

استقلال القضاء ووسائل حمايته: دراسة في ضوء الشريعة الإسلامية
والدستور الليبي

صباح فرج سعد ماضي

أكاديمية الدراسات الإسلامية

جامعة ماليا

كوالالمبور

2017

استقلال القضاء ووسائل حمايته: دراسة في ضوء الشريعة الإسلامية
والدستور الليبي

صباح فرج سعد ماضي

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه

أكاديمية الدراسات الإسلامية

جامعة ملایا

كوالالمبور

2017

ملخص البحث

إذا كان العدل أساس الحكم، فإن استقلال القضاء هو أساس العدل، فالاستقلال الكامل للسلطة القضائية يعني أنه لا يجوز باسم أي سلطة سياسية أو إدارية أو أي نفوذ التدخل في عمل من أعمال القضاء، أو التأثير عليه، ولا سلطان عليهم إلا سلطان القانون، لذلك تكمن مشكلة هذا البحث في سوء فهم المعنى الحقيقي لاستقلال القضاء ونوع العدالة المطالب بها القضاة، كذلك الصعوبات التي كان ولا زال يواجهها استقلال القضاء سواء في مرحلة التشريع الإسلامي أو في القانون الليبي، وفقدان الرقابة الدستورية على القوانين في ليبيا، ولم يعالج الدستور المؤقت الصادر بعد قيام ثورة 17 فبراير 2011م أهمية استقلال القضاء وحرية بالشكل المطلوب، كما أن الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء لم تكن كافية لضمان حرية القضاء في ليبيا، وخاصة ما يتعلق بقانون عزل القاضي. لذلك يهدف هذا البحث إلى بيان المفهوم الحقيقي لاستقلال القضاء ومن منظور مختلف، وذلك وفقاً لقواعد العدالة الظاهرة، وإبراز الصعوبات التي كان ولا زال يواجهها استقلال القضاء سواء في مرحلة التشريع الإسلامي أو في القانون الليبي، كما يهدف أيضاً إلى إبراز دور الدستور كأهم الوسائل والضمانات لاستقلال القضاء، وكيفية ضمان حمايته في القانون الليبي وفي الشريعة الإسلامية والمقارنة بينهما، ومعالجة بعض القصور في الدستور الليبي المؤقت بعد ثورة 17 فبراير 2011م عن طريق تعديل بعض مواد هذا الدستور لضمان حقوق القاضي وخاصة فيما يتعلق بقانون عزله. لذلك استعانت الباحثة بالمنهج الاستقرائي للتعرف على مفهوم استقلال القضاء سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الليبي لتمهيد الطريق لاستنباط النتائج العامة لجل الظاهرة. والاستعانة أيضاً بالمنهج التاريخي لتوظيف المواقف التاريخية المتعلقة باستقلال القضاء وخاصة في مرحلة التشريع الإسلامي، ثم المنهج التحليلي وذلك للتحليل والتعليق على المادة العلمية والنصوص والآراء الفقهية والقانونية المتعلقة باستقلال القضاء وتوصل الباحث إلى أن استقلال القضاء في ظل الحماية

الدستورية يعد شرطاً رئيساً لتحقيق العدالة، كما أن القضاء في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بعده الخلفاء الراشدين والأئمة الأربعة كان مستقلاً، كما أن استقلال القضاء في ليبيا يفتقر إلى جميع خواص وضمانات الاستقلالية ومن بينها عدم الفصل بين السلطات، بالإضافة إلى أن الدستور الليبي المؤقت الصادر عن المجلس الانتقالي بعد ثورة 17 فبراير 2011م يشوبه القصور في تحقيق حرية القضاء واستقلاله منها لم ينص صراحة على أن القضاة غير قابلين للعزل. وما من شك في أن بحث موضوع كهذا من هذه الزاوية من الأهمية بمكان مما يسهم في إثراء البحث العلمي في الشريعة الإسلامية وفي القانون الليبي في العصر الراهن.

ABSTRAK

Jika keadilan adalah asas kuasa, maka kebebasan institusi kehakiman adalah asas keadilan. Kebebasan penuh institusi kehakiman bermakna campur tangan dalam urusan institusi kehakiman adalah tidak dibenarkan sama ada daripada pihak berkuasa politik atau pentadbiran dan tidak ada kuasa ke atas mereka kecuali undang-undang. Oleh itu permasalahan kajian ini diselubungi salah faham terhadap makna sebenar tentang kebebasan institusi kehakiman dan jenis keadilan yang menuntut para hakim untuk memenuhinya. Di samping itu, kajian menyatakan halangan-halangan yang dihadapi dan masih dihadapi oleh institusi kehakiman dalam mendapat kebebasan sama ada di peringkat perundangan Islam atau undang-undang Libya, begitu juga kehilangan kawalan perlembagaan ke atas undang-undang Libya. Perlembagaan sementara yang berkuatkuasa selepas Revolusi 17 Februari 2011, tidak membincangkan kepentingan dan keperluan untuk mewujudkan institusi kehakiman yang bebas sepenuhnya. Begitu juga, jaminan perlembagaan yang tidak memadai untuk menjamin kebebasan institusi kehakiman di Libya, khususnya dalam perkara yang berkaitan dengan undang-undang pemecatan hakim. Jadi penyelidikan ini bertujuan untuk menjelaskan konsep sebenar tentang kebebasan institusi kehakiman dari pelbagai perspektif mengikut garis panduan keadilan. Ia juga bertujuan mengetengahkan peranan perlembagaan sebagai satu cara yang penting untuk memastikan kebebasan institusi kehakiman dan cara bagaimana untuk melindunginya dalam undang-undang Libya dan juga dalam undang-undang Islam, dan membuat perbandingan di antara kedua-dua undang-undang. Kajian ini juga akan menunjukkan peranan perlembagaan sebagai

jaminan penting dan akan menyelidiki kelemahan perlembagaan sementara selepas Revolusi 17 Februari dengan meminda beberapa artikel sekurang-kurangnya untuk memastikan beberapa hak-hak hakim terbela. Oleh itu, penyelidik menggunakan pendekatan induktif untuk menjelaskan konsep kebebasan institusi kehakiman sama ada dari aspek undang-undang Islam atau undang-undang Libya bagi mengatasi semua permasalahan dengan saranan umum. Penyelidik juga menggunakan pendekatan sejarah bagi melihat beberapa keadaan mengenai kebebasan institusi kehakiman terutamanya di peringkat undang-undang Islam, seterusnya pendekatan analisis yang dilakukan terhadap artikel, teks ilmiah, pandangan fiqh dan undang-undang yang berkaitan dengan kebebasan institusi kehakiman. Penyelidik mendapati bahawa kebebasan institusi kehakiman di bawah perlindungan perlembagaan adalah syarat asas untuk mencapai keadilan. Sesungguhnya institusi kehakiman dalam era Nabi Muhammad S.A.W dan Khulafa' Al-Rashidin selepasnya serta Empat Imam adalah bebas. Adapun kebebasan institusi kehakiman di Libya tidak mempunyai semua ciri-ciri dan jaminan bebas seperti kekurangan pemisahan antara pihak berkuasa. Di samping itu, perlembagaan interim Libya yang dikeluarkan oleh Majlis Peralihan Kebangsaan selepas Revolusi 17 Februari 2011 tidak mengekalkan pencapaian kedua-dua kebebasan dan kemerdekaan institusi kehakiman, serta ia tidak menyatakan dengan jelas bahawa hakim-hakim tidak boleh dipecat. Tidak syak lagi bahawa penyelidikan dalam topik ini daripada pelbagai sudut dapat menyumbang kepada penyelidikan ilmiah dan undang-undang syariah Islam begitu juga undang-undang Libya dalam era semasa.

ABSTRACT

If justice is the foundation of authority then the independence of judiciary is the foundation of justice. Full independence of judiciary means that the interference in the judiciary work is not allowed whether from a political or administrative authorities and there is no authority over them except the law. Therefore, the problem in this research is confined in the misunderstanding of the true meaning of the judiciary independence and the type of justice that the judges are required to accomplish. Moreover, the research states the obstacles that are faced and still faced by judiciary independence whether in the stage (during) of the Islamic legislation or in the Libyan law, as well as the loss of the constitutional control over Libyan law. The temporary constitution that came into force after the revolution of the 17th Feb 2011, did not discuss the importance and the necessity of making the judiciary fully independent, equally important, the constitutional guarantees for the independence of judiciary were not enough to ensure the liberty of the judiciary in Libya, particularly, the law of ousting the judge. This research aims to clarify the concept of the judiciary independence from different perspectives according to the rules of justice. It aims also to highlight the role of the constitution as an important means for the independence of judiciary and the way on how to protect it in the Libyan law as well as in the Sharia law, and make a comparison between them. This research will show the role of the constitution as an important guarantee and will investigate the insufficiency of the temporary constitution after the 17th Feb

revolution, This is by amending some of the articles at least to ensure some of the judge's rights. The researcher used the inductive method to clarify the notion of the judiciary independence in Sharia and the Libyan law in order to derive the overall results. The researcher also benefited from the historical approach to employ the historical point views regarding the judiciary independence and then we used the analytical approach to analyze and to comment on the scientific article, texts, views from the Fiqh stand point and the law towards the judiciary independence. The researcher found that the independence of the judiciary under the constitutional protection is a basic condition to achieve justice, and the judiciary in the era of Prophet Muhammad, peace be upon him and later Caliphs and the four imams was independent. Also, the independence of the judiciary in Libya lacks all properties and independent guarantees such as the lack of separation between the authorities. In addition, the Libyan interim constitution which was issued by the National Transitional Council after the revolution of February 17, 2011 didn't maintain achievement of both freedom and independence of the judiciary, and it didn't clearly state that the judges cannot be removed. There is no doubt that researching in this topic from these points of views will contribute to the scientific research and the Sharia law as well as the Libyan law in current era.



إهداء

إلى من نذرت عمرها في أداء رسالة صنعتها من أوراق الصبر

وطرزتها في ظلام الدهر

على سراج الأمل

بلا فتور أو كلل

رسالة تعلم العطاء كيف يكون العطاء

وتعلم الوفاء كيف يكون الوفاء

إليك أمي أهدي هذه الرسالة.

جزاك الله خيراً. . وأمد في عمرك بالصالحات

فأنت زهرة الحياة ونورها.

شكر وعرهان

أشكر الله - تعالى - وأحمده، فهو المنعم والمتفضل قبل كل شيء، أشكره على ما وفقني فيه وعلى ما هداني لما أنا فيه من يسر وتوفيق في هذا البحث منذ البداية وحتى نهايته، فنحمده ونشكره على نعمته وفضله علي، كما أتقدم بجزيل الشكر والعرهان إلى أستاذي الفاضل الدكتور: رزمان محمد نور، الذي لم يخل علي بعلمه وعطائه الوافر من النصح والإرشاد والتوجيه الدقيق، وحرصه الشديد على صحة وسلامة ما يقدمه الطالب من بحث ودراسة، كما أني أشكره وأدعو له بالصحة والعافية وطول العمر، كما أتقدم بعظيم الشكر والتقدير إلى عميد الأكاديمية: الأستاذ داتو الدكتور ذو الكفل محمد يوسف، الذي قدم لي النصائح والتسهيلات المتعلقة بدراستي في الأكاديمية، وإلى زوجي العزيز الذي وفر لي كل الظروف الملائمة والمناسبة للدراسة، وتحمل معي المشاق يدًا بيد أمدده الله بنوره وعلمه وجعله من أهل العلم والعلماء، كما أني أشكر كل من ساعدني في إتمام هذه الدراسة وعلى رأسهم الدكتور: عبد الله المخلافي، لما قدموه لي من نصح وإرشاد، أكرمهم الله وجزاهم خيرا، كما أتقدم بالشكر والاحترام لجميع العاملين بجامعة ملايا على تعاونهم معي ومع جميع الطلبة العرب، ومعاملتهم الحسنة والطيبة لنا، وأخص بذلك موظفي أكاديمية الدراسات الإسلامية من الدكتوراة والأساتذة والإداريين.

فهرس المحتويات

| | |
|-----------|---|
| i..... | ملخص البحث |
| iii..... | Abstrak |
| v..... | Abstract |
| viii..... | إهداء |
| ix..... | شكر وعرفان |
| x..... | فهرس المحتويات |
| 1 | المقدمة |
| 3 | أسباب اختيار الموضوع: |
| 4 | مشكلة البحث: |
| 5 | أسئلة البحث: |
| 5 | أهداف البحث: |
| 6 | منهج البحث: |
| 7 | الدراسات السابقة: |
| 29 | الفصل الأول: مفهوم استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية |
| 29 | المبحث الأول: مفهوم استقلال القضاء وأهميته ومشروعيته في الشريعة الإسلامية |
| 29 | المطلب الأول: مفاهيم استقلال القضاء |
| 38 | المطلب الثاني: أهمية استقلال القضاء ومدى مشروعيته |
| 45 | المبحث الثاني: طرق ومقومات استقلال القضاء |
| 45 | المطلب الأول: العدالة الظاهرة وعلاقتها باستقلال القضاء |
| 54 | المطلب الثاني: مقومات استقلال القضاء |
| 60 | المطلب الثالث: أدب القاضي |
| 67 | المطلب الرابع: المراجعة والاستئناف |

| | |
|-----|---|
| 75 | المطلب الخامس: علم القاضي |
| 80 | المبحث الثالث: استقلال القضاء في عهد التشريع الإسلامي |
| 80 | المطلب الأول: استقلال القضاء في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم |
| 84 | المطلب الثاني: استقلال القضاء في عهد الخلفاء الراشدين |
| 98 | المطلب الثالث: استقلال القضاء عند الأئمة الأربعة |
| 108 | الفصل الثاني: وسائل وضمانات استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي ووفقاً للمعايير الدولية الحديثة |
| 110 | المبحث الأول: القواعد والأسس لضمان استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وفي ليبيا |
| 110 | المطلب الأول: ضمانات تعيين القاضي |
| 121 | المطلب الثاني: ضمانات حياد القاضي |
| 128 | المطلب الثالث: ضمانات عزل القاضي وهيئته |
| 146 | المبحث الثاني: الصعوبات التي واجهت استقلال القضاء في ليبيا سابقاً (قبل ثورة 17 فبراير) |
| 147 | المطلب الأول: مفهوم استقلال القضاء في القانون الليبي ومراحل تطوره وأهميته |
| 152 | المطلب الثاني: مخالفة القانون الليبي للمعايير الدولية الحديثة بشأن استقلال القضاء وغياب الدستور. |
| 158 | المطلب الثالث: مظاهر التغيير في نظام القضاء الليبي |
| 163 | المبحث الثالث: ضمانات استقلال القضاء في المعايير الدولية الحديثة والقانون الليبي |
| 164 | المطلب الأول: التمييز بين الاستقلال الشخصي للقضاة والاستقلال المؤسسي للقضاء |
| 167 | المطلب الثاني: استقلال القضاء في الممارسة العملية وتشكيل السلطة القضائية |
| 175 | الفصل الثالث: الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي (قبل 17 فبراير) |
| 177 | المبحث الأول: الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية |
| 177 | المطلب الأول: معنى الدستور ومصادره وقواعده الدستورية في الشريعة الإسلامية |
| 182 | المطلب الثاني: تدوين الدستور في الإسلام |
| 191 | المطلب الثالث: دور التطبيقات الدستورية في التاريخ الإسلامي |

| | |
|-----|---|
| 197 | المبحث الثاني: مفهوم الدستور في القانون عامة ومراحل تطوره في ليبيا |
| 197 | المطلب الأول: مفهوم الدستور في القانون العام |
| 203 | المطلب الثاني: مصادر الدستور في القانون عامة وفي القانون الليبي خاصة |
| 214 | المطلب الثالث: مراحل التطور الدستوري في ليبيا |
| 225 | المبحث الثالث: الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء في ليبيا قبل ثورة 17 فبراير |
| 225 | المطلب الأول: أهمية الرقابة الدستورية على القوانين عامة |
| 229 | المطلب الثاني: أثر أساليب إلغاء الدستور |
| 231 | المطلب الثالث: أثر الرقابة الدستورية على القوانين في ليبيا سابقاً |
| 235 | الفصل الرابع: موقف الدستور الليبي المؤقت من استقلال القضاء وعلاقته بالشرعية الإسلامية |
| 237 | المبحث الأول: مفهوم الدستور الليبي المؤقت في ظل ثورة 17 فبراير وعلاقته بمبادئ الشرعية الإسلامية |
| 237 | المطلب الأول: الفرق بين الثورة والانقلاب وأثرهما على الوضع في ليبيا |
| 242 | المطلب الثاني: أهمية الدستور الليبي المؤقت الصادر في ثورة 17 فبراير |
| 248 | المطلب الثالث: العلاقة بين الدستور الليبي المؤقت ومبادئ الشرعية الإسلامية |
| 250 | المبحث الثاني: أثر استقلال القضاء في ظل الدستور الليبي المؤقت والشرعية الإسلامية |
| 252 | المطلب الأول: الأحكام المتعلقة باستقلال القضاء في الدستور الليبي المؤقت والشرعية الإسلامية |
| 256 | المطلب الثاني: أوجه الشبه والاختلاف بين النظام القضائي في الشرعية الإسلامية والقانون الليبي |
| 259 | المطلب الثالث: موقف الدستور الليبي المؤقت من نظرية الفصل بين السلطات |
| 268 | المطلب الرابع: أهمية مبدأ التعاون بين السلطات في النظام الليبي الجديد |
| 273 | المبحث الثالث: نظرية الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في ليبيا بعد ثورة 17 فبراير 2011م. |
| 274 | المطلب الأول: معنى الرقابة وأنواعها |
| 281 | المطلب الثاني: الأحكام الدستورية في ليبيا حديثاً (رقابة دستورية القوانين) |
| 286 | المبحث الرابع: أهمية تطبيق مبدأ "سمو الدستور" لتحقيق استقلال القضاء في النظام الليبي الجديد |
| 286 | المطلب الأول: مفهوم مبدأ سمو الدستور |
| 289 | المطلب الثاني: أهمية مبدأ سمو الدستور في النظام الليبي الجديد |

| | |
|-----|--|
| 293 | المطلب الثالث: علاقة مبدأ سمو الدستور باستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية |
| 298 | الفصل الخامس: الخاتمة |
| 299 | أولاً: النتائج |
| 305 | ثانياً: التوصيات والاقتراحات |
| 307 | المراجع والمصادر |

University of Malaya

المقدمة

الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا،
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله.

أما بعد؛

إن القضاء أمر لازم لقيام الأمم وحياتها حياة طيبة ولنصرة المظلوم، وقمع الظالم، وقطع
الخصومات وأداء الحقوق إلى مستحقيها، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. فالقضاء والعدل بين الناس هو
ما تقوم عليه شريعتنا الإسلامية، والتي يحكمها كتاب الله العزيز وسنة نبيه الكريم فالقرآن ينادي بإحلال
العدل وإعطاء كل ذي حق حقه، ومثال ذلك قوله تعالى لرسول الإسلام محمد صلى الله عليه وسلم:
﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ

تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾ المائدة: 49، وفي حديث
ابن عمرو: عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : ((إنَّ المَقْسُطِينَ عند الله
على منابرٍ من نورٍ عن يمين الرحمن - عز وجل - وكلنا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما
وُكِّلُوا)) (1) ويجب أن يكون هناك قضاء حقيقي أساسه العدل بين الناس، لأن العدل أساسه الصدق والأمانة
والإخلاص في العمل، وبهذه الأمور تحيا الأمم وترتقي نحو الأفضل، لذلك يجب أن يتمتع القضاء باستقلالية
كاملة حتى تتوفر فيه هذه الشروط. وأما مسألة استقلالية القضاء في الإسلام فهي حقيقة ثابتة لا مرية
فيها، فلاسلطان على القاضي في إصدار الأحكام إلا سلطان الشرع، ونصوص الشريعة وقواعدها
العامة التي تمنع الحاكم أو غيره من التدخل في القضاء أو التأثير في أدائه، وهذا ما ذكره سبحانه وتعالى في
كتابه العزيز بقوله: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ
شَتَانُ قَوْمٍ عَلَيْكُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، باب فضيلة الإمام العادل، حديث رقم (1827)، بتحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث

تَعْمَلُونَ ﴿ المائدة: 8، وفي قوله تعالى أيضاً: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا

حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿ النساء: 58، وإذا كان العدل أساس الحكم، فإن استقلال القضاء هو أساس العدل، فالاستقلال الكامل للسلطة القضائية يعني أنه لا يجوز باسم أي سلطة سياسية أو إدارية أو أي نفوذ التدخل في عمل من أعمال القضاء أو التأثير عليه. وألا يخضع القضاء وهم يزاولون مهامهم إلا لضمائرهم، ولا سلطان عليهم إلا سلطان القانون.

وبذلك أصبحت العدالة صنوِّ القضاء المستقل الذي اقترن بها، وعند التأمل في النظام الدستوري والقانوني لأي دولة في العالم المتحضر نجد أنها تجتمع وتلتئم على مبدأ استقلال القضاء وتبأهى به، وأضحى مبدأً دستورياً وحقاً أصيلاً يرتبط بحماية حقوق الإنسان، حتى الدول ذات الأنظمة الشمولية أصبحت تنادي به حيث يبقى الانتقال من الدولة الشرعية إلى دولة الحق والقانون التي يخضع فيها الحاكمون كما المحكومين إلى سلطة القانون رهناً بمدى فعالية هذا النظام القضائي واستقلاله وحياده.

أما الدستور أو القانون الدستوري فهو فرع من فروع القانون العام، والدستور لأي دولة كان يعبر عن فكر تلك الدولة واتجاهها الديني والاجتماعي؛ لأن الدستور هو القانون المهيمن والموجه لقوانين تلك الدولة ونظمها. وهذه الأهمية للدستور هي أحد الأسباب التي دفعت الطالب لهذا البحث وخاصة دراسته من الناحية الإسلامية، ومحاولة توضيح أسس الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية.

وهذا يدفعنا إلى البحث في المعايير الدولية الحديثة بشأن استقلال القضاء وإيضاح مدى سبق لشريعتنا السمحاء في تشريع هذه المبادئ، وموقف القانون الليبي من استقلالية القضاء ودور الدستور في حمايته، ومن ثم دراسة لبعض تطبيقاتها وذلك منذ قيام الدولة الإسلامية في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم إلى عصرنا الحاضر ودور الدستور في حماية السلطة القضائية، والتعبير بكل حرية عن المراحل الدستورية التي عاشها المجتمع الليبي منذ العهد العثماني وحتى يومنا هذا، وعن حرمان الشعب الليبي من ممارسة الحياة البرلمانية وإقامة دولة المؤسسات، والتي تعد جميعها سبباً مباشراً في عدم استقلالية القضاء وحرية، وتحوله إلى تابع تحت سيطرة سلطات عليا في الدولة في النظام السابق؛ مما أدى إلى حرمان الكثير من الباحثين والكتاب وخاصة الليبيين منهم من الخوض في مسألة استقلال القضاء ووسائل حمايته، وعرضها

بصورة أكثر إنصافاً ووضوحاً، وإبراز النقاط المهمة والحقيقية التي تبين القصور في القانون الليبي ومعاناة القضاة وحرمانهم من حقوقهم وفقاً للأنظمة السابقة في ليبيا.

وما من شك في أن بحث موضوع كهذا من هذه الزاوية من الأهمية بمكان، لأهمية الأحكام الدستورية بين الأحكام والنظم الأخرى، ولأهمية دراسة الدستور في الإسلام ومقارنته بالمعايير الدولية الحديثة وبيان مدى صلاحيته لكل العصور وذلك بتحديد قواعده، مما يسهم في إثراء البحث العلمي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في العصر الراهن.

أسباب اختيار الموضوع:

هنا عدة أسباب تتعلق باستقلال القضاء سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الليبي دفعت الباحثة إلى دراسة هذا الموضوع، ومن أهمها:

أولاً: أهمية إبراز دور وموقف الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين والأئمة الأربعة من استقلال القضاء واعتباره عاملاً أساسياً في تحقيق العدالة والحرية. وبيان نوع العدالة المطلوبة في استقلال القضاء وحربيتهم فيما إذا كانت العدالة الظاهرة أم العدالة الباطنة أو الخفية.

ثانياً: أهمية دراسة مبادئ التشريع الإسلامي كأهم المصادر التي يجب الرجوع إليها عند وضع قواعد وأسس ضمان وحماية استقلال القضاء، ومقارنة هذه المبادئ بالمعايير الدولية الحديثة لاستقلال القضاء وبيان مدى أسبقيتها واستمراريتها.

ثالثاً: وجدت الباحثة أن استقلال القضاء ودور الدستور في حمايته لازال يعاني من بعض المشاكل سواء في السابق، أي ما قبل أحداث 17 فبراير، أو ما بعدها، وأن هناك تفاوتاً بين إصدار القرارات وبين تطبيقها الفعلي، ومحاولة البحث في أسباب هذا القصور.

رابعاً: أهمية دراسة أحكام الدستور الليبي المؤقت الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي بعد أحداث 17 فبراير والمتعلقة باستقلال القضاء وأهمية الرقابة الدستورية على القوانين كضمان لحرية القضاء واستقلاله.

خامساً: تحاول الباحثة إضافة بعض المسائل، وذلك من باب الاقتراح، والتي يراها الأصلح في تحقيق حرية القاضي واستقلاله، ومنها الحث على الأخذ بمبدأ التعاون بين السلطات في النظام الليبي الجديد، ومبدأ سمو الدستور مقارنة بالشرعية الإسلامية.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في دراسة المسائل الآتية:

أولاً: سوء فهم المعنى الحقيقي لاستقلال القضاء في وقتنا الحالي، وعدم بيان نوع العدالة المطالب بها في القضاء فيما إذا كانت العدالة الظاهرة أم الباطنة أو الخفية. كما أن هناك تفاوتاً في وجهات النظر من حيث التطبيق عند بعض العلماء فيما يتعلق بمسألة استقلال القضاء ابتداءً من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وعهد الخلفاء الراشدين ثم عهد الأئمة الأربعة.

ثانياً: الصعوبات التي كان ولا زال يواجهها استقلال القضاء في مرحلة التشريع الإسلامي، ومروراً بمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، فلقد ظل القضاء في هذه المنطقة ولمدة طويلة من الزمن تابعاً للسلطة التنفيذية، وتصاحبت هذه التبعية مع إنشاء مجموعة من المحاكم الخاصة والاستثنائية والعسكرية كما حدث في ليبيا. وحتى يسهل علينا توضيح ومقارنة المراحل التي مر بها القانون الليبي، أرتأى تقسيمها إلى ثلاث مراحل تاريخية مرت على هذه الدولة يفرد في كل مرحلة منها كيف بدأ فيها وكيف آلت الأمور فيه؛ وهذه المراحل هي: مرحلة ما قبل ظهور البترول وتشمل الاحتلال العثماني والإيطالي، ويليهما مرحلة ما بعد ظهور البترول وتشمل فترة وجود النظام الملكي في ليبيا، ثم مرحلة ما بعد 1969م أو ما يسمى ب (ثورة الفاتح).

ثالثاً: فقدان الرقابة الدستورية على القوانين في ليبيا، وعدم خروج الدستور إلى حيز التطبيق الفعلي الذي يعد من أهم وسائل وضمانات استقلال القضاء.

رابعاً: لم يعالج الدستور المؤقت الصادر بعد أحداث 17 فبراير 2011م ما يسمى (ثورة 17 فبراير) أهمية استقلال القضاء وحرية بالشكل المطلوب، كما أن الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء والتي تضمنها هذا الدستور لم تكن كافية لضمان حرية القضاء في ليبيا، وخاصة ما يتعلق بقانون عزل القاضي.

أسئلة البحث:

وجد الباحث بعض الأسئلة التي يجب طرحها والتي تساهم في إثراء البحث بالفائدة وهي كالاتي:

ما هو المفهوم الحقيقي لاستقلال القضاء، وما نوع العدالة المطالب بها القاضي أثناء حكمه؟ وهل هناك تفاوت بين وجهات النظر عند بعض العلماء فيما يتعلق بمسألة استقلال القضاء في عهد التشريع الإسلامي؟.

هل يعتبر الدستور من أهم الوسائل والضمانات لاستقلال القضاء؟ وهل يمكن الخروج بالدستور الليبي إلى حيز التطبيق الفعلي عن طريق المعايير العامة كالشريعة الإسلامية والمعايير الدولية الحديثة؟.

ما الصعوبات التي واجهها استقلال القضاء سواء في مرحلة التشريع الإسلامي أو في القانون الليبي سابقاً (قبل أحداث 17 فبراير 2011م)، وما النتائج المترتبة عليها؟

كيف يمكن معالجة القصور في الدستور الليبي المؤقت الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي بعد 17 فبراير 2011م، فيما يتعلق بمسألة استقلال القضاء وما هي الضمانات الدستورية لحمايته؟

أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

أولاً: بيان المفهوم الحقيقي لاستقلال القضاء ومن منظور مختلف، وذلك وفقاً لقواعد العدالة الظاهرة المطالب بها القاضي أثناء حكمه، ومقارنة التفاوت بين وجهات النظر عند بعض العلماء فيما يتعلق بمسألة استقلال القضاء ابتداءً من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وعهد الخلفاء الراشدين ثم عهد الأئمة الأربعة.

ثانياً: إبراز دور الدستور كأهم الوسائل والضمانات لاستقلال القضاء، وكيفية ضمان حمايته وذلك من خلال المعايير العامة كالشريعة الإسلامية والمعايير الدولية الحديثة وبيانها في القانون الليبي والمقارنة بينهم. وذلك من أجل الخروج بـ — - الدستور - إلى حيز التطبيق الفعلي في ليبيا وليس كما كان عليه الحال في السابق.

ثالثاً: إبراز الصعوبات التي كان ولا زال يواجهها استقلال القضاء سواء في مرحلة التشريع الإسلامي أو في القانون الليبي. وذلك لبيان خطورة مسألة عدم استقلالية القضاء، والنتائج المترتبة عليها.

رابعاً: معالجة بعض القصور في الدستور الليبي المؤقت الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي بعد أحداث 17 فبراير 2011م، فيما يتعلق بمسألة استقلال القضاء والضمانات الدستورية لحمايته، وذلك بتعديل بعض مواد هذا الدستور لضمان حقوق القاضي وخاصة فيما يتعلق بقانون عزله.

منهج البحث:

يتضح من خلال أسئلة البحث أن الباحث سيعتمد المناهج الآتية:

1. المنهج الاستقرائي: وذلك للتعرف على مفهوم استقلال القضاء سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الليبي وأيضاً القانون الدولي، والتي يمكن الإحاطة بها تفصيلاً عن طريق استقرائها لتمهيد الطريق لاستنباط النتائج العامة لحل الظاهرة من خلال أخذ الأحكام والآراء من الشريعة الإسلامية والقانون الدولي والقانون الليبي.
2. المنهج التاريخي: وذلك بتوظيف المواقف التاريخية المتعلقة باستقلال القضاء، وخاصة في مرحلة التشريع الإسلامي ابتداءً من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ومروراً بعهد الخلفاء الراشدين وعهد الائمة الأربعة، وكذلك مروراً بمراحل التطور الدستوري في التاريخ الليبي.
3. المنهج التحليلي: وذلك للتحليل والتعليق على المادة العلمية والنصوص والآراء الفقهية والقانونية المتعلقة بالمواضيع التي يتم تجميعها وبيان مضمونها وسردها وتفصيلها ثم مناقشتها، وعمل دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والمعايير الدولية الحديثة في القانون الليبي فيما يتعلق بوسائل ضمانات استقلال القضاء، وكذلك مقارنة أثر الحماية الدستورية لاستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.

الدراسات السابقة:

أولاً: مكانة القضاء في الإسلام

إن القضاء يقصد به الأمن والأمان لأن أساسه العدل، وما يقوم على العدل والإنصاف يحقق الطمأنينة في نفوس الآخرين، وهذا لا يخرج عن شريعتنا الإسلامية، فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم حاكماً عادلاً بين الناس حتى قبل ظهور الإسلام، حيث لقب بالصادق الأمين لأنه صادق في قوله أمين على الحق ولا يخاف لومة لائم، وهذه هي صفات القاضي العادل، الذي لا يخضع إلا لسلطان الحق، واتبعوه من بعده صحابته من الخلفاء والتابعين ثم فقهاء المذاهب.

وأضاف الباحث (عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي، 1984م)⁽¹⁾، أن علم القضاء من أهم العلوم الشرعية سواء من الناحية العلمية أو العملية، وأن هناك نصوصاً كثيرة في الكتاب والسنة تبين علم القضاء وتضع قواعده وترسم منهاجه، وأن القضاء يرتبط ارتباطاً وثيقاً بغيره من العلوم الأخرى كمصادر للتشريع، وطرق الإثبات وأنواع المعاملات في الفقه الإسلامي، ولكن الأمر يحتاج إلى إجراء بعض المقارنات لإيضاح الرؤي وبيان مدى التوافق بين القضاء في القانون الدولي والبلدان العاملة به والفقه الإسلامي.

وقد أكد الباحث (إبراهيم محمد الحريري، 1999م)⁽²⁾ أن المسلمين أجمعوا على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس، لأن في تنصيب القضاء درء مفسدة وجلب مصلحة، وعلى هذا يقوم دين الإسلام. فالقضاء عقد من العقود التي أمر الله عزَّ وجلَّ بالوفاء بها، ومن شروط هذا العقد القيام به على أحسن وجه لتحقيق مصالح العباد، ويُقضى به على أصول الفساد، الأمر الذي جعل الفقهاء يقولون: أن القضاء وكالة عن ولي الأمر، فليس للوكيل الحق في الخروج عن حدود وكالته، ولكن لا يجب أن تكون هذه الوكالة مقيدة للقاضي، وأن يكون حراً في إصدار القرارات، وألا يخضع لسلطان الوالي إذا ما كان على غير الحق، وإلا ستكون هناك مفسدة حقيقية ولن تتحقق مصالح العباد كما قال الباحث، فيجب ألا يكون

(1) الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة نوقشت بكلية

الشريعة بجامعة ام القرى: مكة المكرمة- مركز بحوث الدراسات الإسلامية، 1409هـ - 1989م، 7: 8.

(2) الحريري، إبراهيم عمر، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، مدرس الثقافة والدراسات الإسلامية بجامعة الملك سعود،

كلية التربية- أمها، عمان: دار عمان 1420هـ - 1999م، 13: 14.

هناك سلطان على القاضي حتى يقوم بعمله على أحسن وجه كما أمرنا سبحانه وتعالى. وفي هذه الحالة يحتاج الباحث إلى التطرق إلى موضوع الهيبة في القضاء أو هيبة القاضي ومقارنتها بهيبة القاضي في وقتنا الحالي.

وقال الدكتور: (ماهر أحمد السوسي، 2009م)⁽¹⁾، أن القضاء لا يخرج عن العقيدة الإسلامية وعن قواعد الأخلاق، كما تحدث عن فقه القضاء في الإسلام، والآثار التي تنعكس على القضاء في الفقه الإسلامي، أما العقيدة تحقق الرهبة في نفس المسلم، فتدفعه إلى الطاعة، وتمنعه من المخالفة، كما تبين له مدى قدسية أمر الله تعالى ونهيه، فلا يجترئ على المخالفة.

وهذا بمثابة السياج الواقعي لصاحبه يقيه تلقائياً من معصية الله وهو الرقيب الذاتي الذي يضبط سلوك صاحبه وتصرفاته، ويمنعه من تجاوز حدود الله كلما همّ أو فكر بذلك، كما أن الإسلام اعتمد على الأخلاق في منع الإنسان من تجاوز ما شرع له حيث تضبط سلوكه بامثال قواعد الأخلاق التي حملتها نصوص التشريع الإسلامي، ولما كان فقه القضاء هو جزء من تشريعات الإسلام بشكل عام كان لا بد له أن يتسم بهذه الخاصية، فجاءت قواعد الأخلاق أيضاً لتضبط عملية التقاضي، وتكبح جماح أطرافها جميعاً من التجاوز والشطط. ولكن مازلنا نحتاج إلى دراسات وأبحاث تتعلق بأدب القاضي وبأخلاقه سواء داخل المحكمة أو خارجها ومقارنتها بوقتنا الحالي.

ثانياً: العدالة في القضاء

إن القضاء موجودٌ في كل بقاع الأرض ولاغنى عنه، واعتبره الناس سلطة عليا في الدولة، ويلجأ الجميع إليه للحد والفصل في المنازعات، واسترداد الحقوق، ولكن إذا كان هناك قضاء هل تتحقق معه العدالة؟ أم أن القضاء شيء والعدالة شيء آخر؟ أم أنه لا قضاء بدون عدالة ولا عدالة بدون قضاء.

(1) السوسي، ماهر راتب أحمد، أبرز خصائص الفقه في الإسلام، أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون - الجامعة الإسلامية: غزة،

وهذا ما بينه (عبد الهادي بو طالب، 2001م)⁽¹⁾، حيث قال: إن هناك فرقاً بين القضاء والعدل والفرق بينهما هو الفرق بين الوسيلة والغاية، أو بين الهدف وأداة الوصول إليه. فالقضاء هو جهاز يعمل فيه القاضي للنطق بالحكم العادل بل النطق بالعدل في كلمة واحدة جامعة، ولا قضاء سليماً بدون عدل صحيح حقيقي. أما القضاء الذي لا يحقق العدل هو قضاء عقيم ولا يعود بالفائدة على من لجأ إليه، ويؤدي إلى الفوضى وزعزعت الطمأنينة في نفوس الناس، لأن العدل المصدر الأول والمهم في تكوين المجتمعات التي تسعى لتحقيق الديمقراطية والحرية في بلادها.

ثالثاً: العدالة الظاهرة

قسم الدكتور، (علي محمد زينو، 2013م)⁽²⁾، العدالة إلى ظاهرة وباطنة، فالعدالة الباطنة هي التي لا تُعرف إلا من خلال طول المعاشرة والمخالطة، وليس المقصود بالباطنة ما في قلبه، أما العدالة الظاهرة فهي ما تعرف بظاهر الأمر، واختلف الفقهاء في تحديد العدالة ما إذا كانت ظاهرة أم باطنة فمنهم من أخذ بظاهر العدالة، ولا يتعين على القاضي التقصي عنها إلا في الحدود والقصاص، والرأي الآخر بأنه يتعين على القاضي أن يسأل عن الشهود ويتحرى عنهم.

والعدالة الظاهرة عند الدكتور، (الشريف حاتم بن عارف العوني، 2011م)⁽³⁾، هي من كان ظاهر أحواله طاعة الله، والذي يخالف العدل من كان أكثر أحواله معصية الله، وهناك فرق بين العدالة الظاهرة والعدالة الباطنة، فالعدالة الظاهرة هي التي تعرف بالخبرة غير الدقيقة، مجرد أي أراه يذهب إلى المسجد، يأتي من المسجد، فأحسن فيه الظن فأقول: هذا عدل، أما العدالة الباطنة، فهي التي تحصل من طول الخبرة والمعاشرة والسؤال والتحرى في شأنه، فليس معنى الباطنة أي حكمت على ما في داخل قلبه، هذا لا يعلمه إلا الله عز وجل، ولذلك لا تُعد عدالة باطنة متى كانت من الناس، إلا من عدلة الله عز وجل ورسوله كالصحابة رضوان الله عليهم فهؤلاء هم اللذين ثبت لهم العدالة الباطنة بالمعنى الدقيق، وهو أننا نعلم ما في

(1) بو طالب، عبد الهادي، القضاء والعدل، الشرق الأوسط، 1 ربيع الأول: 1422 - 14 مايو: 2001م، w. w. w. aawsat.com

(2) زينو، علي محمد، طرق التعديل بين المحدثين والفقهاء، الألوكة الشرعية، 7 يناير 2013م، w. w. w. alukah.net

(3) العوني، الشريف حاتم بن عارف، مصادر السنة ومناهج تطبيقها، 2011م.

أنفسهم ونزكي ما في قلوبهم، لأن الله عز وجل حكم لهم بالعدالة وهو العالم بما في قلوبهم، أما من سواهم فلا يمكن أن نصفهم إلا بالعدالة الظاهرة. إذاً ما هي العدالة المطالب بها القضاء الظاهرة أم الباطنة؟ وهل تعتبر العدالة الظاهرة عاملاً من عوامل استقلال القضاء كأدب القاضي وعلم القاضي وغيرها، وهل يحكم القاضي بظواهر الأمور أي على الحقائق الواضحة من الدعاوي المعروضة عليه؟ وإذا سلمنا بوجود العدالة الظاهرة واعتماد القاضي على الأخذ بها عند الحكم، فهل هذا يمنع من تدخل الحاكم في شئون القضاء؟ أيضاً يجب النظر في موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسألة وبيان نوع العدالة المطالب بها أمام القضاء سواء في الكتاب أو السنة أو الفقه.

رابعاً: منهج الإسلام للقيام والوفاء بالعدالة

استقلال القضاء:

يقول الدكتور (ظافر القاسمي، 1987م)⁽¹⁾، إن القضاء والتحاكم مرتبط بالإيمان بما أنزل الله، وهذا يشمل بطبيعة الحال القاضي والمتقاضين جميعاً، فالإنسان الذي يُمثل أمام القضاء يجب أن يؤمن بأن الحكم الذي سيصدر له أو عليه إنما هو حكم الله لا حكم القاضي الذي يتولى الفصل في الخصومة.

وأنه توصل إلى حقيقة مهمة وهي أنه في حديث معاذ بن جبل⁽²⁾، مع رسول الله صلى الله عليه وسلم كان القمة في فصل السلطة القضائية عن السلطات الأخرى، واستقلالها استقلالاً كاملاً، فإن الذي كان له دور في وضع قاعدة استقلال القضاء هو معاذ بن جبل، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أقرها وهذا يدل على أن هذا العقل العربي الذي لم يخرج من الجزيرة لم يكن عاجزاً عن وضع قواعد أصلية في تنظيم الدولة وترتيب شئونها وتحديد سلطاتها.

وإذ كانت أوروبا قد اكتشفت هذه القاعدة بصورة نظرية في القرن الثامن عشر واعتبرتها فتحاً جديداً في تنظيم الدولة، وفي رعاية حقوق المواطنين يوم تحدث عنها (مونتسكيو في كتابه روح

(1) القاسمي، ظافر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، أستاذ اللغة العربية والعلوم الإنسانية في الجامعة اللبنانية، دار النفائس:

لبنان، (1407هـ - 1987م).

(2) سوف يذكر هذا الحديث بشئ من التفصيل في الباب الأول.

الشرائع⁽¹⁾، ولكن لم يكتب لهذه القاعدة التطبيق العملي إلا في أوائل القرن التاسع عشر، أي بعد الثورة الفرنسية، فإن الإسلام قد أقرها قبل أربعة عشرة قرنًا، واعتبرها من أصول نظامه الذي أوحى به إلى رسوله، وبلغه إلى الناس. ولكن المشكلة تكمن فيما إذا كانت هذه القواعد التي وضعها بن جبل لاستقلالية القضاء محل اهتمام من قبل الإسلام والمسلمين إلى وقتنا الحالي، أم أنها أهملت وتركت، كان لابد من البحث والنظر في عالمنا الإسلامي لتحقيق من جدية الأهتمام بقواعدنا الإسلامية والتي كان لنا السبق في وجودها منذ قرون.

وهناك دليل خاص على تشجيع استقلال ونزاهة القضاء صادر عن (الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية: 2002)⁽²⁾، وفي هذا الدليل ربط مباشر بين استقلال القضاء ونزاهة القضاء، بأن يتخذ القضاء القرارات في الدعاوي التي ينظر فيها على أساس الوقائع، وبما يتفق مع القانون دون أي قيود أو تأثيرات أو إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة من جانب أي جماعة أو لأي سبب، وبغض النظر عن الاختلافات الهيكلية.

إلا أن معظم الحكومات تشترك في نفس الهدف وهو نزاهة هيئاتهم القضائية، فيركز هذا الدليل على استقلال القضاء كوسيلة نحو تحقيق نزاهة اتخاذ القرار، وقد أقروا في هذا الدليل أيضًا أنهم غير قادرين على تغطية جميع أوجه استقلال القضاء في هذا المشروع، فعلى سبيل المثال يركز الدليل على أعضاء النيابة العامة على الرغم من أنهم جزء من الهيئة القضائية في العديد من الدول، كما لم يتم تناول موضوعات معينة تتعلق بالقضاة الذين لم يمارسوا القانون من قبل على الرغم من وجود العديد من الموضوعات المثارة هنا والتي تنطبق عليهم.

(1) مونتسكيو، روح الشرائع، اللجنة الدولية لترجمة الروائع الإنسانية، وهو أعظم كتاب فرنسي في القرن الثامن عشر، وهو جامع لفلسفة الاشتراع وحكمة التاريخ والفقهاء الدستوري، وكان له الأثر البالغ في وضع دساتير العالم حتى يومنا هذا، بيروت: 1954م.

(2) مكتب الديمقراطية والحكم - تشجيع التحول للأنظمة الديمقراطية وتعزيزها في جميع أنحاء العالم - دليل خاص بتشجيع نزاهة استقلال القضاء (2002)، ترجمة غير رسمية برعاية منظمة - لنشره: صادر عن الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية - مكتب الديمقراطية والحكم:

فصل السلطة القضائية:

أيضاً على فصل السلطة القضائية عن Martin Krygier، 2000⁽¹⁾، ويؤكد البروفسور قوى أخرى في الدولة وإخضاع السلطتين التنفيذية والعسكرية للدولة إلى القواعد العامة للقانون والإخلاص للقانون والدستور، وأن جميع هذه السلطات تخضع للمحكمة العليا ويطبق القانون دون تحيز، ومن المعروف أن المحكمة العليا هي الهيئة العليا في القضاء، وأن قراراتها ملزمة للجميع ونهائية. فهل تتمتع هذه الهيئة في القضاء بالاستقلالية ومن الذي يضمن لها الحماية والحرية في إصدار قراراتها؟

وتناولت الدكتورة Kristy Richardson، 2005⁽²⁾ استقلال السلطة القضائية، وقدمت تعريفات معاصرة لاستقلال القضاء، وهي تؤكد على استقلالية القضاء، والفصل بينه وبين باقي السلطات الأخرى في الدولة، وأنه يلعب دور هام في سيادة القانون ولا يجب الاستهانة بهذه السيادة، فالسلطة تعني السيادة وسيادة القانون تحقق استقلالية القضاء.

واستقلال القضاء هو معيار سيادة القانون في الدولة، وأنه يجب وضع نظم وضوابط ملزمة للجميع وعليهم التقيد بها ومراعاتها للمحافظة على عدم اختلال التوازن في الدولة. وفي الحقيقة أن هذه التعريفات لم تخرج إلى أرض الواقع، ولم تكن كافية في الفهم والمناداة باستقلالية القضاء، فالكثير يتجاهل المعنى الحقيقي لحرية القضاء واستقلاله حباً منهم في السيطرة والسيادة بدون ضوابط أو حدود.

أدب القاضي:

والمقصود هنا بأدب القاضي هي الخصال الحميدة المندوبة والمدعو إليها، فأدب القاضي ما يذكر له من شرائط الشهادة، فإن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان وهو أشرف العبادات، لما اثبت الله تعالى لآدم عليه السلام أسم الخلافة فقال: (إني جاعل في الأرض خليفة)، البقرة: 30" وأثبت ذلك لداود عليه السلام فقال تعالى: ﴿يٰۤاٰدَمُ اِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِى الْاَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ

(1) Martin Krygier, 'Ethical Positivism and the Liberalism of Fear' in Tom Campbell and Jeffrey Goldsworthy (eds), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism* 2000) 58, 59.

(2) Kristy Richardson, 'A DEFINITION OF JUDICIAL INDEPENDENCE', PHD Candidate university of new England, Lecturer of business and law, Central and Associate member of the Australian property Institute (AAPI), 2005.

أَهْوَىٰ فَيُضَلِّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴿ص: 26﴾، وبه أمر كل نبي مرسل صلوات الله سبحانه عليهم أجمعين. لأن المقصود منه إظهار العدل ورفع الظلم من الظالم وإيصال الحق إلى المستحق والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقال الشيخ (جمال الدين عبد الله الزيلعي، 1995م)⁽¹⁾، لاتصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد، لأن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة وكل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء.

وقال الشيخ الدكتور: (عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي، 2012م)⁽²⁾، أن علماء الإسلام حرصوا على أن يكون القاضي متمتعاً بالخلق الرفيع والتعامل الحسن كي يكون قدوة حسنة، وليتمكن من النظر في الخصومات ومناقشة الخصوم برفق وروية. إذ أن الحكم بين الناس أمر جليل له تبعاته، فمن آداب القاضي حسن الخلق وأن يكون القاضي قوياً من غير عنف، وأن يكون مُستظهِراً مستحضراً للعلم وأدلتها، متمكناً فيه، ومن أثر تحلي القاضي بالقوة ألا يطمع فيه الظالم، فالقوي تعظم هيئته ويهابه الظالم، وأما الضعيف فيطمع فيه القوي، ولكن هذه القوة لاتعني العنف، بل تعني القوة في الحق مع خفض الجناح والرفق بالناس.

فالقاضي يجب أن يتحلى بالصفات الحميدة والأخلاق الحسنة سواء كان داخل المحكمة أو خارجها كما كان عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وصحابته من بعده وغيرهم ممن شهد لهم التاريخ بالقضاء العادل والأخلاق الحميدة والسيرة الحسنة، فيجب أن يتحلى القاضي بنفس الصفات والمثل والقيم سواء داخل المحكمة أو خارجها، أما من ناحية الشدة والحزم واتخاذ القرارات وأصدار الأوامر فهذه صفات يتحلى بها القاضي داخل المحكمة، أما في بيته أو مع أهله أو جيرانه فالأمر مختلف بعض الشيء، فعليه أن يكون أكثر ليناً ومودة وتقرباً لأهل بيته وأصحابه، حتى لاينفر منه الناس فلذلك يجب ان يكون القاضي أكثر حكمة في التعامل مع الظروف المحيطة به سواء كان داخل المحكمة أو خارجها.

(1) الزيلعي، جمال الدين عبد الله بن يوسف، نصب الرأية في تخريج آحاديث الهداية/ كتاب أدب القاضي، دار الحديث، 1415هـ — 1995م.

(2) الدهيشي، عبد المجيد بن عبد العزيز، أدب القاضي، الألوكة الشرعية: 8 . 8 - 1433 - 27 . 6 . 2012م. W. W. W.

وبالرغم من هذه الدراسات حول أدب القاضي والصفات التي يجب أن يتحلى بها إلا أنها لم تبين موقف القاضي في حال وقوعه في الخطأ، وهل يمكنه الرجوع عن حكمه، وهل يجوز عزل القاضي أو استبعاده في بعض الحالات، أي ماهي الحقوق والواجبات التي يجب أن يلتزم بها القاضي.

المراجعة والاستئناف والتدخل:

إن القاضي عندما يصدر حكمه فإنه يخضع عباءته ويغادر المنصة دونما رجعة إليها في خصوص الدعوى التي أصدر فيها حكمه وهو ما يسمى قانوناً باستئناف الولاية، أي أنه لم يعد قادراً على تصحيح ما شاب حكمه من خطأ، فيترك هذه المهمة للمحكمة الأعلى درجة، ولذلك فقد وضع المشرع استثناءً خاصاً في قانون المرافعات هو مبدأ مراجعة الأحكام.

والمقصود بالمراجعة هنا: إعادة النظر في الحكم القضائي مرة ثانية، ولكن السؤال هنا ماهي الضمانات القضائية المتعلقة بمراجعة الأحكام التي تم الفصل فيها؟

وأجاب على ذلك الدكتور: (ناصر بن محمد الجوفان، 2006م)⁽¹⁾، بأن قال المقصود من إجازة مراجعة الأحكام هو ضمانه لصحة الأحكام، لأن المقصود منه الاطمئنان على موافقة هذه الأحكام للصواب لتحقيق الغاية والهدف من القضاء، ووصول الحقوق إلى أصحابها، ورفع الظلم وإقرار العدل. كما بين طرق المراجعة ومنها الاستئناف والطعن بالنقض والتماس إعادة النظر.

أما الاستئناف: هو طريق الطعن العام في أحكام محاكم الدرجة الأولى بطرح الدعوى من جديد أمام محاكم أعلى (محاكم الاستئناف) بغرض مراجعتها، وأن وظيفة الاستئناف لا تقف عند مراقبة صحة الحكم المستأنف، أما يؤدي إلى إعادة الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقواعد الشرعية، والنظامية أمام محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف).

(1) الجوفان، ناصر بن محمد، الضمانات القضائية المتعلقة بمراجعة الأحكام في الأنظمة الدولية الجديدة، الألوكة الشرعية: 6. 7.

وقال الدكتور (محمد عرفه، 2011م)⁽¹⁾ إن نظام استئناف الأحكام القضائية الذي تأخذ به الغالبية العظمى من القوانين في مختلف دول العالم، له أساس في الشريعة الإسلامية، فضلاً عن أن كثيراً من الأحكام القضائية تصدر بناءً على اجتهاد من القاضي، ومن ثم فإن اجتهاد أحد القضاة قد يكون مخالفاً لاجتهاد قاضٍ آخر في قضية واحدة أو في قضيتين متماثلتين، بل إنه يجب نقض الحكم القضائي إذا خالف دليلاً قطعياً من الكتاب أو السنة أو الإجماع، أو إذا خالف قياساً جلياً أو القواعد الكلية للشريعة الإسلامية، لذلك يجب فحص الدعوى ومراجعة الحكم توصلًا إلى إصلاح الأخطاء القضائية التي يمكن أن يقع فيها قاضي الدرجة الأولى.

أما التدخل فهو: يقصد به أن القضاء من أهم الوظائف وأعلى المراتب في الإسلام، وله في الحضارة الإسلامية مكانة سامية، وقد نبه القرآن الكريم والسنة النبوية على ضرورة تطبيق العدالة، ولا فرق بين كبير ولا صغير أو بين رئيس ومرؤوس، لأن مخالفة الحق في الأحكام القضائية هي جريمة حقيقية ومخالفة لشرع الله، فكل من يتولى القضاء يجب ألا يجيد عن الحق أو يتعد عن الصواب.

وبالمقابل تمنع نصوص الشريعة وقواعدها العامة ولادة الأمور في الأمة من التدخل في القضاء أو التأثير في أدائه بأي وجه من الوجوه، لأن النظام الإسلامي يتقيد بصفة عامة في كل أصوله وفروعه بغاية عليا هي العدل القائم على التوحيد، وذلك على وجه التضامن بين الناس، ومن مقتضى ذلك أن تكون أوامره سبحانه وتعالى ونواهيه معياراً للحق والعدل.

والرأي أن يتخذ القاضي جماعة من أهل العلم والفضل يستشيرهم فيما يعرض عليه من قضايا وما ينبغي لها من أحكام شرعية مناسبة، وهذه المشاورة من القاضي مطلوبة وإن كان عالماً، فقد كان عمر بن الخطاب يستشير كبار الصحابة ومنهم علي بن أبي طالب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما وغيرهم من العلماء، والغرض منها تبصرة القاضي إلى ما عسى أن يكون قد فاته أو نسيه فيما يتعلق بالدعوى.

(1) محمد عرفه، محاكم الاستئناف وحماية حقوق المتقاضين، ستار تايمز: الشؤون القانونية، 19 . 2 . 2011م. w. w. w. startimes.

خامساً: نبذة تاريخية عن التنظيم القضائي في ليبيا

إن مبدأ استقلال القضاء من المبادئ التي استقرت في وجدان وضمير جميع القانونيين والقضاة رغم تباين واختلاف اهوائهم وانتمائاتهم الفكرية، واستقلال القضاء هو عدم تدخل أي سلطة في أعمال السلطة القضائية، وجميع دول العالم غالباً ما تنادي بأن قضاءها يتمتع بالاستقلالية، وليبيا من الدول التي نص قانونها الدستوري الأول الصادر في الخمسينات من القرن الماضي على مبدأ استقلال القضاء، واستمر هذا المبدأ معمولاً به في مختلف العصور السياسية للدولة الليبية من بعد حصولها على الاستقلال من قبل هيئة الأمم المتحدة. وقد تضمنت جميع القوانين المتعلقة بالنظام القضائي في ليبيا حتى صدور قانون رقم 6 لسنة 2006م على استقلالية القضاء وكُلف المجلس الأعلى للهيئات القضائية وحده حق سلطة التعيين ونقل وندب القضاة، ولكن هذه الاستقلالية التي كانت في ليبيا هي مزعومة وغير صحيحة.

حيث إن المجلس الأعلى للهيئات القضائية الذي كان يرأسه من خارج الجهاز القضائي، بل هو عضو في السلطة التنفيذية ويطلق عليه اسم (وزير العدل)، فكيف يكون القضاء مستقلاً ولا يخضع لأي سلطان، وعليه يكون وزير العدل هو المسؤول عن شئون القضاء من ترقية ونقل وتعيين وندب وكل شيء.

ولذلك فقد قال الدكتور (محمد مفتاح قزيط، 2012م)⁽¹⁾، أن مبدأ استقلال القضاء في ليبيا يجب أن يكون له صلة وطيدة بالحقوق المدنية للإنسان والثابتة في العهود الدولية التي التزمت بها الدول الموقعة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وعلى الاتفاقيات الأخرى، وليبيا من بين هذه الدول، فالقضاء يجب أن يكون مستقلاً لاسطغان عليه، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا، أو في شئون العدالة، ورغم هذا كله لا يمكن التعبير بصوت عالٍ في ظل الانظمة السابقة أو المطالبة بهذه الحقوق وتطبيقها، فالأمر كان صعباً ومن يفعل ذلك أو يطالب بهذه الحقوق يعتبر خارجاً عن القانون ويعاقب، وعليه فإن تدخل السلطات بشكل واضح في ليبيا من الأمور المفروضة والإلزامية على الشعب الليبي ولا يحق لهم الاعتراض أو المطالبة بالتغيير.

وبعد أحداث 17 فبراير 2011م ما يسمى بـ (ثورة السابع عشر من فبراير)، تكاثفت جميع الجهود في ليبيا من أجل التغيير ورد الأمور إلى نصابها، بأن يعود القضاء حراً مستقلاً، فعلى سبيل المثال في

(1) قزيط، مفتاح محمد، مبدأ استقلال السلطة القضائية، رئيس فرع إدارة التفتيش على الهيئات القضائية- مصراته، وزارة العدل- ليبيا:

مدينة مصراته وبرعاية المجلس الأعلى للقضاء في 28 فبراير 2012م أقيم المنتدى الأول للهيئات القضائية تحت شعار استقلال القضاء بين الواقع والطموح، وتضمن هذا المؤتمر عدة محاور منها استقلال القضاء المفهوم والمضمون وضمانات استقلال القضاء، وانتهى في توصياته على التأكيد لمبدأ استقلال القضاء وإنشائه أو تشكيل مجلس أعلى للقضاء، وحظر التدخل في أعمال القضاء.

