها من خلال تحديد مواطنيها المكونين لركن الشعب فيها، كما تقوم رابطة الجنسية بدور هام في تحديد المركز القانوني للدولة في مواجهة المجتمع الدولي فالجنسية هي مناط ترتيب الحقوق والالتزامات الدولية للدولة بوصفها عضو في الجماعة الدولية.

من ناحية أخرى تلعب رابطة الجنسية دوراً هاماً بالنسبة للمواطن (من لحظة ميلاده وحتى مماته) فلا معنى لحياة فرد لا يتمتع بجنسية دولة ما، فالمركز القانوني لعديمي الجنسية على الصعيدين الداخلي والدولي بالغ السوء، إذ يؤدي عدم حمل الفرد لجنسية دولة ما إلي حرمانه من العديد من الحقوق والحريات التي باتت تعرف بالحقوق والحريات الأصلية والتبعية، كما أنه سيجد نفسه خارج إطار الحماية السياسية والقانونية على الصعيدين الداخلي والدولي.

وعلى ضوء ما سبق حظيت أحكام الجنسية بأهمية خاصة لدى المشرع الليبي فقد أفرد لها المواد (8-9-10) من دستور عام 1951م⁽¹⁾، حيث وصفها البعض بأنها ذات نظرة تقدمية في حينها. ذلك من خلال افتراض الجنسية الليبية الأصلية للمقيم في ليبيا لأب وأم ولداً على إقليم ليبيا شريطة ألا يكون له جنسية أو رعية أجنبية.

وهذا الإتجاه أكدته تبني المشرع الليبي لحق الإقليم أساساً لمنح جنسية التأسيس الليبية والذي ساوى المشرع فيه بين الأب والأم في منح الجنسية الليبية للمقيم على الإقليم الليبي بمجرد ميلاد الأب أو الأم عليه، حتى ولو ولد الشخص خارج ليبيا. كما خص الدستور الليبي مسألة الجنسية الليبية بقانون خاص صدر لاحقاً، وهذا ما تحقق عام 1954م بصدر قانون الجنسية رقم 17 لسنة 1954م⁽²⁾.

وسنقسم دراستنا لهذا الموضوع في مطلبين: الأول حول تبني المشرع الليبي لحق الإقليم وحق الدم من جهة الأب فقط، والمطلب الثاني حول حق الدم من جهة الأم في ضوء مبدأ المساواة

المطلب الأول

تبني المشرع الليبي لحق الإقليم وحق الدم من جهة الأب للتمتع بالجنسية الليبية الأصلية أولاً: قانون الجنسية رقم 17 سنة 1954م⁽³⁾:

تبني هذا القانون حق الإقليم في اكتساب الجنسية الليبية حيث نصت المادة الأولى منه على أنه يعد ليبيا ((من يوم إصدار الدستور 1951/10/7)) كل شخص

1- أعلن الدستور الليبي في 1951/10/7م، ودخل حيز النفاذ بتاريخ إعلان استقلال ليبيا في 1951/12/24م.
2- عزه كامل المقهور، حق المرأة الليبية في منح جنسيتها إلي أبنائها من غير الليبيين، القضية العادلة وأسانيدها القانونية، بحث منشور في مجلة المؤتمر، تصدر عن المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر، العدد الصادر في يناير 2006م، طرابلس، ص (4).
3- صدر هذا القانون في 1954/4/18م.

كان مقيماً في ليبيا إقامة عادية في ذلك التاريخ ولم يكن له جنسية أو رعية أجنبية إذا توافر فيه أحد الشروط الآتية:

أ- أن يكون قد ولد في ليبيا.

ب- أن يكون قد ولد خارج ليبيا وكان أحد أبويه قد ولد فيها.

ج- أن يكون قد ولد خارج ليبيا أو أقام فيها إقامة عادية لمدة لا تقل عن عشر سنوات متوالية عند صدور الدستور.

ومن خلال قراءتنا لهذا النص يتبين جلياً أن المشرع الليبي قد تبنى معيار حق الإقليم كأساس للجنسية التأسيسية الليبية مؤكداً بذلك على ما جاءت به المادة (8) من الدستور (1951م)، والتي اعتبرت كل شخص كان مقيماً على أرض ليبيا في 1951م وكان أحد أبويه (الأب أو الأم) مولود فيها ليبيا شرطاً أن لا يحمل جنسية دولة أخرى، عليه افترضت المادة (8) من الدستور الجنسية الليبية لكل من كان يقيم في ليبيا في ذلك التاريخ حتى ولو ولد بالخارج طالما أن أحد أبويه قد ولد فيها⁽¹⁾، مكرساً بذلك مبدأ المساواة بين الأب والأم في حق نقل الجنسية الليبية للأبناء على أساس حق الميلاد على الإقليم لأحدهما على السواء، عليه فمن يرتبط بليبيا برابطتي الميلاد على إقليمها أو ميلاد أحد أبويه حتى ولو ولد بالخارج أو الإقامة المستمرة فيها لمدة 10 سنوات في ذلك التاريخ هو مواطن ليبي.

كما تبنى المشرع الليبي حق الدم كأساس للجنسية الليبية الأصلية وفق أحكام القانون رقم 17 لسنة 1954م المعدل عام 1976م⁽²⁾، فنصت المادة الرابعة منه على الآتي:

(يعد من مواطني الجمهورية العربية الليبية)

أ- كل من ولد خارج الجمهورية العربية الليبية إذا لم يكتسب جنسية أجنبية بحكم ولادته.

1- عزة كامل المقهور، المرجع السابق، (ص4).

2- هذه المادة معدلة بموجب القانون رقم 47 سنة 1976، المنشور بالجريدة الرسمية العدد (43) لسنة 1976م.

ب- كل من ولد خارج الجمهورية العربية الليبية لوالد ليبي إذا كانت جنسيته والده مكتسبة بحكم مولده في الجمهورية الليبية أو تجنسه أو بمقتضى أحكام المادة الأولى أو الثانية من هذا القانون...).

تؤكد الفقرة (ب) من هذه المادة بأن المشرع قد اتجه نحو تبني حق الدم من ناحية الأب دون الأم في منح الجنسية الليبية لفئة معينة، وهم الأولاد المولودون بالخارج لأب ليبي بغض النظر عن كيفية اكتساب هذا الأب للجنسية، فيستوى أن يكون قد اكتسبها بحكم الميلاد على الإقليم (جنسية أصلية) أو أنه اكتسبها بطريق التجنس (الجنسية الطارئة)، وكأن المشرع الليبي يقول إذا لم يتوفر شرط أو معيار الميلاد على الإقليم (الفقرة أ) من المادة اعلاه) فإن البديل يكون بالإقرار بحق الدم لمن ولد بالخارج لأب ليبي ليتمتع المولود بالجنسية الليبية الأصلية.

ثانياً: القانون رقم 18 سنة 1980م بشأن أحكام الجنسية العربية:

صدر هذا القانون نتيجة لتأثر المشرع الليبي بظروف سياسية كانت سائدة آنذاك مردها استغلال النظام الحاكم لورقة القومية العربية للمزايدة به في وجه بعض الأنظمة العربية التي تكن العداء لنظام القذافي.

المهم، أن هذا القانون لم يلغ القانون السابق⁽¹⁾، بل جاء متأثراً به بالرغم من اختلافه عنه في الديباجة، فقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على الآتي: (يعد عربياً في تطبيق أحكام هذا القانون: أ- من ينتمي بجنسيته لأحد الدول العربية⁽²⁾).

1- قانون رقم 17 سنة 1954م بشأن أحكام الجنسية الليبية، مرجع سبقت الإشارة إليه.

2- تقرر المادة الثالثة من هذا القانون أنه لا تسرى أحكام هذا القانون على العرب الفلسطينيين، القانون منشور في الجريدة الرسمية.

ب- من يثبت انتماؤه أو أحد والديه (للأمة العربية)، وذلك وفقاً للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون)، أيضاً تبنى المشرع حق الدم كأساس للجنسية العربية من خلال النص على أنه يعد عربياً كل من كان انتماؤه أو انتماء أبيه أو أمه (للأمة العربية)، مساوياً بذلك بين الأب والأم كمناط لنقل الجنسية العربية إلي الأبناء، بذلك فإن هذا القانون منح أبناء الأم العربية المتزوجة من غير الليبي (المتزوجة من عربي) ميزة الحصول على الجنسية العربية وفقاً للشروط المحددة باللائحة التنفيذية، مميزاً بذلك أبناء الأم العربية عن أبناء الأم الليبية المتزوجة من غير الليبي حتى ولو كان عربياً، بل لم يمنح هذا القانون أبناء الأم الليبية حتى الأولوية في الحصول على الجنسية العربية مساوياً بينهم وبين العرب بشكل عام في منح الجنسية العربية⁽¹⁾، مع تحفظنا على استخدام مفهوم (الأمة العربية) في الفقرة المشار إليها أعلاه، إذ أن مفهوم الأمة العربية مفهوم فضفاض ومن الصعب تحديده في العمل، وقد وجد القضاء مشقة في تحديد المقصود به، ونعتقد بأن المشرع أراد بهذا الاستخدام شمول النص لكل من ينتمي لإحدى الدول العربية بجنسية حتى ولو كان يحمل جنسية دولة تالته إلي جانب جنسية إحدى الدول العربية.

ثالثاً: القانون رقم 24 لسنة 2010م بشأن أحكام الجنسية الليبية⁽²⁾:

صدر مؤخراً قانون الجنسية بعد انتظار طويل ومناشادات من الفقه بضرورة توحيد أحكام الجنسية الليبية المبعثرة ما بين قانوني (17) لسنة 1954م وقانون رقم (18) لسنة 1980م وتعديلاتهما، صدر هذا القانون خلواً من الكثير من الأحكام

1- عزة كامل المقهور، المرجع السابق، (ص8).

2- مدونة التشريعات، العدد (11) لسنة 2010م، بتاريخ 2010/1/28م.

الجوهرية التي كان الجميع ينتظرها، كما جاء هذا القانون لاغياً بشكل صريح للقانونين السابقين⁽¹⁾ وكل حكم آخر يخالف أحكامه.

وفي نفس السياق المتبع في هذا المطلب فقد تبني هذا القانون بدوره حق الدم من جهة الأب فقط كأساس للجنسية الليبية الأصلية بعد أن كرر في المادة الثانية منه نهج تبني حق الإقليم لاكتساب الجنسية التأسيسية الليبية والتي وردت أحكامها بنفس السياق في القانون رقم (17) لسنة 1954م والذي سبق تناوله⁽²⁾، فقد جاء بالمادة الثالثة من هذا القانون النص على (بعد ليبياً:

أ- كل من ولد في ليبيا لأب ليبي، إذا كانت جنسية والده مكتسبة بحكم مولده فيها أو تجنسه.

ب- من ولد خارج ليبيا لأب ليبي، وفي هذه الحالة يجب أن تكون ولادة الأبن قد سجلت خلال سنة من تاريخ حصولها لدى المكتب الشعبي أو مكتب الأخوة بالخارج أو أي جهة يوافق عليها أمين اللجنة الشعبية العامة للأمن العام، وإذا اكتسب الشخص الذي تنطبق عليه هذه المادة جنسية أجنبية بحكم ولادته بالخارج، فإنه لا يفقد جنسيته الليبية، إلا أن له الحق في اختيار الجنسية الأجنبية التي اكتسبها وذلك بعد بلوغ سن الرشد.

ج- كل من ولد في ليبيا لأم ليبية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، أو كان مجهول الأبوين. وتحدد اللائحة التنفيذية الضوابط المتعلقة بتنفيذ هذه المادة).

يتبين جلياً -من خلال هذا النص- أن المشرع الليبي اعتمد حق الدم من جهة الأب كأساس أصيل لمنح الجنسية الليبية الأصلية مساوياً بذلك بين الولادة في ليبيا أو خارجها مادام الأب ليبياً (حق الدم من جهة الأب بشكل مطلق). كما اتجه نحو منح الجنسية الليبية الأصلية على أساس حق الدم من جهة الأم بصفة احتياطية مُدعماً بحق

1- قانون: (17) لسنة 1954م والقانون 18 لسنة 1980م).

2- راجع المطلب الأول من المبحث الأول من هذا البحث.

الإقليم (الولادة على الإقليم) وذلك في حالة غياب تأثير حق الدم من جهة الأب في نقل الجنسية الأصلية، وذلك في حالات محددة، وهي كما هو منصوص عليه في الفقرة (ج-):

- 1) من ولد لأم ليبية وأب مجهول الجنسية.
- 2) من ولد لأم ليبية وأب لا جنسيه له.
- 3) حالة من كان مجهول الأبوين. وفي هذه الحالة يمنح الجنسية الأصلية على أساس حق الإقليم فقط، لغياب تأثير حق الدم من جهة الأب والأم معاً. من خلال ما تقدم تبين نهج المشرع نحو تبني حق الدم من جهة الأب بشكل أصيل متجاهلاً حق الدم من جهة الأم إلا في حالات محددة يغيب فيها تأثير حق الدم من جهة الأب، عليه نرى من الاضوب تناول حق الأم في نقل جنسيتها الأصلية لابنائها أسوة بالأب وذلك في المطلب التالي.

المطلب الثاني

حق الدم من جهة الأم في ضوء مبدأ المساواة

نعلم أن ميثاق الأمم المتحدة أقر العديد من الحقوق الأساسية للإنسان ومن بينها الإقرار بمبدأ المساواة التامة بين الرجال والنساء، ولعل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م، أكد على المساواة التامة بين الأفراد بصفة عامة، كما أكد على المساواة في مسألة الجنسية بصفة خاصة، وذلك من خلال ما جاء بالمادة (15) من الإعلان والتي جاء بها. (لكل فرد حق التمتع بجنسيه ما، وأنه لا يجوز تجريده من جنسيته بطريقة تحكيمية أو إنكار حقة في تغييرها). وإعمالاً لما جاء بالميثاق والإعلان، توالت الاتفاقيات والإعلانات المؤكدة على حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي والدولي، فشملت هذه الاتفاقيات والإعلانات العديدة من مسائل حقوق الإنسان

(الاجتماعية-السياسية-الاقتصادية-الثقافية-المدنية وغيرها). وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فقرات وكما يلي:

- الفقرة الأولى: الحق في المساواة بين الرجل والمرأة بصفة عامة في ضوء المواثيق والعهود الدولية وفي التشريع الليبي.

- الفقرة الثانية: حق الأم في نقل جنسيتها إلى أبنائها بناء على مبدأ المساواة بصفة خاصة.

- الفقرة الثالثة: المساواة في مجال نقل الجنسية للأبناء في ضوء أحكام القانون المقارن والشريعة الاسلامية.

الفقرة الأولى: الحق في المساواة بين الرجل والمرأة بصفة عامة في ضوء المواثيق والعهود الدولية وفي التشريع الليبي:

تأسيساً على ما أقره ميثاق الأمم المتحدة من أهمية بالغة للحقوق الأساسية للإنسان والتي ترسخ كرامته وأدميته نصت المادة (76-2) من الميثاق على ضرورة احترام المساواة بين الرجل والمرأة بالنص على (ضرورة التشجيع على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء)⁽¹⁾. من هذا المنطلق دأبت الأمم المتحدة على وضع القواعد القانونية الدولية التي من شأنها أن تكفل تلك الحقوق وتضمن احترامها من قبل الدول فكان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م والذي أكد بدوره على ضرورة تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مختلف المجالات بشكل عام، وبشكل خاص⁽²⁾ في شأن مسألة الجنسية حيث نصت المادة 15 من الإعلان على أن (يكون للمرأة نفس

1- ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، منشورات مركز الأمم المتحدة للإعلان بالقاهرة.

2- نظراً لأن رابطة الجنسية هي مناط التمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات لجميع الافراد وفي جميع الدول.

حقوق الرجل في مواد اكتساب الجنسية وتغييرها أو الاحتفاظ بها)⁽¹⁾ كذلك تم ترسيخ مبدأ المساواة من خلال مبادئ العرف الدولي والعهود والمواثيق الدولية والتي تعد ليبيا طرفاً فيها إيماناً منها بوجود حماية حقوق المرأة بالطرق القانونية والدفاع عن مصالحها وذلك للرفع من مستواها واحترام آدميتها وإنسانيتها وعلى سبيل المثال لا الحصر، من هذه الاتفاقيات:

- 1- اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة⁽²⁾ والتي تضمنت مسألة ضمان ممارسة الحقوق السياسية دون تمييز بين الرجل والمرأة مؤكداً بذلك على مبدأ المساواة بين الجنسين.
- 2- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽³⁾، والتي أبرمت في كوبنهاجن بتاريخ 18-12-1979م حيث حرصت المادة الأولى منها على بيان المقصود من مصطلح التمييز ضد المرأة فعرفته على أنه (أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة، على أساس تساوي الرجل والمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو إبطال الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها لها بغض النظر عن حالتها الزوجية)⁽⁴⁾.
- وفي نفس السياق أبرم البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في نيويورك 1999م⁽⁵⁾. وكذلك البروتوكول الاختياري

1- أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان، منشورات الأمم المتحدة، الطبعة 1983 ص(116).

2- الموقعة بنيويورك 1952م والتي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة 1962/12/10م. وانضمت إليها ليبيا في 1989/5/16، الجريدة الرسمية، العدد (20) 1989م.

3- انضمت ليبيا إليها في: 1989/5/16، (الجريدة الرسمية، العدد (20) 1989م)، مع إيداء تحفظ مقتضاه أن هذا النظام يجب أن لا يتعارض مع قوانين الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية.

4- عبد المنعم زمزم، المرجع السابق (ص188).

5- انضمت إليه ليبيا في 2004/6/8، (الجريدة الرسمية (العدد 3) 2004).

الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في 1989/10/6م والذي دخل حيز النفاذ في 2000/12/22⁽¹⁾. ويضاف إلي ما تقدم انعقاد العديد من المؤتمرات الدولية، مثل المؤتمر العالمي للسنة الدولية للمرأة المنعقد في المكسيك 1975م، والمؤتمر الثالث للمرأة بنيروبي 1985م، والمؤتمر العالمي لحقوق الإنسان بغينيا 1993م، والكثير من المؤتمرات التي حرصت على ترسيخ مبدأ المساواة وتأكيد التزام الدول به.

وعلى المستوى الإقليمي صدر الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1980م والذي عالج موضوع القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، كما صدر قبل هذا التاريخ الميثاق العربي لحقوق الإنسان عن مجلس جامعة الدول العربية 1954م والذي عالج هذا الموضوع وفقاً للظروف السائدة آنذاك⁽²⁾.

الوضع في التشريع الليبي:

حاول المشرع الليبي من خلال العديد من الموائيق والتشريعات أن يخصص المرأة برعاية خاصة تبرز وضعها البيولوجي كأثنى وتعزيز دورها في حركة المجتمع والحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وترسخت أثر ذلك الفكرة التي مفادها أنه يجب أن لا يكون هناك فرق بين الرجال والنساء في الحقوق سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، وإن الاختلاف يكون فقط في طبيعة الواجبات المنوطه بالمرأة وذلك حفاظاً على إنسانية المرأة وإدراكاً للفروق البيولوجية بينها وبين الرجل، ومن هنا جاءت الوثائق الدستورية والتشريعات المكملة لها والصادرة عن المشرع آنذاك مسوية بين الجنسين في الخطاب القانوني. وكما تبدو عناية المشرع بالمرأة من خلال قانون الاحوال الشخصية رقم (10) 1984م (بشأن أحكام الزواج

1- انضمت إليه ليبيا في 2004/6/8م، نفس عدد الجريدة الرسمية السابق.

2- عبدالحاميد محمد عليوه، دور الأم المصرية والعربية والاجنبية في نقل الجنسية إلى أبنائها، القاهرة، دار المطبوعات الجامعية، 2006 (ص58)،

والطلاق وأثارهما) حيث حرص على أن تكون المرأة اللببية في مركز قانوني لا يقل بأي حال عن مركز الرجل مؤكداً على حقها الطبيعي في إبداء رأيها في اختيار شريك حياتها وفي اللجوء إلي القضاء في حالة تعنت وليها في تزويجها والإذن لها بالزواج بمن تختاره شريكاً لها.

وفي نفس السياق أكد المشرع على حق المرأة في العمل الذي يناسبها وحقها في ألا توضع في موضع يضطرها للعمل بما لا يناسب طبيعتها كأنثى. فجاء القانون رقم (12) 2010م⁽¹⁾ بشأن علاقات العمل، مخاطباً الموظف العام، سواء كان امرأة أم رجلاً، ولم يفرد نصوصاً خاصة بالمرأة مساوياً بذلك بين الرجال والنساء في الحقوق والواجبات بشكل عام، وفي نفس الوقت ركز على خصوصية دور المرأة العاملة، حيث منع بنصوص صريحة تشغيلها في الأعمال التي تتسم بالقوة والقسوة في الوقت الذي ساوى بينها وبين الرجل في استحقاق عائد العمل. كما رسخ القانون رقم (8) 1989م حق المرأة في تولي الوظائف القضائية والذي نص في مادته الأولى على الآتي (يحق للمرأة تولي وظائف القضاء والنيابة العامة وإدارة القضايا بذات الشروط المقررة بالنسبة للرجل).

أما في مجال الشؤون الاجتماعية فقد جاء القانون رقم (13) 1980م بشأن الضمان الاجتماعي والقانون رقم (16) 1985م بشأن المعاش الأساسي، والقانون رقم (5) 1987م بشأن المعاقين، مؤكدة جميعها على المساواة التامة بين الرجل والمرأة دون أي تمييز، وأخيراً في مجال المسؤولية الجنائية تجدر الإشارة إلي أن قانون العقوبات الليبي والقوانين المكملة له خاطبت هي أيضاً المواطن بصرف النظر عن جنسيته، ومن ثم فإن الرجل والمرأة يقعان تحت طائلة العقاب على قدم المساواة إذا ما اقترفا أفعالاً يعاقب عليها القانون، كما راعى المشرع الليبي خصوصية المرأة وطبيعتها

1- مدونة التشريعات، العدد (7)، السنة العاشرة، 2010م.

البيولوجية المختلفة عن الرجل، فأورد في العديد من التشريعات الجنائية قواعد متميزة تعامل المرأة معاملة تتناسب مع كونها أنثى وخاصة في مجال تنفيذ العقوبات تجاهها. يتبين جلياً من خلال هذا العرض مدى الرعاية التي حظيت بها المرأة الليبية من قبل المشرع انطلاقاً من اعتبارات تعود الى طبيعتها البيولوجية وضرورة كفالة حق المساواة بينها وبين الرجل ومع ذلك فإن المشرع تجاهل النص على حق المرأة الليبية في نقل جنسيتها الأصلية لأبنائها أسوة بالرجل وهذا نهج مستغرب من مشرع منح كل تلك الحقوق للمرأة في ليبيا.

الفقرة الثانية: حق الأم في نقل جنسيتها إلى أبنائها في ضوء مبدأ المساواة الذي أقرته المواثيق والعهود الدولية وفي التشريع الليبي-بصفة خاصة:

من خلال ما استعرضناه في الفقرة السابقة من تأكيد على مبدأ المساواة في الحقوق بشكل عام بين الرجل و المرأة أو بأعتبار أن رابطة الجنسية من المسائل التي تتضمنها تلك الحقوق التي أقرتها المواثيق والعهود الدولية وكذلك التشريعات في ليبيا، عليه جاءت بعض الاتفاقيات الدولية مؤكدة على حق المرأة في نقل جنسيتها لأبنائها ومساواتها بدور الرجل في هذا الشأن، ومن بين هذا الاتفاقيات على سبيل المثال: اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة المبرمة بنيويورك في 1957/7/29م والتي دخلت حيز النفاذ في 1958/8/1م⁽¹⁾، هذه الاتفاقية رسخت من خلال نصوصها حق المرأة في المساواة مع الرجل في الزواج من أجنبي دون أن تفقد جنسيتها كأثر لهذا الزواج⁽²⁾ ومن جانب آخر فقد أكدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽³⁾ على أنه (تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية

1- انضمت ليبيا إلى هذه الاتفاقية في 1989/5/16م (الجريدة الرسمية العدد (20) 1989).

2- عبد الحميد عليوه، المرجع السابق (ص58).

3- تمت الإشارة إلى تلك الإتفاقية في الفقرة السابقة.

أطفالها)⁽¹⁾. والجدير بالاهتمام هنا، أن الاتفاقية ملزمة للدول الأطراف وبالتالي فهي تقيد تشريعاتها، عليه يجب على تلك الدول أن تنظم أحكام تشريعات الجنسية بما لا يخالف أحكام الاتفاقية⁽²⁾.

وعلى الصعيد الإفريقي، جاء مشروع الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (الصادر عن منظمة الوحدة الإفريقية)⁽³⁾ والذي نص على أن (يتعين على الدول القضاء على كل تمييز ضد المرأة وكفالة حقوقها وحقوق الطفل على نحو ما هو منصوص عليه في الإعلانات والاتفاقيات الدولية). وأيضاً على الصعيد العربي أكدت المادة (36) من ميثاق حقوق الإنسان والشعب العربي⁽⁴⁾ والذي نص على أنه: (لكل مواطن الحق في الجنسية وله الحق في تغييرها والاحتفاظ بها مع أي جنسية عربية أخرى، كما له الحق في نقلها إلى أبنائه دون تمييز في ذلك بين الرجل والمرأة....).

أيضاً جاءت اتفاقية حقوق الطفل لتكفل حق الطفل⁽⁵⁾ في أن يتمتع بجنسيته، وأن تتعهد الدول الأطراف احترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية، كما عليها أن تقدم المساعدة والحماية المناسبتين في

1- إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة-منشورات الأمم المتحدة، 1988م ص(7)، منشورات مركز الأمم المتحدة للإعلام-القاهرة.

2- مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة، منشورات المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2001م، (ص62).

3- القرار رقم (115) في الدورة (16) العادية والمنعقدة في الفترة من 17-30-1979م. بمدينة منروفيا-ليبيريا، مذكور في (جنسية المرأة المتزوجة)، الباز، المرجع السابق (ص654).

4- المعد من قبل الإدارة العامة للشؤون القانونية بالأمانة العامة لجامعة الدول العربية، الصادر عن مؤتمر الخبراء العرب بالمعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية في الفترة 12-15/12/1986م.

5- والتي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجبه قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (24-25) المؤرخ به 1989/11/20م والتي دخلت حيز النفاذ في 1990/9/2م، انضمت ليبيا إلى هذه الاتفاقية في 1993/4/15م، منشور.

حالة حرمان الطفل بطريقة غير شرعية من هويته، كل ذلك يؤكد ما ذهبت إليه تلك المواثيق والعهود والقوانين من ترسيخ لمبدأ المساواة التامة بين الرجل والمرأة وخاصة في مجال نقل الجنسية إلي الأبناء مما يستوجب مراعاة ذلك من قبل المشرع الليبي، والذي أكد بدوره على ذلك المبدأ بشكل عام وأهمل الأخذ به فيما يتعلق بنقل الجنسية الى الأبناء عن طريق حق الدم متجاهلاً دور الأم في ذلك، مخالفاً بذلك كل الاتفاقيات التي تعد ليبيا طرفاً فيها ومهدراً أيضاً الأحكام الواردة بالوثائق الأساسية التي كانت سائدة وقت صدور التشريع على نحو ما ورد أعلاه.

الفقرة الثالثة: المساواة في نقل الجنسية للأبناء في ضوء احكام القانون المقارن والشريعة الإسلامية:

أ- الوضع في القانون المقارن:

انطلاقاً من التوجهات والأفكار التي نادى بأعمال مبدأ المساواة التامة بين الرجل والمرأة في مجال التمتع بالحقوق بصفة عامة وفي مجال الجنسية بصفة خاصة⁽¹⁾ تبنت أغلب التشريعات الأوروبية المعاصرة نهج المساواة بين الأب والأم في مجال نقل الجنسية الأصلية للأبناء على أساس حق الدم، وذلك التزاماً منها بالاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية والموقعة في ستراسبورغ في 6/11/1997م بعنوان (عدم التمييز) حيث أوردت الفقرة (1) من المادة (5) أن (القواعد المتعلقة بالجنسية في كل دولة من الدول الأطراف لا يجب أن تتضمن أي تمييز بسبب الجنس أو الديانة أو النوع أو اللون أو الأصل).

وجاء التقرير الصادر عن البرلمان الأوروبي في 9/2/2004م مؤكداً على ما ورد في الاتفاقية تحت عنوان (الحق في الجنسية والمساواة في الفرص)، نشرت

1- والتي سبق الحديث عنها في الفقرات السابقة.

كدراسة كاملة⁽¹⁾ استعرضت موقف قوانين الجنسية السارية في الدول الأعضاء ببرلمان الاتحاد الأوروبي والدول التي تتمتع بوصف المراقب، من مسائل الجنسية على النحو التالي:

1- مبدأ المساواة بين الرجال والنساء مقرر في دساتير معظم الدول، ومع ذلك يشهد الواقع العملي تفرقة صريحة بتشريعات بعض الدول المنظمة لمسائل الجنسية بين دور الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء.

2- يوصي البرلمان الأوروبي الدول الأعضاء والدول التي تتمتع بوصف المراقب بعدم التفرقة في قوانينها في مجال الجنسية، مع التأكيد على أن لكل دولة الحق في أن تحدد من خلال قوانينها الداخلية من هم رعاياها، كذلك للدول أن تراعي في مسائل الجنسية مصالحا المشروعة ومصالح الأفراد في ذات الوقت، وأخيراً يهنئ البرلمان الأوروبي كل الدول التي أزال كل تفرقة بين مواطنيها في مجال الجنسية⁽²⁾، وانتهى التقرير إلى عرض نتيجة الاستبيان الموزع على الدول الاعضاء ببرلمان الاتحاد الاوربي وعددها (45) والدول التي تتمتع بوصف المراقب وعدد (5) وكان الاستبيان يتضمن السؤال الآتي:-

- هل يتضمن تشريع الجنسية الساري في الدول أي تمييز على أساس النوع بين الأب والأم في مجال نقل الجنسية للأبناء؟

فكانت النتيجة كالاتي: 32 دولة عضو في برلمان الاتحاد الأوروبي من أصل (45) بالإضافة إلي 3 من 5 دول من الدول المراقبة تؤكد على أن قوانينها الداخلية لا تفرق بين الأب والأم فيما يتعلق بنقل الجنسية للأبناء.

1- مذكور في (جنسية أبناء الأم المصرية)، عبدالمنعم زمزم، نفس المرجع السابق، ص197-198.

2- نفس المرجع السابق (ص198).

بناءً على ما تقدم يتضح جلياً التزام أغلب تشريعات دول الاتحاد الاوربي بمبدأ المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء، انطلاقاً من إيمانها التام بمبدأ المساواة في الحقوق بين الرجال والنساء، ويعتبر التشريع الفرنسي نموذجاً للتشريعات التي تعتنق ذلك المبدأ حيث كرس القانون الفرنسي رقم (9) الصادر في 1973/1/9م مبدأ منح الجنسية الفرنسية الأصلية للمولود مادام أحد أبوية فرنسياً (الأب أو الأم) واستمر المشرع الفرنسي على هذا النهج في القانون الصادر في 1993/7/22م⁽¹⁾.

كذلك فعل المشرع التركي مكرساً مبدأ المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية الأصلية التركية للأبناء فنص القانون التركي الصادر في 1929/4/6م في مادته الأولى على الآتي: (الطفل المولود في تركيا أو خارجها تثبت له الجنسية التركية إذا كان أبوه أو أمه في لحظة الميلاد مواطنين أترك)، كما نصت المادة الثانية فقرة (7) على أن يكون تركياً (الطفل المولود في إطار الزواج في تركيا أو خارجها لأب تركي أو أم تركية). تم تراجع موقف المشرع التركي وفق قانونه الصادر في سنة 1964 ولكنه عاد إلى موقفه الأول فأزال التفرقة بين دور الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء وذلك من خلال القانون الصادر في سنة 1981م والذي ألغى بموجبه القانون الصادر في 1964م، فنص القانون الجديد على أن (يعتبر تركياً من ولد لأب تركي أو أم تركية بالداخل أو الخارج) بالإضافة إلى النموذجين السابقين، تأخذ قوانين العديد من الدول بمبدأ المساواة بين دور الأب ودور الأم في مجال نقل الجنسية للأبناء⁽²⁾.

1- انظر: الباز، المرجع السابق (ص655). كذلك: أبو العلا النمر، المرجع السابق (ص35).

2- ومنها:- (1) قانون الجنسية الهولندي لعام 1985م (1/3).

(2) قانون الجنسية البرتغالي لعام 1981 م (1) بند (1).

(3) قانون الجنسية الياباني لعام 1985 م (2) (1).

(4) قانون الجنسية البريطاني لعام 1981 م (1) (أ-1).

(5) قانون الجنسية الصيني لعام 1980 م (564).

ولعل التشريع الايطالي ذهب الي أبعد من ذلك حيث تمنح الجنسية الايطالية بأثر رجعي لكل الأشخاص المولودين لأم إيطالية من أول يناير 1948م وهو وقت دخول الدستور الايطالي حيز النفاذ⁽¹⁾.

وفي نفس السياق ذهبت بعض تشريعات الدول العربية إلي الاستجابة للنداءات الدولية والإقليمية باحترام مبدأ المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية الأصلية للأبناء ومن هذه التشريعات على سبيل المثال، التشريع التونسي الذي اعتنق مبدأ المساواة في هذا المجال من خلال قانون الجنسية التونسي الصادر في سنة 1963م والمعدل بالقانون الصادر في سنة 1993م، والذي نص على أنه: (يصبح تونسياً من ولد خارج تونس من أم تونسية وأب أجنبي على أن يطالب بهذه الصفة بمقتضى تصريح خلال العام السابق على سن الرشد، أما قبل بلوغ الطالب سن التاسعة عشرة فيصبح تونسياً

(6) قانون الجنسية الألماني لعام 1974 (م 1/4 بند (1)).

(7) قانون الجنسية الدنماركي لعام 1979 (م 1/15).

(8) قانون الجنسية اليوناني لعام 1984 (م 1/1).

(9) قانون الجنسية الروماني لعام 1971 (م2).

(10) قانون الجنسية الزائيري لعام 1981 (م1) (1)

(11) قانون الجنسية الأسباني لعام 1982 (م17) (1)

(12) قانون الجنسية الفنلندي لعام 1986

(13) قانون الجنسية الإيرلندي لعام 1986 (م6/2)

(14) قانون الجنسية الأوكراني.

(15) قانون الجنسية النمساوي قلعام 1983. (2)

(16) قانون الجنسية الإيطالي لعام 1992.

مذكور في... (د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص (37-38)).

وأيضاً.. (د. الباز، المرجع السابق، ص (657)).

وكذلك.. (د. عليوة، المرجع السابق، ص (79) وما بعدها).

1- قضت بذلك المحكمة الدستورية الايطالية، منقول عن: عليوة، المرجع السابق (ص184).

بمجرد تصريح مشترك من أمه وأبيه⁽¹⁾. وبهذا النص يعتمد المشرع التونسي مبدأ المساواة بين الأب التونسي والأم التونسية في نقل الجنسية، بل ذهب إلى أبعد من ذلك باعتماده دور الأم التونسية في نقل جنسيتها لأبنائها حتى ولو تمت الولادة خارج تونس، أسوة بالأب التونسي الذي يتزوج من أجنبية وتمنح لأبنائه الجنسية التونسية بمجرد الميلاد حتى وإن تمت الولادة خارج تونس.

أما المشرع المصري فقد استجاب مؤخراً لمناشدات الفقه بضرورة المسارعة إلى إجراء تعديلات جوهرية على نصوص تشريع الجنسية النافذ، بما يتلاءم ومبدأ المساواة بين الأب والأم في مجال نقل الجنسية للأبناء وذلك بعد صراع طويل أرق الفكر القانوني في مصر⁽²⁾.

استجابة لذلك صدر القانون رقم (145) لسنة 2004م⁽³⁾. بشأن الجنسية المصرية محدثاً تعديلاً هاماً لبعض أحكام الجنسية المصرية الواردة بالقانون القديم رقم (26) 1975م، شمل التعديل أربع مواد، أهمها المادة الأولى، حيث نصت فقرتها الثانية على الآتي: (يكون مصرياً من ولد لأب مصري أو لأم مصرية).

وبذلك يكون المشرع المصري قد تبنى حق الدم المطلق دون قيد أو شرط وحسناً فعل، عندما اعتبر من ولد لأم مصرية، مصرياً سواء ولد في مصر أو في

1- عليوة، المرجع السابق، (ص 84).

2- لم تكف أقلام الفقه القانوني في مصر عن البحث والتحليل، حتى أنه تجرأ البعض على وصف تشريع الجنسية المصري بأنه (قانون غبي)، ووصف بالعنصرية وأنه لا يتفق روح العصر ولا روح السماحة المصرية، ووصف كذلك بأنه قانون غير دستوري، انظر: ابو العلا النمر، المرجع السابق (ص 7-8).

3- صدر في 14-7-2004 ونشر بالجريدة الرسمية في ذات التاريخ.

خارجها وبصرف النظر عن حالة الأب، هل هو مجهول الجنسية أو عديمها يحمل جنسية أو حتى بلا جنسية⁽¹⁾.

وهكذا أكد المشرع المصري على حق الأم المساوي لحق الأب في نقل الجنسية الأصلية للأبناء، فيكفي أن يثبت نسب الولد إلى أمه المصرية شرعاً وقانوناً حتى يتمتع بالجنسية المصرية، ويكفي أن تتوافر صفة المواطنة للأم وقت وضعها لمولودها، ليتمتع وليدها بالجنسية المصرية ويستوى في ذلك تمتعها بالجنسية الأصلية أو المكتسبة ويكتسب الولد بذلك الجنسية المصرية الأصلية بقوة القانون (دون حاجة لأي إجراء شكلي آخر)⁽²⁾.

وكذلك يستوي أن يكون الولد قد ولد في مصر أو خارجها ليتمتع بالجنسية الأصلية ما دام أحد أبوية مصرياً.

ب- الوضع في الفقه الاسلامي:

لا يفوتنا في هذا الصدد ان نستعرض (ولو بشكل مختصر جداً) رأي الفقه الراجح في الشريعة الاسلامية، والذي يؤكد على ترسيخ مبدأ المساواة بين الأب والأم في مجال نقل الجنسية للأبناء، حيث يحكم للصبي بالإسلام وصيرورته مسلماً أصلياً (يتمتع بالجنسية الأصلية) متى كان أحد أبوية مسلماً (الأب أو الأم)⁽³⁾، وذلك عملاً بقوله تعالى: (والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمانٍ ألحقنا بهم ذريتهم وما ألتناهم من عملهم من شيء كل امرئ بما كسب رهين)⁽⁴⁾.

1- جمال الكردي، أولاد الأم المصرية بلا هوية رغم تعديل قانون الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون تاريخ نشر، ص11).

2- جمال الكردي، المرجع السابق ص (116-17)

3- ذهب إلي ذلك جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة. انظر: مصطفى الباز، المرجع السابق، ص(568).

4- سورة الطور، آية رقم (19).

في الوقت الذي ذهب فيه المالكية إلى أن الولد لا يتبع أمه في صفة الإسلام، وإنما يتبع أبيه، ذلك أن الأب ينسب إليه الولد وله الولاية عليه وهو عصبه، مستندين في ذلك إلى قوله تعالى: (والذين آمنوا واتبعتهم نزيهتهم بإيمان ألحقنا بهم...) والذرية حسب رأيهم هو النسب، أي نسب الولد لأبيه، غير أن جمهور الفقه الإسلامي ردّ على ذلك بالقول أنه إذا كانت ولاية المال للأب على الأبناء فإن ولاية التربية والحضانة والكفالة هي للأم وهي أقوى إن لم تكن تساوى ولاية الأب على الأبناء، واستدلوا على قولهم هذا بالحديث النبوي الشريف والذي ينص على (فأبواه يهودانه أو ينصرانه...) أي بمعنى إذا اتبع الولد أحد أبويه في كفره فإنه يتبعه في إسلامه أيضاً.

كذلك أكد جمهور الفقه على أن الولد جزء من أمه فيتبعها في الرق والحرية دون الأب، عليه فإن أسلمت اتبعها كل أجزائها والولد جزء من أجزائها، والدليل على ذلك، إذا أسلمت الأم وهي حامل حكم بإسلام الولد (الجنين)، لأنه جزء منها⁽¹⁾، إذاً فهناك انسجام تام بين رأي جمهور الفقه الإسلامي ونهج التشريعات الحديثة في مسألة حق الأم في نقل جنسيتها الأصلية للأبناء واحتفاظهم بها، حيث يؤكد الفقه الإسلامي على أن صفة المسلم تثبت لكل من تفرع لأصل مسلم⁽²⁾.

كما استندوا إلى قول الله تعالى: (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف)⁽³⁾، وقوله تعالى: (للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن...)⁽⁴⁾، وقوله تعالى: (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده)⁽⁵⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم

1- د. الباز، المرجع السابق ص (657-659).

2- حيث الأصل العام هو التسوية بين الرجل والنساء في الحقوق والواجبات، باستثناء بعض المسائل التي ورد النص عليها حصراً، مثل الميراث والفقه والنسب والشهادة وهي مسائل تؤكد الأصل العام (المساواة).

3- سورة البقرة، جزء من الآية، رقم (226).

4- سورة النساء، جزء من الآية، رقم (32).

5- سورة البقرة، جزء من الآية، رقم (231).

(النساء شقائق الرجال)⁽¹⁾. هذه النصوص تؤكد حق الأم في نقل جنسيتها لأبنائها بشكل مطلق فإذا حرمت الأم من هذا الحق لحق بها ضرر، مما يخالف نص الآية الكريمة (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده)، عليه يثبت حق الولد في جنسية أمه كحقه تماماً في جنسية أبيه⁽²⁾ إنطلاقاً من المبدأ الأساسي في الإسلام القائم على المساواة بين الرجل والمرأة.

يتضح مما تقدم، أن المواثيق والأعراف الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان وأغلب التشريعات المقارنة والشرع الإسلامي تؤكد جميعها على ترسيخ مبدأ المساواة بين الأب والأم في مجال الجنسية، مما يجعلنا نتساءل عن المركز القانوني لأبناء الأم الليبية في التشريع الليبي المنظم لمسألة الجنسية وهذا ما يشكل موضوع المبحث الثاني والذي سنقسمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول، دور الام الليبية في نقل جنسيتها للأبناء في ضوء التشريع الليبي، أما المطلب الثاني فنسخره لتقييم نصوص القانون رقم (24) 2010م بشأن الجنسية الليبية النافذ.

المبحث الثاني

جنسية أبناء الأم الليبية في التشريع الليبي

تقديم:

تبين مدى حرص المشرع التأسيسي الليبي على ترسيخ قاعدة المساواة بين الرجل والمرأة نظرياً⁽³⁾ في شتى المجالات.

كما تبين أن المشرع الليبي وهو بصدد معالجته للعلاقة التي تربط المرأة الليبية بأبنائها في ميدان نقل الجنسية الأصلية، أغفل التصدي لمعالجة بعض الثغرات

1- أخرجه الترمذي، مذكور عند: د. الباز، المرجع السابق، ص (661).

2- د. الباز - المرجع السابق - ص (661-662).

3- لأن الواقع العملي لم يبرهن على تحسن وضع المرأة في ليبيا خلال العقود الماضية.

التشريعية التي كان ينبغي معالجتها وفقاً لأحكام التشريع الجديد عليه سنعالج هذه المسألة في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

دور الام اللببية في نقل جنسيتها الاصلية لابنائها وفق التشريع النافذ

انتظر الفقه القانوني في ليبيا صدور قانون جديد ينظم أحكام الجنسية اللببية ويكون موحداً لإحكامها المبعثرة ما بين قانوني سنة 1954م وسنة 1980م ومزياً لبعض التناقضات التي شابت التشريعين السابقين ويكون متضمناً أحكاماً تنظم علاقة المرأة اللببية بأبنائها في هذا الشأن، ولكن صدر القانون رقم 24 لسنة 2010م بشأن الجنسية اللببية⁽¹⁾ مخيباً للآمال، وقد سلف البيان بأن قانون الجنسية الجديد صار هو التشريع الأساسي لتنظيم موضوعات الجنسية، متضمناً إلغاء كل ما يخالف أحكامه بما في ذلك التشريعات السابقة.

وقد اعتمد القانون الجديد حق الإقليم كأساس أصيل في منح الجنسية الأصلية إلى جانب أساس حق الدم في حالات معينة، كما اعترف للأُم بدور احتياطي مدعماً بحق الإقليم وذلك في نطاق ضيق. وقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على الآتي: (يعد ليبيا وفقاً لأحكام المادة السابقة كل من كان مقيماً في ليبيا إقامة عادية في 10/07/1951م، ولم تكن له جنسية أو رعية، إذا توافرت أحد الشروط الآتية: أ- أن يكون قد ولد في ليبيا.

ب- أن يكون قد ولد خارج ليبيا، وكان أحد أبويه قد ولد فيها.

ج- أن يكون قد ولد خارج ليبيا، وأقام فيها إقامة عادية لمدة لا تقل عن عشر سنوات متتالية قبل (7-10-1951).

وفي السياق التحليلي لهذا النص يتبين الآتي:

1- صدر بتاريخ 2010/1/28م مدونة التشريعات العدد (11) لسنة 2010م.

- 1- تبنى المشرع الليبي أساس حق الإقليم في حالتين:
- الحالة الأولى: الإقامة في ليبيا وذلك في تاريخ 1951/10/07م بشرط عدم تمتع الشخص بجنسية أو رعية أجنبية، تفادياً لازدواج الجنسية.
- الحالة الثانية: (الميلاد على الإقليم) وذلك بالنص على أنه يعد ليبيا كل من ولد في ليبيا يوم 1951/10/07م أو بعد ذلك التاريخ، بمعنى يعد ليبيا كل من ولد على الإقليم الليبي في التاريخ المحدد أو بعده من أم ليبية وأب مجهول، بشرط أن لا تكون له جنسية أو رعية أجنبية ومن جهة أخرى، أن كل من ولد في ليبيا لأم ليبية وأب أجنبي لا يتمتع ولا يستفيد من النص السابق (هاجس ازدواج الجنسية).
- 2- تبنى المشرع الليبي أساس حق الدم مدعماً بحق الأقليم (ولادة أحد الأبوين في ليبيا) وحق الدم المقصود به هنا من جهة الأب أو الأم على السواء، فيعد ليبيا وفق الفقرة (ب) من المادة الثانية من ولد خارج ليبيا لأب أو لأم أحدهما أو كلاهما في ليبيا، بالرغم من عدم إقامتهما فيها قبل 1951/10/07م، بشرط عدم احتفاظهم بأي جنسية أخرى.
- 3- من خلال ما تقدم يتضح أن المشرع عند صياغته أحكام الجنسية التأسيسية لم يكن يفرق بين الأب وأم في مجال نقل الجنسية للأبناء وذلك حسب بعض الفقه⁽¹⁾، وأن المشرع الليبي آنذاك لم يكن لديه هاجس التفرقة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء ولكن كان هاجس هو ازدواج الجنسية. إلا إننا نرى بأن إقرار المشرع بمبدأ المساواة في نقل الجنسية للأبناء كان في نطاق ضيق، حيث أن ذلك النص ينطبق فقط على من ولد في الخارج لأب أو لأم ليبية ولدت في ليبيا في فترة زمنية محددة، شريطة أن تكون هذه الولادة قد تمت قبل 1951/10/07م، ولكن ماذا عن من ولد في ليبيا لأم ليبية وأب أجنبي بعد ذلك التاريخ...؟

1- عزه المقهور، المرجع السابق (ص6).

4- تبني المشرع أساس حق الدم من جهة الأب فقط مدعماً بحق الأقليم للتمتع بالجنسية الليبية الأصلية. فالمادة الثالثة من القانون الحالي بشأن الجنسية الليبية تنص على أن (يعد ليبيا - كل من ولد في ليبيا لأب ليبي، وإذا كانت جنسية والده مكتسبة بحكم مولده فيها أو تجنسه) عليه، يتمتع المولود على الإقليم الليبي بالجنسية الليبية شريطة أن يكون لأب ليبي.

إذا توافرات الشروط الآتية:

أ- تمتع الأب بالجنسية الليبية لحظة الولادة، ويستوي أن يكون الأب قد اكتسب الجنسية الليبية بحكم مولده في ليبيا أو اكتسبها عن طريق التجنس (الجنسية الطارئة) وفق أحكام القانون الليبي⁽¹⁾.

ب- ثبوت نسب الولد قانوناً لأبيه.

في نفس السياق أكد المشرع تبنيه حق الدم من جهة الاب فقط دون اشتراط لوجود حق الإقليم وهذا ما نصت عليه الفقرة (ب) من نفس المادة حيث نصت على (يعد ليبيا..... (ب) من ولد خارج ليبيا لأب ليبي، وفي هذه الحالة يجب أن تكون ولادة الأيمن قد سجلت خلال سنه من تاريخ حصولها لدى المكتب الشعبي أو مكتب الأخوة بالخارج أو أي جهة يوافق عليها أمين اللجنة الشعبية العامة للأمن العام أو من يقوم مقامه).

1- وفق المادة (4) من القانون الحالي والتي تنص على أنه (يجوز لأي شخص اختيار الجنسية الليبية استناداً لاحكام هذا القانون متى كان من أصل ليبي وولد قبل 1951/10/07م، ولم يكن مقيماً في ليبيا بذلك التاريخ إذا توافر فيه أحد الشرطين الآتيين:

أ- أن يكون قد ولد في ليبيا.

ب- أن يكون قد ولد خارج ليبيا وكان والده أو جده الأول من جهة الأب مولوداً فيها.

ووفق المادة (9) والتي تنص على أن: (يجوز منح الجنسية الليبية للراغبين في الحصول عليها وذلك بقرار من اللجنة الشعبية العامة بناءً على عرض من أمين اللجنة الشعبية العامة للأمن العام إذا توافرت فيه الشروط الآتية...).

وأيضاً في الحالة أعلاه يؤكد المشروع مرة أخرى تبنيه حق الدم من جهة الأب متجاهلاً صراحة دور الأم في نقل جنسيتها لأبنائها مع اشتراط اتباع إجراءات التسجيل خلال سنه من واقعة الولادة⁽¹⁾.
وأخيراً، لا دور للأم من خلال ما استعرضناه في مجال نقل الجنسية الأصلية للأبناء.

5- تبنى حق الدم من جهة الأم مدعماً بحق الإقليم. حيث اعترف المشرع وفق الفقرة (ج) من المادة الثالثة للأمم بدور احتياطي في مجال نقل الجنسية الأصلية لأبنائها وذلك في حالة غياب دور الأب في ذلك، بنصها على ((كل من ولد لأم ليبية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، أو كان مجهول الأبوين، وتحدد اللائحة التنفيذية الضوابط المتعلقة بتنفيذ هذه المادة)).
يتبين مما سلف الآتي:

- 1- للأمم دور احتياطي في حالة غياب دور الأب في نقل الجنسية.
- 2- دعم دور الأم في نقل الجنسية بحق الإقليم وكأن حق الدم من ناحية الأم لا يكفي لكسب الجنسية الأصلية.
- 3- يشترط لاكتساب الجنسية الأصلية على أساس حق الإقليم بالإضافة إلى حق الدم من ناحية الأم الشروط الآتية:
 - أ- تحقق واقعت الولادة على الإقليم الليبي (ماذا عن يولد لأم ليبية في الخارج؟)
 - ب- ثبوت نسب الولد الى أمه الليبية لحظت الميلاد.
 - ج- أن يكون الأب مجهول أو عديم الجنسية.

1- ذلك للإطمئنان على ارتباط الأسرة المقيمة بالخارج بالمجتمع الليبي وولائها له.

4- اعتماد حق الإقليم في اكتساب الجنسية الاصلية لمن يولد لأبوين مجهولين، وذلك لتلافي الوقوع في اشكالية اللاجنسية لهؤلاء⁽¹⁾.

وبهذا يعترف المشرع الأبناء غير الشرعيين بمركز قانوني يفوق المركز القانوني لأبناء الام الليبية المتزوجة شرعاً من غير الليبي، وتأسيساً على ذلك ليس أمام الأم الليبية المتزوجة من غير الليبي لكي يكتسب أبنائها الجنسية الأصلية إلا أن تتخذ أحد الحلول الآتية:

1- أن تثبت أن زوجها الأجنبي مجهول الجنسية أو لا جنسية له.

2- أن تتكرر نسب أبنائها لأبيهم قانوناً حتى يتحصلوا على الجنسية الأصلية، أي بمعنى آخر عليها أن تختار بين أمرين أحلاهما مرّاً، إما أن يكون ابنها شرعياً أو أن يتحصل على الجنسية الليبية الأصلية، وقد يكون الأمر مؤلماً لها أن تستبدل شرعية نسب وليدها بالحصول على الجنسية الليبية الأصلية⁽²⁾.

ومن المؤسف أن يقر المشرع لهذه الفئة⁽³⁾ اكتساب الجنسية الليبية الأصلية لمجرد الولادة على الإقليم، ويعتبر وجودهم على هذا الأقليم قرينة علي ولادتهم فيه يمنحهم مركزاً قانونياً ممتازاً، بينما يستكثر ذلك على أبناء الأم الليبية الشرعيين، أما كان من الأجدر للمشرع الليبي أن يسوي بينهم وبين مجهولين الآباء، فيعتمد أساس حق الإقليم لمن يولد على الأرض الليبية لأم ليبية مثلاً؟.

أما المادة (11) من نفس القانون فقد نصت على أنه: ((يجوز منح أولاد المواطنين الليبيين المتزوجات من غير الليبيين الجنسية الليبية، تحدد اللائحة التنفيذية الضوابط اللازمة لتنفيذ هذه المادة))، هذا النص لم يأتي بشيء جديد لأنه ببساطة نص

1- مجهول الجنسية هو الشخص الذي تكون له جنسية ولكنها غير معروفة، أما عديم الجنسية هو الذي لا يتمتع بجنسية أي دولة.

2- انظر: عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، (ص186).

3- من يولد لأبوين مجهولين.

مكرر، فقد تضمن القانونان القديمان (17-18) تقريباً نفس الحكم⁽¹⁾. لكن نص المادة (11)، قد يبدو للبعض بأنه يكسب أبناء الليبية المتزوجة من أجنبي الجنسية الليبية، إلا أنه في حقيقة الأمر ما هو إلا تأكيد على إصرار المشروع على عدم منح أبناء ليبيا الجنسية الأصلية ابتداءً، ثم إنه يخول من خلال النص أعلاه الجهات التنفيذية (سلطة تقديرية) في منح الجنسية أو عدم منحها لهم وذلك بالإشارة إلى إحالة الموضوع إلى اللائحة التنفيذية لوضع الضوابط اللازمة لتنفيذ هذه المادة.

ونحن بدورنا نرى أن المشرع قد تخلى عن دوره التشريعي في أمر جوهرى يهم فئة من أبناء المجتمع الليبي (أبناء الليبيات) بتفويضه أمر منحهم الجنسية الليبية إلى جهات تنفيذية، وكان الأجدر بالمشروع ألا يتصل من دوره كمشروع في تنظيم مثل هذه المسألة الهامة بالإحالة إلى اللائحة التنفيذية (الجوازية) في تقرير مثل هذه الأمور الجوهرية كمنح الأجهزة التنفيذية سلطات تقديرية يخشى فيها أن تتغول على الحقوق الأساسية لفئة من المواطنين التي لا ينبغي أن يترك السلطة التنفيذية تنظيمها بوصفها من المسائل التي تدخل في صميم المجال التشريعي.

المطلب الثاني / نظرة نقدية لبعض احكام القانون

رقم (24) 2010م بشأن الجنسية الليبية

من خلال ما تقدم تبين أن المشرع الليبي قد تبنى الاتجاه المعارض لفكرة المساواة بين دور الأب ودور الأم في نقل الجنسية للأبناء وهو اتجاه يستند على حجة عدم منطقية المساواة بين الدورين وذلك لرجحان دور الأب في مدى التأثير على أبنائه لجهة تنمية وتعزيز الشعور بالوطنية والولاء الوطني لديهم تاسيساً على أنه (أي الأب) القيم على الأسرة، وهذا الشعور هو مناط نشوء رابطة الجنسية بين المواطن ودولته

1- نصت المادة (5) فقرة (2) من القانون (17) وكذلك المادة (5) فقرة (أ) من القانون رقم (18) نفس الحكم الوارد بالمادة (11) من القانون رقم (24) 2010م.

ولكن مع تقدير الدور الأساسي الذي يقوم به الأب في تكوين الاسرة ابتداءً وفي دعم استمراريتها مادياً انتهاءً إلا أن الدراسات الاجتماعية والنفسية ذات المصادقية أثبتت أن الغاية تكون دائماً لدور الأم من الناحية النفسية في تكوين شخصية أطفالها وتنمية مداركهم وتوليد الشعور لديهم بالإنتماء للوطن تدريجياً عبر مرور الأطفال بمراحل عمرية معينة إلي حين بلوغ سن الرشد، وكما يقال فإنه إذا كانت الوطنية (حب الوطن) يرضعها الطفل مع حليب أمه فإن الشعور بالإنتماء لأرض الوطن (جغرافياً) وللقوم الذين يعيشون على هذه الارض (قومياً) هما مناط تقدير ما إذا كان الفرد جيداً بحمل جنسية دولة ما. ولما كان الطفل في المراحل السنية الأولى أكثر ارتباطاً وتأثيراً بأمه فإن الأجد (تشريعياً) تغليب دورها في تقرير مدى أحقية أبنائها في اكتساب الجنسية من عدمها.

ومن ناحية أخرى قد يكون ما دفع المشرع الليبي إلى عدم الاعتراف للأم بدورها في نقل الجنسية هو هاجس ازدواج الجنسية (وفق بعض الفقه⁽¹⁾) على اعتبار أن الأولاد في حالة ثبوت جنسيتهم لأبائهم فإن منحهم جنسية أمهاتهم سيجعل منهم متعددي الجنسية وهو ما يخشاه المشرع، في الوقت الذي سكت فيه المشرع عن جنسية أبناء الليبيين المتزوجين من أجنبيات باعتبار أنهم يتمتعون في أغلب الأحيان بجنسيتين (جنسية الأم الاجنبية و جنسية أبيهم الليبية). وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أن المشرع الليبي قد أخذ بقاعدة الكيل بمكيالين. ومن جه أخرى سمح المشرع في حالات خاصة استثنائية بمنح الجنسية للبعض دون النص على تخليهم عن جنسيتهم الأصلية⁽²⁾، عليه لم يعد هناك ما يبرر حرمان الأم الليبية المتزوجة من أجنبي من حقها في نقل

1- انظر: عزة المقهور، المرجع السابق.

2- نصت المادة (3) فقرة (ب) من القانون الحالي على: (... إذا اكتسب الشخص الذي ينطبق عليه حكم هذه الفقرة جنسية أجنبية بحكم ولادته بالخارج، فإنه لا يفقد جنسيته الليبية..).

جنسيتها لأبنائها. أضف إلى ما تقدم بأن مشكل ازدواج الجنسية مسأله عالمية النطاق ولا يمكن لدوله بمفردها أن تتحمل عبء حلها، كما أن بعض الدول تعترف بمبدأ تعدد الجنسيات استجابة لاعتبارات ومصالح وطنية⁽¹⁾، ونحن نرى في هذا الصدد بأنه من المصالح التي يجب أن تراعى في المجتمع الليبي هو حل مشكل أبناء الليبيين المتزوجات من غير الليبيين والمقيمات وأبنائهن بشكل دائم في ليبيا ولا يعرفون غيرها وطناً، وبالتالي فإن نقل جنسية الأم لأبنائها حتى ولو كانت سبب في تعدد جنسيتهم فإنهم أفضل من بقائهم دون جنسية داخل مجتمع هم جزء لا يتجزأ منه في حالة ولادتهم على الأراضي الليبية وتكون دولة أبيهم لا تمنح الجنسية الا لمن ولدوا على إقليمها (تأخذ بحق الإقليم في منح الجنسية) ففي هذه الحالة لن يكتسب هؤلاء أيّاً من جنسية الأم ولا الأب فيصيرون عديمي الجنسية وقد يرد البعض بان المشرع عالج وضع عديم الجنسية باعترافه بدور الأم بشكل استثنائي في نقل جنسيتها للأبناء بناءً على حق الدم من جهة الأم مدعماً بحق الإقليم (الولادة على الإقليم) وذلك في حالة محددة وهي حالة غياب تأثير دور الأب، ولكن يثور التساؤل عن وضع أبناء الأم الليبية المولودين خارج ليبيا، وبالتأكيد إنهم لن يستفيدوا من هذا الحكم وبالتالي يتعين معالجة اوضاعهم لاعتبارات عملية.

وقد يرى البعض بأن حل تلك المشاكل يكمن في سماح المشرع لهم بتقديم طلب للحصول على الجنسية وفق الحكم الوارد بالمادة (11) سالفه الذكر والتي تجيز منحهم الجنسية، وهذا يعني منح الجهات التنفيذية (سلطة تقديرية جوازية) وهو أمر منكور تشريعياً.

مما تقدم يتضح أن هناك فراغاً تشريعياً يجب على المشرع تداركه من خلال تعديل نصوص هذا القانون بما يؤدي الى الاعتراف بدور الأم في نقل الجنسية الأصلية

1- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، (ص110).

لأكبتها أسوة بدور الأب في هذا الشأن للإعتبارات سالفه الذكر واعتبارات أخرى لا يخفي مدى أهميتها التشريعية والعملية وهي كالآتي:

1- ضرورة الالتزام بالنصوص الدستورية النافذة إعمالاً لمبدأ سمو النصوص الدستورية على أحكام التشريعات العادية.

2- ضرورة الالتزام بأحكام المواثيق والعهد الدولية والاقليمية التي تعد ليبيا طرفاً فيها على النحو الذي شرحناه في المبحث الأول.

3- الاستفادة من التجارب التشريعية والتنظيمية المقارنة، خاصة الدول العربية والتي قطعت أشواطاً كبيرة في هذا المجال نظراً لتشابه الظروف والعادات والتقاليد بين المجتمعات العربية على وجه الحصر.

4- ضرورة مواكبة التطور الاجتماعي والإقتصادي في ليبيا والاستجابة له، كخروج المرأة للعمل واتصالها بالعالم الخارجي وتأخر سن الزواج، وزيادة عدد الأجانب المقيمين في ليبيا لمختلف الأغراض، واندماج هؤلاء داخل المجتمع الليبي وزيادة نسبة الزواج المختلط نتيجة ذلك.

5- ضرورة معالجة أوضاع أبناء الليبيات المولودين في ليبيا والمقيمين بها إقامة عادية مع أمهاتهم ومعالجة أوضاع هذه الطائفة المتزايدة العدد (تشريعياً) بوصفهم أضحو يشكلون مكوناً هاماً من مكونات هذا المجتمع ويسهمون في بنائه وتطوره، ويعتبرون مصدر قوة له يجب أن تستغل لا أن تهمل.

كما أنه لا فائدة من منع هؤلاء من حصولهم على الجنسية الليبية لأنهم ببساطة لا يطلبونها إلا إذا كانوا فعلاً مرتبطين ارتباطاً حقيقياً بليبيا. ومن ناحية أخرى فإنهم بحكم إقامتهم العادية داخل المجتمع الليبي فإن هذا المجتمع يقدم لهم كل المساعدات والتيسيرات، كالاستفادة من خدمات المرافق العامة وتقديم بعض الإعفاءات لهم في مجال التعليم والصحة. ومن هذا المنطلق وإسهاماً في التصدي لمعالجة ظاهرة تكبر

سنة بعد أخرى، فإنه لا يكفي الاعتراف لهؤلاء بالتمتع بجميع الحقوق والحريات الأساسية، والاستفادة من الخدمات العامة فحسب، لأن هذه الخطوة وإن كانت أساسية إلا أنها تبقى منقوصة، لأنها لا تتصدى للب المشكلة المتمثل في حقيقة انصهار أبناء هذه الطائفة في النسيج الاجتماعي للدولة دون أن يصاحب ذلك اعتراف من النظام القانوني للدولة بأن هؤلاء صاروا جزءاً من مكونات الدولة الأساسية (شعب الدولة)، وأن رباطه الجنسية هي الحلقة المفقودة في تكريس هويتهم السياسية والقانونية التي تتحقق من واقع إقامتهم ومعيشتهم وترعرعهم في كنف المجتمع الليبي.

من هنا نقترح كما اقترح العديد من المهتمين بهذا الأمر أن يتبنى المشرع مبدأ المساواة التامة بين الأب والأم وخاصة في مجال نقل الجنسية الأصلية للأبناء وهذا لايتأتى إلا بتعديل النصوص الأساسية والتي تقوم عليها أحكام الجنسية الأصلية كأن ينص على أن يعد ليبيا من ولد لأب ليبي أو أم ليبية سواء ولد في ليبيا أو في خارجها وسواء كان لأب مجهول الجنسية أو عديمها أو يتمتع بجنسية دولة ما. كما نؤكد من خلال هذا المقترح على حل المشكلة بالنص على أن تثبت الجنسية فور ميلاد الطفل لأم ليبية سواء ولد داخل الإقليم أو خارجه، والسماح لمن ولد لأم ليبية بالخارج من اكتساب الجنسية الليبية عند بلوغه سن الرشد إذا قرر الإقامة فيها.

الخاتمة

لاحظنا أن المشرع الليبي نهج نهجاً مغايراً تماماً للسائد في التشريعات المقارنة عربياً وإقليمياً ولما استقر في الأعراف والمواثيق الدولية، في شأن تكريس قاعدة المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء، كما أن الراجح لدى جمهور الفقه الإسلامي يؤيد هذا الاتجاه. وبالرغم من أنه قد اعترف للأُم بدور احتياطي محدود في هذا الشأن وحتى هذا الدور كان مدعماً بحق آخر وهو حق الإقليم حماية للأبناء من الوقوع في حالة اللاجنسية وذلك في اوضاع وفروض معينة وهي غياب تأثير دور الأب كونه مجهول او عديم الجنسية او مجهولها أو كان الولد مجهول الأبوين، وفي الحالة الأخيرة يمنح الولد الجنسية الليبية الأصلية على أساس حق الإقليم أي بشرط أن تكون واقعة الولادة قد تمت فعلاً على الإقليم الليبي.

ومن ناحية أخرى أهمل المشرع فروضاً أخرى قد يقع فيها الولد في حالة اللاجنسية مثل ولادته في ليبيا لأب أجنبي يتمتع بجنسية دولة تأخذ بمعيار الإقليم في منح جنسيتها، وكذلك في حالة ولادة الولد في الخارج وعدم تمكنه من الحصول على جنسية دولة الميلاد، عليه فان المشروع الليبي للأسف لم يفلح في حماية الأبناء المولودين لأُم ليبية من الوقوع في مشكلة اللاجنسية في الفروض السابق ذكرها.

كما أننا من خلال ما تناولناه في هذا البحث رأينا ان المشرع الليبي، قد منح طائفه من الاولاد (غير الشرعيين) مركزاً قانونياً مميزاً يفوق المركز القانوني لأبناء الأم الليبية الشرعيين، بالاعتراف لتلك الطائفة بالجنسية الأصلية بحكم الميلاد على الإقليم وحرمان أبناء الليبيات الشرعيين منها برغم من ميلادهم على الإقليم الليبي لأُم ليبية وأب أجنبي قد اختارته شريكاً لحياتها وارتضته زوجاً لها وفق الشرع الإسلامي والقانون الليبي، فكان الأحرى بالمشرع أن يكون أكثر إنصافاً في منح هؤلاء الجنسية الأصلية على أساس حق الإقليم في أقل الفروض.

كما أن المشرع الليبي تجاهل الرابطه الماديه القوية التي تربط الأم بأبنائها من جهة ورابطة هؤلاء الأبناء بالمجتمع الذي ولدوا على ترابه وترعرعوا في اقليمه.

كما أن المشرع الليبي تجاهل الواقع القائم بدأبه على التمسك بموقفه وفق تشريعات الجنسية الملغاه (17-18)، وذلك بعدم الاعتراف لأبناء الأم الليبية بالجنسية الأصلية، وإذا كان لهذا الموقف ما يبرره خلال الفترة التي صدر فيها القانونان القديمان وذلك لندرة وقوع حالات زواج الليبيات من أجنب في ذلك الوقت، بيد أن الظروف الاجتماعية في المجتمع الليبية قد تغيرت بمرور الزمن، فظاهرة زواج الليبيات من غير الليبين نتيجة طبيعية ومنطقية بعد دخول المرأة الليبية سوق العمل وانفتاحها على العالم الخارجي من جهة، وازدياد أعداد الأجنب المقيمين في ليبيا من جهة أخرى وكذلك تفاقم ظهرت تأخر سن الزواج بالنسبة للفتيات الليبيات، كل تلك الأسباب ساهمت بشكل أو بآخر في اتجاه المرأة الليبية من الزواج بغير الليبي مع مراعاة شرط وحدة الديانه (الدين الاسلامي) وعدم الاعتراد بالانتماء القومي.

عليه فإن الأعتبارات السابقة المعلنة وغير المعلنة التي كان يمكن الاستناد اليها لتبرير موقف المشرع من أبناء الام الليبية في شأن منحهم الجنسية الليبية لم تعد قائمة في الوقت الحاضر، ومن ثم ينبغي على المشرع الليبي أن يعيد حساباته وأن يستجيب للاتجاه المنادي بضرورة حماية أبناء الليبيات من زواج أجنبي الذين هم جزء لا يتجزأ من نسيج مجتمعا.

والله ولي التوفيق.

قائمة أهم المراجع

- 1- أبو العلاء النمر، جنسية أولاد الأم المصرية، الطبعة الثانية دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- 2- جمال محمود الكردي، أولاد الأم المصرية لا هوية رغم تعديل قانون الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- 3- حفيفة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008م.
- 4- عبد الحميد محمد عليوة، دور الأم المصرية والعربية والأجنبية في نقل الجنسية إلى أبنائها، دار لمطبوعات الجامعية، القاهرة، 2006م.
- 5- عبد الرزاق المرتضي سليمان، الأشخاص الطبيعية في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، مكتبة طرابلس العالمية، طرابلس، ليبيا، 2007م.
- 6- عبد المنعم زمزم، جنسية أبناء الأم المصرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.
- 7- عزة كامل المقهور، حق المرأة الليبية في منح جنسيتها إلى أبنائها من غير الليبيين، القضية العادلة وأسانيدها القانونية، بحث منشور، المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر، طرابلس، 2006م.
- 8- غالب على الدوادي، القانون الدولي الخاص (الجنسية) دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان، 2011م.
- 9- محمد المبروك اللافي، القانون الدولي الخاص الليبي، الجنسية ومركز الأجانب جامعة ناصر، طرابلس، 1993م.
- 10- مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة، منشورات المكتب الفني للاصدارات القانونية، القاهرة، 2001.

- 11- الجريدة الرسمية عدد (3)، السنة الرابعة صادر في 25-24-1954م. الجريدة الرسمية عدد (43)، سنة 1973م. الجريدة الرسمية عدد (3) لسنة 2004م. الجريدة الرسمية عدد (20) لسنة 1989م.
- 12- مدونة التشريعات عدد (7) السنة العاشرة 2010م.
- 13- منشورات مركز الأمم المتحدة، الطبعة 1983-القاهرة
- 14- منشورات مركز الأمم المتحدة للإعلام، القاهرة.

المخاطر في عقد المضاربة وكيفية التحوط منها

- دراسة من منظور فقهي -

أ. شرف الدين مصطفي شتوان*

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

لقد كان القرآن الكريم ولا يزال المصدر الأول لفقه المعاملات المالية والمصرفية بما اشتمل عليه من أحكام عامة تتطوي تحتها كل المعاملات، وبما ورد فيه من أحكام متعلقة مباشرة بمسائل مالية ونقدية، وقد كانت الآيات المتعلقة بأحكام الدين والربا والقرض والنقود والصدقة أصولاً تشريعية عظيمة ارتقت بفكر الإنسان وسلوكه في المعاملات إلى مستوى لم يكن معهوداً من قبل.

وإن المنطلق للعمل المصرفي القائم الآن مبني على مشاركة العميل في الربح والخسارة، وذلك ولا شك قائم على مخاطر منها ما تخص الاستثمار وأحوال الأسواق، ومنها ما تخص الوفاء بالالتزامات المالية أو العملية، وسأتناول في هذا البحث مسألة (المخاطر في عقد المضاربة وكيفية التحوط منها دراسة من منظور فقهي).

وتتمثل أهمية الموضوع في التالي:

1- أن الإسلام لم يهمل العقل وحث على استخدامه في حدود شرعه، ونحن الآن بصدد معاملات مستجدة تحدث نتيجة للتقدم العلمي والتكنولوجي.

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون مصراته

2- طلب الصيرفة الإسلامية أدوات جديدة للتمويل، وما يطلب في هذه الأدوات من موافقة المقاصد والمصالح، وأدائها للغرض التمويلي.

3- هذه الأدوات الجديدة للتمويل تتضمن مخاطر عديدة يلزم الوقوف على كيفية التحوط بها في إطار مشروع إسلامي.

وستقتصر الدراسة على بيان المخاطر في عقد المضاربة وكيفية التحوط لها، وتهدف الدراسة إلى:

1- تسليط الضوء على المخاطر الفقهية في عقد المضاربة.

2- تبيين الجائز من المخاطر وعدمه، لضبط النشاطات ويتبين الحلال من الحرام.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد تبنت المصارف الإسلامية عند إنشائها أن الفكرة الأساسية التي يقوم عليها المصرف في استثماراته هي المضاربة والمشاركة، وبالنظر في إحصائيات نشاطات المصارف تجد النسبة العليا لأعمالها هي المرابحة والعقود التي يترتب عليها المديونات، ولعل السبب في عدم استخدام صيغة المضاربة والمشاركة راجع لما تكتنفه هذه العقود من المخاطر، وما تحتاج إليه من مدد طويلة الأجل حتى نصل إلى ثمرة الاستثمار، فكيف يمكن التحوط منها وتوفير أكبر قدر من الضمان والحماية حتى تقدم المصارف على هذه الصيغ؟

الدراسات السابقة:

لقد تناول مجموعة من الباحثين دراسات تتعلق بالمخاطر، من ناحية إدارتها ومن ناحية التحوط منها، ومن هذه الدراسات:

1- تطبيق المضاربة والمشاركة المتناقضة في التمويلات المصرفية، للدكتور أحمد محي الدين: تناول الباحث في جزء من هذه الورقة المخاطر الفقهية لعقدي المضاربة والمشاركة، وذكر أنه يمكن أن يحتاط من هذه المخاطر، إما بضمان طرف ثالث أو

التطوع بالضمان أو تجزئة رأس المال وعدم تسليمه كاملاً في المضاربة أو اشتراط التدخل في إدارة العملية. وذكر أن هذه التحوطات فيها خلاف بين العلماء في جوازها وعدمه وفي إمكانية تطبيقها⁽¹⁾.

2- إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، للأستاذة رانية زيدان العلوانة: تناولت الباحثة في هذه الدراسة المخاطر المصرفية بشكل عام (المصارف التقليدية والإسلامية) وذكرت الاختلاف بين المخاطر في المصرف التقليدي والإسلامي، وتوصلت الباحثة إلى مجموعة من الأساليب تتناسب مع مخاطر متعددة الصيغ المصرفية منها: بيع العربون، والتأمين التعاوني، وخيار الشرط، والضمانات الشخصية والعينية والتوثيق⁽²⁾.

3- قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم (122) في دورته الثالث عشر، والمنعقد في دولة الكويت، 22-27/ ديسمبر/ 2001م، والأبحاث المقدمة في المؤتمر: تناولت أحكام التأمين التعاوني، وأحكام المضاربة من ناحية تجزئة رأس المال، واشتراط الضمان.

ويهدف الباحث من هذه الدراسة إلى التالي:

- 1- بيان المخاطر من منظور فقهي في عقد المضاربة.
- 2- محاولة إيجاد التحوطات المناسبة لتقليل هذه المخاطر، وتوفير جانب الأمان للمصارف حتى توازن بين الصيغ من ناحية الاستعمال وتقدم عليها.
من أهم ملامح المنهجية التي سيسير عليها الباحث ما يلي:
- 1- قد اتبعت المنهج الاستقرائي والتحليلي في عرض المسألة.

1- ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الرابع للهيئات الشرعية والمؤسسات المالية الإسلامية 3، 4 أكتوبر 2004، المنامة، البحرين.

2- أصل الكتاب رسالة ماجستير جامعة اليرموك، كلية الشريعة قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية، منشورة، عماد الدين للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ط1/2009.

2- الأساس في تناول المسائل الواردة في البحث سيكون من داخل المذاهب الفقهية التالية (الحنفية- المالكية- الشافعية- الحنابلة) مع الاعتماد على المقارنة في إظهار وجهات نظر فقهاء تلك المذاهب، مع الرجوع إلى الدراسات والأبحاث الاقتصادية.

خطة البحث:

مقدمة:

المبحث الأول: في ماهية المخاطر وأنواعها.

المطلب الأول: معنى المخاطر.

المطلب الثاني: المخاطر المشروعة والممنوعة.

المطلب الثالث: أنواع المخاطر المصرفية.

المبحث الثاني: مخاطر عقد المضاربة من منظور فقهي.

المطلب الأول: في معنى المضاربة.

المطلب الثاني: مخاطر عقد المضاربة.

المطلب الثالث: كيفية التحوط من هذه المخاطر.

خاتمة، وفيها أهم النتائج.

المبحث الأول: في ماهية المخاطر وأنواعها

المطلب الأول: معنى المخاطر

المخاطر لغة:

هي من الفعل خطر يخطر، وجمعها أخطاراً، والخطر له معان منها: ارتفاع القدر والمال والشرف والمنزلة، والمخاطرة: المراهنة، وبمعنى الإشراف على الهلاك، وبمعنى السبق الذي يتراهن عليه⁽¹⁾.

المخاطر اصطلاحاً:

ورد لفظ الخطر والمخاطرة على ألسنة الفقهاء، ولكنه لم يرد له تعريف محدد، وإنما وردت ألفاظ مرادفة له كالمقامرة والمراهنة والميسر والغرر، وسأعرض بعض النقولات التي تشير إلى هذه المعاني:

جاء في المدونة: "قلت لم كره مالك أن أسلف في سلعة قائمة بعينها، وأضرب لأخذها أجلاً: قال: لأن ذلك عنده غرر لا يدري أتبلغ تلك السلعة إلى ذلك أم لا، وهو يقدم نقده، فينتفع صاحب تلك السلعة بنقده، فإن هلكت السلعة قبل الأجل كان قد انتفع بنقده من غير أن تصل السلعة إليه، فهذا مخاطرة وغرر"⁽²⁾.

جاء في مجموع الفتاوى: "وكذلك لفظ الميسر هو عند أكثر العلماء يتناول اللعب بالنرد والشطرنج، ويتناول بيوع الغرر التي نهى عنها النبي ﷺ، فإن فيها معنى القمار الذي هو ميسر؛ إذ القمار معناه أن يؤخذ مال الإنسان وهو على مخاطرة هل يحصل له عوض أم لا يحصل، كالذي يشتري البعير الشارد وحبل الحبله"⁽³⁾.

1- لسان العرب، لابن منظور: 249/4، تاج العروس، للزبيدي: 197/11، مختار الصحاح، للرازي: 76/1.

2- المدونة الكبرى، مالك بن أنس: 28/9.

3- مجموع الفتاوى، لابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن محمد بن قاسم: 283/19.

"وإذا اشتريت سلعة ثم وليتها رجلاً ولم تسمها له ولا ثمنها أو سميت أحدهما، فإن كنت ألزمتها إياها لم يجز؛ لأنه مخاطرة وقمار"⁽¹⁾.

من النقولات الفقهية السابقة يتضح أن معنى المخاطرة هو كل أمر اكتتفه غرر وجهالة، وقد عرفت الموسوعة الفقهية المخاطرة بأنها: "كل ما يتردد بين الوجود والعدم، وحصول الربح أو عدمه"⁽²⁾، وقد عرفت المخاطرة في الاقتصاد الوضعي بعدة تعريفات حسب نوعية العقد، كالمخاطر المالية أو مخاطر الأعمال، وأذكر تعريفاً عاماً لكل الأنواع وهو: "المخاطرة: حالة يكون فيها إمكانية أن يحدث انحراف معاكس عن النتيجة المرغوبة المتوقعة أو المأمولة"⁽³⁾.

ولكن ليس كل مخاطرة ممنوعة وغير مرغوبة، بل هناك مخاطرة لا بد منها لإضفاء المشروعية على المعاملة، وهذا ما سأبينه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: المخاطرة المشروعة والممنوعة

المخاطرة لها عدة معان ارتبطت بها أحكام شرعية مختلفة، فتارة تكون قادحاً في مشروعية المعاملات، وتارة يكون غيابها سبباً في عدم المشروعية، يقول ابن تيمية: "وكذلك كل من المتبايعين لسلعة، فإن كلاً يرجو أن يربح فيها، ويخاف أن يخسر، فمثل هذه المخاطرة، جائزة بالكتاب والسنة والإجماع، والتاجر مخاطر، وكذلك الأجير المجمعول له جعل على رد أبق، وعلى بناء حائط، فإنه قد يحتاج إلى بذل مال، فيكون متردداً بين أن يغرم أو يغنم، ومع هذا فهو جائز، والمخاطرة إذا كانت من الجانبين فهي أقرب للعدل والإنصاف مثل المضاربة والمساقاة والمزارعة"⁽⁴⁾، ويقول ابن القيم: "والمخاطرة: مخاطرتان، الأولى: أن يشتري السلعة بقصد أن يبيعها ويربح

1- منح الجليل لشرح مختصر خليل، محمد عليش: 488/4.

2- الموسوعة الفقهية الكويتية: 206/19.

3- إدارة المخاطر، طارق عبد العال حماد: 16.

4- مختصر الفتاوى المصرية، بدر الدين أبو عبد الله البعلبي، تح: محمد حامد الفقي 533/1.

ويتوكل على الله، والثانية: منها الميسر، وبيع المنابذة، والملازمة... وهذه ليست مخاطرة التجار بل مخاطرة المستعجل بالبيع قبل القدرة على التسليم -وهي ما تمثله مضاربة الأسواق المالية اليوم-⁽¹⁾، فهي القهار مخاطرة وفي التجارة والاستثمار مخاطرة أيضاً، لكن مخاطرة القمار تجعله منشطاً حراماً، لأنه لا نفع فيه لأحد إلى على حساب الآخرين، بينما مخاطرة التجارة ممتدحة ومشروعة لأنها تنشر الخير والعدل وتؤول إلى صلاح الجميع⁽²⁾.

المطلب الثالث: أنواع المخاطر المصرفية

تقسم المخاطر التي تواجه المصارف الإسلامية أو التقليدية إلى قسمين:

الأول: مخاطر مالية:

وهي عبارة عن الخسائر المحتملة في الأسواق، وتشمل ثلاثة أنواع:

- 1- مخاطر السوق: وتحدث نتيجة للتحويلات التي تطرأ على الأسعار، أو تغيير في السياسات على مستوى الاقتصاد الكلي، ومن تلك المخاطر: مخاطر أسعار الفائدة، ومخاطر أسعار الصرف، ومخاطر التسعير.
- 2- المخاطر الائتمانية: وهي الناشئة عن عجز في التمويل، أو المماطلة في الوفاء بها على العميل من التزامات، مما ينتج عنها عدم قدرة البنك على الوفاء بالتزاماته.
- 3- مخاطر السيولة، وهي ناشئة عن عجز لدى البنك في مواجهة احتياطات عملائه في الأجل القصير⁽³⁾.

1- زاد المعاد في هدي خير العباد 5/723.

2- نقلاً بتصريف من محاضرات ألقاها علينا الدكتور عبد الجبار حمد السبهاني، قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية، مادة الأسواق المالية، جامعة اليرموك - الأردن، الفصل الدراسي الأول، 2008م.

3- ينظر: إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، رانية زيدان العلوانة 27، محاضرات إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، محمد سعيال الدروبي 2 وما بعدها، من شبكة المعلومات (الانترنت) على الموقع:

الثاني: مخاطر غير مالية:

وتسمى مخاطر الأعمال، وتحدث نتيجة للأعمال التي تمارسها المصارف، ومنها:

- 1- مخاطر التشغيل: وتنشأ عن ممارسة البنك لأنشطته المختلفة التي ينتج عنها أخطاء بشرية بسبب عدم الكفاءة أو التدريب، أو أخطاء فنية نتيجة لعطل الأجهزة.
- 2- المخاطر القانونية: وتحدث نتيجة لوقوع التزامات غير متوقعة، أو فقد جانب من قيمة أصل من الأصول نتيجة لعدم توافر الرأي القانوني السليم.
- 3- مخاطر عدم الالتزام: وتحدث عند تجاهل البنك لتعليمات البنك المركزي، أو المعايير الدولية، مما يعرض هذه البنوك لعقوبات، وما ينتج عن ذلك من مخاطر أهمها: تزعزع سمعة البنك في الأوساط المصرفية وعند الجمهور⁽¹⁾.