ويعتبر هذا كله خطوة إيجابية في سبيل تحقيق العدل والاستقلال، ولكن ماهي الضمانات لتحقيق الحرية والاستقلالية للسلطة القضائية في الدولة، هل ستكون هناك حماية لهذه السلطة ومن يضمن لها هذه الحماية، وما نوع هذه الحماية، وهل تملك السلطة القضائية السلطة العليا في القانون ولا يجوز المساس بها، وماذا يطلق عليها؟

وأضاف الدكتور (ميلاد مفتاح الحراثي، 2012م)⁽¹⁾، أن القضاء المستقل هو قلب النظام الديمقراطي ونبضه، وهو الذي يرعى منظومة الحقوق والحريات لكل من المواطن والدولة، والقضاء المستقل لا يعني أنه سلطة في مواجهة السلطات الأخرى، ولكن في استقلاليته هو استقلال للسلطات الأخرى، وأن استقلال السلطة القضائية يعني المقدرة على تفسير القانون وإعطاء الأبعاد القانونية لأداء الدولة في كل المجالات، ولكن لا بد أن يضيف الكاتب أن هذا كله يتطلب عدم تدخل الأجهزة الأمنية وجماعات الضغط والمصالح والأحزاب ومسئولي السلطة التنفيذية في شئون القضاء، وتمنح الفرصة لكي يكون القضاء مستقلاً.

وقد تحدث الباحث (عادل عبد الحفيظ كندير، 2012م)⁽²⁾، عن مبدأين مهمين هما مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ سيادة القانون (مبدأ المشروعية)، كما طالب بإصلاح تشريعي يبدأ من الدستور وينتهي بالقوانين والنظم المتعلقة بالنظام العام الليبي، ولكن يجب اللجوء إلى الشريعة الإسلامية والنظر فيما إذ كانت هناك إمكانية لتطبيق شريعتنا الإسلامية وخاصة في الأمور التي تتعلق بالإسلام والمسلمين ولا يجوز للمسلم الخروج عنها لبيان الأساس القانوني والفقهية لاستقلالية القضاء وسيادة الدستور.

(1) الحراثي، ميلاد مفتاح، استقلال ونزاهة القضاء في ليبيا، أستاذ بكلية العلوم السياسية جامعة بنغازي - ليبيا، صحيفة الحرية 22 سبتمبر

2012م، w. w. w. lawoflibya. com

(2) كندير، عادل عبد الحفيظ، مبدأ استقلال القضاء في الدستور الليبي، وهو أستاذ جامعي في كلية الحقوق بجامعة طرابلس - ليبيا: المنارة

للأعلام، 16 أغسطس 2012م. w. w. w. almanaralink. com

وهذه أيضاً دراسة جديدة قامت بها الدكتورة (مروة نظير، 2013)⁽¹⁾، والجديد في هذا البحث أنه يقدم رؤى بديلة ومقارنة لإصلاح المؤسسات الرئيسية في الدولة، وأيضاً أبعاد استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية في مصر من خلال تحليل عوامل استقلال القضاء، وتأتي أهمية هذه الدراسة في ضوء التطورات التي شهدتها الساحة السياسية المصرية في أعقاب الثورة، والتي جعلت من السلطة القضائية محوراً للعديد من التفاعلات التي تمس صلب عملية التحول الديمقراطي.

وأن الباحثة قد أعمدت في بحثها على التجربة في مصر رغم أن هذه التجربة تمر بها العديد من الدول المجاورة لها، فيمكن تطبيق هذه التجربة في ليبيا مثلاً حتى يمكن إجراء مقارنة بين الأنظمة السياسية في العالم الإسلامي، والنظر فيما توفره هذه الرؤى البديلة - لإصلاح المؤسسات في الدولة - من آليات لضمان استقلال القضاء في العالم الإسلامي في إطار مقارنة مع ما انتهى إليه القانون الدولي والوضع التشريعي في الولايات المتحدة وبريطانيا، وأيضاً يجب الحديث عن دور الشريعة الإسلامية واعتبارها كمصدر من مصادر استقلال القضاء.

سادساً: دور الدستور في حماية السلطة القضائية

تعتبر المؤسسة القضائية أو المرفق القضائي من أهم المرافق العمومية في الدولة، وذلك بالنظر إلى دوره في إرساء قواعد الأمن والاستقرار، وحمايته للحقوق والحريات العامة، فلا عدل بدون قضاء ولا قضاء بدون عدل.

ويقول الدكتور (إبراهيم مومي، 2013)⁽²⁾ إن القضاء يعد الفاعل الأساسي ومحور المؤسسة القضائية، وهو الذي يتحمل حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون عليهم، وهذا ما نصت عليه الشريعة الإسلامية، فقد كان القرآن الكريم بمثابة الدستور في عصر التشريع الإسلامي، وقد كان شاملاً لكل ماتحتاجة الأمة المسلمة إلى وقتنا الحالي، وصار على نهجه نبينا

(1) مروة نظير، استقلال القضاء كضامن لتوازن السلطات في النظم الديمقراطية، مدرسة العلوم السياسية في المركز القومي للبحوث الاجتماعية w. w. w. ahram. org. eg والجنائية، وهذه الدراسة صادرة عن مركز الدراسات السياسية: الاهرام، 7 أبريل 2013م.

(2) إبراهيم مومي، استقلال السلطة القضائية: مدخل أساسي لحماية الحقوق وضمان الحريات، 8 فبراير 2013م. . W. W. W.

محمد صلى الله عليه وسلم وصحابته من بعده، وقد وضع النبي صلى الله عليه وسلم منظومة خاصة بالقضاء حتى يضمن الحماية له.

وهذه المنظومة القضائية وما آلت إليه اليوم يجب أن ينص عليها الدستور ويعمل على حمايتها عن طريق ضرورة توافر الإرادة السياسية للدولة وانتقالها من احتكار السلطة إلى توزيعها وكذلك إقرار ضمانات دستورية لأستقلال السلطة القضائية وتزليل المقتضيات الدستورية بخصوص المجلس الأعلى للسلطة القضائية برئاسة السلطة القضائية من قبل قاض مستقل ولولاية واحدة برفع وصاية وزارة العدل عن النيابة العامة، واعتبار المجلس الأعلى هو الوصي الوحيد عن قطاع العدل، كما هو الحال في ليبيا فإن وزير العدل هو رئيس النيابة العامة، وهذا ليس تداخل فقط في السلطات وإنما هو دمج أو خلط بين هذه السلطات، فكيف تتحقق الوصاية من قبل المجلس الأعلى للسلطة القضائية، وما نوع هذه الوصاية، حيث أن هذا المجلس يجب أن يمتاز بالتراهة وايضاً بدستورية القوانين الصادرة عنه، والحد والفصل بين السلطات ولايسمح لأي سلطة السيطرة أو التدخل في شئون السلطة الأخرى.

سابعاً: نبذة عن تاريخ الدستور في ليبيا

وهذا ما ذكره المؤرخ (سالم الكبتي، 2012م)⁽¹⁾، في كتابه عن التوثيق التاريخي لليبيا في مدة ماضية وتدرجها، حيث بدأ منذ أواخر العهد العثماني الثاني مروراً بسنوات الاحتلال الإيطالي، حينها صدرت القوانين الدستورية في كل من برقة وطرابلس، وتأسس مجلس نواب برقة عام 1921م، واعتبر أول مجلس نيابي في المنطقة العربية آنذاك، وبعد أن نالت ليبيا الاستقلال، وضعت لجنة الواحد والعشرين وبأشراف المجلس الاستشاري اللبنة الأولى في حجر الأساس للتطور الدستوري الليبي المعاصر، وانتهت بإنجاز لجنة الستين لدستور ليبيا المستقلة في 7 أكتوبر عام 1951م، وعليه اكتسب الدستور في ذلك الوقت الشرعية الدستورية.

وبعد 1969م مايسمى ب(ثورة الفاتح)، لم يعد جائزاً الطعن أمام المحكمة العليا على القوانين التي تصدر عن مجلس ما يسمى بقيادة الثورة، وقد تم إلغاء كافة اشكال التمثيل النيابي، فقد أصبح اختصاص المحكمة العليا بالرقابة على دستورية القوانين ملغي ضمناً بحجة أن هذه الرقابة تجعل من القضاء جهة

(1) سالم الكبتي، الدستور في ليبيا-تاريخ وتطورات-الجزء الثاني، دار الساقية: بنغازي، 2013م.

خارجية تراقب نيابة عن المجتمع وأن الشعب أصبح يحكم نفسه بنفسه وهو السلطة التشريعية، وفي عام 25 مايو 1982م، صدر القانون رقم 6 لسنة 1982م، بإعادة تنظيم المحكمة العليا إلى سلطة رقابة على دستورية القوانين من خلال إعادة تنظيم اختصاصات هذه المحكمة، ولم يجعل من بين هذه الاختصاصات الاختصاص بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، ثم نص صراحة في المادة 56 على إلغاء قانون المحكمة العليا لسنة 1953م، وبسبب هذا غابت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ليبيا، وهذا الأمر شكل سقطة تشريعية كان لها الأثر السيئ على العملية التشريعية ككل.

ويتحدث الدكتور (إبراهيم أبو خزام، 2002م)⁽¹⁾، على أنه يجب معرفة أنواع الدساتير ومشمولات الدساتير والمواثيق والإعلانات حتى تضمن المشروعية وتحقق الرقابة على دستورية القوانين، حيث صنفها إلى رقابة سياسية على دستورية القوانين ورقابة قضائية، وأن الرقابة قد تصل إلى رقابة امتناع وإلى رقابة إلغاء في بعض الأحوال، وناقش ما إذا كانت الطبيعة القانونية للدساتير تسمح بالتعديل فيها أم لا، وأن سيادة الدولة ونوع هذه السيادة لها دور كبير في بقاء الدستور أو إنهائه، أي بيان ما إذا كانت هذه الدولة حرة مستقلة أم أنها مستعمرة، وكذلك دور السلطة التشريعية في ليبيا ومراحل تطورها.

وقد وضع الدكتور (سعيد بو الشعير، 2009م)⁽²⁾، طرقاً لممارسة السلطة بسبب اختلاف الأنظمة السياسية لكل دولة وكيفية تشكيل مؤسساتها الدستورية المركزية وطريقة عملها واختصاصها وعلاقتها ببعضها وكيفية تشكيل الوزارات في الدولة، وبيان دور كل واحدة على حده، بحيث يكون الدستور عند وضعه شاملاً كاملاً يكفل الحماية ليس فقط للسلطة القضائية وإنما لجميع السلطات في الدولة.

ومن الأصلاح للقانون الليبي أن يعتمد هذه الطرق المثالية والعملية لتحقيق الديمقراطية والمساواة والعدالة ويكون هناك دستوراً فعلياً، وبناءً عليه تتحقق استقلالية القضاء، لأن الدستور في هذه الحالة سوف يضمن الحماية الدستورية لاستقلالية القضاء في ليبيا. ورغم هذا لازالت مشكلة الاستقلالية، فهناك الكثير من الدول رغم أنها تضع دستوراً عاماً إلا أنها تعاني من تداخل السلطات مع بعضها البعض وخاصة السلطة

(1) إبراهيم أبو خزام، الوسيط في القانون الدستوري- الجزء الأول، دار الكتاب الجديد المتحدة: بيروت- لبنان، 2002م.

(2) سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، 2009م.

القضائية على اعتبار أنها أهم هيئة في الدولة وخاصةً في ليبيا، فالتطبيق الفعلي للدستور يواجه مشاكل وتدور حوله نقاشات كثيرة.

فكل ما سبق يدل على مثالية في القضاء والوصول به إلى التزاهة والعدل، ولكن الواقع العملي يشوبه الكثير من الفوارق والاختلافات، ففي ليبيا على سبيل المثال تكاد تنعدم ضمانات استقلالية القضاء، والسبب في ذلك هو تداخل السلطات مع بعضها البعض، والسبب في تداخل هذه السلطات هو انعدام الدستور، فالقانون الليبي أو القوانين في ليبيا لا تخضع للدستور بل هي ليست نتاجاً منه، بل هي قوانين مستوحاة من أفكار بعض أصحاب المصلحة في الدولة الليبية، فيجب أن يخرج الدستور إلى أرض الواقع حتى يضمن الحماية ليس فقط للسلطة القضائية وإنما لباقي السلطات في الدولة الليبية.

وأضاف الدكتور (Lawrence G Sager، 1991) (1)، في حديثه عن الدستور أنه يجب تجنب التدخل القضائي في الحياة السياسية باسم الحقوق، وحتى تتحقق العدالة الدستورية يكون الحق في المشاركة في عملية الطعن على الحقوق على قدم المساواة. فإذا تدخل القضاء باسم الحقوق يكون هناك اعتداء على الدستور قضائياً، وهو يجد الحل في المساواة بين الحقوق والترتيبات المؤسسية، بمعنى أن تكون جميع السلطات متساوية وألا تتقدم واحدة على الأخرى منعاً من أن تسيطر إحدهما على الأخرى أو تتجاوزها، وهنا أضاف الدستور للسلطات الأخرى وساوى بينها، وفي الحقيقة الدستور هو الذي يكفل حماية هذه السلطات ويمنع من تداخلها مع بعضها البعض أو تعدي إحدهما على الأخرى، إذا الدستور يمثل سلطة عليا مستقلة تضع القواعد والقوانين المنظمة للسلطات الأخرى.

وقد تضمن الدكتور، (موريس ذو فرحيه، 1992م) (2)، في كتابه دراسة القانون الدستوري الإداري وإجراء بعض المقارنات مع الأنظمة السياسية الكبرى إدارياً، وكذلك تناول بعض الدراسات للهيئات التشريعية في الدولة والدور الذي تقوم به هذه الهيئات، والتفاوت بينها وبين السلطات الأخرى من بلد

(1) Constitutional Justice – Alice Jane Drysdale Sheffield Regents Chair in Law، Univirsity- 1999. w. w. w. nyujlpp. org/wp- content.

(2) موريس ذو فرحيه. المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، وهذا الكتاب من منشورات المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت، 1992م.

لآخر، وكيفية تطبيق الديمقراطية عن طريق هذه الهيئات، ومزايا وعيوب هذه الهيئات من الناحية الإدارية في بعض النظم السياسية في العالم.

والمشكلة الحقيقية هنا تكمن في العلاقة بين الدستور وهذه الهيئات سواء كانت إدارية أو قانونية، فالمسؤول عن هذه الهيئات وضع حجر الأساس لها هو الدستور، وهو المسؤول الأول والمباشر عن اختلال التوازن بها.

ثامناً: استقلال القضاء في القانون الليبي

يقول (Anja Seibert- Fobr6)، 200⁽¹⁾: أن استقلال القضاء هو أحد المبادئ الأساسية للدستور في ألمانيا، وهو الذي يحدد هيكلية السلطة القضائية وكل ما يتعلق بالقضاء من تعيين وندب وعزل وتقاعد بحيث لا يغفل عن أي شيء ولا يعطي الفرصة لتدخل أي جهة أخرى، كذلك يجب أن يحدد أو يعلن عن المحاكم العليا ومحاكم الاستئناف في الدولة، وقال أيضاً أنه لا يجوز نقل هيكل القضاء إلى مناطقهم حتى وإن عزلوا أو تقاعدوا يحتفظ بهم في أماكنهم ويتقاضوا راتب كامل. وهنا الاستقلال في القضاء لا يطالب فقط بالانفصال عن باقي السلطات فقط، بل بالانفصال عن الحياة الخارجية حتى لا يقع تحت تأثيرات خارجية، وهذه درجة من درجات الاستقلالية في القضاء، ولكن لا ينتهي الأمر عند هذا الحد فكل هذه ضمانات لاستقلالية القضاء، ولكن المشكلة في البحث عن الضمانات التي تمنع من تدخل السلطات الأخرى في الهيكل القضائي.

فقد ذكر المحامي (عبد السلام محمد المساري، 2007م)⁽²⁾، بأنه حتى يتحقق استقلال القضاء يجب أن يكون هناك دستور حقيقي وحتى يتحقق هذا يجب أن تكون هناك رقابة على دستورية القوانين من أجل ضمان حماية السلطة القضائية وباقي السلطات في الدولة، وأن دستورية القوانين في ليبيا مرت بعدة مراحل، ففي ظل الدستور الاتحادي الصادر سنة 1951م، أوكل اختصاص رقابة دستورية القوانين إلى المحكمة العليا

(1) Anja Seibert- Fobr. Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany- 2006. W. w. w. mpil. de/shared/data.

(2) المسامري، عبد السلام محمد المسامري، دستورية القوانين في ليبيا، المركز السوري للاستشارات والدراسات القانونية.

.w. w. w. bara-sy. com

الاتحادية وفقاً لما جاء في الفصل الثامن منه، وأن رقابة المحكمة العليا الدستورية بدستورية القوانين هي رقابة سابقة لسن القوانين ورقابة لاحقة، وحددت طرق اتصال المحكمة العليا بالطعون المتعلقة بالمسائل الدستورية بإحدى وسيلتين، إما بالدعوة الأصلية أمام المحكمة العليا وأما بالدفع الفرعي بعدم الدستورية أمام المحاكم الأدنى درجة.

وكانت دراسة الباحث (حسن ناصر طاهر المحنه، 2008م)⁽¹⁾، الأقرب إلى الواقعية والتطبيق العملي معتمداً في بحثه على الدراسة التحليلية لدستورية القوانين في البلاد الغربية والعربية وعلى رأسها بلده العراق، والدور الذي تقوم به كل دولة في تفسيراتها للدستور على اعتبار أن معظم القوانين الغربية تطالب بالديمقراطية وبتحقيق العدالة والحرية لذلك فهي تنظر في كل هذه القيم والمبادئ عند وضعها لأحكام الدستور والقوانين المنظمة له، حتى تكون هناك دستورية حقيقية وجدية على القوانين.

وعليه يجب أن تكون هناك رقابة من قبل السلطات المهمة في الدولة، والمشكلة أن بعض الدول العربية ومن بينها ليبيا تحاول الوصول إلى المشروعية والدستورية على القوانين، ولكنها لازالت تعاني من ضعف الرقابة الجدية والفعلية على دستورية القوانين، واختلاط بل واندماج السلطات مع بعضها البعض، وهذا من أسباب حدوث التزاعات والثورات في البلاد العربية.

وترى الباحثة أيضاً أنه في ليبيا وبعض البلاد العربية قد تخلوا أو تكاد تخلوا هذه الدساتير من قواعد الشريعة الإسلامية، فضعف الشريعة الإسلامية في دساتيرنا نحن المسلمين يهز ويزعزع أركان الدولة، وتكثر فيها التزاعات والنقاشات والاختلافات في وجهات النظر ويرتفع الصوت وتأتي المطالبة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، والاعتراض على الأحكام والقوانين الغربية الموجودة في دساتيرنا فلا بأس من النظر في الكيفية والهيكلية الغربية في وضع القوانين، ولكن المضمون يجب ألا يخلوا من أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه سوف تتحقق المشروعية الحقيقية على دستورية القوانين سواء في ليبيا أو في كل البلاد العربية والمسلمة ويعيش القضاء حراً مستقلاً.

(1) المحنه، حسن ناصر طاهر، عن رسالة ماجستير بعنوان الرقابة على دستورية القوانين، إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية بالأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، 2008م.

الخلاصة

وبعد البحث في الدراسات السابقة لاستقلال القضاء ووسائل حمايته توصلت الباحثة إلى أهم

النقاط التالية:

1_ أن استقلال القضاء هو معيار سيادة القانون في الدولة، وأنه يجب التوسع في دراسة ووضع نظم وضوابط ملزمة للجميع وعليهم التقيد بها ومراعاتها للمحافظة على عدم اختلال التوازن في الدولة.

2_ رغم صدور قانون رقم 6 لسنة 2006م، على استقلالية القضاء في ليبيا، إلا أن المجلس الأعلى للهيئات القضائية، الذي كان يرأسه من خارج الجهاز القضائي، وهو عضو في السلطة التنفيذية ويطلق عليه أسم (وزير العدل).

3_ هناك محاولات بعد ثورة 17 فبراير 2013م على التأكيد والمطالبة باستقلالية القضاء، وتكاتف الجهود من أجل ذلك عن طريق إقامة المؤتمرات والندوات العلمية حتى لا يغفل عنها النظام العام في الدولة.

4_ أن التطبيق الفعلي لاستقلالية القضاء في ليبيا يواجه العديد من المشاكل، من بينها أن الدستور لا يوفر ضمانات للهيئات القضائية في الدولة، كما أن استقلال القضاء هو أحد المبادئ الأساسية للدستور في كثير من بلدان العالم.

5_ يجب معرفة أنواع الدساتير في العالم والمواثيق والأعلانات حتى تضمن المشروعية وتحقق الرقابة على دستورية القوانين. ويجب أن تكون هناك رقابة على دستورية القوانين من أجل ضمان حماية السلطة القضائية وباقي السلطات في الدولة.

6_ لقد غابت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ليبيا بعد انقلاب 1968م، فقد كان اختصاص المحكمة العليا بالرقابة على دستورية القوانين ملغي ضمناً.

7_ ليبيا اليوم تحاول جاهدة تعويض ما فاتها ومن فقدها للشرعية القانونية في الدولة وضعف السلطات واحتلالها مع بعضها البعض، وانعدام الرقابة على دستورية القوانين بل وانعدام الدستور نفسه، لذلك

لا بد من دراسات وأبحاث جديدة تخدم الوضع الراهن وتعالج القصور الذي يغطي النظام القانوني في ليبيا.

8_ اليوم وبعد ثورة 17 فبراير صدر دستوراً مؤقتاً، محاولاً هذا الدستور بناء هيكلية جديدة لتنظيم السلطات في الدولة والفصل بينها، والتخلص من الخلط والازدواجية بين السلطات التي كانت موجودة في السابق. لذلك يحتاج هذا الدستور دراسات حديثة تتعلق بمدى جدية وأهمية تطبيقه في ليبيا.

9_ حرمان الكثير من الباحثين والكتاب الليبيين وخاصة في عهد القذافي (ثورة الفاتح) من الخوض في مسألة استقلال القضاء ووسائل حمايته، وعرضها بصورة أكثر إنصافاً ووضوحاً، وإبراز النقاط المهمة والحقيقية التي تبين القصور في القانون الليبي ومعاناة القضاة وحرمانهم من حقوقهم وفقاً للأنظمة السابقة في ليبيا.

وعليه تحاول الباحثة من خلال هذه الدراسة إضافة دراسة مختلفة عن سابقها من حيث الوضوح والشفافية خاصة فيما يتعلق بالنظام الليبي السابق ومراحل استقلال القضاء ومراحل التطور الدستوري في ليبيا منذ العهد العثماني حتى ثورة 17 فبراير 2011م.

كما جاءت الباحثة بدراسة مختلفة تتعلق بتقسيم هذه المراحل وتصنيفها حتى يستفيد منها المتخصصون بالدراسات القانونية في ليبيا من طلاب وأساتذة وكتاب، وتيسر عليهم مهمة بحث ودراسة كل ما يتعلق باستقلال القضاء وطرق ووسائل حمايته في ليبيا ودور الدستور في تحقيق هذه الحماية وذلك في أي مرحلة من مراحل التاريخ الليبي وحتى يومنا هذا.

بالإضافة إلى ذلك ستقوم الباحثة بصقل الدراسات سابقة الذكر وتحليلها والأتيان بما هو يلائم الوضع الراهن في ليبيا وخاصة فيما يتعلق بنظام الفصل بين السلطات ونظام وحدة السلطة ونظام التعاون بين السلطات وغيرها، مع بعض التحفظات التي لا بد من الأخذ بها لتحقيق الانسجام داخل النظام الليبي وخاصة في وقتنا الحالي، فلا بد من دراسة التجارب السابقة والأستفادة منها، والنظر في مدى نجاحها أو فشلها، ومقارنتها مع الحاضر وما سيكون في المستقبل من أجل الوصول إلى نتائج حقيقية وناجحة يستفيد منها الجميع ويكون لها دوراً هاماً في بناء وتحقيق الديمقراطية التي هي أساس بناء المجتمع الناجح،

ومن خلالها تكون هنا رؤي حقيقية لظهور الدستور الفعلي، الذي يعمل على تنظيم الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة، ويعمل على الفصل بين السلطات، ويؤكد على استقلالها استقلالاً كاملاً، فإذا تحقق هذا كله سيكون القضاء حرّاً مستقلاً، فيعم العدل والمساواة وتتحقق الديمقراطية.

University of Malaya

الفصل الأول: مظاهر استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية

وفيه المباحث الآتية:

**المبحث الأول: مفهوم استقلال القضاء وأهميته ومشروعيته في
الشريعة الإسلامية.**

المبحث الثاني: طرق ومقومات استقلال القضاء.

المبحث الثالث: استقلال القضاء في عهد التشريع الإسلامي.

تمهيد:

إن الحديث عن استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية، ومفهومه، وأهميته، ومدى مشروعيته يجعله محل دراسة وبحث من قبل الباحثين والراغبين في فهم وبيان موقف الشريعة الإسلامية من استقلال القضاء. وكذلك فإن الحديث عن استقلال القضاء في السنة النبوية المطهرة، وفي عهد الخلفاء الراشدين يحتاج إلى سنوات وسنوات، والبحث في أعمالهم ودورهم في نشر الإسلام وتثبيته وإرساء قواعده وأسس الشريعة الإسلامية، فكانت البداية لهم في كل شيء يخص الإسلام والمسلمين، فهناك من سار على نهجهم، والبعض الآخر حاول استكمال ما بدؤوا به وهناك من ذهب بعيداً عنهم وانحرف عن الطريق، ولكن لازلوا هم علماء الأمة ومفكريها وقضاؤها الأوائل، ولاغنى عنهم مهما طال الزمن أو قصر. وتقوم الشريعة الإسلامية على عدة مبادئ وأسس أهمها بعد توحيد الله ورسوله الكريم هو استقلال القضاء، وتبين الشريعة الإسلامية أهمية استقلال القضاء من خلال وصفها لمقومات ومظاهر الاستقلال والمتعلقة بالعدالة الظاهرة وبآداب القاضي والحكم بعلمه وغيرها من الأمور الجوهرية لتحقيق استقلال القضاء وذلك في المبحث الأول والثاني. أما المبحث الثالث فيتناول مسألة استقلال القضاء في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، وأيضاً في عهد الخلفاء الراشدين، وموقف كل خليفة في تمسكه بمبدأ استقلال القضاء، ثم دراسة أحكام استقلال القضاء عند الفقهاء الأربعة، وذلك من أجل بيان أن شريعتنا الإسلامية تؤكد على حرية القضاء واستقلاله منذ نزول القرآن وحتى يومنا هذا، ولم يخلُ عصر من العصور في التاريخ الإسلامي إلا وهناك سابقة على تمسك القضاة بحريتهم واستقلالهم رغم تعرض بعضهم للأذى دفاعاً عن هذه الحرية، وهذا ما سيأتي بيانه أيضاً في هذا الفصل بشيء من التفصيل.

المبحث الأول: مفهوم استقلال القضاء وأهميته ومشروعيته في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول: مفاهيم استقلال القضاء

تتناول الباحثة في هذا المطلب مفهوم القضاء من ثلاثة جوانب وهي: مفهوم الاستقلال، ثم مفهوم القضاء، ثم مفهوم استقلال القضاء في القانون، وهي كالاتي:

أولاً: مفهوم الاستقلال

لابد من بيان مفهوم "الاستقلال" في الجانب اللغوي والاصطلاحي، وهو كالاتي:

1- الاستقلال في اللغة:

من استقل: " أي ارتفع. ويقال: استقل الطائر في طيرانه، واستقل النبات، واستقلت الشمس والقوم: مضوا وارتحلوا، وفلان: انفرد بتدبير أمره. يقال: استقل بأمره. والدولة: استكملت سيادتها وانفردت بإدارة شؤونها الداخلية والخارجية، لا تخضع في ذلك لرقابة دولة أخرى"⁽¹⁾.

2- الاستقلال في الاصطلاح:

ويقصد به " أن لا يخضع القضاة في ممارستهم لعملهم لسلطان أي جهة أخرى، وأن يكون عملهم خالصاً لإقرار الحق والعدل، خاضعاً لما يمليه الشرع والضمير دون أي اعتبار آخر"⁽²⁾.

وبناءً على ما سبق يتبين أن القضاة يستقلون في أحكامهم إذا كانوا متحررين من أي تدخل سواء عن طريق سلطة من السلطات كالسلطة التشريعية أو التنفيذية أو من أي جهة أخرى في الدولة، والحرية يجب أن تكون في شخص القاضي وفي حكمه، فالاستقلالية في القضاء تعطي الطمأنينة للقاضي وللمتقاضى أيضاً أي الشخص الواقف امام منصة العدالة؛ لأن الحكم الذي سيصدر في حقه هو من

(1) إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، (2-756)، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، اسطنبول

(2) محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، الأردن: دار الفرقان، ط2، (1404هـ)، 189. عبد المنعم حيرة، نظام القضاء في

المملكة العربية السعودية، الرياض: مطبعة معهد الإدارة العامة، دط، (1409هـ)، 50.

جهة واحدة مستقلة دون الخوف من تأثير أي طرف آخر في قضيته (فيذا افتقر الناس القضاء المستقل، سيطر الظلم والإستبداد) (1).

ثانياً: مفهوم القضاء

1- القضاء في اللغة:

لفظ القضاء في اللغة جاء بمعنى الحكم، والقضاء على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشئ وتماهه وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدي أداء أو جب أو أعلم أو أنفذ أو أقضي فقد قضى (2).

والحكم يأتي بمعنى: العلم والفقه والقضاء بالعدل وهو مصدر حكم يحكم (3)، والقضاء يفتقر إلى هذه المعاني الواردة في الحكم من علم وفقه وعدل، فهما إذاً متقاربان وكل منهما مفسر للآخر (4).

قال الراغب الأصفهاني (5): القضاء فصل الأمر قولاً كان ذلك أو فعلاً وكل منهما على وجهين:

إلهي وبشري، فمن القول الإلهي قوله تعالى ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ الإسراء:

٢٣. أي أمر بذلك.

ومن الفعل الإلهي قوله: ﴿وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِهِ لَا يَقْضُونَ بِشَيْءٍ إِنَّ اللَّهَ

هُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ ﴿٢٠﴾ غافر: 20.

ومن القول البشري نحو قضى الحاكم بكذا، فإن حكم الحاكم يكون بالقول، ومن الفعل

البشري في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتْ مَنَسِكَكُمُ﴾ البقرة: 200.

(1) فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1، (1977م)، 8.

(2) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت: دار صادر، 15: 186.

(3) ابن منظور، 12: 141.

(4) ابن فرحون، إبراهيم شمس الدين محمد اليعمرى، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، عالم الكتب للنشر والتوزيع، (1423هـ - 2003م)، 1: 12.

(5) هو: الحسن بن محمد بن الفضل المعروف بالراغب الاصفهاني، أديب لغوي حكيم مفسر، من تصانيفه، البيان في تأويل القرآن، ومفردات ألفاظ القرآن، توفي سنة 502هـ، معجم المؤلفين، 4: 59.

وكل قول مقطوع به من قولك هو كذا أو ليس بكذا يقال له قضية، ومن هذا يقال: قضية صادقة وقضية كاذبة، وإياها عني من قال: التجربة خطر والقضاء عسر، أي الحكم بالشئ أنه كذا وليس بكذا أمر صعب⁽¹⁾.

والقضاء في اللغة أيضاً: يعني الحكم والفصل والقطع يقال: قضى يقضي قضاءً فهو قاضى إذا حكم وفصل، والقاضي القاطع للأمور المحكم لها، الذي يقضي بين الناس بحكم الشرع⁽²⁾.

أما لفضة (قضى) فقد وردت في كتاب الله الكريم في أربع وستين موضعاً، وسوف أقتصر على الآيات التي تدل على معنى الحكم والفصل والعدل كما في قوله تعالى: ﴿بَدِيعُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَإِذَا قَضَىٰ أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾ البقرة: 117.

وهذه الآية الكريمة تتحدث عن عظيم خلق الله تبارك وتعالى، وأن الخلق والإيجاد لا يستغرق أكثر من الأمر بلفظ (كن)، فيتشكل ويتكون كما يريد الله سبحانه وتعالى وقضى به وأحكم، فالقضاء هنا جاء بمعنى الإحكام والإمضاء والإرادة، وفي قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ النساء: 65.

وجاءت كلمة "قضيت" هنا بمعنى: حكمت، هذه الآية جاءت تأكيداً لأهمية التَّحَاكُمِ لكتاب الله عزَّ وجلَّ وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، والانصياع لأوامر الرسول صلى الله عليه وسلم؛ لذلك بدأت هذه الآية بالقسم المنفي للتأكيد والانقياد للحكم.

ويمكن القول: إنَّ هذه التَّعَرِيفَاتُ وإن اختلفت في الظاهر؛ فجوهرها واحدٌ وهو أن مفهوم القضاء - في رأي الباحث - هو القول والفعل معاً. أي قضى الأمر بالقول ووجب الفعل أي: تنفيذ الأمر، على أن يكون عادلاً، وذلك بالرجوع إلى الكتاب والسنة. والقضاء أيضاً هو سلطة عليا تُعطي الأمر لطالب

(1) الاصفهاني، أبي القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، مكتبة نزار مصطفى الباز: 406، 407.

(2) الفيروزآبادي، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، القاهرة: لجنة إحياء التراث الإسلامي، (1416هـ - 1996م)، 2:

275، 279. ابن منظور، لسان العرب، 2: 749.

القضاء ويتفق عليها جميع الناس، حتى يكون أمر القضاء نافذاً وعادلاً. والقضاء أيضاً يعني الاستقرار والطمأنينة وعدم ضياع الحقّ والمساواة بين الناس؛ لذلك تكرر هذا المعنى في القرآن الكريم مرّاتٍ عدّة.

2- مفهوم القضاء في الاصطلاح:

لقد اختلفت آراء الفقهاء في معنى القضاء اصطلاحاً، فأفردوا عدّة تعريفات حتى في المذهب الواحد وهي كالآتي:

1- فقد عرفته الحنفية بأنّه: "قول ملزمٌ يصدر عن ولاية عامّة"،⁽¹⁾ أو بأنّه: "فصل الخصومات وقطع المنازعات"⁽²⁾.

وقالوا أيضاً: "القضاء هو الحكم بين الناس بالحقّ والحكم بما أنزل الله عزّ وجل"⁽³⁾.

وقد أخذ على هذه التعريفات أنّها غير جامعة وغير مانعة. فكان في التعريف الأوّل أن القضاء يصدر عن ولاية عامّة وهو قيد في هذا التعريف مع أنّ الأصحّ أنّها شرط في تنظيم القضاء وليست الولاية العامّة قيدياً في تعريفه.

أما الثاني: فيعتبر غير جامع؛ لسببين: الأول الاقتصار على قضايا التنازع فقط، والثاني آداب القضاء يقتصر فقط على حالات النزاع والمخاصمة. أما القضايا الأخرى مثل الحجر والوصاية وغيرها، فلا يشملها هذا التعريف.

الثالث: فهو لا يختلف كثيراً عن التعريفين السابقين، فقد اشتمل في قوله على أنّ القضاء هو الحكم بين الناس، وهذا يعني في حال النزاع بين الناس.

(1) الحلبي، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، (1419هـ - 1998م)، 2: 150.

(2) الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، (1424هـ - 2003م)، 9: 4078.

(3) ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت: دار عالم الكتب، (1423هـ - 2003م)، 5: 352.

2- تعريف المالكيّة:

عرّف ابن رشد المالكي⁽¹⁾ القضاء بأنّه: "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"⁽²⁾.

وقال الخطاب: "واعلم أنّ القضاء في اصطلاح الفقهاء يُطلق على الصّفة المذكورة كما في قولهم: ولي القضاء، أي؛ حصلت له الصّفة المذكورة، ويُطلق على الإخبار المذكور كما في قولهم: قضى القاضي بكذا، وقولهم: قضاء القاضي حقٌّ أو باطل".

أما ابن عرفة،⁽³⁾ فقد قال: القضاء: "صفة حكميّة توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتحليل أو تحريم لا في عموم مصالح المسلمين". فيخرج التّحكيم ولاية الشرطة والإمامة العظمى، وقول: بعضهم: هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره"⁽⁴⁾. ولكن يلاحظ أن تعريف ابن رشد فيه مسامحة من وجوه:

الأول: أنّه ذكر لفظ الإخبار بأنّه يوهّم أن المراد به الإخبار المحتمل للصدّق والكذب المقابل للإنشاء، وليس ذلك بمراد. ولكن المراد به أمر القاضي بحكم شرعيّ، على طريق الإلزام.

أما الثاني: فإنّه يدخل فيه حكم الحكّمين في جزاء الصيد، وفي شقاق الزوجين، وحكم المحكم في التّحكيم، وفيها أنّه يدخل فيه حكم المحتسب والوالي وغيرهما من أهل الولايات الشرعيّة إذا حكموا بالوجه الشرعي"⁽⁵⁾.

(1) هو محمد بن أحد بن محمد بن رشد الشهير بالحفيد، ولد سنة 520هـ، وكان عالماً فاضلاً، وله تأليفات جلييلة منها: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، توفي سنة 595هـ. الديباج المذهب، 2: 257-260.

(2) ابن فرحون، إبراهيم شمس الدين محمد اليعمري برهان الدين أبو الوفاء، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، الرياض: دار عالم الكتب، (1423هـ - 2003م)، 1: 12.

(3) الخطاب: هو محمد بن محمد عبد الرحمن المعروف بالخطاب، ولد سنة (902هـ)، من فقهاء المالكية، ومن كتبه: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، توفي سنة (954هـ)، الأعلام، 7: 286.

(4) الورغمي، هو محمد بن محمد بن عرفة أبو عبد الله، ولد سنة (716هـ)، وكان إمام تونس وعالمها، ومن كتبه: المختصر الكبير، والحد في التعاريف الفقهية، توفي سنة (803هـ)، الأعلام، 7: 272.

(5) ابن عرفة، أي عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، بيروت دار العرب الإسلامية، ط1، (1993م): 433.

الخرشي، أي عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي، مصر: المطبعة الكبرى الأميرية، (1317هـ)، 7: 138.

أما ابن عرفة: فيردُّ على تعريفه بأنَّ التَّحكيم يخرج من تعريفه، فإنَّ المحكم لا يحكم ابتداءً إلاَّ في الأموال، وما يتعلَّق بها، وما في معناها مما لا يتعلَّق بالحكمين، ولا يحكم في القصاص واللَّعان والطلاق والعتاق؛ لتعلُّق الحق في ذلك بغيرهما، قالوا: فإنَّ حكم بغير جورٍ نفذ حكمه، والظاهر أنَّ التَّعديل والتَّجريح كذلك⁽¹⁾.

3- تعريف الشَّافعية:

عرَّفوا القضاء بأنَّه: "فصل الخصومة بين خصمين وأكثر بحكم الله تعالى"⁽²⁾. وعرَّفه ابن عبد السلام⁽³⁾ بأنَّه: إظهار حكم الشرع في الواقعة في من يجب عليه قضاءه⁽⁴⁾.

4- تعريف الحنابلة:

وعرَّفه الحنابلة بأنَّه: "النظر بين المترافعين للإلزام وفصل الخصومات"⁽⁵⁾.

وقالوا أيضاً: إنَّ معنى القضاء في الاصطلاح هو: "تبيينه والإلزام به وفصل الحكومات"⁽⁶⁾.

وقال ابن خلدون: "إنَّ القضاء منصب الفصل بين النَّاس في الخصومات حسماً للتداعي، وقطعاً للتنازع بالأدلة الشرعيَّة المتلقَّاة من الكتاب والسُّنة"⁽⁷⁾.

(1) الخطاب، أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، (1614 هـ - 1995 م)، 6: 86.

(2) الشَّريبي، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، بيروت: دار المعرفة، ط1، (1418 هـ - 1997 م)، 4: 372.

(3) هو: عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسين السلمي الدمشقي عز الدين، ولد سنة (577 هـ) من فقهاء الشافعية، بلغ رتبة الاجتهاد، ومن كتبه: قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، الأعلام، 4: 144-145.

(4) الشَّريبي، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، 4: 372.

(5) ابن مفلح، أبي إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، (1418 هـ - 1997 م)، 15: 3.

(6) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، ط1، (1421 هـ - 2000)، 3: 459.

(7) ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد، مقدمة ابن خلدون، دمشق: دار العرب، ط1، (1425 هـ - 2004 م)، 220.

والقضاء أيضاً: "قطع الخصومة بقول ملزم صدر عن ولاية عامّة"⁽¹⁾.

وهذه التعريفات، وإن اختلفت ألفاظها، فهي تؤدّي معنى واحداً، كما أنّها تجتمع على كلمة "حكم"، فيجب أن يكون هناك حكم في كل واردة، وإن اختلفت التسمية، فبعضهم يقول إنّها فصل، والبعض يقول قضاء، والآخر يقول قطع، وغيرها. إلا أن المعنى واحد ومتفق عليه.

وقد لاحظت الباحثة أن بعض الفقهاء اختلط عليهم مفهوم القضاء والحكم في النزاع وبين الفتوى في المنازعة، فالقاضي يميز الدعوى أو القضية. هل هي حق أم باطل؟ ثم يصدر حكمه. أمّا مهمة المفتي فهي إصدار أو بيان الفتوى وليس التحقيق في القضية أو الواقعة.

ويمكن القول أن تعريف ابن عبد السلام وابن رشد، هما أقرب للفتوى منه للقضاء. حيث أشار الأول أن القضاء هو إظهار حكم شرعي في الواقعة، وهذا ما يحدث في حال الفتوى في أيّ مسألة.

أما الثاني فقد أشار إلى أن القضاء هو مجرد الإخبار عن حكم شرعي، ولم يختلف عن الفتوى، وهي تشمل الإخبار عن الأحكام الشرعية في كتاب الله وسنة رسوله.

وقد قال ابن القيم في هذا الأمر أنه: "وأما الحاكم فحكمه جزئي خاص لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه، وله. فالمفتي يفتي حكماً عاماً كلياً أن من فعل كذا ترتب عليه كذا، ومن قال كذا لزمه كذا، والقاضي، يقضي قضاءً معيّناً على شرط معيّن"⁽²⁾.

وأن أغلب الفقهاء اتفقوا على معنى الفصل في المنازعات أن معناه القضاء أو الحكم، وهذا ما ذكره الله

في كتابه العزيز بقوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ المائدة:

٥٠، وقد سماه الله تعالى: تحاكماً وحكماً، وقال تعالى في شأن فرعون: ﴿فَأَقْصَ مَا أَنْتَ قَاصٍ﴾ طه: ٧٢.

وكذلك تكرر هذان المعنيان في سنة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه أبو

داود⁽¹⁾. في سننه عن ابن بريده⁽²⁾، عن أبيه⁽³⁾، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: (القضاة ثلاثة: واحد

(1) محمود يونس، تاريخ القضاء في الإسلام، دن، ص 9.

(2) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، السعودية: دار ابن الجوزي، ط 1، (1423هـ)، 1: 39.

في اللجنة، واثنان في النَّار. فأما الذي في اللجنة فرجلٌ عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم، فهو في النار، ورجلٌ قضى للنَّاس على جهل فهو في النَّار"⁽⁴⁾.

ثالثاً: مفهوم استقلال القضاء في القانون

يقصد به " ألا يتدخل في عمل القضاء سلطة أخرى كالسلطة التشريعية أو التنفيذية أو الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام بهدف التأثير على استقلال القضاء"⁽⁵⁾.

وذهب فقهاء القانون إلى بيان معنى استقلال القضاء في مفهومين: الأول شخصي، والثاني موضوعي⁽⁶⁾.

1- المفهوم الشخصي لاستقلال القضاء:

ويقصد به "توفير الاستقلال للقضاء كأشخاص وعدم وضعهم تحت رهبة أي سلطة من السلطات الحاكمة، وأن يكون خضوعهم لسُلطان القانون فقط"⁽⁷⁾.

(1) سنن أبي داود، 2: 268، وقد علق عليه بعد أن ذكره فقال: "وهذا أصح شيء فيه، يعني حديث ابن بريدة: القضاة ثلاثة"، ورواه ابن ماجة ومنه تقديد وتأخير في الألفاظ، وزاد الحاكم في المستدرک: قالوا فما ذنب هذا الذي يجهل. قال: ذنبه ألا يكون قاضياً حتى يعلم" ثم قال الحاكم: "وهذا حديث صحيح الإسناد، وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم. انظر: سنن ابن ماجة 2: 776، المستدرک، 95: 4، نصب الراية، 4: 65.

(2) هو: سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، الإمام الحافظ قال ابن حبان: أبو داود أحد أئمة الدنيا فقها وعلماء، مات سنة (275هـ)، وعمره 73 سنة. خلاصة التذهيب، ص150.

(3) هو: عبد الله بن بريدة بن الحصبب الأسلمي، قاضي مرو، وثقه ابن معين وأبو حاتم قال ابن حبان: مات سنة (115هـ)، خلاصة التذهيب، ص192.

(4) هو: بريدة بن الصيب الأسلمي متفق على حديثه، وآخر من مات بخراسان من الصحابة، سنة (62هـ)، خلاصة التذهيب، ص47.

(5) عزمي عبد الفتاح، القانون القضائي، القاهرة: دار النهضة العربية، (1993م)، 278.

(6) فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، بيروت: المركز العربي للمطبوعات، ط2، (1999م)، 27.

(7) نص المادة 138 من الدستور الجزائري الصادر في 28 سبتمبر 1996م بما نصه: "السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في إطار القانون"، نادية بوخرص، استقلالية القضاء كضمانة أولية للرقابة على الصفقات العمومية، جامعة المدينة، بحث، 4.

ويقصد من هذا التعريف إعطاء جميع الصلاحيات للقضاة وعدم حرمانهم من الحقوق، ولا يمكن عزلهم بقرار من السلطة التنفيذية - كما هو الحال في ليبيا وهذا ما سنراه لاحقاً - وبذلك يصبح مبدأ استقلال القضاء مبدأً أساسياً، ويؤيد هذا ما صدر عن الأمم المتحدة سنة 1985م، حيث اعتبرت مبدأ استقلال القضاء من المبادئ الأساسية، ونصت في البند الأول على أنه: " تكفل الدول استقلال السلطة القضائية، وينص عليه دستور البلد أو قوانينه، ومن واجب جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية"⁽¹⁾. وبهذا يكون القاضي حراً في شخصه وفي قضاؤه دون تدخل أي جهة وذلك بقرار من القانون، والدستور يكفل ويضمن هذه الحماية.

2- المفهوم الموضوعي لاستقلال القضاء:

يقصد به " استقلال سلطة القضاء كسلطة وكيان عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم السماح لأي جهة بإعطاء أوامر أو تعليمات أو اقتراحات للسلطة القضائية تتعلق بتنظيم الدولة"⁽²⁾.

يقصد من هذا التعريف أن يصبح القضاء سلطة وليس وظيفة، أي إعطاء القضاء الصلاحيات المخولة إليه كاملة كالفصل في المنازعات، وإدارة شئونه دون تدخل من أي جهة. بالمقارنة بين المفهومين الشخصي والموضوعي نجد أنهما يكملان بعضهما في عمل السلطة القضائية، ومن خلالهما يمكن تحقيق مبدأ استقلال القضاء في إطار عملي تطبيقي لا يسمح بتدخل أي سلطة من السلطات في شئون القاضي والقضاء.

(1) محمد نور شحاته، استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية والعربية والإسلامية، دار النهضة العربية، دط، 10.

(2) مدحت المحمود، استقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم في حماية استقلال القضاء، مركز القضاء العراقي للدراسات والتوثيق،

المطلب الثاني: أهمية استقلال القضاء ومدى مشروعيتها

أولاً: أهمية استقلال القضاء

إن ولاية القضاء من أهم الولايات شأنًا وأعظمها أثرًا، أما إذا خرج القضاء عن صفة الاستقلالية وأصبح عليه سلطانفلن يكون قضاءً عادلاً، لأنه فقد أهم ركن من أركانه وهو أن يكون مستقلاً، لأن المقصود باستقلال القضاء هو انحصار الوظيفة القضائية بالقضاء وعدم تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية، فالقضاة جميعهم مستقلون لا يتبع أحد منهم أحدًا آخر مهما علت درجته أو ارتفع مقامه، وذلك في سبيل إقرار الحق والعدل، فقد ورد عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (لا يجلُّ لثلاثة أن يكونوا في فلاة من الأرض، إلا أمروا عليهم أحدهم)⁽¹⁾.

يمكن القول: إن الحكم في هذا الحديث لواحد فقط وليس للجميع، أي أنه يحكم مستقلاً دون سلطان من أحدهم وهذا اتقاء للخلاف الذي يدفع بكل منهم إلى أن يستبدَّ برأيه، فأصبح هنا أمر الاستقلال الأهمية بمكان. فالغاية من استقلال القضاء هي إقامة العدل وكبح الظلم، فحيثما وجد العدل زال الظلم، ولا يتحقق العدل إلا إذا كان القضاء مستقلاً ومحراً من أية قيود، ولا يخضع لأي سلطان سوى سلطان الحق.

والعدالة هي الركن الأساس لاستقلال القضاء، فالعدالة تستوجب استقلال القضاء وحرية، فإذا لم يتحقق الاستقلال في القضاء، فلن تكون هناك عدالة، فمن هنا تأتي أهمية استقلال القضاء. وعليه فإن الإسلام ليس دين قول ومبادئ فحسب، ولكنه أيضاً دين عمل وتطبيقات للمبادئ التي وضعها الله سبحانه وتعالى. وهذا ما قاله عز وجل لداوود عليه السلام: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ ص: ٢٦. إن كلمة "ولاتبع" جاءت في هذه الآية بالنهي أي أن الله سبحانه وتعالى حرص أن ينبه أنبياءه ألا يتبعوا حتى الهوى، ويفهم أن القاضي يتجرد من التبعية ليس فقط من جهة أو طرف آخر بل حتى ألا يتبع هوى نفسه، فيجب أن يكون مجرداً

(1) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، 2: 176. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى

الأخبار، كتاب الاقضية والأحكام، باب وجوب نصبه ولاية القضاء والإمارة وغيرهما، 9: 128.

من أي شيء قد يؤثر في نزاهته، وهذه أعلى درجات الاستقلالية والشفافية في القضاء، ألا يتبع الإنسان ما في داخل نفسه من هوى أو خارجها.

وقد جاءنا القرآن الكريم بأبلغ تصوير في زوال الظلم عندما يصطدم بالعدل. في قوله تعالى: ﴿بَلْ

نَقَذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَلَكُمْ الْوَيْلُ مِمَّا نَصِفُونَ ﴿١٨﴾ الأنبياء: ١٨.

ومن هنا برزت أهمية القضاء واستقلاليته الذي يُعتبر وسيلة لإقامة العدل بين الناس. والذي يقوم على الحرية، فكيف يكون هناك عدل والقضاء غير حرّ أو مستقل، فقد جاء التحذير والوعيد في استعمال هذه الوسيلة حتى لا يستعملها من لا يجيدها، وبذلك يخرج عن الصواب متّجهاً إلى طريق الخطأ.

كما أنه في حديث معاذ بن جبل⁽¹⁾، مع رسول الله صلى الله عليه وسلم كان القمة في فصل السلطة القضائية عن السلطات الأخرى، واستقلالها استقلالاً كاملاً، فإن الذي وضع القاعدة في استقلال القضاء هو معاذ بن جبل، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أقرها وهذا يدل على أن هذا العقل العربي الذي لم يخرج من الجزيرة لم يكن عاجزاً عن وضع قواعد أصلية في تنظيم الدولة وترتيب شئونها وتحديد سلطاتها.

وإذ كانت أوروبا قد اكتشفت هذه القاعدة بصورة نظرية في القرن الثامن عشر واعتبرتها فتحاً جديداً في تنظيم الدولة، وفي رعاية حقوق المواطنين يوم تحدث عنها مونتسكيو في كتابه روح الشرائع⁽²⁾، ولكن لم يكتب لهذه القاعدة التطبيق العملي إلا في أوائل القرن التاسع عشر، أي بعد الثورة الفرنسية، فإن الإسلام قد أقرها قبل أربعة عشرة قرناً، واعتبرها من أصول نظامه الذي أوحى به إلى رسوله، وبلغه إلى الناس.

(1) سوف يذكر هذا الحديث بشئ من التفصيل في المبحث الثالث.

(2) مونتسكيو، روح الشرائع، اللجنة الدولية لترجمة الروائع الإنسانية، وهو أعظم كتاب فرنسي في القرن الثامن عشر، وهو جامع لفلسفة

الاشتراك وحكمة التاريخ والفقه الدستوري، وكان له الأثر البالغ في وضع دساتير العالم حتى يومنا هذا، بيروت: 1954م.

وهناك دليل خاص على تشجيع استقلال ونزاهة القضاء وأهميته صادر عن الوكالة الامريكية للتنمية الدولية⁽¹⁾، وفي هذا الدليل ربط مباشر بين استقلال القضاء ونزاهة القضاء، بأن يتخذ القضاء القرارات في الدعاوي التي ينظر بها على أساس الوقائع، وبما يتفق مع القانون دون أي قيود أو تأثيرات أو أغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة من جانب أي جماعة أو لأي سبب، وبغض النظر عن الاختلافات الهيكلية. إلا أن معظم الحكومات تشترك في نفس الهدف وهو نزاهة هيئاتهم القضائية.

فيركز هذا الدليل على استقلال القضاء كوسيلة نحو تحقيق نزاهة اتخاذ القرار، وأقرروا أيضاً أنهم غير قادرين على تغطية جميع أوجه استقلال القضاء في هذا المشروع، فعلى سبيل المثال يركز الدليل على أعضاء النيابة العامة على الرغم من أنهم جزء من الهيئة القضائية في العديد من الدول، كما لم يتم تناول موضوعات معينة تتعلق بالقضاة الذين لم يمارسوا القانون من قبل على الرغم من وجود العديد من الموضوعات المثارة هنا والتي تنطبق عليهم.

والسؤال هنا: كيف يتحقق العدل بالقضاء؟ والإجابة: حتى يتحقق العدل بالقضاء، ونعتبر أن القضاء هو أساس العدل، يجب أن يكون مستقلاً وأن يكون القاضي على درجة من العلم والحكمة والإدراك. وهذا ما سوف نتحدث عنه مفصلاً في فصل آخر، فإذا كان القضاء كاملاً متكاملًا، يتمتع بحرية مستقلة في اتخاذ القرارات، هنا فقط يصبح قضاءً عادلاً ذا أهمية.

ثانياً: مشروعية استقلال القضاء

شرع الله القضاء لحفظ الحقوق، وإقامة العدل بين الناس، والدفاع عن النفس والمال والعرض وغيرها، والبشر بطبيعتهم لاغنى لبعضهم عن بعض وخاصة في المعاملات كالبيع والشراء وسائر الحرف والنكاح والطلاق وغيرها، ولكن الله سبحانه وتعالى وضع قواعد وضوابط تحكم هذه الأمور بين الناس حتى يعم العدل والأمن والطمأنينة بين الناس.

(1) مكتب الديمقراطية والحكم - تشجيع التحول للأنظمة الديمقراطية وتعزيزها في جميع أنحاء العالم - دليل خاص بتشجيع نزاهة استقلال

القضاء (2002)، ترجمة غير رسمية برعاية منظمة - لنشره: صادر عن الوكالة الامريكية للتنمية الدولية - مكتب الديمقراطية والحكم:

واشنطن، دي سي 3100 - 20523 .IFES

ولكن هذه القواعد والضوابط قد تتعرض للمعصية والمخالفة وعدم الالتزام بها، فتعم الفوضى بين الناس وتذهب الحقوق، وقد يصل الحال إلى نهب الأموال وإزهاق الأرواح، وعليه فقد شرع الله القضاء لإزالة تلك الخصومات وحلّ المشكلات والقضاء بين العباد بالحق والعدل متبعين في ذلك نهج الله وشرعه.

وفي قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ المائدة: ٤٢، وكذلك في قوله عزّ وجلّ: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ النساء: ٦٥.

يفهم من هذه الآيات الكريمات أن الله سبحانه وتعالى يتوجه بالخطاب للأنبياء، فالقضاء من عمل الرسل عليهم السلام، ولم يتوجه بالخطاب لغيرهم أو يأمر غيرهم، وهذا يدل على استقلالية القضاء فقد شرع الله القضاء مستقلاً حرّاً، لم يذكر سبحانه وتعالى أي حكم أو قضاء من جهة أخرى سوى قضاء الرسل، وكان الأمر واضحاً وجلياً، فاستقلال القضاء هو من شرع الله سبحانه وتعالى، وطلب من عباده اللجوء إلى القضاء وحده دون غيره وذلك في قوله سبحانه وتعالى: ﴿حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ أي أنهم يذهبون في حال النزاع بينهم إلى القاضي، وهذا هو مبدأ الفصل بين السلطات، أي في حال نزاع بين طرفين الأولى الذهاب إلى القاضي وليس الحاكم، فسلطان القاضي أولى من أي سلطان آخر.

أما في السنة ففي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما روى عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبي أنه قال: (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم واجتهد ثم اخطأ فله أجر)^(١).

وقوله أيضاً صلى الله عليه وسلم: (لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالاً فسلطه علىهلكته في الحق، ورجل آتاه الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها الناس)^(١).

(١) العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، (1407هـ—1986)، 13 / 318،

ورواه مسلم: 1343 / 3.

وقد أجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاة والحكم بين الناس، لأن في تنصيب القضاة درء مفسدة وجلب مصلحة، وعلى هذا يقوم دين الإسلام⁽²⁾.

ثالثاً: حكمة مشروعية استقلال القضاة:

القضاء أمر لازم لقيام الأمم ولسعادتها وحياتها حياة طيبة، فالقضاء يعمل على نصرة المظلوم وقمع الظالم وقطع الخصومات وأداء الحقوق إلى مستحقيها، فيأمن كل فرد على نفسه وماله وعرضه وحرية أيضاً، فتتقدم الشعوب ويعم الرخاء والأمن والأمان في جميع أنحاء المعمورة ويتفرغ الناس لما يصلح دينهم ودنياهم.

وذلك في قوله تعالى: ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنْ رَبِّكَ الْمَائِدَةُ: 48، وجاء النهي عن اتباع أهواء الآخرين في هذه الآية واضحاً وصريحاً على دليل مشروعية استقلال القضاة، وأن يلتزم الرسول صلى الله عليه وسلم بالحق ولاشيء غير الحق، أي أن الله سبحانه وتعالى فصل بين حكم القاضي وبين أي جهة كانت، وأشار بقوله تعالى إلى أهواء الآخرين.