المبحث الثاني: مخاطر عقد المضاربة من منظور فقهي

المطلب الأول: ماهية المضاربة

تعتبر المضاربة صيغة من صيغ الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، والمضاربة في اللغة: مفاعلة، تدل على وقوع الفعل من الجانبين وهي من الضرب: وهو السير في الأرض، وتطلق في الاصطلاح الفقهي على: "عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب آخر"⁽²⁾، أو هي: "على دفع مال معين لمن يتجر فيه بجزء مشاع معلوم له من ربحه"⁽³⁾.

1- ينظر: إدارة المخاطر، طارق عبد العال حماد 11، 12، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، فضل محمد عبد الكريم 8 وما بعدها، من شبكة المعلومات (الانترنت) على الموقع www.islamiccenter.edu.

2- رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين 277/8.

3- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، د. نزيه حماد 422.

وقد بين تكييفها وطبيعتها صاحب الاختيار بقوله: "المضارب شريك رب المال في الربح فإذا سلم رأس المال إليه فهو أمانة، فإذا تصرف فيه فهو وكيل، فإذا ربح صار شريكاً، فإن شرط الربح للمضارب صار قرضاً، وإن شرط لرب المال فهو بضاعة، وإذا فسدت المضاربة فهي إجازة فاسدة، وإذا خالف -المضارب- صار غاصباً، ولا تصح إلا أن يكون الربح بينهما مشاعاً؛ فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت، والربح لرب المال وللمضارب أجر مثله، واشتراط الوضعية على المضارب باطل" (1). وأهل العراق يسمون هذه المعاقدة مضاربة، وأهل الحجاز يسمونها قرضاً ومقارضة (2).

والمضاربة عند الفقهاء نوعان: مضاربة مطلقة، وهي التي لا تنقيد بزمان ولا مكان ولا نوع تجارة ولا بتعيين بائع ولا مشتر، وإذا قيدت بواحد من هذه تكون مضاربة مقيدة (3).

مشروعية المضاربة:

لا خلاف بين الفقهاء في جواز المضاربة، إذ الأصل في الأفعال الإباحة حتى يرد مانع، وحاجة الناس إليها هو الوعي لوجودها، إذ هناك دائماً أصحاب عجز وأصحاب فائض، فأحدهما يملك الوقت والخبرة، والآخر يملك المال ولا يملك الوقت أو

1- الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، علق عليه: محمود أبو دقيقة، 19/3، 20.

2- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، ضبطه وخرج آياته: زكريا عميرات 438/7، والقراض والمضاربة في الاصطلاح الفقهي بمعنى واحد، لكن المضاربة في الاصطلاح الاقتصادي الحديث تعني: البيع أو الشراء الصوريين لا بغرض الاستثمار ولكن بغية الاستفادة من التغيرات التي تحدث في القيمة السوقية للأوراق المالية في الأجل القصير جداً. ينظر أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية، أحمد محي الدين أحمد 484.

3- مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر 271/1.

الخبرة، وقد تعامل الصحابة والتابعون بالمضاربة، وثبت عنهم أنهم ضاربوا بأموال اليتامى⁽¹⁾.

إذا فالمضاربة علاقة بديلة للتمويل بالقرض الربوي، بل بالقرض الحسن أيضاً، وسابقاً كان تعرفُ أصحاب العجز (طالبي التمويل) على أصحاب الفائض أمراً ميسوراً، ولكن اختلف هذا الواقع فدعت الحاجة إلى ظهور وساطة مالية تجمع بين الطرفين وهي متمثلة في المصارف، فأصبح المصرف عنده ممولون كثر بودائع يطلبون استثمارها ومضاربون كثر يطلبون هذا التمويل، وقد يقدم المصرف ماله الخاص لغرض التمويل مما يؤدي إلى خلط الأموال.

وقد استقر النظر الفقهي المعاصر على المضاربة المشتركة⁽²⁾، والتي تتميز بقيامها على علاقات جماعية لا علاقات فردية، فهي تضم ثلاثة أطراف، الأول:

- 1- ينظر: المغني، لابن قدامة 130/5، بدائع الصنائع، للكاساني: 108/5، 109، المبسوط، للسرخسي: 18/22.
- 2- وأشير إلى أن هناك وجهة نظر مخالفة مفادها: أن يجعل البنك مثل الجعيل في عقد الجعالة ويفترض هنا أن البنك هو الذي يضمن لأصحاب الودائع نقودهم، وهون لم يدخل في العملية بوصفه عاملاً في عقد المضاربة، وإنما بوصفه وسيطاً بين العامل المضارب صاحب رأس المال، فهو جهة = ثلاثة يمكنها أن تتبرع بالضمان لصاحب المال ويأخذ البنك على ذلك جعلاً، إلا أن هذه الفكرة لم تجد في كتابات المفكرين تأييداً. وهناك وجهة نظر أخرى مفادها: أن يكون للمصرف ثلاثة مسارات، الأول: أن يكون المصرف رب مال حقيقي وذلك بأمواله الخاصة وبالودائع الجارية التي في ضمانه يدفعها لمن يضارب فيها والربح بينهما حسب ما يتفقان. الثاني: أن يكون مضارباً حقيقياً حينما يجتهد في استثمار أموال الودائع الاستثمارية ولا يفوضها إلى الغير، ويمكنه أن يبوب حزمه الاستثمارية بحسب الأجل: قصيرة ومتوسطة وطويلة الأجل، والمودع المستثمر يختار الحزمة التي يريد.
- الثالث: أن يكون نشاط المصرف محصوراً بتعريف أصحاب الودائع الاستثمارية بعمال المضاربة، ويعنى بدفاتر حساباتهم ودراسات الجدوى التي يكلفه بها، وأي خدمات آخر يطلبونها مقابل أجور مضمونة لا علاقة لها بالمخاطرة أو الضمان. وهكذا يكون المصرف في المسار الأول رب مال حقيقي، وفي الثاني عامل مضاربة حقيقي، وفي الثالث أجيراً مشتركاً حقيقياً. نقل بتصرف من محاضرات ألقاها علينا الدكتور عبد الجبار حمد السبهاني، قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية، مادة الفكر المصرفي الإسلامي، جامعة اليرموك-الأردن، الفصل الأول، سنة 2008م. وينظر: البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: 32، 33، أصول المصرفية

أصحاب رؤوس الأموال، والثاني: المستثمرين أو أصحاب الأعمال أو المضاربين، والثالث: المضارب المشترك الوسيط (المصرف)، وهذا الأخير دوره مزدوج فهو مضارب في علاقته مع أصحاب رؤوس الأموال، ورب مال في علاقته مع المستثمرين⁽¹⁾.

ويمكن للمصرف الاشتراك بأمواله الخاصة مع أموال المودعين، حيث إن خلط مال المضارب مع رب المال جائز عند الفقهاء منهم من اشترط الإذن في ذلك ومنهم من لم يشترطه.

يقول الكاساني: "القسم الذي للمضارب أن يعمله إذا قيل له اعمل برأيك، وإن لم ينص عليه، فالمضاربة والشركة والخلط، فله أن يدفع مال المضاربة إلى غيره وأن يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بمال نفسه إذا قال له رب المال اعمل برأيك. وليس له -المضارب- أن يعمل شيئاً من ذلك -الشركة والخلط- إذا لم يقل له -رب المال- ذلك"⁽²⁾.

جاء في المدونة: "قلت لابن القاسم: رأيت الرجل يدفع للرجل المال القراض، فيعمل به وله مال فيتجر به لنفسه فيتخوف إن قدم ماله وأخر مال الرجل، وقع الرخص في الأول، أو يخاف أن يقدم مال الرجل ويؤخر ماله فيقع الرخص في الآخر، فكيف تأمره أن يعمل؟ قال: الصواب من ذلك أن يخلطهما جميعاً ثم يشتري بهما جميعاً"⁽³⁾.

الإسلامية وقضايا التشغيل، د. الغريب ناصر: 49 وما بعدها، المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية، د. قطب مصطفى سانو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 1247/13.

1- ينظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د. سامي حمود: 393 وما بعدها، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، د. أميرة عبداللطيف مشهور: 308، المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية، محمد تقي العثماني، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 1073/13.

2- بدائع الصنائع، للكاساني: 133/5.

3- المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس: 102/12.

"قال مالك: "لا يجوز للعامل أن يشارك بالقراض إلا بأمر رب المال، لأنه إذا جاز له أن يقارض بإذن رب المال جازت له الشركة. قال: وإذا دفع إلى العامل المال قراضاً على النصف فيدفعه العامل إلى غيره قراضاً على الثلثين فهو ضامن عند مالك، فإن عمل الثاني به فربح فإن رب المال أولى بربح نصف جميع المال، ويكون للمقارض الآخر النصف أيضاً، ويرجع المقارض الآخر على المقارض الأول بمثل سدس الربح يأخذه منه ضامناً عليه؛ لأنه جعل له ثلثين، فعليه أن يتم له ثلثي الربح"⁽¹⁾.

وفي المجموع: "فإن خلطهما -مال المضارب مع المضاربة- فعلى ضريبين: أحدهما أن يكون بإذن رب المال فيجوز ويصير شريكاً ومضارباً ومؤونة المال مقسمة على قدر المالين. والثاني: أن يخلط المال بغير إذن رب المال فيبطل القراض"⁽²⁾.

وقد أشار المجمع الفقهي إلى جواز تسهيم رأس مال المضاربة وهو قسمتها إلى أجزاء متساوية حيث يمكن من خلال هذه الآلية إصدار الأسهم وتداولها وفق الضوابط الشرعية وتسهيل عمل المصرف الإسلامي في حشد المستثمرين، وفي إدارة المشاركة ومحاسبتها على أسس واقعية⁽³⁾.

ولكن قد ينشأ إشكال فقهي بين العلماء وهو هل المضارب يضارب؟ جاز عند الحنفية أن يدفع المضارب مال المضاربة إلى الغير ويستحق جزءاً من الربح؛ لأن رب المال فوض الرأي إليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك، ولأن عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه. وعند بقية الفقهاء جاز تفويض

1- المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس: 104/12.

2- النووي: 382/14، 383.

3- ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع: 4/3، 1809/3، القرار رقم (30)، في دورة مؤتمره الرابع، المنعقد في المملكة العربية السعودية، 1408هـ، 1988م.

المضاربة إلى الغير بشرط أن لا يكون له نصيب من الربح؛ لأنه ليس من جهته عمل ولا مال، والربح إنما يستحق بواحد منهما⁽¹⁾.

وعقد المضاربة ككل في فرعياته ودقائقه تحكمه الأعراف التجارية، والأحكام الاجتهادية، وحرية المتعاقدين فيه ظاهرة بيّنة، بشرط خولها عن المنهيات وسوء المآلات، فما كان فيه غرر أو ضرر أو جهالة فالاجتهاد يمنعه وما ليس كذلك فلا.

ويتضح أن تباين الاجتهادات في بعض المسائل مثل خلط مال المضارب بمال المضاربة، وهل المضارب يضارب، فمنهم من يقول بالجواز ومنهم من يقول بخلاف ذلك، وكل فريق كان اجتهاده بحسب البيئته التي وجد فيها، فمن وجد في بيئة لا يوجد فيها نزاعات ولم ينتشر فيها الغش والغرر بين الناس قال بالجواز في كثير من فروعها، ومن وجد في بيئة أخرى يؤدي عدم التصريح فيها بالإذن وغيره إلى نزاعات قال بالمنع. فالمسألة اجتهادية.

وأدلل بمسألة ذكرها ابن قدامة فيها معنى ذلك، وهي: "وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر، إذا كان فيه ضرر على الأول، فإن فعل وربح رده في شركة الأول، وجملة ذلك أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر، فأذن له الأول جاز، وإن لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضاً بغير خلاف، -جعل الاعتبار للضرر وليس للإذن- وإن كان فيه ضرر على رب المال الأول ولم يأذن... لم يجز له ذلك، وقال أكثر الفقهاء يجوز، لأنه -عقد المضاربة- لا يملك به منافعه كلها، فلم يمنع من المضاربة -من غير الأول-، كما لو لم يكن فيه ضرر، وكالأجير المشترك.

1- ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: 136/5، الوسيط، للغزالي: 119/4 وما بعدها، المغني، لابن قدامة: 161/5، العزيز شرح الوجيز، للرافعي: 27/6، تبيين الحقائق، للزيلعي: 536/5، الإتناف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، تح: محمد حامد الفقي: 438/5.

ولنا -أي الحنابلة- أن المضاربة على الحظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه لم يكن له⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مخاطر عقد المضاربة

يتميز عقد المضاربة على غيره من العقود بإعطاء المضارب حرية التصرف في المال بناءً على خبرته وكفاءته، وهو ما يعرف بفصل الإدارة عن الملكية، من هذه الناحية كانت هناك عدة مخاطر، أعددتها في هذا المطلب محاولاً حصرها كما ذكرها الفقهاء وهي:

- 1- اعتبار يد المضارب يد أمانة: حيث لا يجوز تضمينه إلا إذا تعدى أو قصر، وإثبات التعدي أو التقصير يكون بالقضاء.
- 2- تسليم رأس مال المضاربة للمضارب وانفراده بالعمل، وهو ما يعرف بفصل الإدارة عن الملكية، والتي ينسب لها نجاح مشاريع كثيرة.
- 3- تأكيد الفقهاء على عدم جواز اشتراط الضمان، فإذا اشترط على المضارب أن يضمن رأس المال أو جزءاً منه فسدت المضاربة لانتهاء المخاطرة هنا والربح لا يستحق إلا بها.
- 4- اعتبار عقد المضاربة عقداً جائزاً وليس لازماً، وهذا الجواز يخول أحد المتعاقدين الفسخ بإرادة منفردة.
- 5- مصروفات المضاربة ونفقاتها، وقد قسمها الفقهاء قسمين: قسم يتعلق بالمضارب وهو ما يلزمه لمعيشته أثناء قيامه بالعمل، وقسم يتعلق بمصروفات العمل من اقتراء وحمل وترحيل للسلع وغيرها، والمرجع في ذلك كان للعرف والعادة.
- 6- عدم جواز اشتراط الكفيل، إذ اتفق الفقهاء على أنه إذا وقعت الخسارة فإن كلا من الطرفين يخسر من جنس ما قدم.

1- المغني: 163/5، وينظر: الإنصاف، للمرداوي: 437/5.

7- تسليم رأس المال للمضارب، أي التخلية بين المال والعامل، ووضعه تحت يده، وتمكينه من سلطة التصرف، وفي هذا مخاطرة بهلاك المال إما لعدم أمانة العامل، أو عدم قدرته على إدارة المشروع.

المطلب الثالث: كيفية التحوط من هذه المخاطر

بعد أن عدت في المطلب السابق المخاطر التي ذكرها الفقهاء لعقد المضاربة فإني أحاول في هذا المطلب عرض كيفية التحوط منها وهي كالتالي:

1- اعتبار يد المضارب يد أمانة: حيث لا يجوز تضمينه إلا إذا تعدى أو قصر، وإثبات التعدي أو التقصير يكون بالقضاء، وفي زماننا يأخذ القضاء وقتاً للفصل في المسألة، فمن هنا نشأت مخاطرة يمكن دفعها باشتراط شروط معينة تضمن حسن اختيار العميل، كاشتراط حسن سيرته التجارية في السوق، واشتراط أنه لم يخل بالتزامات في تعاملاته مع المصارف أو غيرها من المؤسسات، ويمكن للمصرف أن يصوغ مثل هذه الشروط في شكل معايير وضوابط إن توفرت في العميل المضارب أطمأن المصرف له من هذه الناحية وأعطاه التمويل وإلا فلا⁽¹⁾.

2- تسليم رأس مال المضاربة للمضارب وانفراده بالعمل⁽²⁾: وهو ما يعرف بفصل الإدارة عن الملكية، والتي ينسب لها نجاح مشاريع كثيرة، فعند جمهور الفقهاء أن رب المال إذا اشترط العمل مع المضارب فسدت المضاربة، وذهب الحنابلة إلى جواز مثل هذا الشرط، جاء في المغني "أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما، مثل أن يخرج أحدهما ألفاً، ويعملان فيه معاً، والربح بينهما فهذا جائز، وتكون مضاربة، لأن غير

1- ينظر: المدونة الكبرى، للإمام مالك 99/12، بداية المجتهد، لابن رشد: 179/2، الإنصاف للمرداوي:

427/5، الاختيار لتعلي المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي: 20/3.

2- ينظر: المدونة، للإمام مالك: 111/12، بدائع الصنائع، للكاساني: 115/5، رد المحتار على الدر المختار:

لابن عابدين: 483/4، العزيز شرح الوجيز، للرافعي: 10/6.

صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره، وهذا هو حقيقة المضاربة⁽¹⁾.

ومن هنا كان هذا الشرط يخول المضارب بحرية التصرف في رأس المال، وفي ذلك مخاطرة على صاحب المال ويمكن التقليل من هذه المخاطرة باشتراط التجارة في أمور معينة - وهو ما يعرف بالمضاربة المقيدة-، وباشتراط تقديم دراسات الجدوى للمشروع الذي يريد استثمار المال فيه، وأن يتحمل المضارب أخطاء دراسات الجدوى، إذا خسر المشروع وكان بسببها، أو أن المصرف يشارك في هذه الدراسة، وخاصة إذا كان لديه عناصر لهم دراية وقدرة على تقييم مثل هذه الدراسات.

كما يشترط عليه المتابعة والمراقبة وإحضار الكشوفات والتقارير والحسابات التي تدل على سير المشروع بشكل دوري، وبهذا يستطيع التدخل لرسم سياسة المشروع ومتابعة سير العمل.

روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنه إذا كان دفع مالاً مضاربة شرط على المضارب ألا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به ذا كبد رطبة -الحيوان- فإن فعل ذلك ضمن، فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه⁽²⁾.

جاء في المبسوط "ولو قال خذ مضاربة على أن تشتري به الطعام، أو قال فاشتتر به الطعام... فهذا كله بمعنى الشرط، وهو شرط مفيد وقد يكون المرء مهتدياً إلى التصرف في الطعام دون غيره"⁽³⁾.

وذهب بعض الفقهاء إلى جواز عمل رب المال مع المضارب إذا لم يكن مشروطاً⁽⁴⁾.

1- المغني ابن قدامة: 137/5، 138.

2- أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، رقم (290): 87/3.

3- المبسوط للسرخسي: 41/22، 42.

4- ينظر: الإنصاف، للمرداوي: 433/5.

إذاً يستطيع رب المال في المضاربة أن يشترط ما شاء من شروط في حدود الشرع على من يضارب بماله، وليس معنى ذلك قصر الشروط من جانب رب المال فقط، وإنما يجوز للمضارب أن يضع شروطاً ما لم تخالف الشرع، بل وإنه في تطبيق نظام المضاربة المشتركة - وهو أحد التكييفات المعاصرة للمضاربة - فإن الشروط التي يضعها المودعين (أرباب المال) يصعب تطبيقها على مثل هذا الاستثمار الجماعي، وبالتالي فإن المصرف - بصفته مضارباً - هو الذي يحدد الشروط المناسبة حتى تتلاءم مع هذا الاستثمار الجماعي، ومن هذه الشروط اشتراط خلط مال المضاربة، واشتراط المدة التي يسوف يضارب فيها بالمال قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل، ولعل المسألة بذلك تصبح خاضعة للطلب والعرض، فمودع قد يقبل بمثل هذه الشروط وآخر لا يقبل.

وأما في علاقة المصرف (بصفته رب المال) مع العملاء (المضاربين) فإنه يحدد الشروط التي تناسب الأوضاع والأعراف التجارية السائدة والرائجة في بيئة عمل المضارب⁽¹⁾.

1- تأكيد الفقهاء على عدم جواز اشتراط الضمان⁽²⁾: فإذا اشترط على المضارب أن يضمن رأس المال أو جزءاً منه كانت مثل هذه الشروط فاسدة لانقضاء المخاطرة هنا والربح لا يستحق إلا بها.

وقد تبلورت عدة آراء - لدفع مثل هذه المخاطرة - حول تضمين المضارب المشترك (المصرف) قياساً على الأجير المشترك، وقياساً على فكرة تقبيل العمل، إلا أن هذا التكييف نقد واعترض عليه باعتراضات عدة، وانتهت الآراء إلى ما يلي:

1- ينظر: تطوير الأعمال المصرفية، سامي حمود: 398، 399.

2- ينظر: المحلى، لابن حزم: 248/8، مواهب الجليل، للحطاب: 442/7.

- عدم جواز شرط الضمان على المضارب المشترك أو الخاض إلا في حالة التعدي والتقصير أو الخروج عن مقتضيات وشروط عقد المضاربة.
- وأجاز مجمع الفقه الإسلامي ضمان الطرف الثالث⁽¹⁾.
- من خلال خيار التطوع بالضمان، خارج شروط المضاربة، بجبر الخسارة إن حدثت من باب التبرع والتكافل، وذلك من خلال صندوق حماية الودائع⁽²⁾.
- 2- اعتبار عقد المضاربة عقداً جائزاً⁽³⁾: وهذا الجواز يخوّل أحد المتعاقدين الفسخ بإرادة منفردة، وفي هذه مخاطرة تتمثل في إقدام العميل على فسخ العقد وخاصة إذا أصاب المشروع حالة من التشاؤم وانعكاس التوقعات، بعد البدء في التمويل والصرف عليه، مثل هذه المخاطر تدفع باشتراط الالتزام بمدة معلومة إذا كان هناك ضرر على أحدهما بفسخ العقد، واشتراط التعويض على المتسبب في الضرر الفعلي.
- ثم إن الإقدام على المشروع بعد دراسات وافية عليه، ليس بالضرورة أن يحدث ربحاً، وخاصة بعد ثورة الاتصالات، فإن السوق قد تتغير معطياتها في فترات قصيرة بين رواج وكساد وبين حالة تشاؤم وتفاؤل، ولذا فإنه ينبغي أحياناً دعم المضارب إذا كانت الخسارة بسبب مثل هذه الظروف، ويكون في دعمه إرجاع لرأس المال وانتعاش المشروع من جديد.

1- ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع:4/ 1809/3، القرار رقم (30)، في دورة مؤتمره الرابع، المنعقد في المملكة العربية السعودية، 1408هـ، 1988م.

2- ينظر: نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية، د. عثمان بابكر أحمد: 111، 112، بحث منشور ضمن مطبوعات البنك الإسلامي للتنمية 1421هـ، وأوراق في التمويل الإسلامي، أحمد محي الدين أحمد: 236، مطبوعات مجموعة البركة المصرفية، ط1، 1428هـ، 2007م.

3- ينظر: فتح العلي المالك، لعليش: 2/221، المغني، لابن قدامة: 5/179.

3- مصروفات المضاربة⁽¹⁾: وقد قسمت نفقات المضاربة عند الفقهاء إلى نوعين: الأول: يتعلق بالمضارب نفسه وهو ما يلزمه لمعيشته أثناء قيامه بعمل المضاربة، وقد قيد الحنابلة مثل هذه النفقات باشتراطها في العقد نصاً أو جريان العرف بها. والثاني: المصروفات المتعلقة بالعمل، من اكتراء وحمل وكيل وترحيل للسلع والبضائع وغيرها من تنمات التجارة ومصالحها، والمرجع في ذلك كله العرف والعادة.

والمخاطر التي يمكن أن تكمن في هذه المصروفات استغلال المضارب مال المضاربة لصالحه ولخدمته الشخصية وحسابها على رأس المال وضمن المصروفات مما يجعلها تؤثر على الأرباح، وبما أن هذه المصروفات يحكمها العرف والعادة جاز اشتراط ما يناسب كلاً من الطرفين بما يحقق مقصود المضارب من تيسير العمل وتوفير الجو المناسب له، ومن المحافظة على رأس المال وعدم التساهل في المصاريف الزائدة، وربما يستطيع المصرف أن يخصص نسبة معينة من رأس المال كـ 10% مثلاً ويجعلها مصروفات المضاربة لا يزيد عليها المضارب إلا بالرجوع إلى المصرف، وهذه التخصيصات تختلف من مشروع لآخر.

كما أنه يمكن اشتراط تحميل تكاليف دراسات الجدوى التي تبين مدى نجاح المشروع على المضارب، علماً بأن هذه الدراسات هي أحد الأسباب التي تمنحه التمويل، فهي عبارة عن "مجموعة الدراسات والبحوث اللازمة لمعرفة مدى ما سوف يدره المشروع من عوائد للمستثمر أو للمجتمع لكليهما"⁽²⁾، فهي دراسة علمية تقديرية تسبق الابتداء في المشروع.

1- المبسوط، للسرخسي: 62/22، بدائع الصنائع، للكاساني: 147/5، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين: 490/4، تبين الحقائق 70/5، المحلى، لابن حزم: 248/8، حاشية الدسوقي، محمد بن عرفة الدسوقي: 300/5، الإنصاف، للمرداوي: 440/5، الاختيار لتعليل المختار، لعبدالله بن مودود الموصلي: 23/3.

2- الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، محمود عبد الكريم ارشيد: 280.

وتكمن أهميتها في تجنب الانزلاق إلى المخاطر وتحمل الخسائر، وتساعد دراسات الجدوى في التعرف على التغيرات الاقتصادية والسياسية والقانونية المتوقع حدوثها خلال العمر الافتراضي للمشروع⁽¹⁾.

ومن هنا تتضح أهمية دراسة الجدوى للمصارف الإسلامية مما يحثها على إقامة إدارة بحثية ذو عناصر مؤهلة تستطيع اتخاذ القرار الاستثماري من خلال هذه الدراسات.

4- اشتراط الكفيل أو الضامن: اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز تضمين العامل رأس المال أو سهماً منه، وأنه في حال الخسارة فإن كلاً من الطرفين يخسر من جنس ما قدم، ولكن يجوز رب المال أن يشترط الكفيل أو الضامن في حالة التعدي والتقصير أو في حالة مخالفة شروط المضاربة المتفق عليها، كما يمكن أن يضاف إليها مسئولية المضارب عن الخلل في دراسات الجدوى إذا ما بنيت على خطأ أساسي وافتراضات غير واقعية⁽²⁾.

وقد جاء في فتاوى ندوة البركة (رقم 59) أن اشتراط تقديم الكفيل أو الضامن على المضارب أو الشريك جائز شرعاً لضمان التعدي أو التقصير⁽³⁾.

5- تسليم رأس المال للمضارب⁽⁴⁾: ومعناه تمكين المضارب من التصرف في رأس مال المضاربة ووضعه تحت يده، وتمكينه من سلطة التصرف، وذهب بعض الفقهاء إلى أن المراد من تسليم رأس المال إليه أن يستقل العامل باليد عليه والتصرف فيه، ويمكن تحقيق هذه الغاية بوضع مقدار من رأس المال في حسابه الجاري، ويشترط

1- المصدر السابق: 282.

2- ينظر: فتح العلي المالك، لعليش: 222/2، المغني: لابن قدامة: 116/5.

3- نقلاً عن: أوراق في التمويل الإسلامي، أحمد محي الدين أحمد: 243.

4- ينظر: المدونة، للإمام مالك بن أنس: 88/12، المبسوط للسرخسي: 83/22، بدائع الصنائع، للكاساني:

116/5، المغني، لابن قدامة: 138/5.

عليه أن لا يسحب منه إلا على ما يفرضه جدول التدفقات النقدية للمشروع، وفي هذا نوع حماية مخاطر تسليم رأس المال كاملاً بدايةً، ثم يتبين عدم أمانة العامل أو عدم قدرته على إدارة المشروع.

الخاتمة

بعد هذه الجولة المتواضعة في مباحث هذا البحث، يمكن رصد النتائج التالية:

- المخاطرة عند الفقهاء هي مرادفة للمقامرة والمراهنة والميسر والغرر.
- المخاطر منها ما هو ضروري لإضفاء المشروعية على المعاملة، ومنها ما تجعل المعاملة محرمة في حال وجودها.
- على المصرف أن يخاطر بأمواله ليسوغ له ربحه وربح من أودع ماله ليستثمره.
- المخاطرة في العقود المصرفية منها ما هو ناتج عن الاستثمار، ومنها ما هو ناتج عن مخاطر المديونيات.
- تباين الآراء الفقهية في بعض مسائل المضاربة، مثل خلط مال المضارب بمال المضاربة، وهل المضارب يضارب، فمنهم من يقول بالجواز ومنهم من يقول بخلاف ذلك، كل ذلك راجع للاجتهاد، فكل فريق كان اجتهاده بحسب البيئة التي يوجد فيها، فمن وجد في بيئة لا يوجد فيها نزاعات ولم ينتشر الغش والغرر بين الناس قال بالجواز في كثير من فروعها، ومن وجد في بيئة أخرى يؤدي عدم التصريح فيها بالإذن وغيره إلى نزاعات قال بالمنع. فالمسألة اجتهادية.
- وفي الختام نأمل أن أكون قد وفقت في عرض الموضوع بما يحقق الهدف من دراسته. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المؤلفات:

- 1- الاختيار لتعليل المختار، لعبدالله بن محمود بن مودود الموصللي الحنفي، علق عليه: محمود أبودقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
- 2- إدارة المخاطر، طارق عبدالعال حماد، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، مصر، 2003م.
- 3- إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، رانية زيدان العلوانة، عماد الدين للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ط1، 2009م.
- 4- إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، فضل محمد عبدالكريم، من شبكة المعلومات (الانترنت) على الموقع: www.islamiccenter.kau.edu.
- 5- الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، د. أميرة عبداللطيف مشهور، مكتبة مدبولي القاهرة، ط1، 1991م.
- 6- أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية، أحمد محي الدين أحمد، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية، دون تاريخ.
- 7- أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، د. الغريب ناصر، دون تاريخ.
- 8- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، تح: محمد حامد الفقي: 438/5، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط1، 1376هـ، 1956م.
- 9- أوراق في التمويل الإسلامي، أحمد محي الدين أحمد، مطبوعات مجموعة البركة المصرفية، ط1، 1428هـ، 2007م.
- 10- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، ت587هـ، تقديم: عبد الرزاق الحلبي، تح:

- محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط3، 1421هـ، 2000م.
- 11- البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر، دار التعارف للمطبوعات، بيروت - لبنان، ط8، 1983م.
- 12- تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمد بن محمد الزبيدي، المطبعة الوهيبية، القاهرة، مصر، دون تاريخ.
- 13- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د. سامي حمود، مطبعة الشرق، ط2، 1982م.
- 14- تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تح: محمد عوض، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001م.
- 15- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المطبعة العباسية، حيفا، 1343هـ، 1952م.
- 16- رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، لمحمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين متوفى 1252هـ، دار إحياء التراث العربي.
- 17- زاد المعاد في هدي خير العباد، له، تح: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت-لبنان، ط1، 14285هـ، 2007م.
- 18- الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، محمود عبد الكريم ارشيد، دار النفائس، عمان، ط1، 2001م.
- 19- العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، لابن القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي ت623هـ، تحقيق: السيد علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1417هـ، 1997م.

- 20- لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت-لبنان، ط: 1900م.
- 21- المبسوط: تأليف: شمس الدين السرخسي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت-لبنان ط3، 1398هـ، 1978م.
- 22- مجموع الفتاوى، لابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن محمد بن قاسم، مكتبة ابن تيمية، ط2، دون تاريخ.
- 23- محاضرات إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، محمد سهيل الدروبي، من شبكة المعلومات (الانترنت) على الموقع: www.kantkakii.com.
- 24- مختصر الفتاوى المصرية، بدر الدين أبو عبد الله البعلي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار ابن القيم، الدمام، ط2، 1406هـ، 1986م.
- 25- المدونة الكبرى، مالك بن أنس دار صادر، بيروت، دون تاريخ.
- 26- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، د. نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ط1، 1429هـ، 2008م.
- 27- المغني، لموفق الدين محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى، ويليه الشرح الكبير، تأليف الإمام شمسي الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط1392هـ، 1972م.
- 28- منح الجليل لشرح مختصر خليل، محمد عيش، دار الفكر، بيروت-لبنان 1409هـ، 1989م.
- 29- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، ضبطه وخرج آياته: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1416هـ، 1995م.

- 30- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، سيد هوارى، منشورات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، 1987م.
- 31- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت، ط2، 1410هـ، 1990م.
- 32- الوسيط في المذهب لحجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي، تح: أحمد محمود إبراهيم: 73/3، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1417هـ، 1997م.
- 33- نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية، د. عثمان بابكر أحمد، بحث منشور ضمن مطبوعات البنك الإسلامي للتنمية 1421هـ.
- ثانياً: الدوريات:**
- 1- المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية، د. قطب مصطفى سانون مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13.
- 2- المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية، محمد تقي العثماني، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 13.

مبدأ الشورى في نظام الحكم الإسلامي

(دراسة فقهية تحليلية)

د. محمد عبدالحفيظ عايجة*

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، خالق الخلق، ومشرع الأحكام، المحاسب عن كل الأفعال، القائل في محكم كتابه: ﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾ [النساء: 123]؛ والصلاة والسلام على رسوله الذي أرسله برسالة الإسلام، وجعلها خاتمة الرسالات، اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه الكرام.

أما بعد:

فإن من خصائص شريعة الإسلام أنها جاءت بتعاليم سامية؛ لتنظيم حياة الناس، فنظمت علاقة الفرد بالفرد، وعلاقة الفرد بالأسرة، وعلاقة الفرد بالمجتمع، وعلاقة الحاكم بالمحكومين، وعلاقة الدولة بالدول الأخرى -في السلم والحرب-، وعلاقة الكل بالحق -تبارك وتعالى-.

لم تغفل هذه الشريعة عن حق أو واجب إلا وقد بينته ووضحته، سواءً أكان ذلك ببيان أحكام الجزئيات، أو كان بإرساء قواعد عامة، يندرج تحتها ما لا يحصى من الجزئيات؛ ليعرف الناس أحكام دينهم في الحوادث التي تتجدد بتجدد العصور والأحوال، واختلاف البيئات والعادات.

إن مبدأ الشورى في الإسلام ليس نظاماً طارئاً ولا مرحلياً، ومن ثم فقد جعل الله احترامه من أئمن خصال المؤمنين وصفاتهم، وبالتالي فإن الأخذ بمبدأ الشورى في

(*) عضو هيئة التدريس بكلية الآداب والعلوم بالخمسة-جامعة المرقب.

الحكم يبرهن على أن الدين الإسلامي قد وضع نظاماً للحكم، ومنهجاً للحياة، يحقق لمن يعيش في ظله الاطمئنان على حقوقه ورعاية مصالحه.

هذا وإن من أسباب اختياري لموضوع (مبدأ الشورى في نظام الحكم الإسلامي) يتمثل في إبراز المتعلقات التالية:

1- ما يتعلق بجانب اللفظ: إن لفظ الشورى من المصطلحات ذات القيمة الفكرية العالية في التاريخ الإنساني، وإن التعرف على مفهومه وما يتعلق به لهو من الأهمية بمكان، ويكفي أنه شرف بأن كان من أفاض القرآن الكريم الشريفة.

2- ما يتعلق بجانب القيمة الفكرية والروحية: لقد أضاف الإسلام لمبدأ الشورى بعداً تعبدياً، وجعلها من القيم الفكرية والروحية الرفيعة ومن المقاصد الكبرى لهذا الدين، ورتب على العمل بها ثواباً، وعلى تركها عقاباً.

3- ما يتعلق بجانب القيمة الواقعية: إن للشورى قيمة إنسانية مارستها الجماعات والقبائل والشعوب والأمم على مر التاريخ الإنساني الطويل، كل حسب طريقته وثقافته وأعرافه وتقاليد.

4- ما يتعلق بجانب البحث العلمي: إن إعداد دراسة بحثية عن مبدأ الشورى بها يتم تقديم خدمة علمية وتشريعية، تضاف إلى ما سبقها من دراسات حول هذا الموضوع.

وتتكون خطة هذا البحث العلمي -المتواضع- من: مقدمة، وأربعة مطالب،

وخاتمة.

والمطالب هي:

المطلب الأول: مفهوم الشورى والشورى السياسية.

المطلب الثاني: أهمية الشورى وفوائدها.

المطلب الثالث: حكم الأخذ بمبدأ الشورى في الحكم.

المطلب الرابع: الشورى والديمقراطية.

المطلب الأول

مفهوم الشورى والشورى السياسية

لفظ الشورى من المصطلحات ذات القيمة الفكرية العالية في التاريخ الإنساني، وإن التعرف على مفهوم هذا المصطلح من النقاط التي لا بد منها -في نظري-؛ لأن معرفة حقيقة المصطلح تسهل معرفة أحكامه ومرتبطاته، وبالتالي فإنني سأتناول مفهوم هذا المصطلح من جوانب: اللغة والاصطلاح، والواقع وبشيء من الإيجاز.

معنى الشورى في اللغة: جاء في معاجم اللغة أن: الشورى والمشاورة والمشورة والتشاور: مصادر للفعل: شاور، تقول: شاورته في الأمر: أي طلبت رأيه، واستخرجت ما عنده وأظهرته، وشار العسل: إذا استخرجه، وشار الدابة يشورها: إذا عرضها للبيع، وشاورته في كذا واستشترته: راجعته لأرى رأيه فيه، وأشار عليّ بكذا: أراني ما عنده من المصلحة، فكانت إشارة حسنة، فأصل الشورى إذن: الاستخراج والإظهار⁽¹⁾.

معنى الشورى في الاصطلاح: تعددت آراء العلماء المعاصرين لمعنى مصطلح الشورى، ومنها:

1- هي استطلاع الرأي من ذوي الخبرة فيه؛ للتوصل إلى أقرب الأمور للحق⁽²⁾.

2- هي طلب آراء أهل العلم والرأي في قضية من القضايا⁽¹⁾.

1- ينظر: لسان العرب لابن منظور، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1421هـ/2000م، مادة (شور) ج4/435-436، المصباح المنير للفيومي، دار الحديث بالقاهرة، ط1، 1421هـ/2000م، مادة (ش و ر)، ص196 عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ (معجم لغوي لألفاظ القرآن الكريم)، للشيخ أحمد بن يوسف بن عبدالدائم المعروف بالسامين الحلبي، تحقيق: محمد باسل، دار الكتب العربية، بيروت، ط1، 1417هـ/1996م، مادة (ش و ر) ج2/303.

2- الشورى في ظل الحكم الإسلامي، عبدالرحمن عبدالخالق، الدار السلفية، الكويت، طبعة سنة 1975م، ص14.

3- هي تقلاب الآراء المختلفة، ووجهات النظر المطروحة في قضية من القضايا واختيارها من أصحاب العقول والأفهام، حتى يتوصّل إلى الصواب منها، أو أصوبها، وأحسنها؛ ليُعمل بها، حتى تتحقق أحسن النتائج⁽²⁾.
ويلحظ على مدلول هذا التعريف -الأخير- أنه يشمل المراد من التعريفين السابقين.

المفهوم الواقعي للشورى:

من خلال الاستعمالات التاريخية والواقعية للشورى فإنها تعني -من وجهة نظري-: استطلاع ولي الأمر (الحاكم) وكل من ولي ولاية عامة، رأي المسلمين الذين يتولى ولايتهم فيما يعرض عليه من مهام وقضايا.

الشورى السياسية والتشريعية في الإسلام:

الشورى حق، ولكنه حق ذو وظيفة تُؤدّي من أجل الغير، فرداً كان أو مجتمعاً، فكان حقاً وواجباً معاً، وباعتبار أن السياسة إنما تعني: حسن التدبير، والقيام على الأمر بما يُصلحُه، أو هي تدبير الأمر في الأمة داخلاً وخارجاً تدبيراً منوطاً بالمصلحة، فإن الشورى السياسية -في جوهرها- ليست إلاّ مبدأ عاماً يوجب على الصفوة المختارة من أبناء الأمة اختيارَ الصالح المناسب لظروفها، وهذا الصالح هو

1- معجم لغة الفقهاء، د. محمد رواسي قلعة جي، دار النفائس للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، ط1، 1416هـ/1996م ص238.

2- النظام السياسي في الإسلام، د. محمد عبدالقادر أبو فارس، عمان-الأردن، ط3، 1986م، ص79.

الأداة الأمنية التي تنهض بمهام سياسة الدولة، تحقيقاً لمصلحتها العليا⁽¹⁾، لما تقرر في الشرع من أن: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة⁽²⁾.

إن اختيار الشخص القادر، ذي الكفاءة والخبرة والأمانة أصل مقرر في الإسلام، كما يشير الإمام الماوردي⁽³⁾؛ لتعدد واختلاف نوعية الأعباء الجسام التي تجدها ظروف الوقت؛ ولاقتضائها كفاءات وخبرات معينة: عقلية، ونفسية، وخلقية، وعلمية، وخبرة مكتسبة، وقبل ذلك موهبة فطرية قد أتمتها وصفقتها معاناة حياتية، من شأنها أن تؤصل في النفس حنكة سياسية لها القدرة على القيام بمهام السلطة والحكم.

س/ ما علاقة الشورى في الإسلام بالولاية العامة على الأمة؟

إن الشورى في الإسلام أصل مشروعية الولاية العامة على الأمة، وهي الشورى السياسية، وفي هذا المعنى يقول عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-: (من بايع رجلاً عن غير مشورة من المسلمين، فإنه لا بيعة له ولا الذي بايعه)⁽⁴⁾.

ويؤكد هذا المعنى الإمام الغزالي -رحمه الله- بقوله: (ولو لم يبايع أبا بكر غير عمر، وبقي كافة الخلق مخالفين، لما انعقدت الإمامة، فإن المقصود الذي طلبنا له الإمامة، جمع شتات الآراء، ولا تقوم الشوكة⁽⁵⁾ إلا بموافقة الأكثرين)⁽⁶⁾.

1- ينظر: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، د. فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1402هـ-1982م، ص412.

2- ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، طبعة 2، 1420هـ/1999م، القاعدة الخامسة ص137.

3- ينظر: الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان، (د.ت)، ص18.

4- السيرة النبوية لابن هشام، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د-ت) ج 309/4.

5- النفوذ والقوة.

6- ينظر: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، د. فتحي الدريني، سابق، ص413.