وفي ذلك يقول شمس الأئمة السرخسي: اعلم بأن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان بالله تعالى، وهو من أشرف العبادات لأجله أثبت الله تعالى لآدم عليه السلام اسم الخلافة فقال: ﴿ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ البقرة: 30، وأثبت سبحانه وتعالى ذلك لداود عليه السلام فقال: (يادود إنا جعلناك خليفة في الأرض) ص: 26، وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الأنبياء عليه الصلاة والسلام فقال له: ﴿ وَإِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾ المائدة: 49.

(1) رواه البخاري بحاشية السندي: 16 / 1، ومسلم شرح النووي: 98/6، وابن ماجه: 1408/2، والبيهقي عن عبد الله بن مسعود السنن الكبرى: 88/10.

(2) الحريري، إبراهيم محمد، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، عمان: دار عمار، ط1، (1420هـ—1999)، 13.

والقضاء في الإسلام هو الرقيب والمشرف على تطبيق جميع الأحكام الشرعية، سواء على الأفراد أي عامة الشعب، أو على من هم ذا سلطة ونفوذ، فالقضاء في الإسلام يقف أمام هؤلاء جميعاً ليمنعهم من التمادي في الظلم والاستبداد، أو الخروج عن الشريعة، فأول عمل قام به رسولنا الكريم عليه الصلاة والسلام بعد أن قامت دولته في المدينة المنورة هو تنظيم القضاء، ووضع قواعده وأحكامه، وأخذ الخلفاء الراشدون والصحابه من بعدهم هذا الهدي النبوي، فأحاطوا القضاء بكل مظاهر الإجلال والتكريم، وصانوه من التدخل ضمناً للحق، فقبلوا الأحكام الصادرة ضدهم راضين، وينفذونها طائعين، وتاريخنا الإسلامي، يشهد الكثير من القصص لأحكام القضاء الصادرة ضدهم وتنفيذهم لها⁽¹⁾.

منها أن عمر ابن عبد العزيز قدم عليه رجل - في خلافته - من حلوان يزعم أن عبد الملك بن مروان كان قد أقطع عبد العزيز والد عمر أرضاً في حلوان عندما كان عبد العزيز والياً على مصر، وأن الأرض كانت لهذا الرجل وأنه يطلب ردها عليه، فقال له عمر بن عبد العزيز: إن لي فيها شركاء من أخوة، وأخوات، وهو لا يرضون أن أقضي بغير قضاء قاض، وقام معه إلى القاضي، فقعد بين يديه إلى حوار خصمه، وأدلى كل منهما بحجته، فقضى القاضي للمدعي، فقال عمر بن عبد العزيز: لقد انفقتنا عليها ألف ألف درهم، فقال القاضي: لقد أكلتم من غلتها بقدر ذلك، فتلجت نفس عمر بحكم القاضي، وقال: هل القضاء إلا هكذا، تالله لو قضيت لي ما ولت لي عملاً قط⁽²⁾.

فقد كان الخلفاء والأمراء - معظمهم وليس جميعهم - يدركون أهمية سيادة القضاء، واستقلاله في تثبيت ملكهم، وتحسين سمعتهم في أعين الرعية، فقد كانوا -على علات بعضهم- يضربون بيد من حديد على يد كل من تسول له من موظفي الدولة أو من أفراد الأسرة الحاكمة إذا تدخلوا في أحكام القضاة، أو لم ينفذوا ما صدر ضدهم من أحكام، بل إن بعض أصحاب النفوذ كانوا يساقون إلى السجن إذا استحقوا ذلك⁽³⁾، وليس كما في وقتنا الحالي، ويذكر البغدادي⁽¹⁾ أن القاضي حفص بن غياث

(1) الرفادي، سعد بشير مفتاح، استقلالية القاضي ما بين الحصانة والمساءلة-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشأة المعارف، (2012م)، ط1، 145.

(2) محمد مهدي شمس الدين، نظم الحكم والإدارة في الإسلام 1420هـ: 2000م، بيروت: المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، 374، 375.

(3) الرفادي، سعد بشير مفتاح، استقلالية القاضي ما بين الحصانة والمساءلة، 149.

قاضي الرشيد في بغداد حبس وكيل أم جعفر، بعد أن أقر بعجزه عن وفاء دين عليه، دون أن يبالي بمكانة أم جعفر، وهذا القاضي شريك بن عبد الله النخعي يحكم بسجن كاتب أمير الكوفة محمد بن سليمان بن علي. ولما أطلق صراحه الأمير دون إذن القاضي هدد القاضي بالذهاب إلى أمير المؤمنين، فأعادته إلى السجن⁽²⁾.

(1) البغدادي، أحمد بن علي بن ثابت الخطيب، تاريخ بغداد، دار الغرب الإسلامي، (1422هـ - 2001م)، ط1، 7 / 192.

(2) البغدادي، أحمد بن علي بن ثابت الخطيب، تاريخ بغداد، 3 / 151، 152.

المبحث الثاني: طرق ومقومات استقلال القضاء

المطلب الأول: العدالة الظاهرة وعلاقتها باستقلال القضاء

فالظاهر لغة: هو الواضح وظاهر الشيء هو المرتفع منه وأعلاه.

والظاهر ضدّ الباطن، وهو المراد في هذه القاعدة: "الحكم على الظاهر". قال الإمام النووي رحمه الله: وأنه إنما يحكم بين الناس بالظاهر والله يتولى السرائر، فيحكم بالبينه وباليمين ونحو ذلك من أحكام الظاهر مع إمكان كونه في الباطن خلاف ذلك، ولكنه إنما كلف الحكم بالظاهر⁽¹⁾.

أما الظاهر في الاصطلاح: هو الحالة القائمة التي تدل على أمر من الأمور⁽²⁾.

فالعدالة الظاهرة هي: "ملكة تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة، والتقوى: هي فعل ما يحبه الله - تعالى - وترك ما يكرهه. والمروءة هنا (معناها الخاص): هي فعل ما هو من صفات أهل العقل الراجح ومن سمات أهل الفضل والخير بحسب عرف البلد والزمن"⁽³⁾.

ومن خلال هذا التعريف يمكن تقسيم العدالة إلى:

عدالة ظاهرة وهي: الإسلام وعدم العلم بالفسق. وتعرف من خلال الخبرة القصيرة أو السطحية.

وعدالة باطنة وهي: الإسلام والعلم بالفسق. وتعرف من خلال الخبرة الطويلة أو القوية⁽⁴⁾.

والعدالة الظاهرة فيمن كان ظاهر أحواله طاعة الله، والذي يخالف العدل من كان أكثر أحواله معصية الله.

(1) شرح صحيح مسلم، 12، 5.

(2) الزرقا، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، دمشق: دار القلم، (1409 - 1989)، 51، 1.

(3) العوني، الشريف حاتم بن عارف، كتاب خلاصة التأصيل لعلم الجرح والتعديل، مكة المكرمة: دار عالم الفوائد، (1421 - 2011م)

ط 1، 11.

(4) العوني، الشريف حاتم بن عارف، كتاب خلاصة التأصيل لعلم الجرح والتعديل، 12.

وهناك فرق بين العدالة الظاهره والعدالة الباطنة، فالعدالة الظاهره هي التي تعرف بالخبرة غير الدقيقة، بمجرد أني أراه يذهب إلى المسجد، يأتي من المسجد، فأحسن فيه الظن فأقول: هذا عدل، أما العدالة الباطنة، فهي التي تحصل من طول الخبرة والمعاشية والسؤال والتحري في شأنه، فليس معنى الباطنة أي حكمت على ما في داخل قلبه، هذا لا يعلمه إلا الله عز وجل، ولذلك لا تُعدّ عدالة باطنة متى كانت من الناس، إلا من عدّلة الله عز وجل ورسوله كالصحابة رضوان الله عليهم فهؤلاء هم الذين ثبت لهم العدالة الباطنة بالمعنى الدقيق، وهو أننا نعلم ما في أنفسهم ونزكي ما في قلوبهم، لأن الله عز وجل حكم لهم بالعدالة وهو العالم بما في قلوبهم، أما من سواهم فلا يمكن أن نصفهم إلا بالعدالة الظاهرة⁽¹⁾.

وليست العدالة الباطنة هي العدالة التي لا يعلمها إلا الله تعالى، إنما المراد بها حال الرجل الخاصة في بيته ومعاملته وسفره، وأما الظاهرة: فهي حاله الظاهرة، بأن تُرى عليه علائم التدين والاستقامة، دون أن يُعرف شيء عن حاله الخاصة⁽²⁾.

كما إن العدالة في الإنسان هو أن يكون أكثر أحواله طاعة الله؛ لأنه متى لم نجعل العدل إلا مَنْ لم يوجد منه معصية بحال أدى ذلك إلى أنه ليس في الدنيا عدل.

كما أن القضاء في الإسلام "يقع وفق الإثبات المظهر للواقعة والحق أمام القاضي فإذا كان الإثبات صحيحاً في الظاهر والباطن ومطابقاً للواقع وصادقاً في نفس الامر فإنه يؤثر في المدعى به ظاهراً وباطناً فيحكم للمدعي بالشيء ظاهراً ويحل له أخذه واستعماله والاستفادة منه باطناً فيما بينه وبين الله أي ينفذ الحكم في الدنيا والآخرة"⁽³⁾.

(1) العوني، الشريف حاتم بن عارف، كتاب خلاصة التأصيل لعلم الجرح والتعديل، 12: 13.

(2) الدمشقي، الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي، الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، ط1، 1976، القاهرة، 48.

(3) حسين بن عبد العزيز آل شيخ، المبادئ القضائية في الشريعة الإسلامية، 12.

أما إذا كان الإثبات غير مطابق للواقع وكان ظاهره يخالف باطنه "فإن حكم الحاكم المبني على الإثبات لا يجل حراماً ولا يجرم حلالاً ولا يغير الشيء عما هو عليه في الواقع ونفس الأمر وإنما ينفذ في الظاهر فقط عند من لا يعلم الحقيقة والباطن وتترك البواطن لله وترتبط بالحساب والعقاب الأخروي"⁽¹⁾.

وفي حديث أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "إنما أنا بشرواإنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأقضي له بذلك فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو فليتركها"، وفي لفظ "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي نحو ما أسمع فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار"⁽²⁾.

قال الإمام الشافعي رحمه الله: ففي كل هذا دلالة بينة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا لم يقض إلا بالظاهر فالحكام بعده أولى أن لا يقضوا إلا على الظاهر، ولا يعلم السرائر إلا الله عز وجل⁽³⁾.

يبرهن هذا الحديث- في رأي الباحث- على حكم القاضي بما يراه من ظواهر الأمور، فالعدالة المطلوبة هي العدالة الظاهرة وليست الباطنة، فيجتمع في هذا الحديث ركيزتان أساسيتان وهما بيان نوع العدالة التي يحكم بها القاضي، وعلم القاضي بظواهر الأمور فيكتفي القاضي بما يسمع ولا يحتاج إلى معرفة ما في الصدور فعلمه عند الله سبحانه وتعالى.

وقال الإمام ابن حجر رحمه الله: وكلهم أجمعوا على أن أحكام الدنيا على الظاهر والله يتولى السرائر وقد قال صلى الله عليه وسلم لأسامة: «هلا شققت عن قلبه»⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق، 13.

(2) أخرجه البخاري من حديث أم سلمة رضي الله عنها، في كتاب المظالم، باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه رقم (2458) /2

194، وفي كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين رقم (2680) /2، 261، وفي كتاب الحيل، باب (10) رقم (6967) /4

290، ومسلم في كتاب الاقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة رقم (1713) /3، 1337.

(3) الشافعي، محمد بن إدريس القرشي، الأم، دار الوفاء، (1422 - 2001)، 1، 297.

(4) العسقلاني، علي بن أحمد بن حجر، فتح الباري، دار الكتب السلفية، 12، 273.

"أقسام الرواة من جهة تحقيق العدالة (بقسميها) فيهم⁽¹⁾:"

من عرفت عدالته الباطنة(والظاهرة بالزوم): وهو العدل.

من عرفت عدالته الظاهرة(دون الباطنة): وهو المستور(باصطلاح المتأخرين)، وحكمه القبول في الرواة الذين تعذرت الخبرة الباطنة بأحوالهم، وخاصة طبقة التابعين، وطبقة المتأخرين من رواة النسخ.

من جهلت عدالته (الظاهرة والباطنة) لكن عُرِفَت عينه(في النسب أو الأدب أو الشعر أو أي علم آخر): فهو مجهول الحال. وحكمه التوقف عن قبول حديثه، ولكن ينظر في حديثه(إسناده ومنتنه): فإن كان فيه نكارة، أو علامات الوضع حكم عليه بما يقتضيه ذلك، وإلا فلا يحكم عليه بشدة الضعف.

من جهلت عدالته(الظاهرة والباطنة)، وجُهِلت عينه أيضاً: فهو مجهول العين، وحكمه حكم سابقه.

من عُرِفَ بعدم العدالة: وهو الفاسق، بل والكافر. وهو مردود بالإجماع".

"كيفية إلحاق الرواة بواحدٍ من هذه الأقسام الخمسة⁽²⁾:"

1- العدل:

بالشهرة والاستفاضة، مثل أئمة السنة.

بالتنصيص من مقبولٍ قوله في الجرح والتعديل.

بالتعديل الضمني(كالتصحيح والتحسين للراوي)، ومن التعديل الضمني: الاحتجاج بغيره، إذا

غلب على الظن أن العالم إنما اعتمد في حكمه بمقتضى ذلك الخبر على رواية ذلك الراوي.

2- المستور: برواية عدلين عنه، ويكتفى بعدلٍ واحد إذا كان من الأئمة والحفاظ.

3- مجهول الحال: برواية راوٍ واحد(عدلاً كان أو ليس بعدل، فإن كان الراوي عنه ليس بعدل فهو

أضعف لحاله ولحديثه).

(1) العوين، الشريف حاتم بن عارف، خلاصة التأسيس لعلم الجرح والتعديل، 12.

(2) العوين، الشريف حاتم بن عارف، خلاصة التأسيس لعلم الجرح والتعديل، 13.

4- مجهول العين: كسابقهوإنما فارق بينهما العلم بعين الراوي والجهل بها.

5- الفاسق والكافر:

بالشهرة والاستفاضة: كمحمد بن سعيد المصلوب بالزندقة، والكلبي، وحفص الفرد. يقول النسائي:
" الكذابون المعروفون بوضع الحديث على رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة: ابن أبي يحيى بالمدينة،
والواقدي ببغداد، ومقاتل بن سليمان بخراسان، ومحمد بن سعيد بالشام.

بالتنصيص من مقبول قوله في الجرح.

بالتضعيف الضمني: كتضعيف الحديث الذي ليس فيه ما يقتضي التضعيف إلا ذلك الراوي.

بروايته للمنكرات والموضوعات بالأسانيد النظيفة التي تكون سبب افتضاحه بانه هو الذي جاءت
من قبله تلك النكارة أو هو الذي وضع ذلك الإسناد أو المتن".

حكم تقصي العدالة في الشهود:

فإذا جاء مسلم إلى القاضي ليشهد في قضية ما، وكان فيما يظهر للقاضي أنه عدل، فهل هذا
يكفي للحكم بعدالته والقبول بشهادته، أم أنه على القاضي البحث والتقصي في عدالة هذا الشاهد
بالسؤال أو الاستفاضة أو الشهرة؟

في هذه المسألة اختلف الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول: يقضي بظاهر العدالة ولا يتعين على القاضي البحث والتقصي إلا في الحدود
والقصاص، أو طعن الخصم في شهادة الشاهد، وبهذا قال الإمام أبو حنيفة⁽¹⁾، وهو رواية عن أحمد في كل
مسلم لم تظهر منه ريبة⁽²⁾.

(1) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليق المختار، بيروت: دار الكتب العلمية، 2: 417.

(2) في هذه الرواية لم يفرق الإمام أحمد بين الحدود والأموال. ابن مفلح، المبدع، 8: 200. المرادوي، الإنصاف، 11: 281، 282.

الرأي الثاني: يتعين على القاضي أن يسأل عن الشهود في جميع الحقوق، وهذا قول الصحابييين من الحنفية؛ وعليه الفتوى⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة في ظاهر المذهب⁽⁴⁾.

أدلة الفريقين: استدلت أصحاب الرأي الأول عندما أخذ رسولنا الكريم بشهادة الأعرابي في رؤية الهلال⁽⁵⁾، كما استدلو أيضاً بما كتبه عمر إلى أبي موسى: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حد، أو ظنيماً في ولاء، أو قرابة⁽⁶⁾. ولأن العدالة أمر خفي سببها الخوف من الله تعالى، ودليل ذلك الإسلام، فإذا وجد فليكتفي به ما لم يقد دليل على خلاف ذلك⁽⁷⁾، ولا يلزم الاكتفاء بظاهر العدالة في الأموال الاكتفاء بما في الحدود والقصاص؛ لأنه كما أن الأصل في الشاهد

(1) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليق المختار، 2: 417. المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح باية المتدي، 8: 138، 139.

(2) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، (1398هـ — 1978م)، 466. ابن العربي، أبو بكر المالكي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، (1424-2003م)، ط3، 1: 302.

(3) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية، (1419هـ — 1999م)، ط1، 17: 156. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المهذب في الفقه، دار الكتب العلمية، (1412-1992م)، ط1، 3: 386.

(4) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، بيروت: دار الكتب العلمية، (1418هـ — 1997م)، 8: 199، 200. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المعني، دار إحياء التراث العربي، (1405هـ — 1985)، ط1، 11: 417، 418.

(5) ونص الحديث عن ابن عباس قال: جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: أي رأيت الهلال، فقال: "أتشهد أن لا إله إلا الله؟ أتشهد أن محمداً رسول الله؟ قال: نعم، قال: يا بلال أذن في الناس أن يصوموا غداً". الترمذي، الجامع الصحيح، 176 رقم الحديث 691. النسائي، أحمد بن شعيب، سنن النسائي الصغرى، ط1، (1420هـ — 1999م)، الرياض: دار السلام، 297. رقم الحديث 2114، 2115.

(6) بن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، المحلى، (1408-1988)، بيروت: دار الكتب العلمية، 8: 473. وقد ذكر الزيلعي في نصب الراية أن فيه راوياً ضعيفاً. جمال الدين عبد الله الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، القاهرة: دار الحديث، 4: 82. أما الألباني قد ذكر في الارواء أن لفظة: "المسلمون عدول بعضهم على بعض" صحيحة. ص، 258: 2634.

(7) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، 8: 200.

العدالة كذلك الاصل في المشهود عليه العدالة، والشاهد وصفه بالزنا والقتل فتقابل الأصلان فرجحنا بالعدالة الباطنة؛ ولأن الحدود مبناها على الإسقاط فيسأل عنهم احتياطاً للدرء⁽¹⁾.

أما الجمهور: فأخذوا بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة، ولا بد من السؤال عن الشهود، لأن الحاكم يجب أن يحتاط في حكمه صيانة له عن النقص وذلك بسؤال السر والعلانية⁽²⁾. كما أن الأموال حق كما أن الحدود حق، فلا يكتفي في الشهادة عليها بظاهر العدالة كالحدود⁽³⁾.

يمكن القول بأن الأولى الأخذ بالرأي الأول وهو الاكتفاء بالعدالة الظاهرة في الشهود ما عدا الحدود والقصاص، وذلك من وجهين:

الأول: الكتاب، في قوله تعالى " وكذلك جعلناكم أمة وسطاً " (البقرة: 143). حيث يتضح من الآية الكريمة أن الله تعالى وصف الأمة الإسلامية بالوساطة وهي العدالة، الأمر الذي يجعلنا نكتفي بالعدالة الظاهرة دون البحث والتقصي في العدالة الباطنة. وأيضاً في قوله تعالى: " استشهدوا شهيدين من رجالكم. . . " (البقرة: 282). وفي هذه الآية الكريمة أيضاً لم يشترط سبحانه وتعالى في الشاهد وصف أكثر من كونه من رجالنا، فلو كانت هناك شروطاً أخرى لعدالة الشاهد لبينها لنا في كتابه العزيز. أما في السنة فلم نجد حديثاً عن الرسول صلى الله عليه وسلم يشترط البحث والتقصي في الشاهد وبأن تكون عدالته باطنة، وقد سبق التطرق لبعض الأحاديث عن رسولنا الكريم التي تدل على حكمه بالعدالة

(1) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليق المختار، 2: 417.

(2) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليق المختار. 2: 419.

(3) ابن العربي، أبو بكر المالكي، أحكام القرآن، 1: 302. وقد ذكر فقهاء الحنفية أن الفتوى على قول الصحابين- أبي يوسف ومحمد-

ولذلك قال أبو بكر الرازي: " لا خلاف بينهم في الحقيقة، فإن أبا حنيفة أفتى في زمان كانت العدالة فيه ظاهرة، والنبى عليه الصلاة والسلام عدل أهله، وقال: " خير القرون قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يفشون الكذب ". واكتفى بتعديل النبي صلى الله عليه وسلم، وفي زمانهما فشى الكذب فاحتاجا إلى السؤال ولو كان في زمانه ما سأل، ولو كان في زمانهما لسأل، فلهذا قلنا الفتوى على قولهما ". الموصلي، الاختيار، 2: 417، 418. العيني، البناية، 8: 639. فالخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه خلاف عصر وزمان لا حجة ولا برهان. أما الحديث الذي أورده الرازي فأصله في الصحيحين. البخاري، صحيح البخاري، 429، 612، رقم الحديث 1116، 2652، 3651، 6429، في كتب متفرقة. مسلم صحيح مسلم، 1110، رقم الحديث 6469.

الظاهرة في الشهود مثال رؤية الهلال. قال الإمام النووي رحمه الله: وفيه أن الأحكام تجري على الظاهر والله تعالى يتولى السرائر⁽¹⁾.

وفي رأي الباحث أن البحث عن العدالة الباطنة في الشهود يعيق في معظم الأحوال سير الدعوى ويتأخر صدور الحكم وربما تضيع الحقوق من وراء ذلك ما لم يطعن المتقاضي في الشهادة أو تعلق الأمر بالحدود والقصاص على اعتبار أنهما من الكبائر، لذلك كان الرأي الأول في الأخذ بالعدالة الظاهرة هو الأولي والله أعلم.

علاقة العدالة الظاهرة باستقلال القضاء:

تبين مما سبق أن نوع العدالة المطلوبة لتحقيق استقلال القضاء هي العدالة الظاهرة، وهي عامل من عوامل استقلال القضاء، ويظهر ذلك جلياً من خلال شريعتنا الإسلامية، فلو افترضنا أن العدالة الباطنة أو الخفية هي المطالب بها أمام القضاء فسيصعب على القاضي الحكم بين الناس بسهولة مما يوقعه في بعض المشاكل، وقد يضطره تدخل البعض في شئونه ومعارضة أحكامه، وقد يصل إلى مرحلة الظلم في أحكامه وعدم العدل بين الناس، فالله وحده عالم الغيب والشهادة، ولا طاقة للبشر العلم بما يخفى من الأمور. لذلك كانت العدالة الظاهرة أولى فلا حجة لأحد في مواجهة القاضي، ويستطيع أن يعبر بكل حرية واستقلالية عن أحكامه دون تدخل من أي جهة كانت، وتقرر المحكمة من تلقاء نفسها وبشكل مستقل، ولا يمكن حتى للحاكم التدخل في قرارات القاضي، لذلك ترى الباحثة أن العدالة الظاهرة عامل رئيس ومهم من عوامل استقلال القضاء وذلك من عدة جهات، وهي كالآتي:

1- العدالة الظاهرة يحكم القاضي من خلالها بما هو ظاهر للعيان، ومتفق عليه من قبل جميع الناس.

2- العدالة الظاهرة تمنع تدخل أي شخص في الأحكام الظاهرة التي يحكم فيها القاضي، ويصبح حكمه مستقلاً.

(1) شرح صحيح مسلم، 1، 212.

3- يشعر القاضي بالطمأنينة والعدالة في أحكامه، لأنه سيحكم بما هو ظاهر، ولن يضطر للبحث بما هو خفي، أو يضطر إلى التخمين بما يقرره في الحكم على الناس ومعرفة ما في صدورهم، والله أعلم.

4- المفهوم الحقيقي لاستقلال القضاء هو تحقيق العدالة الظاهرة وليست الخفية.

5- العدالة الظاهرة تمنع الحاكم من التدخل في شئون القضاء والبحث والتنقيب في الخفايا ليستعملها حجة على القاضي.

6- العدالة الظاهرة تقلل من الطعن في أحكام القاضي، والتدخل في الأمور التفصيلية عند حكمه على أحد المتخاصمين.

المطلب الثاني: مقومات استقلال القضاء

ويقصد باستقلال القضاء أن لا يقع تحت تأثير سلطة أو شخص من شأنه أن ينحرف به عن هدفه الأسمى، وهو إقامة العدل بين الناس، وإيصال الحقوق إلى أصحابها، فيجب أن يكون القضاء تحت شعار العدالة ولا يخضع لأي سلطان وإن كان سلطان الحاكم نفسه، فقد تسوّل له نفسه بالتدخل في القضاء واستخدام نفوذه في سبيل الضغط على القاضي وتهديده للحكم بما يراه مناسباً له.

وحتى يحقق القضاء هدفه الأسمى في أن يكون مستقلاً، أن يقوم على عدة ركائز منها الحياد والتخصص وحرية الرأي والاجتهاد، وكذلك لا بد من وجود طرق الحماية لاستقلالية القضاء، وهي الحماية الدستورية والحماية الجزائية والشعبية، وليبيان جميع هذه الأمور كالاتي:

أولاً: ركائز استقلال القضاء

1- حرية الرأي والاجتهاد

المقصود بحرية الرأي: " أن يتمتع الإنسان بكامل حريته في الجهر بالحق، وإسداء النصيحة في أمر الدين أو الدنيا، فيما يحقق النفع، ويصون مصالح الفرد والمجتمع، فيما يتعلق بالحاكم أو المحكوم"⁽¹⁾.

وقد دلت السنة النبوية على كفالة الإسلام لحرية الرأي " فلم يكتف النبي صلى الله عليه وسلم بالدعوة العامة لحرية الرأي بل كان يدعو أصحابه إلى إبداء آرائهم، وكان يستحثهم على ممارسة حرية الرأي معه"⁽²⁾. فعن حذيفة قال: " لا تكونوا إمعة تقولون: إن أحسن الناس أحسنا، وإن ظلموا ظلمنا، ولكن وطنوا أنفسكم إن أحسن الناس أن تحسنوا وإن أساءوا فلا تظلموا"⁽³⁾.

(1) الحقييل، سليمان بن عبد الرحمن، حقوق الإنسان في الإسلام والرد على الشبهات المثارة، موقع كتاب السنة، (1424هـ - 2003م)

، 54.

(2) خالد حسين حمدان، حرية الرأي في واقعنا المعاصر، 346.

(3) رواه الترميذي، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في الإحسان والعفو، 4/346، حديث رقم (1930)، قال أبو عيسى: هذا حديث

حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه.

"وفي تدريب النبي صلى الله عليه وسلم على الاجتهاد- مع علمه بأن اجتهادهم قد يُفضي إلى وقوع الاختلاف في الرأي-مظهر آخر من مظاهر إقرار حرية الرأي"⁽¹⁾.

ويقصد بحرية الرأي والاجتهاد- من وجهة نظر الباحثة- هي حرية التعبير والبحث والتفكير والتأمل وهي من أبسط حقوق الإنسان في الحياة، فماذا لو كان القاضي الذي يملك زمام الأمور في الحكم بين الناس مكبلاً لا يستطيع التعبير وأبداء الرأي بحرية في أمور الناس، لذلك يجب أن يُفسح المجال للقاضي ليفكر ويستنبط الأحكام، والإسلام يفتح للقاضي باباً رحباً وميداناً فسيحاً في المجال العقلي والفكري مسترشداً بما رسمه الشارع الحكيم سبحانه في الكتاب والسنة.

وقد قال بعض العلماء بأنه: "يجوز تقلد القضاء للمقلد عند الضرورة فيقضي بفتوى غيره الذي قلده أو بالمشهور من مذهبه"⁽²⁾، ولكن إذا وجد المجتهد فلا يجوز تولية المقلد لأنه لا ضرورة لتوليته مع وجود المجتهد.

وكذلك في الفقه المالكي والشافعي والحنبلي أيضاً اشترطوا أن يكون القاضي مجتهداً وحثهم أن القضاء أكد من الإفتاء، لأنه إفتاء وإلزام، والمفتي لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً، وأضافوا أن ما أنزله الله في كتابه العزيز يعرفه العالم المجتهد لا المقلد⁽³⁾. وخالفهم في هذا الرأي مذهب الحنفية فهم لا يشترطون أن يكون القاضي مجتهد، بل يمكن للقاضي غير المجتهد أن يقضي بعلم غيره بالرجوع إلى فتوى غيره من العلماء، وحثهم أن الغرض من القضاء فصل الخصومات فإذا أمكن ذلك بالتقليد جاز، وهو ممكن بالرجوع إلى فتاوي العلماء وأقوالهم⁽⁴⁾.

(1) عبد المجيد النجار، دور حرية الرأي في الوحدة الفكرية بين المسلمين، الدار العربية للعلوم، 2005م، 16.

(2) ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد برهان الدين، تبصرة الحكام، 1(799هـ - 1397م)، 24.

(3) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، الرياض دار عالم الكتب، ط1، (140هـ - 1986)، 9: 40،

41. 2. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي القباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت: دار الكتب

العلمية، ط3، (1424هـ - 2003م)، 8: 226.

(4) الكاساني، أبو بكر بن مسعود الحنفي علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، (142هـ -

2003م)، 7: 3.

2- الحياد

ويقصد به " ترك الميل في بحث قضية من القضايا، والوقوف موقف العدل والإنصاف"⁽¹⁾.

"القضاء بطبيعته يتصف بالحياد، ويعتبر حياد القاضي أحد أهم الأركان التي يقوم عليها استقلال القضاء، فالحياد شرط لازم لإحقاق الحق، وإقامة العدل بين الناس، فلا عدل بدون حياد ولا حياد بدون استقلال"⁽²⁾.

والمقصود هنا عدم التحيز والمحابة لجهة دون الأخرى، فالعدالة في القضاء تستوجب أن يكون القاضي محايداً، وعليه يكون القضاء مستقلاً، أما إذا تحيز القاضي لفريق دون الآخر، يفقد القضاء صفة الاستقلالية والحرية في الحكم ويتحول إلى تابع. وقال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُفُؤًا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ ءَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ ءِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللّٰهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا هَوَىٰٓ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلُؤْاْ أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللّٰهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ النساء: 135. وقال أيضاً: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُفُؤًا قَوَّامِينَ لِلّٰهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا ءَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ المائدة: 8.

وفي هذه الآيات الكريمات دليل واضح أن الله سبحانه وتعالى حذر من المحابة والتحيز لنفسه أو لغيره، والابتعاد عن ما قد يوقع القاضي في المحابة كأن يقضي لنفسه أو لوكيله أو لشريكه في مال أو تجارة أو لمدينه المفلس أيضاً أو لأصوله، كآبائه واجداده وإن علوا أو لفروعه، كل هذا من أجل الأيقع تحت ضغط هواه، وإن النفس لأمارة بالسوء.

و لم يجد الباحث نصاً صريحاً يمنع القاضي أن يحكم على أصوله وفروعه لأن التهمة غير مظنونة والمحابة في الأصل غير موجودة، ولكن لا يخلو كتاب الله من التحذير والتنبيه، لذلك يرى الباحث أنه من الأفضل تجنب القاضي الفصل في الدعاوي ذات الصلة به أو بأقاربه أو أهله حماية له من الوقوع في

(1) محمد بن صامل العلياني، منهج كتابة التاريخ الإسلامي، دار ابن الجوزي، 2008م، 145.

(2) ميشيل شماس، بحث بعنوان: مبدأ حياد السلطة القضائية، www.view/content/info.syriauall

الشبهات ومعصية الله، وأن يتجرّد من كل هذه الأمور، ويكون حكمه عادلاً وظاهراً للعيان لا يشوبه النقد أو التعليق بأن هذه الدعوى أو تلك كان حكمه فيها لأحد أقاربه، فرمما لا ينجو من كلام الآخرين حتى وإن كان حكمه عادلاً.

3- العلم أو التخصص:

ومعناه: "أن يكون القاضي مؤهلاً علمياً ليتولى منصب القضاء"⁽¹⁾.

ويستعمل الفقهاء اصطلاح التقليد العام واصطلاح التقليد الخاص للدلالة على مدى ولاية القاضي، وسلطته في رؤية دعاوي الناس، فإذا عين الخليفة قاضياً على إقليم ليقضي بين عموم أهله وفي جميع خصوماتهم المدنية والجزائية وفي جميع الأوقات، فتقليد القضاة لهذا القاضي في هذه الحالة هو تقليد عام، أما إذا عُين القاضي بقيود معينة من حيث المكان أو الزمان أو نوع الخصومات أو نوع الخصوم فتقليد القضاء لهذا القاضي في هذه الحالة هو تقليد خاص، ويعرف هذا التقليد عند الفقهاء بتخصيص القضاء⁽²⁾.

وبما أن منصب القضاء من أرفع وأرقى المناصب في العالم فليس من السهل اختيار من هو في مركز القضاء، فكان لابد من التخصص، ومن توافر شروط معينة في القاضي كالبلوغ والعقل والحرية والذكورة والعدالة وسلامة الحواس والأعضاء، ويستحب أيضاً أن يتمتع القاضي بصفات وآداب كالورع والتقوى والعفة والتزاهة والشورى وقلة الطمع، وما قاله عمر بن عبد العزيز رحمه الله: (لا ينبغي للرجل ان يكون قاضياً حتى تكون فيه خمس خصال: أن يكون عالماً قبل أن يستعمل، مستشيراً لأهل العلم، ملقياً للثرع" الحرص والطمع" منصفاً للخصم، مقتدياً بالأئمة)⁽³⁾.

(1) زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، بغداد: مطبعة العاني، ط1، (1404هـ - 1984م)، 25: 30.

(2) عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عمان: مكتبة البشائر، ط2، (1409هـ - 1989م)، 45، 46.

(3) بن قتيبة، عبد الله بن مسلم، عيون الاخبار، دار الكتب المصرية، (1343هـ - 1925م)، 1: 60. وجاء في الحاشية: وقد ورد هذا الأثر في العقد الفريد والبيان والتبيين ما نصه: (إذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل علم ما كان قبله، ونزاهته عن الطمع، وحلم عن الخصم، واقتداء بالأئمة، ومشاورة أهل الرأي).

ثانياً: طرق حماية استقلال القضاء

1- الحماية الدستورية:

ويقصد بالحماية الدستورية لاستقلال القضاء أن يتضمن الدستور مبدأ الفصل بين السلطات، ويتم الفصل بين السلطة القضائية وباقي السلطات، وهما السلطة التشريعية والتنفيذية، وعدم تدخل أي منهما في شأن من شؤون القضاء، ويصاغ ذلك في قانون، ويصح هذا القانون ملزماً للجميع دون استثناء حيث يكفل حماية القضاء ويمنع التدخل من أي جهة، وهذا ما يسمى بالدستور، كما أن بعض فقهاء المسلمين قد ذهبوا إلى أن للقضاء حدوداً ليس لأحد أن يتعرض لها، والإسلام لا يسمح لأي إنسان مهما علت مرتبته أو ارتفعت مكانته أن يتدخل في حكم القاضي، وإذا أحس القاضي بأي نية في التدخل في شؤونه، رفض التدخل ووجب على الجميع الالتزام بحكمه حتى الخليفة أو الحاكم⁽¹⁾.

ويمكن القول: إنه في حالة عدم تضمن الدستور النص على استقلالية القضاء ترى الباحثة أنه دستور ناقص يشوبه الضعف؛ لأن القضاء هو من دعائم الدولة ومصدر نجاحها، فإن صلح القضاء صلحت معه أمور الأمة، والدستور هو المصدر الأول لوضع خارطة الطريق لأي دولة تسعى نحو الأفضل، فإذا شابه أي نقص أو قصور فإنه يفقد قيمته الحقيقية في السير نحو الأفضل، والحديث عن الحماية الدستورية لاستقلال القضاء لا يقف عند هذا الحد، بل سيتناول الباحث هذا الموضوع بشيء من التفصيل في الباب الرابع بإذن الله تعالى.

2- الحماية الجزائية:

بالإضافة إلى ما سبق هناك نوع آخر من الحماية وهي الحماية الجزائية، والتي تتمثل في فرض عقوبة على كل من يتدخل في شؤون القاضي بموجب نص القانون، حتى تبقى للقضاء هيبة تمنع الاعتداء أو حتى المساس بسلطة القاضي وحرية واستقلاله، وهذه الحماية الجزائية تمثل قوة الردع لكل من تسول له نفسه التدخل في أمور القضاء، ويرى الباحث أن هذه العقوبة يجب أن تشمل الجميع دون استثناء، خاصة وأن تاريخ القضاء في الإسلام تحدث عن تدخلات الولاة والسلاطين في شؤون القضاة، وما

(1) النباهي، أبو الحسن بن عبد الله بن الحسن الأندلسي، تاريخ قضاء الأندلس، بيروت: دار الآفاق الجديدة، ط5، (1403هـ) -

تعرض له القضاة والفقهاء من أذى بسبب هذا التدخل، مدافعين عن حريتهم في الحكم وإبداء الرأي، لذلك لا بد أن يكون الجزاء في التعدي على سلطان القاضي واستقلالته يشمل الجميع دون استثناء.

3- الحماية الشعبية:

إن استقلال القضاء هو ضمانه الشعب تجاه السلطة الحاكمة، وهو أقوى ضمانه في كفالة الحقوق والحريات حتى وإن أقرتها الدساتير والقوانين، فعندما يترسخ إيمان الشعب باستقلال القضاء يكون الشعب هو المحامي والمدافع عن ذلك الاستقلال، ومن هنا يكون الوعي القانوني إذا ما أريد له أن يتحقق وأن ينتشر فمن الواجب على أفراد المجتمع أنفسهم تحقيق ذلك الأمر. ويمكن ترسيخ مبدأ استقلال القضاء عن طريق الآتي:

1- التوسع في طرح الثقافة القانونية من خلال البرامج الإعلامية المسموعة والمقروءة والمرئية.

2- إيجاد مناهج تعليمية في بعض المراحل الدراسية تتعلق بالمعرفة القانونية وبشكل مبسط حتى

يكون الطالب مؤهل لتقبل الالتزامات التي يملئها عليه القانون⁽¹⁾

كما أن الإسلام يأمرنا بمناصرة القاضي العالم العادل، والوقوف بجانبه ضد من تسول له نفسه من أن يتدخل في شؤون القضاء أيًا كان؛ لأن هذا يعتبر منكراً في الإسلام، والمسلم مأمور بإنكار المنكر، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان)⁽²⁾.

ويمكن القول: إنه لا بد من مناصرة الشعب للقضاء والدفاع عنه واحترام ما نص عليه الدستور من حرية القضاء، وأن هناك عقوبة رادعة لمن لايراعي سلطان القاضي وحكمه وحرية في العدل بين الناس، فالحماية الدستورية والحماية الجزائية لا يمكن إثبات وجودهما على أرض الواقع إلا إذا اعترف بهما الشعب واقربهما ودافع عنهما.

(1) البموسوي، سالم رضوان، مبدأ استقلال القضاء في التشريع العراقي، الحوار المتمدن، العدد: 2266، 29 / 4 / 2008، 11 : 14،

www.ahewar.org

(2) رواه الإمام مسلم في صحيحه، وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والإمام أحمد في مسنده عن أبي سعيد رضي الله عنه، الكثر الثمين

في احاديث النبي الأمين: 567، رقم الحديث: 3711.

المطلب الثالث: أدب القاضي

الأدب هو: "التخلق بالأخلاق الجميلة والخصال الحميدة في معاشررة الناس ومعاملتهم، وأدب القاضي التزامه لما ندب إليه الشرع من بسط العدل ودفع الظلم وترك الميل والمحافظة على حدود الشرع والجري على سنن السنن، والقضاء لغة بمعنى الإخبار⁽¹⁾، وبمعنى الفراغ وبمعنى التقدير وفي الشرع قوله ملزم يصدر عن ولاية عامة كذا في خزنة المفتين"⁽²⁾.

وأطلق فقهاء الشريعة على أخلاقيات القضاء وصف آداب القاضي باعتبارها سلوكاً أدبياً يلتزم به القاضي أمام الله وأمام الناس ويلزم بها نفسه⁽³⁾. فمن آداب القاضي حسن الخلق وأن يكون القاضي قوياً من غير عنف، وأن يكون مُستظهِراً مُستحظراً للعلم وأدلتها، ومتمكناً فيه. ومن أثر تحلي القاضي بالقوة ألا يطمع فيه الظالم، فالقوي تعظم هيئته ويهابه الظالم، وأما الضعيف فيطمع فيه القوي، ولكن هذه القوة لاتعني العنف، بل تعني القوة في الحق مع خفض الجناح والرفق بالناس⁽⁴⁾.

ويمكن القول: إن المقصود بأدب القاضي، الخصال الحميدة المندوبة والمدعو إليها، فأدب القاضي ما يذكر له من شرائط الشهادة، فإن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان، وهو أشرف العبادات، عندما أثبت الله سبحانه وتعالى لآدم عليه السلام اسم الخلافة فقال تعالى: ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ البقرة: 30.

وأثبت ذلك أيضاً لداود عليه السلام فقال تعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ ص: 26. وبه أمر كل نبي مرسل صلوات الله سبحانه عليهم جميعاً، والمقصود منه إظهار العدل ورفع الظلم من الظالم، وإيصال الحق إلى المستحق، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

(1) الأحبار: أي الإبلاغ، ومنه قوله تعالى: " وقضينا إليه ذلك الأمر " الحجر: 66.

(2) العلامة همام الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، الجزء الثالث، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، (1421هـ - 2000م)، 295.

(3) نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مطبعة الأمانة، ط1، 1977، 215.

(4) الزيلعي، جمال الدين عبد الله بن يوسف، نصب الرأية في تخریج آحادیث الهدایة/ كتاب أدب القاضي، دار الحديث، 1415هـ -

مشروعية أدب القاضي:

الأصل في القضاء أنه فريضة محكمة وسنة متبعة، وقد باشره الصحابة والتابعون ومضى عليه الصالحون ولكنه فرض كفاية، والقضاء على خمسة أوجه، "واجب: وهو أن يتعين له ولا يوجد من يصلح غيره، ومستحب: وهو أن يوجد من يصلح لكنه هو أصلح وأقوم به، ومخير فيه: وهو أن يستوي هو وغيره في الصلاحية والقيام به وهو مخير إن شاء قبله وإن شاء لا، ومكروه: وهو أن يكون صالحاً للقضاء لكن غيره أصلح، وحرام: وهو أن يعلم من نفسه العجز عنه وعدم الإنصاف فيه فيحرم عليه"⁽¹⁾.

وقد جاءت الشريعة الإسلامية بما يدل على الالتزام بالأخلاق والصفات الحميدة التي يجب على كل مسلم أن يتحلى بها في القول والعمل. قال تعالى مادحاً رسوله الكريم: ﴿وَلَنِكَ لَعْنٌ خُلِقَ عَظِيمٌ﴾ القلم: 4. وقال تعالى: ﴿وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظًا لَاقَلْبٌ لَّانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ﴾ آل عمران: 159.

وتوالت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية في بيان الصفات التي يجب ان يتحلى بها القاضي، وما ذكره أيضاً الصحابة والتابعون وغيرهم من علماء المسلمين من التمهيص والتدقيق في اختيار القاضي وتحري مواطن الصلاح فيه بالنظر إليها، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّكَ خَيْرٌ مِّنْ أَسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ القصص: 26. وكذلك في قوله صلى الله عليه وسلم: (من استعمل رجلاً على عصابة وفيهم من هو أَرْضَى الله منه فقد خان الله ورسوله والمؤمنين)⁽²⁾. وجاء عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله قوله: "إذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل: علم بما كان قبله ونزاهة عن الطمع وحلم عن الخصم واقتداء بالأئمة ومشاورة أهل الرأي"⁽³⁾.

(1) العلامة همام الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، 295.

(2) المحافظ النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، دار الفكر، 2: 92. قال عنه الحاكم صحيح الأسناد، وتعقبه الذهبي بقوله "بكرين حنيس، أحد رواته، قال عنه الدار قطني متروك أنظر كتاب الكباير، للشيخ محمد بن عبد الوهاب، باب المحاباة في الولاية، حديث رقم: 217، الموسوعة الشاملة، موقع على شبكة المعلومات (الإنترنت).

(3) وكيع، محمد بن خلف بن حيان، أخبار القضاة، دار عالم الكتب، دت، 1: 78.

وتكمن هنا أهمية الالتزام الخلقي للقاضي بتبنيه معالي الأمور والترفع عن دناياها. مما يجعله إنسان حق وخير وصدق وشخصية متوازنة نفسياً ووجدانياً ظاهراً وباطناً⁽¹⁾. قال تعالى: ﴿مَنْ عَمِلْ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ ۖ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا ۗ﴾ الجاثية: 15.

ويمكن القول: إن هذه الصفات الحميدة والأخلاق الجليلة هي قوة ومهابة في الحق على الجميع دون استثناء، وبما أن القاضي مسؤول عن تحقيق العدالة، فلا بد من غرس هذه القيمة وتنميتها في نفس القاضي الذي لا يسمع إلا صوت الضمير، والقاضي الذي ينام ويصحو على صوت الحق والذي يخشى الله ويخاف يوم الحساب، والذي يسعى للصلح والإصلاح ما استطاع، وهي من صفات القاضي داخل المحكمة، ولكن هل من الضروري أن يتحلّى القاضي بهذه الصفات خارج المحكمة أيضاً؟ أم هناك صفات وآداب أخرى للقاضي خارج المحكمة؟

وبعد الدراسة والبحث تبين أن للقاضي آداباً داخل المحكمة، وأخرى خارج المحكمة، وهذا ما سوف يأتي بيانه كالاتي:

أولاً: أدب القاضي داخل المحكمة

لقد جعل الإسلام للقضاء آداباً، وسنناً في غاية الكمال، والرفعة؛ لأن القاضي مطالب بأن يتحلّى بهذه الآداب، وخاصة داخل المحكمة، وهذه الآداب موجودة في الشرائع السماوية، والعالم أجمع يحاول أن يصل بقضائه إلى درجة الرقي والكمال، والشريعة الإسلامية كانت الأكثر تفصيلاً وتوضيحاً لأدب القاضي وما يجب عليه فعله أثناء حكمه في الدعاوي المعروضة عليه، أو ماهي الصفات التي يتحلّى بها القاضي داخل المحكمة حتى تكون عدالته عدالة ظاهرة في غاية الرفعة والرقي، وهي كالاتي:

1- عدم جواز القضاء والحكم والقاضي في حالة الغضب: وذلك حتى لا تؤثر هذه الحالة النفسية على سير الدعوى وصحة الأحكام. ولأن الغضب أحد الموانع للعقل من التفكير السليم ولا يستطيع معه القاضي أن يتبين وجه الصواب من الخطأ، وقد ورد عن أبي بكر رضي الله عنه، أن

(1) أحمد رجب الأسمر، مكارم الأخلاق في الإسلام نظرياً وتطبيقاً، دار الفرقان: عمان، دت، 18.

النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان"، وفي رواية: " لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان"⁽¹⁾.

2- اللين من غير ضعف: حتى لا يطمع فيه الظالم. لأن القضاء يحتاج إلى كسب ثقة الخصوم وبث الطمأنينة فيهم بحيث يذهب عنهم الخوف ويزول عنهم الاضطراب الذي يجعلهم في كثير من الأحيان غير قادرين عن الإفصاح عن دعواهم أو الرد عليها، فتصدر أحكام القاضي معيبة ومشوبة بالنقص، فينبغي على القاضي أن يكون شديداً من غير عنف لئلا من غير ضعف وإلا انقلبت الفضيلة إلى رذيلة⁽²⁾.

وينبغي على القاضي أن يعتمد بنظره الوقت الذي يكون فيه ساكن النفس معتدل الأحوال ليقدر على الاجتهاد ويحترس من الزلل في الأحكام، فإن تغيرت حاله بغضب أو حرد تغير فيها عقله وحلقه توقف عن الحكم احترازاً من الزلل فيه⁽³⁾.

3- المساواة بين الخصمين: فالكل سواسية أمام القانون سواء الغني أو الفقير، الحاكم أو المحكوم عليه، فيجب على القاضي ألا يفرق بينهما، حتى وإن كانت تربطه صلة قرابة مع أحدهما أو نسب.

4- التفتن والتأني: وذلك لئلا يستغفله الخصوم فيميل عن الحق، فينبغي أن يكون القاضي كثير التحرز من حيل الخصوم، وذلك بجودة الذهن وحدة العقل وقوة الرأي وصفاء الذهن⁽⁴⁾. وكذلك التأني في الحكم على الأمور؛ حتى لا تدفعه العجلة إلى مالا ينبغي بنفسه أو بالخصوم أو بالحكم.

5- حياد القاضي: وهو أمر أساسي لتطبيق العدالة، وهو أن ينظر في الدعوى دون تحيز لمصلحة أحد الطرفين أو ضد مصلحته أي أنه ينظر في الدعوى متجرداً عن الميل والهوى⁽¹⁾. فالقاضي المحايد هو القاضي العادل.

(1) صحيح البخاري بحاشية السندي، 4: 236، باب هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان.

(2) صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي - دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، (1905م)، 327.

(3) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ددار الكتب العلمية: بيروت، (1419هـ-1999م)، 33.

(4) محمد كامل عبيد، استقلال القضاء دراسة مقارنة، نشرن ادي القضاة، مصر، 1991م. 7.

6- رفض الرشوة: ليس أخطر على العدالة من تسرب آفة الرشوة إلى جسم القضاء، فمن المعروف أن سلطان المال له بريق مدمر، فالرشوة إما أن يأخذها القاضي لغرض أن يحكم بغير الحق، وهو أشد أنواع الرشوة، وإما أن يوقف الحكم، ويكون آثماً؛ لأن أمضاء الحكم واجب، وإما أن يأخذ الرشوة ليحكم بالحق، وهذه أيضاً لا تجوز لأنه يأخذ راتباً من الدولة على هذا العمل⁽²⁾.

ثانياً: أدب القاضي خارج المحكمة

يعيش القاضي في المجتمع الذي يحكم فيه، فيجب عليه أن يعايش ظروف المجتمع ويدرك بعمق مشكلاته، وطبائع البشر فيه، وذلك؛ لأن القاضي يجمع بين ثلاثة أمور أو صفات مهمة وهي أنه قاض، وصفته كموظف عام بالدولة، وأيضاً صفته كمواطن في المجتمع، وهو كمواطن له مال غيره من المواطنين من حقوق وعليه ما عليهم من واجبات، ولكنه وهو يمارس هذه الحقوق ويؤدي تلك الواجبات مقيد بمراعاة مركزه الوظيفي كقاضٍ، وهذه الحقوق والواجبات هي:

1 - منع أخذ الهدية: حرم الإسلام أخذ الهدية في كل مجال من مجالات العمل في الدولة، وخاصة ما يتعلق منها بالقضاء، حيث إن الهدية تورث إذلال المهدي إليه، وفي ذلك ضرر بالقاضي، قد يشعره بالحرص عند القضاء، سواء كانت الهدية من أحد الخصمين، أم من شخص آخر لعل علاقة له بالقضية. ولكن بعض العلماء قالوا إذا كان المهدي لاختصومه له، وله عادة بالهدية وأهدى قدر عاداته، ومثل ما كان يهديه، فيجوز للقاضي حينئذ قبولها. فإن أهدى أكثر من المعتاد أو أرفع مما كان يهديه، كأن كان يهدي المأكولات فأهدى الثياب، لم يجز للقاضي قبول هديته⁽³⁾.

(1) حامد الشريف، موانع القضاء، المكتبة العالمية، 2008م: 18، مشيراً إلى مؤلف، المستشار محمد فتحي، نفسية القاضي، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، 1989م، العددان: 1، 2.

(2) أبو العينين، عبد الفتاح محمد، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي، مصر: مطبعة الأمانة، (1403 - 1983م)، 52.

(3) تقي الدين الحصني، كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، 2: 260. دار إحياء الكتب العربية، والروض المربع، 3: 390.

والأصل في حكم الهدية الندب إليها بين الناس من حيث الجملة؛ لأن الغرض منها هو نشر المودة والألفة بين الناس، ولهذا جاء في الحديث (تهادوا تحابوا) ⁽¹⁾. فإذا خرجت الهدية عن هذا المقصد وصار الغرض منها هو تحصيل منفعة غير مباحة لاتدرك إلا بالهدية، أو كان الهدف منها الأضرار بالغير فإنها تصبح رشوة.

2- التوسع على القاضي في الرزق: حتى تتوفر في القاضي جميع هذه الصفات والآداب والمحافظة عليها، يجب ان يكون ميسور الحال، بمعنى أنه يجب أن يتقاضى راتباً يكفل له التفرغ للقضاء تماماً، فلا ينشغل بأي أمر من أمور الحياة المادية ليتمكن من أداء رسالته على أكمل وجه سواء داخل المحكمة أو خارجها. وهذا يجنبه العارية والسلف والاقتراض من سائر الناس وخصوصاً من الخصوم المترافعين لديه أو ممن في جهتهم ⁽²⁾.

3- عدم الاشتغال بالأعمال التجارية: سواء كانت هذه الأعمال من الأعمال التي يكون من شأن ممارستها إما مجاملة للقاضي ومحابة له كالتجارة، أو حط من كرامته وهيبته، كممارسة بعض الحرف التي تعد في عرف الناس وضيعة.

4- عدم المباهاة والتفاخر: أي أن يجعل حظه من الولاية المباهاة بالرياسة، وإنفاذ الأوامر، فيكون ممن خوطب بقوله تعالى: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا وَأَسْتَمْتَعْتُمْ﴾ الأحقاف: 20. بل عليه أن يكون جميل الهيئة، ظاهر الأئمة، وقور المشية والجلسة، حسن النطق والصمت، محتزراً في كلامه ⁽³⁾.

5- عدم استضافة أحد الخصمين في منزله: بل يجب عدم إدخال الخصم منزله لغرض شرح قضية لديه ⁽¹⁾. حتى يتجنب القاضي مواطن التهم، وحتى يبقى حياده تاماً بعيداً عن الشبهات، ويحافظ على نزاهته، فهو ميزان العدل الذي لا يحد.

(1) موطأ مالك، باب حسن الخلق، حديث رقم 16، 2: 908. رواه أبو هريرة وحسنه الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، المكتب

الإسلامي، بيروت، ط3، 1408هـ، رقم 3004. وصحيح الأدب المفرد، رقم 462.

(2) بن فرحون، برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، الرياض: دار عالم الكتب، (1423هـ-2003م)، 1: 31.

(3) الطرابلسي، أبو الحسن علاء الدين علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، بيروت: دار الفكر، دت، 15.

6- عدم قبول الدعوة من أحد الخصمين: وهنا يجب بيان أمرين؛ فإذا كانت الدعوة عامة كالزواج مثلاً، والتي لا يعتبر القاضي فيها أحد أسباب إقامتها⁽²⁾ أو كان عدد المدعون أكثر من عشرة⁽³⁾ ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يلي الدعوة، بل قال بعض الفقهاء بالوجوب⁽⁴⁾؛ لأن تلبية الدعوة من الآداب الإسلامية التي أمرنا بها الإسلام. ورغم هذا فقد كره كثير من الفقهاء للقاضي تلبية الدعوة العامة من أحد الخصمين حال قيام الخصومة مراعاة لحال صاحبه وصيانة للقاضي⁽⁵⁾، أما الدعوة الخاصة التي تقام على شرف القاضي، فإنه يمتنع على القاضي تليتها ولو كان معه آخرون، وسواء كانت هناك خصومة منظورة أمام المحكمة للشخص المظيف أم لم تكن⁽⁶⁾.

ومما لا شك فيه أن جميع هذه الحقوق والواجبات التي يجب أن يتحلى بها القاضي العادل ليتحقق معها استقلال القضاء وحرية، لأن استقلال القضاء يتطلب توافر جميع هذه الصفات. ولكن هذه الصفات لا تنتهي عند هذا الحد، لأن تغير ظروف الحياة من زمن إلى زمن قد تفرض على القاضي آداباً جديدة، وأيضاً تغير العادات والتقاليد من بلد لآخر تلزم القاضي بأن يتنازل عن أحد هذه الآداب، فعلى سبيل المثال: إذا نزل ابن عم القاضي ضيفاً عليه، وهو أحد الخصوم، فيكون عاراً على القاضي أن يطرده من بيته وفقاً لعادات وتقاليد هذا البلد. والسؤال هنا هل هذه الآداب موجودة ومطبقة في وقتنا الحالي؟

(1) الخصاف، عمر بن عبد العزيز ابن مازة البخاري، شرح أدب القاضي، العراق: مطبعة الإرشاد، (1397هـ - 1977)، ط1، 126.

(2) السرخسي، شمس الدين، المسوط، بيروت: دار المعرفة، 16: 81. 2- النسفي. أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، بيروت: دار الكتب العلمية، (1318هـ - 1997م)، ط1، 6: 306. 3- ابن الهمام. كمال السدم محمد بن عبد الواحد، فتح القدير على الهداية، بيروت: دار الكتب العلمية، (1414هـ - 1993م)، 5: 468.

(3) السرخسي، شمس الدين، المسوط، بيروت: دار المعرفة، 16: 81.

(4) ابن أبي الدم، إبراهيم بن عبد الله الهمداني الشافعي، أدب القضاء، العراق: وزارة الأوقاف، (1404هـ - 1984م)، ط1، 114.

(5) النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، بيروت: المكتب الإسلامي، (1412هـ - 1991م)، ط3، 11: 165.

(6) الشربيني، محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت: دار الكتب العلمية، (1421هـ - 2000م)، 4: 392. البكري، أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر، (1418هـ - 1997م)، ط1، 4: 221.

وهل القاضي ملزم بها؟ ومن المسؤول عن ضمان تطبيق هذه الآداب؟ أم هناك رقابة تُحرص على أن تتوفر هذه الآداب في القاضي قبل أن يعتلي منصب القضاء. هذا ما سوف يأتي بيانه لاحقاً في محاولة بيان ما إذا كانت هذه الآداب سبباً من أسباب استقلالية القضاء، فإذا تحلّى القاضي بكل هذه الآداب والصفات هل يستطيع المطالبة باستقلاليتهم ليكون حراً، وهنا تكون آداب القاضي جزءاً لا يتجزأ عن استقلالية القضاء.

University of Malaya

المطلب الرابع: المراجعة والاستئناف

ويقصد بالمراجعة في اللغة: " العودة إلى الشيء، ونقض الشيء ثم فتله ثانيًا"⁽¹⁾، والمراد هنا هو إعادة النظر في الحكم القضائي مرة ثانية.

القضاء يعد من أعمال الطاعات والتقرب إلى الله - عزّ وجلّ - لأن في القضاء أداء الحقوق إلى أصحابها ونصرة المظلوم والإصلاح بين الناس والأمر بالمعروف، فإذا لم يقيم صاحب هذا المنصب الخطير بما أوجبه الشرع، ولم يؤد الحق فيه، فإنه يعرّض نفسه لخطر عظيم. وقد دلت النصوص الشرعية على أن في القضاء فضلًا عظيمًا لمن قوي على القيام به، ومن ذلك ما بينه رسولنا الكريم صلوات الله عليه، من أن الله عزّ وجلّ جعل فيه أجرًا مع الخطأ، وأسقط عنه حكم الخطأ، فعن عمرو بن العاص رضي الله عنه، أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " إذا حكم الحاكم فاجتهد، ثم أصاب، فله أجران، فإذا حكم واجتهد ثم أخطأ فله أجر"⁽²⁾.

فالحكم الذي يصدر عن القضاء هو حكم صادر عن بشر، والبشر ليسوا بمعصومين من الخطأ، ولهذا فاحتمال الخطأ في الأحكام القضائية وارد. فأجاز القانون للخصوم أن يطلبوا من القضاء إعادة النظر في القضية التي حكم فيها، وذلك باتباع وسيلة من الوسائل التي نظمها القانون الوضعي، وتسمى بالاصطلاح القانوني طرق الطعن على الأحكام⁽³⁾. وتنقسم هذه الطرق إلى قسمين: أحدهما طرق طعن عادية، ولا يشترط في جواز ممارستها أسباب معينة، وهي المعارضة والاستئناف، وطرق طعن غير عادية اشترط القانون أسبابًا محددة لها وهي التماس إعادة النظر والطعن بالنقض.

(1) الفيروزآبادي، محي الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، (1426هـ - 2005)، ط8، 930: 931.

(2) رواه البخاري ومسلم، سبل السلام، للصنعاني، 4: 117، 118. وفي رواية صحح الحاكم إسناده " فله عشرة أجور"، لكن الإمام الشوكاني بين أن هذه الرواية التي رواها الحاكم والدارقطني في إسنادهما فرج بن فضالة، وهو أحد الضعفاء في الحديث، فلا تقبل هذه الرواية، وكذلك توجد رواية أخرى عند أحمد بن حنبل بلفظ " إن أصبت القضاء فلك عشرة أجور، وإن اجتهدت، فأخطأت فلك حسنة"، وهذه أيضًا رواية ضعيفة، نيل الأوطار، للشوكاني، 9: 164، 165. فالثابت هو الرواية التي بينت أن المجتهد إذا اجتهد فأصاب فله أجران. وقد أجمع علماء المسلمين على أن هذا الأجر في الحاكم إذا كان عالمًا مجتهدًا، أما الجاهل فهو آثم بجميع أحكامه، حتى إن وافق حكمه الصواب، وأحكامه كلها مردودة عند بعض العلماء، لأن الإصابة في أحكامه اتفافية، حاشية الشرفاوي على التحرير، 2: 491.

(3) م عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، مصر: دار الفكر العربي، 1974م، 523.

فالمراجعة أو المعارضة هي طريق طعن عادي في الأحكام التي صدرت في غيبة المحكوم عليه على سبيل المثال، فترفع إلى نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم المطعون فيه لا إلى محكمة أعلى، ولهذا فإن المعارضة لاتعد درجة ثانية من درجات التقاضي⁽¹⁾.

أما الاستئناف يبين فيه الخصم الذي صدر الحكم كلياً أو جزئياً لغير صالحه القضية كلها، أو جزءاً منها أمام محكمة أعلى من المحكمة التي صدر عنها الحكم⁽²⁾.

لذلك كان من حق القاضي أيضاً الرجوع والتريث وعدم الاستعجال في الحكم، لأن القضاء ليس بالأمر السهل. والمراجعة هنا تكون إما للمتخاصمين وإما للقاضي، فقد بين العلماء أنه من حق كل من المتخاصمين أن يرجع عن تحكيمه قبل شروع المحكم في الحكم⁽³⁾، لأن الحكم لايقع إلا برضاه، كما لو كان شخص ما قد وكل آخر للقيام ببعض الأعمال ثم ألغى هذا الموكل وكالته قبل أن يقوم الوكيل بهذه الأعمال فإن له ذلك، فلا بد أن يكون الرضا حتى صدور الحكم.

واختلف الفقهاء⁽⁴⁾. فيما إذا حكم القاضي في المسألة التي ينظرها، هل يحق لأحد المتخاصمين الرجوع في الحكم؟ ففي هذه الحالة إذا رجع أحد المتخاصمين، لايسمى مراجعة وإنما استئناف في الحكم، لأن الحكم قد نطق به القاضي، والاستئناف جائز وهو طريق من طرق الطعن العادية على الحكم.

ولكن إذا حكم المحكم في المسألة التي ينظرها، هل يكون المتخاصمان ملزمين بهذا الحكم، أم أن لكل منهما أن يرفضه أو يقبله؟ وهنا اختلف الفقهاء في هذه المسألة في رأيين:

الأول قال: أنه لايلزمهما ما حكم به إلا بتراضيهما، وهذا قول الشافعي.

(1) أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر، دت، 693:

(2) فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، 1986م، 391.

(3) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي القباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 8: 243. البهوتي، منصور بن

يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، (1403هـ - 1983م)، 6: 303.

(4) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المعني، 9: 108. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي القباس أحمد بن حمزه بن

شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 8: 143.

الثاني قال: أنه ينفذ حكمه عليهما، وبهذا قال أبو حنيفة، وهو قول راجح للشافعي ويراها أيضاً فقهاء الحنابلة⁽¹⁾.

أما الرأي الأول فقد علل له بأن رضاهما معتبر في الحكم، فكذا في لزومه.

والرأي الثاني استدل له بما يأتي:

أولاً: ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون".

ثانياً: القياس على الذي تولى الحكم من جهة رئيس الدولة، فكما أن المولي من جهة رئيس الدولة - وهو القاضي - إذا حكم في قضية ينفذ حكمه من غير وقف على رضا أي من الخصمين، فالمحكم أيضاً يجب أن ينفذ حكمه ولا يشترط رضا أي من الطرفين بهذا الحكم قياساً على القاضي⁽²⁾.

ويمكن القول: بأن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب - في رأي الباحثة - ويكون الحكم نافذاً في حقهما، تحقيقاً للعدل ومحافظة على سير الدعوى بشكلها الصحيح، وبعد صدور الحكم من القاضي يجوز لأحدهما استئناف الحكم والمطالبة بتعديله.

فالعدالة هنا يجب أن تتحقق على أسس سليمة وصحيحة، لاتتزعزع فيها ثقة الناس في القضاء، فإذا وافقنا على أن أحد الأطراف يجوز له الرجوع في الدعوى قبل وبعد حكم القاضي وفي أي وقت يشاء، فهذا يؤثر سلباً على ثقة الطرف الآخر في القضاء والعدالة، فلا يجوز لأحدهم مثلاً أن يتنازل عن حقه كاملاً تجاه الآخر بعد صدور الحكم ويرجع في دعواه، لأن هناك حالات تتعلق بالنظام العام والآداب، كالسرقة مثلاً، إذا تنازل الطرف الآخر عن أمواله التي سرقت منه، فهذا لا يمنع قصاص المحكمة فيما يخص النظام العام والآداب ولا يبرء الطرف الآخر من جريمة السرقة التي قام بها، ولولا ذلك لانتشرت الفوضى والسرقات على أمل أن يعفو صاحب الحق ويتنازل عن حقه.

(1) ، اطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النبل وشفاء العليل، حدة: مكتبة الإرشاد، 1973م، ط2، 13 : 11.

(2) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي القباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 8 : 243.

وإذا أخطأ القاضي في حكمه فخالف نصاً شرعياً من الكتاب الكريم، صريح الدلالة أو السنة الشريفة صريحة الدلالة كذلك أو إجماعاً من العلماء على حكم معين فلا بد من نقض هذا الحكم وإبطاله⁽¹⁾.

إن فقهاءنا القدامى قد تعرضوا لبحث موضوع استئناف الأحكام، ولكن ليس بهذا العنوان، وإنما سموه بالدفع⁽²⁾. وما قالوه في دفع الدعوى بعد الحكم من القاضي ينطبق على الاستئناف، لأنه ليس إلا نظر في الدعوى مرة ثانية، غير أن الفقهاء القدامى لا يشترطون تغيير القاضي الذي سينظر في الدعوى مرة ثانية كما هو الحال في الاستئناف بوصفه طريقاً من طرق الطعن في الأحكام في القوانين الوضعية⁽³⁾.

وقد قال باستئناف الأحكام بعض فقهاء الحنفية، وبعض فقهاء المالكية، وأيضاً الشافعية. والسؤال هنا متى ينقض الحكم ويعتبر لاغياً؟ فالمقصود بالنقض هنا هو إبطال الحكم، واعتباره كأن لم يكن، وهذا هو المعنى الذي يقصده فقهاؤنا القدامى عند الحديث عن نقض الأحكام أو الرجوع فيها كما تبين سابقاً.

ولقد بين العلماء في هذه المسألة أمرين: أولهما، أنهم اتفقوا على أنه ليس للقاضي أن يتعقب حكم من كان قبله من القضاة، واتفقوا أيضاً على أنه إن رفع إليه قضية قاض كان فاسقاً أو مرتشياً لا يجوز قضاؤه، فيجب عليه أن ينقضه، وأن يستأنف الحكم بين الخصمين، واتفقوا كذلك على أنه إن رفع إليه قضاء قاض عدل فوجده قد خالف قرآناً أو سنة فإنه يجب عليه أن ينقضه، وأن على القاضي أن يرده على نفسه أيضاً إذا كان قد أخطأ في مثل ذلك⁽⁴⁾.

(1) عبد العزيز خليل بدوي، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، القاهرة: دار الفكر العربي، 1979م، 80.

(2) الدفع هو دعوى يثيرها المدعي على مناهضه للدعوى الأصلية، كأن يدعي شخص على آخر أنه اقترض منه ألف جنيه، وطالبه بإدائها، فدفع المدعي عليه بهذه الدعوى بأداء هذا الدين إلى المدعي عليه مدعياً، ويصبح المدعي مدعياً عليه. وقال العلماء: إذا استطاع الدافع أن يثبت دعواه بإقرار المدعي، أو بإقامته البينة اندفعت دعوى المدعي، وإذا لم يستطع إثبات دعواه قام القاضي بتحليف المدعي الأصلي - بطلب من المدعي عليه - فإذا امتنع عن اليمين ثبت دفع المدعي عليه، وبطلت الدعوى، وإن حلف المدعي عادت الدعوى الأصلية. وبين بعض فقهاء الحنفية أنه كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم يصح دفعها بعد الحكم في بعض الحالات. محاضرات في المرافعات الشرعية، ألقاها على طلبة المعهد العالي للقضاء بالسعودية الدكتور عبد العظيم شرف الدين، 85، 92، مكتوبة بالآلة الكاتبة.

(3) محمود بن محمد بن عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، المطبعة المصرية الأهلية الحديثة، (140هـ - 198م)، 214، 215.

(4) الطبري، أبي العباس أحمد بن أبي أحمد، تحقيق: حسين خلف الجبوري، أدب القاضي، مكتبة الصديق، 1989م، ط1، 2: 372.

والثاني: أن العلماء قد صرحوا بأن حكم القاضي في المسائل المجتهد فيها لا ينفذ، أي إذا حكم القاضي في مسألة من المسائل الخلافية التي اجتهد العلماء فيها، وكان لكل فريق رأي فيها، فلا يصح لقاض آخر أن ينقض هذا الحكم⁽¹⁾.

وينقض الحكم عند المالكية إذا ضعف دليله، ومثلوا لهذا الحكم بغير الشهود العدول، أو بالأقوال الضعيفة المردودة في المذهب الفقهي الذي ينتمي إليه القاضي، ومن ذلك عندهم الحكم بتوريث ذوي الأرحام والشفعة للجار⁽²⁾.

وصرح الشافعية بأنه في حالة النقض يجب على القاضي أن يبين السبب الذي نقض الحكم من أجله، حتى لا ينسب للجور والهوى بنقضه الأحكام التي حكم بها غيره من القضاة⁽³⁾.

الرجوع في الإقرار

سبق القول بأنه من حق القاضي الرجوع في قضاؤه إذا كان في حكمه شبهة أو نقص أو غير ذلك، وكذلك من حق أحد الخصمين الرجوع على حكم القاضي للأسباب سابقة الذكر، وهنا كان لا بد من بيان الإقرار الذي يجوز الرجوع فيه أيضاً من قبل المقر، وذلك من أجل تحقيق حرية القاضي والفرد في القبول والاعتراض والرجوع وفقاً للضوابط التي شرعها الله سبحانه وتعالى.

والإقرار لغة: "هو وضع الشيء في قراره"⁽⁴⁾. وأما شرعاً: "فهو إخبار المكلف عن نفسه أو عن موكله بحق يلزم"⁽⁵⁾. وأنه أيضاً: "اعتراف يوجب حق على قائله بشرطه"⁽⁶⁾.

(1) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، 7: 339.

(2) للدردير، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير، القاهرة: دار المعارف، ن ت، 5: 21، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، 4: 153.

(3) الموصللي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، 2: 12، ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، 11: 404.

(4) ابن المرتضى، محمد بن يحيى بمران، البحر الزخار، دار الكتب العلمية، د ت، 6: 3.

(5) ابن مفتاح، عبد الله بن أبي القاسم، شرح الأزهار، د ت، 4: 157.

(6) الخطاب، أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل، بيروت: دار الكتب العلمية، (1416هـ - 1995م)، ط 1، 4: 156.

يمكن القول: إن هذه التعاريف متقاربة في المضمون وإن اختلفت في الألفاظ. واتفق الفقهاء على أن الإقرار حجة في الإثبات وتظهر به سائر الحقوق سواء كانت لله أو للعباد شأنه شأن البيعة إذا توافرت شروط صحته⁽¹⁾. وفي كتاب الله العزيز قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِينَ عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾ البقرة: 282. فالله تعالى أمر من عليه الحق بالإقرار بما عليه من حق بل ويكتبه أيضاً، وهذا يدل على أن الإقرار حجة.

أما الرجوع عن الإقرار فقد ذهب الأحناف⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، إلى أن الرجوع في الإقرار إذا كان متعلقاً بحد من حدود الله التي تدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطها يكون صحيحاً ويسقط به الحد عن المقر، وإن كان متعلقاً بحق من حقوق الله التي لا تسقط بالشبهات كالزكاة والكفارات أو بحق من حقوق العباد لا يعتد به ولا يسقط الحق بهذا الرجوع.

والمثال على ذلك السرقة، فيتعلق بها حقان: الأول حق الله تعالى وهو الحد، أما الثاني: للعبد وهو المال، فقالوا: إذا أقر العبد بالسرقة ثم رجع عن إقراره يترتب عليه إسقاط الحد فلا تقطع يده، ولكن يبقى عليه الحق في المال المسروق فلا يسقط من المقر رجوعه عن إقراره.

(1) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، 5: 149. القرطبي، يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي، مكتبة الرياض الحديثة، (1398هـ - 1978م)، ط1، 4: 567.

(2) ابن عابدين، زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، دار الكتب العلمية، (1418هـ - 1997م)، 5: 70. عابدين، محمد أمين بن عمر، حاشية ابن عابدين، دار عالم الكتب، (1423هـ - 2003م)، 3: 290.

(3) بن عرفة، محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، دت، 4: 345. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى، دار السعادة، 1332هـ، ط1، 7: 167. عليش، محمد بن أحمد بن محمد، شرح منح الجليل، بيروت: دار الفكر، (1404هـ - 1984م)، 4: 538.

(4) الشريبي، شمس الدين أحمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج، 4: 175. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي القباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 7: 363. سليمان البحريري، حاشية البحريري على شرح المنهج، مصر: دار الكتب العربية الكبرى، دت، (1345هـ)، 4: 226.

(5) الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي، المكتب الإسلامي، (1381هـ - 1961م)، ط1، 6: 247. المرادوي، علي بن سليمان أبو الحسن، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مطبعة السنة المحمدية، (1375هـ - 1956) ، ط1، 284. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، (1403هـ - 1983م)، 6: 145.

وذهب الأحناف إلى أبعد من ذلك وقالوا بأن الرجوع في الإقرار بالسرقة لا يسقط فقط عن المقر فحسب بل أيضاً عن شريكه في الإقرار حتى ولو لم يرجع هذا الشريك عن إقراره، وعللوا ذلك بأنه لما أقر بالسرقة فقد ثبت الشراكة بينهما في السرقة وعندما أنكر أحدهما فقد رجع عن إقراره فبطل الحد عنه عند رجوعه، فيورث شبهة في حق الشريك لاتحاد السرقة⁽¹⁾.

أما المالكية فصرحوا هنا بعدم التفريق في إسقاط الحد بين الذي يستند إلى شبهة - كقوله: أخذت مالي المعار وظننته سرقة - والرجوع الذي يستند إلى شبهة كقوله: كذبت في إقراري⁽²⁾.

وعليه فإن الفقهاء حكموا بإسقاط الحد عن الراجع في إقراره، لأن رجوعه قد أورث شبهة عدم السرقة، وهذه الشبهة كفيلة بإسقاط الحق عنه، فالحكم بإسقاط الحد لا يعتبر خروجاً على الشرع، ولا يتجاوزاً لحدود الله، بل هو يكمن في الامتثال لأحكام الله وتعاليمه.

ويمكن القول: بأن القضاء وجد رحمة للعالمين وتيسيراً لحياتهم وملجأً لحماية حقوقهم والدفاع عنها، فكان لا بد من وضع ضوابط وأسس لعملية القضاء، وكان لزاماً توفر الشروط والصفات في القاضي من أجل الوصول إلى العدل والإنصاف وحرية القاضي في حكمه، ومبدأ الحرية الذي يقوم عليه القضاء ليس مقتصرًا على القاضي فقط. بل ينطبق على صاحب الحق أيضاً، فهو يملك الحرية في الاعتراض على الحكم، وأعطاه الشرع عدة طرق للاعتراض والمراجعة، واستئناف الأحكام السابقة الذكر، وليست هذه الطرق موضوع البحث الرئيسية، لذلك لم يتم الحديث عنها بالتفصيل، ولكن ما يهمنا هنا هو بيان العدالة التي تكمن في حق الفرد في أن يعترض على الحكم لسبب من الأسباب التي يراها القانون أو القضاء، وله أيضاً أن يرجع في إقراره الذي أقره واعترف به ربما يكون في المرة الأولى قد أكره على الإقرار بما لم يفعله، وكذلك من حق القاضي أن يتريث في أحكامه، وأن يرجع فيها إذا أحس أن هناك شبهة أو نقص أو أنه أخطأ في حكمه، والله أعلم.

(1) الفناري، محمد بن حمزة بن محمد، البدائع في أصول الشرائع، دار الكتب العلمية، (1427هـ - 2006م)، ط1، ، 8: 123.

(2) الخطاب، محمد بن عبد الرحمن المغربي، التاج والأكليل بهامش مواهب الجليل، دار عالم الكتب، (1423هـ - 2002م)، 6: 312.

الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، المطبعة الأميرية الكبرى، (1317هـ)، ط2، 8: 123.

المطلب الخامس: علم القاضي

والمقصود بعلم القاضي هنا، علمه بوقائع الدعوى وأسباب ثبوتها،⁽¹⁾.

واختلف علماؤنا رضي الله عنهم في قضاء القاضي بعلمه على عدة آراء منها:

الأول: لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه لا في الحدود ولا في غيرها، وهذا قول للشافعي يعد غير قوي عند الشافعية، وهذا الرأي أيضاً ظاهر المذهب في فقه الحنابلة⁽²⁾، ولكن الحنفية يشترطون لقضاء القاضي بعلمه أن يكون ذلك في زمن ولايته، ومحله، رغم مخالفة بعضهم لهذا الرأي⁽³⁾.

والرأي الثاني: يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه، وهو القول الراجح عن الشافعية، وقالوا إن الشافعي كان يرى القضاء بالعلم ولا ييوح به مخافة قضاة السوء، وقد حرر أصحاب الشافعي المذهب بأن قول الشافعي في غير الحدود، وأما في الحدود فلا يجوز القضاء بعلم القاضي بأسبابها قولاً واحداً⁽⁴⁾.

واشترط الشافعية لقضاء القاضي بعلمه شروطاً أربعة وهي:

أن يكون القاضي في غير عقوبة الله تعالى.

أن لا تقوم بينة بخلاف علمه.

أن يصرح بمسئدته، فيقول علمت أن له عليك ما ادعاه وقضيت وحكمت عليك بعلمي.

أن يكون القاضي مجتهداً فلو كان قاضي ضرورة امتنع عليه القضاء بعلمه، فلو قال: قضيت بحجة شرعية أوجبت الحكم بذلك، وطلب منه بيان مسئدته لزمه أن يبين ما استند إليه، فإن امتنع قاضي الضرورة من ذلك فلا يعمل بقضائه⁽⁵⁾.

(1) جاء في المغني، 9: 55: ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينة والاقرار في مجلس حكمه إذا سمعه شاهدان، فإذا لم يسمعه معه أحد أو سمعه شاهد، فنص أحمد على أنه يحكم به.

(2) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، 11: 400.

(3) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، 2: 121.

(4) عبد العال محمد عطوة، محاضرات في علم القضاء والقوانين وغيرها، جامعة الإمام محمد بن سعود، دت، ط1، 29.

(5) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي القباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 8: 259. الشرفاوي، عبد

الله بن حجازي، حاشية الشرفاوي على شرح التحرير للانصاري، دت، ط3، 2: 495.

الرأي الثالث: وهو رأي أبي حنيفة، أن ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه، كحد الزنا، وحد الخمر، وحد السرقة، وأما الحقوق الأخرى كالزواج والطلاق والدية والبيع والهبة وغير ذلك، مما علمه قبيل ولايته، أو في غير محل ولايته لا يقضي به، وما علمه في زمن ولايته ومحلهما قضى به⁽¹⁾.

أدلة الرأي المانع لقضاء القاضي بعلمه:

أولاً: ما روي عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض⁽²⁾، فاقضي بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار"⁽³⁾. وهذا الحديث يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم، يقضي بما يسمع لا بما يعلم. ولناقشة هذا الدليل يمكن القول بأن هذا الحديث أظهر في الاحتجاج للقائلين بجواز قضاء القاضي بعلمه، لأن العلم أقوى من السمع، ولأنه يمكن بطلان ما سمعه الإنسان ولا يمكن بطلان ما يعلمه⁽⁴⁾.

ثانياً: ما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: لو رأيت حداً⁽⁵⁾ على رجل لم أحد حتى تقوم البينة⁽⁶⁾.

ثالثاً: قول رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم، في قضية الحضرمي والكندي حيث قال: شاهداك أو يمينه" وفي لفظ آخر قال: وليس لك إلا ذلك"⁽⁷⁾. ويمكن القول هنا أن التنصيص على ما ذكر لا ينفي ما عداه، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم "وليس لك إلا ذلك" فلم يقله الرسول عليه

(1) أبو الحسن، علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي، معين الحكام، دار الفكر، دت، دن، 121. الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، 2: 121.

(2) ألحن: أفطن بها، ويجوز أن يكون معناها أفصح تعبيراً عنها، وأظهر احتجاجاً حتى يخيل أنه محق وهو في الحقيقة مبطل، قال الشوكاني: والأظهر أن معناه أبلغ كما وقع في رواية الصحيحين أي: أحسن إيراداً للكلام. نيل الأوطار، 9: 185.

(3) أخرجه البخاري من حديث أم سلمة رضي الله عنها، سبق تخريجه.

(4) الشوكاني، محمد علي، نيل الأوطار، دار ابن الجوزي، (1427هـ)، ط1، 9: 198.

(5) يقصد بها: لو رأيت ما يستوجب الحد.

(6) الشوكاني، محمد علي، نيل الأوطار، 9: 198.

(7) الشوكاني، نيل الأوطار، 9: 198. ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، 11: 400، 402.

الصلاة والسلام، وقد علم بالحق منهما من المبطل حتى يصح الاستدلال به على عدم قضاء القاضي بعلمه، بل المراد أنه ليس للمدعي تجاه المنكر إلا اليمين وإن كان فاجراً، وإن لم يكن للمدعي برهان⁽¹⁾.

أدلة الرأي القائل بصحة قضاء القاضي بعلمه:

أولاً: القاضي يحكم بالشاهدين، لأنهما يعطيانه ظناً غالباً بصحة ما شهدا به، فيكون ما تحققه القاضي وقطع به أولى بالحكم⁽²⁾.

ولمناقشة هذا الدليل أن القضاء بالشاهدين لا يؤدي إلى تهمة بخلاف قضاء القاضي بعلمه، فإنه يوجد تهمة، إذ لا يؤمن على النقي أن تتطرق إليه التهمة، فمن المحتمل أن يكون هذا وسيلة إلى أن توجه القاضي أهواؤه، فيحكم على من يشاء من غير بينة، ولا غيرها من الحجج⁽³⁾.

ثانياً: القاضي يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم، فكذلك يحكم بعلمه في ثبوت الحق قياساً عليه. وهذا الدليل يمكن مناقشته من حيث إن الجرح والتعديل يحكم القاضي فيهما بعلمه باتفاق العلماء، لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه لأدى هذا إلى التسلسل، والتسلسل باطل، وهذا يعني أن القاضي يحتاج إلى معرفة عدالة المزكّين وجرحهما، فإذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما إلى مزكّين، ثم كل واحد من المزكّين الآخرين يحتاج أيضاً إلى مزكّين وهكذا يحدث التسلسل، وأما مسألتنا فهي خلاف ذلك⁽⁴⁾.

الرأي الراجح-من وجهة نظر الباحثة-مأذكرة الشوكاني في قوله: إن كانت الأمور التي جعلها الشارع أسباباً للحكم كالبيئة واليمين ونحوها، أموراً تعبدنا الله بها لايسوغ لنا الحكم إلا بها، وإن حصل لنا ما هو أقوى منها بيقين، فالواجب علينا الوقوف عندها والتقيد بها، وعدم العمل بغيرها في القضاء، وإن

(1) الشوكاني، محمد علي، الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، دار الحديث، (1413هـ - 1993م)، ط1، 9: 198.

(2) زكريا الأنصاري، حاشية الجمل على شرح المنهج، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 5: 349. بن رشد، محمد بن أحمد بن محمد

القرطبي، بداية المجتهد، دار المعرفة، (1402هـ - 1982م)، ط6، 2: 587.

(3) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، 11: 403.

(4) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، 11: 403.

كانت أسباب يتوصل بها الحاكم إلى معرفة المحق من المبطل، والمصيب من المخطئ، غير مقصود لذاتها بل لأمر آخر وهو حصول ما يحصل للحاكم بها من علم أو ظن، وأنها أقل ما يحصل له ذلك في الواقع، فكان الذكر لها لكونها طرائق لتحصيل ماهو المعتر، فلا شك ولا ريب أنه يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه، لأن شهادة الشاهدين والشهود لا تبلغ إلى مرتبة العلم الحاصل عن المشاهدة، فإن الحاكم بعلمه غير الحاكم الذي يستند إلى شاهدين ويمين⁽¹⁾.

يمكن القول بأن الشوكاني يؤيد الرأي القائل بجواز أن يقضي القاضي بعلمه، على أن يكون القاضي عدلاً حتى يصح له الحكم بعلمه. وعلم القاضي أهم وأولى من علم الشاهدين، لأن القاضي يفترض أن تتوفر فيه أعلى صفات المؤمن الصادق العادل والمنصف، فكيف لا يكون علم القاضي أولى وأصح للحكم فيرى الباحث أن الراجح هو علم القاضي، إلا إذا كان ليس عدلاً فهنا يختلف الأمر ليس لعلمه فقط بل كقاضٍ أيضاً والله أعلم. فقد قال أحد فقهاء الشافعية: إذا أنفذنا أحكام القاضي الفاسق للضرورة فينبغي ألاينفذ قضاؤه بعلمه بلا خلاف، إذ لا ضرورة إلى تنفيذ هذه الجزئية النادرة مع فسقه الظاهر، وعدم قبول شهادته قطعاً⁽²⁾.

ولكن هل يحكم القاضي بعلمه مباشرة أم لا بد من بينة؟ في المسألة تفصيل على النحو الآتي:

أولاً: العلم الحاصل للقاضي داخل مجلس القضاء

إذا حصل للقاضي علم في قضية ما داخل مجلس القضاء، كأن يُضرب شخص أمامه أو يقذف، أو يفترض منه، فإن للقاضي أن يحكم بما علم في مجلسه ولا يحتاج في ذلك إلى بينة، هذا متفق عليه عند فقهاء المذاهب⁽³⁾.

(1) الشوكاني، محمد علي، نيل الأوطار، 9: 199.

(2) الشريبي، شمس الدين أحمد بن محمد الخطيب، الشريبي، مغني المحتاج، 4: 399.

(3) السررحسي، شمس الدين، المبسوط، 16/106. ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد القرطبي. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي القباس

أحمد بن حمزه بن شهاب الدين، فحاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 8/247. ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد،

المغني، 9/50.

ثانياً: العلم الحاصل للقاضي خارج مجلس القضاء

والأظهر أنه يقضي بعلمه الذي حصل له خارج مجلس القضاء كأن يرى المدعى عليه اقترض من المدعي مالاً، وأنكر المدعى عليه ذلك، فيقضي بما علمه مصرحاً بأنه يعلم ذلك، سواء كان في هذه الواقعة بينة أم لا، وذلك لأنه جاز له أن يحكم بما يفيد الظن وهو الشاهدان أو الشاهد واليمين، فلو حكم بعلمه أولى⁽¹⁾. ويستثنى من جواز حكم القاضي بعلمه حدود الله تعالى، لندب الستر فيها إلا في القصاص وحد القذف فإنه يقضي فيه بعلمه⁽²⁾.

(1) هذا مذهب الشافعية في هذه المسألة، ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، 10/48. المرادوي، علي بن

سليمان علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف، مطبعة السنة المحمدية، (1375هـ - 1956م)، ط1، 11/250.

(2) الخلي، جلال الدين محمد بن أحمد بن إبراهيم، كتر الراغبين شرح منهاج الطالبين، دن، (1434هـ - 2013م)، 4/304.

المبحث الثالث: استقلال القضاء في الفقه الإسلامي

يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب تبين الباحثة من خلالها أهمية ومكانة استقلال القضاء في عهد التشريع الإسلامي ابتداءً من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ومروراً بعهد الخلفاء الراشدين وذلك في مطلب ثانٍ، ثم استقلال القضاء في عهد الأئمة الأربعة في مطلب ثالث، وهي كالآتي:

المطلب الأول: استقلال القضاء في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم

جاءت السنة النبوية الصحيحة متممةً للقرآن الكريم، ومفسرة له، ولقد أوصف النبي صلى الله عليه وسلم بصفات القاضي العادل عدلاً كاملاً، فهو أعلم الناس بالشرع الذي يبلغه، وآتاه الله بصيرةً نيرة نافذة.

ولقد كان النبي صلى الله عليه وسلم، أوّل من قضى بين المسلمين فيما اختلفوا فيه. قال الله عزّ وجلّ: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ المائدة: 48. وقال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا سَلِيمًا﴾ النساء: 65. ولكنه صلى الله عليه وسلم، فرض الخطأ في نفسه؛ ليحترس القضاة من بعده⁽¹⁾.

ومن هنا كان علي البحث فيما إذ كان هناك قضاء مستقل في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، أي هل هناك فصل بين السلطات في ذلك الوقت؟

وقد أشار حديث معاذ بن جبل⁽²⁾ إلى مسألة استقلال القضاء، حيث جاء في هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم بعث معاذ بن جبل قاضياً إلى اليمن، فقال له: "بِمَ تقضي يا معاذ؟

(1) أبو زهره، محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الفقهية، القاهرة: دار الفكر العربي، دت، دط، 12.

(2) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، أدب القاضي، بيروت: دار الكتب العلمية، (1419هـ - 1999م)، دط،

فقال معاذ: بكتاب الله، قال الرسول صلى الله عليه وسلم: فإن لم تجد؟ قال معاذ: فبسنّة رسول الله. قال الرسول عليه الصلاة والسلام: فإن لم تجد؟ قال معاذ: أجتهد رأيي. فقال الرسول: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي الله⁽¹⁾.

فالدلالة على استقلالية القضاء واضحة في هذا الحديث، حيث يفهم أن الرسول صلى الله عليه وسلم أراد أن يؤكد على أن القضاء لا يخضع لأي سلطان، وإن المرجع عند القاضي هو الكتاب والسنة، ثم الاجتهاد، ولا سبيل للرجوع إلى أي جهة أخرى أو سلطان آخر، وقد حمد رسولنا الكريم ربه لما وفق به ولما يرضى الله، فتصريح معاذ اعتبر ترسيخاً لقاعدة استقلال القضاء وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أقرها.

وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم، يرجع في قضائه إلى الكتاب الكريم وما يوحى إليه ربه وما يراه بفظته، وأيضاً كان عليه الصلاة والسلام يستشير أصحابه في بعض المسائل وكان أيضاً يجتهد في بعض الأحيان مما ليس فيه وحي، وحكمته في ذلك هي تعويد وتعليم صحابته وعلماء الأمة من بعدهم طريقة الاستنباط وكيفية استخراج الأحكام، من أجل أن يعتمدوا على أنفسهم وعلى حكمتهم في القيام بهذه الأمور بكل حرية واستقلالية، دون الرجوع أو التقييد بأي سلطان، وذلك في قوله تعالى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إِنَّا أَنْزَلْنَا) النساء: 105. وهنا تبين لي فعلاً أن هناك قضاء مستقلاً في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم⁽²⁾.

السؤال الذي يطرح نفسه هو عندما كان يقضي رسولنا الكريم هل كان يقضي بنفسه مستقلاً، أم كان عليه الرجوع لجهة ما؟ فقد دلت الأحاديث النبوية أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يتولى الفصل بين المتخاصمين بنفسه، ومن ذلك ما ورد في السنة الصحيحة أنه عليه الصلاة والسلام قال

(1) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب أدب القاضي، باب أثم من أفتى أو قضى بالجهل، 15: 117. ورواه أبو داود رقم (3592) و (3593)، في الاقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء. والترميذي رقم (1327) و (1328)، في الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، وقد صححه ابن القيم في (أعلام الموقعين)، ومن صححه من المتأخرين الشيخ زاهد الكوثري في مقالاته، ينظر تحقيق جامع الأصول، عبد القادر الأرئوط- بشير عيون، مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، ط1، 10/179.

(2) أبو زهره، تاريخ المذاهب الفقهية، القاهرة: دار الفكر العربي، 14.

للخصوم: (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار) (1).

وهنا يقول: إن رسولنا الكريم (فأقضي) وهذا معناه أنه كان يقضي بين الناس عليه صلوات الله، ولم يذكر في الحديث أنه قضى تحت سلطان آخر أو قال إنه كان عليه الرجوع لأحد ما، وقال صلوات الله عليه (قضيت) وقضى فعل ماضٍ، أي أنه قد قضى فعلاً وانتهى الأمر ولا يوجد بعد هذا الفعل ما يفيد الإضافة أو الرجوع إلى أي شيء آخر، وكلمة (أقطع) تفيد الأمر في الفعل، أي أنه هو المسؤول وهو صاحب الأمر دون سواه وهذه بعض الأحاديث تفيد بأن الرسول صلى الله عليه وسلم كان قاضياً عدلاً، وهذا يرجع لحرية واستقلالته في القضاء.

وقضى صلى الله عليه وسلم في مختلف القضايا التي عرضت عليه في مجال المعاملات والنفقة والطلاق والحضانة وأيضاً في الحدود والقصاص والجنايات والدية ومن ذلك قصة العسيف ورداد صفوان ابن أمية، وابنة النضر التي لطمت جارية فكسرت ثنيتها، وقضى بالرجم على ماعز والغامدية، وإلى غير ذلك (2).

يمكن القول: إن رسول الله قد جمع بين تبليغ الدعوة والتشريع والتنفيذ والقضاء، وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قاضياً عادلاً مستقلاً ليس عليه سلطان إلا سلطان ربه، كما كان للشريعة مبلغاً، ولم يكن في بداية الأمر للمسلمين محضرتة قاض سواه، وحتى يشعر الناس بالطمأنينة في عهده. ثم أخذ المسلمون في الاتجاه إلى التقاضي والتحاكم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بما امتاز به من حكمة صائبة، وعقل مستنير، وسداد رأي، وصدق الحديث، وإلى ما أنزل الله سبحانه وتعالى على نبيه الكريم؛ لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد وضع أسس المنهج التشريعي للقضاء.

(1) سبق تخريجه.

(2) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن فرج المالكي، أفضية رسول الله صلى الله عليه وسلم، 21، 22، 28.

وفي رواية عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه سمع جليلة خصم بباب حجرته؛ فخرج إليهم فقال: "إنما أنا بشر وأنته يأتيني الخصم، ولعل بعضهم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صادق، فأقضي له فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار فليحملها أو يذرها"⁽¹⁾.

وفي رواية أخرى: "يختصمان في مواريث وأشياء قد درست فقال: إنني أقضي بينكم براي فيما لم يتزل فيه"⁽²⁾.

فهذا الحديث الشريف برواياته يبين كيفية قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم. وفي هذا الحديث أيضاً إشارة إلى سياسة النبي صلى الله عليه وسلم في القضاء، وتنبيهه للقضاة على أن الباطل قد يزخرف حتى يظهر في صورة الحق، وإذا كان هذا قد يقع للنبي صلى الله عليه وسلم، فغيره من باب أولى.

وقد عين الرسول عليه الصلاة والسلام علي بن أبي طالب رضي الله عنه قاضياً على المسلمين في ذلك الوقت، وكان قاضياً عدلاً بين الناس، حينما قال له رسولنا الكريم: "إذا تقدم إليك خصمان فلا تسمع كلام الأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف ترى كيف تقضي"⁽³⁾.

فقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل قاضياً إلى اليمن كما سبق ذكره، وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم مع معاذ يؤكد أنه لم يطلب منه الرجوع إليه أو الرجوع لحاكم اليمن أو لغيرهم في ذلك الوقت من أجل الفصل في النزاعات المعروضة أمامه، بل كان حديث الرسول صلوات الله عليه مع معاذ واضحاً وجلياً، فلا يوجد ما يدل على تدخل الرسول صلى الله عليه وسلم في شئون قضاء كل من علي ومعاذ، وهذا يدل على أن القضاء في عهد رسولنا الكريم كان مستقلاً، لذلك حتى وإن جمع رسولنا الكريم بين السلطة والقضاء والنبوة وأي شيء آخر فهو قادر على أن يكون عادلاً ومنصفاً، فهو ليس كباقي الخلق، فأرى أنه لا جدال ولا خلاف فيما إذا كان القضاء مستقلاً في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، أم لا.

(1) صحيح البخاري، 9: 89، 90، صحيح مسلم، 3: 1337-1338.

(2) أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، (1430هـ - 2009م)، ط1، 2: 271، قال الحاكم: صحيح الإسناد، وقال الذهبي: صحيح، المستدرک بذيله التلخيص، 4: 95.

(3) الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، (1996م) ط1، 2: 395، وقال عنه: هذا حديث حسن، وقال الألباني: حسن، صحيح الجامع الصغير، 1: 178.

المطلب الثاني: استقلال القضاء في عهد الخلفاء الراشدين

من المعروف أن القرآن الكريم هو المصدر التشريعي الأول للأمة الإسلامية جمعاء، وهو بمثابة القانون، والواجب التقيّد به في حال اللّجوء إلى مسألة ما. وبما أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد أقر مبدأ استقلالية القضاء كما سبق ذكره فهل صحابته صاروا على نهجه في ذلك أم خالفوه؟ هذا ما سوف يأتي بيانه وشرحه من خلال دراسة موقف الخلفاء الراشدين من استقلال القضاء وكيف تعاملوا مع هذا المبدأ في قضاة المسلمين في ذلك الوقت؟.

أولاً: استقلال القضاء في عهد أبي بكر الصديق

جمع أبو بكر الصديق رضي الله عنه القرآن الكريم حتى يصبح مصدراً تشريعياً يسهل الرجوع إليه والتفرس به واستخراج ما به من أحكام؛ لتكون منهاجاً للأمة المسلمة جمعاء. وما قام به أبو بكر الصديق رضي الله عنه اعتبر تطويراً للقضاء، فعندما توفي النبي صلى الله عليه وسلم اختلف المسلمون ولاسيما الأنصار في الخلافة، فتدارك الأمر أبو بكر الصديق بحكمته وسرعة بديهته وتمت له البيعة بالإجماع.

وقد كان رضي الله عنه لطيفاً متواضعاً زاهداً في الدنيا عادلاً ومؤلفاً لقلوب المسلمين وخير قدوة للناس وكان كل همّه نشر الإسلام في كل بقاع الأرض. وهو أول خليفة في الإسلام وأول أمير أرسل على الحج، حج بالناس سنة تسع هجرية، وأول من جمع القرآن، وأول من سمى مصحف القرآن مصحفاً، وكان يفتي الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم⁽¹⁾.

ويشار إلى كيفية القضاء في عهد أبي بكر الصديق إلى ما ذكره السيوطي⁽²⁾.

(1) محمد رضا، أبو بكر الصديق أول الخلفاء الراشدين، دار إحياء الكتب العربية، (1369هـ - 1950م)، ط2، 15: 16.

(2) هو: عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، ولد سنة 849هـ، ومن مؤلفاته الكثيرة: الدر المنثور في التفسير بالمأثور، توفي سنة

911هـ. شذرات الذهب، 8: 51-55، ومعجم المؤلفين، 5: 128.

وما أخرجه أبو القاسم البغوي⁽¹⁾ عن ميمون بن مهران. ⁽²⁾ قال: "كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصم نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضى بينهم قضى به، وإن لم يكن في الكتاب وعلم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعيأه خرج فسأل المسلمين. وقال: أتاني كذا وكذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في ذلك بقضاء فربما اجتمع عليه نفر كلهم بذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه قضاء، فيقول أبو بكر: الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعيأه أن يجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، جمع رؤوس الناس وخيارهم واستشارهم فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به". ⁽³⁾ ومن هنا نرى كيف نشأ الإجماع وأصبح مصدرًا من مصادر التشريع الإسلامي.

وكان رضي الله عنه يقضى ويفتي بحضرة النبي عليه الصلاة والسلام ويقره، ففي الصحيح أن أبا بكر قال يوم حنين: (لا ها الله إذا لا يعند إلى أسد من أسود الله ورسوله يقاتل عن الله عز وجل وعن رسوله فيعطيك سلبه. فقال النبي عليه الصلاة والسلام: صدق فأعطه إياه فأعطاه) ⁽⁴⁾.

منهجه رضي الله عنه في القضاء:

لم يجلس رضي الله عنه في الخلافة مدة طويلة، ولكن أقول: إن الأعمال التي قام بها أبو بكر الصديق رضي الله عنه تحتاج سنوات وسنوات حتى يقوم بها أي إنسان على وجه الأرض. ولم يترك أمرًا من أمور المسلمين في ذلك الوقت حتى وضع له حجر الأساس ليستكمل الآخرون ما قام به رضي الله عنه. وكان له أيضًا منهجٌ وأسلوبٌ في قضائه يجعله الأول في وضع أسس وقواعد القضاء.

(1) هو: عبد الله بن محمد بن عبد العزيز البغوي أبو القاسم، ولد سنة 213هـ، وكان محدث العراق في عصره، توفي سنة 317هـ — الباب، 1: 64.

(2) هو: ميمون بن مهران الدقي، وثقه النسائي، قال: أبو مصلح المليح: ما رأيت أفضل منه، مات 117، خلاصة التهذيب، ص 394.

(3) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، تاريخ الخلفاء الراشدين، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دت، ط 2، 42.

(4) أخرجه مسلم، 32: 14، وفيه "وَجَلَسَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ فَلَهُ سَلْبَةٌ، قَالَ فَقُلْتُ مَنْ يَشْهَدُ لِي، ثُمَّ جَلَسْتُ، ثُمَّ قَالَ مِثْلَ ذَلِكَ، قَالَ فَقُلْتُ فَقُلْتُ: مَنْ يَشْهَدُ لِي، ثُمَّ جَلَسْتُ، ثُمَّ قَالَ ذَلِكَ الثَّلَاثَةَ، فَقُلْتُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: مَالِكُ يَا أَبَا قَتَادَةَ؟ فَقَصَصْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ. فَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْقَوْمِ: صَدَقَ يَارَسُولَ اللَّهِ سَلَبَ ذَلِكَ الْقَتِيلَ عِنْدِي فَأَرْضَهُ مِنْ حَقِّهِ، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: كَلَّا لَا يُعْطِيهِ أَضْيَعٌ مِنْ قَرِيْشٍ وَيَدْعُ أَسَدًا مِنْ أَسَدِ اللَّهِ"، رواه البخاري، 57: 18.

ويمكنني استخلاص بعض الطرق التي اتبعها في منهجه للقضاء وهي كالآتي:

أولاً: إذا وجد نصاً في كتاب كتاب الله في حكمه قضى به ولا يلتفت إلى غيره.

ثانياً: إذا لم يجد حكماً في النزاع الذي أمامه فإنه يرجع إلى سنة نبينا محمد عليه الصلاة والسلام.

ثالثاً: إن لم يجد في الكتاب والسنة، حكماً في المسألة التي أمامه فإنه يبحث عن قضاء رسول الله في

الحوادث والنوازل المماثلة.

رابعاً: وكان يكره رضي الله عنه أن ينفرد برأيه في المسألة، خشية من الخطأ في الاجتهاد،

وروي عنه أنه قال: أي أرض تقلني، وأي سماء تظلني، إذا قلت في آية من كتاب الله برأيي أو بما لا أعلم⁽¹⁾.

خامساً: كان ينسب الخطأ لنفسه، فإذا نزلت به قضية ولم يجد لها في كتاب الله ولا أثراً في سنة

وسول الله صلى الله عليه وسلم قال: هذا رأي، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن خطأ فمني وأستغفر الله⁽²⁾.

سادساً: إن لم يجد في قضاء رسول الله ما يقضي به استشهد برؤساء الصحابة، فقهاءهم، فإذا

اجتمعوا على شيء قضى به، وذلك خوفاً من الزلل.

ويمكن القول: إنه لا يوجد ما يدل على استقلال القضاء في عهد الصديق، "فقد كان رضي الله

عنه يقضي بنفسه إذا عرض له قضاء، ولم تفصل ولاية القضاء عن الولاية العامة في عهده، ولم يكن

للقضاء ولاية خاصة كما كان الأمر في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، ففي المدينة عهد أبو بكر

الصديق إلى عمر بالقضاء ليستعين به في بعض الأقضية، ولكن هذا لم يُعطِ لعمر صفة الاستقلال

بالقضاء"⁽³⁾.

ورغم هذا فإن الصرح العظيم عن أعمال أبي بكر الصديق تجعله رجل الدين والدنيا الزاهد العابد

القوي الشجاع المحارب للردّة والمدافع عن الإسلام جامع الكتاب- كتاب الله عزّ وجلّ- وقاضيا

(1) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دن، دت، 1: 54.

(2) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، أعلام الموقعين عن رب العالمين 1: 55.

(3) وقائع ندوة النظم الإسلامية، أبو ظبي، مكتب التربية العربي لدول الخليج العربي، (1984م)، 1/366.

حكيمًا عادلاً، رضي الله عنه، فالحكمة أساس القضاء ويستوحى منها العدل والإنصاف، فكان يحكم في الأمور بحرية تامة دون الخضوع أو الخوف من أحد، فلو كان مترددًا في أحكامه وقراراته ويخاف لومة لائم لأصبحنا حتى يومنا هذا نصارع الردّة وما يترتب عليها من زعزعة الإسلام وتشتت الأمة، ذلك هو القضاء الحق، قضاء أبي بكر الصديق رضي الله عنه. وهذا المنهج الذي خطه أبو بكر الصديق رضي الله عنه لنفسه وسار عليه، لأنه كان أعلم الصحابة وأكثرهم خبرة، وأقواهم صلابة في الحق، ومع ذلك إذا نزلت به النازلة جمع لها فقهاء الصحابة واسنشارهم فيها.

ثانياً: استقلال القضاء في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه

هو الخليفة الثاني بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وتولى الخلافة بعد وفاة أبي بكر الصديق رضي الله عنه في سنة 13هـ، وقد طالت مدّة خلافته حوالي 11 عاماً.⁽¹⁾ وقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يمتلك شخصية قوية بارزة، فقد كان قائداً وحاكماً وعالمًا ومفكرًا إسلاميًا، حيث برزت شهرته في جميع المجالات، سواء في مجال الإدارة والاقتصاد وفي الحرب والسلام أو في الحكم والقضاء، وعمت شهرته مشارق الأرض ومغاربها.

فقد كان رضي الله عليه يتصف بالفطنة والذكاء الخارق والعبقرية، ففاق بهذه الأوصاف أبناء عصره من فراسة وذكاء وبعده نظر، فقد شهد له الرسول صلى الله عليه وسلم بهذه العبقرية حين قال فيه: (. . . .) فلم أر عبقرياً من الناس يفري فريه⁽²⁾، وفي رواية لمسلم: فلم أر عبقرياً من الناس يتزع نزع عمر بن الخطاب⁽³⁾، وقال عليه الصلاة والسلام: (لقد كان فيما قبلكم من الأمم محدثون⁽⁴⁾)، فإن يكن من أمي أحد فإنه عمر⁽⁵⁾.

(1) حسن إبراهيم حسن، تاريخ الإسلام السياسي، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، (1416هـ - 1996م)، ط 14، 2: 207.

(2) صحيح البخاري، 4: 197. وصحيح مسلم بشرح الأبي، 7: 202.

(3) صحيح مسلم بشرح الأبي، 6: 201.

(4) المحدث: الملهم الموفق أو من الذين يجري الصواب على ألسنتهم، صحيح مسلم بشرح الأبي، 6: 204.

(5) صحيح البخاري، 4: 200. وصحيح مسلم بشرح الأبي، 6: 203. زمصنف ابن أبي شيبة، 12: 22.

كيفية القضاء واستقلاله في عهد عمر بن الخطاب:

ولعل من أهم أعماله في تطوير القضاء هو فصله عن غيره من الولايات العامّة، وجعله ولاية مستقلة.

ففي عهد عمر بن الخطاب، كثر فيه فتح الأمصار واتّسع نطاق العمران فكان من المتعسر على الخليفة أو نائبه أن يجمع مع النظر في الأمور العامة والفصل في الخصومات، ففصل عمر القضاء عن الولاية، وعهد به إلى شخص غير الوالي. ⁽¹⁾ فولى أبا الدرداء معه بالمدينة، وولى شريحًا بالبصرة، وولى أبا موسى الأشعري بالكوفة، وكتب له في ذلك الكتاب المشهور الذي تدور عليه أحكام القضاء ⁽²⁾.

وقد ذكر ابن عبد البر ⁽³⁾ قصّة وقعت بين معاوية بن أبي سفيان، والي الشام في زمن عمر بن الخطاب وبين عبادة بن الصامت، ⁽⁴⁾ قاضي فلسطين تؤكّد هذه القصة فصل عمر بن الخطاب ولاية القضاء عن غيرها من الولايات العامة، وهذا نصّها: قال الأوزاعي: ⁽⁵⁾ أول من تولى قضاء فلسطين عبادة بن الصامت، وكان معاوية قد طالعه في شيء أنكره عليه عبادة في الصرف، فأغلظ له معاوية في القول فقال له عبادة: لا أساكنك بأرض واحدة أبدًا ورحل إلى المدينة، قال له عمر: ما أقدمك؟ فأخبره، فقال: ارجع إلى مكانك، فقبح الله أرضًا لست فيها، ولا أمثالك، وكتب إلى معاوية: لا إمرة لك على عبادة" ⁽⁶⁾.

(1) عرنوس، محمود محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، 11-12.

(2) تاريخ ابن خلدون، 1: 184. الطبري، أبي جعفر محمد بن جرير، تاريخ الطبري، مصر: دار المعارف، دت، ط2، 5: 42.

(3) هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي أبو عمر ولدن سنة 68هـ، وهو من كبار حفاظ الحديث ومن كتبه "الاستيعاب في معرفة الأصحاب" توفي سنة 463هـ، الأعلام 9: 316.

(4) هو معاوية بن أبي سفيان الأموي دخل الإسلام في زمن الفتح وكان معروفًا بالدهاء وسداد الرأي، كما كان حليما كريما، توفي سنة 60هـ، خلاصة التذهيب، ص381.

(5) هو: عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، الإمام قال ابن سعد: كان ثقة مأمونا فاضلا، خيرا كثير الحديث والعلم والفقه، توفي سنة 157هـ، خلاصة التذهيب، ص232.

(6) عبد البر، يوسف عبد الله محمد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، دار الجليل، (1412هـ - 1992م)، ط1، 2: 808.

وتبرهن هذه القصة على أن القضاء في عهد عمر بن الخطاب لا يخضع لأي سلطان بقوله: "لا إمرة لك على عبادة" فالقاضي يملك حرية إصدار الأحكام حتى ولو كانت مخالفة للوالي أو السلطان. وقول عمر هذا إنما يدل على سداد رأيه وجزارة علمه، وشدته وحزمه في تحري الحق، وإقامة العدل بين الناس، وهذا ما كان يشتهر به عمر بن الخطاب رضي الله عنه في ذلك الوقت.

كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري:

ففي هذا الكتاب يكون عمر بن الخطاب قد رسم أسلوب التقاضي، والنهج الذي ينبغي أن يسلكه القضاة في قضائهم، وهو الدليل والبرهان على فصله للقضاء عن باقي السلطات الأخرى، ومن يحتاج إلى معرفة قواعد القضاء والمحاكمة والنهج الذي يسلكه، فعليه أن يطلع على خطاب عمر لأبي موسى الأشعري، وقد حفلت بذلك كتب التاريخ والفقهاء الإسلاميين، وسمي بدستور القضاء في ذلك الوقت، فهو مستمد من تعاليم الشريعة وروحها ونصوصها، ووفر على القضاة كثيراً من الجهد في تتبع ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الخصوص، وخاصة أن أحاديث النبي عليه الصلاة والسلام لم تكن قد دونت في ذلك الوقت⁽¹⁾.

وجاء في هذا الكتاب الآتي: "أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك بحجة، وأنفذ الحق إذا وضح فإنه لا ينفع تكلم بحق لإنفاذ له. وآس⁽²⁾ بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك، حتى لا يئس الضعيف من عدلك ولا يطمع الشريف في حيفك⁽³⁾."

البينة على من ادعى، واليمين على من أنكرك، والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً. ولا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس فراجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك، أن تراجع الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التماسه في الباطل.

(1) إبراهيم نجيب، تاريخ القضاء في الإسلام، دن، دت، 14.

(2) آس بين الناس: سو بينهم.

(3) حيفك: أي ميلك معه لشرفه وعلو مكانته.

الفهم الفهم فيما تلجلج⁽¹⁾ في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة، واعرف الأشباه والأمثال، ثم قس الأمور عند ذلك، واعمد إلى أحبها إلى الله عندك، وأشبهها بالحق فيما ترى. واجعل بمن ادعى بينة أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بينته أخذ بحقه، وإلا وجهت القضاء عليه، فإن ذلك أجلى للعمي، وأبلغ في العذر، والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً في شهادة زور، أو ظنياً⁽²⁾ في ولاء أو قرابة، فإن الله تعالى قد تولى منكم السرائر، ودرأ⁽³⁾ عنكم بالبينات والإيمان.

وإياك والقلق والضجر⁽⁴⁾، والتأذي بالناس، والتنكر للخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر ويحسن الذخر، فإنه من يصلح نيته فيما بينه وبين الله ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس. ومن تزين للناس⁽⁵⁾ بما يعلم الله منه غير ذلك يشنه الله، فما ظنك بثواب غير الله عز وجل في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليك⁽⁶⁾ " .

وقد أجمع الأئمة السابقون على الاعتماد على هذا الكتاب لعمر بن الخطاب القضاء، والالتجاء إليه والاقْتِباس منه، ولاتزال هذه الرسالة موضع دهشة، وإكبار لكل من يطلع عليها. لما تتضمنته من القواعد العامة والتي هي الأساس في القضاء.

ويمكن تعريف هذا الكتاب بأنه مجموعة القواعد والنظم والأساليب الواجب على القضاء والخصوم اتباعها في الادعاء والتقاضى من أجل الخصومة، لينال كل ذي حق حقه.

(1) تلجلج: تردد.

(2) ظنياً: أي متهم في دينهم الظنة وهي التهمة، وظنين الولاء من ينتمي إلى غير مواليه. وظنين القرابة من قال: أنا قريب فلان أو أبه وهو كاذب فيه بحيث اتهمه الناس، فلا تقبل شهادتهم للتهمة. حاشية سنن الدار قطني، 4: 207.

(3) درأ: بمعنى دفع.

(4) الضجر: ضيق الصدر وقلة الصبر.

(5) تزين للناس: أي أظهر لهم في خلقه خلاف نيته.

(6) الدار قطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني في كتاب الأفضية، دن، (1422هـ - 2001م)، دط، 4: 206. ابن قيم الجوزية، محمد

بن أبي بكر بن أيوب، أعلام الموقعين عن رب العالمين، 1: 85، 86. الماوردي، والأحكام السلطانية للماوردي، دار ابن قتيبة،

(1409هـ - 1989م)، ط1، 71.

مميزات هذا الكتاب: يمتلك هذا الخطاب صفات ومميزات لا يملكها أي خطاب من قبل أو بعد، لأن عمر رضي الله عنه لم يترك للقاضي المجال ليتجاهل شيئاً من القواعد التي يجب أن يتبعها، بل أضاف ما هو جديد. وهنا يكون قد استكمل بنیان القضاء العادل والمستقل، وهذه المميزات هي: أولاً: لا فرق بين الناس في القضاء بالحق، سواء بين غني وفقير، أو بين إنسان بسيط أو صاحب سلطان.