بناءً على ما سبق فإن علاقة الشورى بالولاية العامة هي علاقة تقوم على بناء نظام سياسي شرعي تتحقق من خلاله عدة أمور منها:

أ- قيام النزعة الجماعية في التشريع الإسلامي، فهي الصورة المعبرة لتتحقق مبدأ الشورى؛ لأن هذه النزعة هي التي تجعل من السياسة مادة مشتركة بين الحاكم والمحكوم، ينشأ عنها علاقة وطيدة بينهما، وتكافل سياسي في تسيير شؤون الدولة، وهو ما تستلزمه المسؤولية المتبادلة بينهما.

ب- تفعيل ذاتية الأفراد، وما أوتوا من مواهب وملكات وطاقات كامنة؛ لتستفيد بها الأمة وتنهض بها الدولة، لاسيما في شؤون الحكم والسياسة، وهذا هو أحد المعاني التي يتضمنها قوله تعالى: ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾. [الشورى:38]

ج- تحديد المفهوم الحقيقي للسلطة وطبيعتها في التشريع الإسلامي، فهي ليست السلطة التي مصدرها (فكرة الحق الإلهي)، التي كانت سائدة في أوروبا في القرن السابع عشر والثامن عشر، وإنما سلطة الحكم في منهجية الإسلام التي تعني: التخلق بالقيم العليا في التشريع والتنفيذ، وهذا يستلزم ألا يكون من يختار للحكم مطاعاً لذاته، ولا لمكانته الاجتماعية أو الشخصية، ولو كان رسولاً مصطفى، لقوله تعالى: ﴿ليس لك من الأمر شيء﴾ [آل عمران: 128]، وإنما يطاع إذا كان مطيعاً غير عاص لله أولاً، ثم أميناً على ما ولي عليه، وقد أكد هذا المعنى الخليفة الراشد أبو بكر الصديق -رضي الله عنه- بقوله: (أطيعوني ما أطعت الله فيكم)⁽¹⁾.

مما سبق: تبين لنا أن سلطة الحكم لا تعني الهيمنة والاستبداد، أو التطرف لحكم القوة المطلقة، بل سلطة الحكم في الإسلام تجسيداً لمبادئه ومثله وقيمه الخالدة، وتنفيذاً لأوامر الشرع من الكتاب والسنة عملاً ومقصدًا، وعلى هذا تقرر وجوب الطاعة لولي الأمر.

(1) السيرة النبوية لابن هشام، سابق، ج 4/311.

س/ من هم أولو الأمر في نظام الحكم الإسلامي؟

سبقت الإشارة إلى أن الشورى التشريعية مبدأ يقضى بإسناد الأمر إلى أهله، حتى تستقيم شؤونهم في هذا الأمر، فضلاً عن كونها ليست مقصورة على المجتهدين كما هو ظن الناس العام، أو على خصوص الحكام، كما يتوهم بعض المصلحين أو المتميزين، وبالتالي فإن مفهوم هذا المبدأ يسري على كافة ذوي الكفاءات والخبرات من أهل البلد وأن لهم حق المشاركة في الحكم أو الاختيار، حرصاً على تحقيق مصالح الناس في جميع مجالات الحياة وفي كل أمر يتعلق بأمر الدولة الداخلية والخارجية⁽¹⁾.

هذا وقد تعددت آراء العلماء في تفسير معنى قوله تعالى: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا وَالرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾. [النساء:58]، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ...﴾ [النساء:83].

أولاً: ما جاء من آراء في المراد بأولي الأمر في الآية الأولى:

1- يقول الإمام الرازي -رحمه الله- في تفسيره مفاتيح الغيب: (... أن المراد بأولي الأمر هو أهل الحل والعقد من الأمة... وأن الله -تعالى- أمر بطاعة أولي الأمر... على سبيل الجزم، ومن أمر الله بطاعته -على سبيل الجزم والقطع لابد- أن يكون معصوماً عن الخطأ؛ لئلا يترتب عليه أمر الله بفعل الخطأ ومتابعته، ثم قرر (... أن المعصوم لا يجوز أن يكون بعض الأمة، وإنما هو مجموعها وذلك يوجب القطع بان إجماع الأمة حجة)⁽²⁾.

1- ينظر: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، د. فتحي الدريني، سابق، ص 416.

2- تفسير مفاتيح الغيب: 116/10.

2- يقول الإمام ابن كثير -رحمه الله- في تفسيره، بعد استعراضه الآراء المتعددة في بيان المقصود بأولي الأمر في الآية -والظاهر- والله أعلم: (أنها عامة في كل أولي الأمر من الأمراء والعلماء)⁽¹⁾.

3- يقول الإمام ابن تيمية -رحمه الله-: (أولو الأمر صنفان: العلماء، والأمراء. فعلى كل منهما أن يتحرى بما يقوله ويفعله، طاعة لله ورسوله، واتباع كتاب الله)⁽²⁾.

4- يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف -رحمه الله- في علم أصول الفقه:
ولفظ (الأمر) معناه: الشأن، وهو عام يشمل الأمر الديني والأمر الدنيوي، وأولو الأمر الدنيوي هم: الملوك والأمراء والولاة، وأولو الأمر الديني هم: المجتهدون وأهل الفتيا، وقد فسر بعض المفسرين (أولي الأمر) بالعلماء وفسرهم آخرون بالأمراء، والظاهر: التفسير بما يشمل الجميع⁽³⁾.

مما سبق نستنتج الآتي:

أ- أن الآية حجة على الإجماع، وخلص من ذلك أن المراد بأولي الأمر إنما هم أهل الحل والعقد من علماء الأمة القادرين على الاجتهاد والاستنباط إذا أجمعوا، وهم المعروفون بهذه الصفة في كتب أصول الفقه⁽⁴⁾.

ب- أن أهل الحل والعقد، أو أهل الشورى هم المتبوعون في الأمة من: العلماء والرؤساء، ممن حازوا على ثقها ورضاها عنهم؛ لما اتصفوا به من العدالة

1- تفسير القرآن العظيم لابن كثير، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1/518.

2- شرح كتاب السياسية الشرعية، محمد بن صالح العثيمين، تحقيق: د. يحيى مراد، مؤسسة المختار لنشر والتوزيع بالقاهرة، ط (1) 1428هـ-2007م، ص305.

3- علم أصول الفقه، وخلاصة تاريخ التشريع، ط7، 1956، مصر. نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد في السياسة الشرعية، دندل جبر، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط(1) 1430هـ-2009م، ص87.

4- ينظر: الشورى وأثرها في الديمقراطية، عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، هامش ص 540. نقلاً عن الشورى أهل الحل والعقد، ص85.

والإخلاص، والمعرفة الصائبة للأمر، والحرص على مصالح العامة، وبعبارة أخرى هم العلماء والرؤساء الذين تتوفر فيهم الشروط التي ذكرها الماوردي⁽¹⁾.

ج- أن المراد بأولي الأمر في الآية هم: أهل الشورى أو أهل الحل والعقد، وأن ذلك لا يشمل الحكام والأمراء، وأن المقصود من الآية: إطاعة ما يتفق عليه أهل الشورى، أو أكثريتهم، وأن اتفاقهم حجة، يجب أن يؤخذ بها، حسماً للنزاع وخروجاً عن الخلاف⁽²⁾.

ثانياً: من بين ما جاء من آراء في المراد بأولى الأمر في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْرِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ...﴾ [النساء:83].

يقول الإمام الرازي في التفسير الكبير (10/159): في قوله تعالى: ﴿وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ﴾ قولان: أحدهما: إلى ذوي العلم والرأي منهم. والثاني إلى أمراء السرايا، وهؤلاء رجحوا هذا القول على الأول، فقالوا: لأن أولي الأمر الذين لهم أمر على الناس، وأهل العلم ليسوا كذلك، وإنما الأمراء هم الموصوفون بأن لهم أمراً على الناس. وأجيب عنه: بأن العلماء إذا كانوا عالمين بأوامر الله ونواهيه، وكان يجب على غيرهم قبول قولهم، لم يبعد أن يسموا أولي الأمر من هذه الوجهة.

ما تدل عليه الآية:

- 1- أن في أحكام الحوادث ما لا يعرف بالنص، بل بالاستنباط .
- 2- أن الاستنباط حجة.
- 3- أن العامي يجب عليه تقليد العلماء في أحكام الحوادث.

1- ينظر: الأحكام السلطانية للماوردي، سابق ص 6-8.

2- الشورى وأهل الحل والعقد، سابق ص 93.

4- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- كان مكلفاً باستتباط الاحكام؛ لأن الله تعالى أمر بالرد إلى الرسول، وإلى أولي الأمر.

المطلب الثاني

أهمية الشورى ومكانتها في حياة المسلمين

إن لمبدأ الشورى، وما يحمله من معاني -تتحقق بفضلها غايات كثيرة- أهمية كبيرة، وفائدة عظيمة في أي تنظيم كان، أو بين أي جماعة من الجماعات، فما من دولة وفي أي عصر أخذت بمبدأ الشورى في نظام حكمها، إلا وتحقق لشعبها ما ينشده، من الأمن والاستقرار والفلاح والنجاح.

فهي الطريق الصحيح والمنهج السليم الذي يتوصل به إلى استخراج الآراء، وكشف الحلول؛ لتحقيق مصالح الأفراد والجماعات والأمم.

إن أهمية الشورى في منهج الإسلام، وحياة المسلمين، تظهر بجلاء في نصوص القرآن الكريم، والسنة النبوية، وأقوال الصحابة الكرام، والمفسرين والفقهاء: أولاً: أهمية الشورى في القرآن الكريم: لقد ورد نص الشورى في القرآن الكريم في موضعين اثنين:

- الموضع الأول: لقد تضمن القرآن الكريم من بين سوره، سورة تسمى باسم (سورة الشورى) تحدث فيها المولى -عز وجل- عن صفات المؤمنين، وجعل من بين صفاتهم، أن حياتهم تقوم على الشورى، بل أمرهم كله شورى، في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾ [الشورى: 38].

- أوجه الدلالة في الآية: إن الذي يدل على أهمية الشورى في هذه الآية الكريمة: - أن الله -سبحانه وتعالى- ذكر الإيمان بالله، وهو أساس هذا الدين، وعقب عليه بذكر الصلاة، وهي عماد الدين وركن من أركان الإسلام، ثم عقب بذكر الشورى؛ ففي

هذا دلالة على أنها في مستوى ما ذكر من الأركان⁽¹⁾، فضلاً عن كون الاستجابة لله -تعالى- في شرعه، وإقامة الصلاة، وإيتاء الزكاة، عملاً وامتثالاً.

ب- أن الاستجابة لله -تعالى- في شرعه، وإقامة الصلاة، وإيتاء الزكاة عملاً وامتثالاً من خصائص المؤمنين الذاتية، التي يمتازون بها عن سواهم، فكذاك الشورى⁽²⁾.

- الموضع الثاني: قوله تعالى: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾ [آل عمران: 159].

- أوجه الدلالة في الآية: إن الذي يدل على أهمية الشورى في هذه الآية ما يلي:

أ. أن في المشاورة تودد الحاكم إلى الرعية؛ تطيبياً لنفوسهم، واستظهاراً بأرائهم، وتمهيداً لسنة المشاورة في الأمة⁽³⁾.

ب. لو كان فيما شاور فيه شيء منصوص، قد ورد التوقيف به من الله -تعالى- لكانت العزيمة فيه متقدمة للمشاورة، إذ كان ورود النص موجباً لصحة العزيمة قبل المشاورة، وفي ذكر العزيمة دلالة على أنها صدرت عن المشورة، وأنه لم يكن فيها نص قبلها⁽⁴⁾.

ج. أن الأمر في الآية موجه إلى النبي -ﷺ- يأمره ربه بمشاورة أصحابه، باعتباره القائد وصاحب الدعوة وبالتالي فإن من العلماء والمفسرين من يعتبر أن كل من يقوم

1- ينظر: وظيفة الحاكم في الدولة الإسلامية، د. عارف خليل محمد أبوعيد، دار الأرقم بالكويت، ط1، 1405هـ/1985م ص185.

2- خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، د. فتحي الدريني، سابق ص419-420.

3- أحكام القرآن للكياهراسي، تحقيق: موسى محمد علي؛ وعزت علي عطية، دار الكتب الحديثة بالقاهرة، ط سنة 2008م 48/2 هـ 3، وأحكام القرآن للجصاص -دار القلم- بيروت لبنان (د.ت): 51/2.

4- أحكام القرآن للجصاص، سابق: 53/2.

مقام النبي - ﷺ - من دعاة وقادة وأمراء مأمورون كذلك؛ لأنهم الأخرج إلى هذا الأمر، مع الفارق الكبير بينهم وبين الرسول - ﷺ - (1).

- أوجه الدلالة المشتركة بالآيتين:

1- في الآيتين دلالة على جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث، التي لا نصوص فيها لتقتدي به الأمة بعد النبي - ﷺ - في مثله (2).

2- في الآيتين دلالة على اهتمام الإسلام بشأن أهل العلم والاختصاص، الأمر الذي يجعل أهل المجتمع وبإطلاق - في جميع المجالات - يرثون ما يشكل عليهم إلى أهل العلم والذكر والخبرة للبحث عن ما تحمله النصوص من أحكام؛ لأنهم أهل الفهم والقدرة على الاستنباط (3).

3- إن مشاورة النبي - ﷺ - لأصحابه، لا بد أن تكون لها فائدة يستفاد بها، وأن يكون للنبي - ﷺ - معهم ضرب من الارتئاد والاجتهاد، فجاز حينئذ أن توافق آراؤهم رأي النبي - ﷺ -، وجائز أن يوافق رأي بعضهم رأيه، وجائز أن يخالف رأي جميعهم، فيعمل - ﷺ - حينئذ برأيه، ويكون فيه دلالة على أنهم لم يكونوا معنفين في اجتهادهم، بل كانوا ماجورين فيه؛ لفعالهم ما أمروا به، ويكون عليهم - حينئذ - ترك آرائهم، واتباع رأي النبي - ﷺ - (4).

1- ينظر: أحكام القرآن لابن العربي، تحقيق: عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية بالقاهرة، (د.ت): 375/1، وأحكام القرآن للجصاص، سابق: 53/2.

2- ينظر: أحكام القرآن للكيهاسي، سابق: 50/2؛ أحكام القرآن للجصاص سابق 53/2؛ أحكام القرآن لابن العربي: سابق 375/1.

3- ينظر: الشورى فريضة إسلامية، د. علي الصلابي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 3، 1433 هـ / 2012 م ص 17-18.

4- ينظر: أحكام القرآن للجصاص، سابق: 510/3.

4- مجيء اسم الشورى في القرآن الكريم يتضمن وصفاً تقريرياً، ضمن صفات أساسية، لجماعة المسلمين، فيه دلالة على أن مبدأ الشورى ممارسة اجتماعية، قبل أن تكون من الأحكام السلطانية⁽¹⁾.

5- ورود اسم الشورى في القرآن الكريم في سورة تحمل اسم الشورى، فيه دلالة على تشريف أمر الشورى، وتبويه بأهميتها ومنزلتها في بناء العلاقات بين أبناء المجتمع الإسلامي أفراداً وجماعات داخل دولة واحدة.

6- إن مجيء لفظ الشورى في آية سورة الشورى بأسلوب المدح والثناء يحمل وصفاً تقريرياً ضمن صفات أساسية لجماعة المؤمنين المسلمين، ومجيء لفظ الشورى في آية سورة آل عمران بأسلوب الأمر، خطاباً للنبي ﷺ - بصفته داعياً ومرشداً وقائداً، فيه دلالة على جلالة موقع المشورة بذكرها بعد الإيمان وإقامة الصلاة في موضع، وبذكرها بعد كون الداعي والمرشد والقائد لا بد أن يكون رفيقاً بالناس، عفواً عنهم، متسامحاً معهم، بل مستغفراً لهم عن أخطائهم وذنوبهم في موضع آخر وفيه دلالة أخرى وهي: أن المؤمنين المسلمين في كل زمان ومكان مأمورون بالأخذ بمبدأ الشورى⁽²⁾ وتحقيقاً لما ترمي إليه مقاصد الشريعة من معان وحكم ملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها⁽³⁾.

ثانياً: أهمية الشورى في السنة النبوية: لقد حفلت السنة النبوية المطهرة بأقوال وتطبيقات نبوية مهمة، أعطت للشورى أهمية كبيرة، تأكيداً لما أعطاه لها القرآن الكريم، ومن ذلك:

1- ينظر: الشورى فريضة إسلامية، د. الصلاحي، سابق، ص17-18.

2- ينظر: أحكام القرآن للجصاص، سابق: 510/3.

3- ينظر: المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي، د. محمد عبدالعاطي محمد علي، دار الحديث بالقاهرة، طبعة سنة (1428هـ/2007م)، ص13.

أ- من السنة القولية⁽¹⁾:

- ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "إذا كان أمراؤكم خياركم، وأغنياؤكم سُمعَاءكم، وأموركم شورى بينكم، فَظَهَرُ الأَرْضُ خَيْرٌ لَكُمْ مِنْ بطنها، وإذا كان أمراؤكم شراركم وأغنياؤكم بخلاءكم، وأموركم إلى نساءكم فبطن الأرض خير لكم من ظهرها"⁽²⁾.

- ما روي عن علي - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "لو كنت مستخلفاً أحداً من غير مشورة لاستخلفت عليهم ابن أم عبد"⁽³⁾.

- ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه قال: قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: "من تقوّل على ما لم أقل، فليتبوأ مقعده من النار، ومن استشاره أخوه المسلم فأشار عليه بغير رشد فقد خانته..." الحديث⁽⁴⁾.

- ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه قال: سمعت أبا القاسم - صلى الله عليه وسلم - يقول: "استشيروا ذوي العقول ترشدوا، ولا تعصوهم فتندموا"⁽⁵⁾.

1- قد تكون بعض الأحاديث لا ترقى إلى درجة الصحة، إلا أن تعدد طرقها يقوي بعضها بعضاً، وكذلك تتعاضد مع الآيات القرآنية الدالة دلالة صريحة، ومع السنة الفعلية الصحيحة.

2- انفرد به الترمذي في كتاب الفتن برقم (2266) وقال عنه: حديث غريب.

3- أخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، دار الأرقم، بيروت، لبنان، (د.ت) كتاب معرفة الصحابة، ذكر مناقب عبدالله بن مسعود حديث رقم (5384): 359/3، وقال عنه: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

4- أخرجه البخاري في الأدب المفرد، باب إثم من أشار على أخيه بغير رشد، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، طبعة سنة (1980م)، ص 58.

5- مسند الشهاب للقاضي القضاعي، تحقيق: حمدي عبد الحميد السلفي، دار الرسالة العالمية، دمشق سوريا، ط3، 1431هـ/2010م، حديث رقم (722)، ج 1/419.

- ما روي عن سهل بن سعد الساعدي - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "ما شقيَّ عبدٌ قط بمشورة وما سعد باستغناء برأي يقول الله - تعالى -: ﴿وشاورهم في الأمر﴾، وقال تعالى: ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾" (1).

- ما روي عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - أنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "ما خاب من استخار، ولا ندم من استشار، ولا عال من اقتصد" (2).

ب- من السنة الفعلية:

- ما روي عن عروة بن الزبير، عن المسور بن مخرمة، ومروان بن الحكم قالاً: خرج النبي - صلى الله عليه وسلم - عام الحديبية، في بضع عشرة مائة من أصحابه ... وسار النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى كان بغدير الأشطاط أتاه عينه (من أهل خزاعة) قال: إن قريشاً جمعوا لك جمعاً... فقال - صلى الله عليه وسلم -: "أشيروا أيها الناس عليّ... (3) الحديث.

- ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: لما ذكر من شأنني الذي ذكر وما علمت به قام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خطيباً فتشهد فحمد الله، وأثنى عليه بما هو أهله، ثم قال: "أشيروا عليّ في أناس أبنوا، وأيم الله ما علمت على أهلي من سوء قط..." (4) الحديث.

- ما روي عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: استشار النبي - صلى الله عليه وسلم - مخرجه إلى بدر، فأشار عليه أبو بكر - رضي الله عنه -، ثم استشار عمر، فأشار عليه عمر - رضي الله عنه -، ثم استشارهم، فقال بعض الأنصار: إياكم يريد نبي الله - صلى الله عليه وسلم - يا معشر الأنصار، فقال قائل الأنصار:

1- المرجع السابق، حديث رقم (733)، ج 6/2.

2- المرجع السابق، حديث رقم (774)، وفيض القدير شرح جامع السيوطي الصغير للمناوي، دار الحديث بالقاهرة، طبعة سنة (1431 هـ/2010م) حديث رقم (7895) ج 431/7.

3- أخرجه الامام البخاري في صحيحه . ينظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، كتاب المغازي، باب غزوة الحديبية، حديث رقم (4179) دار التقوى للنشر والتوزيع بالقاهرة، ط 2000 ج 519/7-520.

4- أخرجه الإمام مسلم في صحيحه. ينظر صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب التوبة، باب في حديث الإفك، حديث رقم (2770)، دار الحديث بالقاهرة، ط 3 1419 هـ/1998م، ج 115/9-122.

تستشيرنا يا نبي الله؟ إنا لا نقول لك كما قالت بنو إسرائيل لموسى -عليه السلام-: ﴿اذهب أنت وربك فقاتلا إنا هاهنا قاعدون﴾، ولكن والذي بعثك بالحق لو ضربت أكبادنا حتى تبلغ برك الغماء، كنا معك. وفي رواية: لا تبعناك⁽¹⁾.

ثالثاً: ما ورد من أقوال الصحابة والعلماء والفقهاء والحكماء من المسلمين في شأن الشورى وأهميتها:

إن مما ورد على السنة الصحابة -رضوان الله عليهم- والعلماء والفقهاء والحكماء -رحمة الله عليهم- في شأن الشورى وأهميتها ما يلي:

- 1- قول الخليفة عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-: (لا خير في أمر أبرم من غير شورى)⁽²⁾.
- 2- قول الخليفة علي بن أبي طالب -رضي الله عنه-: (في الشورى سبع خصال: استتباب الصواب، واكتساب الرأي، والتحصين من السقطة، وحرز من الملامة، ونجاة من الندامة، وألفة القلوب، واتباع الأثر)⁽³⁾.
- 3- قول الإمام الطبري -رحمه الله- في تفسير الآية: (إنما أمر الله -تعالى- نبيه بمشاورة أصحابه، فيما حَزَبَهُ من أمر... تعريفاً منه أمته مأتى الأمور التي تَحَزَّبُ من بعده، ومطلبها؛ ليقفوا به في ذلك عند النوازل التي تنزل بهم، فيتشارون فيما بينهم)⁽⁴⁾.

1- أخرجه الامام أحمد في مسنده، حديث رقم (12889) دار الحديث بالقاهرة - ط(1) 1416هـ - 1995م، وصحيح ابن حبان، ذكر الاستحباب للإمام أن يستشير المسلمين، حديث رقم (4701)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1417هـ/1996م، ج3/109.

2- ينظر النظام السياسي في الإسلام، سابق، ص78-79. نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص17.

3- المرجع السابق نفسه.

4- تفسير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1420هـ/1999م، ج3/496.

4- قول الإمام الرازي -رحمه الله- في تفسير الآية: (... قال الحسن وسفيان بن عيينة: إنما أمر بذلك -أي أمر الله رسوله بالمشاورة-؛ ليقنتي به غيره في المشاورة، ويصير سنة في أمته⁽¹⁾).

5- قول لقمان -الحكيم- لابنه: (يا بني: اجعل عقل غير لك، فيما تدعوك الحاجة إلى فعله، فقال ابنه: كيف أجعل عقل غيري لي؟ قال: تشاور في أمرك)⁽²⁾.

هذا، وإن جملة ما يذكره المفسرون عند تعرّضهم لتفسير آيتي الشورى وآل عمران وكذلك المحدثون عندما يتعرضون للآثار الواردة في أمر الشورى، أوجه في تحليل أهمية الشورى عامة، منها: أن الشورى ألفة الجماعة، ومسبار للعقول، وسبب إلى الصواب، وأنها خير وبركة⁽³⁾.

أما إذا نظرنا في كتابات المعاصرين حول أهمية الشورى نجدهم يذكرون أوجهاً أخرى منها: إن الشورى فضيلة إنسانية، وفريضة سياسية، وهي الطريق الصحيح لمعرفة أصوب الآراء، والوصول إلى الحقيقة وجلاء الأمر؛ لأن العقول كالمصابيح، إذا اجتمعت ازداد النور، ووضح السبيل⁽⁴⁾.

جملة القول في هذه المسألة:

إن المشاورة سبيل الوصول إلى معرفة الرأي الصواب، ويكون ذلك عن طريق مناقشة الآراء من قبل أهل الفهم والخبرة والاختصاص، وإذا ما اعتادت الأمة

1- التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب للإمام الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ/2000م، ج9/54.

2- ينظر: النظام السياسي في الإسلام، محمد عبد القادر أبو فارس، سابق، ص81-83. نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص18.

3- ينظر: الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت)، ج4/251، 37/16.

4- ينظر: أهمية الشورى للشيخ المنصف محمود عبد الفتاح، مجلة خبر الإسلام، العدد 8، 22 أغسطس 1974م، ص51 نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص18.

على هذا المنهج، فإنها ستكون أمة متوجهة للخير في جميع أمورها، وتنعكس هذه النتيجة على أوضاعها في واقعها المعاش تقدماً ورقياً، وإن ما سقناه من تحليلات وآراء، وأقوال، فإن القصد منه: فهم الحكمة التي شرعت من أجلها الشورى، ثم الاقتداء بأسلوب تنفيذها على أرض الواقع، فضلاً عن الأخذ بما شرعه الله لنا، وكلفنا بالاجتهاد فيه واختيار ما يعود بالمصلحة على الأمة، وما يحقق مقاصد الشريعة في ذلك.

فوائد الأخذ بمبدأ الشورى في نظام الحكم:

الفوائد جمعٌ. مفردُه: فائدة. الفائدة: ما يستفاد من علم، أو عمل، أو مال، أو غيره.⁽¹⁾

لقد مر بنا مفهوم الشورى في الاصطلاح، ومن خلال تفحص ما تحمله تلك التعريفات من معان نجد أن معنى الشورى في الاصطلاح الذي يقضي به الإسلام هو: رجوع الحاكم، أو القاضي، أو آحاد المكلفين في أمر لم يُستين حكمه بنص قرآني، أو سنة نبوية، أو ثبوت اتفاق، أو إجماع إلى من يرجى منهم معرفته بالدلائل الاجتهادية، من قبل العلماء المجتهدين ومن قد ينضم إليهم في ذلك من أولي الدراية والاختصاص⁽²⁾. إن مثل هذا الرجوع يمكن أن يتسع به مفهوم الشورى؛ ليعبر عن استخلاص الرأي الجامع، من خلال الحوار الجامع، وهذا هو مطلب الشورى وغايتها، فإن لم يكن رأي جامع فرأي راجح عند استصدار المرسوم أو القرار، مما ينعقد عليه العمل الجامع عند التطبيق والتنفيذ⁽³⁾.

إن من فوائد الأخذ بالشورى مع كثرتها يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط 1996م، مادة (أفاد)، ص 483.

2- الشورى لأحمد إمام، ص 13. نقلاً عن: الشورى فريضة إسلامية، د. علي الصلابي، سابق، ص 97.

3- ينظر: المرجع نفسه.

1- الشورى ألفة للجماعة، ومسبار للعقول، وهي المنهج الصحيح لمعرفة أصوب الآراء، والوصول إلى أفضل النتائج؛ لأن العقول كالمصابيح إذا اجتمعت ازداد النور، ووضح السبيل⁽¹⁾.

2- إصابة الحق، وتجنب الخطأ في اتخاذ القرارات في الغالب؛ لأن الأمة -باعتبار مجموعها- معصومة عن الخطأ؛ لأن الجماعة في الاجتهاد قرينة قوية على الصواب، لكنها ليست قاطعة، إن لم تبلغ مستوى الإجماع من جهة⁽²⁾، ولأنها لا تقوى على معارضة ما ثبت بالنص وحيأً، وعلى وجه قاطع لكل احتمال؛ لما في الاجتهاد -في مثل ذلك- من الافتتات على حق الله في التشريع، كما هو مقرر في علم الأصول.

فلذلك كانت استشارة الأمة -تمثلة في أهل الحل والعقد- أمراً لازماً؛ للوصول إلى الرأي الصحيح والقرار الصائب.

3- العمل بالشورى قرينة وطاعة لله -عز وجل-؛ لأن في اجتماع الرأي تحصيل للخير، وامتثال لأمر الله -سبحانه وتعالى- وتحقيق لما تتضمنه مقاصد الشريعة من غايات، وما تحمله النصوص من المعاني والدلالات، ومما ورد في ذلك من شعر العرب، وحكمتهم قول بشار بن برد:

إذا بلغ الرأي المشورة فاستعن بحزم نصيح أو نصيحة حازم

4- في الأخذ بالشورى في الحكم: تطيب نفوس المحكومين، وتألّف لقلوبهم، بما يجمع بينهم وبين الحاكم من رباط المودة والتعاون، ومثل هذه المودة والتعاون أمر ضروري؛ لنجاح الحكم، وتقدم الأمة واستقرار أمن الدولة، وفي هذا الجانب يقول الإمام الزمخشري -رحمه الله-، عند تفسيره لقول الله -تعالى-: «وشاروهم في الأمر»:

1- راجع تفسير القرطبي، مرجع سابق.

2- لقول النبي -ﷺ-: «إن الله لا يجمع أمتي على ضلالة»، أو قال -ﷺ-: «أمة محمد مع الجماعة، ومن شذ شذ في النار». انفرد به الترمذي.

أي في أمر الحرب ونحوه، مما لم ينزل عليه فيه وحي؛ لتستظهر برأيهم، ولما فيه من تطبيب نفوسهم، والرفع من أقدارهم⁽¹⁾.

5- الشورى تعطي قوة وتكافلاً لأبناء المجتمع، في أكثر من مجال إنساني، ومن تلك المجالات -على سبيل المثال- المجال النفسي، فإن الأخذ بالشورى طريق للتخلص من بعض المظاهر غير الصحية مثل: قلة الإخلاص، وضعف الأداء الوظيفي، وإهدار الطاقات المفيدة... إلخ.

يقول الإمام الشعبي -رحمه الله-: الرجال ثلاثة: فرجل، ونصف رجل، ولا شيء. أما الرجل التام: فالذي له رأي وهو يستشير، وأما نصف الرجل: فالذي ليس له رأي وهو يستشير، وأما الذي لا شيء: فالذي ليس له رأي ولا يستشير⁽²⁾.

6- في الأخذ بمبدأ الشورى: تضيق لهوة الخلاف بين الحاكم والمحكومين؛ لأن الخلاف والاختلاف من سنن الفطرة، وهو جائز الوقوع، إلا أنه بمناقشة الآراء وتداولها، لا بد أن يستبين الحق، ويصير أمر الرجوع والانصياع إليه أمر تقبله أهل العقول والأفهام، وبذلك تتقارب وجهات النظر، ويحل الاعتذار محل الشك والنفور؛ فتتآلف القلوب، وتتحد الصفوف، ويتوحد الرأي، فيتحقق للأمة بذلك ما تصبوا إليه.

7- في العمل بمبدأ الشورى: تحرر من الطغيان والاستبداد، فيسمح لأبناء الأمة من إعمال عقولهم، ويتم تشجيع ذوي الخبرات والكفاءات بإدلاء آرائهم، وتقديم أفكارهم ومبتكراتهم بكل حرية وأمان، فإن قبلت فذاك، وإن ردت فيكون صاحبها قد أدى ما

1- تفسير الكشاف للإمام الزمخشري، المكتبة التوفيقية بمصر (د.ت)، ج1/495.

2- أخرجه الامام البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب مشاورة الوالي والقاضي في الأمر، برقم (20307)، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، دار الكتاب العلمية، بيروت، طبعة سنة 1420هـ/1999م، ج10/188.

عليه⁽¹⁾، دون جرح كرامته، أو النيل منه بأي أذى وتختفي بذلك صورة التفرد بالقرار، والاستبداد بالرأي ومحاربة الابتكار.

هذه جملة من أهم فوائد الأخذ بمبدأ الشورى التي ذكرها العلماء⁽²⁾.

المطلب الثالث

حكم الأخذ بمبدأ الشورى في الحكم

الشورى تعني بصفة عامة: أن يطلب الإنسان رأي غيره في مسألة من المسائل، وهذا المستشار قد يكون فرداً عادياً يطلب النصح والرأي في أمر من أموره الخاصة، وهذا لا خلاف في استحباب الشورى له.

وقد يكون ذا ولاية عامة -كالقاضي والحاكم-، فهما يستشيران في أمور متعلقة بمصالح الغير إلا أن استشارة القاضي تكون في القضايا المتعلقة بمصالح أفراد معينين، لا خلاف في استحباب ذلك عند جمهور العلماء.

وأما استشارة الحاكم (ولي الأمر)، فإنما تكون في الأمور العامة، المتعلقة بمصالح الأمة المختلفة كسن القوانين، وإعلان الحرب والسلم، والصلح وإبرام المعاهدات والاتفاقيات، وما شابه ذلك من مثل هذه الأمور⁽³⁾. وإن بحثنا في هذا المطلب يقتصر على هذه النوعية من الشورى.

هذا وللعلماء -قديمهم وحديثهم- آراء متعددة حول حكم الشورى في القضايا العامة، وإن سبب تعددها هو تحديد الرأي الفقهي المتعلق بحكم الشورى في هذه

1- امتثالاً لقول النبي ﷺ: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب، فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ، فله أجر". صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم (1716)، مرجع سابق ج6/254.

2- ومن أراد الاستزادة فليرجع إلى المراجع ذات العلاقة، من كتب التفسير والحديث، والنظم الإسلامية والسياسية، والسير والمغازي، والكتب الحديثة التي تجعل موضوع الشورى عنواناً لها.

3- ينظر: الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص39.

المسألة، من حيث إنها أمراً واجباً، أم مندوباً، وبناء على ذلك انقسمت اتجاهات العلماء حول تحديد حكم هذه المسألة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: القائلين بوجوب الشورى:

يقول أصحاب هذا الاتجاه بوجوب الشورى في نظام الحكم، ويمثل هذا الاتجاه عامة العلماء المعاصرين، وبعض علماء السلف، ويتبعهم في ذلك الذين يرون أن الشورى مُعلّمة وليست ملزمة⁽¹⁾.

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بما ورد في القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة.

أولاً: من القرآن الكريم: سأقتصر على ذكر الآيتين الواردتين في هذا الباب، ثم أقوال العلماء حول مدلولاتهما:

- الآية الأولى: قوله تعالى: ﴿فَمَا أُوتِيتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَمَتَّاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ وَأَبْقَى لِلَّذِينَ آمَنُوا وَعَلَىٰ رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ، وَالَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ وَإِذَا مَا غَضِبُوا هُمْ يَغْفِرُونَ، وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ﴾ [الشورى: 34-35].

- الآية الثانية: قوله تعالى: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَأَنفَضُوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾ [آل عمران: 159].

أقوال بعض العلماء والباحثين حول مدلول الآية الأولى:

1- ينظر: الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص 39-40، والشورى فريضة شرعية، سابق، ص 102-103. وعن معنى المعلّمة والملزمة يقول د. علي الصلابي أن المعلّمة: أخذ العلم دون العمل بما أجمع عليه أعضاء مجلس الشورى أو اتفقوا عليه -كذلك- بالأغلبية البسيطة أو العظمى.

1- يقول عبد الوهاب خلاف في (السياسة الشرعية)⁽¹⁾: "فقد بين الله -سبحانه وتعالى- صفة الشورى بالجملة الاسمية التي تفيد الاستقرار والثبوت... إن الله -تعالى- جعل أمر المسلمين شورى بينهم، وساق وصفهم بهذا مساق الأوصاف الثابتة، والسجايا اللازمة، كأنه شأن الإسلام ومقتضياته".

ومن ثم فإن وصف المؤمنين في الآية بأن: (أمرهم شورى)، تفيد أن الشورى من خصائص الإسلام، التي يجب أن يتحلى بها المؤمنون، سواء كانوا يشكلون جماعة لم تقم لها دولة بعد -كما كان حال المسلمين بمكة عند بدء نزول الوحي- أو كانوا ينتمون إلى دولة قائمة بالفعل -كما صار حال المسلمين في المدينة المنورة بعد الهجرة، وما بعده-⁽²⁾.

كما أن ذكر صفة الشورى بعد صفة الصلاة، التي هي عماد الإسلام، وركن من أركانه، وقبل صفة الزكاة التي هي من أركان الإسلام -كذلك- فيه دليل على أنه إذا كانت الصلاة فريضة تعبدية والزكاة فريضة اجتماعية، فإن الشورى فريضة سياسية⁽³⁾.

2- يقول سيد قطب في (ظلال القرآن)⁽⁴⁾: "والتعبير بجعل أمرهم كله شورى، لصبغ الحياة كلها بهذه الصبغة خاصة وأنه نص مكي قبل قيام الدولة، فهذا الطابع إذن أعم وأشمل من الدولة في حياة المسلمين، إنه طابع الجماعة الإسلامية في كل حالاتها، ولو كانت الدولة بمعناها الخاص لم تقم بعد... ومن ثم كان طابع الشورى في الجملة

1- السياسة الشرعية، عبد الوهاب خلاف، دار الأنصار بمصر، طبعة سنة 1977، ص26.

2- ينظر: النظام الإسلامي للدولة الإسلامية، د. محمد سليم العوا، المكتب المصري الحديث، طبعة سنة 1975، ص106. نقلاً عن: الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص41.

3- ينظر: المشروعية الإسلامية الكبرى، محمد علي جريشة، مكتبة وهبة بمصر، طبعة سنة 1975، ص254. نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص41.

4- ج3165/25، نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص42.

مبكراً، وكان مدلوله أوسع وأعمق من محيط الدولة وشؤون الحكم فيها، إنه طابع ذاتي للحياة الإسلامية، وسمة مميزة للجماعة المختارة لقيادة البشرية، وهي من ألزم صفات القيادة".

3- يقول عبد القادر عودة في (الإسلام وأوضاعنا السياسية)⁽¹⁾: "... فإنه لا يكمل إيمان قوم بتركون الشورى، ولا يحسن إسلامهم إذا لم يقيموا الشورى إقامة صحيحة".

أقوال بعض العلماء والباحثين حول مدلول الآية الثانية:

1- يقول الإمام الفخر الرازي في (التفسير الكبير)⁽²⁾: "ظاهر الأمر للوجوب، فقوله: (وشاورهم) يقتضي الوجوب".

2- يقول الإمام ابن تيمية في (السياسة الشرعية)⁽³⁾: "لا غني لولي الأمر عن المشاورة، فإن الله تعالى - أمر بها نبيه - ﷺ: ﴿فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: 159]".

ويستطرد الإمام ابن تيمية قائلاً: "وقد قيل: إن الله أمر بها نبيه؛ لتأليف قلوب أصحابه، وليقتدي به من بعده، وليستخرج بها منهم الرأي فيما لم ينزل فيه وحى من أمور الحرب والأمور الجزئية وغير ذلك، فغيره - ﷺ - أولى بالمشورة".

3- يقول د. فتحي الدريني في (خصائص التشريع الإسلامي)⁽⁴⁾: "هذا النص يؤكد وجوب الشورى أيضاً... وأن الأمر يفيد الوجوب، حيث لا صارف يصرفه عن موجه الأصلي، وهذه قاعدة أصولية في تفسير النصوص".

ويستطرد الدريني قائلاً: "وإذا كان هذا واجباً بالنسبة للرسول - ﷺ -، وهو مؤيد بالوحي، فلأن يكون واجباً على من يأتي بعده من الحكام من باب أولى".

1- ينظر: الإسلام وأوضاعنا السياسية، عبد القادر عودة، بيروت، 1967، ص 155.

2- التفسير الكبير، أو مفاتيح الغيب، سابق: 55/9.

3- ينظر: شرح كتاب السياسة الشرعية، محمد صالح العثيمين، سابق ص 301.

4- ينظر: خصائص التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 420.

4- يقول د. على الصلابي في (الشورى فريضة إسلامية)⁽¹⁾: "... وهذا الأمر لرسول الله -ﷺ- بمشاورة أصحابه، هو أمر لكل من يقوم مقامه من: الدعاة والقادة والأمراء، بل إن العلماء والمفسرين يعتبرون أن هؤلاء مأمورون من باب أولى وأحرى، فهم الأحوج إلى هذا الأمر وبفارق كبير جداً عن رسول الله -ﷺ-".

ثانياً: أدلة القائلين بوجوب الشورى من السنة النبوية:

من الأحاديث النبوية التي فيها ما يشير إلى وجوب الشورى ما يلي:

1- ما روي عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أنه قال: سمعت أبا القاسم -رضي الله عنه- يقول: "استشيروا ذوي العقول ترشدوا، ولا تعصوهم فتندموا"⁽²⁾.

2- ما روي عن علي -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -ﷺ-: "لو كنت مستخلفاً أحداً، من غير مشورة لاستخلفت عليهم ابن أم عبد"⁽³⁾.

3- ما ثبت بالسنة الفعلية وتناقلته كتب الحديث والسير والمغازي، والتي منها: قوله -ﷺ- مخاطباً أصحابه عندما خرج عام الحديبية⁽⁴⁾: "أشيروا أيها الناس علي..."، وأثناء مخاطبته لهم من على المنبر بعد نزول براءة أم المؤمنين -عائشة رضي الله عنها- بقوله: "أشيروا عليّ في أناس أبئوا..."⁽⁵⁾.

1- المرجع السابق، ص 18.

2- مسند الشهاب للقاضي القضاعي، سابق، حديث رقم (722): 419/1.

3- أخرجه الامام النيسابوري في المستدرک على الصحيحين، سابق، كتاب معرفة الصحابة، ذكر مناقب عبدالله بن مسعود -رضي الله عنه-، حديث رقم (5389): 359/3. وقال عنه: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

4- أخرجه الامام البخاري في صحيحه، ينظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للعسقلاني، كتاب المغازي، باب غزوة الحديبية، حديث رقم (4179)، سابق: 519/7 - 520.

5- أخرجه الامام مسلم في صحيحه. ينظر صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب التوبة، باب في حديث الإفك، حديث رقم (2770)، سابق، 115/9 - 122.

- ما رُوِيَ عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أنه قال: "ما رأيت أحداً أكثر مشاورة لأصحابه أكثر من رسول الله -صلى الله عليه وسلم-" (1).