ثانياً: إن هذا الكتاب يعتبر قاعدة يسترشد بها القضاة في كل زمان ومكان، وهي تدرس حتى يومنا هذا.

ثالثاً: أنه قد جمع فيه أصول الأحكام والشهادة والقضاء، وهذه تعتبر أهم دعائم القضاء واستقلاله.

رابعاً: إن ما جمعه عمر رضي الله عنه في هذا الكتاب لا يخرج عن الشريعة الإسلامية وروحها مثل النهي عن الغضب والقلق والتأذي بالناس، والتنكر عند الخصم وعدم إخلاص النية لله تعالى.

خامساً: وفرَّ على القضاة كثيراً من الجهد في تتبع ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم، فهذا الكتاب قد رسم أسلوب التقاضي، والنهج الذي ينبغي أن يسلكه القضاة في قضائهم، وخاصة أن أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم لم تكن قد دونت في ذلك الوقت⁽¹⁾.

سادساً: في هذا الخطاب يكون قد فصل بين أعمال القضاء وأعمال السياسة وغيرها، وهذا هو مبدأ الاستقلالية في القضاء.

منهج عمر بن الخطاب رضي الله عنه في استقلال القضاء:

يوجد العديد من الكتب التي تحدثت عن عدل عمر وقضائه وسياسته وغيرها، لذلك لا يمكن سرد كل هذه الأمور في هذا البحث، وقد استنتج الباحث من خلال دراسته أهم الأساليب والمبادئ

(1) إبراهيم نجيب، تاريخ القضاء في الإسلام، 14.

التي أقام عليها عمر بن الخطاب منهجه في القضاء وحرية واستقلاله، والتي على أساسها كان القضاء في عهده حرًا ومستقلًا، وهي كالآتي:

أولاً: دراسته للقضية المعروضة أمامه من جميع جوانبها، وذلك بعد سماع كلام الخصوم والتأكد من صحة حججهم حتى يكون حكمه على يقين. ويقلب الأمر على وجوه ويقارن بين الأدلة والبراهين، وإن وجد شبهه تمهل واستشار أصحابه وإلا توقف عندها وخوفًا من الوقوع في الشبهات فإنه رضي الله عنه قد أوقف حد السرقة في عام المجاعة، وقال: (لا يقطع في عام عذق ولا سنة⁽¹⁾)، ربما لجأ الناس في تلك السنة إلى السرقة بسبب الجوع. وهذا يدل على حرية القضاء واستقلاله في اتخاذ القرارات بما يراه القاضي مناسبًا وموافقًا للضروف.

ثانيًا: مشاورته للصحابة رضي الله عنهم، ويسألهم عما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم في القضايا التي تصعب عليه، وأنه إذا أعياه أن يجد في القرآن والسنة حكم الحادثة، نظر هل لأبي بكر قضاء؟ فإن وجد قضى بقضائه، وإلا دعا رؤوس الناس فإذا اجتمعوا على أمر قضى به⁽²⁾، وهذا يعني أنه لا ينفرد بالرأي في مجلس القضاء، ولكنه لا يفعل ذلك مكرهًا فالأمر يعود إليه في الأخذ بالرأي والمشورة.

ثالثًا: كان عمر رضي الله عنه يستعين في قضائه بنخبة من فقهاء الصحابة رضوان الله عليهم، أمثال عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وطلحة بن الزبير وعبد الرحمن ابن عوف وغيرهم، وهؤلاء كانوا يمثلون مجلس الشورى عند عمر فإذا نزل بعمر أمر شاورهم فيه⁽³⁾.

يمكن القول: إن عمر رضي الله عنه كان يرجع إلى الحق متى ما ظهر له وجه الحكم، أو الدليل القاطع، دون التقييد بما قضى به في قضايا سابقة مماثلة، وفرض هذا المسلك على قضاته في أقاليم الدولة الإسلامية. والأصل عند عمر رضي الله عنه براءة الذمة أي ذمة المتهم، وذلك حتى تثبت إدانته، وبذلك يكون أول من أقر براءة المتهم حتى تثبت إدانته، والآن وبعد خمسة عشر قرنًا من الزمان لجأت النظم

(1) بن همام، عبد الرزاق الصنعاني أبو بكر، المصنف، المجلس العلمي، (1390هـ - 1970م)، 10: 242، والمخلى لابن حزم، 11:

343، والمراد بعام الجوع السنة القحط والجذب، والعذق من عذق النخيل إذا أكل ما عليها، ترتيب القاموس، 3: 179، والمعجم

الوسيط، 2: 590.

(2) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، أعلام الموقعين عن رب العالمين، 1: 62.

(3) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، 10: 46.

المعاصرة إلى تطبيق هذه القاعدة. وهو أول من فصل بين القضاء والسلطات الأخرى في الدولة كما سبق شرحه، فكان يولي حاكمًا على أحد الأقاليم الإسلامية ويولي معه قاضي، والسبب في اعتقاد الباحث هو اتساع رقعة الدولة الإسلامية، فكثرت أعمال الولاية ولم يعد لديهم الوقت للفصل في المنازعات. فترى الباحثة أن عمر عزل بين عمل القاضي وعمل الوالي خوفًا من ألا يعدل الوالي أو يخرج عن الحق، بسبب انشغاله بأمور الدولة ويؤدي به إلى التسرع والاستعجال في القضاء بين الناس.

ثالثًا: استقلال القضاء في عهد الخليفة عثمان بن عفان

هو الخليفة الثالث بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، تولى الخلافة سنة 23هـ، واستمرت خلافته 12 عامًا، وتوفي سنة 35هـ، ولقب بذي النورين، وتحدث الكثير من الكتب عن فضائل عثمان بن عفان رضي الله عنه فمنهم من قال بأنه: الحي العفيف الذي كانت تستحي منه الملائكة، صاحب المهجرتين، وأحد الذين توفي رسول الله عليه الصلاة والسلام وهو عنهم راضٍ، الذي اشترى بئر رومة وتصدق بها للمسلمين، وروي عنه أنه كان يحيي الليل بركعة يقرأ فيها القرآن. الخليفة المظلوم، المقتول ظلماً، الذي ضحى بنفسه، حتى لا يراق دم امرئ مسلم بسببه، ثم هان عليهم فقتلوه⁽¹⁾.

وجاء قضاء عثمان بن عفان مكملاً لقضاء عمر بن الخطاب ولم يغيّر القضاة الذين وضعه عمر بن الخطاب، إلا أنه حرص على تولي القضاء في المدينة بنفسه، كما تطوّر القضاء في عهده من الناحية التنظيمية حيث اتخذ داراً للقضاء، وهو أول من قام بهذا العمل؛ لأنّ القضاء في السابق كان يتم في المسجد.⁽²⁾

ويتضح هنا بحسب ما تبين من الدراسة، أن عثمان رضي الله عنه لا ينفرد بالرأي في مجلس القضاء، فيفصل بين المتخاصمين منفراً، فإذا تبين له الحق من غيره لم يتحول عنه، وإذا كان الأمر يتعلق بحكم شرعي من الكتاب والسنة فإن الشورى تكون محصورة بين أشخاص يفترض فيهم القدرة على

(1) عبد الله بن أحمد بن حنبل، فضائل عثمان بن عفان، ت: طلعت بن فؤاد الحلواني، السعودية: دار ماجد عسيري، ط1، (1421هـ -

2000م)، 6.

(2) مذكور، محمد سلام، القضاء في الإسلام، دن، دت، 26.

الاجتهاد، وإذا كان الأمر يتعلق بأمور دنيوية، فكان يوسع نطاق الاستشارة فيه لتشمل جميع المسلمين العدول.

أوجه المقارنة بين استقلال القضاء عند عثمان وعمر:

أولاً: من حيث التشابه:

ترى الباحثة أن عثمان بن عفان رضي الله عنه قد استفاد من عبقرية عمر بن الخطاب رضي الله عنه، في تطويره لمؤسسة القضاء في الدولة الإسلامية والتي وضع لها قواعد ونظم، منها تعيين القضاة واختصاصاتهم ومصادر الأحكام القضائية، والصفات التي يجب توافرها في القاضي والأدلة التي يجب أن ينظر فيها، بالإضافة للسوابق القضائية من الخليفة أبي بكر وعمر استفاد منها القضاة في عهد عثمان رضي الله عنه. أي أن هناك تشابهاً في التنظيمات القضائية في الدولة الإسلامية بين عمر وعثمان رضي الله عنهما، بل وزاد عليه وأنشأ داراً للقضاء.

ثانياً من حيث الاختلاف:

1- أن عثمان بن عفان عندما تولى الخلافة لم يترك لأحد من القضاة في المدينة الاستقلال بالفصل في قضية من القضايا، بل كان ينظر في الخصومات بنفسه، ويستشيرهم مع غيرهم من الصحابة، فإن وافق رأيهم رأيه أمضاه، أي أن قضاة المدينة كانوا مستشارين له⁽¹⁾، وكان رضي الله عنه يعين القضاة على الأقاليم حيناً ويترك القضاء للوالي حيناً آخر، أو يطلب من الوالي أن يقوم بالقضاء بين الناس إضافة إلى عمل الولاية⁽²⁾.

2- لا يوجد الفصل بين السلطات في عهد عثمان بن عفان، أي أنه لا توجد معالم واضحة بشأن استقلال القضاء في عهده، فالوالي هو القاضي الذي يحكم ويفصل في سياسة الدولة وفي حلّ النزاع

(1) الزحيلي، محمد مصطفى، تاريخ القضاء في الإسلام، بيروت: دار الفكر، (1425هـ - 1995م)، دط، 83، 84.

(2) العمري، أكرم ضياء، عصر الخلافة الراشدة، المدينة المنورة: مكتبة العبيكان، دت، دط، 143.

بين الناس، وخاصة أن الوالي في ذلك الوقت وكما هو معروف- عهد الفتوحات الإسلامية- مشغول في أمور الحرب والسياسة، فستكون مهمته في الفصل والحكم بين الناس فيها مشقة عليه.

ولا شك أن استقلال القضاء بدار خاصٍ يشير إلى اتساع دائرة التقاضي بين الناس، ويعطي حريةً أوسع نطاقاً وأكثر راحة في اتخاذ القرارات. على أن يكون القضاء نفسه مستقلاً عن أي سلطان آخر، وإلا ما فائدة استقلال المكان والذين يحكمون بداخله ليسوا أحراراً في إصدار الأحكام وهم مقيدون لا يستطيعون التعبير بحرية عن وجهة نظرهم، فالاستقلال هنا مكاني وليس شخصي.

مثال: في وقتنا هذا هل يستطيع رئيس الدولة أن يكون قاضياً؟ طبعاً لا، وإلا كنا قد أخذنا بوجهة نظر عثمان بن عفان رضي الله عنه في عمل الوالي والقاضي في نفس الوقت. ففي وقتنا الحالي من الأسباب المؤدية لتدهور البلاد وكثرة المشاكل بها هو عدم الفصل بين السلطات في الدولة، وسوف يطول الحديث في هذا الموضوع بإذن الله في فصل لاحق، فالأولى الأخذ بمبدأ عمر رضي الله عنه في الفصل بين السلطات.

رابعاً: استقلال القضاء في عهد علي بن أبي طالب

كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه رابع الخلفاء الراشدين، وقد سار على نهج الرسول صلى الله عليه وسلم، في توجيه قضاائه، ومن توجيهات رسول الله صلى الله عليه وسلم، حينما قال له: "إذا تقدم إليك خصمان فلا تسمع كلام الأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف ترى كيف تقضي".⁽¹⁾ وبلغ عدله مبلغاً عظيماً وأقرّ قضاء عمر وعثمان رضي الله عنهم جميعاً.

وتولى علي بن أبي طالب رضي الله عنه الخلافة سنة 35هـ، وانتهت خلافته سنة 40هـ، وبنهاية خلافته انتهى زمن الخلافة الراشدة،⁽²⁾ كما أنه اشتهر رضي الله عنه بالفهم في القضاء، وقد رأينا كيف كان يبعثه النبي صلى الله عليه وسلم قاضياً ويتعهده بالتوجيه والإرشاد، وبين له كيفية معاملة الخصوم وكيفية القضاء.

(1) جامع الترمذي، 2: 395، وقال عنه: هذا حديث حسن، وقال الألباني: حسن، صحيح الجامع الصغير، 1: 178.

(2) حسن إبراهيم حسن، تاريخ الإسلام السياسي، 1: 252-265.

وقد سار علي بن أبي طالب رضي الله عنه على هذا النهج - نهج رسول الله عليه الصلاة والسلام - في خلافته، فكان يوجّه ولاته إلى تعهّد القضاء ويرشدهم إلى طريق اختيارهم، فمن تلك التوجيهات ما ذكر من وصيته للأشتر النخعي،⁽¹⁾ حين ولاه على مصر، فقد جاء فيها:

"احتر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك ممن لا تضيق به الأمور ولا تمحكه⁽²⁾ الخصوم، ولا يتمادى في الزلّة، ولا يحصر⁽³⁾ من الفيء⁽⁴⁾ إلى الحقّ إذا عرفه، ولا تشرف نفسه على طمع، ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه، وأوقفهم في الشبهات، وأخذهم بالحجج، وأقلهم تبرُّماً بمراجعة الخصم، وأصبرهم على تكشّف الأمور، وأصرمهم عند اتّضح الحكم، مما لا يزهيه إطرأ، ولا يستميله إغراء، وأولئك قليل، ثم أكثر تعاهد قضائه، وأفسح له في البذل ما يزيل علته وتقل معه حاجته إلى الناس، وأعطه من المتزلة لديك ما لا تطمع فيه غيره من خاصّتك ليأمن بذلك اغتيال الرّجال له عندك".⁽⁵⁾ ومما يلاحظ هنا أن كلّ ما أخبر به علي بن أبي طالب رضي الله عنه الأشتر لا يخرج عن النّصيحة والإرشاد ولا يصل إلى الأمر أو أنه استخدم سلطانه في فرض الأوامر على القضاة بل اكتفى بتقديم النّصيحة.

وقد تضمنت هذه الوصية بيان الأمور الآتية:

أولاً: أن يكون القضاة من أفضل الرعية، وأن يكونوا على سعة في الخلق، وألا يتمادوا في الزلل، ويرجعون إلى الحق إذا عرفوه، وألا يغضبوا عند مخاصمة الناس عندهم، وأن يقفوا ويتأملوا كثيراً في الشبهات حتى يتبين لهم الحق، وألا ينقادوا إلى الأطماع، ويتبعوا الأهواء، وأن يتصفوا بالشدة والصرامة عند اتّضح الحق لهم، ولا يميلوا مع الجانب الآخر الذي تذرّع بالباطل.

ثانياً: أن يزيد في عطاء ورواتب القضاة حتى تقل حاجتهم إلى الناس ويحكموا بما أنزل الله تعالى.

ثالثاً: على الولاة أن يكثرُوا من تعاهد القضاة ويطلّعو على قضائهم لئلا يكون مجافياً للواقع.

(1) هو: مالك بن الحارث النخعي الكوفي المعروف بالأشتر، أدرك الجاهلية، وكان من أكبر أمراء علي، شهد اليرموك، قال ابن يونس: ولاه

علي مصر بعد فتيس بن سعد بن عبادة، فسار حتى بلغ القلزم فمات بها سنة 37هـ، تهذيب التهذيب، 15: 11-12.

(2) تجعله لجوجاً في الخصوم.

(3) الحصر: الميل.

(4) الفيء: الرجوع.

(5) الشريف الرضي، نهج البلاغة لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه، (1419هـ)، ط1، 339-340.

رابعاً: أن يشيد الولاة بالقضاة ويرفعوا منزلتهم حتى يشعروا بالكرامة والمترلة الرفيعة ليخلصوا بذلك في عملهم⁽¹⁾.

تبين مما سبق أن القضاء كان منفصلاً ومستقلاً ولا يخضع لأي سلطان في عهد علي رضي الله عنه. وهناك أيضاً مثال واضح على استقلال القضاء في عهد الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه وهو قصة درع علي بن أبي طالب مع النصراني، فقد وجد درعه عند نصراني فأقبل به إلى شريح الذي كان قاضياً في ذلك الوقت يخاصمه، ثم قال: هذا الدرع درعي ولم أبع ولم أهب. فقال شريح للنصراني: ما تقول فيما يقول أمير المؤمنين، فقال النصراني: ما الدرع إلا درعي، وما أمير المؤمنين عندي بكاذب. فالتفت شريح إلى علي فقال: يا أمير المؤمنين، هل من بينة؟ فضحك علي رضي الله عنه وقال: أصاب شريح مالي بينة. فقضى بها شريح للنصراني، قال: فأخذ النصراني ومشى خُطى، ثم رجع، فقال: أما أنا فأشهد أن هذه أحكام الأنبياء، أمير المؤمنين يُدنيني إلى قاضيه يقضى عليه، أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمد عبده ورسوله، الدرغ والله درعك يا أمير المؤمنين⁽²⁾. فالقاضي في عهده رضي الله عنه حرّ ومستقل في حكمة حتى ولو كان حكامه على الخليفة نفسه، فهذا أفضل تعبير عن استقلال القضاء وحرية، وأن القاضي لا يخاف لومة لائم، إلا وجه الله سبحانه وتعالى، وهذا في زمن الخلفاء الراشدين، فماذا عن القضاء في وقتنا الحالي، هذا ما سوف يأتي دراسته بإذن الله في هذا البحث في فصل لاحق.

(1) القرشي، باقر شريف، موسوعة الإمام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، مؤسسة الكوثر للمعارف الإسلامية، ط2، (1429)،

.26 :25/10

(2) ابن كثير، اسماعيل بن عمر القرشي، البداية والنهاية، دار عالم الكتب، (1424هـ - 2003م)، دط، 5 :8.

المطلب الثالث: استقلال القضاء عند الأئمة الأربعة

تشير الباحثة هنا إلى المذاهب الفقهية الأربعة وهي: الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية.

وذلك لبيان موقف هؤلاء الأئمة الأربعة من مسألة استقلال القضاء فيما إذا كانوا قد تركوا أثرًا واضحًا للدفاع عن استقلال القضاء وحرية القاضي أم العكس.

أولاً: استقلال القضاء عند مذهب أبي حنيفة

لقد سمي الإمام أبي حنيفة⁽¹⁾ بإمام أهل الرأي والقياس، لأنه يعتمد في أحكامه الفقهية على الكتاب والسنة والإجماع والقياس، أي أنه يرجع إلى القرآن أو الحديث الصحيح والذي أجمع عليه وإلا فإنه يتبع القياس.

ومذهب أبي حنيفة في الفقه يتفق مع مسلك كل الأئمة فيها خص القرآن الكريم إن اختلفوا في شيء في فهم مدلوله وإشاراته وطرق الاستنباط منه، أما في الحديث فكان له مسلك خاص وهو التشدد في قبول الحديث والتحري عنه وعن رجاله حتى يصح، وهذه كانت خطة أبي حنيفة وتلاميذه من بعده، وهي الاقتصار على الحديث المشهور والمعروض من عامة الفقهاء⁽²⁾.

وقد وافق مذهب أبي حنيفة أهل العراق وأصبح معظم القضاة على مذهب أبي حنيفة، ففي العراق كان أشهر أساتذة التشريع من الصحابة، فتلقى أبو حنيفة العلم والفقه عن فقهاء العراق السابقين، وحيث إن أهل السنة ليسوا الأكثرية في العراق لذلك اعتمد أبو حنيفة في أحكامه على الاجتهاد وأصبح أهل الرأي والقياس⁽³⁾.

(1) هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي، ولد بالكوفة سنة 80هـ، ونشأ بها يبيع الخبز ويطلب العلم ثم أنقطع للتدريس والإفتاء وكان رجلاً فقيهاً معروفاً بالفقه مشهوراً بالورع، وكان من أعظم الناس أمانة. وقد طلب منه أن يتقلد القضاء أكثر من مرة فامتنع، وكان عالماً زاهداً عابداً يؤثر رضاه ربه على كل شيء، وكان أبو حنيفة من شيعة علي كآثر الموالي، وتوفي عام 180هـ. ابن خلكان، وفيات الأعيان، 5: 39 الزركلي، الأعلام، 9: 4.

(2) كارل بروكلمان، تاريخ الأدب العربي، القاهرة: دار المعارف، ط5، 2006، 3: 245.

(3) الزركلي، خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، (2002م)، ط 12، 9: 240.

وفي عهد الدولة الأموية رفض أبو حنيفة تقلد منصب القضاء وتم حبسه وجلد بالسوط ثم مات، وفي رواية أخرى أنه قبل القضاء وبعد أيام مات مسموماً على يد المنصور⁽¹⁾.

وكثر عدد القضاة الذين تقلدوا القضاء على مذهب أبي حنيفة ومنهم حفيد الإمام أبي حنيفة ويدعى إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة⁽²⁾، وكان قاضياً على المذهب الحنفي وهو يتقلد قضاء البصرة، وبعد عزله من القضاء تولى القضاء مكانه عبد الرحمن بن إسحاق بن إبراهيم بن سلمة⁽³⁾، وكذلك القاضي بشر بن الوليد⁽⁴⁾، كان يقضي على مذهب أبي حنيفة.

والملاحظ هنا: أنه يوجد نموذج واضحٌ وجليٌّ لمفهوم استقلالية القضاء، حيث إن أبا حنيفة رحمة الله عليه رفض تدخل أي سلطان حتى وإن كان سلطان الحاكم، أي أنه رفض قرار الحاكم أن يكون قاضياً وقد كان فقيهاً صادقاً وعادلاً وأميناً على الحق، ولو كان في توليه منصب القضاء فائدة أو مصلحة للناس وعدل ما كان قد رفضه، إلا أن رفضه لمنصب القضاء يدل على أنه التمس بعض الأمور التي سيكون فيها مقيداً وغير منصف أمام الله وأمام الناس، لذلك آثر الحبس والموت على أن يلوث تاريخه وعلمه وتلاميذه من بعده، فلا يضحى إنسان مثله بحياته إلا إذا كان السبب عظيمًا بالنسبة إليه، فالقاضي يجب أن يكون حراً مستقلاً في أحكامه فلو رأى أبو حنيفة هذه الأمور واضحة وجليّة ما كان قد رفض، وانتهى به الأمر إلى السجن والتعذيب والموت، فبموت أبي حنيفة خير مثال على المطالبة باستقلالية القضاء، وحرية القضاة في إصدار الأحكام وفيما يروونه مناسباً.

فمن ركائز الإسلام الحياد، وهو عدم تحيز القاضي لأي جهة سواء من عامة الشعب أو أي سلطة في الدولة، ولقد جاء الإسلام بهذه الركيزة ونصت الآيات القرآنية على وجوب إقامة العدل في الحكم،

(1) التميمي، أبو العرب محمد بن أحمد بن عمير، كتاب الخن، دار الغرب الإسلامي، ط3، (1427هـ - 2006م)، ص255.

(2) هو فقيه حنفي، قاض، عالم، ولي قضاء الجانب الشرقي من بغداد، وقضاء البصرة والرقعة، توفي شاباً سنة 221هـ. الزركلي، الأعلام، 1: 309.

(3) كان قاضياً في الرقة، ثم ولي قضاء مدينة المنصور، ثم جمع له الجانب الغربي بأسره، وعزل سنة 228هـ، وتوفي سنة 232هـ. الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، 10: 260.

(4) أبو الوليد بشر بن الوليد بن خالد الكندي، ولي القضاء بعسكر المهدي، ثم ولي القضاء بمدينة المنصور، وكان جميل المذهب، حسن الطريقة، وأحد خمسة من القضاة العرب وهم: ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، وأبو البخترى، وابن أبي داود. توفي ببغداد سنة 228هـ، الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، 7: 80.

والأيتانثر الحاكم بهواه سواء أحب أو أبغض، وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا

حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ النساء: 58.

وقال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوْ

الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ

تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ النساء: 135، والله أعلم.

ثانياً: استقلال القضاء في مذهب الإمام مالك

عاش الإمام مالك⁽¹⁾، في المدينة وأشهر أساتذته كانوا يحفظون الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم فكان طبيعياً أن تكون المدينة مقر مدرسة الحديث، وقد سار مالك على هذا المنوال، فقد سمع الحديث من كثير من شيوخ المدينة، فقد كان مذهب الإمام مالك موافقاً لأهل الحجاز، ومعظمهم من السنة، وكان يعتبر الإمام مالك إمام أهل الحديث ذلك أنه عاش ومات في المدينة حيث الأكثرية من أهل السنة، لذلك لم يشترط مالك في الحديث الشهره وغيرها بل اشترط صحة السند ونحوها⁽²⁾، ورغم هذا كان شديد التدقيق والتحري لذلك كان أساس مذهبه القرآن ثم السنة وهي عنده وافرة وكثيرة، وبعد القرآن والسنة يلجأ للإجماع، وهو اتفاق الفقهاء على حكم شرعي كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا بُنِنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ النساء: 115.

(1) هو الإمام أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، ولد عام 93هـ، أصله عربي يعني وهو إمام دار الهجرة وإليه ينسب المذهب المالكي، ولد بالمدينة وتوفي فيها عام 179هـ. ابن العماد، شذرات الذهب، 1: 289. أحمد أمين، ضحى الإسلام، 2: 206،

.215

(2) الأتابكي، جمال الدين بن أبي المحاسن يوسف بن تغرى بردى، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، (1413هـ - 1992م)، 2: 96.

ومما ساعد على نشر مذهب الإمام مالك، أنه دون مذهبه في كتابه الموطأ فيه مظهر للحديث وجمع فيه ألف حديث ونيفاً، ومظهر للفقهاء فيه عن الطهارة والصلاة والزكاة والصيام، وقد شغل بكتابه نحو أربعين سنة، ويعد من أول الكتب التي ألفت في الحديث والفقهاء⁽¹⁾.

أما أبرز قضاة المذهب المالكي فهو القاضي أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن حماد الأزدي الذي أخذ الفقه على مذهب مالك عن أحمد بن المعدل⁽²⁾، وتقدم في هذا العلم حتى صار عالماً فيه ونشر من مذهب مالك وفضله ما لم يكن بالعراق في وقت من الاوقات وصنف في الاحتجاج لمذهب مالك والشرح له، ما صار لأهل هذا المذهب مثلاً يحتذونه، وطريقاً يسلكونه ومن فقهاء المذهب المالكي أيضاً أبو بكر محمد بن صالح الأبهري⁽³⁾، الذي طلب للقضاء فرفض، وكان مشهوراً بالورع والعلم⁽⁴⁾.

ويمكن القول: إن هناك أوجه شبه واختلاف بين مذهب أبي حنيفة والمذهب المالكي وما سار عليه تلاميذهما الذين تولوا منصب القضاء في ذلك الوقت، وهي كالاتي:

أولاً: يوجد وجه تشابه بين الاثنين، فكما تعرض أبو حنيفة للاضطهاد زمن المنصور كذلك حدث للمالك زمن المنصور أيضاً، فكان مالك يفتي الناس بأنه لا يقع طلاق المكره، وهذا يستتبع أن البيعة لاتقع مع الإكراه مما يعني أن من بايع العباسيين مكرهاً فله أن يتحلل من بيعته، وهذا ما أغضب المنصور، ومن ثمة والي المدينة جعفر بن سليمان خاصة وإن حُساد مالك كُثر فسدوا له حتى ضرب بالسياط⁽⁵⁾.

ثانياً: يتفقان على استقلالية القضاء، أي حرية اتخاذ القرار المناسب والعدل والرأي السديد ولو كان على حساب فئة معينة من البشر، ورفضهما لتدخل أي جهة أي كانت في شئونهما وفي شرحهم

(1) أحمد أمين، ضحى الإسلام، القاهرة: مكتبة الأسرة، 1997م، 2: 202.

(2) أبو جعفر أحمد بن حرب بن مسمع بن مالك المعروف بابن المعدل، كان من قراء القرآن الكريم، وأحد الشهداء الذين رغبوا في آخر أعمارهم عن الشهادة، وتوفي عام 275هـ. الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، 4: 119.

(3) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن صالح التميمي الأبهري، شيخ المالكية في العراق، سكن بغداد وسئل أن يلي القضاء فامتنع، وله تصانيف في مذهب مالك، ولد سنة 289هـ وتوفي سنة 375هـ. الزركلي، الأعلام، 7: 98.

(4) الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، 6: 19.

(5) أحمد أمين، ضحى الإسلام، القاهرة: مكتبة الأسرة، 1997م، 2: 207.

لمسائل المسلمين المتعلقة بأمور الدين والدنيا، والدليل على ذلك ما تعرضا له من تعذيب وإهانة رغم مقامهما كعلماء في الأمة.

ثالثاً: وكما كان مذهب أبي حنيفة موافقاً لأهل العراق، كان مذهب الإمام مالك موافقاً لأهل الحجاز.

رابعاً: كان أبو حنيفة يتشدد في الحديث حتى لو نسب إلى أحد الصحابة، بعكس الإمام مالك الذي يرى أنه يجب العمل بقول الصحابي إن صح نسبه إليه.

خامساً: لم يشترط مالك في الحديث ما اشترطه أبو حنيفة من الشهرة وغيرها، بل اشترط صحة السند ونحوها.

سادساً: إن القياس هو آخر ما يلجأ إليه مالك عكس أبي حنيفة؛ لأن أهل المدينة إذا اتفقوا على عمل مسألة واتفق مع العمل علماؤها فهذا العمل حجة يقوم على القياس بل ويقوم على الحديث الصحيح.

ثالثاً: استقلال القضاء عند مذهب الإمام الشافعي

جمع الإمام الشافعي⁽¹⁾، بين طريقة أهل الحديث في المدينة وأهل الرأي والقياس في العراق، ودون ذلك في كتاب الأم، وقد تلقى العلم في مكة، كما حفظ الموطأ وسمعه من مالك في المدينة حيث لازمه حتى وفاته، كما رحل إلى اليمن مع عمه الذي تولى القضاء هناك وزار العراق ثم مصر حيث ساد مذهبه هناك، وكان لهذه الرحلات دوراً هاماً في تأسيس مذهبه حيث قرّب بين مدرستي العراق والحجاز، عن طريق إحاطته لمذهب أبي حنيفة ومذهب مالك وقرب وجهات النظر بينهما⁽²⁾. كما أن

(1) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمي، ولد عام 150هـ، وهو أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وهو عربي قريشي النسب ولد في غزة وحمل إلى مكة وهو صغير، وكان شاعراً وأديباً وأعرفهم بالفقه والقرآن وكان مفرط الذكاء، أفتي وهو ابن عشرين سنة، وتوفي بمدينة الفسطاط بمصر عام 204هـ. السبكي، طبقات الشافعية، 1: 284. ياقوت الحمري، معجم الأدباء، 6: 367، 398. ابن العماد، شذرات الذهب، 2: 92.

(2) الزركلي، خير الدين الأعلام، بيروت- دار العلم للملايين، ط 15، 2002م، 6: 249.

زيارته لمصر مكتته من معرفة أحوالها والتي قد تتشابه مع أحوال الحجاز والعراق في بعض الأمور وتختلف في أمور أخرى، لذلك قرر أن يكون مذهبه شاملاً لمذهبي أبي حنيفة ومالك، وانتشر تلاميذه هناك، أما في العراق لم يحتل مذهب الشافعي المكانة المرجوة بل بقي مذهب أبي حنيفة هو السائد⁽¹⁾.
ومن تلاميذه أبو بشر أحمد بن محمد الهروي⁽²⁾، وهو فقيه على مذهب الشافعي وكان يخدم أمير المؤمنين القادر بالله قبل الخلافة ودرس عليه مذهب الشافعي⁽³⁾.

ويلاحظ أن الإمام الشافعي لم يخرج عن نهج الإمام أبي حنيفة أو مالك، بل جمع بينهما، أي قارب بين المذهبين مذهب الحنفية ومذهب المالكية. وليس هناك ما يدل على التخليه عن مبدأ استقلال القضاء، وقد لاحظ تشابهاً بين أحوال أهل الحجاز وأهل العراق، وهذا يعني أنه يتفق معهم في كل ماسبق ذكره من حرية الرأي واتخاذ القرار والأفراد بالأحكام دون الرجوع أو الخضوع لسلطان الوالي في ذلك الوقت، أي أن القضاة كانوا يطالبون بالاستقلالية في قضائهم، وحرية الافتاء فيما يروونه مناسباً دون التقيد ولو كان على حساب أنفسهم.

رابعاً: استقلال القضاء عند مذهب ابن حنبل

يعتبر ابن حنبل⁽⁴⁾، رجل حديث وإمام أهل السنة، والذي أخذ على عاتقه نصرة السنة، حيث كان الحديث الضعيف أحب إليه من الرأي ودون مذهبه بيده في كتابه المسند⁽⁵⁾، وكان الإمام أحمد من

(1) كارل بروكلمان، تاريخ الأدب العربي، القاهرة - دار المعارف، ط5، 2006، 3: 292، 294.

(2) هو أبو بشر أحمد بن محمد بن جعفر الهروي، ولد بمرارة عام 328هـ، تفقه على المذهب الشافعي وروى أبو بشر أحاديثاً وأخباراً وأدباً وشعرًا وكتباً مصنفة، وتقلد الحسبة بجاني مدينة السلام، وتقلد قضاء طسوجي مسكن وقطربل وبلاد أذربيجان، وتوفي سنة 385هـ. الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، 5: 89.

(3) المرجع السابق، 5: 231.

(4) هو الإمام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني الوائلي، وهو أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وتلميذ الإمام الشافعي، ولد في بغداد عام 164هـ، وأخذ يسمع الحديث وهو ابن خمس عشرة سنة، وعندما بلغ العشرين أخذ يطوف البلاد في طلب العلم ثم وجع إلى بغداد فأخذ عن الشافعي وتميز بشدة التقيد بالحديث والسنة وهو صاحب كتاب المسند وتوفي عام 241هـ. ابن أبي يعلى: طبقات الحنابلة، 3، 11. ابن السبكي، طبقات الشافعية، 1: 199، 221. ابن العماد شذرات الذهب، 2: 96، 98.

(5) مسند بن حنبل، وهو كتاب جامع في الأحاديث جمعه وكتبه أبوه أبو عبد الرحمن عبد الله، ثم رتبته على أبواب البخاري علاء الدين أبو الحسن علي بن الحسين بن عروة المشرقى المكيني باين زكنون وذلك في النصف الثاني من القرن الثامن هجري بعنوان (الكواكب الدراري في ترتيب مسند الإمام أحمد على أبواب البخاري)، وله مؤلفات أخرى غير مسند أهمها (كتاب السنة، موصل المعتقد إلى الجنة)

أصحاب الشافعي إلى أن رحل الشافعي إلى مصر، ولم يخالف الإمام أحمد أبا حنيفة ومالك والشافعي في حرية الرأي والاستقلالية في اتخاذ القرارات وبيان حكمهم فيما يرونه مناسباً بعدم الرجوع أو الخضوع لأي سلطان، فلقد أمر المأمون أهل العراق أن يتبعوا المعتزلة في القول بخلق القرآن، فرفض الإمام أحمد موافقته على هذا الأمر، فأمر الخليفة واليه ببغداد أن يمتحنه فلم يقبل ابن حنبل القول بخلق القرآن، فسجن بالرقبة وأعيد إلى بغداد، رافضاً وممتنعاً عن القول بخلق القرآن رغم سحنة وضربه بالسياط⁽¹⁾، وحرص قاضي القضاة على قتله، لكن الخليفة أطلق سراحه خوفاً من إندلاع ثورة العامة التي التفتت حول ابن حنبل الذي ثبت بشجاعة على موقفه وعلى ما يعتقد أنه الحق. هذا وقد اتسمت الحياة القضائية في بغداد خلال هذه الفترة بالتناظر بين القضاة والفقهاء في مسائل وقضايا مختلفة، كما كان الفقهاء يجتمعون في مجلس قاضي القضاة حيث يتناظرون في الأمور الفقهية وأشهرها بين أبي بكر محمد بن داود⁽²⁾، وأبي العباس أحمد بن سريج⁽³⁾.

وفي نهاية الحديث عن المذاهب الفقية الأربعة وإن اختلفت في الفروع إلا أنها متفقة على الأصول، ولم تخرج هذه المذاهب عن كتاب الله وشرعه وسنته رغم ما تعرضوا له من إكراه سواء بالضرب أو الحبس وربما القتل أيضاً، من أجل مخالفة بعض الأحكام الشرعية، مدافعين عن الحق وعن حريتهم في إصدار الأحكام الفقهية والتفسيرات الشرعية والفتاوي فرحمة الله عليهم، وبارك الله في من قلدهم وسار على نهجهم، ولم يضعف أو يستسلم لسلطان غير سلطان الرحمن وشرعه، مانعين للفتن ومحافظين على ركائز الدولة الإسلامية.

وكتاب في الزهد، وكتاب الصلاة وما يلزم فيها، وكتاب الورع والإيمان، وجزء في أصول السنة، وفضائل الصحابة، وغيرها من الكتب.

كارل بروكلمان، تاريخ الأدب العربي، القاهرة - دار المعارف، 3: 310، 312.

(1) التميمي، أبو العرب محمد بن أحمد بن تميم، كتاب الحن، بيروت - دار الغرب الإسلامي، ط3، (1427هـ - 2006م)، 444.

(2) هو أبو بكر محمد بن داود بن علي بن خلف الأصبهاني الظاهري، ولد وعاش ببغداد وهو أديب مناظر، شاعر، فتنسب إلى والده الطائفة الظاهرية، وسميت بذلك لاحتها بظاهر الكتاب والسنة واعراضها عن التاويل والرأي والقياس، وكان أبو سليمان داود أول من جهر بهذا القول، وعندما توفي سنة 270هـ أخذ ابنه أبو بكر محمد بن داود يفتي مكانه ثم ألف كتاب (الزهرة)، وغيرها من الكتب إلى أن توفي عام 297هـ. الزركلي، الأعلام، 3: 8، 6: 355.

(3) هو أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي، وكان فقيه الشافعية في عصره، وكان يلقب بالباز الأشهب، ونشر مذهب الشافعي في أنحاء المعمورة، له نحو أربعمئة مصنف، وتوفي في بغداد عام 306هـ. الزركلي، الأعلام، 1: 178.

فاستقلال القضاء كان مطلب كل إمام من هؤلاء الأئمة كما سبق ذكره، فقد حاربوا بقوة ومنعوا أي أحد من التدخل في أحكامهم، وأطلقوا لتلاميذهم ولخياطهم العنان وبدأوا يقترحون الأسئلة ويفترضون الفروض ويضعون لها الاجوبة حتى تكون لهم من ذلك آلاف المسائل منها حتى شملت أبواب الفقه جميعاً، وبذلك تركوا للقضاة مادة غنية تساعدهم في تسيير أمور القضاء.

University of Malaya

الخلاصة

بعد البحث والدراسة في بيان موقف الشريعة الإسلامية من استقلال القضاء توصل الباحث إلى بعض النتائج التي كانت محل دراسة واهتمام وهي كالآتي:

أولاً: أن القضاء بالحق هو: إظهار للعدل ورفع الظلم، وإنصاف المظلوم من الظالم، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولأجله بُعث الأنبياء والرسل، وبه اشتغل الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم. وهو أمر لازم لقيام الأمم ولسعادتها وحياتها حياة طيبة، فالقضاء يعمل على نصرة المظلوم وقمع الظالم وقطع الخصومات وأداء الحقوق إلى مستحقيها.

ثانياً: تبين أن نوع العدالة المطلوبة لتحقيق استقلال القضاء هي العدالة الظاهرة، وهي التي يحكم القاضي من خلالها بما هو ظاهر للعيان، ومتفق عليه من قبل جميع الناس، كما تمتع-العدالة الظاهرة- تدخل أي شخص في الأحكام الظاهرة التي يحكم فيها القاضي، ويصبح حكمه مستقلاً و يشعر القاضي بالطمأنينة والعدالة في أحكامه.

ثالثاً: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قد جمع بين تبليغ الدعوة والتشريع والتنفيذ والقضاء، وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قاضياً عادلاً مستقلاً ليس عليه سلطان إلا سلطان ربه.

رابعاً: كما يلاحظ أن القضاء كان يعتبر من أهم دعائم الدولة؛ لذلك كان يحاول الخلفاء الراشدون تطويره وتنظيمه من خليفة إلى آخر؛ لشعورهم بأنه: في استقرار وانتظام القضاء واستقلاله وحرية يحقق للدولة ضمان الأمن واستقرار الدولة وحمايتها، فإذا استقر القضاء اطمأن الناس وهدئت النفوس، وانتهت الفوضى وعم الأمن والسلام.

خامساً: ولم يترك أبو بكر رضي الله عنه أمراً من أمور المسلمين في ذلك الوقت حتى وضع له حجر الأساس ليستكمل الآخرون ما قام به. أما مسألة استقلال القضاء في عهده فلم تكن واضحة، ولم يستقل القضاء في أحكامهم.

سادساً: إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو أول من فصل بين القضاء والسلطات الأخرى في الدولة، فكان يولي حاكماً على أحد الأقاليم الإسلامية ويولي معه قاضياً، أي عزل بين عمل القاضي

وعمل الوالي خوفاً من ألا يعدل الوالي أو يخرج عن الحق، بسبب انشغاله بأمور الدولة ويؤدي به إلى التسرع والاستعجال في القضاء بين الناس.

سابعاً: استفاد عثمان بن عفان رضي الله عنه من عبقرية عمر بن الخطاب، في تطويره لمؤسسة القضاء في الدولة الإسلامية، ولكنه لم يترك لأحد من القضاة في المدينة الاستقلال بالفصل في قضية من القضايا، أي أنه لا يوجد فصل تام بين السلطات في عهد عثمان بن عفان، فالوالي في معظم الأحوال هو القاضي الذي يحكم ويفصل في سياسة الدولة وفي حلّ النزاع بين الناس.

ثامناً: أن القضاء في عهد علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان منفصلاً ومستقلاً ولا يخضع لأي سلطان، فالقاضي في عهده رضي الله عنه حرّ ومستقل في حكمة حتى ولو كان حكمه على الخليفة نفسه.

تاسعاً: إن أبي حنيفة يعدّ نموذجاً واضحاً وجلياً لمفهوم استقلالية القضاء، حيث إن أبا حنيفة رحمة الله عليه رفض تدخل أي سلطان حتى وإن كان سلطان الحاكم، أي أنه رفض قرار الحاكم أن يكون قاضياً، لعلمه أنه لن يكون حرّاً في أحكامه وقراراته، وقد كان فقيهاً صادقاً وعادلاً وأميناً على الحق.

عاشراً: وكذلك مذهب الإمام المالكي والشافعي والحنبلي، جميعهم رفضوا التخلي عن حريتهم في إعطاء الفتاوى بكل حرية وتقديم وجهة نظرهم الحقيقية التي لا تخرج عن الدين والشريعة الإسلامية مهما كانت الظروف، وبسبب ذلك تعرضوا للإيذاء. وهذا واضح وجليّ على ترسيخ وتأكيد مبدأ استقلالية القضاء في ذلك الوقت.

حادي عشر: إن استقلال القضاء كان مطلب معظم العلماء والفقهاء والصحابة والرسول، وهذا يعني أن الأصلح لقيام الشعوب ونهضتها والتقدم بها نحو الأفضل هو العدل، ونتاج العدل هو القضاء العادل، ولا يتحقق هذا إلا إذا كان مستقلاً وحرّاً، وهذا ما أكدته الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: وسائل وضمانات استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي ووفقاً للمعايير الدولية الحديثة

وفيه المباحث الآتية:

المبحث الأول: القواعد والأسس لضمان استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وفي ليبيا.

المبحث الثاني: الصعوبات التي واجهت استقلال القضاء في ليبيا سابقاً (قبل ثورة 17 فبراير).

المبحث الثالث: ضمانات استقلال القضاء في المعايير الدولية الحديثة والقانون الليبي.

تمهيد:

حرصت الشريعة الإسلامية على إحاطة القاضي بالاستقلالية والحرية في القضاء، وقد تجلّى لنا ذلك من خلال حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل وتجدد عملياً في عهده وفي عهد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم جميعاً وعند الأئمة الأربعة، ومن هنا حقق النظام الإسلامي السابق في إقرار مبدأ استقلال القضاء، كما أحاطت الشريعة الغراء بالاستقلال بضمانات إدارية يأتي في مقدمتها ضمان عدم قابلية القاضي للعزل، فكانت مجالس القضاء الأكثر هيبة وإجلالاً، وأيضاً ضمانات مدنية وجنائية-سيأتي بيانهما-حفظت مضمونه ومحتواه، ولا شك أن مصلحة المجتمع في حسن سير قطاع العدالة على الوحة الأكمل والمحافظة على معدلات أدائه وتوفير الضمانات اللازمة هي التي تقف سبباً موجباً بالاعتراف للقضاة باستقلالهم، وبهذه الضمانات يتوفر للقاضي المناخ المناسب للمبادرة والإقدام على أداء وظيفته دون تردد أو خوف يؤثر على حيده ويعدم إرادته ويخدش استقلاله، هذا ما سيأتي بيانه تفصيلاً في المبحث الأول من هذا الفصل، أما المبحث الثاني سيتناول الصعوبات التي واجهت استقلال القضاء في ليبيا وحرمان القاضي الليبي من أبسط الضمانات التي يجب أن يتمتع بها القضاء ليكون حرّاً ومستقلاً، ثم بيان ضمانات استقلال القضاء في المعايير الدولية الحديثة والقانون الليبي.

المبحث الأول: القواعد والأسس لضمان استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وفي ليبيا

يواجه استقلال القضاء العديد من الصعوبات التي تحول دون تحقيق العدالة بمفهومها الشرعي، لذلك كان لا بد من وضع قواعد وأسس لضمان استقلال القاضي وحرية في مواجهة أي جهة أو سلطة، والشريعة الإسلامية لا تخلو من هذه القواعد والأسس فقد بينت ضمانات تعيين القاضي وحياده وعزله وكذلك ضمانات هيبة القاضي، ولكن هل تتفق هذه القواعد مع ضمانات استقلال القاضي في ليبيا؟ هذا ما سيأتي بيانه في هذا المبحث حيث تضمن المطلب الأول ضمانات تعيين القاضي، أما المطلب الثاني ضمانات حياد القاضي، أما المطلب الثالث فيشمل ضمانات عزل القاضي وهيئته.

المطلب الأول: ضمانات تعيين القاضي

إن القضاء من الولايات العامة التي يتقلدها الإمام، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الذي يتولى منصب القضاء هو الإمام أو نائبه، لأن ولاية القضاء من المصالح العامة، وكانت طرق تولي القضاء متعددة، فقد تكون بالترشيح أو الانتخاب أو الاستشارة، وكان في النهاية يُختار الأكثر علمًا وحلماً ودينًا، وماروي أن الرشيد أحضر رجلًا ليوليه القضاء فقال: أني لأحسن القضاء ولا أنا بفضله، فقال له الرشيد: فيك ثلاث خلال: لك شرف، والشرف يمنع صاحبه من الدناءة، ولك حلم، والحلم يمنعك من العجلة، ومن لم يعجل قل خطؤه، وأنت تشاور في أمرك، ومن شاور كثير صوابه، فلما ولاه لم يجد فيه مطعناً⁽¹⁾. ومن هنا كانت ولاية القضاء لمن هو أهل لها، وحقق شروطها، وكان قادرًا على أداء الحق، ونصرة المظلوم، والإصلاح بين الناس⁽²⁾.

شروط تعيين القاضي في الشريعة الإسلامية وفي ليبيا

(1) الصديق بن حسن، تحقيق: أبو عبد الرحمن بن عيسى، دار ابن حزم، ط1، 2001م، ص36.

(2) الورع من الناس: هو التارك للشبهات، والتره: هو الذي لا يطمع فيما عند الناس. مواهب الجليل، الخطاب، 6/ 103.

وضع المشرع الشروط العامة التي لا بد من توافرها في من يتولى منصب القضاء في المادة الثالثة والأربعين من القانون رقم 51 لسنة 1976م⁽¹⁾، وهي كالاتي:

1- الجنسية

أن تولي منصب القضاء هو تعبير عن سيادة الشعب، لذلك اشترط المشرع فيمن يتولى منصب القضاء أن يكون لبي الجنسية في المادة 43 من القانون السابق الذكر، ويتفق هذا الشرط مع معظم القوانين في العالم كالقانون الفرنسي⁽²⁾. والقانون المصري⁽³⁾. والقانون اليمني⁽⁴⁾. ومناطق ذلك أن القضاء وظيفة عامة تقوم بها الدولة، وتمثل مظهرًا من مظاهر السيادة.

ولكن القانون الليبي يخالف الشريعة الإسلامية في اشتراط الجنسية، فقد كان صحابة رسول الله رضي الله عنهم يرسلون القاضي من مدينة إلى مدينة أخرى، ولم يسبق الحديث عن اشتراط أن يكون القاضي من نفس البلد الذي سيحكم به⁽⁵⁾، بل اتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام فقط فيمن يتولى القضاء، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ النساء: 141 وأرى أن اختلاف العصور وتغير الأوضاع في العالم واختلاف الأزمنة يلعب دورًا هامًا في هذا الرأي، ففي السابق كانت الدولة الإسلامية وحدة واحدة، فلا ضير من أن ينتقل القضاة من مكان لآخر ومن بلد لآخر ليقضوا في بلاد أخرى.

2- كمال الأهلية

وهنا لا يختلف القانون الليبي مع الشريعة الإسلامية في اشتراط كمال الأهلية، ويقصد بكمال الأهلية في القانون الليبي إلا أن يكون قد حكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف، وكذلك ألا يكون قد تعرض لمجلس تأديبي محل بالشرف، بل يجب أن يكون حسن السمعة ومحمود السيرة،

(1) أعبودة. الكوني علي، قانون علم القضاء، المركز القومي للبحوث والدراسات، 2003م، ط3، 152.

(2) أعبودة. الكوني علي، قانون علم القضاء، 153.

(3) أحمد خليفة شرقاوي أحمد، هيئة القضاء وضمانات لاستقلال القضاء، الأسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2013م، 27.

(4) نجيب أحمد عبد الله، ضمانات استقلال القضاء، اليمن: المكتب الجامعي الحديث، 2007م، 35.

(5) الشوكاني، نيل الأوطار، 8 / 274. الأحكام السلطانية، للماوردي، 15.

والمقصود بهذا كله في الشريعة الإسلامية هو سلامة العقل، فاشتراط الفقهاء العقل في ولاية القضاء، لأن العقل هو مناط التكليف، ومصدر التفكير، وحسن التصرف، والتقدير⁽¹⁾. أما في القوانين الأخرى، ففي اليمن على سبيل المثال، يشترطون أيضاً الصلاحية الخلقية فيمن يتولى منصب القضاء⁽²⁾. ومن البديهي أن تشترط معظم القوانين في العالم هذا الشرط، فلا يعقل أن يكلف شخص ناقص الأهلية بتولي منصب من أهم الهيئات في الدولة.

3- سلامة البدن

ويقصد هنا سلامة الحواس وهي السمع والبصر والنطق، أما باقي الأعضاء لم يذكرها القانون رقم 51 لسنة 1976م، في المادة رقم 43. فيجوز أن يقضي وإن كان مقعداً⁽³⁾. وعليه يكون القانون الليبي متفقاً مع الشريعة الإسلامية في التركيز على سلامة الحواس فقط، حيث اتفق الفقهاء على جواز تولية القضاء لمن كان سليم الحواس في السمع والبصر والنطق؛ لأن في ذلك يصح إثبات الحقوق، وبها يعرف الحق من المبطل⁽⁴⁾.

4- الكفاءة العلمية

ويشترط القانون الليبي في مادته 43 الفقرة 2 عام 1976م الآتي:
أن يكون حاصلًا على مؤهل عالٍ في الشريعة أو القانون.
يقدم للامتحان في حال حصوله على شهادة صادرة من دولة غير الدول العربية.
أن تتوفر فيه الخبرة اللازمة لتولي هذا المنصب، سواء كان محامياً أو محاضراً أو عمل في النيابة.

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية، 65.

(2) نجيب أحمد عبد الله، ضمانات استقلال القضاء، اليمن: المكتب الجامعي الحديث، 2007م، 36.

(3) الماوردي، الأحكام السلطانية، 66.

(4) الماوردي، الأحكام السلطانية، 66. نهاية المحتاج، 8/ 242.

أما الشروط الخاصة بالقانون الليبي في مادته 2/43، فهي تتشابه مع شروط تعيين القضاة في القانون اليمني، فقد اشترط أن يكون حاصلًا على شهادة من معهد القضاء العالي بعد حصوله على إجازة الشريعة والقانون، واستثنى القانون اليمني أعضاء النيابة العامة من الحصول على شهادة المعهد العالي للقضاء⁽¹⁾.

وقبل صدور القانون (43 الفقرة 2 عام 1976م)، أي قبل مجيء القضاة من مصر للمساعدة في تولي منصب القضاء بسبب النقص الذي كانت تعاني منه المحاكم الليبية كما سبق بيانه. كان يشترط فقط الخبرة والاجتهاد والتفقه الديني لتولي هذا المنصب، ويتم اختيار عادة من هم أكثر شهرة وخبرة وحكمة في القبيلة. حيث لم تكن هناك جامعات أو معاهد لتدريس القضاء في ذلك الوقت، ولم يختلف هذا عن الشريعة الإسلامية في أن يكون القاضي من أهل الاجتهاد والعلم بأصول الشريعة.

واتفق الفقهاء بأن يكون القاضي على علم بالأصول الأربعة في الشرع وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس⁽²⁾. والحقيقة أن القاضي في وقتنا الحالي لا يمكن أن يصل إلى هذه المرتبة من العلم الكامل بأصول الشريعة الإسلامية وفروعها، حيث تم الخلط بين كلية الشريعة وكلية القانون ولم يتم الفصل بينهما إلا مؤخرًا بعد أن أدركوا الفشل التام بسبب الخلط بينهما. ويقدم الباحث بعض المقترحات والشروط الأخرى إلى جانب الشروط السابقة الذكر في تولي منصب القضاء في ليبيا وهي كالآتي:

أولاً: أن يحفظ كتاب الله عزّ وجلّ، وذلك لأن القرآن الكريم هو المصدر الأول والأساسي للتشريع في القانون الليبي، فكيف لا يكون القاضي الذي سيطبق القانون من خلال حكم الله وشرعه لا يحفظ آياته، ولم نسمع في التاريخ الإسلامي أن هناك قاضياً اشتهر بعدله وحلمه لا يحفظ كتاب الله عزّ وجلّ. بعكس وقتنا الحالي فهناك العديد من القضاة لا يحفظون القرآن الكريم ولا تشترط عليهم الدولة حفظ القرآن كما هو الحال في ليبيا فهو ليس من شروط تولي منصب القضاء.

(1) فتحي والي، الوسيط في علم القضاء، 161.

(2) الكاساني، أبو بكر بن مسعود الحنفين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 7 / 3.

ثانياً: أن يدرس ويتعلم في كلية الشريعة، لأنه سيتعلم في هذه الكلية الأحاديث والأحكام الفقهية والقياس بصورة مفصلة بعكس ما سيتعلمه في كلية القانون التي لا تخصص في هذه الأمور على سبيل الدقة والتفصيل.

فلا بد أن يكون القاضي المسلم من أهل العلم الذين لديهم القدرة على استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها، فأحياناً القاضي تواجهه مسألة لا يجد نصاً قانونياً يقابلها، فيجيز له القانون أن يفتي بنفسه في هذه المسألة. فقد قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: (لا ينبغي للرجل أن يكون قاضياً حتى تكون فيه خمس خصال: يكون عالماً قبل أن يستعجل، مستشيراً لأهل العلم، ملقياً للموقع، " الحرص والطمع " منصفاً للخصم، محتملاً " مقتدياً للائمة ")⁽¹⁾.

ثالثاً: أن يدرس في معهد خاص للقضاء، وهنا يتعلم ما يسمى بالقوانين الوضعية، أي القوانين المتعلقة بالإجراءات وقواعد المرافعات ودراسة المواد الخاصة بالقانون الليبي، وفي الحقيقة هذا المعهد للقضاء موجود في ليبيا حالياً، ويقوم على إعداد كوادر خاصة للقضاء والنيابة والمحاماة، وذلك بعد إنهاء دراستهم في كلية القانون، والحقيقة أنه لا يجوز للطلبة الدارسين في كلية الشريعة الالتحاق به.

5- الذكورة

اشترط القانون الليبي صراحة في الفقرة 7 من القانون السابق الذكر، الذكورة فيمن يتولى القضاء، ثم صدر قانون رقم 5 لسنة 1989م⁽²⁾، بشأن حق المرأة في تولي الوظائف العامة، وأعطاهها فرصة لأن تكون قاضياً. ولم يشترط المقتن الذكورة في القانون المصري فيمن يتولى القضاء، ومن ثم ليس هناك ما يمنع من تولي المرأة منصب القضاء في القانون المصري⁽³⁾. وقد نص الدستور الليبي أن المواطنين لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تميز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل، ولم يحظر القانون تولية المرأة القضاء⁽⁴⁾. أما موقف الشريعة الإسلامية من اشتراط الذكورة في تولي

(1) ابن تيمية، عيون الأخبار، 1/ 60.

(2) أعبودة، الكوني علي، 2003م، 156.

(3) عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات، 206.

(4) نجيب أحمد عبد الله، 2007م، 40.

منصب القضاء، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز تولي المرأة القضاء، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ النساء: 34. وإلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة) (1). وهنا يكون القانون الليبي قد خالف رأي جمهور الفقهاء في عدم تولي المرأة منصب القضاء، إلا هناك البعض منهم أجازوا هذا الأمر منهم الأحناف (2). وكذلك قول عند المالكية (3)، وابن حزم (4)، والطبري (5).

وتتفق الباحثة مع جمهور الفقهاء في عدم تولي المرأة منصب القضاء، لأن المرأة تملك عاطفةً جياشة، وتملك الحساسية العالية فهي تتأثر أحياناً بأبسط الأمور وتراها ضخمة، ولهذا أعطى الله - سبحانه وتعالى - في أغلب الأمور القوامة الشرعية للرجل دون المرأة بضوابطها الشرعية كما في الآية السابقة الذكر، وهذا دليل قرآني على أن المرأة ليس لديها الحكمة الكافية لاتخاذ قرارات مهمة في حياتها مثل إنهاء الحياة الزوجية أي إنهاء حياة أسرة بالكامل، فكيف يمكن أن تأخذ قرارات مهمة ومصيرية لأشخاص آخرين. ويجب علينا - نحن المسلمين - كقضاة وكمشرعين وكفقهاء ورجال دين ألا ننسى هذا.