جملة القول:

بعد عرض نماذج من السنة القولية والفعلية، فإن ما يمكن قوله من تعليق أنه:

1- حينما يتكرر الأمر في المشورة في الأحداث البارزة والمشهورة، وأن هذا الفعل بمثابة تطبيق وتفسير، تنفيذاً لقوله تعالى: ﴿وشاورهم في الأمر﴾ فإن الأمر في هذه الحالة يخرج من دائرة الاستحباب والندبة، إلى دائرة الوجوب (2).

2- في الحديث أمر من النبي -صلى الله عليه وسلم- باستشارة العقلاء من الأمة، وعدم عصيانهم فيما يشيرون به، وفي هذا دلالة على وجوب الشورى.

الاتجاه الثاني: القائلين بالندب في حكم الشورى:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مبدأ الشورى لم يرد في الفقه الإسلامي على سبيل الوجوب، وإنما على سبيل الندب، ولم يكن هذا من المبادئ التي يلتزم بها الحكام، وأفراد الأمة، وإنما هو عمل مندوب إذا قام به الحاكم أو المحكومون، استحقوا عليه الثواب في الآخرة، والشكر في الدنيا (3).

كما أن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن القول بالندب هو اتجاه عامة السلف (4)، ويستدلون على ذلك بأن فقهاء الشريعة عندما تكلموا على الشورى لم يجعلوها من بين

1- أخرجه الامام البيهقي في سننه، كتاب آداب القاضي، باب مشاورة الوالي والقاضي في الأمر، حديث رقم (2030)، سابق: 10/186.

2- الشورى وأثرها في الديمقراطية، عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ص76، نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد سابق، ص56.

3- الخليفة: توليته وعزله، دراسة مقارنة، إعداد د. صلاح الدين دبوس، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، ص220.

4- ينظر: الشورى وأثرها في الديمقراطية، عبد الحميد الأنصاري، ص49-50. نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد سابق ص56.

الأمر الواجبة على الحكام، وإنما تكلموا عنها في مبحث آداب القاضي، وهل يجب عليه أن يشاور، أو يسن له ذلك؟ وعلى هذا يرى جمهورهم بأن المشاورة سنة بالنسبة للقاضي⁽¹⁾.

ومن الأقوال التي يدافعون بها عن رأيهم: إن الخليفة الشرعي هو الذي استوفى جميع شروط الإمامة، والتي منها كونه مجتهداً، والمجتهد لا تجب عليه المشاورة -في رأيهم-، بل استحبوا له ذلك⁽²⁾.

بعض من حجج القائلين بأن الشورى أمر مندوب، والرد عليها:

- الحجة الأولى: يقولون: إن الاتفاق حاصل عند الجمهور على عدم وجوب المشاورة على القاضي المجتهد، والإمام أعلى درجة منه، ومن ثم لا يجب عليه المشاورة من باب أولى⁽³⁾.

- الردّ على هذه الحجة: إن قياس الحاكم الذي هو رئيس الدولة على القاضي، قياس مع الفارق؛ لأن الحاكم يسيّر أمور الدولة، ويصدر القرارات المصيرية، التي لها مساس بمعظم المسلمين، أما القاضي فإنه يحكم فيما يعرض عليه من حوادث جزئية، خاصة ليست عامة⁽⁴⁾.

- الحجة الثانية: يقولون: إن الأصل في الأشياء الإباحة، والأصل عدم التكاليف، والوجوب لا بد له من دليل، ولا دليل على ذلك، فنرجع إلى الأصل، وهو عدم الوجوب⁽⁵⁾.

1- الشورى بين النظرية والتطبيق، قحطان بن عبدالرحمن الدوري، ص56، نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد ص74.

2- الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص76.

3- الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص76.

4- ينظر: حكم الشورى ومدى إلزامها، مؤسسة آل البيت، نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد، سابق ص76.

5- الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص76.

- الردّ على هذه الحجة: إن القول بعدم وجود دليل على عدم وجوب الشورى غير سليم ولا دقيق، ومن ثم مردود بهذا الإطلاق؛ لأن الأدلة من الكتاب والسنة، وأعمال الخلفاء الراشدين تنطق بوجوب الشورى⁽¹⁾.

- الحجة الثالثة: يقولون: إن النبي -ﷺ- ترك المشاورة في مسائل كبيرة، منها: أ- صلح الحديبية، حيث لم يشاور أصحابه عندما وقّع الصلح مع قريش، رغم أهمية الحدث في حياة المسلمين.

ب- لم يشاور النبي -ﷺ- أصحابه في قتال بني قريظة، حيث أمر -ﷺ- بلائاً أن يؤذن في الناس: ومن كان سامعاً مطيعاً فلا يصلين العصر إلا في بني قريظة.

ج- لم يستشر النبي -ﷺ- الصحابة في غزوة تبوك.

الرد على هذه الحجة في استدلالهم بمثل هذه المسائل على عدم وجوب الشورى:

أ- إن صلح الحديبية حين عقده النبي -ﷺ- ولم يستشر أحدًا من أصحابه؛ لأن الصلح كان أمراً ربانياً، فقد أوحى الله به إلى رسوله -ﷺ-، وأمره بإجرائه بكل بنوده⁽²⁾.

ويدل على هذا الأمر قول الرسول -ﷺ- الذي رواه البخاري في صحيحه، حين اعترض عمر بن الخطاب على بنود الصلح: "إني رسول الله، ولست أعصيه وهو ناصري"⁽³⁾.

ب- أما الاحتجاج بمسألة السير إلى بني قريظة، دون استشارة أصحابه -ﷺ- في قتالهم، فهذا استدلال غير سديد؛ لأن أمر السير إلى بني قريظة وقاتلهم كان ربانياً كذلك-.

1- ينظر: حكم الشورى ومدى إلزامها، مؤسسة آل البيت، نقلاً عن الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص76.

2- ينظر: زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن قيم الجوزية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1998م، فصل في قصة الحديبية: 207/3 - 224.

3- أخرجه البخاري في صحيحه. ينظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني، كتاب الشروط، باب الشروط والجهاد في المصالحة، حديث رقم (2731-2732): 402/5-403.

فقد روي عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: "لما رجع النبي -ﷺ- من الخندق ووضع السلاح واغتسل، أتاه جبريل -الكتبيلا-، فقال: قد وضعت السلاح. والله ما وضعناه، فاخرج إليهم، قال -ﷺ-: "إلى أين؟" قال جبريل -الكتبيلا-: ها هنا، وأشار إلى بني قريظة، فخرج النبي -ﷺ- إليهم بعد أن أمر مؤذنا بالأذان في الناس".

وروي عن أنس -رضي الله عنه- وهو يصف موكب جبريل -الكتبيلا- فقال: "كأنني أنظر إلى الغبار ساطعاً في زقاق بني غنم، موكب جبريل -صلوات الله عليه- حين سار رسول الله -ﷺ- إلى بني قريظة"⁽¹⁾.

ج- وأما احتجاجهم بمسألة سيره -ﷺ- إلى تبوك؛ لتأديب الروم دون استشارة أصحابه في ذلك، فيرد عليه بأن ذلك كان تنفيذاً لأمر الله -تبارك وتعالى- في [سورة التوبة: 29]: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾.

ومرد ذلك -كما يقول بعض الباحثين⁽²⁾- إلى أن النبي -ﷺ- بعد أن نصره الله بفتح مكة، وأخضع قريشاً، كان لابد له من أن يلتفت إلى أهل الجوار من مكة، وقد كان هؤلاء من أهل الكتاب، وكانوا مصدر أذى وقلق للمسلمين، ولذا فقد عزم النبي -ﷺ- الأمر على غزوهم، دون استشارة أصحابه؛ لأن الله -تعالى- قد أمره بذلك، كما جاء في نص الآية الكريمة⁽³⁾.

1- أخرجه البخاري في صحيحه. ينظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني، كتاب المغازي، باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة، حديث رقم (4117، 4118): 467/7-468، وسيرة ابن هشام، سابق غزوة بني قريظة: 244/3.

2- منهم: مهدي فضل الله في: الشورى طبيعة الحاكمية في الإسلام، وعلي الصلابي في: الشورى فريضة إسلامية، وندل جبر في: الشورى وأهل الحل والعقد.

3- ينظر: الشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص77-78.

جملة القول فيما قيل حول المسائل السابقة: إن المبادرة بالشورى لم تتعدم فيها بالكلية من قبل الرسول -ﷺ-، فقد مارسها في غزوة تبوك، وقبيل مشورة الصديق وعمر في بعض النوازل التي حدثت في هذه الغزوة⁽¹⁾.

- الحجة الرابعة: إن القائلين بمندوبية الشورى استدلوا بأن الخلفاء الراشدين لم يشاوروا بعضهم في بعض المسائل، منها:

أ- عدم استشارة الخليفة أبي بكر أصحابه في إنقاذ جيش أسامة.

ب- عدم استشارة الخليفة أبي بكر أصحابه في حروب الردة، ومقاتلة مانعي الزكاة.

- الرد على هذه الحجة:

إن الرد على هذه الحجة أعرضه من خلال فقرتين اثنتين (أ، ب) فأقول :

أ- أما الاحتجاج بعدم استشارة أبي بكر الصديق أصحابه في إنقاذ جيش أسامة، فإنه يمكن الرد على ذلك: بأن الخليفة أبا بكر -ﷺ- لم يعترض عن مشاوره أصحابه في رأيهم بعدم إنقاذ جيش أسامة، بل امتنع عن الأخذ بما شاروا عليه، واعتبر بأن مسألة إعداد جيش أسامة لمهمة الفتح كانت سابقة لخلافته، وهي من إعداد النبي -ﷺ- قبل أن يقبض، وقال لهم: "ما كنت لأرد أمراً أمر به رسول الله -ﷺ-"، وفي رواية: "والله لا أحل عقدة عقدها رسول الله -ﷺ-"، ولو أن الطير تخطفتنا، والسباع، من حول المدينة"⁽²⁾.

فأبو بكر بهذا العمل لم يرتكب إثماً وإنما كان يرى في ذلك عدم مخالفة فعل النبي -ﷺ-، وفي الوقت نفسه كان يؤكد لهم على حقهم في المشاورة صراحة، حيث ذكرت بعض الروايات أنه قال لهم: إنكم قد علمتم أنه كان لكم في المشورة فيما لم

1- ينظر: الشورى فريضة إسلامية، سابق، ص 31-33.

2- ينظر: موسوعة السير، أبو بكر الصديق، د. علي الصلابي، دار المعرفة، بيروت، ط9، 1433هـ/2011م ص 159-160.

يقض بينكم فيه سنة، ولم ينزل عليكم به كتاب، وقد أشرتم وسأشير عليكم، فانظروا أرشد ذلك فأتَمروا به، فإن الله لن يجعلكم على ضلالة، كما أن مثل هذا الموقف ليس غريباً على أبي بكر وبقية صحابة رسول الله ﷺ، فإنه قد جدد دعوته للصحابة في إيداء الرأي وتقديم الحلول والمناقشة في قضايا الأمة في خطبته عند بيعته للخلافة⁽¹⁾.

ب- وأما عن الاحتجاج بمسألة عدم استشارة الخليفة أبي بكر أصحابه في حروب الردة ومقاتلة مانعي الزكاة فإنه يمكن الردّ على ذلك: بأنه بعد أن أشاروا عليه بترك من ارتد بسبب امتناعهم عن دفع الزكاة وذلك لقلّة الجند بعد أن سير جيش أسامة، فامتنع ﷺ - وكان امتناعه لا ينم على حب الاعتراض، أو الاستبداد بالرأي وإنما حرصاً على حفظ أمانة دعوة الإسلام، وعدم التهاون في عقوبة من يعترض على تنفيذ أحكامها فقال لهم: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة...⁽²⁾، واعتبر ذلك الاعتراض هو ارتداد عن حفظ أركان الإسلام، واستشهد بقول النبي ﷺ: "من بدلّ دينه فاقتلوه"⁽³⁾، وكما تذكر الروايات أن أصحابه - رضوان الله عليهم - اقتنعوا بما ذكره لهم، وكما هي عقيدة الصحابة في تنفيذ أحكام الدين، فكلهم لا يرون بأساً في تنفيذ ما قال به النبي ﷺ - أو فعله، أو ما كان فيه مصلحة للإسلام والمسلمين⁽⁴⁾، وأن الغاية من التشاور ليست

1- السابق، ص 157-158، والشورى وأهل الحل والعقد، سابق، ص 57-58.

2- أخرجه الامام البخاري في صحيحه. ينظر: فتح الباري، كتاب استتابة المرتدين، باب قتل من أبى قبول الفرائض وما نسبوا إلى الردة، حديث رقم (6924، 6925): 312/12؛ ينظر: موسوعة فقه أبي بكر الصديق، دار النفائس للطباعة والنشر، بيروت، ط 2 1415هـ/1994م، ص 118.

3- أخرجه البخاري في صحيحه، ينظر فتح الباري. كتاب الجهاد والسير، باب لا يُعَدَّبُ بعذاب الله، حديث رقم (3071): 165/6؛ وفي كتاب استتابة المرتدين، باب حكم المرتد والمرددة واستتابتهم، حديث رقم (6922): 303/12.

4- فقد جاء في موسوعة السير للدكتور علي الصلابي، ج 2 (أبو بكر الصديق) ص 174: أن عمر رضي الله عنه قال بعد أن امتنع أبو بكر عن الأخذ برأيهم: فوالله ما هو إلا أن قد شرح الله صدر أبي بكر، فعرفت أنه الحق، ثم قال بعد ذلك: والله لقد رجح إيمان أبي بكر بإيمان هذه الأمة جميعاً، في قتال أهل الردة.

لفرض رأي أو الاعتراض على رأي، وإنما لتنفيذ أوامر الله وسنة رسوله في كل ما يهم المسلمين في قضاياهم العامة والخاصة، فضلاً عن أن مبدأ الشورى هو أساس في تقرير الأحكام عندهم.

خلاصة القول في مسألة حكم الشورى:

بعد أن استعرضنا بشيء من التحليل والمناقشة آراء مهمة تتعلق بمسألة حكم الشورى يمكن لنا أن نخلص للآتي:

1- إن ورود الشورى في النص القرآني بين ركنين من أركان الإسلام، هي في موضع يدل على جلالته موقعها، فضلاً عن أن ذكرها مع الإيمان وإقامة الصلاة في موضع آخر يدل على أنها أمورون بها.

2- إن الحكم الذي ينبغي أن نأخذ به هو ما يتماشى مع واقعنا المعاش، فلنتأمل، هل الحاكم أو الأمير أو السلطان من أهل العلم والخبرة والاجتهاد، أو أنه ليس كذلك؟ وبالتالي نؤسس القول بالحكم بشأن توليه على هذا الأساس.

3- إن وجوب الشورى على الحاكم ابتداءً، هو الأولى والأقرب إلى ما تدل عليه النصوص، والأحداث التي وردت في المشاورة، إضافة إلى ما يعيشه المسلمون من واقع هو في أمس الحاجة إلى الأخذ بمبدأ الشورى، في نظام الحكم في أي قطر يدين أهله بدين الإسلام.

المطلب الرابع

الشورى والديمقراطية

نظراً للتداخل الشائع في مفهوم مصطلح الشورى مع مصطلح الديمقراطية، حتى يكاد بعض من أهل هذا العصر أن يجعلوا كلا اللفظين بمعنى واحد، فإذا ذكرت الشورى عندهم فإنها تعني الديمقراطية وإذا ذكرت الديمقراطية فإنها تعني الشورى، إلا

أن المدرك لدقة مفهوم اللفظين يرى غير ذلك، وإن تراءى له بأنه قد تجمع بينهما الغاية التي ينشدها كل منهما، وهذا يتوقف على ما تحققه غاية كل منهما وتفضي إليه.

إن الأخذ بمبدأ الديمقراطية مع تهذيبها وترشيدها، إنما هو من باب طلب الحكمة أئى وجدت، ومن باب السياسة الشرعية الرشيدة، وكما يقول ابن عقيل: هي ما كان من الأفعال، يكون الناس معه أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول، ولا نزل به وحي⁽¹⁾.

وإذا ما كانت حياة الإنسان تتطلب منه تدبير شؤونه بما يحقق له مصالحه العامة والخاصة، فإن ذلك لا يتعارض مع استفادته من التجارب والنظم الديمقراطية، إلا أنه ليس لأحد أن يفرض على آخر الأخذ بمبدأ الديمقراطية أو غيرها بالجملة، أو تركها بالجملة كذلك، أو قبول هذا النظام على علته -بحلوه ومره-⁽²⁾.

إن نظام الديمقراطية أو غيره من النظم الفلسفية؛ لا تعدو كونها تجربة إنسانية قابلة للنقد، والأخذ والرد، وهذا قول لا يختلف عليه المنصفون، حتى ممن يأخذون بنظام الديمقراطية، فهم معترفون بأن فيها من العيوب والنقائص والآفات ما يجعلها محل نقد وتجريح.

مفهوم الديمقراطية: (Democracy)

سبق الحديث عن معنى الشورى في مطلب مفهوم الشورى، وقبل الوقوف على جوانب الاتفاق والافتراق بين الشورى والديمقراطية، فلا بد من الحديث عن معنى الديمقراطية أولاً.

1- ينظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية، تحقيق: سيد عمران، دار الحديث بالقاهرة، ط 1423هـ/2002م، ص17.

2- ينظر: الشورى فريضة إسلامية، د. علي محمد الصلابي، سابق ص142.

الديمقراطية:

مركب لفظي مؤلف من لفظين، كل لفظ منهما يحمل معنى يكمل معنى الآخر، وهذا هو الأصل في تركيبهما، وأصل هذا اللفظ المركب يعود إلى اللغة اليونانية، أولهما: ديموس (Demos)، ومعناه: الشعب، والآخر كراتوس (Kratos) ومعناه: السيادة.

فمعنى الديمقراطية إذن: سيادة الشعب، وهي نظام سياسي، أسس على مذهب فلسفي، تكون فيه السيادة لجميع المواطنين، لا لفرد أو لطبقة واحدة منهم، هذا هو الأصل. ولكنه بالنظر إلى تطور فكرة الديمقراطية كمذهب فلسفي سياسي، نجدها لم تبلغ غايتها الكاملة، فهي إما أن تكون سياسية تقوم على حكم الشعب لنفسه بنفسه، أو بواسطة ممثليه المنتخبين، وهذا ما تأسست عليه في مرحلتها الأولى قبل قيام الثورة الفرنسية. وإما أن تكون اجتماعية، بمعنى أنها أسلوب حياة يقوم على المساواة وحرية الرأي والتفكير، وإما أن تكون اقتصادية تنظم الإنتاج، وتضمن حقوق العمال، وتسعى لتحقيق العدالة الاجتماعية، وإما أن تكون دولية توجب قيام العلاقات الدولية على أساس السيادة والحرية والمساواة.

وهذه التطورات الأخيرة بدأت تظهر، ويؤخذ بها في مرحلة الديمقراطية الثانية، إلا أن هذه التطورات -إن صح التعبير- لم تتم في وقت واحد ولا في محيط جغرافي واحد، وبالتالي فإن هذه الديمقراطية لا يمكن أن تبلغ غايتها الكاملة إلا إذا جمعت بين هذه الجوانب كلها، في وزن واحد من الاتساق⁽¹⁾.

1- ينظر: المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والإنجليزية واللاتينية، إعداد: د. جميل صليبا، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، طبعة سنة 1414هـ/1994م، ج1/569-570، نظام الحكم الإسلامي، د. محمود حلمي، دار الفكر العربي بالقاهرة، ط3، 1975م، ص137-138.

إن مذهب الديمقراطية بشكله ومضمونه الذي يتحدث عنه بعض المعاصرين من كتاب ورجال سلطة حاكمة لا يمت بأية صلة للغاية الأصلية التي ظهرت من أجلها فكرة الديمقراطية، كما أن نظام الحكم في الإسلام لم يعرف هذا النوع من النظام، لا بلفظه، ولا بأغلب ما يحمله من أفكار⁽¹⁾، وكما أشرنا -سابقاً- بأنه لا يمكن رفض هذا النظام بتمامه، ولا قبوله بتمامه، وبالتالي، فلأمانة العلمية، وبكل موضوعية، فإننا نختم الحديث حول هذه المسألة بعرض أوجه الاتفاق وأوجه الافتراق بين فكرة الديمقراطية ومبدأ الشورى، فنقول:

أوجه الاتفاق وأوجه الافتراق بين الشورى والديمقراطية:

أولاً: ما تتفق فيه الديمقراطية مع الشورى:

- نظام الشورى منظومة متكاملة الجوانب وفي اتساق واحد، فإذا ما بلغت الديمقراطية هذه الصورة فإنها تتفق مع الشورى⁽²⁾.
- يتفق مبدأ الشورى مع نظام الديمقراطية في ترتيب سياسة الحكم، فالشعب هو الذي يختار ممثليه أو حكامه، مع دعوتها لتوسيع مشاركة أفراد الشعب في مجال العمل السياسي، ويتفقان -كذلك- على رفض سياسة التغيب والإقصاء عن ممارسة الحق السياسي، وحرية الرأي والتعبير؛ لأن ذلك سبب من أسباب الاستبداد، والانفراد بالرأي⁽³⁾.

1- ينظر: فقه الموازنات بين النظرية والتطبيق، ناجي إبراهيم السويد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 1423هـ/2002م، ص251-253، نظام الحكم الإسلامي، د. محمود حلمي، سابق، ص138؛ الموسوعة الإسلامية العامة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر، 1422هـ/2001م، ص655.

2- ينظر: المعجم الفلسفي، سابق، ج1/570.

3- ينظر: الشورى، د. سامي الصلاحت، ص315، نقلاً عن الشورى فريضة إسلامية، د. علي الصلابي، سابق ص147.

• كلا المنهجين يقرر أن مبدأ الأخذ بحكم الأغلبية، مع اعتبار رأي الأقلية، إلا أن القرارات تقرر بناء على موافقة الأغلبية، ولا غرابة في ذلك فإن السياسة التشريعية في النظام الإسلامي تعتمد هذا المنهج، وإن مصطلح الأكثرية أو الكثرة معمول به في مباحث التعارض والترجيح، وقد جاء ذلك على لسان علماء الأمة الإسلامية⁽¹⁾، فهذا الإمام الأمدي - رحمه الله - يؤكد على ذلك بقوله: "إن الكثرة يحصل بها الترجيح"⁽²⁾، وهذا الأستاذ عبدالقادر عودة يتفق مع الإمام الأمدي فيما ذهب إليه بقوله: "إن الشورى لن يكون لها معنى إذا لم يؤخذ برأي الأكثرية، ووجوب الشورى على الأمة يقضي التزام رأي الأكثرية"⁽³⁾.

• يتفق النظام الديمقراطي مع نظام الشورى في أن ما يشترطه نظام الشورى في اختيار مجلس الشورى (أهل الحل والعقد) هو ما يشترطه النظام الديمقراطي في عضوية المجالس النيابية.

ثانياً: ما تفترق فيه الديمقراطية مع الشورى:

• نظام الشورى يضمن لكل فرد التمتع بحقه في إبداء الرأي، وإعطاء المشورة للحاكم إما مباشرة، أو عن طريق نائبه، كما أن هذا النظام كفّل حق المساواة بين أفراد الشعب - بكل طبقاته - في حق تولي الوظائف العامة في الدولة، دون تمييز بجنس أو لون، أو طبقة، أو انتماء لحزب دون آخر، والنظام الديمقراطي خلاف ذلك، خاصة في مسألة التمييز.

• الشعب في النظام الديمقراطي يتوقف دوره عند انتخاب نوابه، والنواب بعد ذلك لهم حق تشريع ما يريدون، أما في شورى الإسلام فلا يتوقف دور الشعب عند حد

1- السابق نفسه.

2- السابق نفسه.

3- السابق نفسه.

الانتخاب، بل يستمر في مراقبة ومحاسبة النواب والحكام، ولا يسمح للنواب والحكام أن يجاوزوا حدود ما شرعه الله تعالى.

• النظام الديمقراطي غير مستقر في طبيعة تطبيقه، ولا في تكوينه، ولذلك عاشت فكرة الديمقراطية مرحلتين زمنيتين: تقليدية وحديثة، فالتقليدية تقوم على الحرية السياسية، بينما تقوم الحديثة على الحرية الاقتصادية والاجتماعية، وهذه الأخيرة انقسمت إلى ثلاثة أقسام: مباشرة، وشبه مباشرة ونيابية⁽¹⁾، أما نظام الشورى فلم يرق على التجزئة وعدم الاستقرار، بل كان نظاماً مستقراً وشاملاً لكل الجوانب الحياتية، ولم يكن يفرض حكماً يلزم الناس بالأخذ به في كل ظرف وفي كل عصر ومصر، بل ترك ذلك للناس، وأعطاهم الحق في تحديد النظام المناسب لظروف كل عصر يستقون قواعد ما يحدونه من الأصل العام المقرر في الشريعة الإسلامية.

جملة القول في هذه المسألة:

إن النظام الديمقراطي إذا استمر على صورته الحالية في عدم تصحيح نظريته إلى وضع الأفراد من حيث عدم التمييز بينهم، وترك دعم الاستبداد سواء بممارسته عند من يأخذون بنظام الديمقراطية فعلاً أو بادعائه عند من يدعون ذلك دون ممارسة حقيقية، ففي هذه الحالة لا يمكن أن يكون بين النظام الديمقراطي ونظام الشورى أي اتفاق. إن مبدأ الشورى في الإسلام يتفق مع نظام الديمقراطية في عدد من الجوانب؛ لأنه ذو نزعة تميل إلى تحقيق مبدأ المشاركة والمشاورة، ولا يعترض مبدأ الشورى عما ينادي به مذهب الديمقراطية في هذا المضمار.

1- ينظر: نظام الحكم الإسلامي، د. محمود حلمي، سابق، ص 138-145.

خاتمة البحث

بعد أن وفقتني الله -تعالى- في إعداد هذا البحث العلمي -المتواضع-، الذي تكونت خطته من أربعة عناصر رئيسة، تناولت من خلالها -بشيء من العرض والشرح والتحليل- إبراز بعض من تعاليم الشريعة الإسلامية وأحكامها حول موضوع (مبدأ الشورى في نظام الحكم الإسلامي)، وقد قصدت من إعداد هذه الدراسة خدمة السياسة الشرعية في هذا الجانب.

وبعد استكمال إعداد موضوعات الدراسة توصلت إلى استخلاص مجموعة من النتائج، وتتمثل في الآتي:

- 1- إن مبدأ الشورى في الإسلام ليس نظاماً طارئاً ولا مرحلياً، ومن ثم فقد جعل الله احترامه من أئمن خصال المؤمنين وصفاتهم، وقد نص على ذلك في آياته الكريمة.
- 2- إن حقيقة الشورى هي تقليب الآراء المختلفة، ووجهات النظر المطروحة في قضية من القضايا واختيارها من أصحاب العقول والأفهام، حتى يتوصل إلى الصواب منها أو أصوبها وأنسبها ليعمل بها حتى تتحقق أحسن النتائج.
- 3- إن لمبدأ الشورى وما يحمله من معانٍ تتحقق بفضلها غايات كثيرة، أهمية كبيرة، وفائدة عظيمة في أي تنظيم كان، أو بين أي جماعة من الجماعات.
- 4- إن نظام الحكم في الإسلام يعمل على أن تكون الأمة جميعاً كالبنين يشد بعضه بعضاً، و(كالجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى)، ولا يكون ذلك إلا بالتوَادد والتراحم، والتشاور والتعاون.
- 5- إن نظام الحكم في الإسلام يعمل على تثبيت الشعور بالمسؤولية في قلب كل فرد من الأمة، مهما يكن مركزه الاجتماعي، ونوع عمله الذي يقوم به.

- 6- إن التاريخ الإسلامي عرف أخذ النبي بمبدأ الشورى، واستشارته لأصحابه في كثير من الشؤون والأحوال، وقد كان غنياً عنها؛ لأنه لا ينطق الهوى، ولا يتصرف في شؤون الأمة إلاّ بوحى من الله العلي الحكيم.
- 7- إن أمر حكم الأخذ بمبدأ الشورى يتطلب اجتهاداً جماعياً، وتقديراً للمصلحة التي تعود على الأمة بناء على الحكم الذي تميل إليه.
- 8- إن الشورى السياسية -في جوهرها- ليست إلاّ مبدأ عاماً، يوجب على الصفوة المختارة من أبناء الأمة، اختيار الصالح المناسب لظروفها، وهذا الصالح هو الأداة الأمنية التي تنهض بمهام سياسة الدول، تحقيقاً لمصلحتها العليا.
- 9- إن مبدأ الشورى في الإسلام يتفق مع نظام الديمقراطية في عدد من الجوانب؛ لأنه ذو نزعة تميل إلى تحقيق مبدأ المشاركة والمشاورة، ولا يعترض عما ينادي به مذهب الديمقراطية في هذا المضمار.

قائمة المراجع

- 1- لسان العرب لابن منظور، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1421هـ/2000م، ج4.
- 2- المصباح المنير للفيومي، دار الحديث بالقاهرة، ط1، 1421هـ/2000م.
- 3- عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ (معجم لغوي لألفاظ القرآن الكريم)، للشيخ أحمد بن يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسمين الحلبي، تحقيق: محمد باسل، دار الكتب العربية، بيروت، ط1، 1417هـ/1996م.
- 4- الشورى في ظل الحكم الإسلامي، عبدالرحمن عبدالخالق، الدار السلفية، الكويت، طبعة سنة 1975م.
- 5- معجم لغة الفقهاء، د. محمد رواسي قلعة جي، دار النفائس للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، ط1، 1416هـ/1996م.
- 6- النظام السياسي في الإسلام، د. محمد عبدالقادر أبو فارس، عمان-الأردن، ط3، 1986م.
- 7- خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، د. فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة-بيروت-ط1-1402هـ-1982م.
- 8- الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، طبعة 2، 1420هـ/1999م، القاعدة الخامسة.
- 9- الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان (د.ت).
- 10- السيرة النبوية لابن هشام، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د-ت) ج4.
- 11- تفسير القرآن العظيم لابن كثير، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

- 12- شرح كتاب السياسة الشرعية-محمد بن صالح العثيمين-تحقيق: د. يحيى مراد-
مؤسسة المختار لنشر والتوزيع بالقاهرة-ط (1) 1428هـ-2007م.
- 13- الشورى وأهل الحل والعقد في السياسة الشرعية-دندل جبر-الاكاديميون للنشر
والتوزيع-عمان الأردن-ط(1) 1430هـ-2009م.
- 14- وظيفة الحاكم في الدولة الإسلامية، د. عارف خليل محمد أبو عيد، دار الأرقم
بالكويت، ط 1، 1405هـ/1985م.
- 15- أحكام القرآن للكيهراسي، تحقيق: موسى محمد علي؛ وعزت علي عطية، دار
الكتب الحديثة بالقاهرة، ط سنة 2008م.
- 16- أحكام القرآن للجصاص - دار القلم - بيروت لبنان (د.ت).
- 17- أحكام القرآن لابن العربي، تحقيق: عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية،
القاهرة، (د.ت).
- 18- الشورى فريضة إسلامية، د. علي الصلابي، دار المعرفة، بيروت،
لبنان، ط 3، 1433 هـ/2012م.
- 19- المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي، د. محمد عبد العاطي محمد علي،
دار الحديث بالقاهرة، طبعة سنة (1428 هـ/2007م).
- 20- الأدب المفرد للبخاري، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، طبعة سنة
(1980م).
- 21- مسند الشهاب للقاضي القضاعي، تحقيق: حمدي عبدالحميد السلفي، دار الرسالة
العالمية-دمشق سوريا، ط 3، 1431 هـ / 2010م حديث رقم (722) ج1.
- 22- فيض القدير، شرح جامع السيوطي الصغير للمناوي، دار الحديث بالقاهرة،
طبعة سنة (1431 هـ / 2010م) ج7.

- 23- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، دار التقوى للنشر والتوزيع بالقاهرة، ط 2000 ج7.
- 24- تفسير الطبري (جامع البيان في تأويل القرآن)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1420هـ/ 1999م، ج3.
- 25- التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب للإمام الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ/ 2000م، ج9.
- 26- الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت.)، ج4.
- 27- البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة سنة 1420هـ/ 1999م، ج10.
- 28- السياسة الشرعية، عبد الوهاب خلاف، دار الأنصار بمصر، طبعة سنة 1977.
- 29- النظام الإسلامي للدولة الإسلامية، د. محمد سليم العوا، المكتب المصري الحديث، طبعة سنة 1975.
- 30- الإسلام وأوضاعنا السياسية، عبد القادر عودة، بيروت، 1967.
- 31- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الأرقم، بيروت، لبنان، (د.ت.).
- 32- زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن قيم الجوزية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/ 1998م.
- 33- موسوعة السير (أبو بكر الصديق)، د. علي الصلابي، دار المعرفة، بيروت، ط9، 1433هـ/ 2011م.
- 34- المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والإنجليزية واللاتينية، إعداد: د.جميل صليبا، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، طبعة سنة 1414هـ/ 1994م.

- 35- نظام الحكم الإسلامي مقارناً بالنظم المعاصرة، د. محمود حلمي، دار الفكر العربي بالقاهرة، ط3، 1975م.
- 36- ناجي إبراهيم السويد، فقه الموازنات بين النظرية والتطبيق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 1423هـ/2002م.
- 37- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، تحقيق: سيد عمران، دار الحديث بالقاهرة، ط1، 1423هـ/2002م.
- 38- أهمية الشورى للشيخ المنصف محمود عبدالفتاح، بحث منشور في مجلة خبر الإسلام، ع8، أغسطس 1974.
- 39- تفسير الكشاف، للإمام الزمخشري، المكتبة التوفيقية، مصر، (د.ت.).
- 40- صحيح مسلم بشرح النووي، دار الحديث بالقاهرة، ط3، 1419هـ/1998م.
- 41- مسند الإمام أحمد، دار الحديث بالقاهرة، ط1، 1416هـ/1995م.
- 42- الخليفة: توليته وعزله، دراسة مقارنة، صلاح الدين دبوس، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، (د.ت.).
- 43- الموسوعة الإسلامية العامة، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية مصر، 1422هـ/2001م.
- 44- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط1996م.

نظرة في الدعوى الجنائية من خلال وظائفها

د. الهادي علي بوحمرة*

الأحكام القانونية سواءً الموضوعية أو الإجرائية هي وسائل لتحقيق غايات يفترض أن تكون محددة. والقول بأنها مناسبة أو فعالة هو قول يعتمد بالضرورة على مقدرتها في إدراك تلك الغايات التي وضعت لتحقيقها. وإذا كان الأمر كذلك، فإن إعادة النظر في الغايات يوجب إعادة النظر في وسائل إدراكها. وبما أن هناك تكاملية بين النصوص الموضوعية والإجرائية باعتبار أن الثانية هي وسيلة تفعيل الأولى، فإن الأمر يستلزم تحديد وظيفة النص الموضوعي كمقدمة من مقدمات تحديد وظيفة النص الإجرائي. هذا اللزوم هو بنفس لزوم تحديد وظيفة الدعوى الجنائية لضبط أحكامها. ومعنى ذلك أن هناك قدراً من التبعية بين وظيفة العقوبة ووظيفة الدعوى الجنائية وأحكامها، حيث إن اختلاف وظيفة العقوبة التعزيرية عن وظيفة العقوبة الحدية ووظيفة القصاص والدية يوجب نوعاً من الاختلاف بين الأحكام الإجرائية بشأن التعازير والأحكام الإجرائية بشأن الحدود أو القصاص والدية، انطلاقاً من أن وظيفة العقوبة الحدية يجب أن يكون لها تأثير على موجباتها ومسقطاتها ووسائل إثبات الجريمة الموجبة لها، فأدلة الإثبات التي تصلح للحكم بعقوبة وظيفتها الردع العام والخاص، قد لا تصلح لإثبات جريمة عقوبتها تهدف للتطهير من الذنب⁽¹⁾. وبما أن التحول من الإعدام تعزيراً إلى الإعدام قصاصاً كجزاء لجريمة القتل العمد هو تحول في وظيفة العقوبة، فقد استوجب هذا التحول إحداث تغيير في الأحكام الموضوعية والإجرائية

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون / جامعة طرابلس.

1- انظر بحثنا: "قراءة في أدلة إثبات جريمة الزنى الحدية"، مجلة القانون، تصدر عن كلية القانون جامعة الفاتح (طرابلس حالياً)، ع2، سبتمبر 2003، ص238 وما بعدها.

بشأنها، ومن ذلك: توقف النطق بعقوبة الإعدام قصاصاً على عدم وجود عفو من ولي الدم، وإمكانية سقوطها حتى بعد الحكم بالبات إذا صدر العفو بعده، واستبعاد سلطة القاضي في تفريدها (1).

ولعل من أهم أسباب الإشكاليات التي ظهرت في التشريع الجنائي الليبي بعد تبني نظام الحدود، هو أن النظام الإجرائي المستعمل لتفعيل هذا الأخير هو نظام وضع في أصله لتفعيل نظام التعزير. ولأن وظيفة العقوبة الحدية تختلف عن وظيفة العقوبة التعزيرية، ظهر عند التطبيق نوع من عدم الانسجام بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية (2).

وإذا كان الأمر كذلك، فإن هناك ضرورة لتنزيل الأحكام الموضوعية على الأحكام الإجرائية، ومن ذلك تنزيل وظيفة العقوبة على وظيفة الدعوى الجنائية، مع وجوب كون كافة الأحكام محلاً لتنزيل المبادئ العامة التي تحكم النظام الجنائي. ومن نتائج هذا الارتباط بين النص الموضوعي والإجرائي، أن تعدد وظائف التجريم والعقاب قد يوجب تعدداً في وظائف الدعوى الجنائية واختلافاً في أحكامها، لكي تكون قادرة على تحقيق هذا التنوع في مجال وظائف التجريم والعقاب، فالنظام الإجرائي الذي يستجيب للأغراض الأخلاقية للجزاء الجنائي أو للتجريم بصفة عامة، قد لا يغني عنه نظام إجرائي وضع لتحقيق أغراض نفعية، فتقدير أحدهما يظل ناقصاً إذا

1- تنص المادة الأولى من القانون رقم 1430/7 المعدل للقانون رقم 1423/6 بشأن أحكام القصاص والدية على أنه: (يعاقب بالإعدام قصاصاً كل من قتل نفساً عمداً، وفي حالة العفو ممن له الحق فيه تكون العقوبة السجن المؤبد والدية. ويقدم العفو إلى النائب العام إذا تم بعد صدور الحكم بالبات وقبل التنفيذ، وعلى النائب العام في هذه الحالة رفع الأمر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لمعاقبة الجاني بعقوبة السجن المنصوص عليها في الفقرة السابقة).

2- راجع أعمال ندوة الإشكاليات الفلسفية والعملية لتشريعات الحدود (التجربة الليبية في الميزان)، مجلة الأسمرية، تصدر عن الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، ليبيا، ع8، س4، 2007.

تم بمعزل عن الآخر، الأمر الذي قد يؤدي بدوره إلى تنوع أحكامها. مع وجوب ملاحظة ما يكون بين هذه الوظائف من تكاملية أو تراتبية، وأن منها ما يكون مقصوداً لذاته، ومنها ما يكون مقصوداً لغيره.

وإذا انطلقنا من هذا المنهج عند التفكير في إيجاد بدائل للعقوبة أو للدعوى الجنائية، فإن الحكم على ما يوجد من بدائل أو اقتراح بدائل أخرى لا يكون دقيقاً وفعالاً إلا متى كان تالياً لضبط وظيفة العقوبة أو وظيفة الدعوى الجنائية أو هما معاً أو ضبط الأولى تم بناء الثانية عليها وذلك حسب الأحوال. وهذا ما يوجب أخذ عدة مسائل في الاعتبار عن التفكير في البديل منها على سبيل المثال الجريمة سبب الدعوى الجنائية. لأنه لا يصح أن نطلق وصف البديل في هذا المجال إلا إذا كانت الوسيلة محل الوصف موصلة لنفس الهدف، وإلا شكل الأمر تغييراً في الوسيلة والغاية لا تغييراً في الوسيلة فقط. أي أن الفرق واضح بين تبديل الوسيلة وتبديل الغاية، حيث أن الحالة الأخيرة تستلزم إيجاد وسيلة جديدة قادرة على تحقيقها.

وانطلاقاً من هذه المقدمة الموجزة نحاول النظر في وظائف الدعوى الجنائية (الفقرة الأولى)، ثم نحاول أن ننظر في مدى استجابة الأحكام الإجرائية لها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى / وظائف الدعوى الجنائية

المحافظة على السلم الاجتماعي واجب على الدولة، أياً كان نمطها ونظامها السياسي أو الاجتماعي، وهو المبرر الأقوى لوجودها، فحتى مع تقلص دور الدولة إلى الحد الأكبر الممكن تصوره، فإن هذه الوظيفة تبقى من وظائفها الأساسية، ومن وسائل تحقيق هذه الوظيفة محاكمة من يتهم بانتهاك قواعد الحياة في المجتمع التي يقرر لها المشرع حماية جنائية. وإذا كانت العقوبة فيها حياة للمجتمع ولما يقرره من نظم، فإن للدعوى نصيباً من ذلك، لأنها تتيح معرفة الحقيقة ونقادی استعمال العنف وغيره من الوسائل غير المشروعة أو على الأقل تحول دون الإسراف فيها⁽¹⁾. والعقوبة وإن كانت وسيلة لاستمرار الحياة في المجتمع، إلا أنها لا تكون إلا بحكم قضائي تختتم به الدعوى الجنائية⁽²⁾.

فلو ازم السلم الاجتماعي لا تتحصر في إنزال العقوبة على شخص بل أنها تمتد للإجراءات الجنائية التي قد لا تفضي بالضرورة إلى إنزال العقوبة.

هذه الإجراءات، ومنها الإجراءات الماسة بالحقوق والحريات، والتي يمكن أن تتخذها الدولة في مواجهة الأفراد للوصول إلى إقرار واستيفاء حقها في العقاب، يجب أن تكون في إطار القانون. فكما انه لا يمكن الحكم بعقوبة إلا إذا أوجدها المشرع بنص⁽³⁾، فليس للدولة -أيضاً- أن تباشر إجراءات ماسة بالحريات إلا الإجراءات المقررة في القانون وبشروطها الموضوعية والشكلية، وإلا كان البطلان، مع إمكانية مسائلة متخذ الإجراءات جنائياً وتأديبياً. ولا يمكن أن تكون هذه الإجراءات إلا في إطار

1- ومن خلال ذلك يمكن قراءة الآية الكريمة: (ولكم في القصاص حياة يأولى الألباب لعلمكم تتقون) سورة البقرة، آية رقم 179.

2- مع ملاحظة إشكالية الأمر الجنائي الصادر من النيابة العامة.

3- يجب ملاحظة التفويض التشريعي في مجال التجريم والعقاب، حيث يمكن أن تكون اللوائح مصدراً للتجريم والعقاب.

دعوى جنائية تنتهي بحكم بالبراءة أو بالإدانة يحدد العقوبة التي يجوز أن تلحق ببدن الشخص أو حريته أو ماله جزاءً ما نسب إليه من أفعال. ومن هنا فإن وجود نظام يحكم مراحل الدعوى الجنائية، ومنها مرحلة المحاكمة، يشكل ضرورة للحيلولة دون استبداد الدولة بحريات الأفراد باعتباره قيداً على سلطة الدولة، التي يجب أن تسعى للكشف عن الحقيقة في إطار قوالب قانونية محددة تتيح فرص الدفاع للمتهم في إطار موازنة بين مصلحة كشف الجريمة وإدانة مرتكبها ومصلحة حماية البرئ وحقوق وحريات الأفراد، وبالتالي فإن من وظائف نظام الدعوى الجنائية حماية الفرد في مواجهة سلطة الدولة⁽¹⁾.

وإذا نظرنا إلى حاجة ومقتضيات المصلحة الاجتماعية المرتبطة بالكشف عن الحقيقة، يتبين لنا أن وظيفة الدعوى الجنائية لا تنحصر في إنزال العقوبة بشخص ما، لأن حق الدولة في العقاب يجب ألا يستبعد مصلحة الفرد والجماعة في معرفة حقيقة الفعل المرتكب، ويظهر ذلك بوضوح في الجرائم التي يكون فيها الفرد مجنياً عليه وخاصة في ما يسمى بالجرائم التقليدية أو الجرائم الطبيعية حسب تعبير جاروفالو التي تمثل عدواناً على المصالح الفردية الحيوية كالقتل والسرقة وتنتهك أولى مبادئ التعايش الجماعي. فمصلحة الدعوى الجنائية تتجاوز حق الدولة في العقاب، لان القول بحق الدولة للعقاب هو من قبيل استبعاد الانتقام الفردي وحرمان الأفراد من سلطة إقامة قضاء خاص للبحث عن حقيقة ما ارتكب ضدهم من جرائم. والمحاكمة التي تمكن من الوصول إلى الجاني والحكم عليه، تنهي بقدر قصة الجريمة في المجتمع، وتمنع استعمال العنف من المجني عليه أو أولياء دمه، وتعطى لأفراد المجتمع الآخرين نوع من الاطمئنان على حياتهم وحرياتهم وأموالهم. ومن هنا كان للمجني عليه إمكانية

1- انظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ط2،

الطعن في الأمر بالأوجه (م 167، 139، 183 إجراءات ليبي)، مع أنه ليس طرفاً في الدعوى الجنائية، وهو غير المضرور الذي عبر عنه المشرع بالمدعي بالحقوق المدنية، الأمر الذي يعنى إقراراً بمصلحته في الدعوى الجنائية، مع كون العقاب حقاً للدولة.

هذا الحكم القضائي بالإدانة أو بالبراءة، سواء تضمن حكم الإدانة عقوبة أو تدبير أو لم يتضمن أي جزاء جنائي، هو آلية للضبط الاجتماعي. أي أن المحاكمة لذاتها بغض النظر عن نهايتها هي وسيلة للسلم الاجتماعي. ومن هنا فإن القول بأن الدعوى الجنائية تهدف إلى الكشف عن الحقيقة لإنزال العقوبة بالجاني هو قول يحوى أكثر من وظيفة، دون أن يكون بينها تلازم مطلق، حيث أن كشف الحقيقة في حد ذاته، أدى إلى توقيع عقوبة أو لم يؤد، يحقق وظيفة من وظائف الدعوى الجنائية، وهي المساهمة في حفظ السلم الاجتماعي. فالوظيفة الأساسية، كما تتحقق بأحكام الإدانة المقترنة بجزاء جنائي، قد تتحقق بأحكام الإدانة التي لا تقضى بعقوبة أو تدبير وقائي، وقد تتحقق - أيضاً - بأحكام البراءة، لأنه إذا كان المشرع يعتبر فعلاً ما جريمة ويقرر له عقوبة فلأن هذا الفعل يثير في الغالب - الاستهجان الأخلاقي والاجتماعي لدى أفراد المجتمع، ويقدر ما يكون المجتمع بحاجة للتجريم والعقاب للتعبير عن اللوم والاستهجان من المجتمع للسلوك بقدر ما يكون بحاجة لتقرير هذا الاستهجان في حكم قضائي يظهر الخطأ ومرتكبه أمام الجمهور بكونه شخصاً جديراً بالاستهجان العام. وبالتالي فإن الغاية من الدعوى الجنائية ليست فقط إنزال العقوبة بالجاني، لأن إنزال العقوبة بالجاني في حد ذاته هو وسيلة لتحقيق غاية أخرى. ومن هنا فإن النظر إلي توقيع العقوبة باعتباره غاية نهائية من المحاكمة لا يعكس كامل وظائف الحكم القضائي. فالاستهجان الاجتماعي يمكن الوصول إليه بالحكم القضائي حتى دون النطق بالعقوبة، حيث أن الحكم الذي يقرر الإدانة ويثبت مبدأ استحقاق العقاب هو حكم تقريبي يؤدي وظيفة

اجتماعية، حتى ولو لم يتضمن جزاءً جنائياً. كما أن محاكمة المتهمين في حد ذاتها قد ترضي الشعور بالعدالة لذا المجني عليه أو أولياء دمه، حتى لو انتهت الدعوى إلى حكم بالبراءة. فمع كون الحكم لا يقضى بالإدانة، إلا أنه قد يعطى تفسيراً لفعل شكل مساساً بقيمة اجتماعية، أو أخل بأمن المجتمع، كأن يحكم بالبراءة لوجود مانع من موانع المسؤولية.

ومن البديهي القول أن ما يمكن أن يعطيه الحكم من تفسير يشبع رغبة أصحاب الشأن أو بقية أفراد المجتمع في معرفة الحقيقة لا يعطيه الأمر بالأمر وجه المبني على نفس السبب، مما يعني أن السير في الدعوى الجنائية قد توجه مقتضيات أخرى تتجاوز تقرير المسؤولية أو إنزال العقوبة بشخص معين.

محاكمة الجاني، من ناحية أخرى، ترضي الشعور بالعدالة لدى ضحايا الجرائم وتشفي غليلهم، فما لا يكفي فيه التعويض العيني والنقدي قد يكفي فيه -أحياناً- الحكم الذي يحدد الجاني أو الجناة، ويحكم بالإدانة في مواجهتهم، ولو لم يقض بالعقوبة، أو يحدد من قام بالفعل ولو لم يكن هذا الأخير مسؤولاً جنائياً.

وإذا كان إدراك وظائف الدعوى الجنائية يوجب الانطلاق -أحياناً- من فلسفة العقوبة باعتبار أنها لا تنفك -في حالات- عن فلسفة الدعوى الجنائية، فإن القول بأن الدعوى هدفها تقرير حق الدولة في العقاب دائماً، هو قول غير دقيق، حيث أن الدعوى، مع كونها جنائية، قد يكون هدفها تقرير حق الفرد لا حق الدولة، فلو رجعنا إلى تأصيل عقوبة القذف في الفقه الإسلامي التي تبناها المشرع الليبي بالقانون رقم (52) لسنة 1974، لوجدنا أنها حق للمقذوف ينتقل للورثة، فلا تقام دعوى القذف إلا بشكوى المقذوف⁽¹⁾.

1- تنص المادة التاسعة من القانون الليبي رقم 1974/52 في شأن حد القذف على أنه: (لا تقام الدعوى في جريمة القذف إلا بناء على شكوى المقذوف أو ورثته خلال ثلاثة أشهر من العلم بها أو بمرتكبها).

ويسقط حد القذف لو تنازل المقذوف أو ورثته قبل التنفيذ⁽¹⁾، وربما يكفى لتأصيلها قول بعض الفقهاء أن العقوبة يجب أن تنفذ لكي لا يقال للمقذوف لماذا لم يضرب لك حد الفرية⁽²⁾. ومن هنا فإنها تنفذ -وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي- مع الحكم بعقوبة الإعدام خلافاً للحدود الأخرى⁽³⁾. كما أن الإعدام قصاصاً هو حق لأولياء الدم، يسقط بالعفو حتى بعد الحكم بالبات، والدية، التي يحكم بها ابتداءً في القتل الخطأ أو بدلاً عن الإعدام قصاصاً في القتل العمد، هي حق لأولياء الدم توزع بينهم حسب أحكام الميراث⁽⁴⁾، ويحكم بها في إطار دعوى جنائية تحركها النيابة العامة. وبالتالي فإن تغير صاحب الحق في موضوع الدعوى الجنائية يملئ بالضرورة أحكاماً خاصة بالدعوى الجنائية تستجيب لتغير وظيفتها.

وكما أن الدعوى الجنائية تخدم مصلحة المجني عليه والمضروب ومصلحة أولياء الدم، فإنها قد تخدم -أيضاً- مصلحة الأشخاص الأبرياء الذين تحوم حولهم

1- تنص المادة الثالثة عشر من نفس القانون السابق على أنه: (يسقط حد القذف في كل الحالات التالية:

أ- إثبات القاذف لصحة المقذوف شرعاً.

ب- عفو من له الحق في الشكوى حتى تمام تنفيذ الحد.

ج- تصديق المقذوف للقاذف.

وفي جميع الأحوال لا يجوز توقيع أية عقوبة عن فعل القذف بموجب أي قانون آخر).

2- انظر المدونة الكبرى، القاهرة، البابي الحلبي 1323 هجرى، ج16، ص12.

3- انظر بحثنا مسألة تكرار الجرائم بين قانون العقوبات وقوانين الحدود (دراسة في التشريع الليبي)، مجلة الأسمرية مرجع سابق، ص285.

يلاحظ أن قوانين الحدود الليبية تنص على أن عقوبة الإعدام تجب كافة العقوبات بما فيها حد القذف، ومثال ذلك ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة الثانية عشرة من أنه: (وتجب عقوبة القتل (الإعدام) حداً أو قصاصاً أو تعزيراً لكل العقوبات الأخرى). أما في مشروع قانون العقوبات فان المادة الثامنة والثلاثين نصت على استثناء حد القذف من العقوبات التي تجب بعقوبة الإعدام.

4- تنص المادة السادسة من قانون رقم 1423/6 بشأن أحكام القصاص والدية على أنه: (تستحق دية القتل للورثة حسب أحكام الميراث).

شبهات في الوسط الاجتماعي، والتي قد تعرقل حياتهم وعلاقاتهم الاجتماعية. ومن ذلك، فانه متى حدد المسؤول عن الجريمة بحكم قضائي، فان ذلك قد يعنى سقوط الشبهات عن الأشخاص الآخرين، حيث أن إدانة شخص قد يعنى بشكل أو بآخر إعادة إدماج شخص آخر في وسطه الاجتماعي. ولا نعتقد إننا نبالغ إذ نقول أن محاكمة المتهم قد تكون من مصلحة المتهم نفسه. فحتى وإن كان الشخص بريئاً حتى تثبت إدانته، إلا أن هذا المنطق هو منطق قانوني لا يحكم إلا الاعتقاد القضائي، وهذا قد لا يتفق مع اعتقاد الوسط الاجتماعي الذي قد يسود فيه منطق مختلف. ذلك أن المحاكمة تعطي للإفراد فرصة تصحيح الصورة في الوسط الاجتماعي بشكل أقرب للحقيقة بتضمين براءتهم في حكم قضائي يعتبر قرينة غير قابلة لإثبات العكس متى استتفد طرق الطعن. ومن الآليات التي تساهم في ذلك: علانية المحاكمة وعلانية النطق بالإحكام. فبالإضافة إلى ما تحققه العلانية من رقابة شعبية على كيفية أداء الوظيفة القضائية، فإنها تساهم في الردع العام وتكوين الذاكرة الاجتماعية على أساس صحيح. ومن مصلحة المشتبه فيه أو المتهم المحاكمة، لأن الحكم البات بالبراءة يخرج المسألة نهائياً من حوزة القضاء، حيث لا يحاكم الشخص على فعل واحد مرتين. فالحكم البات له قوة الأمر المقضي الذي يمنع المحاكم من إعادة نظر الدعوى من جديد بناء على أدلة أو أوصاف جديدة⁽¹⁾، مما يسمح للشخص الصادر في مواجهته بان يرسم لنفسه حياة هادئة بعيدة عن خطر المحاكمة الجنائية من جديد، في حين انه إذا بقى دون محاكمة، خاصة في ظل نظام لا تتقضي فيه الدعوى الجنائية بمضي المدة كالقانون

1- تنص المادة السادسة عشر بعد المائة على أنه: (لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم نهائياً بناء على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة أو بناء على تغيير الوصف القانوني للجريمة).

الليبي⁽¹⁾، فإن هناك احتمال استعمال الشبهات الموجودة ضده كسلاح للتهديد والابتزاز أو النكايه بإعطاء الطلب أو بمنح الأذن، أو بإيلاغ السلطات المختصة. ولتقادي مثل هذه الوضعية قيدت الشكوى بمدة معينة، واعتبر المشرع مضي ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بالجريمة ومرتكبها قرينة لا تقبل إثبات العكس على النزول عنها⁽²⁾، ما يعنى ظهور إشكالية بشأن القيود الأخرى التي ترد على سلطة تحريك الدعوى الجنائية ورفعها.

أما بالنسبة للجنة فان المحاكمة تقدم لهم فرصة من نوع آخر، ومن ذلك الاعتراف والتخلص ولو نسبياً من عقدة الذنب، والذي هو صورة من صورة إعادة التأهيل والإدماج بشكل صحيح في الوسط الاجتماعي، باعتبارها يمكن أن تكون بالنسبة لبعضهم نوعاً من كرسي الاعتراف للتعبير عن الندم وشرح ظروف الجريمة، مما قد يصحح من نظرة الجماعة ويخفف من حدة حكمها على أفعال ارتكبت في الماضي، ولم تجد لها الجماعة تبريراً أو لم تفهم بواعث اقترافها. بمعنى أنه حتى بالنسبة للجاني فان الدعوى الجنائية تعطيه فرصة خفض الشعور الجماعي بإرادته الآثمة. كما أن الحكم على الفرد تم الصفا عنه من قبل المجتمع هو -أيضاً- وسيلة لتحرير الجاني لنفسه من الشعور بالذنب وإعادة احترامه في الوسط الاجتماعي. فالصفا له معنى أدبي لا يتضمنه التجاهل أو التسر على الجريمة. ومن هنا، فحتى ولو قلنا بتغير منطق القوانين الجنائية من حيث وظيفة العقوبة، إلا أن المفهوم الديني أو الروحي يظل حاضراً، فالعقوبة هي وسيلة من وسائل التطهير. ومع أن فقه القانون -غالباً- ما

1- القانون رقم (11) لسنة 1427 ميلادية بشأن تقرير بعض الأحكام الخاصة بالدعوى الجنائية وتعديل بعض أحكام قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية، منشور في الجريدة الرسمية، ع2، السنة السادسة والثلاثون، 1428/2/21 ميلادية.

2- انظر فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ج2، ص118.

يستبعد هذه الوظيفة، إلا أن بعض الجناة يجدون في العقوبة وسيلة للتطهير والتكفير عن الذنب، لكونها تعطيهم شعوراً بأنهم أدوا ما عليهم من دين تجاه المجتمع، وبالتالي عادت لهم براءة الذمة. وللدعوى الجنائية، وخصوصاً مرحلة المحاكمة -أيضاً- دور تاريخي. فالدعوى الجنائية المنتهية بحكم يقرر عقوبة تجمع بين طرف من الماضي وطرف من المستقبل. فلأنها تبحث في الجريمة فهي تركز بالضرورة على الماضي لتعيد تصور له في الحاضر، حيث أن الجريمة ماضٍ يطرح أمام محكمة في إطار دعوى جنائية تعتمد في إثباتها أو نفيها على القرائن والشهود والاعترافات وغيرها من أدلة الإثبات. فالدعوى الجنائية تعتمد على ماضي المتهم كسوابقه القضائية وظروفه الاجتماعية، وتحاول الوصول إلى حقيقة ما جرى بإعادة بناء الوقائع ونسبتها إلى شخص أو أشخاص معينين سواء كانوا الأشخاص المنفذين أو المحرضين أو المساعدين، وإسقاط الشبهات التي قد تحوم حول أشخاص آخرين، وبالتالي فهي إعادة كتابة الماضي في الذاكرة بشكل صحيح، بعد ما يكون قد نظر إليه بطرق مختلفة ووفقاً لما توافر لكل فرد من معلومات، الأمر الذي يمكن معه القول أن الدعوى الجنائية هي وسيلة من وسائل تسجيل الأحداث بشكل يضبط الذاكرة الاجتماعية. وهي أيضاً تتجه إلى المستقبل، لأن المحكمة في حالة وجود سلطة التقريد القضائي⁽¹⁾، تحاول إيجاد العقوبة المناسبة للشخص لردعه عن ارتكاب جرائم أخرى في المستقبل. فوفقاً لعناصر موجودة في الماضي، كسوابقه الجنائية وماضي حياته وحاضره، تضع المحكمة العقوبة التي تخدم المستقبل⁽²⁾.

1- سلطة قاضي الموضوع في تقدير العقوبة بين حدين لا وجود لها في العقوبات الحدية لأنها عقوبات مقدرة لا تزيد ولا تنقص.

2- من ضمن ما يستند عليه القاضي في تقدير العقوبة وفقاً لنص المادة الثامنة والعشرين من قانون العقوبات الليبي: دوافع ارتكاب الجريمة، خلق الفاعل، سلوك الفاعل وقت ارتكاب الفعل وبعده، ظروف حياته الشخصية والعائلية والاجتماعية.

كما أن الدور التاريخي للمحاكمة الجنائية يظهر من جانب آخر، فعندما تقع جرائم تعتبر من الأحداث هامة التي يمر بها المجتمع نكون أمام فرضين: أما أن يكتب تاريخ هذه الأحداث من شخص واحد، أي شاهد واحد، بدون رقابة من محكمة مستقلة، وبدون اشتراط دعم شهادته بقرائن، وأما أن يكتب بعد مناقشة وأدلة يقدمها أطراف الخصومة الجنائية ويفحصها القاضي. ولعل ضرورة تدوين إجراءات التحقيق والمحاكمة والحكم، والتي وقف فيها الأطراف موقف المساواة وحصلوا فيها على فرص متساوية لعرض أقوالهم ودفاعهم، والتي قلما تمتد لها الأيدي بالتغيير والتحريف، تؤدي إلى إعادة بناء للماضي بشكل قد يغنى عما يقوله الناس، ومنهم أقارب الضحية عن الواقعة. وحتى مع فرضية استمرار هذه الروايات، فانه لا يمكن الاحتجاج بها بنفس الاحتجاج بوثائق لها صفة الرسمية اتخذتها سلطة يفترض أنها مستقلة ومحايدة ويتصف القائمون عليها بالأمانة ويقظة الضمير. كما أن الإجراءات التي تتخذ للكشف عن الحقيقة لم تنفرد بتوثيقها جهة واحدة، فمن الشرطة إلى النيابة إلى المحاكم بمختلف درجاتها، بشكل تقوم فيه كل جهة برقابة الجهة الأخرى.

وإذا نظرنا إلى وظيفة الردع العام، فإن المحاكمة هي التي تحقق ذلك دون التحقيق الابتدائي الذي يتميز بالسرية. فالمحاكمة وإجراءاتها لها نصيب من الوظيفة، إلى جانب النصيب الأكبر الذي تستحوذ عليه العقوبة في النص أو الحكم القضائي.

الفقرة الثانية/ مدى استجابة الأحكام الإجرائية لوظائف الدعوى الجنائية

من خلال محاولة النظر في وظائف المحاكمة الجنائية بشكل عام، يبدو لنا أن أهم نتيجة يمكن أن تبنى على ذلك هي أن كل ما يحول دون المحاكمة يجب أن يكون بقدر، وفي حالات الضرورة القصوى، ولا يكون في الجرائم الخطيرة، ولا يقر إلا بعد موازنة دقيقة بين مصلحة وقف السير في الدعوى بمنعها من دخول حوزة المحكمة أو بالحكم بانقضائها بعد ذلك ومصلحة السير فيها إلى نهايتها بحكم فاصل في موضوعها.

ولأن المسألة تذهب في بعض الجرائم إلى أبعد من معاقبة شخص على فعل ارتكبه، فإن القيود الواردة على الدعوى الجنائية، والتي تمنع من اتخاذ إجراءات التحقيق قبل رفعها كالطلب والإذن، هي قيود تعرقل ضبط الوقائع التاريخية وكتابة الحقيقة. فالمادة التاسعة من قانون الإجراءات الجنائية الليبي التي تضع الحكم العام للإذن والطلب تنص على أنه: (في جميع الأحوال التي يشترط القانون فيها لرفع الدعوى الجنائية إذناً أو طلباً من المجني عليه أو غيره لا يجوز اتخاذ إجراء في الدعوى إلا بعد الحصول على الإذن أو الطلب). وتنص المادة السابعة والتسعين من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء على أنه: (وفيما عدا ما ذكر لا يجوز اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق مع عضو الهيئة القضائية أو رفع الدعوى الجنائية في جنابة أو جنحة إلا بإذن من اللجنة المذكورة بناء على طلب من النائب العام). شمول القيد لإجراءات التحقيق بكاملها نصت عليه -أيضاً- المادة الرابعة والعشرون من القانون رقم (2) لسنة 1375 و.ر. بتنظيم التفريش والرقابة الشعبية، والمادة السادسة والعشرون من القانون رقم 3 لسنة 1375 و.ر. بشأن إنشاء وتنظيم جهاز المراجعة المالية، مما يعنى بطلان إجراءات التحقيق التي تتخذ بعد ارتكاب الجريمة وقبل رفع القيد⁽¹⁾، حتى ولو كانت هذه الإجراءات غير ماسة بالحرية وحرمة المسكن. ومن البديهي القول أن الدليل الناتج عن الإجراء الذي يتخذ مباشرة بعد ارتكاب الجريمة هو أقرب للحقيقة، لأن معالم الجريمة لا تزال واضحة لم تؤثر فيها عوامل الزمن، وعبت الأيدي بها لا يزال محدوداً في حالة حدوثه، أما الإجراء الذي يتأخر من حيث الزمن، ومنتظر حتى ترفع الحصانة الإجرائية أو يقدم الطلب فهو

1- وهذه هي العلة التي بني عليها النص في مشروع قانون الإجراءات الليبي، حيث يجري نص المادة (9) منه على النحو التالي: (في الأحوال التي يشترط القانون فيها لرفع الدعوى الجنائية شكوى من المجني عليه أو إذناً أو طلباً من الجهات المختصة يجوز اتخاذ كافة إجراءات الاستدلال والتحقيق في الدعوى عدا الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية).

يعطى إمكانية أن يفعل الزمن فعله في أثارها، وإن تعبت الأيدي بادلته، مما يجعله أقل تعبيراً على حقيقة الواقع، وأقل ارتباطاً بمشاعر الاستهجان لذا الجماعة، وبالتالي فإن النص الإجرائي الذي يقرر ذلك يبدو لنا أنه غير مفهوم، ولا يأخذ أبعاد مصالح المجتمع المختلفة في الدعوى الجنائية. ومن هنا -أيضاً- كانت الحصانة الإجرائية التي تحول دون محاكمة بعض الأشخاص هي نقيض للعدالة، ولا تتفق مع وظائف القانون، والتي منها المحافظة على السلم الاجتماعي. حيث أن الحيلولة دون محاكمة بعض الأشخاص للحصانة الإجرائية مع التوسع في ذلك يعتبر مصدراً من مصادر تهديد السلم الاجتماعي، لأنها تحول دون المحاكمة الجنائية ولو لحين. وللتوفيق بين الاعتبارات التي تقتضيها ممارسة بعض الوظائف الهامة في الدولة والمصلحة في الدعوى الجنائية ومنها مرحلة المحاكمة، فإن المسألة يجب أن لا تتعدى المعالجة بتنوع الإجراءات، أو تنوع المحاكم المختصة، أو حتى التنوع في الجهة المختصة بمباشرة التحقيق، أو تنوع وسائل التحقيق، أو تشديد العقوبة في مواجهة الدعاوى الكيدية، دون أن يصل الأمر إلى إمكانية تعطيل تحريك الدعوى الجنائية أو رفعها بتعليقها على إرادة جهة غير الجهة التي انتمت إليها المجتمع عليها⁽¹⁾.

أما بالنسبة لسلطة النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية، فإن مبدأ الشرعية الجنائية الموضوعية يستلزم أن تقوم النيابة العامة برفع الدعوى الجنائية عن كل جريمة تقع وتتوافر كافة أركانها. فالمشرع يربط بين قيام الجريمة وتوافر المسؤولية والعقوبة بشكل حتمي في النص العقابي. إلا أن المقارنة بين نصوص قانون الإجراءات الجنائية أدى بالفقه والقضاء إلى القول بأن المشرع يقر بالسلطة التقديرية للنيابة العامة بشأن رفع الدعوى الجنائية، بمعنى أن لها ملائمة تحريك الدعوى الجنائية ورفعها. فكما أن لها إدخالها حوزة المحكمة، لها -أيضاً- أن تأمر بالحفظ أو بالأوجه لإقامة الدعوى

1- انظر مقالنا: الحماية من القانون بالقانون (نموذج الحصانة الإجرائية)، صحيفة أوياء، س3، ع483، ص22.

الجنائية لعدم الأهمية. وهذا مستفاد من أن المشرع عندما نص على سلطة قاضي التحقيق في إصدار الأمر بالأمر بوجه حدد أسبابه على سبيل الحصر، أما عندما نص على ذلك بالنسبة للنيابة العامة فكان النص مطلقاً⁽¹⁾، حيث يجرى نص المادة 182 على النحو التالي: (إذا رأت النيابة العامة بعد التحقيق أنه لا وجه لإقامة الدعوى تصدر أمراً بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية وتأمراً بالإفراج عن المتهم ما لم يكن محبوساً لأي سبب آخر)، أما النص المتعلق بسلطة قاضي التحقيق بإصدار الأمر بالأمر بوجه فإنه يجرى على النحو التالي: (إذا رأى قاضي التحقيق أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون أو أن الأدلة غير كافية أو أن شروط السير في الدعوى غير مستوفاة أو تبين سبباً مسقطاً للجريمة أو مانعاً من العقاب يصدر القاضي أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى ويفرج عن المتهم المحبوس إذا لم يكن محبوساً لسبب آخر). ومن هنا كان للنيابة العامة أن تقدر المصلحة الاجتماعية في رفع الدعوى الجنائية، ولها أن تمتنع عن التحريك والرفع مع توافر أركان الجريمة ونشوء المسؤولية وانتفاء كافة العقوبات الإجرائية. أي أن إدخال الدعوى في حوزة قضاء الحكم يتوقف على تقدير النيابة العامة.

ومن أجل إيجاد توازن مع مبدأ الملائمة بشكل يمكن معه السماح للدعوى الجنائية من تحقيق أهدافها، ويحد من تعسف النيابة العامة في سلطتها بشأن تحريك ورفع الدعوى الجنائية، أدخل المشرع نظام الادعاء المباشر في الجرح والمخالفات، والذي يعطى للمضروور سلطة رفع الدعوى الجنائية، بشكل يجعل منه يمارس نوعاً من الرقابة على النيابة العامة⁽²⁾، وفي حالة تحريك الدعوى الجنائية دون رفعها فإن له وللجنائي عليه إمكانية الطعن في الأمر بالأمر بوجه أي كان نوع الجريمة التي صدر بشأنها. مع ملاحظة أن الأمر يوجب وجود تحقيق ابتدائي تتصرف فيه النيابة العامة

1- محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 735، هامش 2.

2- المرجع السابق، ص 172.

بالأمر بالألا وجه حتى يمكن للمجني عليه أو للمدعى بالحق المدني ممارسة رقابته على النيابة العامة بالطعن في الأمر بالألا وجه، أما إذا لم تتحرك النيابة العامة فلا سبيل للمجني عليه ولا للمدعى بالحق المدني إلا سبيل القضاء المدني للثاني.

وإذا كان الأمر يتعلق بتحقيق وظائف الدعوى الجنائية والتي منها إرضاء الشعور بالعدالة وشفاء غليل المجني عليه بعقاب الجاني، فإن سلطة الادعاء المباشر المتمثل في رفع الدعوى الجنائية يجب أن تتوسع بحيث تشمل المجني عليه⁽¹⁾، وبما أن التوازن الذي يحققه الادعاء المباشر بين الملائمة في رفع الدعوى الجنائية ومصصلحة الضرور في رفعها لا يتحقق إلا في الجرح والمخالفات لوجب التحقيق الابتدائي في الجنايات، فإن الأمر يوجب التحول من نظام الملائمة إلى مبدأ حتمية رفع الدعوى الجنائية في الجنايات. ومن الحجج التي يمكن أن تستعمل لدعم ذلك القول بان النظم التي تأخذ بحتمية الدعوى الجنائية لا تأخذ بنظام الادعاء المباشر، لان الحاجة للإدعاء المباشر تظهر في ظل مبدأ الملائمة⁽²⁾. ومن هنا، فانه يمكن القول أنه إذا كانت العلاقة بين الحتمية والادعاء المباشر هي علاقة تبادلية: إما الحتمية وإما الادعاء المباشر، فان عدم إمكانية الادعاء المباشر يوجب إلزام النيابة العامة برفع الدعوى في كل جريمة تقع بحيث لا تستطيع النيابة العامة تقدير المصلحة الاجتماعية في رفعها أو عدم رفعها.

المسألة قد تذهب أبعد من ذلك، فقد كان من ضمن الاقتراحات عند إعداد مشروع قانون الإجراءات الجنائية أضافت النص التالي: (لا ترفع الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر في مواجهة الموظفين العموميين ومن في حكمهم فيما يتعلق بأداء وظائفهم ومهامهم إلا بإذن من الجهة الذي يتبع لها)، الأمر الذي يخل بالتوازن

1- على زكي العرابي، الإجراءات الجنائية، ج1، رقم 237، ص110.

2- مأمون سلامة الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية-ليبيا، 2000، ج1،

الذي يحققه الادعاء المباشر ويستبعد رقابة المضرور على النيابة العامة في مجال تظهر الحاجة فيه للادعاء المباشر أكثر من أي مجال آخر -خصوصاً- في ظل معطيات واقعية تسمح للجهة التنفيذية أو الإدارية أو للموظف نفسه باستعمال النفوذ والتأثير عليها لدفعها إلى عدم تحريك الدعوى في بعض الجرائم منها جريمة القبض على الأفراد بغير وجه حق وجريمة انتهاك حرمة المسكن وجريمة عدم تنفيذ الأحكام القضائية. ومع أن اقتراح هذا النص مرجعه هو نص المادة 232 من قانون الإجراءات المصري الذي بني على حماية الموظف العام من الاتهامات الكيدية والمتسرة وتوفير السكينة له عند أدائه لعمله، إلا أنه ذهب إلى أبعد منه. فالنص المصري يستثني الجرائم المشار إليها في المادة 123 من قانون العقوبات المصري، وهي الجرائم التي يستعمل فيها الموظفون سلطات وظائفهم في وقف تنفيذ الأوامر والقوانين أو اللوائح أو تأخير تحصيل الأموال المستحقة للدولة أو وقف تنفيذ الأحكام القضائية أو الامتناع عمداً عن تنفيذها. مع ملاحظة أن الدستور المصري في مادته الثانية والسبعين ينص -أيضاً- على أن للمحكوم له رفع الدعوى الجنائية مباشرة للمحكمة في حالة الامتناع عن تنفيذ الأحكام أو تعطيل تنفيذها⁽¹⁾.

كما أن من أسباب الحفظ والأمر بالا وجه هو وجود مانع من موانع العقاب أو مانع من موانع المسؤولية، حيث تنص المادة الرابعة والثلاثون بعد المائة من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أنه: (إذا رأى قاضي التحقيق أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون أو أن الأدلة غير كافية أو أن شروط السير في الدعوى غير مستوفاة أو تبين سبباً مسقطاً للجريمة أو مانعاً من العقاب يصدر القاضي أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى ويفرج عن المتهم المحبوس إذا لم يكن محبوساً لسبب آخر)، على خلاف نص المادة (177) من قانون الإجراءات الفرنسي المعدل ب (no 85-1407 du 24 aout).

1- محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص175، 174.

1993. L.no (93-2 du 4 janv. 1993) الذي ينص على أنه: (إذا قدر قاضي التحقيق أن الأفعال لا تشكل جنائية ولا جنحة ولا مخالفة أو لم يعرف الفاعل أو كانت الأدلة غير كافية ضد شخص المتهم يصدر أمراً بان لا وجه للسير في الدعوى الجنائية ويترتب على ذلك الإفراج عن المحبوس احتياطياً ووضع نهاية للمراقبة القضائية)⁽¹⁾، مما يعني أن المشرع الليبي ربط بوضوح بين الدعوى الجنائية وإمكانية أن تفضي إلى توقيع عقوبة، وبالتالي فإنه في حالة تبين أن للمتهم مانع عقاب أو مسؤولية فإن الدعوى لم تعد لها وظيفة وبالتالي يوقف السير فيها، لأنه لو انطلق المشرع من فكرة أن للدعوى الجنائية وظائف أخرى توجب السير فيها واثبات إدانة أو براءة المتهم بحكم قضائي لما نص على موانع العقاب كأحد أسباب الأمر بالا وجه، لأنه حتى مع توافر مانع عقاب فإنه سيكون لدينا حكم بالإدانة دون عقوبة.

ومن هنا فإن الدعوى التي تنقضي بحكم قضائي تسمح بتحقيق وظائف منها إظهار الحقيقة بحكم قضائي. كما أن مانع العقاب لا يعنى أكثر من الإعفاء الوجوبي من العقاب دون أن يعنى الإعفاء من الإدانة، ووظيفة الردع لا تكمن بكاملها في العقوبة، بل أن الحكم بالإدانة حتى بدون العقوبة يفترض أن يقوم بجزء منها، كما في حالة العفو القضائي، فالحكم بالإدانة رغم الإعفاء من العقوبة لا يخلو من فائدة اجتماعية، وظهور تسامح المشرع إزاء بعض المجرمين لاعتبارات نفعية لا يمتد إلى إسقاط الحكم بالإدانة، بل يعنى الإدانة مع الإعفاء من العقوبة، وهو ما يتطلب أثبات الجريمة ونسبتها إلى مرتكبها وقيام مسؤوليته عنها، لان العذر المعفي من العقاب لا يتقرر إلا بعد أثبات الجريمة ونسبتها إلى فاعلها أمام المحكمة المختصة التي تقرر بعد ذلك إعفائه من العقاب بشكل وجوبي في حالة توافر احد موانع العقاب أو جوازي في

1- L. 177. C P P (SI LE JUGE D'INSTRUCTION ESTIME QUE LES FAITS CONSTITUENT NI CRIME NI DELIT NI CONTRAVENTION OU SI L'AUTEUR EST RESTE INCONNU OU S'IL N'EXISTE PAS DE CHARGES SUFFISANTES CONTRE LA PERSONNE MISE EN EXAMAN IL DECLARE PAR UNE ORDONNANCE. QU'IL N' Y A LIEU A SUIVRE"

حالة إعمال العفو القضائي. هذا الأمر لا يتحقق في حالة ما إذا تصرفت سلطة التحقيق في التحقيق بتقرير عدم السير في الدعوى بناء على هذا السبب وحده. والقول بأن الأمر بال وجه في هذه الحالة يستند إلى الاعتبارات العملية ومنها تبسيط الإجراءات وتقدير أمدتها والانطلاق من ذلك للقول بأنه لا جدوى من الإحالة إلى المحكمة التي سوف تقضى بالإعفاء من العقاب⁽¹⁾ هو قول يختلط فيه الإعفاء من العقاب مع الإعفاء من الإدانة ويختصر من خلاله دور الدعوى الجنائية، لان الوظائف الأخرى التي يفترض أن تسعى لها الدعوى الجنائية، غير الحكم بالعقوبة، لا تتحقق بالأمر بالا وجه من سلطة التحقيق الذي ليس له قوة ولا حجية الحكم القضائي.

إما بالنسبة لموانع المسؤولية فان وقف السير في الدعوى بناء عليها قد يحول دون معرفة السبب الحقيقي للجريمة ومن قام بها، وبالتالي فإنه وإن كان يؤدي عند توافره إلى الحكم بالبراءة من المحكمة، إلا أن وقف السير في الدعوى والحيلولة دون استمرارها لتصل إلى الحكم البات يحول دون الوصول إلى حكم يعطى للمجتمع تفسيراً للجريمة ويرسم معالم الجريمة ويحدد سبب الاضطراب في الأمن الاجتماعي. وفتح الطريق أمام تحقيق الدعوى الجنائية لوظيفتها في هذه الحالة لا يحول دون موازنة المسألة بطريقة مختلفة عن موانع العقاب على نحو لا يؤدي إلى محاكمة إلا من كان لديه وقت محاكمته مكنة الدفاع دون النظر إلى وضعه وقت ارتكاب الفعل، لان أهلية المسؤولية الجنائية تختلف عن أهلية اكتساب صفة المتهم، حيث أن توافر أو عدم توافر المسؤولية الجنائية ينظر فيه إلى وقت ارتكاب الجريمة، أما أهلية اكتساب صفة المتهم فينظر فيه إلى وقت اتخاذ الإجراءات الجنائية في مواجهته، ما يعنى أنه لا تلازم بينهما.

1- أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ط2، ص467.

كما أن الاستناد على هذه الأسباب لوقف السير في الدعوى الجنائية ينطلق من أن الوظيفة الوحيدة المنظورة وغير المنظورة هي إقرار مسؤولية المتهم عن الجريمة وتوقيع العقوبة عليه، في حين أنه لو انطلقنا من فكرة أن الدعوى تهدف إلى تحقيق متطلبات أخرى لها أهميتها للسلم الاجتماعي ولحاجات أفراد المجتمع، فإن الأمر يقتضي إعادة النظر في أسباب وقف السير في الدعوى وأسباب انقضائها. وربما كانت الفقرة الأخيرة من المادة رقم (153) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي بشأن سلطة غرفة الاتهام بإصدار الأمر بالا وجه أكثر اتساقاً مع تنوع وظائف الدعوى الجنائية، حيث يجرى نصها على النحو التالي: (وإذا رأت أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون أو كانت الدلائل غير كافية، تصدر غرفة الاتهام أمراً بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى وتأمر بالإفراج عن المتهم ما لم يكن محبوساً لسبب آخر). مع ملاحظة أن كون الفعل غير معاقب عليه يجب ألا ينصرف إلى الأسباب المتعلقة بشخص مرتكبه وإنما إلى كون الفعل غير مجرم في قانون العقوبات، لكي يحقق الغاية التي نقصدها.

مسألة أخرى في غاية الأهمية تتمثل في كون موت المتهم سبباً من الأسباب التي تمنع السير في الدعوى الجنائية باعتبار أن الهدف الوحيد منها معاقبة مرتكب الجريمة. فيما أن المسؤولية الجنائية شخصية والعقوبة شخصية، فإن الدعوى الجنائية شخصية والإجرام لا يحتمل الإنابة في المحاكمة⁽¹⁾، وبالتالي لا وظيفة للدعوى الجنائية بعد موت المتهم، إلا أنه متى سلمنا بان للدعوى الجنائية وظائف أخرى منها ضبط الوقائع في الذاكرة الاجتماعية، فلربما فحصت المسألة من وجه آخر، وأعيد النظر في هذا السبب من حيث كونه يمنع من استمرار الدعوى. هذه المسألة يجب أن تطرح بشكل مختلف بشأن جريمة القتل في القانون الليبي بعد تبني نظام القصاص والدية بالقانون رقم (6) لسنة 1423م (1994) المعدل بالقانون رقم (4) لسنة 1427م

1- انظر على سبيل المثال نقض مصرى 20 نوفمبر، مجموعة القواعد القانونية، ج2، رقم 104، ص106.

وبالقانون رقم (7) لسنة 1430م، ذلك لأن غرض العقوبة التعزيرية يختلف عن غرض العقوبة في نظام القصاص والدية، وصاحب الحق في رد الفعل الجنائي ليس واحداً، فالقتل تترتب عليه الدية بدلاً عن القصاص في القتل العمد وابتداءً في القتل الخطأ، والتي تجب حقاً للورثة في مال الجاني في الحالة الأولى وعلى العاقلة في الحالة الثانية، وتحكم بها المحكمة الجنائية في إطار دعوى جنائية ترفعها النيابة العامة. ومن ثم لا يجب أن تحول وفاة المتهم دون تحريك الدعوى والاستمرار فيها. فالدعوى هي آلية تتبع أثر القاتل ومعرفته لكي لا يؤخذ بجريرته شخص آخر، وبهذا يعطى للمحاكمة الجنائية وظيفة المحافظة على حياة الآخرين، لا باعتبار القصاص هو العقوبة، وإنما باعتباره تقصياً لأثر مرتكب الفعل وتحديد دفع الشبهات القائمة عن هم عرضة لأن يكونوا محلاً للقتل أخذاً بالثأر. وهذا ما لا يحققه الأمر بالا وجه ولا الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية لموت المتهم، لأن الدعوى الجنائية قد تهدف إلى معرفة من ارتكب فعل القتل دون أن يرتبط ذلك بإمكانية توقيع العقوبة عليه وذلك لتهدئة النفوس وللوصول إلى الحكم بالدية. أما القول بأن الاستمرار في محاكمة من مات هو أمر يخل بأصل البراءة التي يمكن أن يسقط بعد موته هو قول يوجب إعادة النظر حتى في إمكانية الحكم بالتعويض المدني لجبر الضرر الناتج عن الجريمة، لأن الحكم به يستوجب الإسناد المادي والمعنوي للجريمة لمرتكبها. وبناء على ذلك، وعلى أنه لا يطل دم في الإسلام، فإن دعوى القتل لا يجب أن تنتهي لا بموت المتهم ولا بعدم معرفته، ومن ذلك أنه لا يجب اشتراط اكتمال الخصومة الجنائية بتحديد طرفها الثاني لإدخال الدعوى حوزة المحكمة. ومن هنا كان الوضع في الفقه الإسلامي على النحو التالي: إذا لم يعرف الجاني كانت القسامة وهي أن يحلف خمسون رجلاً من القرية التي وجد فيها القتيل أو وجد حولها يميناً مغلظةً على أن يكونوا من أهل العدالة ويقولون أنهم لم يقتلوه ولم يعرفوا له قاتلاً، وذلك لدفعهم للشهادة وحمل من يعرف القاتل على

النطق، وإذا حلف الخمسون ولم يعرف القاتل كانت ديته في بيت المال⁽¹⁾ ليذهب بها غيظ أولياء الدم، مما يعنى أن الدعوى الجنائية في القتل لا تنتهي إلا بحكم قضائي أو تنازل من أولياء الدم عن القصاص والدية، لأنها تهدف إلى تتبع الفاعل وتتبع لأولياء الدم بحيث لا يتركون دون أن يشفي غليلهم⁽²⁾ وإذا كان الأمر كذلك، فإن الأحكام الإجرائية التي تحكمها يجب أن تتميز عن الأحكام الإجرائية التي تحكم غيرها من الدعاوى الجنائية.