وبناءً عليه وضع الإسلام العصمة أي الطلاق في يد الرجل؛ لأنه مقارنة مع المرأة أقلها تسرعاً في الحكم على الأمور وأسبقها حكمة في اتخاذ القرارات وهذا ما فرضته الطبيعة بين الرجل والمرأة، وأيضاً ذكر الله في كتابه العزيز: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ البقرة: 282.

كما أن بعض البلدان العربية والمسلمة تولي المرأة مهاماً كبيرة جداً عليها في اتخاذ القرارات وإصدار الأوامر فكيف لمرة أن تفصل في قضايا المرأة والأسرة والمجتمع بعد ما ذكرناه عن عاطفتها؟ فالأسرة أصبحت ضحية لظروف وهوى هذه المرأة التي تولت القضاء فهي تزداد عاطفةً وتأثراً مع المرأة الأخرى

(1) رواه أحمد والبخاري والنسائي والترمذي، نيل الأوطار، 8 / 273.

(2) المسوط، 16 / 11. البحر الزخار، 7 / 28.

(3) مواهب الجليل، 6 / 113.

(4) ابن حزم: المحلى، 9 / 429.

(5) بداية الاجتهاد ونهاية المقتصد، ج2، نهاية الأرب - شهاب الدين النويري - السفر السادس، 348، باب القضاء.

طالبة الطلاق أو الخلع أو ما إلى غير ذلك دون التروي أو محاولة الصلح بينهما، خاصةً إذا كانت هي أيضاً تعاني من مشاكل عاطفية وأسرية مع زوجها.

وفي قوله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ البقرة: 228. وهذا يعني أن الرجال أقوم وأقدر من النساء في أمور الحياة، فقدم الله - جلّ وعلا - الرجل على المرأة لما اكتسبه الرجل من قوة وقدرة جسمية وعقلية ودينية، فكيف نعطي المرأة حق اتخاذ قرار مصيري له كبير الأثر على الأسرة والفرد دون التروي والتحقق من صدق كلامها والتأكد من حقيقة عواطفها تجاه ما تأخذه من قرارات جدية قبل الفصل مثلاً في قضايا الطلاق أو النفقة وغيرها. والله أعلم.

6- شرط السن

اختلفت مسألة تقدير السن القانونية لتولي منصب القضاء في مراحل تطور القانون في ليبيا، ففي (م7/43ق، من القانون السابق الذكر، أن يعين القاضي في قضاء محاكم الاستئناف والمحكمة العليا في سن الخامسة وثلاثين، أما في المحاكم الابتدائية والجزئية وما في حكمها في سن سبع وعشرين. أما القانون الصادر في 28/11/1953م في المادة (48) من يتولى القضاء في محاكم الاستئناف يكون في سن الثلاثين، ثم صدر القانون رقم (4) لسنة 1992م، وحدد سن الأربعين للمستشارين، والثلاثين على الأقل للقضاة⁽¹⁾. أما القانون المصري فقد اشترط فيمن يعين في محاكم الاستئناف ألا يقل سنه عن ثلاثين سنة، وفي محكمة النقض ألا يقل سنه عن الأربعين⁽²⁾.

والحكمة من هذا القدر المعين في سن القاضي ليكون كافياً للاستفادة بقوة القاضي في شخصه ووعيه، ونضاجة عقله وفكره، فيمنح الإحسان في جودة الأداء لرعاية القضاء⁽³⁾. ولم تشترط الشريعة الإسلامية سن معينة لتولي منصب القضاء، بل وأجاز الأحناف⁽⁴⁾ وبعض المالكية⁽⁵⁾، وبعض الشافعية⁽¹⁾

(1) أعبودة، الكوي علي، 2003م، 157.

(2) حامد أبو طالب، محاضرات في قانون المرافعات، 94.

(3) أحمد خليفة شرقاوي أحمد، 2013م، 26.

(4) الفتاوي الهندية، 3/398. مجمع الأئمة، 2/155.

(5) تبصرة الحكام، 1/44.

أن يتولى الجاهل عند الضرورة، واستدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم بما رواه علي رضي الله عنه حينما بعثه الرسول عليه الصلاة والسلام للقضاء في اليمن وهو حديث السن⁽²⁾، وعليه فإن المقصود بكلمة الجاهل هنا حديث السن، وليس المقصود بما من لا علم عنده.

7- الزواج بالعربية

يشترط القانون الليبي في المادة 43 الفقرة 8، أنه لا يجوز لمن يتولى منصب القضاء أن يتزوج بغير العربية، وقد وضع القانون رقم 15 لسنة 1984م⁽³⁾ مبررات لذلك، والتي تقدرها الجهة المختصة في إعطاء الأذن بالموافقة أو عدمها لمن يرغب بالزواج بغير العربية.

ولم تشترط الشريعة الإسلامية هذا الشرط سواء في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم أو في عهد الصحابة أو حتى في عهد الأئمة وغيرهم من العلماء، ولكن حتى يبرر هذا الشرط يمكن القول أن تغير ظروف الحياة من زمن لآخر بجميع أشكالها، وبعد كل الحروب والصراعات التي عانت منها الدول الإسلامية من أجل حماية الإسلام ونشره في بقاع الأرض، فأصبحت تخاف هذه الدول من كيد المؤمرات والدسائس والتأثير عليها ولو عن طريق القضاء، وليكون القضاء طاهراً ونقياً من أي تدخل أجنبي والله أعلم.

الجهة التي تملك التعيين

في القانون الليبي سابقاً (قبل ثورة 17 فبراير) يتم تعيين القضاء بقرار من مجلس قيادة الثورة، وبموافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية في المادة 49 من قانون نظام القضاء رقم 51 لسنة 1976م⁽⁴⁾. وبعد إلغاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية، أصبحت اللجنة الشعبية العامة للعدل هي المسؤولة عن تعيين

(1) نهاية المحتاج، 8 / 5240.

(2) سنن أبي داود رقم 3582، 3 / 409. باب كيف القضاء، نصب الراية، 3 / 60. الأفر، 2 / 155.

(3) الجريدة الرسمية، 22 العدد 16، 665.

(4) أعبودة، الكوني علي، 2003م، 159.

وترقية رجال القضاء⁽¹⁾. وهنا حدث الخلط في الوظائف ونتج عنه الكثير من المشاكل، حيث أصبحت اللجنة الشعبية العامة للعدل هي الخصم والحكم. وبعد خمس سنوات أدركت اللجنة الشعبية العامة هذا الخطأ وأعدت الأمور إلى نصابها، وعليه يكون التعيين وما في حكمه من اختصاص لجنة إدارة الهيئة العامة بناء على اقتراح اللجنة العامة لشئون القضاء⁽²⁾.

أما مستشارو المحكمة العليا ورئيسها يتم تعيينهم بقرار من مؤتمر الشعب العام في المادة 6 من القانون رقم 6 لسنة 1987م. أما في التشريعات الأخرى تختلف جهة تعيين رجال القضاء من بلد لآخر، فعلى سبيل المثال في أمريكا بالنسبة للقضاة الاتحاديين حيث يرشحهم مجلس الشيوخ ويتم تعيينهم من قبل الرئيس الأمريكي⁽³⁾. وفي سويسرا يتم اختيارهم عن طريق الانتخاب، فيختار الشعب قضاة كما يختار ممثله في المجالس النيابية⁽⁴⁾.

كما تأخذ بعض الدول الأخرى بنظام الانتخاب بواسطة السلطة التشريعية، وتتسق هذه الطريقة مع الطرق الديمقراطية، ويبرر هذا الاتجاه إلى أنه يؤدي إلى استقلال السلطة القضائية عن غيرها من سلطات الدولة. وقد انتقد هذا الاتجاه من جانب الفقه على اعتبار أن هذه الطريقة وإن كانت تؤدي إلى استقلال القضاء فإنه قد يخضعهم لسلطة الناخبين⁽⁵⁾. وذلك من حيث إرضائه لهم، ومن ثم يفقد استقلاله أي على اعتبار تأثير الناخبين بمبدأ استقلال القضاء، خصوصا عندما يقوم على نظام سياسي أو حزبي⁽⁶⁾.

(1) اللجنة الشعبية العامة هي المسؤولة عن اختصاصات المجلس الأعلى للهيئات القضائية المعزول، والاختصاصات المنصوص عليها في قانون نظام القضاء رقم 15 لسنة 1976م تتولاها اللجنة الشعبية العامة للعدل، وذلك في م/ 6 من قرار اللجنة الشعبية العامة الصادر في 7/ 11/ 1979م، بتنظيم أمانة العدل بناء على التفويض الممنوح لها من مؤتمر الشعب العام، (قرار رقم 2 لسنة 1979م في 11/ 2/ 1979م، بتنظيم الأمانات، وتحديد اختصاصاتها دون التقيد بأحكام القوانين النافذة.

(2) الجريدة الرسمية 14، العدد 7، 251.

(3) نجيب أحمد عبد الله، 2007م، 35.

(4) الكيلاني، استقلال القضاء، 126.

(5) عزمي عبد الفتاح، قانون القضاء المدني الكويتي، 47. عبد الرحمن عزوز، القضاء الشعبي، 446.

(6) نجيب إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، الأسكندرية: منشأة المعارف، 1/ 246.

واختيار القضاء في اليمن يصدر بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى، كما أن القانون يقيد هذا التعيين بشروط معينة لضمان كفاءة استقلال القضاء، وهذا هو المعمول به في معظم دول العالم مثل فرنسا وإنجلترا ومصر⁽¹⁾. وفي لبنان أيضاً تتولى السلطة التنفيذية تعيين القضاء وتتدخل في نقلهم وترقيتهم، كما أنها تمتنع عن تنفيذ أحكام القضاء، وتلزم بالتعويض إذا نجم ضرر عن عدم التنفيذ⁽²⁾.

ويمكن القول: إنه يجب أن يجد القاضي في نفسه القدرة على تولي هذه المهمة الصعبة، وتقصده الباحثة هنا الملكة والمقدرة على إصدار الأحكام والعدل بين الناس فيمن يتولى منصب القضاء، وهذه الملكة يمكن أن يشعر بها الناس، فيرون أن هذا الشخص إلى جانب الشروط السابقة الذكر يملك المقدرة على تحمل هذه المسؤولية وأنه أهل لها، وفي بعض الأحيان عندما يتم ترقية بعض الأشخاص لتولي منصب القضاء فهم يعتذرون عن أداء هذه المهمة رغم توافر الشروط السابقة، فبعضهم يخاف من تولي هذه المهمة، أو ربما لا يجد في نفسه الملكة الحقيقية ليكون قاضياً ويحكم بين الناس.

فالقاضي لا يكفي أن يكون حاكماً بين الناس، ويقضي بما يجوز وبما لا يجوز، بل يجب أن يدافع عن حقوقه وعن أي شيء يمس شرعيته أو اختصاصاته، وهذا لا يتحقق إلا إذا توفرت لديه الملكة في التعبير والدفاع عن النفس والحقوق قبل كل شيء، وقبل الدفاع عن الآخرين، فهذه الصفة يجب أن يتحلّى بها جميع القضاة لحماية القضاء وحرية واستقلاليتهم.

وفي هذا السياق فإن القضاة في عهد التشريع الإسلامي تعرض البعض منهم للجلد والتعذيب والقتل في بعض الأحيان في سبيل الحفاظ على مبادئهم وعقيدتهم، ورفضهم لتدخل أي سلطة في شؤون القضاء - وقد سبق بيانهم - فهذه القوة والملكة التي كان يتمتع بها أسلافنا من القضاة يجب أن تكون شرطاً أساسياً لتولي منصب القضاء، وذلك عن طريق الترشيح والانتخاب من قبل أعضاء الهيئات القضائية، بحكم مخالطتهم لرجال القضاء والعاملين في السلك القضائي، يستطيعون تقدير القاضي

(1) عزمي عبد الفتاح، قانون القضاء المدني الكويتي، 46. أحمد هندي، المرافعات، 67.

(2) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 363/1964، مجموعة إدارية السنة الثالثة، ص: 110. وكذلك قرار مجلس شورى الدولة

الفرنسي في 30/11/1923 م، سيراى 1923، ج 3، ص: 57، مع تعليق هوريو. فايز إيعالي، المشاكل التي تعترض استقلال

القضاء، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 1993، 2.

الأنسب والأشهر سمعة والأحسن خلقاً، ومن لديه ملكة حقيقية في قول الحق، ولا يخاف لومة لائم، وكثير من الدول تقوم بتعيين القضاة عن طريق الانتخاب مثل المغرب وفرنسا وإيطاليا⁽¹⁾، وغيرها، فأرى أنه إذا توافرت جميع هذه الشروط في شخص القضاء تكون قد تحققت استقلالية القضاء.

(1) فايز إيعالي، المشاكل التي تعترض استقلال القضاء، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 1993، 17، 18، 19.

المطلب الثاني: ضمانات حياد القاضي

يعتبر القضاء ميزان العدل، أي أن يكون القاضي مجرداً من العواطف الشخصية، وقد كفل مبدأ استقلال القضاء حمايته من التأثيرات الخارجية من سائر سلطات الدولة لضمان عدم تأثره برأي دون الآخر، فيطلق عليه الحياد. والحيادة في اللغة هي:

(حاد عنه، يجيد، حيداً، وحيداً، وحيداً، ومحيداً، وحيدة، ومعناه مال وحياده، محايدة، حياً، جانباً، أي هي عدم الميول، والمجانبة، أي الوسطية بقدر الإمكان⁽¹⁾).

أما مفهوم الحياد في القانون فهو: أن يكون القاضي بعيداً عن التمييز والمحاباة، لفريق دون الآخر، أو لخصم دون خصم⁽²⁾. فالتراهة والحيادة هما روح القضاء، كما أن طبيعة هذه الوظيفة تستلزم أن يكون صاحب هذه السلطة، وهو القاضي بعيداً عن أي تأثير يؤدي إلى انحرافه عن الحياد الكامل، والتراهة التامة.

ويمكن القول: إن الحياد هو المساواة بين الخصوم، فعلى القاضي أن يسوي بين أطراف الخصومة، حيث لا يمكن أن تتحقق العدالة القضائية دون تسوية بين الخصوم، ومن ثم السبيل لهيئة القاضي وحيده واستقلاله هو عدالة قضاؤه، واستقامة أحكامه على الوجه المعترف لها شرعاً، دون أن ينحاز لطرف دون الآخر، أو تؤثر عليه أي سلطة من سلطات الدولة، وعليه لن يكون قضاؤه محايداً، لأنه فقد عنصر الاستقلالية في القضاء، والحياد عن جادة الصواب. وفي هذا المطلب سوف نبين نوعين من الحياد وهما الحياد السياسي وحياد القضاة عن الخصوم، ومن خلالهما يمكن إعطاء صورة أكثر وضوحاً لاستقلالية القضاء.

أولاً: الحياد السياسي

من الأمور التي ينتج عن استقلال القضاء هو الحياد السياسي، وهذا يعني كفالة المساواة، وتجنب التمييز بين المتقاضين، وحتى لا تسيطر الاعتبارات السياسية أو الحزبية على إقامة العدل، فأوجب القانون أن يكون القاضي محايداً وبعيداً عن السياسة، والسبب في ذلك حتى لا يحدث التدخل بين

(1) القاموس المحيط، والصاحح، والمعجم الوسيط، والمعجم الكبير، حرف الحاء.

(2) أحمد سليم، أصول قانون المرافعات المدني، 130.

السلطات؛ لأنه قد يؤدي إلى قيام التوتر في بعض الأحيان بين السلطة التنفيذية والقضائية، وإلى تدخل السياسة في شئون القضاء.

وعليه يجب على القاضي ألا ينجر وراء عواطفه وآرائه السياسية التي قد تضر بالعدالة. وقد نصت بعض التشريعات على منع القضاة من العمل السياسي، والانتماء الحزبي، وقد اشترطت بعض القوانين عدم الترشيح للمجالس المنتخبة. ومن بينها قانون الأحزاب اليمني الذي حذر على القضاة العمل بالسياسة والانتماء إلى الأحزاب، ومناط ذلك هو استقلال القاضي وتجرده يستوجب أن يكون بعيداً عن الصراعات السياسية والخلافات الحزبية، غير خاضع لأي تأثير من جانب أي هيئة سياسية في الدولة⁽¹⁾.

ويمنع القانون المصري تولي القاضي الأعمال السياسية، أو أي عمل آخر غير قضائي على نحو يخالف ما نص عليه القانون حرصاً على استقلال القاضي وضمان نزاهته وصيانة كرامته⁽²⁾. وذلك دفعاً للشبهات التي قد تحيط بالقاضي في قضائه.

وقد ذهب البعض ومن بينهم القانون الليبي إلى أن الحياد السياسي للقاضي يعني البعد عن السياسة، فلا يجوز للقاضي أن ينظم إلى أي حزب سياسي، أو أن يلقي خطاباً سياسياً، أو يكون موجوداً في اجتماع انتخابي، ذلك أنه من استقلال السلطة القضائية أن لا يهدر القاضي هذا الاستقلال عن طريق انحياز القاضي سياسياً، لأن الانحياز السياسي يعني الخضوع لأحد السلطات، أو المنظمات في الدولة⁽³⁾.

والسؤال هنا هل يعتبر هذا سلباً لحق من حقوق القاضي في التعبير عن رأيه في وطنه؟ أو ترشيح نفسه في الأحزاب السياسية؟ هذا يعني أن القاضي يملك استقلالاً في القضاء فقط، أما الأمور الأخرى فهو مقيد، ولا يستطيع التعبير عن رأيه في أمور تتعلق بالسياسة والانتخابات.

(1) نجيب أحمد عبد الله، 2007م، 81.

(2) فتحي والي، قانون القضاء المدني، بند، 152، 353.

(3) فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، 20.

ولعل الباحثة تجد بعض المبررات لذلك، فعلى سبيل المثال لو فرضنا أن القانون يسمح للقاضي تولى بعض المناصب السياسية، أو أنه انتخب، أو ترشح في أحد الأحزاب السياسية، وأن عضو من هذا الحزب قد وجهت إليه دعوى اختلاس أو سرقة أو ما شابه ذلك، وعرضت هذه القضية على القاضي، والقاضي مرشح أو مشجع لهذا الحزب، فتكون عدالة هذا القاضي مشتبهاً بها، وعلى القاضي أن يتجنب الشبهات. لذلك ننصح بعدم تدخل القضاة في الأعمال السياسية التي قد تؤثر على نزاهة قضائهم. فيجب أن يكون ولاء القاضي لله أولاً ثم للقانون، فالقاضي يمثل العدالة والشعب، لذلك يجب أن تشمله النزاهة، وألا نخلط عليه الأمور الأخرى التي تخرج عن اختصاصه، وعمله في خدمة الناس وإحقاق الحق بينهم.

ثانياً: حياد القضاة عن الخصوم

لقد جاء الإسلام بهذه الركيزة، وهي مبدأ الحيادة المطلوبة لدى القاضي العادل عن الخصوم، فلا يمكن لكل إنسان أن يتحلى بهذه الصفة - الحيادة - إلا إذا كان قاضياً شجاعاً مقداماً ينصف المظلوم من الظالم، ولا يخشى إلا الله سبحانه وتعالى، فقد قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾ النساء: 58، وقال تعالى أيضاً: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُوفُوا قَوْمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّا أَوْ نَعَرَضُوا فَلِإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٣٥﴾ النساء: 135.

هذا هو مبدأ الحيادة الذي جاء به الإسلام في كتابه الكريم، وكذلك في قوله أيضاً: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾ المائدة: 8. وقد عمل به وسولنا الكريم، والأمثلة كثيرة، وأشهرها حديثه المعروف عن ابنته فاطمة إن سرقت لقطع يدها، وأول من حمل لواء مبدأ الحيادة بعد رسولنا الكريم سيدنا أبو بكر الصديق رضي الله عنه، فقد مثل الحيادة أحسن تمثيل في خطبة له مشهورة على الملأ

حيث قال: (الضعيف منكم قوي عندي حتى آخذ الحق له، والقوي فيكم ضعيف حتى آخذ الحق منه إن شاء الله)⁽¹⁾.

وفي القانون الليبي فقد حرص المشرع على إبعاد القاضي عن مواضع الشك، وذلك حماية لسمعة القاضي من التعرض لها وتجيئها فقد يساور الخصوم من التشكيك في حيده القاضي، وصيانة لسمعته من أن يتناولها الخصوم⁽²⁾. وذلك بتحديد الحالات التي يكون فيها القاضي غير صالح لنظر الدعوى. مثال ذلك إذا كان هناك مصلحة مع أحد الخصوم، أو أن هناك علاقة قرابة أو مصاهرة أو صداقة، أو أن القاضي على علم مسبق بالتزاع بين الخصمين، أو أداء الشهادة، أو سبق له نظر الدعوى. ومن هذا السياق فإن القانون الليبي-من وجهة نظر الباحثة- لم يبين معنى الحيده بمفهومها الحقيقي، فقد ربط بين الحيده والتحي، ولم يضع قواعد لبيان مايجب على القاضي ليكون محايداً، بل اكتفى بإبعاد القاضي في حال حدوث الحالات السابقة. أما الشريعة الإسلامية فقد وضعت مبادئ خاصة تبين ما يجب على القاضي ليكون محايداً.

ما يجب على القاضي فعله ليكون محايداً

هناك بعض الأمور على القاضي مراعاتها قبل النظر في الدعوى أو التزاع المعروض أمامه. هذا ما فرضته شريعتنا الإسلامية، فهل هذه الأمور موجودة في وقتنا الحالي؟ فبالنظر لهذه الأمور يمكن معرفة ما إذا كانت القوانين الوضعية في وقتنا الحالي تركز على هذه الأمور أم لا. وليبينا كالاتي:

أولاً: يجب على القاضي أن يسوي بين الخصمين في الجلوس، والنظر، والنطق، والخلوة: وهذه التسوية الكاملة الفريدة بين الخصوم في مجلس القضاء حتى لو اختلفا في المركز والدين، وهي مبينة على هدى الرسول صلى الله عليه وسلم للقاضي بقوله: (من ابتلي بالقضاء بين الناس، فليعدل بلفظه، ولحظه، وإشارته، ومقعده ومجلسه، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لم يرفع على الآخر)⁽³⁾.

(1) أبو فارس، محمد عبد القادر، استقلال القضاء في الإسلام، عمان: دار الفرقان، 1984، ط1، 175.

(2) الجريدة الرسمية، 18 عدد 1، ص: 74، المحكمة العليا، ط. م. 26/26، جلسة 29/3/1981م،

(3) رواه الطبراني، والدارقطني، والبيهقي في السنن الكبرى.

ومن هنا كان القضاة يسوون بين الخصوم في المجلس مهما علت مكانتهم أو اختلفت ديانتهم، ففي هذه التسوية نصاعة في تحقيق العدل بين الناس، وقطع لدابر التهم، والريب، ومن هذا الهدى العالى كان توجيه عمر رضي الله عنه، لقاضيه على البصرة أبي موسى الأشعري حين قال له: (آس بين الناس في وجهك، وعدلك، ومجلسك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، لا ييأس ضعيف من عدلك) (1). لذلك كان للإسلام فضل سبق في هذه التسوية.

أما في القانون الليبي وبعض القوانين وخاصة القوانين العربية فما هو الحال إذا كانت القضية تتعلق بأحد رجال الدولة المهمين أو كان رئيس الدولة نفسه طلب للمخاصمة، هذا إذا تجرأ أحد وطلبه للمخاصمة، ففي هذه الحالة هل يستطيع القاضي التسوية بين المتخاصمين في الجلوس والنظر والنطق والخلو؟ في الحقيقة وكما هو معروف لا يستطيع أحد أن يخاصم هؤلاء، وإن حدث لا يمكن للقاضي أن يسوي بين الخصمين، ولن يتمكن من تحقيق مبدأ الحياد، لذلك القانون الليبي وغيره يتجاهل النص صراحة على بيان ما يجب على القاضي ليكون محايداً.

والسؤال هنا كيف يمكن المطالبة باستقلال القضاء وانفصاله عن السلطات الأخرى، ولا يمكن تحقيق استقلال القضاء داخل مجلس القضاء نفسه؟ فالحياد عنصر من عناصر استقلال القضاء، ولا بد من النص عليه قانوناً وصراحة، تطبيقاً لشريعتنا الإسلامية.

والأدلة في الشريعة الإسلامية على خضوع الحكام والرؤساء للقضاء في السابق كثيرة منها أن علياً رضي الله عنه وقف مع خصم له أمام عمر بن الخطاب ليقضي بينهم، فقال عمر: يا أبا الحسن قم فاجلس مع خصمك، وبعد المحاكمة عاد علي إلى مجلسه، فتبين لعمر التغير في وجهه فقال: يا أبا الحسن مالي أراك متغيراً؟ أكرهت ما كان قال نعم، وما ذاك؟ قال: كنتني بحضرة خصمي، هلاقت: يا علي، قم فاجلس مع خصمك، فأخذ عمر برأس علي فقبله بين عينيه (2). وعليه يجب علينا نحن المسلمين أن نطبق أحكام شريعتنا ولو في أبسط الأمور، ولا نخرج عن سنة نبينا صلى الله عليه وسلم، ومن تبعوه من الأسلاف وساروا على نهجه.

(1) سبق الحديث عنه.

(2) شرح نهج البلاغة، 17 / 56. المستطرف، 1 / 97.

ثانياً: يجب على القاضي أن لا يقضي في الدعوى المطروحة قبل أن يسمع أقوال الخصمين ودفاعهما. وهنا لم يختلف القانون الليبي أو القوانين الأخرى على سماع أقوال الخصمين، وحضور دفاع أو محام لكل منهما دون أي تفرقة، ويتفق العالم أجمع على تحقيق الحماية للخصمين والدفاع عنهما، وهذا ما أقره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة السابعة بقوله: (كل الناس سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أية تفرقة. . . (1).

وهناك اعتبارات أخرى يجب على القاضي مراعاتها سبق وأن تم الحديث عنها في فصل سابق، ولا حاجة إلى تكرارها، منها أنه لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه إلى علمه في شيء، ولكن هذا الرأي اختلف فيه العلماء كما بينا سابقاً، وكذلك لا بد للقاضي من البيئة عند الإنكار، وأن يستعمل كل الطرق الشرعية المثبتة للحق، وأن يتعد عن كل ما فيه مظنة أو شبهة (2).

ويدخل أيضاً في حياد القاضي عند إصدار حكمه أن يتحلل تماماً من أية علاقة، كعلاقة قرابة، أو مصاهرة، أو صداقة وغيرها (3). والقانون الليبي لا يبيح للقاضي أن يجمع بين وظيفة القضاء والتجارة، أو أي وظيفة أخرى لا تتفق مع حيده القاضي، وكذلك لا يجوز له تغيير مكان إقامته إلا بعد حصوله على ترخيص، ولا يمكنه شراء الحقوق المتنازع عليها التي تدخل في اختصاص المحكمة التي يعمل بها (4).

ويمكن القول: إن الحيده موجودة في القانون الليبي والقوانين الأخرى، ولكن ليس بمفهومها الحقيقي كما في الشريعة الإسلامية، فالحيده هنا هي المساواة بين الخصمين في جميع الأمور، فالقاضي مطالب بأن يسمع من الخصمين ومن شهود الخصمين ودفاعهما، ولا يتحيز لواحد دون الآخر، بمعنى أن يكون محايداً، هذه هي الحيده وعدم التحيز.

أما تنحي القاضي عن النظر في الدعوى فيكون بسبب أنه اكتشف علاقة قرابة أو مصاهرة، أو علاقة مصلحة، أو أنه سبق له نظر الدعوى، هنا على القاضي أن يتنحي ويعتذر عن النظر في الدعوى

(1) فايز إيعالي، المشاكل التي تعترض استقلال القضاء، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 1993، 104.

(2) وكيع ابن الجراح، أدب القاضي، 2/ 175، 176.

(3) بيرو كالندري، ترجمة: حسن جلال العمروسي، مصر: دار المعارف، 2، 1962م، 135.

(4) أعبودة. الكوني علي، 2003 م، في المادة (67، 69، 73، 68 ق. ن. ق)، 165.

المعروضة أمامه. أما من حيث التطبيق وكما ذكرنا سابقاً يتعذر على القاضي في بعض الحالات أن يكون محايداً، خاصة وإذا كان النزاع مع سلطة تنفيذية عليا، فلا يستطيع القاضي في بعض الحالات أن يساوي بين الخصمين، وربما لا يستطيع استدعاء الخصم الأكثر سلطة ونفوذاً إلى هيئة القضاء، وهذا بعكس ما كان عليه الحال في السابق في عهد التشريع الإسلامي، وهذا ينقص من حق القاضي في المطالبة بالاستقلال سواء داخل مجلس القضاء أو خارجه.

University of Malaya

المطلب الثالث: ضمانات عزل القاضي وهيئته

أولاً: عزل القاضي

حرصت الشريعة الإسلامية على ضمان الهيبة للقضاء، لذلك كان القاضي غير قابل للعزل إلا بسبب يقتضيه، ومن ثم فلا يعزل القاضي متى كان عدلاً في حكمه، بصيراً بقضائه، فإذا وقع القاضي محلاً لشكاية أحد الخصوم رفع ذلك إلى ولي الأمر على القضاء لينظر في الأمر⁽¹⁾..

فالعزل يضيق مجاله في شأن القضاء، فهم ليسوا كغيرهم من موظفي الدولة، حيث يخضعون في أعمالهم لقوانين خاصة تمكنهم من أداء رسالتهم القضائية على نحو يبعث الثقة في نفوسهم، ضماناً لعدم النبل منهم أو الكيد لهم، وعدم عزل القضاة يعد ضماناً في استقلالهم وهو في ذات الوقت ضماناً للمتقاضين.

وهذا المبدأ يمثل من الناحية النظرية إحدى النتائج الجوهرية لمبدأ الفصل بين السلطات، ويمثل من الناحية العملية الرمز الظاهر والملموس لوجود سلطة قضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية⁽²⁾.

وعدم قابلية القاضي للعزل لا يعني بقاءه في وظيفته طوال حياته، لأنه سوف يحال إلى التقاعد حال بلوغه السن المحددة قانوناً للتقاعد، كما أن له تقديم استقالته، ويستطيع أن يتوقف عن العمل إذا كان مريضاً. جميع هذه الأمور ينظمها القانون، ويضع لها قواعد خاصة، ولكن ما يهمني هو معرفة ما يتعلق بعزل القاضي، هل يجوز عزل القاضي، وماهي أسباب عزل القاضي؟ وهل عزل القاضي يؤثر على مبدأ استقلال القاضي وحرية، وأنه مهدد في أي وقت بالعزل، فما تأثير ذلك على حرية القاضي واستقلاله؟

(1) تبصرة الحكام، ابن فرحون، 1 / 63.

(2) محمد عبيد، استقلال القضاء، 169.

هذا ما سيأتي بيانه من خلال التعرف على بعض القوانين في الدول العربية والغربية والمتعلقة بنطاق قابلية القضاء للعزل، وهي كالآتي:

1_ عزل القاضي في الشريعة الإسلامية

اختلف الفقهاء حول ما إذا كان يستطيع الخليفة عزل القاضي متى شاء حتى مع صلاح حاله وكفاءته لوظيفة القضاء، ولهم في هذه المسألة قولان:

الرأي الأول: ليس للخليفة عزل القاضي، وهذا القول عند الحنابلة والشافعية، وأدلة هذا الرأي كالآتي:

أولاً: أن القاضي بتقلده القضاء صار قاضياً من جهة الله تعالى، فلا يعزل بعزل الخليفة له. معناه أن القاضي يباشر القضاء بولاية عامة للمسلمين، ولمصالحهم العامة، ولأن ما يضاف إلى الله تعالى في اصطلاح الفقهاء عندما يتكلمون عن الحقوق والولايات يعنون به عامة المسلمين وما يتعلق بمصالحهم العامة⁽¹⁾.

ثانياً: أن عقد تقليد القضاء للقاضي إنما عقده الخليفة لمصلحة المسلمين، فلا يملك الخليفة نقض هذا العقد بعزل القاضي مع صلاح حاله⁽²⁾.

الرأي الثاني: ويقول أصحاب هذا الرأي بأنه يجوز للخليفة أن يعزل القاضي، وهذا قول الحنفية والمالكية والظاهرية، والراجح عند الحنابلة والشافعية، إلا أن الشافعية قيدوا ذلك بوجود المصلحة في العزل، وعدم تعيين تولي القضاء على القاضي المراد عزله. وأدلة هذا الرأي كالآتي:

أولاً: - إن الخلفاء الراشدين عزلوا قضاةهم، فقد عزل عمر بن الخطاب قاضيه على البصرة، وعين مكانه كعب بن سوار، وكان الخلفاء الراشدون يعهدون بولاية القضاء إلى بعض أمراء الأمصار ثم يعزلونهم⁽³⁾.

(1) وهذه حجة الشيخ القفال رحمه الله وهو من فقهاء الشافعية، ويقرب من قوله الفقيه الرملي الشافعي رحمه الله قال: (ولأن الإمام إنما يولي القضاء نيابة عن المسلمين)، ادب القاضي، ابن أبي الدم، 48.

(2) المغني، 9/ 103.

(3) المغني، 9/ 103، 104.

ثانيًا: ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم، أرسل علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلى اليمن قاضيًا، ثم صرفه عن ولاية القضاء حين حجة الوداع، ولم يرجع إلى اليمن بعدها، وهذا دليل على حق الإمام في عزل القاضي، وهذه حجة الظاهرية⁽¹⁾.

ثالثًا: القاضي يستمد ولايته من عامة المسلمين، لأنهم أسندوا إليه ولاية القضاء، فهو في الحقيقة نائبهم ووكيلهم، ودور الخليفة في تعيين القاضي، أو عقده لولاية القضاء إنما هو بمقتضى الرسول عن عامة المسلمين. ثم أن عامة المسلمين أذنوا للخليفة دلالة بعزل القاضي، كما أذنوا له بتعيينه، وتعيين من يخلف القاضي المعزول. وهذه حجة الحنفية، وتوجيههم جواز عزل القاضي⁽²⁾.

رابعًا: القاضي في نظر المالكية يعتبر نائب الإمام أو الخليفة الذي ولاه وظيفة القضاء، فمركزه الشرعي مركز النائب والوكيل، والموكل يملك عزل وكيله، فهكذا الخليفة يملك عزل القاضي الذي ولاه ولاية القضاء لأنه نائبه ووكيله، وهذه حجة المالكية⁽³⁾.

الرأي الرابع: قول الجمهور، فيجوز للخليفة عزل القاضي الذي ولاه هو أو غيره القضاء، ولكن هذا الرجحان مقيد بوجود المصلحة الشرعية في عزل القاضي، فلو عزل الخليفة القاضي بلا مصلحة ظاهرة كما لو عين بدله من هو أقل منه كفاءةً وصلاحًا فإن العزل ينفذ مع ائمه الخليفة⁽⁴⁾.

وهنا يمكن القول بأنه لا يجوز للخليفة أو الحاكم عزل القاضي، وفي هذا السياق يتفق الباحث مع أصحاب الرأي الأول وهم الحنابلة والشافعية، وذلك حتى لا يقع القاضي تحت رحمة السلطان ويكون مهدد بالعزل في أي لحظة، وهذا يؤثر على عمل القاضي وعلى سلوكه ويشعره بالقلق وعدم الاستقرار. وهذا كله ينعكس سلبيًا على حسن أدائه وعلى عدالته واستقلاله. فلا يجوز للحاكم عزل القاضي - كما يقول الفقيه ابن عرفة المالكي - (إن في عزل القاضي توهينًا لحرمة القضاء)⁽⁵⁾.

(1) ابن حزم، المحلى، 9/ 435، 346.

(2) الكساني، بدائع الصنائع، 7/ 16.

(3) تبصرة الحكام، 1/ 78.

(4) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 8/ 234.

(5) محمد طاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، 198.

وكان هناك بعض الولاة تحدث عنهم التاريخ الإسلامي كانوا يعزلون القضاة إذا لم ينصاعوا لأوامرهم ويسجنوهم، وأسوأ من ذلك كانوا يقتلونهم في بعض الأحيان⁽¹⁾، وعليه يجب أن تكون سلطة القضاء من أعلى السلطات في الدولة، بل وتخضع لها جميع السلطات، ويستطيع القاضي أن يسأل أي سلطة في الدولة ويقاضيها مهما علت، إذا كانت هذه الدولة ترغب في تحقيق العدالة وتحقيق الاستقرار لها.

وعليه لا يحق لأي سلطة أن تصدر أوامر بعزل القضاة أو نقلهم أو إيقافهم عن العمل لمدة معينة إلا إذا وافق القضاء وأقروا بأنفسهم هذه الأمور. وفي حال وجهت أي تهمة إلى أحدهم، يحق لهم الدفاع عن أنفسهم بشتى الطرق.

كما أن أن بعض القوانين تحاول التدخل في شئون القضاء سواء بصورة مباشرة مثل القانون الليبي، فالذي يتحكم في عزل القاضي هي سلطة أخرى تارة السلطة التشريعية، وتارة أخرى السلطة التنفيذية، بل وترفض هذه السلطات الطعن على هذه الأحكام التعسفية في حق القاضي واستقلاله وبصورة غير مباشرة. ومثال ذلك أيضاً القانون البريطاني الذي يمنع قانون العزل، ويضع القضاء تحت رحمة سلطات عليا في المملكة.

2_ عزل القاضي في الدول العربية

أ- القانون الليبي:

يجب التفريق بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: بعد الحرب العالمية الثانية أي عقب الاستقلال، كانت السلطة التنفيذية هي من تتولى شئون القضاء، ولم تحترم هذه السلطة الحصانة القضائية من العزل وما في حكمه، وفي الفترة ما بين 1953م و 1958م، قامت هذه السلطة بتصفية رجال القضاء غير المؤهلين، وبررت ذلك لعدم وجود الخبرة في ذلك الوقت إلى أن تغير الحال، ثم أصدرت في 27 / 7 / 1967م، مرسوماً بقانون بتعديل قانون نظام القضاء لعام 1962م، ونص على تشكيل لجنة برئاسة وزير العدل، وأن قراراتها غير قابلة للطعن فيها بأي وجه كان، وقد تضرر البعض من أحكام وقرارات هذه اللجنة، ورفع أحد المتضررين الأمر إلى

(1) وهم بعض الفقهاء والعلماء، وقد سبق الحديث عنهم في الفصل الثاني.

المحكمة العليا التي حكمت بعدم دستورية المادة أربعة من هذا القانون، وذلك لمخالفتها لمبدأ استقلالية القضاء، وعدم قابلية القضاة للعزل ولغلقه لباب التقاضي أمام القضاة المعزولين ضمناً⁽¹⁾.

أما المرحلة الثانية: وهي بعد أحداث عام 1969م ما يسمى بثورة الفاتح.

صدر قرار من مجلس قيادة الثورة في 25 / 10 / 1969م، بإجراء تصفية جديدة داخل رجال القضاء والنيابة معاً بناءً على عرض يقدمه وزير العدل ومجلس الوزراء. وهنا لم يتغير شيء، ثم عاد المشرع بعد إصدار قانون رقم 51 لسنة 1976م، ونص على تشكيل لجنة برئاسة وزير العدل وعضوية النائب العام ورئيس إدارة التفتيش القضائي، من أجل إعادة تشكيل القضاء والنيابة، ولم يتغير شيء هذه المرة أيضاً، فقد نص على الحرمان من حق الطعن في قرارات اللجنة⁽²⁾.

وليس من العدل أن تصدر السلطة التشريعية قانوناً أو أن تصدر السلطة التنفيذية مرسوماً بقانون تهدر فيه استقلال القضاء وحصانة رجاله، أو أن يخضع القاضي لسلطة أخرى غير القضائية فيما يؤاخذ عليه والمتمثلة في المقام الأول في السلطة التنفيذية، وهذا ليس خلط بين سلطتين، بل سيطرة سلطة على الأخرى، وبما أن القاضي أضحي تحت رحمة السلطة التنفيذية والمتمثلة في رجال الدولة والوزراء، فلن يكون القضاء مستقلاً، لأن القاضي أصبح تحت رحمة هؤلاء، ويسعى لرضائهم وخوفهم منهم، إذا لم يستجيب لأوامرهم.

وهنا يكون استقلال القضاء قد تم نحره تحت أقدام السلطات المتدخلة في شئون السلطة القضائية، فلا بد من أن يكون هناك مجلس أعلى للقضاء للحيلولة دون تدخل أي جهة أي كانت، ويتولى هذا المجلس جميع ما يتعلق بأمر القضاة مع مراعاته لشعور وكرامة وهيبة هؤلاء القضاة حتى لا يؤثر هذا سلباً على حكمهم وعدلهم أمام الله ثم أمام الناس جميعاً.

ب- القانون المصري:

يعتبر القانون المصري أن هناك خصوصية في عزل القاضي مراعاة لهيبته، فلا يجوز عزل القاضي أو وقفه أو إحالته إلى التقاعد أو نقله إلا برضائه، وطبقاً للقواعد والضوابط المقررة قانوناً وفي

(1) أعبودة، الكوي علي، 2003 م، 173.

(2) الجريدة الرسمية، عدد 45، ص، 2339، قانون صادر في 3 / 7 / 1976م.

هذا الصدد تنص المادة 168 من الدستور المصري الصادر في 1971م، على أن (القضاة غير قابلين للعزل، وينظم القانون مساءلتهم تاديبياً)⁽¹⁾.

وعدم العزل في القانون المصري ليس معناه أن يترك حراً يفعل ما يشاء، بل معناه أن تتم مساءلته حين يسأل طبقاً لخصوصية معينة، وضوابط قانونية محددة⁽²⁾.

وهذا يظهر مدى حرص القضاء المصري على ضمان هيبة القضاء، ومراعاة شعورهم، حيث كفل لهم البقاء في وظائفهم، وعدم خروجهم منها إلا ببلوغهم السن القانونية للتقاعد، وهذا طبقاً لقانون السلطة القضائية المعدل في 2007م، وهي سبعين عاماً⁽³⁾. لأن القاضي بهذه الضمانة يتمكن من إعلاء كلمة القانون على الحكومة وغيرها، وهذا يعكس على حقوق المتقاضين، وعلى تحقيق مبدأ استقلال القاضي.

ج- القانون اليمني:

أما فيما يتعلق بقانون العزل في القانون اليمني، فقد نص الدستور على مبدأ عدم قابلية القضاء للعزل في المادة 146، ويسري هذا المبدأ على القضاة ورجال النيابة العامة في المادة 86، من قانون السلطة القضائية، وذلك منذ تعيينهم⁽⁴⁾. وهذا المبدأ يشمل على عدم قابلية القضاء للعزل ليس بالإقالة، وإنما أيضاً بأي صورة للعزل، كنقل القاضي من مركزه الذي يشمل إلى مركز قضائي آخر، أو إلى أي دائرة أو مؤسسة أخرى خارج السلطة القضائية⁽⁵⁾.

وقد لاحظت الباحثة تشدد القانون اليمني هنا بمنح القضاء قوة أمام أي تدخل أو اعتداء، وقد رأينا موقف المشرع الليبي من عزل القضاة، الذي يشكل ظلماً وتعسفاً في حق القضاة واستقلالهم، أما القانون المصري فقد كان أكثر إنصافاً في حق القاضي وفي عزله، أما القانون اليمني فكان أكثرهم

(1) عبد الباشط جمعي، مبادئ المرافعات، 210. أحمد السيد صاوي، الوسيط، بند 45، ص، 85.

(2) أحمد أبو الوفا، قانون المرافعات، بند، 38، 49، ص، 56، 57. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، بند، 68، القاهرة: دار

النهضة العربية، ص، 136.

(3) أحمد السيد صاوي، الوسيط، المادة: 69، بند، 45، ص، 85.

(4) فتحي والي، الوسيط، بند، 99، ص، 146. عزمي عبد الفتاح، قانون القضاء، 78.

(5) عزمي عبد الفتاح، القضاء المدني الكويتي، 91.

عدلاً لعدم قابلية القضاء ليس للعزل فقط بل أيضاً عدم قابليته للإقالة ونقله من مكان لآخر خارج السلطة القضائية، وبهذا يكون أكثر تحقيقاً لمبدأ استقلال القضاء وحرية وعدالته.

د- القانون اللبناني:

فقد نص القانون اللبناني صراحة في المادة 44 من قانون القضاء العدلي الصادر بالمرسوم الاشتراعي على أنه (القضاة مستقلون في اجراء وظائفهم ولا يمكن نقلهم أو فصلهم عن السلك القضائي إلا وفقاً لأحكام القانون)⁽¹⁾. ثم عدل بقانون رقم 65 / 49، الذي أُلغى فيما بعد بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 150 لسنة 1983م، الذي أعطى مجلس القضاء الأعلى بصفته هيئة خاصة النظر في أوضاع القضاة، وكل ما يتعلق بهم⁽²⁾.

ورغم هذا فإن القانون اللبناني يعاني حالة كحال القانون الليبي من بعض التجاوزات والتعدي على حقوق القضاة، ففي بعض الأحوال تقوم الحكومة اللبنانية بصرف أو عزل عدد من القضاة بمرسوم عادي دون موافقة مجلس القضاء الأعلى، وذلك بعد رفع الحصانة عن القضاء بتشريع خاص، ولم يتمكن القضاة من مراجعة القضاء ضد قرارات الصرف أو العزل، واعتبر البعض أن هذا القانون غير دستوري⁽³⁾.

لأنه لم يعط لهم الفرصة للدفاع عن أنفسهم، حتى إنه لم تتم محاكمتهم، أو عرض أسباب عزلهم. فالقاضي إنسان قبل أن يكون قاضياً، وإذا كان قد قضى في الخدمة ربيع وخريف عمره، فيشعر في أعماقه بالقلق على مستقبله، وهذا ربما يفقده استقلالية التفكير والتالي القضاء، ويجعله أيضاً تحت رحمة الآخرين.

(1) المرسوم الاشتراعي رقم، 150 / 1983م، والمعدل بالمرسوم الاشتراعي رقم 22. فايز إيعالي، 1993، 12.

(2) فايز إيعالي، 1993، 13.

(3) خليل جريج، نظرية الدعوى، 26.

3_ عزل القاضي في الغرب

أ- القانون الفرنسي:

استعمل المشرع الفرنسي عبارة *l'inamovabilite* ومعناها هو عدم نقل القاضي إلا بموافقته، وعدم عزله أو إعطائه اجازة اجبارية، أو وضعه في الاستيداع إلا بناء على موافقته، أو في حال ارتكابه خطأ مهنيًا جسيمًا⁽¹⁾.

ب- القانون البريطاني:

والأكثر تشددًا وحزمًا القانون البريطاني في مسألة عزل القضاة، فلا يعزل القضاة إلا بقرار ملكي، أو بقرار صادر عن مجلسي العموم واللوردات، وبسبب سوء السلوك فقط⁽²⁾، وذلك حتى لا يعطي الفرصة للجهات الأخرى في الدولة التدخل في شؤون القضاة، ولكن بعد أن خرج القاضي من سيطرة سلطان الحكومة، هل أصبح تحت رحمة الملك ومجلس العموم واللوردات؟ لذلك نجد أن القانون الفرنسي أكثر عدلًا وإنصافًا لحق القاضي، إذ يجب أن يوافق القاضي عما يصدر في حقه من قرارات دون خوف، وعليه يكون القاضي الفرنسي أكثر عدلًا وحكمة واستقلالية.

ج- القانون الألماني:

أما القانون الألماني لم يختلف كثيرًا عن القانون الفرنسي إلا أن قرار عدم عزل القضاة كان صادرًا عن الدستور. فقد نص الدستور الألماني الصادر في 24 / 4 / 1949، على عدم قابلية القضاة للعزل أو النقل إلا بعد أخذ موافقتهم، وإلا بموجب قرار قضائي، وذلك في المادة 96 من هذا الدستور⁽³⁾.

ولو لاحظنا التاريخ أعلاه وهو 1949م، لفهمنا أن القضاة في ألمانيا يتمتعون بشخصية مستقلة منذ ذلك الوقت، وهذا يدل على الوعي والإدارك بأن القاضي إذا وقع تحت رحمة أي سلطة أخرى تتولى عزله أو نقله أو أي أمر آخر، فلن يحقق القضاء مقصوده من العدل بين الناس وتحقيق الأمن في المجتمع، ورد الحقوق إلى أصحابها، الذي يجب أن يكون مقصد كل دولة في العالم.

(1) هذا التعريف *l'inamovabilite* عند كل من موريس ذو فرحية، وجالك كادارت، فايز إيعالي، 1993، 11.

(2) H. W. CLARKE- Constitutional and Administrative Law- Sweel & Maxell- London 1971 p.)

(3) ، 11. فايز إيعالي، 1993 (independence des juges) Art. 97 (3)

د- القانون الإيطالي:

قرار عزل القضاة في القانون الإيطالي هو أيضاً يصدر بموجب دستور، وذلك في 27 / 12 / 1947م، بأن القضاة لا يعزلون ولا ينقلون إلا بمقتضى قرار من مجلس القضاء الأعلى بعد بيان الأسباب، وبعد تأمين حق الدفاع المشروع للقاضي، وبموافقة القاضي⁽¹⁾.

ثانياً: هيئة القاضي

تستغل الباحثة بمسألة الهيئة في القضاء في هذا المبحث عن بقية المباحث من حيث الشكل والمضمون نظراً لأهميتها الرئيسية والمباشرة في استقلال القضاء، وخاصة في وقتنا الحالي لما يعانيه القضاء بجميع أنواعه ودرجاته من ظلم، ومن تعسف في استعمال حقه، ومن اضطهاد في تحقيق أبسط حقوقه. وهذا ما سيأتي بيانه في هذا المبحث، من خلال بيان مفهوم الهيئة في الفقه الإسلامي، ثم دراسة أثر الهيئة في استقلال القضاء وأهميتها في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بما يحدث الآن من آثار مترتبة على ضعف هيئة القاضي وعلاقتها باستقلال القضاء في القانون الليبي موضوع الدراسة.

مفهوم الهيئة في القضاء:

الهيئة المعنية في القضاء مقرونة بالعدالة منشأً وتطبيقاً، حيث لا هيئة دون عدالة، ولا عدالة دون مساواة، فالعدالة عنوان للهيئة، والمساواة قوامها وأساسها، وللهيئة عدة معانٍ سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي وهي كالآتي:

أولاً: مفهوم الهيئة في الشريعة الإسلامية

1- الهيئة لغة: ويقصد بها الإجلال والمخافة، والتقية من كل شيء. يُقال: هابه هيياً، ومهابة: أجله وعظمه، وحذرُهُ وخافهُ⁽²⁾.

، 12 فايز إيعالي، 1993، Art. 107- Les magistrats sont inamovibles. lls.

(2) ابن منظور، لسان العرب 15 / 171. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 1 / 146.

2- الهيبة شرعاً: هي إجلال الحق بإقلال الخلق، وتحصل من المعرفة بذات الله، لأنها توجب الهيبة والتعظيم، الذي هو إعزاز الحق بإذلال الخلق فيسقط عن سره سواه وإعزاز غيره، ولا يعظم شيء عنده، ولا ينظر إلى محدث، ولا يلتفت إلى مخلوق⁽¹⁾.

ومن خلال هذا التعريف يمكن القول بأن الهيبة هنا خاصة بالشخص المهيب دون إبراز العلاقة بينه وبين الأطراف الأخرى، وعليه يمكن تعريف الهيبة بأنها: إبراز القيمة الحقيقية للمهيب تجاه من تقع عليهم الهيبة. وتمثل في شعور الناس بقدر هذا الشخص وقيمه، وفي عدم المساس بحقوقه من قبل أي جهة أي كانت.

ثانياً: مفهوم الهيبة في القانون الوضعي

وهي ما يتمتع به القاضي في خاصة نفسه من وقار وإجلال وكرامة ونزاهة تجبر الغير على احترامه وتقديره، فضلاً عن قوة سلطانه وحصانته المقررة له بمقتضى القانون على نحو يحول دون التدخل في أعماله أو النيل من كرامته، أو الحد من ولايته بغير سبب يقتضيه قانوناً⁽²⁾. يستخلص من هذا التعريف أن الهيبة تنقسم إلى نوعين هما:

1- هيبة ذاتية:

تمثل في شخص القاضي وتعلق بتزاهته وكرامته ووقاره وقدرته على فرض احترامه على الجميع وإثبات وجوده متبعاً في ذلك أسلوب الترهيب والترغيب في أسلوب قضاؤه. وقد ضاعف الإسلام شرائط اختيار القاضي لأجل إدراك هذه الهيبة وتحصيلها في خاصة نفس القاضي، فاشتراط العدالة مع سلامته من الآفات؛ لأن السلامة من الآفات أهيب لذوي الأحكام في الولايات⁽³⁾. وهذا النوع من الهيبة يعتمد على شعور القاضي بحريته واستقلاله.

(1) عبد الله الخضري، مخطوطة شرح مكنونات عبد القادر الجيلاني، 42.

(2) أحمد خليفة شرقاوي أحمد، هيبة القضاء، الإسكندرية- دار الفكر الجامعي، 2013م، ط1، 12.

(3) الماوردي، الأحكام السلطانية، 66.

2- هبة قانونية:

إن الهبة الذاتية للقاضي لا يمكن تحقيقها إلا في حال وجود قانون يحميها ويضمن لها حقوقها، ويمنع التعدي على أعمال القضاء والنيل من حريته واستقلاله. فالقانون هو الضمان والوسيلة لتحقيق هبة القاضي. وهذه الهبة تتمثل في هبة القاضي في تسويته بين الخصوم وعدله، وفي صيانة مجلسه، وفي التزامه بواجباته، وهبة القاضي في تخصيص قضاائه وتنفيذ أحكامه⁽¹⁾.

وعليه فلا بد أن تجتمع في القاضي هبة ذاتية تتعلق بشخص القاضي وقدرته على تحقيق العدالة لما يمتلكه من صفات وقدرات ذاتية، وهبة قانونية يضمنها له القانون لحمايته ولتحقيق حريته واستقلاله أمام أي سلطة أخرى في الدولة مهما علت.

مظاهر هبة القاضي في الشريعة الإسلامية

جاءت الشريعة الإسلامية بجميع ما يضمن للقاضي هيئته ومكانته سواء في صيانة مجلسه، أو في تنفيذ أحكامه، أو في حصانته، أو سعة رزقه، وأيضاً شعوره بأنه مستقل في قضاائه. وذلك من أجل تحقيق العدل بين الناس وبين القضاة أنفسهم، وليشعر الجميع بأهم في أمن وأمان على هذه الأرض. فقدمت الشريعة الإسلامية المعنى الحقيقي لاستقلال القضاء والذي يتمثل في المقام الأول في تحقيق هيئته من خلال الأمور الآتية:

1- ضمان حصانة القاضي، وهذه الضمانة كفيلة ألا يتعرض القضاة لأي أمر من شأنه أن يهددهم في أرزاقهم ومراكزهم واستقرارهم وسمعتهم، بحيث لا يتأثرون أثناء إصدارهم لأحكامهم في القضايا المعروضة عليهم، بل تبقى نزاهة القاضي فوق كل اعتبار، وأقوى سلاح يمكن أن يهدد أمن القضاة هو التلويح لهم بالعزل أو النقل أو غير ذلك. فقد ورد في كتاب الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء الحنبلي ما نصه: " وليس للمولى عزل القاضي ما دام مقيماً على الشروط، لأنه بالولاية يصير ناظراً للمسلمين على سبيل المصلحة، لا عن الإمام"⁽²⁾. وذهب أيضاً الماوردي الشافعي رحمه الله إلى أن

(1) راجع حاشية ابن عابدين، 5/ 415. حاشية الدسوقي، 4/ 333. الأحكام السلطانية للماوردي، 72. الأحكام السلطانية لأبي

يعلى، 68.

(2) أبي يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، 65.

المولي الأولى به ألا يعزل القاضي إلا بعذر، وأن لا يعتزل المولى إلا من عذر لما في هذه الولاية من حقوق المسلمين⁽¹⁾.

ومن هنا يمكن القول: إنه يجب أن يتمتع القاضي بحصانه تقيه من عزله أو نقله أو إيقافه فجأة عن العمل، وغيرها من الأمور التي تززع هيبة القاضي، وتجعله في خوف وقلق وعدم الاستقرار. فالشعور بالطمأنينة من الأمور الضرورية التي يجب أن يتمتع بها القضاة لتحقيق العدل وليكون صافي الذهن في إقرار أحكامه دون خوف.

2- يعتبر حكم القاضي في الشريعة الإسلامية ملزمًا للحاكم، فهذا هو عمر بن الخطاب رضي الله عنه يشتكي إليه رجل يهودي، كان عمر رضي الله عنه قد أخذ منه فرسًا على سوم الشراء، فحمل عليه فغضب فخاطبه اليهودي فقال عمر: اجعل بيني وبينك رجلًا، فقال الرجل: إني أَرْضَى بشريح العراقي، فقبل عمر وحكم شريح بينهما، فقال شريح لعمر: أخذته صحيحًا سليمًا فأنت له ضامن حتى ترده صحيحًا سليمًا⁽²⁾. ففي خضوع الحاكم لحكم القضاء يعزز من هيبة القاضي ويقويها.

3- ليس المقصود في الشريعة الإسلامية أن استقلال القضاء يعني أن يكون القاضي مستقلًا في أحكامه فحسب بل لا بد من تنفيذ هذه الأحكام وإلزامت هيبة القاضي، ويصبح حكمه وقضاؤه بلا معنى. وقد رأينا مدى احترام حكم القاضي وتنفيذه في تاريخ القضاء الإسلامي. بما جاء في كتاب فتوح البلدان لإمام أبي الحسن البلاذري ما نصه: (وقال أبو عبيدة وغيره لما استخلف عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - وفد عليه قوم من أهل سمرقند، فعرفوا إليه أن قتيبة دخل مدينتهم وأسكنها المسلمين على غدر، فكتب عمر إلى عامله يأمره أن ينصب لهم قاضيًا، ينظر فيما ذكروا، فإن قضى بإخراج المسلمين أخرجوا، فنصب لهم جميع بن حاضر الباجي، فحكم بإخراج المسلمين على أن ينادوهم على سواء فكره أهل مدينة سمرقند الحرب، وأقروا المسلمين فأقاموا بين أظهرهم)⁽³⁾.

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، 70.

(2) مذكرات في تاريخ القضاء في الإسلام، 56. والأحكام السلطانية للفراء، 67.

(3) كتاب فتوح البلدان للإمام أبي الحسن البلاذري، 411.

4- تمنع الشريعة الإسلامية أي شخص أي كان أن يتدخل في شأن من شئون القاضي، وللقاضي أن يرد شهادة من لا يطمئن إليه وإن كان الحاكم⁽¹⁾. فقد جاء في كتاب تاريخ قضاء الأندلس: أن القاضي محمد بن بشير المعافري قد رفض شهادة الأمير مكتوبة في كتاب وعليها حتمه⁽²⁾.