وكما أن إلزام العاقلة بالدية يتطلب إسناد جريمة القتل إلى شخص مرتكبها حتى بعد موته، فإن إسناد الجريمة للشخص المعنوي في الحالات التي يقر فيها المشرع بمسؤوليتها الجنائية، يستوجب إسنادها للشخص الطبيعي الذي قام بها لحسابه أو لمصلحته. والقول بانقضائها للشخص الطبيعي لوفاته قبل الحكم بإدانته يمنع -أحياناً- من إقرار المسؤولية للشخص المعنوي، وهو ما يحول دون تحقيق الغاية من إقرار المسؤولية للأشخاص المعنوية في بعض القوانين.

وبناء على ذلك يبدو لنا أن المسألة يجب أن تتعلق بموازنة من نوع آخر ويلزم عند القيام بها استحضار كافة المصالح المتعارضة، والتي لا نعتقد أنها استحضرت عند وضع نصوص قوانين الإجراءات الجنائية في اغلب التشريعات ومنها التشريع الليبي.

البحث في قواعد الدعوى الجنائية انطلاقاً من الوظائف التي يجب أن تسعى لتحقيقها يطرح للنقاش -أيضاً- موضوع تقادم الدعوى الجنائية المبني على عدة اعتبارات منها النسيان، حيث أن هناك بعض الأفعال لا يمكن أن تمحي من الذاكرة، لأن الزمن يقف عاجزاً عن محو آثارها⁽³⁾، فخصائص بعض الجرائم أو عدد ضحاياها

1- الإمام محمد أبو زهرة، العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة، ب س، ص 39.

2- المرجع السابق، ص 252 وما بعدها.

3- راجع عوض بلال، المرجع السابق، ص 643.

أو نتیجتها تجعل منها جرائم لا تنسى، ولا إرادة لتتسببها، والتدخل بقوة القانون لوضع نهاية لها في الذاكرة البشرية يحول القانون إلى صورة من صور إنكار حقيقة الواقع. ومن هنا كان هناك رفض للتقادم في الجرائم التي تهز الضمير الإنساني كالجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الإبادة. الأمر الذي يمكن معه القول أنه لإقرار التقادم في جميع الجرائم أثراً سيئاً على السلم الاجتماعي ويحرم المجتمع من منفعة المحاكمة الجنائية، دون أن يعنى ذلك رفض التقادم جملةً وتفصيلاً، حيث أن المسألة تحتاج للتمييز بين تقادم الدعوى وتقدم العقوبة وبين تقادم الجرائم تبعاً لاختلاف جسامتها واختلاف ظروف ارتكابها، وبالتالي فإن تدخل المشرع بالقانون رقم (11) لسنة 1427م (1998) بشأن تقرير بعض الأحكام الخاصة بالدعوى الجنائية وتعديل بعض أحكام قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية الذي نص في مادته الأولى على أنه: (لا تسقط الجريمة ولا تنقضي الدعوى الجنائية بمضي المدة)، هو تدخل استجاب لأهمية المحاكمة في الجرائم التي ترفض الخروج من ذاكرة الجماعة، ألا أنه بإطلاقه هذا الحكم ليشمل كافة الجرائم دون تمييز بينها يكون قد أوجب المحاكمة في جرائم تكون بالفعل قد طويت صفحاتها من الوسط الاجتماعي أو جرائم من شأن محاكمة المتهمين فيها أن يضر بعلاقات اجتماعية تكونت بعد ارتكابها كالجرائم الماسة بالأخلاق والعرض.

ومن هنا -أيضاً- فإن العفو عن الجرائم قبل معرفة الحقيقة، بالإضافة إلى أنه غير أخلاقي وغير عادل، هو عفو لا يخدم مصلحة السلم الاجتماعي. فالعدالة مقدمة من مقدمات السلم الاجتماعي، ولا سلم حقيقي دون عدالة، والعفو لا يجب أن يكون إلا بعد معرفة الحقيقة. بمعنى نظام عفو من نوع آخر ليس كالعفو العام ولا العفو الخاص المعروفين حالياً في قانون العقوبات الليبي⁽¹⁾. ذلك لأن هذا العفو المانع لبداية أو

1- راجع بحثنا: نظرة في وظيفة العفو الخاص من خلال القانون الجنائي الليبي، مجلة إدارة القضايا، تصدرها إدارة القضايا في ليبيا، س7، ع14، ديسمبر 2008، ص28 وما بعدها.

مواصلة البحث في حقيقة الجريمة هو إرادة غير إرادة المضرور والمجني عليه في الجريمة، ومن هنا فإنه لا يحقق سلماً أو صفحاً حقيقياً، بل هو افتراضي كافتراضية حلول الإرادة الجماعية محل إرادة الضحية في الصفح عن الجاني، وبالتالي فإنه قد يحمل تناقضاً بين هدفه ونتيجته. وحتى لو قبلنا بالعمو عن الجريمة في القانون، فلا يجب أن يكون إلا بعد تحديد كافة أبعاد الجريمة وضبطها بالحكم القضائي في ذاكرة الجماعة. وإذا كان الأمر كذلك، فإنه ليس من المصلحة في بعض الجرائم قفل ملفاتها، بل أن المصلحة الاجتماعية تكمن في فتحها، لأن فتحها وحل ألغازها وسماع دفاع المتهمين فيها وإدانة من يستحق الإدانة قد تكون أهم مقدمات السلم الاجتماعي.

أما إذا نظرنا إلى وظيفة القانون والقضاء المتمثلة في إعطاء كل ذي حق حقه، فإننا نرى أنها تتسع لكي تشمل حق المجني عليه والمجتمع بكامله في معرفة الحقيقة اللازمة للصفح عن المذنبين والبداية في نسيان الجريمة، والوسيلة الأمثل لمعرفة الحقيقة هي المحاكمة العادلة للمتهمين، أما القول بأن الصفح ممكن دون حاجة إلى معرفة الحقيقة، وبالتالي دون حاجة إلى محاكمة، فهو قول غير صحيح، لأن الصفح يجب أن يكون عن معرفة تامة بالجريمة وشخص مرتكبها وظروف ارتكابها. ومن هنا كانت ضرورة للحكم القضائي عنوان الحقيقة كمتطلب من متطلبات السلم الاجتماعي، حيث أن ضبط الأحداث بشكل صحيح قد يكون ضرورة من ضرورات تجاوزها والتسامي عليها. فالعقاب ليس هو الهدف الوحيد للدعوى، لأن العدالة لا تتقرر فقط بإزالة العقاب بل أيضاً بمعرفة الحقيقة، فلكي يمكن العفو أو الصفح عن الخطأ أو الفعل يجب أولاً معرفته على حقيقته، أما إذا تم تجاهله فلا يمكن أن نطمح لصفح حقيقي منتج لسلم اجتماعي دون أن يكون موضوعه محدداً من حيث الوقائع والأشخاص. وبالتالي فإن الصفح الفردي والاجتماعي يتطلب مرحلة سابقة هي مرحلة المحاكمة تنتهي بإعلان المسؤولية ونطاقها. وإذا كان الأمر كذلك، فإن المحاكمة ضرورة للحد من

حبس الأفراد لذكريات سيئة قد لا تكون مطابقة لحقيقة ما جرى. فمعرفة الماضي على حقيقته جزء من قبوله كما هو والتعامل معه، وربما الرضاء به والكف عن الجدل فيه على نحو قد يثير الشقاق والخلاف في المجتمع ولو بعد حين.

هذا بالإضافة إلى أن السير في الدعوى يوجب أيضا تعديلات إجرائية هامة تمكنها من إقرار الوصول للحقيقة القانونية التي تتطابق إلى ابعدها مع الحقيقة الواقعية والذي من مفترضاها تقديم ملف لشخصية الجاني يتضمن الأسس اللازمة لتقدير العقوبة بشأنه في حالة إدانته. فإثبات الحقيقة كأحد وظائف الدعوى الجنائية تشمل إثبات الواقعة الإجرامية وإدراك حقيقة المتهم عن طريق قراءة تاريخ حياته وفحص شخصيته. ومن هنا، فإنه من الأهمية بمكان أن تكون من وظائف المحاكمة بحث شخصية المتهم للوصول إلى الجزاء المناسب حيث لا يمكن إعمال التقريد القضائي على حقيقته إلا من خلال ملف الشخصية⁽¹⁾، الأمر الذي يجب أن يفرض إلى ضرورة اشتراط ملف الشخصية في كافة المحاكمات الجنائية وخاصة المتعلقة منها بجرائم خطيرة، وعدم الاكتفاء باشتراطه في محاكمة الإحداث لكي تكتمل متطلبات الدور التاريخي للدعوى الجنائية⁽²⁾.

1- راجع في أسانيد العفو: مسعود عيسى العزابي، نظام العفو في القانونين الليبي والمغربي، رسالة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، الدار البيضاء، العام الجامعي 1998-1999، غير منشورة.

2- فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص37،36.

الخاتمة

هذا التعديل في قانون الإجراءات الجنائية الذي يوجبه إعادة ضبط وظيفة الدعوى الجنائية لا يعكس كامل الإصلاحات التي يجب إدخالها على النظام الجنائي، فهناك متطلبات أخرى توجب الإصلاح، منها ما يتعلق بتغيير النظرة لحقوق الإنسان على المستوى الداخلي والدولي، ومنها ما يتعلق بما أسفر عنه إعمال قانون الإجراءات الجنائية الليبي لمدة تجاوزت النصف قرن من إشكاليات والتي منها ما أوجب تعديلات في القوانين المقارنة كقانون الإجراءات الجنائية المصري الذي يعتبر المصدر التاريخي لقانون الإجراءات الليبي، بالإضافة إلى إصلاحات أخرى يوجبها تغيير المعطيات الاجتماعية والاقتصادية التي وضعت في ظلها كثير من النصوص النافذة حالياً، ولعل أهم موجبات الإصلاح في ليبيا تتمثل في خصوصية قانون العقوبات الليبي الذي جمع بين أنظمة عقابية ثلاث هي: نظام القصاص والدية ونظام الحدود ونظام التعازير، والتي توجب توخي الدقة عند نقل نصوص إجرائية من أنظمة مقارنة لا تحوى هذا التقسيم الثلاثي المستمد من الفقه الإسلامي.

وكما أشرنا في المقدمة، فإنه لا يجب تجاهل تأثير فلسفة العقوبة على فلسفة الدعوى الجنائية.

وأخيراً.. نقول أن قراءة النظام الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي انطلاقاً من منهجية تعتمد على الربط بشكل موسع بين العناصر التالية: وظيفة العقوبة والتدبير وأحكامهما الموضوعية، ووظيفة الدعوى الجنائية وأحكامها، يمكن أن تؤدي إلى رسم معالم خطة تهدف إلى إعادة بناء كامل للنظام الجنائي على نحو يتسق مع خصوصيات كل مجتمع على حده.

المراجع

- 1- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ج2، ص118. ط2.
- 2- على زكي العربي، الإجراءات الجنائية، ج1، (د.ن) (د.ت).
- 3- مأمون سلامة الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية ليبيا، 2000، ج1.
- 4- أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ط2.
- 5- الإمام محمد أبو زهرة، العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة، ب س (د.ت).
- 6- مسعود عيسي العزابي، نظام العفو في القانونين الليبي والمغربي، رسالة دكتوراة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، الدار البيضاء، العام الجامعي 1998-1999، غير منشورة.
- 7- فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.
- 8- الهادي علي أبو حمرة، قراءة في أدلة إثبات جريمة الزنى الحدية، مجلة القانون، تصدر عن كلية القانون جامعة الفاتح سابقاً (طرابلس حالياً)، ع2، سبتمبر 2003.
- 9- الهادي علي أبو حمرة، تكرار الجرائم بين قانون العقوبات وقوانين الحدود (دراسة في التشريع الليبي)، مجلة الأسمرية، تصدر عن الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، ع8، س4، 2007م.
- 10- الهادي علي أبو حمرة، الحماية من القانون بالقانون (نموذج الحصانة الإجرائية)، مقال منشور في صحيفة أويا، س3، ع483.
- 11- الهادي علي أبو حمرة، نظرة في وظيفة العفو الخاص من خلال القانون الجنائي الليبي، مجلة إدارة القضايا، تصدرها إدارة القضايا في ليبيا، س7، ع14، ديسمبر 2008.

المحكمة الجنائية الدولية الدائمة

واختصاصها بالجرائم المرتكبة فوق إقليم الدولة الليبية

قراءة في قرار مجلس الأمن رقم 2011/1970م

أ. وسام سليمان الصغير*

توطئة: إن من مسلمات الفقه القانوني أن أحد أركان الدولة بحديثها وقديمها هي السلطة، التي من وظائفها إصدار الأوامر وفرضها في كثير من الأحيان بلغة القوة والترهيب، وفي أحيان أخرى بلغة الترغيب، ونتيجة لممارسة سلطة الدولة لوظائفها أدى هذا إلي خلق طبقتي الحكام والمحكومين، فالطبقة الأولى هي المنوط بها سلطة الأمر والنهي، والثانية يقع على عاتقها تنفيذ الأوامر والابتعاد عن النواهي.

ولاشك أن المجتمعات الإنسانية تعاني اليوم من انتهاكات جسيمة لأبسط حقوق الإنسان فيها، لأنها مجتمعات حادت عن مفاهيم العدالة، وبالتالي من الصعب أن تعيش في سلام بلا عدالة، فهي مجتمعات عانت الكثير من النزاعات الداخلية التي يعود سببها الأول لملاك السلطة في هذه المجتمعات، الذين غالباً ما يتصفون بالديكتاتورية والتسلط، ويبتعدون عن الحدود الدنيا للديمقراطية، ولا يكتفون بحقوق الإنسان التي تضمنتها قواعد القانون الدولي الإنساني، وهو الأمر الذي جعل العديد من شعوب العالم الثالث تنثور على حكامها سئماً من ويلات الظلم والإقصاء، ولما شهدته هذه الشعوب من تأخر عن ركب الحضارة والتقدم الذي تشهده دول العالم الغربي -الأوروبي والأمريكي- وقد أفرزت لنا هذه المرحلة تظن الشعوب العربية لضرورة التغيير واستبدال أنظمة حكمها البائدة المتهاكمة بحكومات وحكام جدد يشاركون طبقة المحكومين السلطة ولا يستبدون

* محام وناشط حقوقي والمدير التنفيذي لفريق جمع الأدلة عن الجرائم الدولية المرتكبة في مدينة مصراتة من قبل نظام القذافي، وعضو مجلس المفوضية الوطنية العليا للانتخابات بليبيا.

بها لوحدهم، ولعل ثورة الشعب الليبي (ثورة 17 فبراير) هي إحدى تلك الثورات التي أشعلتها الشعوب تعبيراً عن رفضها لسلطة السلطان الجائر، الذي فاق في ظلمه كل حد بانتهاكات صارخة لحقوق الإنسان من قتل للأبرياء المدنيين، وشنه لحملات الاعتقال بمعزل عن العالم الخارجي ولفترات طويلة، فضلاً عن عمليات التعذيب وغيرها من ضروب إساءة المعاملة، وتقييد لمساحة مؤسسات المجتمع المدني، وتجريمه للأنشطة السلمية، ولعل آخر تلك الانتهاكات ما ارتكبه هذا النظام ضد أبناء الشعب الليبي خلال أحداث ثورة 17 فبراير، فلا يمكن للمجتمع الدولي أمام كل تلك الخروقات أن يقف مكتوف الأيدي أمام ما يتعرض له أبناء الشعب الليبي من انتهاك لحقوقه وحرياته، فلا يمكن للمجتمع الدولي أن يتغاضى عن الجرائم التي تشكل تهديداً للأمن والسلم الدوليين، لخطورة هذه الجرائم وما ترتبه من أضرار جسيمة واحتمال إفلات مرتكبيها بسبب الحصانة التي يتمتع بها أغلبهم أمام القضاء الجنائي الوطني، مما دفع بمجلس الأمن إصدار القرار رقم 1970 بشأن إحالة الوضع الليبي لمحكمة الجنايات الدولية.

موضوع البحث: إن موضوع هذه الورقة البحثية يتضح من خلال عنوانه الرئيس، وهو مدى اختصاص محكمة الجنايات الدولية الدائمة بمحاكمة مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية فوق الإقليم الليبي، ومحكمة الجنايات الدولية كما سنرى في المبحث الأول من هذه الورقة هي جهاز قضائي جنائي دولي مكمل للولاية القضائية الجنائية الوطنية، وهي محكمة مستقلة دائمة اتخذت من مدينة لاهاي بهولندا مقراً لها.

نطاق البحث: سوف تقتصر دراستنا في هذه الورقة من الناحية النظرية على التعريف بمحكمة الجنايات الدولية و إعطاء لمحة موجزة عن تاريخ القضاء الجنائي الدولي.

كما سنتولى من الناحية العملية مطابقة قواعد اختصاص محكمة الجنايات الدولية الواردة في نظام روما الأساسي على ما ارتكب من جرائم في ليبيا بعد تاريخ 15 فبراير من سنة 2011م فوق إقليم الدولة الليبية بوصفها جرائم دولية ماسة بالسلم

والأمن الدوليين، وليبيا هي إحدى الدول العربية التي تقع في شمال القارة الإفريقية وتطل بساحلها على شواطئ البحر المتوسط، و يبلغ عدد سكانها خمسة مليون وثلاثمائة ألف نسمة حسب التعداد السكاني الأخير سنة 2006م.

إشكالية البحث: سوف تدور إشكالية هذا البحث حول مجموعة من الأسئلة، لعل أهمها: هل أن محكمة الجنايات الدولية تختص من الناحية الموضوعية والشخصية والمكانية والزمنية بمحاكمة من ارتكب جرائم ذات طابع دولي خلال أحداث ثورة 17 فبراير الليبية؟ أم أن ما ارتكب من جرائم ضد الشعب الليبي خلال هذه الفترة يخرج نظرياً وعملياً عما تملكه هذه المحكمة من اختصاص في هذا المجال؟

منهج البحث: في هذه الورقة سوف نعتمد على المنهجين التاريخي والتحليلي، الأول سوف نستخدمه بوضوح في المبحث الأول من هذه الورقة لما سنتناوله من إعطاء لمحة تاريخية عن نشأة القضاء الجنائي الدولي، أما المنهج التحليلي فسوف نستخدمه في المبحث الثاني وذلك بتحليل قواعد وضوابط اختصاص محكمة الجنايات الدولية، وانطبق ذلك على الشأن الليبي من خلال إسقاط الضوء على قرار مجلس الأمن رقم (1970) الصادر هذه السنة الذي أحال الجرائم المرتكبة في ليبيا إلي محكمة الجنايات الدولية.

خطة البحث: سوف نقسم هذه الورقة البحثية إلي مبحثين وفي كل مبحث مطلبين، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول/ لمحة عن نشأة القضاء الدولي الجنائي

المطلب الأول/ القضاء الدولي الجنائي ما قبل محكمة الجنايات الدولية الدائمة

المطلب الثاني/ القضاء الدولي الجنائي الدائم (محكمة الجنايات الدولية)

المبحث الثاني/ ضوابط اختصاص محكمة الجنايات الدولية ومدى انطباقها على الحالة الليبية.

المطلب الأول/ قواعد اختصاص محكمة الجنايات الدولية الدائمة

المطلب الثاني/ مدى انطباق قواعد اختصاص محكمة الجنايات الدولية على
الحالة الليبية

قائمة المختصرات

- المحكمة: المحكمة الجنائية الدولية.
- المحكمة الجنائية الدولية: المحكمة الجنائية الدولية الدائمة (icc).
- The Permenante International Criminal Court : (icc)
- نظام روما الأساسي: نظام روما الأساسي بشأن المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، المعتمد في مدينة روما الإيطالية بتاريخ 17/7/1998م.
- دولة طرف: دولة طرف في نظام روما الأساسي.
- قرار مجلس الأمن بشأن ليبيا: هو قرار مجلس الأمن رقم 1970 (2011م) بشأن إحالة الحالة القائمة في ليبيا منذ 2011/2/15م وما بعده إلى المدعي العام بالمحكمة الجنائية الدولية، والصادر بتاريخ 2011/2/26م.
- ثورة 17 فبراير: ثورة الشعب الليبي ضد نظام معمر القذافي، التي اندلعت في شهر فبراير من سنة 2011م.

المبحث الأول

لمحة عن نشأة القضاء الدولي الجنائي

سوف نبين في هذا المبحث أولى المحاولات الجادة نحو طريق إنشاء قضاء جنائي دولي، و تشير بعض الدراسات والتي تناولت بالتفصيل هذا النوع من القضاء، إلى أن أول سابقة له ترجع إلى التاريخ المصري القديم بشأن الإبعاد عام 1286 قبل الميلاد، فلزماً علينا إذاً في هذا المبحث أن نتناول اللبنة الأولى لإنشاء القضاء الدولي الجنائي، وبالتالي سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين في الأول سوف نتلمس أولى تلك الخطوات من خلال تناول تاريخي للقضاء الجنائي في مرحلة ما قبل محكمة الجنايات

الدولية الدائمة، والثاني سوف نتناول مرحلة إنشاء قضاء دولي جنائي دائم والتعريف بشكلٍ مقتضبٍ بمحكمة الجنايات الدولية، تذكيراً لمن يعلم، وتبصيراً لمن يجهل.

المطلب الأول / القضاء الدولي الجنائي ما قبل محكمة الجنايات الدولية الدائمة

إن أول فكرة لبلورة قضاء جنائي دولي بشكلٍ جادٍ ومنظمٍ ليست بالحديثة، إنما تعود لسنة 1872م عندما قام الفقيه غوستاف موانيه بوضع مشروع اتفاقية دولية بشأن إنشاء هيئة قضائية دولية بغية ملاحقة ومحكمة ومن تم معاقبة أي مخالف لاتفاقية جنيف المؤرخة في شهر أغسطس 1864م بشأن تحسين حال العسكريين الجرحى في الميدان، وهذا المشروع يعتبر أول بادرة لإنشاء قضاء جنائي ذات طابع دولي. وظل مشروع موانيه مجردة فكرة وحبراً على ورق لم يتجسد عملياً في هيئة قضائية دولية⁽¹⁾، وظل الوضع كذلك حتى سنة 1919م وبالتحديد مع نهاية الحرب العالمية الأولى، ووفقاً لما جاء في اتفاقية فرساي وتحديدًا بمادتها 227، والتي تقرر من خلالها صراحة مسؤولية الامبرطور غليوم الثاني امبرطور ألمانيا أثناء تلك الحرب لما ارتكبه من جرائم تنافي مبادئ الأخلاق والأعراف الدولية. وهذه المحاولة هي الأخرى كسابقتها فشلت ولم تلق حُصاً من التطبيق، وذلك أمام رفض هولندا التي لجأ إليها الامبرطور غليوم فعللت ذلك بأنه وفقاً للقانون الهولندي لم يرتكب أي جريمة و لقت بذلك هذه التجربة الثانية طريقها للفناء⁽²⁾، وظل المجتمع الدولي في مرحلة من البيات والسكون إزاء ذلك حتى نهاية الحرب العالمية الثانية وبانتصار الحلفاء في هذه الحرب

1- د. محمد هاشم ماقورا، المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بمجلس الأمن "دراسة تتضمن قراءة في قرار مجلس الأمن رقم 1593 لسنة 2005 بشأن دار فور"، بحث مقدم إلي الندوة الدولية حول: المحكمة الجنائية الدائمة (الطموح-الواقع-آفاق المستقبل)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، الفترة: 10-11/1/2007، غير منشور، ص5.

2- د. ابو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، منشورات دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، بدون سنة طبع، ص 10، 11.

قررت الدول المنتصرة محاكمة ومعاقبة مجرمي الحرب من الألمان واليابانيين فأنشأت سنة 1945م محكمة نورمبرغ لمحاكمة ومعاقبة مجرمي الحرب من الألمان، وفي السنة التالية وعلى اثر توقيع اليابان وثيقة استسلامها عام 1945م، أنشأت محكمة طوكيو لمحاكمة من أجرم من اليابانيين، والتي تم التصديق على لائحة تنظيمها الإجرائي في 19/1/1946م⁽¹⁾، ومنذ تلك الفترة والمجتمع الدولي في حراك دائم لإنشاء قضاءٍ دوليٍّ جنائيٍّ ذو طبيعة دائمة وبالرغم من المحاولات الجادة، لذلك إلا أن المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة لم تغب عن الساحة الدولية فبعد محكمة طوكيو ظهرت في بداية التسعينيات محكمتان ذات طبيعة مؤقتة وهما محكمتا يوغسلافيا ورواندا، أنشأت الأولى بموجب قرار مجلس الأمن رقم 808 الصادر سنة 1993م، نتيجة للانتهاكات الواسعة التي حدثت في الأشهر الثلاث الأولى من ذات السنة للقانون الدولي الإنساني داخل إقليم يوغسلافيا السابقة، وكانت هذه المحكمة هي الأولى التي تُنشأ فيها الأمم المتحدة محكمة جنائية لها اختصاص موضوعي بنظر الجرائم التي ترتكب أثناء النزاعات المسلحة. وفي سنة 1994م، وعلى إثر عمليات التطهير العرقي الواسع النطاق والقتل والاعتصاب في إقليم رواندا، أنشأ مجلس الأمن بموجب قراره رقم 955 الصادر في 1994/11/8م محكمة رواندا لمقاضاة منتهكي قواعد القانون الدولي الإنساني فوق إقليم رواندا والدول المجاورة لها في الجرائم المرتكبة في الفترة ما بين 1 يناير إلى 31 ديسمبر 1994م⁽²⁾، ولكن بعد كل تلك الجهود، هل استطاع العالم عقب مجموعة تلك المحاكم المؤقتة أن يصل إلى مرحلة الذروة بإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

1- أ. لنده معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، من منشورات دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1998م، ص 60.

2- أ. علي محمد ابوغرارة، القضاء الدولي الجنائي، دراسة في ضوء "اختصاص المحكمة الجنائية الدولية"، الطبعة الأولى، 2006، منشورات جامعة سبها-ليبيا، ص: 26، 33، 34.

المطلب الثاني / القضاء الدولي الجنائي الدائم (محكمة الجنايات الدولية)

في سنة 1998م، وبعد مضي أكثر من مائة وثلاثون عاماً على ظهور أول فكرة للقضاء الدولي الجنائي، نجحت معظم دول العالم في إبرام اتفاقية إنشاء محكمة جنائيات دولية دائمة (ICC)⁽¹⁾، بالرغم من تأخر ذلك كثيراً، ولعل سبب هذا التأخر يعود بالدرجة الأولى إلى الحروب التي شهدتها العالم في بداية القرن العشرين ومنتصفه والتي ألفت بظلالها على النصف الثاني وخاصة ما تعرف بالحرب الباردة بين المعسكرين الشرقي والغربي، فكانت سبباً رئيسياً وراء تأخر تجسيد هذه الفكرة واقعياً⁽²⁾.

وكان الغرض من إنشاء محكمة الجنايات الدولية عدة أسباب، ولعل أهمها القضاء على ظاهرة إفلات الجناة من مرتكبي الجرائم الأكثر خطورة على المجتمع الدولي من العقاب -والذين عادةً ما يكونوا من المسؤولين الكبار كرؤساء الدول- وإيجاد جهة قضاء تلاحقهم بذلك جنائياً. إذ أنه وفي الغالب الأعم في مثل هذه الفروض ما يكون القضاء الوطني عاجزاً عن ملاحقتهم جنائياً ومحاكمتهم، كما أنشأت هذه المحكمة للقضاء على ظاهرة المحاكم الجنائية الدولية ذات الطبيعة المؤقتة لما أظهره هذا النوع من المحاكم مجموعة من العيوب والمثالب كتسييسها وتبعيتها لجهات ذات طبيعة سياسية كمجلس الأمن مثلاً، ويضاف إلي تلك الأسباب ما يحتاجه المجتمع الدولي لتأكيد وتثبيت لدعائم القانون الدولي الجنائي⁽³⁾، فضلاً عن حاجة المجتمع الدولي

1- The International Criminal Court (icc)

2- د. أحمد محمد بونة، محاضرات أقيمت على طلبية الدراسات العليا بجامعة طرابلس-القسم الجنائي-، فصل الخريف 2009، غير منشورة.

3- أبو الخير أحمد عطية، المرجع السابق، ص7.

لإيجاد محكمة جنائية دائمة تحقق فعلياً مبدأ سامياً من مبادئ القانون الإنساني بصفة عامة، وهو مراعاة مبدأ المشروعية بأوسع مفاهيمها، سواءً من حيث جانبها الإجرائي أو الموضوعي، وهو ما تقتقر إليه المحاكم المؤقتة⁽¹⁾.

وقد أنشأت محكمة الجنايات الدولية الدائمة بموجب اتفاقية دولية وهي ما تعرف باتفاقية روما⁽²⁾، وهي تمثل النظام الأساسي لهذه المحكمة، وهي ملزمة فقط للدول الأعضاء فيها، فهي ليست كياناً فوق الدول، بل هي كيان مماثل لغيره من الكيانات القائمة⁽³⁾، وتم اعتماد نظام روما الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية بتاريخ 1998/7/17م وذلك من خلال مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة الجنايات الدولية الدائمة، ووصل عدد وفود الدول المشاركة في هذا المؤتمر 160 دولة، وقد شاركت ليبيا في هذا المؤتمر صُحبة باقي الدول العربية، وتم التصويت على هذا النظام من قبل الدول المشاركة فصوتت 120 دولة لاعتماد النظام الأساسي واعترضت سبع دول عن اعتماد هذا النظام بالحالة التي هو عليها⁽⁴⁾، وامتنعت وفود باقي الدول عن التصويت. ومن الأسباب التي أبدتها الوفد الليبي المشارك في ذلك المؤتمر للاعتراض على التصويت هو عدم إدراج عقوبة الإعدام ضمن النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية وبالتحديد بالمادة 77 منه كأحد العقوبات التي تطبقها المحكمة.

1- د. أحمد الصادق الجهاني، ملاحظات حول المحكمة الجنائية الدولية، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون-جامعة قارونس، العدد السابع عشر، أكتوبر 2008، بنغازي-ليبيا، ص52.

2- أطلق عليها اتفاقية روما نسبة إلى مدينة روما الإيطالية وهي المدينة التي أبرمت فيها هذه الاتفاقية.

3- د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية "نشأتها ونظامها الأساسي"، منشورات نادي القضاة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001، ص19.

4- الدول المعترضة هي: (ليبيا، أمريكا، الصين، إسرائيل، العراق، قطر، الهند).

وبعد أن قُبل هذا النظام واعتمد من 120 دولة من ضمنها ثلاث دول عربية وهي: المملكة الأردنية صادقت على النظام بتاريخ 11 أبريل 2002م، جيبوتي صادقت بتاريخ 5 نوفمبر 2002م، جزر القمر صادقت بتاريخ 18 أغسطس 2006م بعد أن وقّعت سنة 2000م على النظام⁽¹⁾، وفتح من ذلك التاريخ -أي تاريخ اعتماد النظام- باب التوقيع والتصديق عليه، إذ يشترط نظام روما لكي تمارس المحكمة الجنائية الدولية اختصاصها أن يتم التصديق على نظامها الأساسي من 60 دولة، ويشترط أيضاً لدخول نظام روما حيز النفاذ أن يمر ستون يوماً على التصديق رقم 60 فيبدأ هذا النظام بعدها في النفاذ اعتباراً من اليوم الأول للشهر التالي لليوم الستين من تصديق آخر دولة (1/126)⁽²⁾، وحيث أنه قد صادقت الدولة 60 على نظام روما الأساسي يوم 2002/4/11م، ومضى الستون يوماً التاليات لهذا التصديق يوم 2002/6/11م، فأضحى نظام روما نافذاً اعتباراً من اليوم الأول للشهر التالي لنهاية الستين يوماً وهو الموافق 2002/7/1م، ودخول نظام روما الأساسي حيز النفاذ بهذا التاريخ يترتب عليه نتيجة مهمة وهو عدم اختصاص محكمة الجنايات الدولية زمنياً بأي واقعة حصلت قبل هذا التاريخ -سنيين معنى ذلك تفصيلاً في المبحث الثاني-.

ولابد لنا أن نشير أيضاً أن محكمة الجنايات الدولية لم تنشأ لتكون بديلاً عن القضاء الوطني و إنما هي مكمله له⁽³⁾، وذلك كما ورد صراحة بالفقرة العاشرة من ديباجة النظام الأساسي للمحكمة، و أكدت الدول المجتمععة في المؤتمر الاستعراضي

1- د. أمير فرج يوسف، المحكمة الجنائية الدولية ومشكلة دارفور، منشورات دار المطبوعات الجامعية، سنة 2009، ص103، 104.

2- تنص الفقرة الأولى من المادة 126 ((يبدأ نفاذ هذا النظام الأساسي في اليوم الأول من الشهر الذي يعقب اليوم الستين من تاريخ إيداع الصك الستين للتصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة)).

3- محمود شريف بسيوني، مرجع سابق، ص20.

الأول على مبدأ التكامل بين محكمة الجنايات الدولية والقضاء الجنائي الوطني⁽¹⁾، وبالتالي فإن الاختصاص الأصيل بالجرائم المنصوص عليها في نظام روما يُعقد للمحاكم الوطنية، فإذا ما أظهرت هذه المحاكم عدم القدرة على ملاحقة مرتكبيها -أي الجرائم- أو كانت تلك المحاكمات صورية القصد منها تخفيف العقوبة منها بقدر لا يتناسب مع الجريمة، أو كانت المحاكمة لم يُراعى فيها المعايير الدولية للمحاكمة العادلة بقصد التشدد في العقوبة، فإنه في هذه الحالات يمتد الاختصاص لمحكمة الجنايات الدولية إما لكي تضمن عدم إفلات مجرم من العقاب وإمّا لضمان تطبيق معايير المحاكمة العادلة.

المبحث الثاني / ضوابط اختصاص محكمة الجنايات الدولية

ومدى انطباقها على الحالة الليبية

في هذا المبحث سوف نحاول تسليط الضوء على الجزء الأكثر أهمية في هذه الورقة، وهي ضوابط وقواعد اختصاص محكمة الجنايات الدولية، ووسائل ممارسة المحكمة لهذا الاختصاص، وهل أن المحكمة لها الحق في بسط اختصاصها على ما هو مرتكب من جرائم فوق إقليم الدولة الليبية؟ وسوف نقسم بذلك هذا المبحث إلى مطلبين في الأول سوف نتناول قواعد اختصاص محكمة الجنايات الدولية (مطلب موضوعي) وفي الثاني سنبين مدى انطباق هذه القواعد على الوضع الليبي (مطلب عملي تطبيقي) وذلك من خلال قراءة تحليلية لقرار مجلس الأمن بشأن الحالة الليبية.

المطلب الأول: قواعد اختصاص محكمة الجنايات الدولية الدائمة

لمحكمة الجنايات الدولية كغيرها من المحاكم سواءً الداخلية أم الدولية قواعد وضوابط اختصاص مرسومة لها بموجب نظامها الأساسي، وهذه القواعد أو الأسس

1- القرار رقم 1 الصادر من قبل المؤتمر الاستعراضي الأول لنظام روما الأساسي 1. RC/ Res، منشور

بموقع مجد "مركز معلومات المحكمة الجنائية الدولية" www.iccarabic.com

المتعلقة بالاختصاص لا تخرج عن كونها قواعد اختصاص موضوعي وزماني وشخصي ومكاني، وسوف نبين كل اختصاص منها على حدا في فقرة مستقلة على النحو التالي:

الفقرة الأولى/ الاختصاص الموضوعي: وفقاً للمادة 5 من نظام روما الأساسي⁽¹⁾، تختص محكمة الجنايات الدولية بأربع جرائم دون غيرها، وهي: {جرائم الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، وجريمة العدوان} وبدأت المحاكم بالفعل في ممارسة اختصاصها بالنسبة للجرائم الثلاثة الأولى، منذ تاريخ نفاذ نظامها الأساسي، بينما أرجأ انعقاد وممارسة اختصاصها بالنسبة لجريمة العدوان لحين اتفاق الدول الأطراف على تعريف لهذه الجريمة (الفقرة الثانية من المادة 5 من نظام روما)، وقد تم الاتفاق على ذلك خلال المؤتمر الاستعراضي الأول لنظام روما الأساسي المنعقد بمدينة كمبالا في الفترة من 5/31 إلى 6/11 من سنة 2010م، على تعريف جريمة العدوان⁽²⁾، إلا أنه بالرغم من ذلك لم تبدأ المحكمة في ممارسة اختصاصها وذلك حسب ما هو وارد في الفقرة الثالثة من المادة 15 مكرراً المضافة في المؤتمر الاستعراضي الأول والتي اشترطت لكي تمارس المحكمة اختصاصها بشأن جريمة العدوان أن يتخذ قرار بممارسة هذا الاختصاص بأغلبية دول الأطراف وهي ما يزيد

1- تنص الفقرة الأولى من المادة 5 من نظام روما على أنه: (1- يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية: أ/ جريمة الإبادة الجماعية، ب/ الجرائم ضد الإنسانية، ج/ جرائم الحرب، د/ جريمة العدوان).

2- القرار رقم 6 الصادر من قبل المؤتمر الاستعراضي الأول لنظام روما الأساسي 6. RC / Res، منشور بموقع مجد الالكتروني، مرجع سابق.

عن موافقة ثلثي هذه الدول، وعلى كل حال يجب أن لا تبدأ المحكمة في ممارسة اختصاصها بشأن جريمة العدوان قبل الأول من كانون الثاني من سنة 2017م⁽¹⁾. وبالتالي فإن الاختصاص الموضوعي لمحكمة الجنايات الدولية يقتصر في الوقت الراهن على ثلاث جرائم وهي: "الإبادة الجماعية، جرائم ضد الإنسانية، وجرائم حرب".

الفقرة الثانية/ الاختصاص الشخصي: تختص محكمة الجنايات الدولية فقط بمحاكمة الأشخاص الطبيعيين، ويتعزز هذا القول بما ورد في المادة 77 السابق ذكرها، والتي نصت صراحة على العقوبات التي توقع على الأشخاص المدانين بارتكاب الجرائم الواردة في نص المادة 5 من نظام روما والتي من بينها عقوبة السجن بنوعيه المؤبد والمؤقت، وهي عقوبات لا يمكن إنزالها وتطبيقها إلا على الأشخاص الطبيعيين⁽²⁾، ومن ثم فلا محل لمحاكمة الشخص المعنوي أمام محكمة الجنايات الدولية "م1/25" من نظام روما.

كما أن محكمة الجنايات الدولية تختص شخصياً بمحاكمة من تجاوزت أعمارهم الثامنة عشر من العمر "م26" من نظام روما الأساسي، وبالتالي من غير المتصور أن تتولى هذه المحكمة مقاضاة الأحداث وإنما ترك أمر هؤلاء إذا ما تبين

1- نص الفقرة 3 من المادة 15 مكرر من قرار المؤتمر الاستعراضي الأول لنظام روما رقم 5 والتي تنص على أنه: ((3- تمارس المحكمة اختصاصها على جريمة العدوان رهناً بأحكام هذه المادة، وبموجب قرار يُتخذ بأغلبية دول إطراف تساوي الأغلبية المطلوبة لاعتماد تعديلات على النظام الأساسي، وذلك بعد الأول من كانون الثاني 2017)).

2- أ. هاني عادل أحمد عواد، المسؤولية الجنائية الشخصية لمركبي جرائم الحرب "مجزرتا مخيم جنين والبلدة القديمة في نابلس نموذجاً"، رسالة ماجستير مقدمة في القانون، لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح في نابلس-فلسطين، 2007، ص85.

تورطهم في جريمة أو أكثر من الجرائم التي تختص بها محكمة الجنايات الدولية موضوعياً للمحاكم الوطنية.

ومن أهم المبادئ التي تبناه نظام روما على مستوى الاختصاص الشخصي هو ما جاء بالمادة 27 منه، حيث لا يعتد بالصفات الرسمية للأشخاص، وبالتالي بالإمكان محاكمة أي شخص أمام محكمة الجنايات الدولية بغض النظر عن صفته الرسمية سواءً أكان رئيساً لدولة أو رئيساً للوزراء أو زعيماً للأمم أو دبلوماسياً على أي مستوى، وفي سبيل تكريس ذات المبدأ نص صراحةً في عجز نص المادة 28 من نظام روما على مسئولية القادة العسكريين والرؤساء الآخرين، مما يعني عدم إعمال أي حصانة قانونية تحول دون التتبع الجنائي أي كان مصدرها قانوناً داخلياً أم دولياً.

الفقرة الثالثة/ الاختصاص الزمني: نص نظام روما في المادة الحادية عشر منه صراحةً على تبني مبدأ عدم رجعية تطبيق هذا النظام على وقائع مجرمة حصلت قبل تاريخ نفاذه، إذ جاء بالفقرة الأولى من هذه المادة ما نصه: ((ليس للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام الأساسي))، وبالتالي من الواضح أن محكمة الجنايات الدولية لا تختص بأي واقعة قد حصلت قبل تاريخ نفاذ نظام روما وهو المحدد بتاريخ 2002/7/1م، إلا الجرائم المستمرة التي حصلت قبل نفاذ نظام روما واستمرت إلى ما بعد تاريخ النفاذ، ومن ثم لكي تبسط المحكمة اختصاصها على أحد الجرائم التي تختص بها موضوعاً يشترط في هذه الجريمة إما أن تكون قد ارتكبت بعد تاريخ نفاذ نظام روما أو ارتكبت قبله بشرط أن تكون من الجرائم المستمرة بعد تاريخ نفاذه، كما أفردت الفقرة الثانية من ذات المادة أحكام خاصة بالدول التي تنظم لاحقاً إلي نظام روما حيث نصت على أنه: ((إذا أصبحت دولة من الدول طرفاً في هذا النظام الأساسي بعد بدء نفاذه لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام بالنسبة لتلك الدولة...))

فالواضح من نص هذه الفقرة أن واضعي نظام روما أرادوا تشجيع الدول الغير منضمة له على الانضمام وذلك بجعل اختصاص المحكمة قاصراً فقط على الجرائم التي ترتكبها الدولة المنضمة بعد تاريخ انضمامها وليس من تاريخ نفاذ نظام روما الأساسي⁽¹⁾.

الفقرة الرابعة/ الاختصاص المكاني: لعله من الوهلة الأولى وبالنظر إلي مسمى محكمة الجنايات الدولية يتبادر إلي ذهن أي قارئ أن اختصاص هذه المحكمة يشمل أقاليم جميع الدول، ولكن مدى صحت هذا الاستخلاص؟.

إن الأصل في نظام روما أن محكمة الجنايات الدولية تستطيع أن تمارس اختصاصها على ما يعرض عليها من جرائم في حالتين، وذلك إذا ما كانت الإحالة قد تمت من قبل دولة طرف في نظام روما، أو من قبل مدعي عام المحكمة، وبشرط توافر أحد معيارين، وهذين المعيارين بديلين بمعنى أن توافر أحدهما يكون كافياً بذاته لانعقاد الاختصاص المكاني للمحكمة⁽²⁾، وهما:

**** المعيار الأول:** وهو أن تكون الجريمة مرتكبة فوق إقليم دولة طرف في نظام روما، إذ يشترط في هذه الحالة حتى تكون المحكمة مختصة مكانياً أن تكون الدولة التي وقعت فوق إقليمها إحدى الجرائم المنصوص عليها بالمادة (5) من نظام روما الأساسي طرفاً في هذا النظام إما بالتصديق على توقيعها أو بالانضمام.

1- وقاعدة عدم تطبيق نظام روما بأثر رجعي، أحد أهم الفوارق بين محكمة الجنايات الدولية الدائمة والمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، فهذه الأخيرة تمارس اختصاصها الزماني بأثر رجعي على واقعة حصلت قبل نفاذ نظامها كمحكمة رواتا ويوغسلافيا السابقين ومحكمة سيراليون و محكمة لبنان حالياً وهو ما يعد خروجاً واضحاً عن مبدأ المشروعية بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص سابق قانوناً على حصول الواقعة.

2- د. محمد هاشم ماقورا، مقاضاة المسؤولين الإسرائيليين عن جرائم الحرب في غزة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة "الفرص من الناحية القانونية المجردة-التحديات في الوقت الراهن- وآفاق المستقبل"، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الثالث لكلية الحقوق-جامعة حلب- "جرائم الكيان الصهيوني والعدالة الدولية"، المنعقد في مدينة حلب: 17-18/مايو/2010م، ص19.

** المعيار الثاني: وهو أن تكون الجريمة مرتكبة من قبل شخص ينتمي بجنسيته لدولة طرف في نظام روما، في هذه الحالة فإن المحكمة تكون مختصة بنظر الجريمة المرتكبة بغض النظر عن الإقليم الذي ارتكبت فوّه سواء كان إقليم دولة طرف أم غير طرف في نظام روما فهنا المعيار شخصياً لا مكانياً.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه علينا الآن هو: هل أن لهذه القاعدة أو الأصل استثناء أم لا؟ بمعنى آخر هل أن الاختصاص المكاني للمحكمة يمتد في حالات أخرى لإقليم دول ليست طرفاً في نظام روما حتى وإن كان مرتكب الجريمة لا ينتمي بجنسيته لدولة طرف؟.

للإجابة على هذا السؤال يستوجب علينا الأمر التوقف عند الفقرة ب من نص المادة 13 من نظام روما والتي تنص على أنه: ((للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة "5" وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية... ب/ إذا أحال مجلس الأمن متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حالة إلي المدعى العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت))، ومما لا شك فيه وما يسمو عنه الجدل أن هذا النص يمثل استثناءً وخروجاً على المبدأ العام أو الأصل في الاختصاص المكاني لمحكمة الجنايات الدولية، ومفاده -أي الاستثناء- أن محكمة الجنايات الدولية تختص مكانياً أو إقليمياً بنظر الجرائم التي تختص بها موضوعاً فضلاً عن الحالتين السابقتين عندما تتم الإحالة من قبل مجلس الأمن وهذا الأخير في مثل هذه الفروض يتصرف بموجب ما يملكه من صلاحيات منصوص عليها بالفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وذلك لحفظ الأمن والسلم الدوليين⁽¹⁾، ففي مثل هذه الضروب يتصور إذاً أن يحيل مجلس الأمن لمحكمة الجنايات

1- د. محمد هاشم ماقورا، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا (قسم القانون الجنائي -جامعة طرابلس)، للعام الدراسي 2010م-2011ف، غير منشورة.

الدولية حالة من الحالات التي ارتكبت فيها جريمة أو أكثر من الجرائم التي تختص بها المحكمة فوق إقليم دولة ليست طرفاً في نظام روما وكذلك مرتكبة من شخص لا ينتمي بجنسيته لدولة طرف، ومن تم فإنه إذا ما توافرت دواعي هذا الاستثناء وتمت الإحالة من قبل مجلس الأمن فإنه لا يؤخذ في الاعتبار معياري الاختصاص المكاني المنوه عنها سابقاً.

وبقى علينا الآن بعد أن استعرضنا بشيءٍ من التفصيل أهم ضوابط اختصاص محكمة الجنايات الدولية معرفة إجابة سؤالنا الرئيس في هذه الورقة الذي مفاده، هل أن محكمة الجنايات الدولية وفقاً لضوابط اختصاصها تختص بنظر ما ارتكب من جرائم في ليبيا اعتباراً من تاريخ 15 فبراير وما بعدها أم لا؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني / مدى انطباق قواعد اختصاص محكمة

الجنايات الدولية على الحالة الليبية

وسوف نتناول دراسة هذا المطلب خلال فقراتٍ أربع وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى: انطباق الاختصاص الموضوعي على الحالة الليبية:

مما لا جدال فيه أن ما ارتكب من أفعال من قبل نظام القذافي خلال أحداث ثورة 17 فبراير "ثورة شباب ليبيا" يرتقي الوصف بها إلي مصاف الجرائم الأشد خطورة على المجتمع الدولي ولا تخرج عن كونها جرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب، ولربما جرائم إبادة جماعية، ومن تلك الجرائم على سبيل المثال لا الحصر والتي قام الدليل على ارتكابها القتل العمد والعمل على إبادة سكان مدن بأكملها بقصفها العشوائي والأوامر التي انطلقت من أعلى القيادات العسكرية بقتل أي شي في هذه المدن والتوعد بالتشريد والقتل، وباستباحة الأعراس والأموال والتخريب والتدمير، وإعلان أن من لم يرضخ لحكم معمر القذافي لا يستحق الحياة، وكذلك الاعتداء الممنهج

الواسع النطاق ضد الوحدات الطبية ووسائل النقل والأفراد من مستعملي الشعارات الدولية كالهلال الأحمر وسيارات الإسعاف، وأثبتت جل المنظمات الدولية والأهلية ارتكاب نظام القذافي لعدد من الانتهاكات الصريحة لقواعد القانون الدولي الإنساني واتفاقيات جنيف الأربع والملحق الثاني لها (البرتوكول الثاني) الصادر سنة 1977م المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية، وقال مدعي عام محكمة الجنايات الدولية الأرجنتيني لويس مورينيو أوكامبو، في طيات طلبه المقدم لقضاة الدائرة التمهيدية لإصدار أمر قبض على القذافي وبعض معاونيه، بأن معمر القذافي استعمل أسلحة ثقيلة في مواجهة الناس المدنيين الذين يشيعون الجناز، وأن قواته قامت بزرع قناصة فوق أسطح المباني لقتل السكان المدنيين ومُصلي المساجد ومرتاديها، كما أضاف السيد اوكامبو أن هناك أدلة مباشرة تثبت تورط القذافي ومعاونيه (ابنه سيف الإسلام وصهره عبدالله السنوسي)، وذلك من خلال التحقيق الذي أُجري من قبل المدعي العام وتفحصه لما يقارب من 1200 وثيقة شملت تسجيلات فيديو وصوراً، كما استمع إلي أكثر من خمسين شاهداً، تؤكد من خلالها لمدعي عام محكمة الجنايات الدولية أن أجهزة الأمن الليبية قامت بهجمات موسعة وبشكل متكرر ضد المدنيين في ليبيا وذلك منذ اندلاع أحداث ثورة 17 فبراير⁽¹⁾، وفي سبيل إنجاز تلك المهام قام مكتب المدعي العام بثلاثين مهمة في إحدى عشر دولة⁽²⁾.

1- ملخص مذكرة طلب اعتقال متهمين ليبيين مقدم من مدعي عام محكمة الجنايات الدولية، منشور بموقع الجزيرة نت بتاريخ: 2011/5/16 www.aljazeera.net.

2- مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية "جاهزة تقريباً لإجراء محاكمة" بشأن الجرائم في ليبيا، مقالة منشورة بالموقع الإلكتروني لجريد الحياة الجديدة، العدد 5581، الاثني: 2011/5/16.

كما أكد اوكامبو من خلال تقريره الأول المقدم إلي مجلس الأمن والمتعلق بالشأن الليبي بأن هناك بعض الإفادات والمصادر تورط نظام القذافي في استخدام المدنيين كدروع بشرية وتعذيب أسرى الحرب أو المدنيين في سياق النزاع المسلح⁽¹⁾. كما قالت دوناتيلا روفيرا وهي مستشارة كبيرة بمنظمة العفو الدولية وكانت متواجدة في ليبيا خلال أحداث ثورة 17 فبراير خلال التقرير الأول الذي قدمته هذه المنظمة عن الأوضاع في ليبيا خلال هذه الثورة -وتحديداً مدينة مصراتة- أن قوات القذافي استخدمت مواقعها حول المدينة وفي وسطها لشن هجمات عشوائية لا هودة فيها على الأحياء السكنية في المدينة، فقتلت العشرات من السكان الذين لم يشاركوا في المواجهات المسلحة، كما جرح المئات، وجروح العديد منهم نجمت عن القصف العشوائي بصواريخ غراد من عيار 122mm أطلقت من على بعد يصل إلى عشرات الكيلومترات، والقصف بمدافع الهاون وقذائف مدفعية من عيار 155mm، علماً بأن هذه الصواريخ وقذائف الهاون والمدفعية صممت لاستخدامها ضد المدرعات أو حشود المشاة، وبموجب القانون الإنساني الدولي لا ينبغي أبداً استخدام أيّاً من هذه الأسلحة في المناطق السكنية المأهولة⁽²⁾.

كما أكدت هيومن رايتس ووتش (منظمة حقوق إنسان) من خلال تقريرها الأول الخاص بالوضع الليبي، أن هناك العديد من الخروقات المتكررة من قبل نظام القذافي لقواعد القانون الدولي الإنساني، وبهذا الخصوص قال ستيف غوس، مدير قسم الأسلحة بالمنظمة المذكورة، إن من المروع أن ليبيا تستخدم أسلحة عمياء لا تفرق بين الأماكن المدنية والعسكرية، وأضاف إنها تشكل خطراً كبيراً على المدنيين، سواء أثناء

1- التقرير الأول المقدم من المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية الي مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة عملاً بقرار مجلس الأمن رقم 1970 (2011)، منشور بموقع المحكمة الجنائيات الدولية الدائمة www.icc.cpi.int.

2- موقع منظمة العفو الدولية www.amnesty.org

الهجمات بسبب طابعها العشوائي أو بعد ذلك بسبب القنابل غير المنفجرة المتناثرة التي تبقى مصدراً للخطر⁽¹⁾.

فكل هذه التقارير وغيرها تثبت بشكل قاطع ارتكاب نظام القذافي لجرائم ضد الإنسانية و جرائم حرب بحق أبناء الشعب الليبي، ولاشك في أن هذه الجرائم من ضمن مجموع الجرائم التي تختص بها محكمة الجنايات الدولية والتي نصت عليها صراحةً المادة (5) من نظام روما، وبالتالي فإن الاختصاص الموضوعي لمحكمة الجنايات الدولية قد انطبق بذلك على ما ارتكب من جرائم في ليبيا.

الفقرة الثانية: انطباق الاختصاص الزماني على الحالة الليبية:

كما علمنا في المطلب الأول من هذا المبحث أن محكمة الجنايات الدولية تختص من حيث الزمان بالجرائم التي ترتكب بعد تاريخ نفاذ نظامها الأساسي والمؤرخ في 2002/7/1م، ومن تم فإن هذه المحكمة من حيث الزمان تختص بالجرائم التي ارتكبتها نظام معمر القذافي خلال الفترة الأخيرة ابتداءً من تاريخ 15 فبراير 2011م وما بعده، وفي ذات الوقت تخرج من اختصاص هذه المحكمة الجرائم التي ارتكبتها هذا النظام قبل التاريخ المبين في قرار مجلس الأمن، وذلك لسببين وهما:

1- أن قرار مجلس الأمن بشأن الوضع الليبي أحال الوضع القائم في ليبيا إلي محكمة الجنايات الدولية بشأن الأحداث الحاصلة من تاريخ 15 فبراير 2011م وما بعده، وبالتالي لا تستطيع المحكمة أن تبسط اختصاصها على وقائع حصلت قبل هذا التاريخ، لأن اختصاص محكمة الجنايات الدولية بالتحقيق في الجرائم المرتكبة في ليبيا انعقد لها بموجب قرار مجلس الأمن المذكور أعلاه وهو على سبيل الاستثناء -سنوضح ذلك في موضعه من هذا المطلب- وبالتالي فإن ممارسة اختصاصها بالنسبة للوضع الليبي يجب أن يكون مقيداً بما ورد في قرار مجلس الأمن بشأن الحالة الليبية بما في ذلك تاريخ

حصول الوقائع المراد إجراء التحقيق بشأنها، وبالتالي يعتبر أي خروج عن النطاق القانوني لقرار مجلس الأمن المذكور خروج لمحكمة الجنايات الدولية عن قواعد اختصاصها.

2- هناك بعض الجرائم التي ارتكابها نظام معمر القذافي قد وقعت قبل نفاذ نظام روما أي قبل 2002/7/1م، ومثال ذلك جريمة ما يعرف بسجن أبو سليم الذي قتل بداخله من قبل نظام القذافي سنة 1996م، ما لا يقل عن 1200 شخص مدني، وهي لاشك أنها عملية ممنهجة من قبل نظام القذافي وهي تمثل جريمة ضد الإنسانية، فمحكمة القذافي على مثل هذه الجرائم وتلك التي سبقتها في التاريخ لا يتصور إلا من خلال إنشاء محكمة جنائيات دولية مؤقتة، كما لا يتصور محاكمته على مثل هذه الجرائم أمام القضاء الداخلي، وإن كان هذا القضاء مختصاً من حيث الأصل إلا انه لا يستطيع ملاحقة القذافي جنائياً على اقترافه هذه الجرائم، لأن الدعاوى الجنائية وفقاً لقانون العقوبات الليبي كانت تخضع للتقادم قبل تاريخ: 1998/2/21م، ومدة التقادم تلك لا تخضع لا للوقف ولا للانقطاع⁽¹⁾.

من خلال ما سبق يتضح لنا بجلاء تام أن محكمة الجنايات الدولية تختص من حيث الزمان بالنظر في الجرائم المرتكبة من قبل نظام القذافي منذ تاريخ 15 فبراير 2011م وما بعده.

الفقرة الثالثة: انطباق الاختصاص الشخصي على مرتكبي الجرائم فوق الإقليم الليبي:

لا يخفى على أحد أن مرتكبي الجرائم في ليبيا إبان أحداث ثورة 17 فبراير سواءً المنفذين للجرائم، أم سلطات إصدار الأمر بارتكابها هم من الأشخاص الطبيعيين،

1- حيث تنص المادة 107 من قانون العقوبات الملغية بموجب القانون رقم 11 لسنة 1997 م بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالدعوى الجنائية والمعمول به من تاريخ 1998/2/21م على أنه ((تسقط الجنايات بمضي عشر سنين من يوم وقوع الجريمة، والجنح بمضي ثلاث سنوات...)).

وعلى رأسهم معمر القذافي، ونجله سيف الإسلام، ومعاونه رئيس الاستخبارات الليبية سابقاً المدعو عبدالله السنوسي، والذين طلب مدعي عام محكمة الجنايات الدولية من قضاة الدائرة التمهيدية بتاريخ 2011/5/16م إصدار أوامر قبض عليهم للتحقيق معهم ومن تم محاكمتهم أمام محكمة الجنايات الدولية⁽¹⁾، فضلاً عن باقي المتهمين المتورطين أيضاً في ارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية ممن لم يطلب المدعي العام إصدار أوامر قبض في مواجهتهم، كالمدعو الخويلدي الحميدي، المهدي العربي، رمضان ابشير، ومفتاح كعبيه... وغيرهم في القائمة التي تطول، فهؤلاء كلهم أفراد طبيعيين قد تجاوزت أعمارهم 18 سنة، ولا يعدن بما يملكونه من صفات أو ما يتمتعون به من حصانات دولية، وهو أحد المبادئ الذي كما أسلفنا كرسه نظام روما، وهؤلاء الأشخاص وغيرهم كثر هم من كانوا وراء إصدار أوامر عسكرية حتى وإن كان بعضهم مدنياً ولا يحمل أي رتبة عسكرية فهؤلاء أيضاً مسئولون، لأنهم خولوا من قبل نظام القذافي بإصدار أوامر لعسكريين فهم أمراء حرب واعتداء، وبالتالي ونظراً لعلاقة التدرج بين الرئيس والمرؤوسين وانتظامهم في شكل هرمي بحيث تخضع كل فئة للفئة الأعلى منها، حتى تصل إلي قمة الهرم حيث يوجد رئيس الدولة أو الوزير أو القائد العسكري الأعلى، وهو ما يعرف بنظام التسلسل الإداري الذي يتضمن توزيع السلطة والمسئولية على درجات متعددة تربط ما بين قاعدة التنظيم وقمته، تكون مسؤولية القذافي مؤكدة على ما اقتترف من جرائم في ليبيا وهو ومن يدنوهُ درجةً في هذا التسلسل الهرمي⁽²⁾.

1- ملخص مذكرة طلب اعتقال متهمين ليبيين مقدم من مدعي عام محكمة الجنايات الدولية، مرجع سبق ذكره.
2- أ. خالد محمد خالد، مسؤولية الرؤساء والقادة أمام المحكمة الدولية الجنائية، رسالة مقدمة لمجلس كلية القانون في الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير، 2008، منشورة بالموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية.

ولكل ذلك فان معايير الاختصاص الشخصي لمحكمة الجنايات الدولية على من هم متورطين بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب في ليبيا خلال أحداث ثورة 17 فبراير تكون متوافرة، مما ينعقد بها الاختصاص لهذه المحكمة باجتماعها مع باقي ضوابط الاختصاص.

الفقرة الرابعة: انطباق الاختصاص المكاني على إقليم الدولة الليبية:

وفقاً للقواعد العامة الواردة في نظام روما الأساسي فان محكمة الجنايات الدولية ليست مختصة من حيث الأصل بمحاكمة الجناة الليبيين المرتكبين لجرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب وذلك لعدم توافر أحد المعيارين البديلين الذين أوضحناهما سابقاً في المطلب الأول من هذا المبحث، حيث أن ليبيا لم تنضم لنظام روما الأساسي حتى تاريخ الأحداث الأخيرة، إذاً فهي ليست دولة طرف في هذا النظام، كما أن مرتكبي الجرائم فوق الإقليم الليبي هم من حملة الجنسية الليبية، وبالتالي فهم ينتمون بجنسيتهم لدولة ليست طرف في نظام روما، فمن حيث الأصل لا تنطبق قواعد الاختصاص المكاني لمحكمة الجنايات الدولية على ما ارتكب من جرائم من قبل نظام القذافي ضد أبناء الشعب الليبي.

ولكن بالنظر إلى القرار الذي بموجبه أُحيل الوضع في ليبيا إلى محكمة الجنايات الدولية نجده صادراً من مجلس الأمن بما يملكه من صلاحيات في الإحالة على محكمة الجنايات الدولية من خلال نص الفقرة ب من المادة 16 من نظام روما الأساسي متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، من هنا يتبين لنا أن اختصاص محكمة الجنايات الدولية بنظر الجرائم المرتكبة في ليبيا لا يخضع للأصل العام لممارسة هذه المحكمة لاختصاصها الوارد في الفقرتين أ، ج من المادة 16 من نظام روما، وإنما هي تدخل من ضمن الاستثناء المبين سلفاً، وهو عدم التقيد بالأصل عندما تتم الإحالة من قبل مجلس الأمن، وهذا ما حصل فيما يتعلق بالوضع الليبي، إذ

أصدر مجلس الأمن قراره الشهير رقم 1970 لهذه السنة، القاضي بإحالة الشأن القائم في ليبيا إلي محكمة الجنايات الدولية، وذلك عن الوقائع والأحداث التي حصلت بعد تاريخ 15 فبراير 2011م، والتي واجهها نظام القذافي بعنف شديد، مما شكل تهديداً للسلام والأمن الدوليين، الأمر الذي أعطى الحق لمجلس الأمن التدخل بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وإصداره لقرار إحالة الوضع الليبي للمحكمة، وبالتالي تكون هذه الأخيرة مختصة حتى وإن كانت الدولة الليبية غير منضمة لنظام روما الأساسي.

ويترتب على ذلك نتيجة غاية في الأهمية وهو أن التزام الدول بالتعاون مع محكمة الجنايات الدولية بالتحقيق بشأن الأوضاع الليبية يكون مصدره ميثاق الأمم المتحدة وليس نظام روما الأساسي، وبذلك تكون كل دولة عضو في الأمم المتحدة ملزمة بموجب ميثاقها -أي الأمم المتحدة- بالتعاون مع محكمة الجنايات الدولية في كل ما تحتاجه هذه الأخيرة من مساعدات، ولعل أهمها التعاون والمساعدة الدولية على إلقاء القبض على أي شخص يصدر في حقه أمر قبض من المحكمة.

وخلاصة القول في هذا المبحث هو أن محكمة الجنايات الدولية لها أن تمارس اختصاصها نظرياً وعملياً وفقاً لأحكام نظام روما الأساسي على الجرائم المرتكبة من قبل نظام القذافي في ليبيا -محل قرار مجلس الأمن رقم 1970- شريطة أن تكون هذه الإحالة قد تمت فعلاً من قبل مجلس الأمن متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حفاظاً على السلم والأمن الدوليين وهو الأمر المتحقق تماماً في الشأن الليبي.

الخاتمة:

في نهاية هذه الورقة التي تناولت من خلالها موضوع محكمة الجنايات الدولية ومدى اختصاصها بالشأن الليبي، وذلك من خلال قراءة لقرار مجلس الأمن رقم 1970 (2011م)، وحاولت قدر الإمكان إعطاء لمحة مقتضبة وميسرة عن مفهوم القضاء الجنائي الدولي وأهم محاولات المجتمع الدولي في إنشائه، وصولاً إلي محكمة الجنايات الدولية التي بسط بشكل موجز في هذا البحث وريقات للتعريف بها، كما حاولت إلقاء الضوء على أهم ضوابط اختصاص هذه المحكمة وحالات ممارستها لاختصاصها، منتهياً في هذه الورقة إلي انطباق هذه القواعد على الحالة الليبية، استخلاصاً من النتائج الآتية.

- 1- إن أول محاولة لإنشاء هيئة قضائية ذات اختصاص جنائي دولي تعود لسنة 1872م على يد الفقيه غوستاف موانيه، تلتها بعد ذلك محاولة محاكمة غليوم اميرطور ألمانيا الثاني محاكمة دولية عقب الحرب العالمية الأولى، ثم جاءت المحاولة العملية الفعلية لمثل هذا النوع من القضاء وذلك على يد دول الحلفاء بعد الانتصار في الحرب العالمية الثانية بإنشاء محكمتي نورمبرغ و طوكيو.
- 2- إن محكمة الجنايات الدولية الدائمة قد أنشأت سنة 1998م، بموجب اتفاقية اعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين الذي عقد في مدينة روما الإيطالية، وأصبح نظام روما نافذاً بتاريخ 2002/7/1م.
- 3- اعترضت سبع دول على نظام روما الأساسي، من بينها ليبيا، فليبيا لم تنضم لحد هذا التاريخ إلي نظام روما فهي ليست طرفاً فيه.
- 4- أن محكمة الجنايات الدولية لها قواعد اختصاص تحكمها وهي قواعد اختصاص موضوعي وزمني وشخصي و إقليمي أو مكاني.

5- تمارس محكمة الجنايات الدولية اختصاصها عندما ترفع إليها الواقعة الإجرامية من قبل دولة طرف أو مدعي عام محكمة الجنايات الدولية، أو عندما تُحال إليها من قبل مجلس الأمن متصرفاً هذا الأخير بموجب ميثاق الأمم المتحدة .

6- إن محكمة الجنايات الدولية تختص بالجرائم الدولية المرتكبة فوق إقليم الدولة الليبية، وذلك بموجب قرار الإحالة الصادر من مجلس الأمن رقم 1970 (2011م)، ذلك لأن هذه الجرائم طبقاً للأحكام الواردة في نظام روما الأساسي تدخل في نطاق اختصاص المحكمة من حيث: الموضوع، والزمان، والمكان، والأشخاص (المواد: 5-7-8-11-24-25-27-28-126 من نطاق روما).

وفي ختام هذه الورقة المتواضعة أتمنى من الله العليّ القدير أن يكون قد وفقني في إصابة ولو جزءً بسيطاً من غاية البحث، وما كان صواباً في هذه الورقة فمن الله، وما كان خطأً فمن نفسي ومن الشيطان.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

- 1- أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، منشورات دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة-مصر، بدون سنة طبع.
- 2- أمير فرج يوسف، المحكمة الجنائية الدولية ومشكلة دارفور، منشورات دار المطبوعات الجامعية، سنة 2009م.
- 3- علي محمد أبوغرارة، القضاء الدولي الجنائي، دراسة في ضوء "اختصاص المحكمة الجنائية الدولية"، الطبعة الأولى 2006م، منشورات جامعة سبها-ليبيا.
- 4- محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية "نشأتها ونظامها الأساسي، منشورات نادي القضاة، القاهرة-مصر، الطبعة الأولى، 2001م.
- 5- لندة معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، من منشورات دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى سنة 1998م.

ثانياً: قائمة الرسائل العلمية و الأبحاث:

- 1- أحمد الصادق الجهاني، ملاحظات حول المحكمة الجنائية الدولية، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون-جامعة قاريونس، العدد السابع عشر، أكتوبر 2008م.
- 2- خالد محمد خالد، مسئولية الرؤساء والقادة أمام المحكمة الدولية الجنائية، رسالة مقدمة لمجلس كلية القانون في الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير، 2008م، منشورة بالموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية.

- 3- محمد هاشم ماقورا، المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بمجلس الأمن "دراسة تتضمن قراءة في قرار مجلس الأمن رقم 1593 لسنة 2005 م بشأن دارفور"، بحث

مقدم إلي الندوة الدولية حول: المحكمة الجنائية الدائمة (الطموح-الواقع-آفاق المستقبل)، أكاديمية الدراسات العليا-طرابلس الفترة من 10 إلى 2007/1/11م، غير منشور.

4- محمد هاشم ماقورا، مقاضاة المسؤولين الإسرائيليين عن جرائم الحرب في غزة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة "الفرص من الناحية القانونية المجردة-التحديات في الوقت الراهن-وآفاق المستقبل"، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الثالث لكلية الحقوق-جامعة حلب-"جرائم الكيان الصهيوني والعدالة الدولية"، المنعقد في مدينة حلب: 17-18/مايو/2010م.

5- هاني عادل أحمد عواد، المسؤولية الجنائية الشخصية لمرتكبي جرائم الحرب "مجزرتا مخيم جنين والبلدة القديمة في نابلس نموذجاً"، رسالة ماجستير مقدمة في القانون، لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح في نابلس-فلسطين، 2007م.

ثالثاً: الوثائق:

1- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الذي اعتمده مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين الذي عني بإنشاء محكمة جنائية دولية، روما: الفترة من 6/15 إلى 1998/7/17م.

2- قرارات المؤتمر الاستعراضي الأول لنظام روما الأساسي، المنعقد في مدينة كمبالا، في الفترة من 5/31 إلى 2010/6/11م.

3- قانون العقوبات الليبي.

رابعاً: المحاضرات:

1- أحمد محمد بونة، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا بجامعة طرابلس -القسم الجنائي-، فصل الخريف 2009م. غير منشورة.

2- محمد هاشم مافورا، محاضرات أُلقيت على طلبة الدراسات العليا -قسم القانون الجنائي- بجامعة طرابلس، للعام الدراسي 2010م-2011م، غير منشورة.

خامساً: المواقع الإلكترونية:

1- موقع المحكمة الجنائيات الدولية الدائمة www.icc.cpi.int.

2- موقع مجد "مركز معلومات المحكمة الجنائية الدولية" www.iccarabic.com

3- موقع جريدة الحياة الجديدة.

4- موقع منظمة العفو الدولية. www.amnesty.org

5- موقع الجزيرة نت. www.aljazeera.net

6- موقع المنار للإعلام almanarmedia.blogspot

7 - الموقع الإلكتروني للهيئة العامة للمعلومات.

ثانياً: المقالات

الفدرالية وخطر الداهم على الدولة الليبية

أ. محمد عبد الله عبد العاللي*

ينادي البعض في ليبيا، يتبنى النظام الفدرالي ويصفه بأنه البلمس الشافي لجروح الوطن والترياق المداوي لأسقامه، فعن طريق هذا النظام سنقضي على التهميش ونعيد الحقوق المسلوبة لبعض أجزاء الوطن.

ومن المعلوم أن ليبيا قد طبقت النظام الفدرالي بعد إعلان استقلالها سنة 1951م إلى سنة 1963م.

فقد كان دستور الدولة بعد الاستقلال ينص على النظام الفدرالي حيث تتكون الدولة من اتحاد ثلاث ولايات هي ولاية طرابلس الغرب وولاية برقة وولاية فزان، وكانت ليبيا تعرف باسم المملكة الليبية المتحدة، وبعد تقدم الدولة واستكمال مؤسساتها اتضح عدم ملاءمة هذا النظام وعدم قدرته على تلبية رغبات الشعب الليبي وتحقيق مطالبه وتطلعاته، فتم التحول من النظام الاتحادي إلى نظام الدولة الموحدة.

واليوم ينادي البعض بالعودة بليبيا إلى النظام الفدرالي دون بيان مقنع لأسباب هذه العودة ودواعيها، ونسى أو تناسى المنادون بالفدرالية مثالبها وخطرها الداهم على الدولة الليبية.

وبالرجوع إلى أسباب الأخذ بالنظام الفدرالي وفقاً لما تشير إليه نظريات علم السياسة نجد أن هذه الأسباب تكمن أساساً في التباين والاختلاف العرقي أو الاختلاف الديني والمذهبي أو اختلاف اللغة بين الشعوب، فعندما يراد توحيد هذه الشعوب المختلفة والمتباينة، يتم الأخذ بالنظام الفدرالي، حتى تحتفظ المكونات المتباينة والمختلفة بخصائصها.

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون مصراته

والأسباب المذكورة لا نعتقد أنها موجودة في ليبيا، وخاصة بالنسبة لشرق ليبيا وغربها فالتجانس يكاد يكون مطلقاً بين أفراد الشعب الليبي في الإقليمين، وخاصة بالنسبة للغة والدين والعرق، وينشأ الاتحاد الفدرالي إما بانضمام عدة دول إلى بعضها بدوافع مختلفة مثل وجود تقارب بين شعوبها من الناحية التاريخية، وقد ينشأ الاتحاد الفدرالي نتيجة تفكك دولة كانت دولة موحدة إلى عدة دويلات بأن تستقل تقسيماتها الإدارية وتتحوّل إلى مكونات سياسية لها اختصاصات ذات أصل دستوري. وينتهي الاتحاد الفدرالي إما بتحوّل الدولة الاتحادية إلى دولة موحدة أو بانفصال الولايات أو الدويلات عن بعضها تماماً وتحوّل كل منها إلى دولة بسيطة مستقلة.

وقد اختلف الباحثون في الحكم على النظام الفدرالي من حيث كونه هل هذا النظام يعتبر عامل استقرار أم أنه مجرد نظام انتقال، أي نظام وقتي تعبّر عنه الدولة إلى نظام الدولة الموحدة، ويذكر مؤيدو هذه النظام بعض المزايا له، فهو أداة بواسطتها يمكن توحيد دول مكونة من شعوب متغايرة ومتباينة في دولة واحدة قوية، كما أن هذا النظام يعمل على الجمع بين عاطفتي الاتحاد والاستقلال معاً فهو يحافظ على وحدة الدولة بأسرها بالنسبة لمظاهر السيادة الخارجية والمسائل العامة القومية.

ومن ناحية أخرى يحقق النظام الفدرالي عاطفة الاستقلال بوجود الاستقلال الذاتي الداخلي لجميع الولايات بحيث يكون لكل ولاية سلطات عامة متميزة ومستقلة عن سلطات الاتحاد.

أما المعارضون للنظام الفدرالي فيرون أن له عيوباً عديدة ومن أهمها أنه يؤدي إلى وجود منازعات بين سلطات الولايات والسلطة المركزية، نتيجة ازدواج السلطات العامة داخل الدولة الفدرالية، وتداخل وتشابك الاختصاصات فيها.

كما أن من شأن هذا النظام أن يؤدي إلى تفتيت وحدة الدولة وتمزيقها، وعدم قدرة الحكومة المركزية على السيطرة على شؤون ومصالح الدولة العامة. ومن الصعب الحكم على النظام الفدرالي من الناحية النظرية، فالبعض يؤيده والبعض يرفضه، وإذا أخذنا مدى نجاحه في المجال التطبيقي، نجد أنه قد نجح في بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وفشل في دول أخرى مثل نيجيريا.

وبالنسبة للوضع في ليبيا لا نرى مبرراً للأخذ بالنظام الفدرالي فأسباب الأخذ به غير موجودة في ليبيا فلا تباين عرقي أو ديني أو اجتماعي موجود في ليبيا، وخاصة بين الشرق والغرب كما أنه سيؤدي حتماً ودون أدنى شك إلى إضعاف الدولة الليبية الضعيفة والواهنة أساساً، فحكومات الولايات وأنظمتها الداخلية ستكون سداً منيعاً ضد هيمنة الحكومة المركزية على مقاليد الأمور داخل الدولة، والأخطر من ذلك كله أن هذا النظام قد يجلب معه خطر تقسيم الدولة وانفراطها، فقد يحدث تنافر بين الولايات مما يؤدي إلى استقلالها التام، وبالتالي تنقسم الدولة الليبية إلى دويلات قزمية، وسيحدث نزاع بين الولايات على الحدود والمناطق وخاصة بالنسبة لمناطق الحقول النفطية، مما ينذر بنشوب نزاعات مسلحة بين الولايات وما يجلبه ذلك من دمار وخراب للديار وتدخل أجنبي، كما لا ننسى تربع الدول المجاورة وتطلعاتها إلى التهام بعض أقاليم الدولة الليبية عندما تنفتت هذه الدولة والذي يسهل لها هذه الفرصة، وتكون الولايات المنفصلة بمثابة لقمة سائغة سهلة الالتهام.

ولا يمكن قياس نجاح النظام الفدرالي في بعض الدول القوية مثل الولايات المتحدة الأمريكية على الوضع في الدول الضعيفة مثل ليبيا فقوة الدولة المركزية في أمريكا هو عامل نجاح الاتحاد الفدرالي الأمريكي حتى غدت أمريكا وكأنها دولة موحدة

وليس دولة فدرالية بعكس حال الدولة الليبية الضعيفة الواهنة، فالفدرالية ستؤدي إلى دق آخر مسمار في نعشها.

فالفدرالية خطر داهم على الدولة الليبية وعلى وجودها على خريطة العالم. ونشير أخيراً إلى التمييز بين اللامركزية السياسية واللامركزية الإدارية. فنظام اللامركزية السياسية يتعلق أساساً بنظام الحكم السياسي في الدولة الفدرالية، حيث تتوزع مظاهر السيادة وخاصة الداخلية بين الحكومة المركزية وحكومات الولايات أو الدويلات ويستتبع ذلك تمتع كل دويلة أو ولاية باستقلال ذاتي في مباشرة السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية.

فنظام اللامركزية السياسية يتعلق بالنظام الفدرالي حيث تتوزع سلطات الدولة على سلطات عامة اتحادية وأخرى محلية خاصة بكل ولاية على حدة وبذلك لا يتصور وجود نظام اللامركزية السياسية في الدولة الموحدة البسيطة.

أما نظام اللامركزية الإدارية فيقصد به توزيع الوظيفة الإدارية بين السلطة الإدارية المركزية في الدولة وبين الهيئات المستقلة المحلية سواء أكانت إقليمية مثل (المحافظات-البلديات) أو المرفقية مثل (الهيئات-المؤسسات العامة).

ونظام اللامركزية الإدارية لا يتعلق بنظام الحكم السياسي في الدولة، وإنما يتعلق بكيفية مباشرة الوظيفة الإدارية فهو نظام إداري لا نظام سياسي.

ونعتقد أننا في ليبيا بحاجة إلى تطبيق نظام اللامركزية الإدارية بحيث يتم إنشاء تقسيمات إدارية فعالة داخل الدولة (محافظات-بلديات) تعطى صلاحيات واسعة إدارية ومالية بحيث يتم القضاء على المركزية وضرورة مراجعة العاصمة في أبسط إجراء إداري، ويجب توزيع الخدمات وثروات الدولة على كامل إقليم الدولة دون استثناء جزء بالخدمات والثروات وحرمان الأجزاء الأخرى، ويجب أن تشمل التنمية كامل إقليم الدولة دون تهميش جزء ومحاباة إقليم آخر، وليس كما حدث في الماضي،

حيث تم الاهتمام بمدن بعينها لصلتها بالطاغية وتهميش باقي أجزاء الوطن بكافة مدنه وقراه.

ويجب توزيع ميزانية الدولة بشكل عادل لا يؤدي إلى حرمان أي جزء أو طائفة داخل الدولة حتى نقضي على التخلف والحرمان في جميع أجزاء الوطن، وبذلك نستطيع بناء دولة موحدة ذات حكومة وطنية قوية تعمل لصالح كامل الوطن، ويجب أن يكون دستورنا ونظامنا السياسي معبراً عن الوطن بأكمله، بكافة مناطقه وأجزائه ومكوناته في ظل جو ديمقراطي وفي كنف المحبة والأمن والسلام والوئام بين أفراد الشعب الواحد.

فلا وألف لا للفدرالية وليبيا دائماً وحدة وطنية.

ثالثاً: القوانين

قانون رقم (1) لسنة 2013م في شأن منع المعاملات الربوية

بعد الاطلاع:

- على الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 3 أغسطس 2011م وتعديلاته.
 - وعلى القانون رقم (1) لسنة 2005م بشأن المصارف وتعديلاته.
 - وعلى القانون المدني وتعديلاته.
 - وعلى القانون رقم (23) لسنة 2012م بشأن النظام التجاري.
 - وعلى النظام الداخلي للمؤتمر.
 - وعلى ما خلص إليه المؤتمر الوطني العام في جلسته المنعقدة بتاريخ 2013/1/6م.
- صدر القانون الآتي:

مادة (1)

يمنع التعامل بالفوائد الدائنة والمدينة في جميع المعاملات المدنية والتجارية التي تجري بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، ويبطل بطلاناً مطلقاً كل ما يترتب على هذه المعاملات من فوائد ربوية ظاهرة أو مستترة. ويعتبر من قبيل الفائدة المستترة كل عمولة أو منفعة مهما كان نوعها يشترطها الدائن إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها منفعة أو خدمة حقيقية مشروعة يكون الدائن قد أداها.

مادة (2)

لا يجوز تقاضي الفوائد الربوية الناتجة عن المعاملات المدنية أو التجارية المستحقة قبل تاريخ العمل بهذا القانون، والتي لم يتم أدائها بعد، ولو كان قد صدر بها حكم نهائي.

مادة (3)

يلتزم المدين بسداد أصل الدين المترتب على المعاملات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون وفقاً لترتيبات السداد المتفق عليها.

مادة (4)

ينشأ بموجب هذا القانون صندوق يسمى صندوق (الإقراض الحسن) يتمتع بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة، ويصدر نظامه الأساسي وتحدد موارده نوعاً وكماً، وأوجه وشروط الإقراض بقرار من مجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي، ويخضع لإشرافه ورقابته، على أن يكون من ضمن موارده مساهمات الدولة ومؤسساتها.

مادة (5)

لا تطبق الأحكام الخاصة بالفوائد الربوية الواردة بالتشريعات النافذة، وتعتبر ملغاة كل كلمة أو عبارة تشير إلى الفائدة الربوية أينما وردت في تلك التشريعات، وذلك بالنسبة للمعاملات المشار إليها سلفاً، ويتعين على الجهات ذات العلاقة تنظيم المعاملات المدنية والتجارية والمصرفية بما يتوافق كلياً مع أحكام الشريعة الإسلامية.

مادة (6)

يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة أو بغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار كل من خالف أيّاً من أحكام المادتين الأولى والثانية من هذا القانون. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين أو بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار إذا استغل الدائن حاجة المدين أو ضعفه أو هوى نفسه أو كان معتاداً على الإقراض بالربا.

مادة (7)

يسري هذا القانون على معاملات الأشخاص الاعتبارية فيما بينها ابتداءً من تاريخ 2015/1/1م.

مادة (8)

يعمل بأحكام هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ويلغى كل حكم يخالف أحكامه.

المؤتمر الوطني العام. ليبيا

صدر في طرابلس.

يوم الاثنين

بتاريخ 25 صفر 1434 هـ

الموافق 2013/01/07م



Journal Of Law Research

Abiannual refereed Bulletin Issued by Faculty of Law
Misurata University



للتواصل معنا

الإدارة : 051 2618442

المسجل: 051 2614727

فاكس : 051 2618443

E.mail: law_misurata@yahoo.com

كلية القانون بجامعة مصراته