5- إكرام القضاة وتوسعة رزقهم تمنحهم هبة القضاء والحكم بالعدل بين الناس، حيث كان الخلفاء والأمراء يكرمون القضاة، ويغدقون عليهم الأموال التي تكفيهم وتكفي من يعولونهم من الأولاد والخدم فلا تلجئهم الحاجة إلى التهاون في الحكم، وكتب عمر بن الخطاب- رضي الله عنهم - إلى معاذ بن جبل، وأبي عبيدة عامر بن الجراح. حين بعثهما إلى الشام: أن انظرا رجالاً من صالحى من قبلكم، فاستعملوهم على القضاء وارزقوهم، وأوسعوا عليهم من مال الله تعالى⁽³⁾.

وأخيراً يمكننا القول: إن الشريعة الإسلامية قد حققت مظاهر هبة القضاء وحرية، والتي من خلالها يصبح القضاء مستقلاً ومصاناً، فجميع هذه الأمور تضمن هبة القاضي واستقلاله، ولا يمكن لأحد التعدي عليها أو تجاوزها، وبذلك يتحقق معها القضاء العادل بين الناس كما أمرنا الله سبحانه وتعالى.

أثر هبة القاضي في تحقيق استقلال القضاء في ليبيا

كرس المشرع الليبي كغيره من المشرعين الذين أخذ عنهم مبدأ استقلالية القضاء من النص في قانون نظام القضاء رقم 29 لسنة 1962م، على عدم قابلية القضاة للعزل إلى إنشاء مجلس أعلى للقضاء يرأسه رئيس المحكمة العليا يختص بكافة شئون القضاء بدءاً من تعيينهم وانتهاءً بعزلهم وإحالتهم إلى التقاعد، وقبل ذلك نص عليه دستورا في المادة (145).

(1) كتاب أبي موسى الأشعري في كتاب عيون الأخبار 1/ 64. وكتاب عمر بن عبد العزيز إلى قاضي مصر عياض بن عبيد الله الأزدي الولاية والقضاة للكندي، 134.

(2) تاريخ قضاء الأندلس، 49.

(3) منار السبيل، 2/ 456، 457.

وبعد قيام انقلاب 1969م، أعلن العقيد معمر القذافي بوصفه رأساً للسلطة التنفيذية في ذلك الوقت عن إجلاله وتقديره للمحكمة العليا في ليبيا بوصفها قمة الهرم القضائي في البلاد، ونص الإعلان الدستوري المؤقت في ذلك الوقت على هذا المبدأ في مادته (28)، وكانت السلطة التنفيذية تحل محل السلطة التشريعية في ذلك الوقت حتى مارس 1977م لعدة اعتبارات منها: أن الاستقلال المطلق للقضاء في ظل قوانين رأت أنها تحمي علاقات ظالمة يقف حائلاً بينها وبين تحقيق الأهداف التي قامت من أجلها ووجدت نفسها - في حاجة إلى حماية من القضاء المستقل التي لم تجرؤ على المساس باستقلاله عن طريق التدخل المباشر في أحكامهم - أمام خيارين إما تجاهل مبدأ استقلال القضاء أو بقاءه مع إفراغه من محتواه عملياً عن طريق التشريع الذي يحميها في مواجهة قاض مستقل لا تملك أي سلطان عليه، وفي النهاية تم اختيار الحلين معاً وصدر القانون رقم 86 لسنة 1971م، بإنشاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية محل مجلس القضاء الأعلى للهيئات القضائية في مادته الثانية. وقد مثل هذا القانون مساساً مباشراً بمبدأ استقلال القضاء حيث نص في المادة (4) على أن يتولى رئاسة هذا المجلس رئيس مجلس قيادة الثورة - رأس السلطة التنفيذية والتشريعية - وينوبه وزير العدل الأمر الذي أفقد القضاء استقلاله وجعله مجرد تابع للسلطة التنفيذية، ثم أضيفت إدارة قضايا الحكومة - محامي السلطة التنفيذية - إلى القضاء والنيابة العامة وجعلهما وحدة واحدة وهو أمر يفقد القضاء خصوصيته وهيئته، بل وتعدت السلطة التنفيذية إلى أبعد من ذلك واستخدمت الخيار الثاني وهو التدخل التشريعي ومثال ذلك في المادة (364) من القانون المدني والتي نصت على أنه: "تتقدم بثلاث سنوات دعاوي الضرائب والرسوم المستحقة للدولة. . . . " فإذا بها تصبح بموجب القانون رقم 86 لسنة 1972م غير قابلة للتقدم، كما استصدرت القانون رقم 152 لسنة 1970م بشأن الحجز الإداري الذي يجيز للجهات التي تمتلك الدولة أكثر من 50% من رأس مالها الحجز عن طريق موظفيها على ديونها لدى الغير ودون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي وبذلك تحول القضاء من سلطة إلى مجرد وظيفة، ثم إلغى المجلس الأعلى للهيئات القضائية بموجب القانون 86، وآلت اختصاصاته إلى اللجنة الشعبية العامة واللجنة الشعبية العامة للعدل بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة الصادر في 7. 11. 1979م⁽¹⁾. الأمر الذي عكس بجلاء عدم تمتع القضاء بأي قدر من الاستقلالية.

(1) وذلك بالتطبيق لقرار التفويض رقم 2/1979 الصادر عن مؤتمر الشعبي العام بتاريخ 11. 2. 1979م، للجنة الشعبية العامة بتنظيم

ورغم أن المجلس عاد مرة أخرى إلا أنه عاد أكثر ضعفاً ومضافة إليه إلى جانب إدارة القضايا المحاماة الشعبية التي قررت المحكمة العليا عدم تمتع أعضائها بالحصانة التي يتمتع بها القضاة، وهو أمر مؤثر على استقلال القاضي الذي أصبح تنقله بين الهيئات القضائية (القضاء، النيابة العامة، إدارة القضايا، المحاماة الشعبية) أمر يخضع لتقدير السلطة التنفيذية والمتمثلة في أمين العدل بوصفه رئيساً للمجلس الأعلى للهيئات القضائية، وهذا الوضع يجعل القاضي يعيش في قلق وخوف من التنقل ما بين إدارة القضايا أو إدارة المحاماة الشعبية. وهذا النموذج خير مثال على ضياع استقلال القضاء وهيبة القضاء في مؤسسة القضاء في ليبيا.

وذهبت السلطة التنفيذية إلى أبعد من ذلك عندما تم نقل رئيس دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف بنغازي إلى دائرة مدنية بسبب اعتراضه على تغول السلطة التنفيذية في أحد أحكامه، كما توسعت في تدخلها عن طريق التعليمات التي أصدرها السيد أمين العدل إلى القضاء بعدم شمول الأحكام الصادرة ضد شركات الدولة في القضايا العمالية بالنفاذ المعجل بالمخالفة لنصوص القانون استناداً إلى طلب هذه الشركات، ولم يكن أمام القضاة إلا الخضوع لهذه القرارات خوفاً من تعرضهم للعزل أو النقل إلى إدارة القضايا أو إدارة المحاماة الشعبية⁽¹⁾.

ونتيجة لما سبق بيانه من فساد كلي في الجهاز القضائي في ليبيا يمكن القول: إن القضاء الليبي يفقد جميع حقوقه سواء الشخصية أو القانونية، فالقضاء مؤسسة وطنية تقوم على الحماية والدفاع عن حقوق الناس ومصالحهم، وهو المرآة التي تعكس بصدق ودقة حقيقة واقع المجتمع سياسياً واجتماعياً وثقافياً واقتصادياً وإدارياً بل والأهم مستوى رقيه وتقدمه وتحضره، وهذا بطبيعة الحال مرهون بتوفر ضمانات هامة تتمثل في هيئة القضاء. وبما أن نظام القضاء في ليبيا يفتقر إلى استقلاليته فهو بالتبعية يفتقر إلى مسألة الهيئة والتي تعتبر ركناً هاماً في استقلال القضاء.

وبالمقارنة مع إحدى الدول الغربية نجد ان استقلال القضاء هو أحد المبادئ الأساسية للدستور في ألمانيا وهو الذي يحدد هيكلية السلطة القضائية، وكل ما يتعلق بالقضاء من تعيين وندب وعزل وتقاعد

الأمانات وتحديد اختصاصاتها دون التقيد بأحكام القوانين النافذة.

(1) الفيتوري، بن يونس، استقلالية القضاء في الوطن العربي بين النظرية والواقع، الحوار المتمدن: دراسات وابحاث قانونية، العدد: 2383 -

بحيث لا يغفل عن شيء، كما أنه لا يجوز نقل القضاة من أماكنهم أو مناطقهم حتى وإن عزلوا أو تقاعدوا بل يحتفظ بهم في أماكنهم ويتقاضوا راتبًا كاملاً⁽¹⁾.

فالقاضي الليبي يفتقر إلى أبسط الحقوق العامة والخاصة ليصبح بذلك مثل عامة الناس فهو يسير في الشوارع في ليبيا بمفرده دون حراسة، ويدخل إلى الأماكن العامة وإلى المحلات بمفرده لشراء مستلزماته وأغراضه، فتجد أحيانًا قاضيًا بدرجة رئيس محكمة يقف في محل عام للتبضع، وهذا ما يحدث فعلا على أرض الواقع في ليبيا حيث يفتقر القضاة إلى أماكن خاصة بهم مثل نوادي للقضاة وأماكن للبيع والشراء خاصة بهم وبعائلاتهم ومدارس مستقلة لأبنائهم، أيضًا لا توجد في ليبيا سكن خاص للقضاة فهم يعيشون في وسط الأحياء الشعبية مع عامة الناس.

جميع هذه الأمور تعرض القاضي الليبي للخطر سواء على نفسه أو على شرف مهنته أو على هيئته كقاضٍ أو رئيس محكمة، فالقاضي الليبي يتضرر من جميع هذه الأمور لسهولة اختلاط العامة به، وفي بعض الأحيان قد يتعرض القاضي أيضًا للتهديد أو الاعتداء كما حدث ذلك بالاعتداء على أحد رجال الجهاز القضائي وهو عضو النيابة العامة بدرجة معاون نيابة شمال بنغازي الكلية وذلك من خلال ألقاء القبض عليه والاعتداء بالإهانة والضرب واحتجازه لمدة خمسة أيام الأمر الذي يشكل سابقة تعد جرس إنذار لما هو آت، ويشكل حرقًا صارخًا لنصوص قانون نظام القضاء تحديدًا المادتين (97، 98) منه واللتين حدد فيهما المشرع قواعد وأسس واجراءات التحقيق ورفع الحصانة مع رجال القضاء.

وفي الوقت الذي تستهجن فيه المنظمة الليبية للقضاة هذه الواقعة وتستنكر الاعتداء على أحد رجال القضاء والذي يعد في حقيقته اعتداء على هيئة القضاء ذاته ومكانته، وخاطبت المنظمة الليبية للقضاة رئيس المجلس الأعلى للقضاء والنائب العام باتخاذ كافة الاجراءات الكفيلة بإعادة الهبة للجهاز القضائي وحمايته وحفظ كرامة رجاله⁽²⁾. وهذه السابقة لا تعتبر الأولى، فالقاضي الليبي مهان سواء داخل الجهاز القضائي أو خارجه.

(1) Anja Seibert- Fobr. Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany- 2006. W. w. w. mpil. de/shared/data.

(2) بيان المنظمة الليبية للقضاة، ليبيا المستقبل، 2013/2/25م، www. libya-al-mostakbal. org

وعليه ترى الباحثة أنه لا بد من وضع قواعد وأسس سليمة منذ البداية حتى يقف عليها الجهاز القضائي تضمن من خلالها تحقيق الهيبة الذاتية والقانونية للقضاء، ولا يمكن تحقيق هذه القواعد إلا من خلال هذه الشروط:

شروط تحقيق هيبة القضاء واستقلاله في ليبيا

ونتيجة لما سبق دراسته يمكن اقتراح بعض الشروط، والتي تراها الباحثة أساسية لتحقيق استقلال القضاء وهيته في ليبيا، وهي كالتالي:

أولاً: ضرورة توفر إرادة سياسية حقيقية بعيدة تماماً عن الشعارات تجاه احترام سيادة القانون وتطوير استقلال القضاء، وعدم المساس بهيئته.

ثانياً: السعي لإنهاء كل مظاهر الانقسام القضائي وعدم ربط ذلك بمسألة المصالحة السياسية، بما يضمن وجود قضاء ليبي واحد موحد، خصوصاً وأن القضاء الموحد يعتبر عاملاً هاماً معززاً لهيبة القضاء ولهية ليبيا ككل.

ثالثاً: تعزيز استقلال القضاء بشقيه المؤسسي والذي يشمل الاستقلال المالي (ميزانية مستقلة كافية للقضاء)، وتوفير موارد كافية، واستقلال إداري وشقه الفردي الخاص بالقضاة أنفسهم من حيث خضوعهم فقط للسلطة القضائية (تبعية للسلطة القضائية وليس للتنفيذية أو التشريعية).

رابعاً: استقلال القضاة عن المجتمع وعن أطراف النزاع، وتحررهم من أية ضغوطات أيا كان مصدرها، وتمتعهم بحريتهم وحقوقهم الأساسية، وضمان أمنهم الوظيفي، الأمر الذي يؤسس إلى قضاء نزيه وعادل يحظى باحترام وتقدير ورضا الناس.

خامساً: احترام مبدأ الأقدمية والاهتمام بالقاضي، وإعطائه حقوقه أول بأول، والعمل على تدريبه وتأهيله، وتوفير الحماية اللازمة للمحاكم من خلال تعميم فكرة الشرطة القضائية.

سادساً: منع التدخل في شئون العدالة، سواء من داخل السلطة القضائية أو من خارجها، والتصدي للتشويه الإعلامي الذي يتعرض له القضاء من خلال تعزيز دور الصحافة القضائية، وتبني برامج مرئية ومنشورات ثقافية تلقي الضوء على عمل القضاء وإبراز إيجابياته ومعالجة الأمور السلبية.

سابعاً: أسوة بالدول المتقدمة والمتطورة مثال ألمانيا وغيرها لا بد من توفير المكان المعيشي المستقل للقضاة في ليبيا، وذلك من خلال توفير السكن المستقل والأسواق الخاصة بالقضاة كذلك أماكن الترفيه كالنوادي وغيرها، وأيضاً المدارس والمراكز الصحية وذلك لضمان الحماية والهيبة للقضاة.

وفي النهاية وب توفير جميع هذه الشروط تتحقق النتائج الآتية:

ضمان هيبة القاضي واستقلاله سواء في مواجهة المجتمع أو الدولة نفسها.

تفرض على جميع السلطات في الدولة احترام السلطة القضائية، وعدم التدخل في أعمالها أو في جهازها التنظيمي.

تعمل على تغيير نظرة المجتمع الليبي للقضاة، بل وتفرض عليهم احترامه وليس كما في السابق حيث كان يعتبر القاضي مثله مثل عامة الناس.

يشعر القاضي بالأمن والأمان في ظل هذه الشروط، مما يتيح له الحكم بكل حرية دون خوف أو قلق على مصيره، وليس كما في السابق فقد كان يتعرض للعزل في بعض الأحيان.

تعزيز الثقة بالنفس لدى القاضي مما يقوي هيئته وسلطته بسبب ضمانه لجميع حقوقه المادية والمعنوية.

تحقيق القضاء العادل، في استقلال القضاء وهيئته لا مجال إلا للقضاء العادل، والحكم بما شرع الله.

تتحقق الدولة المدنية في ليبيا، دولة القانون والمؤسسات وليس كما كان عليه الوضع سابقاً.

تبين مما سبق ذكره أن قواعد وأسس ضمانات استقلال القضاء في ليبيا تكاد تكون مفقودة، فالقاضي الليبي لا يملك ضمانات حقيقية تتعلق بتعيينه وحياده وعزله وهيئته، والسبب في ذلك- في رأي الباحثة- هو الصعوبات التي كان يواجهها القضاء عامة والقاضي خاصة في ليبيا في السابق أي قبل ثورة 17 فبراير، وسيأتي بيان هذه الصعوبات ودراساتها في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الصعوبات التي واجهت استقلال القضاء في ليبيا سابقاً (قبل ثورة 17 فبراير)

واجه القضاء في ليبيا العديد من الصعوبات التي كانت حاجزاً دون تحقيق استقلال القضاء، ولم تكن هناك ضمانات حقيقية يتمتع بها القضاة وخاصة بعد ثورة الفاتح عام 1969م، التي ألغت بدورها الدستور ثم ألغت المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ولم تكتفِ هذه الثورة بهذا بل قامت بالخلط بين السلطة القضائية والسلطات الأخرى، فلا يمكن تحقيق استقلال القضاء إذا كان بإمكان السلطة التنفيذية التدخل في شؤون القضاء وحمله على الفصل في القضايا المعروضة عليه بهذه الكيفية أو تلك.

فلا بد من إعطاء نبذة عن مفهوم استقلال القضاء في القانون الليبي ومراحل تطوره من خلال هذا المبحث في مطلب أول، ثم دراسة ضمانات استقلال القضاء في المعايير الدولية الحديثة والقانون الليبي في مطلب ثانٍ، كما ظهرت أيضاً مع الثورة (ثورة الفاتح) بعض مظاهر التغيير في النظام القضائي الليبي مثل ظهور المحاماة الشعبية وظهور محكمة الشعب وتولي المرأة منصب القضاء وحرمان القضاة من المزايا والحقوق، وذلك بسبب فقدان القاعدة الأساسية لضمان استقلال القضاء وهي غياب الدستور في النظام الليبي الذي تعتبره الباحثة الوسيلة الرئيسية والأقوى لضمان حقوق القضاء واستقلاله، وهذا ما سيأتي بيانه تفصيلاً في هذا المبحث في المطلب الثالث. وهي كالتالي:

المطلب الأول: مفهوم استقلال القضاء في القانون الليبي ومراحل تطوره وأهميته

أولاً: مفهوم استقلال القضاء في القانون الليبي

إن مفهوم استقلال القضاء في القانون هو: ألا يتدخل في عمل القضاء سلطة أخرى كالسلطة التنفيذية أو التشريعية أو الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام بهدف التأثير على استقلال القضاء⁽¹⁾. وقد أتى الباحث بهذا التعريف كمقدمة لبيان أن القانون أو التشريع يعترف عامة وينص صراحة على استقلال القضاء، وكذلك القانون الليبي في دستوره الصادر عام 1951م، أقر واعترف باستقلال القضاء في نص المادة 145 بقوله: "القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، وهم غير قابلين للعزل، وذلك على الوجه المبين بالقانون"⁽²⁾. والاستقلال من خلال هذا التعريف قد يكون شخصياً عندما لا يكون لسلطة ما تأثير على تأليف سلطة أخرى، ومادياً عندما لا يكون لسلطة ما تأثير على نشاط سلطة أخرى⁽³⁾. وفي ليبيا مرّ استقلال القضاء بعدة مراحل تاريخية يظهر من خلالها معاناة الجهاز القضائي برمته في تحديد مفهوم استقلال القضاء بمعناه الشخصي والمادي، وفي حرمان القضاء من الضمانات الأساسية لحمايته واستقلاله، وهذا ما سيأتي بيانه في هذا البحث.

ثانياً: التطور التاريخي لاستقلال القضاء في ليبيا

في ظل الدستور الاتحادي الصادر سنة 1951م، أوكل اختصاص رقابة دستورية القوانين إلى المحكمة العليا الاتحادية وفقاً لما جاء في الفصل الثامن منه، وأن رقابة المحكمة العليا الدستورية بدستورية القوانين هي رقابة سابقة لسن القوانين ورقابة لاحقة، وحددت طرق اتصال المحكمة العليا بالطعون المتعلقة بالمسائل الدستورية بإحدى وسيلتين، إما بالدعوة الأصلية أمام المحكمة العليا أو بالدفع الفرعي بعدم الدستورية أمام المحاكم الأدنى درجة⁽⁴⁾.

(1) عزمي عبد الفتاح، قانون القضاء المدني، القاهرة: دار النهضة العربية، 1993م، 278.

(2) عمر عمرو، المجموعة المفهرسة، دار مكتبة النور، بنود 161: 165، 202/2، 219.

(3) Michel Tropper- Article sur le pouvoir judiciaire- dans pouvoir- p. 16- 1981.

(4) المسماري، عبد السلام محمد المسماري، دستورية القوانين في ليبيا، المركز السوري للاستشارات والدراسات القانونية.

كما استعان القضاء الليبي في ذلك الوقت ببعض من العناصر الأجنبية حتى غير العربية في تأسيس وبنين الهرم القضائي، فقد استعان ببعض القضاة من الإدارة الإنجليزية، وبعد ذلك من القضاء الأمريكي، وفي الستينات استعان ببعض الدول العربية مثل مصر وسوريا وتونس. وفي السبعينات أصبح الاعتماد الكلي على القضاء المصري، وتولى اثنان من المستشارين المصريين رئاسة المحكمة العليا، وكانت آخر بعثة قضائية مصرية مكونة من 85 مستشاراً وقاضياً تعمل في السلك القضائي الليبي إلى منتصف عام 1977م⁽¹⁾.

وبعد إعلان قيام سلطة الشعب في 2 مارس عام 1977م، أصبح مبدأ الفصل بين السلطات واستقلال السلطة القضائية حبراً على الورق، وترك المجال لمبدأ آخر يقوم على وحدة السلطة ووحدة الجهة التي تملكها⁽²⁾. وإن السلطة للشعب وليس لسواه، وأن يقوم بالتشريع، وفض المنازعات التي تنشأ داخل المجتمع، وبالتالي كان لا بد من أن توكل هذه المهام إلى أجهزة خاصة وهي اللجان الشعبية - كأداة تنفيذية - والمحاكم كأداة لتطبيق القانون، وفي الحقيقة هذه الأجهزة لا تتمتع بالسيادة، بل هما مجرد أداة خاضعة لصاحب السيادة⁽³⁾.

وتحول القضاء من سلطة في الدولة إلى وظيفة. ومما زاد الأمر سوءاً هو إلغاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية، وهو الجهة الوحيدة التي تقوم على شؤون القضاء، وآلت اختصاصاته إلى اللجنة الشعبية العامة، وقد حرصت على تنبيه المشرع إلى تلافي العقبات التي قد يتعرض لها الوضع الجديد، وهذا يعني رجال القضاء والنيابة عن اللجوء إلى المحاكم وهم منها للنظر في خصوماتهم، فأصبحت اللجنة الشعبية العامة للعدل في كثير من الأحيان خصم وحكم في وقت واحد⁽⁴⁾.

وعليه فإن مبدأ استقلال القضاء في ليبيا يجب أن يكون له صلة وطيدة بالحقوق المدنية للإنسان والثابتة في العهود الدولية التي التزمت بها الدول الموقعة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وعلى

(1) الرفادي، سعد بشير مفتاح، استقلالية القاضي ما بين الحصانة والمسائلة، الأسكندرية: منشأة المعارف، 2012م، ط1، 8.

(2) صبيح مسكوني، مفهوم الإدارة الشعبية، الدراسات القانونية، 1979م، 9/ 117.

(3) صبيح مسكوني، 1979م، 117.

(4) أعبودة، الكوني علي، النظام القضائي الليبي، ليبيا: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 2003م، ط3، 66.

الاتفاقيات الأخرى، وليبيا من بين هذه الدول، فالقضاء يجب أن يكون مستقلاً لاسلطان عليه، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا، أو في شئون العدالة⁽¹⁾، ورغم هذا كله لا يمكن التعبير بصوت عالٍ في ظل النظام السابق (في عهد القذافي) والمطالبة بهذه الحقوق وتطبيقها، فالأمر كان صعباً ومن يفعل ذلك أو يطالب بهذه الحقوق يعتبر خارجاً عن القانون ويعاقب، وعليه فإن تدخل السلطات بشكل واضح في ليبيا من الأمور المفروضة والألزامية على الشعب الليبي ولا يحق لهم الاعتراض أو المطالبة بالتغيير.

ثالثاً: أهمية استقلال القضاء في القانون الليبي

تكمن أهمية استقلال القضاء في القانون الليبي في الفصل بين السلطات، وعدم سيطرة سلطة على أخرى، وكذلك في محاولة التخلص من القوانين القديمة، والتي لا يستفيد منها القضاء، بل تزيد الأمور تعقيداً، فإن تعاقب هذه القوانين وتعديلاتها أحدث أرباكاً في سير العملية القضائية.

ولم يشعر القضاء في ذلك الوقت بالاستقرار، وفقد أهم صفة له وهي صفة السيادة، فهناك ارتباط وثيق بين استقلال القضاء وسيادة القانون، لأنه في عدم خضوع القضاء لأي سلطة أخرى، وحصانته في مواجهة أي نوع من أنواع الضغوط، والعمل بما تمليه عليهم ضمائرهم، هو الضمانة الأساسية لترجمة مبدأ سيادة القانون على أرض الواقع. ولأن السلطة القضائية لها أهمية خاصة باعتبارها أهم ضمانة لاحترام حقوق الإنسان، وحماية مصالح الأفراد والجماعات.

وبعد إعلان سلطة الشعب في مارس 1977م، حدثت تغيرات على الوظيفة القضائية، وهذه التغيرات تتصف بعدم الوضوح والدقة، ورغم أن المشرع الليبي رجع عن بعض هذه التعديلات، إلا إن بعضها الآخر لازال نافذاً، وبعد أن أوجد المشرع الليبي محكمة الشعب كما ذكرت سابقاً عام 1988م، نص في مادته الثانية على قضائها يتم اختيارهم من مؤتمر الشعب العام من بين المصعدين من المؤتمرات الشعبية الأساسية لهذا الغرض دون اشتراط أن يكون المصعد من المؤهلين قانوناً.

18 قريط، مفتاح محمد، مبدأ استقلال السلطة القضائية، رئيس فرع إدارة الفتيش على الهيئات القضائية- مصراته، وزارة العدل- ليبيا:

وواضح أن هذه المحكمة أنشأت لتحقيق غايات محددة لا علاقة لها بالقانون وبالمهنية والاستقلالية، ولا يحقق الطمأنينة في نفوس الأفراد، ثم ألغيت بقانون رقم 7 لسنة 2005م، بعد ان تدارك المشرع حجم الجرم الذي وقع فيه، وتواصل العمل بشأن إعادة لوازم الوظيفة القضائية بإلغاء المحاكم التخصصية بقرار المجلس الأعلى للهيئات القضائية رقم 7 / 2007م، والتي لم تكن تخضع لأي معيار من معايير الاختصاص الواردة في قانون الإجراءات الجنائية، إلا إن هذا القرار أوجد في المقابل نيابة ومحكمة أمن الدولة، مما جعلنا أمام محكمة لم تنشأ ولم يتحدد اختصاصها بقانون. وبالإضافة إلى وجوب أن يحاكم الفرد أمام محكمة تنشأ ويتحدد اختصاصها بقانون، بحيث لايجوز لجهة تنفيذية أن تنشئ أي محكمة استثنائية، أو أي محكمة لها اختصاص مواز للمحكمة ذات الاختصاص الأصيل⁽¹⁾.

فيجب أن يتحرر القضاء من كل سلطان إلا سلطان القانون، فلا يكون قضاء بالمعنى الحقيقي إذا كان يخضع لتسلط المؤتمرات، فالمؤتمرات الشعبية تنتزع من القاضي أهم لوازم الاستقلال والحياد. والمتمثل في حصانة القاضي في مواجهه إمكانية إبعاده من منصب القضاء من قبل أداة التشريع أو أداة التنفيذ.

والقضاء المستقل هو قلب النظام الديمقراطي ونبضه، وهو الذي يرعى منظومة الحقوق والحريات لكل من المواطن والدولة، والقضاء المستقل لايعني أنه سلطة في مواجهة السلطات الأخرى، ولكن في استقلاليته هو استقلال للسلطات الأخرى، وأن استقلال السلطة القضائية يعني المقدرة على تفسير القانون وإعطاء الأبعاد القانونية لأداء الدولة في كل المجالات⁽²⁾.

ومن هذا السياق فإن الأمر يتطلب عدم تدخل الأجهزة الأمنية وجماعات الضغط والمصالح والأحزاب ومسئولي السلطة التنفيذية في شئون القضاء، وتمنح الفرصة لكي يكون القضاء مستقلاً. ويبقى العامل الأساسي والمهم لتحقيق استقلال القضاء في القانون الليبي هو الفصل بين السلطات، أي فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية والتشريعية، فالخلط واضح وكبير بين هذه السلطات في القانون

(1) الهادي علي بوجمرة، نظرة موجزة في الوظيفة القضائية، ليبيا المستقبل، 26 / 4 / 2009م، -<http://archive.libya-al-mostakbal.org>

2 الحراثي، ميلاد مفتاح، استقلال ونزاهة القضاء في ليبيا، أستاذ بكلية العلوم السياسية جامعة بنغازي - ليبيا، صحيفة الحرية 22 سبتمبر

.w. w. w. lawoflibya. com، 2012م

الليبي، كما يضيف الباحث مبدءاً آخر يحقق التعاون بين هذه السلطات على ألا تتعدى سلطة على اختصاصات وقوانين السلطة الأخرى، وخاصة فيما يتعلق بالنظام الأساسي لهذه السلطات، وإلا اعتبر انتهاكاً لمبدأ الاستقلالية الذي يقوم على العدالة والحرية، وهذا ما سيأتي بيانه لاحقاً.

وسوف يأتي الحديث عن هذا الخلط بين السلطات في الفصل الرابع بشيء من التفصيل، وبيان مدى أثره في إعاقة استقلالية القضاء من خلال النظر في الضمانات التي قدمها الدستور للفصل بين هذه السلطات.

المطلب الثاني: مخالفة القانون الليبي للمعايير الدولية الحديثة بشأن استقلال القضاء وغياب الدستور.

"يعبر استقلال القضاء في شكل ملموس عن عنصرين أساسيين يمثلان الديمقراطية هما: سيادة القانون والفصل بين السلطات، ففي الديمقراطية الدستورية ينبغي ان تدرج العملية السياسية وأي وظيفة تقوم بها الدولة ضمن نطاق القانون. ومن واجب القضاة أن يدعموا سيادة القانون من دون ممارسة أي تأثير غير سليم وعلى القضاة أن يكونوا مستقلين عن الفرع التنفيذي والتشريعي للسلطة، ويضطلع دور القضاة في النظام الديمقراطي بأهمية كبيرة من حيث صون وحماية حقوق الانسان"⁽¹⁾.

مفهوم استقلال القضاء بموجب القانون الدولي⁽²⁾

على السلطة القضائية أن تكون محايدة، تتعامل مع القضايا في شكل غير متحيز، وألا تظهر إجحافاً، وأن تكون مستقلة سياسياً، وأن تعمل من دون خوف واستناداً إلى القانون الدولي من الممكن ترجمة هذه المبادئ إلى المبادئ التوجيهية الآتية:

"لا يجوز أن تقع سلطة القيام بالتعيينات القضائية في يد جهة سياسية واحدة، لا سيما السلطة التنفيذية، حيث قد يعني ذلك أنها ستملك القدرة على ممارسة حرية تصرف واسعة عند اختيار وتعيين القضاة. ومن المفصل أن تحصل التعيينات القضائية عبر عملية تضمن مشاركة الأطراف الأخرى في الحكومة والمجتمع مثل القضاة أو أصحاب المهن القانونية أو الأحزاب السياسية المعارضة أو المجتمع المدني أو السلطة التشريعية أو أعضاء الحكومة المسؤولين عن الإدارة القضائية.

ب) ويتطلب ضمان مدة الخدمة أن تدوم التعيينات القضائية مدى الحياة حتى التقاعد الإلزامي أو حتى انتهاء المدة القانونية المحددة للبقاء في المنصب.

ج) لا يجب خفض مدة الخدمة وقيمة التعويض في شكل يخالف المصلحة وينبغي أن يضمّنهما القانون.

(1) المعايير الدولية بشأن استقلال القضاء، مركز العمليات الانتقالية الدستورية، كلية الحقوق: جامعة نيويورك، مذكرة اعلامية 41 سبتمبر

2013م، info@democracy-reporting.org

(2) المرجع السابق، كتب هذه الورقة كلا من ريشارد استايسي وسوجيت سودري، من مركز العمليات الانتقالية الدستورية في كلية الحقوق في جامعة نيويورك، وحرر هذه الورقة كل من مايكل ماير -ريزيندي رفلين ميب-شاتري، جيفري ومهدي الفضيلي من المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية.

- (د) ينبغي أن يخضع القضاة دوماً للمساءلة بشأن سلوكهم: من الممكن عزل أو تأديب القضاة فقط لدواعي سوء السلوك الفعلية أو غياب الأهلية أو عدم القدرة وذلك بالاستناد إلى معايير موضوعية ومقاييس يتم تحديدها مسبقاً وعبر إجراءات تتضمن مراجعة قضائية صحيحة.
- (هـ) ينبغي أن يتقرر نقل أو إعادة تعيين القضاة داخل السلطة القضائية وألا يخضع ذلك فقط لسيطرة الهيئة التشريعية أو التنفيذية وحدها.
- (و) ينبغي أن يتم تأسيس جميع المحاكم بموجب القانون، ولا ينبغي أن تخضع بنية المحكمة لأيّ تغيير أساسي من جانب السلطة التنفيذية ويجب منع المحاكم الخاصة.
- (ز) ينبغي أن تكون السلطة القضائية أو المجلس القضائي المستقل مسؤولاً عن التسيير الإداري للقضاء
- (ح) تخضع المحاكم غير المحاكم التقليدية لمعايير استقلال القضاء نفسها التي تخضع لها المحاكم العادية.
- (ط) ينبغي تزويد المحاكم بالموارد المالية المناسبة والتي تمكنها من تحقيق مهامها. وينبغي أن تكون السلطة القضائية بحد ذاتها أو المجلس القضائي المسؤول الوحيد عن التصرف في ميزانية القضاء.
- (ي) إنّ توزيع القضايا على القضاة شأنٌ تابع للإدارة القضائية الداخلية. وفي أفضل الحالات، ينبغي أن تكون عملية توزيع القضايا عشوائية أو أن تتم في شكل وتيري.
- (ك) لا ينبغي أن تتمتع المحاكم العسكرية بصلاحيّة محاكمة المدنيين.
- (ل) ينبغي أن تكون سلطات النيابة العمومية غير متحيزة وأن تعمل في شكل عادل.
- (م) في حال تأسيس مجلس قضائي، ينبغي أن يتألف هذا المجلس أساساً من قضاة وأن يتم تحديد صلاحياته ومهامه بوضوح في القانون⁽¹⁾.

(1) المعايير الدولية بشأن استقلال القضاء، مذكرة اعلامية 41 سبتمبر 2013 ، منشورة بمركز العمليات الانتقالية الدستورية بكلية الحقوق جامعة نيويورك ، وتم اعدادها بدعامة وزارة الشؤون الخارجية الفيدرالية السويسرية ووزارة الشؤون الخارجية لجمهورية المانيا الفيدرالية والسفارة البريطانية في طرابلس، <http://www.constitutionaltransitions.org> - www.democracy-reporting.org

المبادئ الأساسية للأمم المتحدة بشأن استقلال القضاء

نصت المادة (14/أ) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والذي صادقت عليه 154 دولة على أن: "الناس جميعاً سواء أمام القضاء. ومن "حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو إلى حقوقه وإلتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر عادل وعلني من قبل محكمة مختصة، ومستقلة، وحيادية، ومنشأة بحكم القانون. " وقد ذكرت لجنة الحقوق الإنسان المعنية برصد امتثال الدول لما جاء في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أن الحق في المحاكمة أمام محكمة مستقلة وحيادية" وهو حق مطلق ولا يسمح فيه بأي استثناء."⁽¹⁾

ولقد عبّرت المبادئ الأساسية للأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية عما يستوجب هذا الاستقلال في المبدأ الأول:

"تكفل الدولة استقلال السلطة القضائية وينص على ذلك دستور البلد أو قوانينه، ومن واجب جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية"⁽²⁾.

وأخيراً، فقد نص الميثاق العالمي للقضاة والذي أقره قضاة من جميع أنحاء العالم على أن: "استقلال القاضي مبدأ لا يتجزأ ولا غنى عنه لحياد القضاء وفقاً للقانون، وينبغي على جميع المؤسسات والسلطات سواء كانت وطنية أو دولية احترام وحماية هذا الاستقلال والدفاع عنه"⁽³⁾.

غياب الدستور في ليبيا

وبعد ذكر المعايير الدولية الحديثة بشأن استقلال القضاء وتوضيح المفاهيم العامة لها التي من شأنها أن تكون مرجعية لكل الدول التابعة للأمم المتحدة في دساتيرها وقوانينها، وكما ذكرت الباحثة في مستهل هذا

(1) الرسالة رقم 10، 263 / 1987، "غونزاليس ديل ريو" ضد بيرو) إعتمدت في 28 تشرين الأول/أكتوبر 1992

وثيقة صادرة عن الأمم المتحدة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية C/46/D/263/1987 CCPR /الفقرة 5.2.

(2) مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، إعتمدتها مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في ميلانو من 26 آب/أغسطس إلى 6 أيلول/سبتمبر 1985 وأقرتها الجمعية العامة 40 / 32، 29 تشرين الثاني/نوفمبر 1985، و 146 / 40 المؤرخ 13 كانون الأول/ديسمبر 1985. يشار إليه بالمبادئ الأساسية للأمم المتحدة .

(3)

البحث في الفصل التمهيدي عن مشكلة البحث عن الصعوبات التي كان ولا زال يواجهها استقلال القضاء في مرحلة التشريع الإسلامي، والصعوبات التي مازالت في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا في أن يضل القضاء مرتبطاً بشكل بنوي بإرادة السلطة التنفيذية، فلقد ضل القضاء في هذه المنطقة ولمدة طويلة من الزمن تابعا للسلطة التنفيذية، وتصاحبت هذه التبعية مع إنشاء مجموعة من المحاكم الخاصة والاستثنائية والعسكرية التي شكلت إطاراً تاريخياً وقانونياً لخضوع القضاء للسلطة التنفيذية وغياب تام للدساتير، وذكرنا على الأخص القانون الليبي وهو محل حديثنا فقد ضل ولفترات طويلة عن هذه المبادئ والقوانين التي تحفظ استقلال القضاء وحرية، فبعد أحداث 1969م، لم يعد جائزاً الطعن أمام المحكمة العليا على القوانين التي تصدر عن مجلس ما يسمى بقيادة الثورة، وقد تم إلغاء كافة أشكال التمثيل النيابي، فقد أصبح اختصاص المحكمة العليا بالرقابة على دستورية القوانين ملغياً ضمناً بحجة أن هذه الرقابة تجعل من القضاء جهة خارجية تراقب نيابة عن المجتمع وأن الشعب أصبح يحكم نفسه بنفسه وهو السلطة التشريعية، وفي عام 25 مايو 1982م، صدر القانون رقم 6 لسنة 1982م، بإعادة تنظيم المحكمة العليا إلى سلطة رقابة على دستورية القوانين من خلال إعادة تنظيم اختصاصات المحكمة، ولم يجعل من بين هذه الاختصاصات الاختصاص بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، ثم نص صراحة في المادة 56 على إلغاء قانون المحكمة العليا لسنة 1953م⁽¹⁾، وبسبب هذا غابت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ليبيا، وهذا الأمر شكل سقطة تشريعية كان لها الأثر السيئ على العملية التشريعية ككل.

ويمكن القول: إن ليبيا ظلت معطلة دستورياً مدة أربعين سنة من سبتمبر عام 1969م، ولم يعرف الليبيون طوال هذه المدة أي دستور، وعاشوا فترة من التشتت والضيق الفكري وتحت مسميات مجهولة الملامح كاللجان الثورية والمؤتمرات الشعبية والسلطة الشعبية والكتاب الأخضر، وكان هذا تضليل واضح للشعب الليبي فعاش في فوضى عارمة. وعليه سقطت عن القضاء أهم حقوقه الشرعية ومبادئه الأساسية ومنها مبدأ الاستقلالية والفصل بين السلطات. وقد ترتب على غياب الدستور النتائج الآتية:

(1) سالم الكبيتي، الدستور في ليبيا-تاريخ وتطورات-الجزء الثاني، دار الساقية: بنغازي، 2013م.

1: إلغاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية

ويقصد بالمجلس الأعلى للهيئات القضائية، الجهة الوحيدة والمختصة بشئون القضاء، وصدر الحكم بإلغاء المجلس الأعلى بقرار من اللجنة الشعبية العامة⁽¹⁾. ويقضي هذا القرار بأن تؤول اختصاصات المجلس الأعلى للهيئات القضائية إلى اللجنة الشعبية العامة للعدل، وهذا القرار تسبب في كثير من المشاكل منها أن المجلس الأعلى للهيئات القضائية كان يغني رجال القضاء والنيابة عن اللجوء إلى المحاكم وهم منها للنظر في خصوماتهم، وأصبحت اللجنة الشعبية العامة بعد ذلك الخصم والحكم في آن واحد. فأنخرفت اللجان الشعبية عن مسارها الصحيح، ولم يستطع المشرع إعادة الأمور إلى نصابها الصحيح، ومن المفروض أن يكون القضاء في مستوى المسؤولية، والذي حدث هو العكس في ليبيا خلال هذه الحقبة من الزمن، القضاة أنفسهم تشتتوا في آرائهم وفي قراراتهم، وأصبح من الصعب عليهم مواكبة هذه التغيرات الجذرية في الهيكل القضائي، فالقضاء يقصد به الأمن والأمان، وأساسه العدل، وما يقوم على العدل والإنصاف يحقق الطمأنينة في نفوس الآخرين.

2: الخلط بين السلطة القضائية والسلطات الأخرى

لم يتوقف الأمر عند إلغاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية فقط، كذلك من الصعوبات التي واجهت النظام القضائي في ذلك الوقت هو الخلط بين السلطات في الدولة، ومن صور الخلط بين السلطات هو قرار تعيين رئيس للجهز القضائي من الخارج، وهو عضو في السلطة التنفيذية ويطلق عليه اسم (وزير العدل)، فكيف يكون القضاء مستقلاً في ليبيا ولا يخضع لأي سلطان وقد تم الخلط بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، وعليه يكون وزير العدل هو المسؤول عن شئون القضاء من ترقية ونقل وتعيين وندب وكل شيء.

كما إن عدم الفصل بين السلطة القضائية والسلطات الأخرى كان من أكثر الصعوبات التي واجهت نظام القضاء، فالقضاء المستقل لا يعني أنه سلطة في مواجهة السلطات الأخرى، ولكن في استقلاله هو

(1) قرار اللجنة الشعبية العامة الصادر في 7. 11. 1979م، بالتطبيق لقرار التفويض الصادر عن المؤتمر الشعبي العام بتاريخ 11. 2.

1979م، القرار رقم 2. 1979م، وتم الألغاء وفقاً للمحكمة العليا (ط. د رقم 18 / 27، جلسة 1. 1. 1984م، مجلة المحكمة

العليا، س 21، عدد 2، يناير 1985م، ص 28.

استقلال للسلطات الأخرى، وأن استقلال السلطة القضائية يعني المقدرة على تفسير القانون وإعطاء الأبعاد القانونية لأداء الدولة في كل المجالات⁽¹⁾، ولكن هذا كله يتطلب عدم تدخل الأجهزة الأمنية وجماعات الضغط والمصالح والأحزاب ومسئولي السلطة التنفيذية في شؤون القضاء، وتمنح الفرصة لكي يكون القضاء مستقلاً.

University of Malaya

(1) الحرائي، ميلاد مفتاح، استقلال ونزاهة القضاء في ليبيا، أستاذ بكلية العلوم السياسية جامعة بنغازي - ليبيا، صحيفة الحرية 22 سبتمبر

المطلب الثالث: مظاهر التغيير في نظام القضاء الليبي

تمثل هذه المظاهر في إنشاء إدارة قضائية تسمى إدارة المحاماة الشعبية، وظهور محكمة مستقلة تتحكم بها السلطة التنفيذية في الدولة واسمها محكمة الشعب، وكذلك تولي المرأة منصب القضاء لسهولة خداعها والسيطرة على ما تصدره من قضاء، وأيضاً حرمان القضاة من المزايا والحقوق التي يفترض أن تمنح لهم، وهذه المظاهر هي كالآتي:

أولاً: ظهور المحاماة الشعبية

صدر قانون إنشاء إدارة المحاماة الشعبية رقم (4) لسنة 1981م⁽¹⁾، حيث تضمن تكوين الإدارة واختصاصها ومهامها، والهدف من إنشاء هذه الإدارة في النظام السابق (عهد القضاة) هو اعتبارها وسيلة عقاب لمن كانوا في كوادر أعضاء النيابة العامة والقضاء وما كان ذنبهم إلا قيامهم بواجبهم القضائي وفقاً لما يملية عليهم ضميرهم الإنساني والقانوني مخالفين بذلك تعليمات رؤسائهم التي لا تتفق مع العدل⁽²⁾. وبذلك يتم نقلهم إلى إدارة المحاماة الشعبية كعقوبة لهم ولو بصورة غير مباشرة.

وقد كان من الواضح أن هناك صعوبات المقصود منها هو تعطيل الجهاز القضائي وعرقلة، حتى لا يعمل بصورة صحيحة ويؤدي دوره بطريقة صحيحة، فقد زاد من ذلك كله صدور تشريع بإلغاء مهنة المحاماة الحرة في ذلك الوقت، وهذا الإجراء كان له أيضاً بالغ الأثر في وجود القاضيين القادرين، لأنه كما يقال لا يصبح القاضي مجتهداً إلا في وجود محام مجتهد⁽³⁾.

ثانياً: ظهور محكمة الشعب

صدر قانون رقم (5) لسنة 1988م بشأن إنشاء محكمة الشعب⁽⁴⁾، وقامت هذه المحكمة بدمج المحاكم الخاصة والمحاكم الثورية التي ذاع صيتها بالبطش والإرهاب، وتختص هذه المحكمة بقضايا جرائم

(1) المؤتمر الشعبي العام، بتاريخ 21 ربيع الأول 1390 هـ، الموافق 27 فبراير 1981م، وزارة العدل، 2015/4/6، w. w. w.

aladel. gov. ly

(2) السليبيات التي يعاني منها القضاء الليبي، مجلة برنيق، الخميس 18 فبراير 2016م، العدد 240، w. w. w. brnieq. com

(3) الرفادي، سعد بشير مفتاح، 2012م، 10.

(4) المؤتمر الشعبي العام، صدر في 28 رمضان 1397 هـ، الموافق 12 من شهر الماء 1988م، وزارة العدل، w. w. w. aladel. gov. ly

الحزبية والقضايا المعادية للثورة، كما كان من المفترض أن تنظر القضايا المتعلقة بالتعويضات عن الأملاك المعتصبة من أصحابها الحقيقيين والتي كثيراً ما تعرضت أحكامها إلى عدم التنفيذ بناءً على توصيات من العاصمة طرابلس حين تأتي الأحكام لصالح المالكين الحقيقيين⁽¹⁾.

إن هذه المحكمة كانت بمثابة الطامة الكبرى في تاريخ القضاء الليبي، وتعتبر أكبر دليل على عدم استقلالية القضاء في ليبيا، لأنها ليست في صالح العدالة ولا تحدم حقوق الإنسان، بل هي سلب لحقوق الإنسان وحرية، فبعد أحداث 1969 م ما يسمى بثورة الفاتح، أصدرت قيادات هذه الأحداث قرار بمحاكمة المسؤولين عن الفساد السياسي والإداري كما يزعمون⁽²⁾. وتتألف هذه المحكمة من عناصر مختلفة من الشرطة ومن الجامعة الإسلامية، وأعضاء من المحكمة العليا، ومن الجيش، وأعطوا صلاحية تقديرية لوضع العقوبات وكيفية تنفيذها، ولم يوكل بهذه المهمة للمحاكم العادية واختاروا تسميتها (محكمة الشعب)⁽³⁾.

والحقيقة هي محكمة ظالمة للشعب، فقد ذهب ضحيتها الكثير من الشعب، منهم من سجن لسنوات طويلة ظلماً وعدواناً، ومنهم من حكم عليه بالإعدام في قضايا لاتصل لإزهاق الأرواح ولا يعاقب عليها العالم بالإعدام، فقط هذه المحكمة (محكمة الشعب) تقرّ إعدام أفراد شعبها ظلماً وعدواناً، ويرهن الباحث على ظلم واستبداد هذه المحكمة في وضع المشرع بعض القواعد لتسهيل عمل المحكمة وهي كالاتي:

عدم تقيد المحكمة بأحكام قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجنائية، مع صلاحية تجريم أي فعل. للمحكمة صلاحية تحديد إجراءات المحاكمة.

عدم قابلية أعضاء المحكمة للرد.

عدم جواز الطعن في أحكامها بأي طريق من طرق الطعن⁽⁴⁾.

(1) بوحرة، الهادي علي، محكمة أمن الدولة وشرنقة الخوف، ليبيا المستقبل: أرشيف وطني 100، 2 مقالات، /2009/8م، w. w.

w. archive. libya-al-mostakbal. org

(2) الجريدة الرسمية في عددها الخاص عام، 1969م.

(3) الجريدة الرسمية، 1970م، العدد: 49، القرار الصادر من مجلس قيادة الثورة في 29. 7. 1970م.

(4) الجريدة الرسمية، س، 26 عدد خاص، 1. 6. 1988م، 1.

يلاحظ أن هذه القواعد لا تمت للعدالة بأي صلة، فلا تتقيد المحكمة بأحكام قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجنائية، ولها الحق في تجريم أي فعل، هذا خروج واضح وصریح عن قواعد العدالة التي شرعها الله، وسارت عليها الشعوب منذ قديم الأزل، وقواعد وأحكام القضاء الأساسية. فقد تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته التاسعة على أنه: (لا يجوز القیض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً)⁽¹⁾. ثم جاءت التعديلات اللاحقة لتدفع محكمة الشعب إلى الطابع الاستثنائي من جديد، فأجازت الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بالإعدام، والأدهى أن مدة الحبس الاحتياطي أمام هذه المحكمة أصبحت طويلة جداً.

ومن هذا السياق تبين أن هذه المحكمة تعد مثلاً لانتهاك حقوق وضمائم القضاء وحرية واستقلاله، ولا يمكن أن نطلق عليها أنها محكمة، بل هي عبارة عن مكان تسلب فيه الحريات والحقوق، وخارج عن القانون والعدالة.

ثالثاً: تولي المرأة منصب القضاء في ليبيا وأثره في استقلال القضاء

واجهت المرأة في مجال القضاء صعوبات لاطاقة لها عليها، فطبيعة المرأة كما خلقها الله تمنعها من ممارسة هذه المهنة، وهذا ما أكدته شريعتنا الإسلامية فالمرأة مخلوق ضعيف وتسيطر عليها عاطفتها في أغلب الأوقات، فاستغلت أسوأ استغلال حيث يمكن السيطرة عليها إما بتهديدها أو الضغط عليها في إصدار أحكامها، ومن هنا تفقد المرأة صفة الاستقلالية في القضاء، ولعدم قدرة المرأة على تولي منصب القضاء، فقد دخل القضاء في دوامة كبيرة نتيجة العجز في العطاء والفصل في التراعات مما كان له بالغ الأثر، بل توسعت الهيئة القضائية في ليبيا في تولي المرأة منصب القضاء حتى بلغ في بعض المحاكم عدد النساء من القضاة أربعة أضعاف عدد القضاة الذكور⁽²⁾. حيث كثرت الشكاوي، وازدادت الانحرافات، وتعرضت المرأة في مجال القضاء لكثير من المشاكل والاتهامات، لذلك كان تولي المرأة القضاء بهذا الكم في المحاكم في ليبيا سبباً في عرقلة مسيرة القضاء والدفاع عن حرته واستقلاله.

رابعاً: الحرمان من المزايا والحقوق

(1) فايز إيعالي، المشاكل التي تعترض استقلال القضاء، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 1993م، 104.

(2) الرفادي، سعد بشير مفتاح، 2012م، 10.

ويقصد بالمزايا هنا الحقوق والترقيات التي تعطى للقضاة والعاملين في الجهاز القضائي نتيجة لعملهم الجاد وإخلاصهم في الوظيفة، وفي العادة تقدم معظم الدول في العالم هذه المزايا للسلك القضائي، وتخصص لهم أماكن خاصة لهم ولأبنائهم، حتى لا يحتكوا بعمامة الناس، ففي ألمانيا -على سبيل المثال- أنه لا يجوز نقل هيكل القضاء إلى مناطقهم حتى وإن عزلوا أو تقاعدوا يحتفظ بهم في أماكنهم ويتقاضوا راتباً كاملاً⁽¹⁾.

وهنا الاستقلال في القضاء لا يطالب فقط بالانفصال عن باقي السلطات فقط، بل بالانفصال عن الحياة الخارجية حتى لا يقع تحت تأثيرات خارجية. أما ما كان يحدث في ليبيا فالعكس تماماً فقد كانوا محرومين من كثير المزايا سواء في المعاشات المتدنية، أو عدم وجود بعثات دراسية، وكذلك عدم وجود نواد ترفيهية قضائية، والعناية الصحية بشأن العلاج بالداخل أو الخارج مقارنة بالقضاء المصري⁽²⁾.

ونتيجة لما سبق يعد الحرمان من الحقوق والمزايا الأثر الكبير في سير الجهاز القضائي قياساً بما يعامل به أمثالهم من القضاة في الدول الأخرى، وقد ترك كثير من القضاة مناصبهم واتجهوا إلى مهنة المحاماة بعد رفع الحظر عنها، لأنها توفر لهم حياة أفضل من العمل في القضاء، واختلاط القضاة بالعمامة أمر بديهي في ليبيا، فعندما تخرج إلى الشارع أو تذهب إلى السوق أو إلى أي مركز ترفيهي يقابلك القضاة، وهذا الأمر له بالغ الأثر على القاضي وسير الدعوى، فهو يختلط بجميع الناس وفي أي مكان.

كما أن هناك وسائل وضمانات أخرى كان يعاني القضاء الليبي من فقدانها وهي كالاتي:

تفريغ النيابة العامة من كفاءاتها، ويتم التعيين في القضاء من النيابة.

عدم تطوير القضاء بإقامة الدورات والندوات والمحاضرات، وانقطاع التواصل بين الأجيال في القضاء الليبي.

عدم وجود حوافز تدفع للبحث والإبداع والتطور.

انعدام روح الخلق والإبداع لدى الجهاز عموماً وخاصة في نهايات القرن الماضي، وبدايات الألفية

الثالثة.

(1) Anja Seibert- Fobr. Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany- 2006. W. w. w. mpil. de/shared/data.

(2) الرفادي، سعد بشير مفتاح، 2012م، 10.

ابتعاد القضاء الليبي عن الاجتهاد.

عدم مراعاة القدرة والكفاءة في توزيع الدوائر.

ضعف أداء الدفاع وعدم تفعيله لدعوى المخاصمة.

التعيين من غير البوابة الصحيحة لتولي شرف القضاء (المهن النظرية).

سيطرة السلطة التنفيذية على الجهاز القضائي.

الندب وفقاً لأحكام قانون نظام القضاء لا تعود رئاسة المحاكم بالأقدمية⁽¹⁾.

ويمكن القول: إن القضاء الليبي واجه صعوبات كثيرة في السابق فلم يكن هناك استقلالاً للقضاء، بل القضاء نفسه لم يقيم على أسس صحيحة وقواعد قانونية سليمة، ولم تكن هناك ضمانات حقيقية في القانون الليبي وذلك بسبب الصعوبات التي واجهت استقلال القضاء في ليبيا قديماً- أي قبل ثورة 17 فبراير- فالقضاء ليس بالأمر السهل حتى يعامل بهذه الطريقة، والقواعد التي كانت متبعة لتسيير القضاء في ذلك الوقت ماهي إلا قواعد وهمية من واقع الخيال أريد بها تحقيق بعض المصالح ولو على حساب الشعب.

(1) التريل، عبد الباري عبد الله، القضاء الليبي بين الماضي والحاضر والمستقبل. . . تقدم أم تراجع، ليبيا المستقبل، 2012/4/19م، 23:

المبحث الثالث: ضمانات استقلال القضاء في المعايير الدولية الحديثة والقانون الليبي

جاء في نص المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار 217 على أنه: ((لكلّ إنسان الحقّ على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في ان تُنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه و التزاماته وأية تهمه جنائية توجه إليه) (1). وهي تقرر أن نزاهة القضاء واستقلاله حق من حقوق الإنسان الأساسية أكثر من كونها امتياز للسلطة القضائية، وتأكيداً لهذا المبدأ نجد الكثير من الاتفاقيات الدولية والاقليمية التي تتفق مع المبدأ ذاته فنجد الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية و السياسية المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/كانون الأول/1966 التي بدأ نفاذها من 23/اذار/1976 حيث نصّ في م/14 الفقرة (1) على: ((أن جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء و لكلّ فرد الحق عند النظر في أية تهمه جزائية توجه إليه أو في حقوقه و التزاماته في أية دعوى مدنية تكون قضيته محل نظر منصف و علني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون) (2)، وعلى المستوى الإقليمي فقد نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي أبرمت في روما 1950 و أصبحت نافذة في عام 1953 في م/6 الفقرة (1) على المبدأ نفسه، وكذلك الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي أصبحت نافذة عام 1978 فقد نصّت في م/8 الفقرة (1) على المبدأ ذاته، وكذلك البيان العالمي لحقوق الانسان في الاسلام الصادر عن المجلس الإسلامي المنعقد في باريس في 17/أيلول/1981 الذي جاء في صياغته: ((حق الفرد أن يلجأ إلى سلطة شرعية تحميه وتنصفه وتدفع عنه مالحقه من ضرر أو ظلم، و على الحاكم المسلم أن يقيم هذه السلطة و يوفر لها الضمانات الكفيلة بحياديتها و استقلالها)).

(1) لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، الملاحظات العامة، عدد 32 CCPR/C/GC/32، 23 أوت 2007م.

(2) مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال القضاء، المعتمدة من جانب مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، ميلانو 26 آب/أغسطس-6 أيلول/سبتمبر 1985م، والمدعومة بقرار الجمعية العامة رقم 40/2 بتاريخ 29 تشرين الثاني/نوفمبر

1985، وقرار الجمعية العامة رقم 40/146 بتاريخ 13 كانون الأول/ديسمبر 1985م، الفقرة 2.

إنَّ الاهتمام الدولي المتزايد بموضوع استقلال القضاء الذي لا يقف عند الامثلة التي تم ذكرها يؤكد ابتعاد المطالبة بمبدأ استقلال القضاء عن نطاق دولة أو دول بعينها وإنما هي مطالبة عالمية واسعة تتزايد يوماً بعد يوم لكونها ترتبط بضمان الحقوق والحريات وسيادة القانون واستقرار المجتمع إلى غير ذلك من المواضيع المتصلة بهذا المبدأ.

المطلب الأول: التمييز بين الاستقلال الشخصي للقضاة والاستقلال المؤسسي للقضاء

يشكّل ضمان إصدار الأحكام من جانب القضاة في شكل عادل ومستقلّ عنصراً واحداً وحسب عناصر استقلال القضاء فكما ينبغي على القضاة أن يكونوا مستقلّين بصفتهم الفرديّة على القضاء كمؤسسة أن يحافظ على مناعته أمام محاولات التلاعب والتأثير الخارجي، ويتطلّب استقلال القضاء أن يكون القضاة أشخاصاً نزهاء يُطلقون أحكاماً بشأن القضايا الماثلة أمامهم وفقاً لمبادئ استقلال القضاء وبعيداً عن أي تدخل خارجي ولكن بموازاة ذلك على القضاء كمؤسسة أن يعمل في شكل مستقلّ ومن دون أيّ تدخل من جانب الفروع الأخرى التابعة للحكومة، عند تنظيم ترتيباته الإدارية والمؤسسية⁽¹⁾.

أولاً: الاستقلال المؤسسي

يرتبط مفهوم الاستقلالية والحياد بعضها البعض ارتباطاً وثيقاً، وتعامل المحاكم مع كليهما بشكل مشترك في حالات كثيرة⁽²⁾. ومع ذلك، فإن لكل من مفهومي الاستقلالية والحياد ما يميزه عن الآخر. وبصفة عامة، فإن مفهوم "الاستقلال" يشير إلى الاستقلال الذاتي الممنوح للقاضي أو للمحكمة للبت في الدعوى عند تطبيق القانون على الوقائع. هذا الاستقلال ينطبق على السلطة القضائية كمؤسسة مستقلة عن غيرها من فروع السلطة وقد أُشير إليه "بالاستقلال المؤسسي"، ويشير "الاستقلال الفردي" إلى استقلال

(1) مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة والتي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، في هفانا، كوبا، من 27 آب/ أغسطس وحتى 7 أيلول/ سبتمبر 1990 م.

(2) انظر، على سبيل المثال، خلاصات وملاحظات لجنة مناهضة التعذيب بشأن البوروندي، وثيقة صادرة عن الأمم المتحدة، CAT/CBD/CO/1 الفقرة: 12 تعرب اللجنة عن قلقها من ارتباط السلطة القضائية بالسلطة التنفيذية، الأمر الذي يعرقل إستقلالية التحقيق حيثما تتوفر معطيات جديدة لإمكانية حصول أعمال تعذيب.

القاضي عن باقي أعضاء السلطة القضائية. وأخيراً، فإن "الاستقلال" يتطلب أن يكون كل من السلطة القضائية والقضاة بمنأى عن الخضوع لباقي السلطات العامة⁽¹⁾.

إن فكرة الاستقلال المؤسسي جاءت بوضوح في العبارة الثانية من المبدأ الأول من المبادئ الأساسية للأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية، حيث نصت على واجب جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية. وتعني هذه الفكرة: وجوب استقلال السلطة القضائية عن فروع الحكومة الأخرى، أي السلطة التنفيذية والتشريعية المقيدتين بوجوب احترام وتنفيذ أحكام وقرارات السلطة القضائية، وهذا من شأنه أن يشكل ضماناً ضد الخلافات التي قد تثار حول الأحكام الصادرة عن المؤسسات الأخرى ورفضها للامتثال لها، ومن ثم فهذه الاستقلالية في صنع القرار أمر أساسي لإعلاء سيادة القانون وحقوق الإنسان⁽²⁾.

ثانياً: الاستقلال الفردي

بالرغم من أن الاستقلال المؤسسي يشكل ضماناً لا غنى عنها فإنه لا يكفي لضمان الحق في محاكمة عادلة مصونة في كل الحالات، وما لم يكن القضاة المنفردون متحررين من أي تدخلات غير مبررة في الدعوى أمامهم، فإن حق الفرد في محاكمة عادلة يكون منتهكاً. فقد ذكرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه لتحديد مدى استقلال محكمة ما، يجب أن يوجه النظر: "من بين جملة أمور أخرى، إلى تعيين القضاة ومدى خدمتهم، ووجود ضمانات لهم ضد الضغوط الخارجية، والتحقق من ما إذا كانت هذه الضمانات تظهر السلطة القضائية بمظهر الاستقلال"، كما ذكرت المحكمة أن "عدم جواز عزل القضاة من قبل السلطة التنفيذية هو نتيجة طبيعية لاستقلاليتهم"⁽³⁾. واعتبرت المحكمة أن هذه المعايير تبقى ناقصة ما لم يكن القاضي مستقلاً بذاته⁽⁴⁾.

(1) المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية ومركز كارترن تعزيز القانون الدولي لدعم الحكومة الديمقراطية والانتخابات الحقيقية (2012)،

(2) المرجع السابق.

(3) قضية "ونزل كامبل" ضد المملكة المتحدة البريطانية.

(4) قضية "ينكال" ضد تركيا.

هذا الاستقلال لا يعني أن القضاة يستطيعون البت في الدعاوى وفقاً لأهوائهم الشخصية. بل على العكس، ينبغي عليهم البت في القضايا المعروضة أمامهم وفقاً للقانون، دون الخوف من انتقام أو تدخل أو ضغط أية سلطة كانت. فالمبدأ الثاني من المبادئ الأساسية للأمم المتحدة يقضي بأن "تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز، على أساس الوقائع ووفقاً للقانون، ودون أية تقييدات أو تأثيرات غير سليمة أو أية إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات، مباشرة كانت أو غير مباشرة، من أي جهة أو لأي سبب،" والمؤسف أن العديد من القضاة في جميع أنحاء العالم يعانون من الضغوط العلنية أو غير العلنية، بدءاً من أعمال القتل والتعذيب والابتزاز وصولاً إلى إجراءات النقل الوظيفي، والعزل غير القانوني من الوظيفة⁽¹⁾.

(1) انظر، الاعتداء على العدالة: التقرير العالمي المعني باستقلال القضاة والحامين، الطبعة الحادية عشر، اللجنة الدولية للحقوقيين، جنيف

المطلب الثاني: استقلال القضاء في الممارسة العملية وتشكيل السلطة القضائية

تقع حماية الاستقلال الشخصي للقضاة في جزء كبير من خلال الآليات والإجراءات المعتمدة لتعيين القضاة ومن مدى إمكانية تأثير السياسيين أو الأطراف الخاصة على سلوك الجهاز القضائي بعد تعيين القضاة. ولكن ينبغي أن يخضع القضاة الذين يعجزون عن أداء مهامهم في الشكل الكامل، في شكل مستقل أو غير منحاز، للمحاسبة على تصرفاتهم. ومن غير الممكن أن يحول استقلال القضاء للقضاة للعمل من دون أي درجة من المساءلة وينبغي أن تقوم قواعد تعيين ومدّة الخدمة وصرف وتأديب ومعاقبة القضاة بإحلال توازن معيّن ما بين الحاجة إلى حماية القضاة من التأثير الخارجي الذي لا داعي منه والحاجة إلى مساءلة القضاة.

وفي هذا الإطار يُعبّر التعليق العام 32 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان عن هذه الحاجة إلى التوازن: وإذا أرادت الدول أن تكفل استقلال السلطة القضائية وحماية القضاة من خضوع قراراتهم لأي تأثير سياسي، ينبغي عليها أن تتخذ إجراءات محددة من خلال الدستور أو اعتماد قوانين تحدد بوضوح الإجراءات والمعايير الموضوعية لتعيين أعضاء السلطة القضائية ومكافأهم واستقرارهم الوظيفي وترقياتهم ووقفهم عن العمل وفصلهم وتحدد العقوبات التأديبية التي تُتخذ ضدهم ولا يجوز فصل القضاة من الخدمة إلاّ لأسباب خطيرة تتعلق بسوء السلوك أو عدم الكفاءة ويكون ذلك وفقاً لإجراءات منصفة تكفل الموضوعية والحياد، مضبوطة في الدستور أو في القانون⁽¹⁾.

ويجب ألاّ يتأثر حكم القضاة بتراكمهم الشخصية وأن يكون لديهم مفاهيم مسبقة عن قضية محددة معروضة أمامهم أو أن يتصرفوا بطريقة تؤدي على نحو غير لائق إلى تعزيز مصالح أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر.

(1) التعليق العام الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان رقم 32، الفقرات 19، 21.

آليات السلطة القضائية

أولاً: التعيين

تُشير مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية أنه ينبغي أن تستند آليات التعيين على النزاهة والكفاءة وتشمل ضمانات تمنع التعيين لغايات غير سليمة. 29 من جهة أخرى، لا تُحدّد المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية آليات التعيين هذه بل إنّها تولي مهمّة تحديد التفاصيل إلى القانون المحلي⁽¹⁾. كما ينبغي أن تمنع إجراءات التعيين التمييز⁽²⁾.

وفي البلدان التي تتبع القانون المدني، تتمّ التعيينات القضائية عادةً على أساس نموذج السيرة المهنية ولكن غالباً يستند تعيين القضاة في المحاكم الدستورية أو المحاكم العليا إلى آلية أخرى. ونظراً إلى مسألة السياسات الهامة أو المسائل المتعلقة بتفسير الدستور تفصل فيها المحاكم الدستورية والمحاكم العليا، من المقبول أن يلعب الفاعلون السياسيون دوراً في اختيار القضاة في هذه المحاكم. وينطبق هذا الاعتبار أيضاً على عملية اختيار القضاة في المحاكم العليا والمحاكم الأقل درجة في بلدان القانون الانقلاو- أمريكي حيث تؤثر القرارات القضائية على تطور القانون⁽³⁾ وبالتالي يُعتبر تعيين القضاة في المحاكم العليا والمحاكم الدستورية موضوعاً في غاية الأهمية في بلدان القانون المدني والقانون الانقلاو- أمريكي على حدّ سواء.

-
- (1) الجمعية الدولية للقضاء، الميثاق العالمي للقضاء، الفقرة 9، التوصية رقم 12 (94) R، الصادر عن لجنة وزارة الدول الأعضاء في مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية وكفاءة ودور القضاء الفقرة 1 (2)، المبادئ التوجيهية الخاصة بالاتحاد الأفريقي بشأن الحق في محاكمة عادلة ومساعدة قانونية في أفريقيا، المبدئين أ (4) (1) و (ك).
- (2) بيان بكين بشأن مبادئ استقلال السلطة القضائية في المنطقة الآسيوية، الفقرة 13، المبادئ التوجيهية لرابطة الكومنويلت بشأن السيادة البرلمانية واستقلال القضاء الصادر عن رابطة الكومنويلت في لاتيما هوس، المبدأ II (1)
- (3) التوصية رقم 12 (94) R الصادرة عن لجنة وزارة الدول الأعضاء في مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية بشأن استقلال وكفاءة ودور القضاء الفقرة 1 (2) (ج)، المبادئ التوجيهية الخاصة بالاتحاد الأفريقي بشأن الحق في محاكمة عادلة ومساعدة قانونية في أفريقيا، المبدأ 1 (4) (ح).

ثانيا ضمان التوظيف

يكفل ضمان التوظيف عدم إمكانية صرف (عزل) القضاة، إلا في ظروف محدّدة، حتى انتهاء مدّة خدمتهم وإنّ القانون الدولي واضحٌ في هذا الشأن. (1) وهو ما يحمي القضاة من الصرف (العزل) المستعجل من جانب المسؤولين التنفيذيين و الهيئات التشريعية أو حتى من جانب مجلس قضائي غير راضٍ عن بعض القرارات المعيّنة التي يتخذها القضاة⁽²⁾، وفي هذا السياق الخاص يُعبّر التقرير السنوي للعام 2009 الصادر عن المقرر الخاص بشأن مدّة الخدمة القصيرة والمراجعات المنتظمة لأداء الجهاز القضائي.

ويستخلص المقرر الخاص أنّ مدّة الخدمة القصيرة تؤدّي إلى إضعاف استقلال القضاء وأنّه من الضروري زيادة مدّة الخدمة تدريجيّاً في الفترات الانتقالية ما بعد المرحلة الاستبدادية حتى الوصول إلى التعيين الدائم لمدى الحياة.

ولكن يقرّر كلّ نظام قضائي ما إذا سيتمّ تعيين القضاة حتى سنّ التقاعد الإلزامي أو لمدّة خدمة محدّدة مسبقاً، وهذا ما تعترف به المبادئ التوجيهية لرابطة الكومنويلث بشأن السيادة البرلمانية واستقلال القضاء الصادرة عن رابطة الكومنويلث في لاتيمر هاوس، وإن كانت هذه المبادئ التوجيهية تشير إلى تفضيل التعيينات الدائمة⁽³⁾، أمّا المبادئ التوجيهية الصادرة عن الاتحاد الأفريقي، فهي واضحة حول ضرورة ضمان التوظيف طوال مدّة الخدمة سواء امتدّت هذه المدة حتى سنّ التقاعد الإلزامي أو حتى انتهاء الخدمة وذلك على الرغم من منع التعيين بموجب عقود محدّدة المدّة⁽⁴⁾.

(1) المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية ومركز كارتر، تعزيز القانون الدولي لدعم الحكومة الديمقراطية والانتخابات الحقيقية (2012)، 17.

(2) المبادئ الأساسية للأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية، الفقرة 12.

(3) تقرير المقرر الخاص المعنى باستقلال القضاء واخامين، 2009م، الفقرتين 54، 55.

(4) المبادئ والمبادئ التوجيهية الخاصة بالاتحاد الأفريقي بشأن الحق في محاكمة عادلة ومساعدة قانونية في أفريقيا، المبادئ أ (4) (ل)، و(ن) (3).

ثالثاً: شروط الخدمة:

يُشكل ضمان أجر القضاة وكفالة عدم المساس بظروف وشروط الخدمة بما لا يتناسب مع مصلحة القضاة عنصرين أساسيين لاستقلال القضاء فمن الممكن اللجوء إلى التهديد بخفض راتب القاضي أو بالحدّ من ظروف الخدمة الملائمة للقضاة من أجل التأثير على قرارات القضاة.

وفي هذا الإطار تنصّ المبادئ الأساسية لاستقلال القضاء على أنّ " القانون يضمن للقضاة بشكل مناسب تمضية المدة المقررة لتوليتهم وظائفهم واستقلالهم، وأمنهم، وحصولهم على أجر ملائم، وظروف خدمتهم ومعاشهم التقاعدي و سن تقاعدهم "(1). كما ينصّ الميثاق الأعظم للقضاة الصادر عن المجلس الاستشاري للقضاة الأوروبيين على ما يلي (2):

سعيًا إلى تلافى أي تأثير غير سائب، على القضاة أن يحصلوا على أجر ملائم وعلى برنامج مناسب للمعاشات التقاعدية يتمّ تحديدها في القانون.

وفي هذا السياق يشدّد التقرير السنوي للعام 2009 الصادر عن المقرر الخاص على المبدأ الداعي إلى ضرورة ضمان رواتب القضاة في القانون (3)، ويشير إلى التوصية الواردة في المبادئ الأساسية لاستقلال القضاء التي تفيد بضرورة أن تكون رواتب القضاة (مناسبة).

وفي حين قد يمنع الدستور تغيير أجر ومنافع القضاة على نحو يسيء للقضاء (مثل: دستور كينيا، المادة 160 ودستور جنوب أفريقيا، المادة 176)، لا يحدّد الدستور قيمة الأجر وماهية المنافع التي يحصل عليها القضاة. (4) ومن الممكن أن يتمّ الاعتماد على التشريع العادي أو على تعليمات الحكومة لتحديد هذه التفاصيل التي تنطبق على جميع القضاة أو على فئات معينة من القضاة. إن ترسيخ هذه التفاصيل في الدستور يعني الحدّ من إمكانية أن يتكيف النظام القائم مع التغييرات بما أنّه من غير الممكن تغيير هذه التفاصيل إلاّ من خلال تعديل الدستور والذي يُعتبر عمليةً معقّدة.

(1) المبادئ الأساسية للأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية، الفقرة 11.

(2) المبادئ الأساسية للأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية، الفقرة 7.

(3) تقرير المقرر الخاص المعنى باستقلال القضاء والحامين، 2009م، الفقرتين 17، 20.

(4) المبادئ الأساسية للأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية، الفقرة 11.

رابعاً: العزل والتأديب والعقاب

تنصّ المبادئ الأساسية بشأن استقلال القضاء على أنّه لا ينبغي فصل أو توقيف القضاة عن الخدمة إلا لأسباب عدم الأهلية أو عدم القدرة على القيام بواجباتهم أو بسبب عدم ملاءمتهم مع مناصبهم. بالإضافة إلى ذلك، ينبغي أن تتقيّد جميع الإجراءات التأديبية بالمعايير الإجرائية العادلة عند إخضاع القضاة للتأديب أو الصرف/ العزل أو المعاقبة فقط بسبب انتهاكهم لمعايير السلوك القضائي القائمة أو عدم تطبيقهم لهذه المعايير. وينبغي أن تخضع الإجراءات المماثلة لمراجعة مستقلة، وفي هذا السياق ينصّ التعليق العام عدد 32 الصادر عن لجنة حقوق الإنسان على أنّ القاضي غير قابل للعزل إلا في حالات سوء السلوك الخطيرة أو عدم الكفاءة⁽¹⁾.

خامساً: النقل والترقية

من الممكن استخدام عملية نقل القضاة إلى مناصب أقلّ ملاءمةً كتهديد للتأثير على سلوك الجهاز القضائي وينبغي صياغة قواعد النقل بحذر من أجل إبعاد هذا التهديد مع السماح بالقيام بإعادة التعيين والنقل الإداري المعقول والضروري للقضاة⁽²⁾. وفي حين قد يُشكّل نقل أو إعادة تعيين القضاة تهديداً للتأثير على القرارات القضائية في حال عدم التحكّم في هذا الموضوع بالشكل الملائم، من الممكن استخدام الترقية كمحفزّ لمكافأة السلوك القضائي الذي يخدم مصالح النخبة السياسية، وينبغي على أي نظام ترقية أن يُلغي مفهوم الترقية القضائية كمكافأة للتحيز السياسي، وفي هذا الإطار تشير المبادئ الأساسية بشأن استقلال القضاء إلى وجوب أن يستند نظام ترقية القضاة إلى العوامل الموضوعية ولا سيما الكفاءة والتزاهة والخبرة⁽³⁾.

(1) التعليق العام رقم 32 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، الفقرة 20، أنظر أيضاً المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية

ومركز كارتر، تعزيز القانون الدولي لدعم الحكومة الديمقراطية والانتخابات الحقيقية (2012)، 17.

(2) المجلس الاقتصادي والاجتماعي، اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات، المقرر الخاص المعني بدعوة استقلال وعدم انحياز القضاء، أعضاء هيئة المحلفين والقضاة واستقلال المحامين، مدعوم بقرار لجنة حقوق الإنسان رقم 32/989 (إعلان سنغفي).

(3) مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، الفقرة 13، والمبادئ والمبادئ التوجيهية الخاصة بالاتحاد الأفريقي

بشأن الحق في محاكمة عادلة ومساعدة قانونية في أفريقيا، التي تعيد هذا التصريح في المبدأ أ (4) (ف).

ويوصي التعليق العام رقم 32 للجنة حقوق الإنسان بضرورة وجود إجراءات واضحة ومعايير موضوعية لترقية القضاة⁽¹⁾.

ويؤيد التقرير السنوي للعام 2009 الصادر عن المقرر الخاص ذلك عبر التوصية بضرورة أن تتقرر ترقية القضاة من جانب هيئة مستقلة يمثل فيها القضاة الأغلبية على الأقل.

سادسا: هيكلية المحكمة

إنّ موقع المحاكم وتنظيم النظام القضائي مترسخان في بعض الأحيان في الدساتير وإن كان بدرجات مختلفة. فعلى سبيل المثال أنشأ دستور الولايات المتحدة المحكمة العليا وأحال تأسيس وتشغيل المحاكم الأخرى إلى القانون العادي (المادة III ، القسم 1) من جهة أخرى، يحدّد الدستور في جنوب إفريقيا طريقة تأسيس وعمل جميع المحاكم ويضع الترتيب القضائية ويحدّد صلاحية كلّ محكمة داخلية في هذه الترتيب (المادة: 166) وعندما لا ينصّ الدستور على تأسيس المحاكم، من الممكن أن تقوم السلطة التشريعية والتنفيذية بتأسيس محاكم خاصة أو مخصصة وفقاً لتقديرها مثل المحاكم الخاصة للحكم على المتهمين بارتكاب أعمال إرهابية. ومن الممكن استغلال سلطة استحداث المحاكم الخاصة من أجل السماح لهذه المحاكم الخاصة بالالتفاف حول الإجراءات العادية للمحاكمة العادلة (التي غالباً ما تكون شاقة) وهو ما يؤدي إلى إعاقة استقلال القضاء أو قل إلى إضعاف مفهوم استقلال القضاء. وتنصّ المبادئ الأساسية بشأن استقلال القضاء في هذا الخصوص على ما يلي: لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العدلية أو الهيئات القضائية التي تطبق الإجراءات القانونية المقررة. ولا يجوز إنشاء هيئات قضائية، لا تطبق الإجراءات القانونية المقررة حسب الأصول والخاصة بالتدابير القضائية، لتنتزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العدلية أو الهيئات القضائية⁽²⁾.

(1) التعليق العام رقم 32 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، الفقرة 19.

(2) المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية ومركز كارتر، فقرة 5.

الخلاصة

خلصت الباحثة إلى عدة نتائج منها الآتي:

أولاً: لا يجوز للخليفة أو الحاكم عزل القاضي، واتفق على هذا الحنبلة والشافعية، وذلك حتى لا يقع القاضي تحت رحمة السلطان ويكون مهدداً بالعزل في أي لحظة، لأنه يؤثر على عمل القاضي وعلى سلوكه ويشعره بالقلق وعدم الاستقرار. وهذا كله ينعكس سلباً على حسن أدائه وعلى عدالته واستقلاله. فلا يجوز للحاكم عزل القاضي.

ثانياً: القانون الليبي لم يبين معنى الحيادة بمفهومها الحقيقي، فقد ربط بين الحيادة والتنحي، ولم يضع قواعد لبيان ما يجب على القاضي ليكون محايداً، بل اكتفى بإبعاد القاضي في حال حدوث الحالات السابقة. أما الشريعة الإسلامية فقد وضعت مبادئ خاصة تبين ما يجب على القاضي ليكون محايداً.

ثالثاً: اتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام فيمن يتولى القضاء بخلاف القانون الليبي الذي يشترط الجنسية لتولي منصب القضاء، وأيضاً يشترط القانون الليبي عدم زواج القاضي بغير العريية وذلك في المادة 43 فقرة (8)، وهذا أيضاً مخالف للشريعة الإسلامية.

رابعاً: وقد لاحظت أن بعض القوانين تحاول التدخل في شؤون القضاء سواء بصورة مباشرة مثل القانون الليبي، فالذي يتحكم في عزل القاضي هي سلطة أخرى تارة السلطة التشريعية، وتارة أخرى السلطة التنفيذية، بل وترفض هذه السلطات الطعن على هذه الأحكام التعسفية في حق القاضي واستقلاله. وبصورة غير مباشرة مثال القانون البريطاني الذي يمنع قانون العزل، ويضع القضاء تحت رحمة سلطات عليا في المملكة.

خامساً: أن القضاء الليبي واجه صعوبات كثيرة في السابق، ذكرت بعضها من أجل البحث فيما إذا كان هناك استقلال للقضاء في ذلك الوقت أم لا، والحقيقة وبعد ما توصلت إليه أنه لم يكن هناك استقلال للقضاء، بل القضاء نفسه لم يقم على أسس صحيحة وقواعد قانونية سليمة.

سادساً: وأثبتت الدراسة أن استقلال القضاء في القانون الليبي يفتقر إلى جميع خواص وضمانات الاستقلالية في القضاء، ولم يكفل القانون أي ضمانات للقاضي أو حقوق تجعله يقوم بعمله على أكمل وجه، ولم يحاول المشرع الليبي الاعتماد على بعض ما تضمنته الشريعة الإسلامية من المحافظة على مكانة القاضي وهيبته، كما أن غياب الدستور عن القانون الليبي من أهم معوقات استقلال القضاء، وخاصة بعد 1969م، ولم يعرف الليبيون طوال هذه المدة أي دستور، وعاشوا فترة من التشتت والضياح الفكري، وتحت مسميات مجهولة الملامح ليس لها علاقة بالدستور.

سابعاً: تبين أن عدم الفصل بين السلطات في ليبيا كان من أكثر الصعوبات التي واجهت نظام القضاء في ليبيا، ومنها قرار تعيين وزير العدل رئيساً للجهاز القضائي، وأيضاً ظهور محكمة الشعب، وهي محكمة خارج القانون والعدالة وتسلب فيها الحريات والحقوق، وجميع هذه الأمور تهدم حرية القضاء واستقلاله، وتجعله تحت رحمة هذه الأجهزة، وتبين أيضاً أن شروط تعيين القضاء في القانون الليبي والشريعة الإسلامية وبعض القوانين الأخرى متشابهة، أما شرط الذكورة في تولي منصب القضاء في ليبيا لا يتشابه مع الشريعة الإسلامية.

ثامناً: أرى أنه لا بد من أن يكون هناك مجلس أعلى للقضاء، على ألا يكون هذا المجلس تحت سلطة أو يتبع جهة أخرى، وحتى يكون القاضي مستقلاً سواء داخل مجلسه أو خارجه، يجب أن يكون هذا المجلس له صفة الاستقلالية، أي أنه خارج سلطات الدولة، حتى يشعر القاضي بالاطمئنان. فيعلم القاضي أن هذا المجلس يضع قوانين وقواعد للقضاء إذا تعدها يكون على علم من تلقاء نفسه أنه سيسأل عنها، ولا يفاجأ بها أو يعزله، وله الحق في الدفاع عن نفسه بشئ الطرق.

تاسعاً: أن القضاء الليبي يفقد جميع حقوقه سواء الشخصية أو القانونية، وبما أنه يفتقر إلى استقلاليته فهو بالتبعية يفتقر إلى مسألة الهيبة والتي تعتبر ركناً هاماً في استقلال القضاء، وعليه يرى الباحث أنه لا بد من وضع قواعد وأسس سليمة منذ البداية حتى يقف عليها الجهاز القضائي تضمن من خلالها تحقيق الهيبة الذاتية والقانونية للقضاء في ليبيا وخاصة في المرحلة الانتقالية القادمة.

الفصل الثالث: الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي (قبل 17 فبراير)

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: مفهوم الدستور في القانون عامة ومراحل تطوره في ليبيا.

المبحث الثالث: الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء في ليبيا قبل ثورة 17 فبراير.

تمهيد

إن الصعوبات التي واجهت استقلال القضاء في القانون الليبي، والتي سبق بيانها في الفصل السابق تخلص في مجملها إلى ضرورة وجود قانون دستوري حقيقي وفعلي، يحمي حرية القضاء، ويحقق استقلاليته. وهنا تدعو الحاجة لبيان الدستور في النظام الليبي في هذا الفصل، لمعرفة أثره في استقلال القضاء في القانون الليبي، حيث ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث: حيث تضمن المبحث الأول النقاش حول الدستور في الشريعة الإسلامية، وبيان مفهومه، وموقف الرسول (صلى الله عليه وسلم) والصحابة من وجود الدستور، وذلك من خلال عرض صحيفة المدينة والتي سيأتي بيانها لاحقاً، ثم البحث في معنى الدستور في الشريعة الإسلامية وعلاقته بالنظام الدستوري بالمعنى الحديث، وتضمن المبحث الثاني مفهوم الدستور في القانون عامة ومراحل تطوره في ليبيا، ثم الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء في ليبيا قبل ثورة 17 فبراير في مطلب ثالث.

المبحث الأول: الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية

إن العناصر الرئيسة لمعظم الأمور التي تحتاجها البشرية في كل عصر من العصور تحدث فيها القرآن الحكيم، لذلك كان التشريع القرآني متكاملًا لا ينقصه شيء، وكمال الشريعة بشمولها لميادين الحياة كافة، هذه الميادين بعضها ثابت لا يتغير، وبعضها الآخر قابل للتغير على وفق أحوال المجتمع، لذلك فتح الباب أمام المجتهدين، ممن تتوافر فيهم شروط الاجتهاد، ليستنبطوا أحكام الوقائع من تلك المبادئ العامة والقواعد، ومنها الأحكام الدستورية.

وعليه سيكون الحديث من خلال هذا المبحث عن معنى الدستور ومصادره وقواعده الدستورية في الشريعة الإسلامية وذلك في المطلب الأول، ثم تدوين الدستور في الإسلام في مطلب ثان، ودور التطبيقات الدستورية في التاريخ الإسلامي في المطلب الثالث.

المطلب الأول: معنى الدستور ومصادره وقواعده الدستورية في الشريعة الإسلامية

ويمكن أن يعرف الدستور في الإسلام بتعريفين: أحدهما عام، والآخر خاص وهما كالآتي⁽¹⁾:

1- التعريف العام للدستور في الإسلام:

هو مجموعة القواعد والأحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، والاجماع، والتي تنظم المبادئ الرئيسة التي يقوم عليها الحكم في الإسلام. وبهذا التعريف يكون الدستور الإسلامي ثابت على مدى الزمن، فلا يمكن تغييره أو تعديله، أو حتى إلغاؤه بأي حال من الأحوال، لأنه وحي من الله، وليس من صنع البشر.

2- التعريف الخاص للدستور في الإسلام:

(1) محمد فاروق النبهان، نظام الحكم في الإسلام، 1393هـ، جامعة الكويت، 71/1.

هو مجموعة القواعد والأحكام الأساسية في الدولة المسلمة، التي تبين نظام الحكم وشكل الدولة، والسلطات العامة فيها، والأشخاص والهيئات التي تتولى هذه السلطات، وارتباطها ببعضها، وبيان حقوق الأفراد وواجباتهم الصادرة عن مبادئ الإسلام العامة، وتنظيماته في الشؤون الدستورية⁽¹⁾.

ويتضح من التعريفين السابقين، أن الأحكام والقواعد الدستورية في النظام الإسلامي تنقسم إلى قسمين: أحكام ثابتة، وأحكام غير ثابتة. فالأحكام الثابتة هي ما ورد صريحاً في نصوص الكتاب والسنة، وما كان محل إجماع علماء المسلمين في الشؤون الدستورية كالثورى، والعدالة، والمساواة، والتعاون. أما الأحكام غير الثابتة فهي المستنبطة عن طريق الاجتهاد والرأي، مما يتعلق بالأساليب والأنظمة والتفصيلات التي تختلف تبعاً لاختلاف ظروف الزمان والمكان⁽²⁾.

ويمكن تقسيم قواعد الدستور في الإسلام تقسيماً مشابهاً لما عليه الفقه الدستوري المعاصر، فالدساتير الجامدة تقابلها القواعد الدستورية الثابتة، أما الدساتير المرنة فتقابلها القواعد الدستورية غير الثابتة. والأمثلة على القواعد الدستورية الثابتة في الإسلام كثيرة منها عدم جواز تغيير دين الدولة الإسلامية، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار وغيرها. ومن الأمثلة على القواعد الدستورية المرنة أو غير الثابتة في الإسلام عقد المعاهدات وتدبير أمور الدولة الإدارية والمالية، وتولية القضاة، وطريقة إرسال الجيوش أثناء الحرب. فهذه كلها يمكن اعتبارها أحكاماً وتشريعات وقتية حسب المصلحة والظروف في ذلك الوقت. ويقول ابن قيم الجوزية: (إن الشريعة مبناها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد)⁽³⁾.

ويقول البيضاوي: (إن الاستقراء دلّ على أن الله سبحانه وتعالى، شرع أحكامه لمصلحة العباد تفضيلاً وإحساناً)⁽⁴⁾. والقرآن الكريم قد استعمل الدين بمعنى أحكام الشريعة، وهي التي يصطلح عليها

باسم القوانين، قال الله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ

(1) محمد فاروق النبهان، نظام الحكم في الإسلام، 1393هـ، جامعة الكويت، 1/184. عبد الهادي أبو طالب، المرجع في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الدار البيضاء: دار الكتاب، ط1، 323.

(2) محمد فاروق النبهان، نظام الحكم في الإسلام، 1393هـ، جامعة الكويت، 1/184. عبد الهادي أبو طالب، المرجع في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الدار البيضاء: دار الكتاب، ط1، 323.

(3) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، 1389هـ، 3: 3.

(4) البيضاوي، منهاج الوصول إلى علم الأصول، الرياض: مكتبة الرشد، 59.

إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْسَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةً مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢﴾ النور: 2. وهكذا نجد

التشريعات الدستورية من صميم التشريع الإسلامي وليست بخارجة عنه.

ثانياً: مصادر الدستور في الإسلام:

إن التشريع الإسلامي له مصادره الخاصة وهي الأصول التي تؤخذ منها الأحكام الدستورية في الإسلام وهي تنقسم إلى مصادر أصلية متمثلة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وهي المصادر النقلية الوحيدة للشريعة الإسلامية ولا تقبل التبديل أو التعديل، ومصادر تبعية تتوقف دلالتها على الأحكام على أدلة أخرى وهي الإجماع والقياس والعرف والاجتهاد والمصلحة والاستحسان⁽¹⁾.

واشتمل القرآن-كمصدر للأحكام- على أصول جميع التشريعات التي تنظم شؤون الأفراد والأمة في قوله تعالى: "ما فرطنا في الكتاب من شيء" النحل: 89، أي سواء في ذلك أحكام العبادات كالصلاة والصوم أو المعاملات التي تنظم شؤون البشر، ورغم هذا فإن القرآن الكريم لم ينهج إلى التفصيل كتشريعات العبادات والمواريث والأنكحة وعقوبة بعض الجرائم⁽²⁾.

والسنة النبوية ذات منزلة عظيمة في التشريع، فهي تضمن بيان وشرح ما ورد في القرآن والمراد منه، وهي تبين مجمل العام وتفيد المطلق، فقد قال تعالى: "وأنزّلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم" النحل: 44، ويقول عمر بن عبد العزيز- رحمه الله - سن رسول الله وولاية الأمر بعده سننا الأخذ بها تصديق لكتاب الله، وليس لأحد تغييرها، ولا تبديلها، ولا النظر فيمن خالفها⁽³⁾. وبهذا يكون المصدر الرئيس للدستور في الإسلام القرآن الكريم والسنة النبوية، بالإضافة إلى المصادر التبعية، والسؤال الذي يطرح نفسه هو: القرآن الكريم والسنة النبوية هل يمثلان المصدر الرئيس للدستور في وقتنا الحالي؟ وهل لبيبا- موضوع الدراسة- تعتبر القرآن الكريم مصدراً رسمياً ينص عليه الدستور؟ هذا ما سيأتي بيانه في هذا الفصل.

(1) الخبازي، الإمام جلال الدين، المعنى في أصول الفقه، تحقيق د. محمد مظهر بقا، جامعة أم القرى: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، 1403، 183.

(2) بدران، 31.

(3) البحصي، أبو الفضل عياض، الشفا تعريف حقوق المصطفى، بيروت: دار الكتب العلمية، 1972، 18/2.

ثالثاً: القواعد الدستورية في الشريعة الإسلامية

هي التي وردت في القرين الكريم والتي تحتل القمة في الكمال والعدالة، وما زالت وستظل كذلك، والآيات الدستورية في القرآن الكريم كثيرة منها ما يتعلق بالحقوق والواجبات كالمعاهدات وأمور الحكم والولاية والشورى، ومنها ما يتعلق بحقوق وحرريات الأفراد وما لهم وما عليهم كالبيع والشراء وغيرها من الأمور التي لا تحصى ولا تعد، والآيات التي تحدثت في الأحكام الدستورية كثيرة لا يتسع المجال لذكرها جميعاً ولكن يمكن الإشارة إلى البعض منها وهي كالاتي:

1- ما يتعلق بالحقوق والواجبات: ومنها ألا يقتل الإنسان نفسه وهو ما يسمى " بالانتحار" فإنه من الواجب على الإنسان ألا يزهق نفسه فهي من حقوق الله الخالصة، وذلك في قوله تعالى: " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق"⁽¹⁾. وجاءت السنة النبوية مؤكدة على حرمة من يقتل نفسه انتحاراً واعتبرته من الكبائر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " من قتل نفسه بحديدة في يده يجرأ⁽²⁾ بها في بطنه، في نار جهنم، خالدًا مخلدًا فيها أبداً، ومن قتل نفسه بسم، فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبداً، ومن تردى من جبل فقتل نفسه، فهو يتردى في نار جهنم خالدًا فيها أبداً"⁽³⁾.

ورغم هذا فإن حق الحياة ليس مطلقاً، بل هو مقيد بالمصلحة العامة، فمن حق الدولة أن تقوم بقتل الأفراد الذين يرتكبون جرائم قتل وإزهاق أرواح الناس دون وجه حق، لذلك ورد النص في القرين الكريم في قوله تعالى: " ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون" البقرة: 179.

2- الأمر بالعدل بين الناس: وهو حكم من أحكام الدستور الإسلامي، ومعنى العدل أن يتساوى جميع الناس أمام القانون، وذلك في قوله تعالى: " وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل" النساء: 58. والمقصود بالعدل في هذه الآية الكريمة هو الإنصاف والحق بين الناس دون أي تحيز، فلا فرق بين غني أو فقير مسلم أو غير مسلم عربي أو أعجمي، وهذا ما تحثنا عليه الآية الكريمة في قوله تعالى: " يا أيها الذين

(1) الإنعام، 151.

(2) يطعن بها نفسه.

(3) رواه البخاري في كتاب الطب، باب ما جاء فيمن قتل نفسه بسم أو غيره، حديث (2044)، ومسلم في كتاب الإيمان، باب غلظ تحريم

قتل الإنسان نفسه، صحيح مسلم، 103/1، 104.

آمنوا كونوا قوامين بالقسط. بما تعملون خبير" النساء: 135. وبهذا تكون العدالة حق من الحقوق الدستورية التي قررتها الية الكريمة.

3- حق الإنسان في الحياة: وهو الحق الأول لكل إنسان، ومن يتعدى عليه بلا حق يكون قد ارتكب جريمة من الجرائم، والمقصود بحق الإنسان في الحياة هو شعوره بالحرية والكرامة والعدل، ويترتب على هذه الأمور اكتسابه للحقوق والتزامه بالواجبات، وقد عدّ القرآن الكريم قتل نفس واحدة بغير حق جريمة عظيمة، وذلك في قوله تعالى: "من قتل نفساً بغير نفس أو فساداً في الأرض. جميعاً"⁽¹⁾. وشدد رسولنا الكريم على حرمة دم المسلم فقال " كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه"⁽²⁾. ويمكن القول: إن الأحكام الدستورية التي وردت في القرآن الحكيم تحمل معها القدسية والاحترام، ولا يجرؤ أحد على انتهاك تلك الأحكام، وبالمقابل نجد العديد من الدساتير الوضعية العوبة بيد السلطة المتحكمة تشكل في نصوصها وموادها كما تشاء.

(1) المائدة، 32.

(2) رواه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم، حديث (2564)، صحيح مسلم، 4/ 1987.

المطلب الثاني: تدوين الدستور في الإسلام

يرى بعض الباحثين⁽¹⁾ أن هناك تدوينًا للدستور الإسلامي، والمتمثل في الوثيقة التي كتبها رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما هاجر إلى المدينة، واعتبرت دستورًا للدولة في ذلك العصر، وموافقةً لظروف ومتطلبات الوقت الذي وضعت فيه، وتحتوي هذه الوثيقة أحكامًا دستورية تعالج بعض القضايا الدستورية في ذلك الوقت، ويمكن الاستئناس بها عند تدوين أي دستور إسلامي كضمان لاستقلالية القضاء، رغم أنها ليست دستورًا كاملًا بمعنى الدستور الفني أو الخاص.

وقد تم تدوين الدستور العثماني الذي يمكن اعتباره أول دستور إسلامي في عام 1293هـ⁽²⁾. كيف يكون تدوين الدستور ضمانًا لاستقلال القضاء؟

ولكن عند تقنين الدستور لدولة إسلامية يجب مراعاة ما إذا كانت الأحكام ثابتة أم لا كما سبقت الإشارة إليها، ذلك أن الأحكام الثابتة لا تحتاج الدولة إلى تدوينها في دستور، لأن هذه الأحكام ثابتة في آيات القرآن وتفسيرها والأحاديث وشروحها، وسواء دونت هذه الأحكام أم لا فإن لها السمو على جميع القوانين والأحكام سواء كانت دستورية أو غير دستورية، لأنها من عند الله لا يسمو فوق حكمه حكم، وعليه فإن الأحكام المعنية بالتدوين هي الأحكام غير الثابتة. كما أنه ليس هناك إلزام بتدوين الدستور في النظام الإسلامي، ويمكن أن يكون بحسب ما تستقر عليه الآراء والظروف في الدولة الإسلامية.

ويمكن بيان الوثيقة التي كتبها رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما هاجر إلى المدينة كالآتي⁽³⁾:

(1) ومنهم الدكتور، منير البياتي، عون الشريف قاسم، محمد حميد الله، أحمد حمد، محمد سليم العوا.

(2) أبو الأعلى المودودي، نظرية الإسلام وهدية - تدوين الدستور الإسلامي - ترجمة: محمد عاصم الحداد، 1980م، دار الفكر، 235، 236.

(3) أخرجه ابن هشام، السيرة النبوية، 1: 501، 504، وابن كثير في النهاية، 3: 224. وابن سيد الناس في عيون الأثر، 1: 238. كلهم عن ابن إسحاق دون ذكر سند. وأخرج بنحوه البيهقي في السنن الكبرى، 8: 106. من طريق الحاكم النيسابوري فأسنده إلى محمد بن إسحاق. وما أخرجه أحمد 3/321: 349، واللفظ له - ومسلم 1/1146: 2: 507، والنسائي في الكبرى 4/240: 7034، والصغرى 8: 58، وأبو يعلى في مسنده 160/4: 2228، من طرق عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله لا يقول: " كتب النبي على كل بطن عقولهم ثم إنه كتب إنه لا يخل أن يتوالى مولى رجل مسلم بغير إذنه قال روح يتولى " أنظر في هذا السيرة النبوية الصحيحة، أكرم ضياء العمري، 1: 275. وما أخرجه ابن شيبه في مصنفه 5/419: 27577، وأحمد 1: 276 من طرق عن حجاج، عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال: " كتب رسول الله كتابًا بين المهاجرين والأنصار: أن لا يغفلوا معاقلمهم، وأن يفلدو عانيهم بالمعروف

"كتب رسول الله كتاباً⁽¹⁾ بين المهاجرين والأنصار وادع فيه اليهود، وعاهدهم على دينهم وأموالهم،
وشرط لهم، واشترط عليهم:

بسم الله الرحمن الرحيم

1- هذا كتاب من محمد النبي بين المؤمنين والمسلمين م قريش ويثرب، ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد

معهم:

2- إنهم أمة واحدة من دون الناس.

3- المهاجرون من قريش على ربعتهم⁽²⁾ يتعاقلون⁽³⁾ بينهم وهم يفدون عانيهم⁽⁴⁾ بالمعروف،
والقسط بين المؤمنين.

4- وبنو عوف على ربعتهم يتعاقلون معاقلمهم الأولى، كل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين
المؤمنين.

5- وبنو ساعدة على ربعتهم يتعاقلون معاقلمهم الأولى، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط
بين المؤمنين.

والإصلاح بين الناس، (أنظر العلامة أحمد شاكر، 4: 146)، وما أخرجه أحمد 1: 276، 2: 204، قال: حدثنا سريج سريج
قال: حدثنا عباد عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي كتب كتاباً بين المهاجرين والأنصار، أن يعقلوا معاقلمهم، وأن
يفدوا عانيهم بالمعروف والإصلاح بين المسلمين (أنظر تفصيل الكلام في عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في تهذيب التهذيب، 8/45:
48)، وهكذا فإن أصل الوثيقة ثابت بالحديث الصحيح عند الأئمة: البخاري ومسلم وغيرهما، وجاءت الروايات مجتزأة مختصرة
مجموعها يثبت أن رسول الله كتب كتاباً بين المهاجرين والأنصار في المدينة المنورة.

(1) اختلف أهل الغازي والسير في تسميتها (الوثيقة، الدستور، الصحيفة، الكتاب)، وناقش د. جاسم محمد راشد العيسوي في بحثه (الوثيقة
النبوية)، 27.

(2) حالتهم وشأنهم، والمعنى: الحال التي جاء الإسلام وهم عليها.

(3) وهي من العقل وهي الددية: المعقل: الديات واحدها معقلة.

(4) العاني: الأسير.

6- وبنو الحارث على ربتهم⁽¹⁾ يتعاقلون معاقلمهم الأولى، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.

7- وبنو جشم على ربتهم يتعاقلون معاقلمهم الأولى، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.

8- وبنو النجار على ربتهم يتعاقلون معاقلمهم الأولى، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.

9- وبنو عمرو على ربتهم يتعاقلون معاقلمهم الأولى، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.

10- وبنو النبيت على ربتهم يتعاقلون معاقلمهم الأولى، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.

11- وبنو الأوس على ربتهم يتعاقلون معاقلمهم الأولى، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين.

12- وإن المؤمنين لا يتركون مفرحاً⁽²⁾ بينهم أن يعطوه بالمعروف في فداء أو عقل⁽³⁾.

13- وأن لا يخالف مؤمن مولى مؤمن دونه.

14- وإن المؤمنين المتقين على من بغى منهم أو ابتغى دسيعة⁽⁴⁾ ظلم أو إثم أو عدوان أو فساد بين المؤمنين وإن أيدهم عليه جميعاً ولو كان ولد احدهم.

(1) حالهم وشأنهم الذي كانوا عليه، ابن الأثير، 2: 189.

(2) هو من أثقله الدين والغرم، النهاية، 3: 424.

(3) في الأصل هنا: "قال ابن هشام- " المفرح المنقل بالدين والكثير العيال، قال الشاعر: إذا أنت لم تبرح تؤدي أمانة* وتحمل أخرى أفرحتك الودائع".

(4) أي عطية، أي طلب عطية على سبيل الظلم، النهاية، 2: 117.

- 15- ولا يقتل مؤمن مؤمناً في كافر، ولا ينصر كافر على مؤمن.
- 16- وإن ذمة الله واحدة يجير عليهم أدناهم، وإن المؤمنين بعضهم موالي بعض دون الناس
- 17- وإنه من تبعنا من يهود فإن له النصر والأسوة غير مظلومين ولا متناصرين عليهم
- 18- وإن سلم المؤمنين واحدة، لا يسالم مؤمن دون مؤمن في قتال في سبيل الله إلا على سواء وعدل بينهم
- 19- وإن كل غازية غزت معنا يعقب بعضها بعضاً⁽¹⁾
- 20- وإن المؤمنين يبيء⁽²⁾ بعضهم على بعض بما نال دمائهم في سبيل الله
- 21- وإن المؤمنين المتقين على أحسن هدى وأقومه
- 22- وأنه لا يجير مشرك مالاً لقريش ولا نفساً ولا يحول دونه على مؤمن
- 23- وأنه من اعتبط⁽³⁾ مؤمناً قتلاً عن بينة، فإنه قود به إلا أن يرضى ولي المقتول، وإن المؤمنين عليه كافة ولا يحل لهم إلا قيام عليه.
- 24- وأنه لا يحل لمؤمن أقر بما في هذه الصحيفة وآمن بالله واليوم الآخر، أن ينصر محدثاً ولا يؤويه وإنه من نصره أو آواه فإن عليه لعنة الله وغضبه يوم القيامة، ولا يؤخذ منه صرف ولا عدل.
- 25- وإنكم مهما اختلفتم فيه من شيء، فإن مرده إلى الله عز وجل، وإلى محمد
- 26- وإن اليهود ينفقون مع المؤمنين ما داموا محاربين.

(1) أي يتناوبون، فغذا خرجت طائفة غازية ثم عادت تكلف أن تعود ثانية حتى تعقبها أخرى غيرها

(2) أي يلتزم، النهاية، 1: 159.

(3) أي قتله بغير حناية ولا جريرة، النهاية، 3: 172.

- 27- وإن يهود بني عوف أمة مع المؤمنين، لليهود دينهم، وللمسلمين دينهم مواليهم وأنفسهم إلا من ظلم وأثم فإنه لا يوتغ⁽¹⁾ إلا نفسه وأهل بيته.
- 28- وإن ليهود بني النجار مثل ما ليهود بني عوف.
- 29- وإن ليهود بني الحارث مثل ما ليهود عوف.
- 30- وإن ليهود بني ساعدة مثل ما ليهود بني عوف.
- 31- وإن ليهود بني جشم مثل ما ليهود بني عوف.
- 32- وإن ليهود بني الأوس مثل ما ليهود بني عوف.
- 33- وإن ليهود بني ثعلبة مثل ما ليهود بني عوف. إلا من ظلم وأثم فإنه لا يوتغ إلا نفسه وأهل بيته.
- 34- وإن جفنة بطن من ثعلبة كأنفسهم.
- 35- وإن لبني الشطيبة مثل ما ليهود بني عوف.
- 36- وإن البر دون الأثم.
- 37- وإن موالي ثعلبة كأنفسهم.
- 38- وإن بطانة يهود كأنفسهم.
- 39- وإن لا يخرج منهم أحد إلا بإذن محمد صلى الله عليه وسلم.
- 40- وإنه لا ينحجز على نار جرح.
- 41- وإنه من فتك فبنفسه فتك وأهل بيته، إلا من ظلم.

(1) أي يهلك، النهاية، 5: 149.

42- وإن الله على أبر هذا⁽¹⁾.

43- وإن على اليهود نفقتهم، وعلى المسلمين نفقتهم.

44- وإن بينهم النصر على من حارب أهل هذه الصحيفة.

45- وإن بينهم النصح والنصيحة والبر دون الأثم.

46- وإنه لم يَأْتِ امرؤٌ بحليفه، وإن النصر للمظلوم.

47- وإن اليهود ينفقون مع المؤمنين ما داموا محاربين.

48- وإن يثرب حرام جوفها لأهل هذه الصحيفة.

49- وإن الجار كالنفس غير مضار ولا آثم.

50- وإنه لا تجار حرمة إلا بإذن أهلها⁽²⁾

51- وإنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو اشتجار يخاف فساده فإن مرده إلى الله عز

وجل، وإلى محمد رسول الله.

52- وإن الله على أتقى ما في هذه الصحيفة وأبره

53- وإنه لا تجار⁽³⁾ قريش ولا من نصرها، وإن بينهم النصر على من دهم يثرب

54- وإذا دعوا إلى صلح يصالحونه ويلبسونه فإنهم يصالحونه ويلبسونه.

55- وإنهم إذا دعوا إلى مثل ذلك فإنه لهم على المؤمنين إلا من حارب في الدين على كل أناس

حصتهم في جانبهم الذي قبلهم

(1) أي على الرضا به.

(2) أي لا تعطى ذمة ولا عهد، والمراد بالحرية هنا الجوار، فلا يجير الجار مستحيراً إلا بإذن مجيره.

(3) أي لا تعطى عهداً ولا ذمة، والذمة الأمان

- 56- وإن يهود الأوس مواليهم، وأنفسهم على مثل ما لأهل هذه الصحيفة مع البر المحض من أهل هذه الصحيفة. 57- وإن البر دون الاثم لا يكسب كاسب إلا على نفسه.
- 58- وإن الله على أصدق ما في هذه الصحيفة وأبره
- 59- وإنه لا يجول هذا الكتاب دون ظالم واثم.
- 60- وإنه من خرج آمن ومن قعد آمن بالمدينة إلا من ظلم أو أثم
- 61- وإن الله جار لمن بر واتفق، ومحمد رسول الله صلى الله عليه وسلم". (1)

أهم ما احتوته الوثيقة من أمور دستورية:

تضمنت هذه الوثيقة أحكاماً دستورية لها قيمة قانونية عادت على العالم الإسلامي بالفائدة منذ ذلك الوقت حتى يومنا الحالي، وها نحن نتمنى النظر فيها وتدارسها علناً نعتدي بكل ما جاء بها من أحكام تنفيذ الشعوب الإسلامية في هذا الزمن، وهذه الأحكام هي:

1- الإعلان عن قيام الدولة الإسلامية، وأنها تتكون من: مهاجري مكة وأنصار المدينة، مضافاً إليهم كل من أبدى استعداداً للتبعية لهذه الوحدة، وخضع لقيادة دولتها من الأقليات الأخرى القاطنة للمدينة (الفقرة: 1، 2).

2- نصت الوثيقة على مبدأ الانضمام إلى المعاهدة بعد توقيعها، وهو مبدأ دستوري مهم، وما زال العمل يجري به إلى يومنا هذا، ولعلها أول وثيقة في التاريخ تقرر هذا المبدأ⁽²⁾ (الفقرة: 1، 17).

3- نصت الوثيقة على مواد في التكافل الاجتماعي بين أفراد الدولة (الفقرة: 3، 13).

4- نصت الوثيقة على إقامة العدل، وتنظيم القضاء، ونقله من الأفراد والعشيرة إلى الدولة دون محاباة، دون السماح لأحد بالتدخل وتعطيل القانون (الفقرة: 14).

(1) السيرة النبوية، ابن هشام 3/ 35.

(2) محمد العوا، النظام السياسي للدولة الإسلامية، 1981م، القاهرة: المكتب المصري، ط5، 56، 57.

5- قررت الوثيقة مبدأ شخصية العقاب (الفقرة: 46، 57).

6- أوردت الوثيقة نصوصاً في بيان مركز الأقليات الدينية (الفقرة: 17، 26، 27، 43، 44، 54).

7- أوردت الوثيقة نصوصاً في بيان الحقوق، كحق الحياة (الفقرة: 23)، وحق الملكية (الفقرة: 59)، وحق الأمن والسكن والتنقل (الفقرة: 48، 59).

8- أوردت الوثيقة نصوصاً في بيان الحريات والحقوق، كحق احترام عقيدة الآخرين، وعدم الإكراه في الدين (الفقرة: 27)، وبالتناصح والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (الفقرة: 45).

9- حددت الوثيقة أساس المواطنة في الدولة الناشئة، وهو الإسلام، فأحلت الرابطة الدينية بدلاً من الرابطة القبلية، حيث نصت الفقرة: 2، من الوثيقة على أن المسلمين أمة من دون الناس، وليس معنى ذلك حصر المواطنة في المسلمين وحدهم، بل نصت الوثيقة على اعتبار اليهود المقيمين في المدينة من مواطني الدولة، وأوضحت حقوقهم وواجباتهم⁽¹⁾، كما في الفقرات من 27 إلى 41.

10- بينت الوثيقة أن المرجع عند الاختلاف رئيس الدولة (45، 39، 51).

11- قررت الوثيقة مبدأ المساواة كما في (الفقرة: 16، 18، 20، 54، 55)، فالناس سواء في الحقوق والواجبات.

12- نصت الوثيقة على عدم جواز إبرام الصلح المنفرد مع أعداء الأمة (الفقرة: 18).

13- نصت الوثيقة على مبادئ غير سياسية أو غير دستورية أصلاً، وذلك لإعطائها أهمية ومكانة، ولالتزام أطراف هذه الوثيقة بالتزول على حكمها، وذلك لإعطائها سمو ومكانة ليست لأحكام القانون العادي، ولمنحها شيئاً من الثبات، وذلك لأهميتها عند وضع الوثيقة كما في الفقرات: 23، 24، 46، 26).

(1) محمد العوا، النظام السياسي للدولة الإسلامية، 56، 57.

14- أبقى الوثيقة على بعض الأعراف القديمة التي كان العرب متعارفين عليها قبل الإسلام (الفقرة: 3، وما بعدها)، فنشوء الدولة الإسلامية لم يؤد إلى الإلغاء لوظائف القبيلة الاجتماعية، ذلك أنها لم تكن شرا كلها⁽¹⁾.

اشتملت نصوص الوثيقة على أغلب ما تحتاجه الدولة الناشئة في تنظيم شؤونها السياسية، حيث تظهر دقة صياغة هذه الوثيقة في نصوص المعاهدات الدولية، والدساتير في العصر الحديث. أما فيما يتعلق بالضمانات الدستورية في مسألة استقلال القضاء، فإن هذه الوثيقة لم تنص صراحة على مبدأ استقلال القضاء، ولكنها أشارت في الفقرة (14) على إقامة العدل بين الناس، وتنظيم القضاء ونقله من الأفراد والعشيرة إلى الدولة دون محاباة، ولا يسمح لأحد بالتدخل أو تعطيل القانون.

(1) منير البياتي، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، 72، 73.

المطلب الثالث: دور التطبيقات الدستورية في التاريخ الإسلامي

قامت الدولة الإسلامية في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حين هاجر من مكة إلى المدينة، مبلغًا لدين ربه، وداعيًا له من خلال الكيان السياسي والاجتماعي، وعهد النبي صلى الله عليه وسلم، بقسميه المكي والمدني يعتبر مرحلة تأسيس وبناء لكيان هذه الأمة، ووضع الأسس والقواعد العامة، التي تسيير على ضوءها إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

ومن المعروف أن الدولة الإسلامية تحتكم في جميع شؤونها إلى الشريعة الإسلامية، إلا أنه يتم التركيز في هذا المبحث على الأمور الدستورية. وقد سبق الحديث عن أحد وأهم النماذج الدستورية في العهد النبوي وهي الصحيفة، التي تعتبر النموذج الأول للدستور المكتوب في التاريخ الإسلامي في المبحث السابق والمتعلق بتدوين الدستور في الإسلام. وهناك تطبيقات دستورية كثيرة ومشابهة لهذه الوثيقة السالفة الذكر عاصرت العهد النبوي، وعهد الخلفاء الراشدين، ويمكن الإشارة إليها في هذا المطلب بصورة موجزة وهي كالاتي:

أولًا: التطبيقات الدستورية في العهد النبوي

والحقيقة أن النماذج كثيرة للتطبيقات الدستورية في العهد النبوي، ولا يمكن ذكرها تفصيلًا فهي تحتاج دراسة مستقلة، وذلك لأن العصر النبوي مليء بالتطبيقات الدستورية التي يضيق المجال في حصرها، ولكنه بشكل عام يمكن إجمالها بما أوحى الله سبحانه وتعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم في كتابه من آيات، وما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم من سنن تتعلق بأمر الحكم، والسيادة والقضاء والحرب وغيرها. ومن بين تلك الوقائع الدستورية في عهد التشريع الإسلامي هي بيعتنا العقبية. حيث تعتبر بيعة العقبية الأولى هي النواة لتحديد قواعد الأخلاق الاجتماعية العامة التي تعتبر الأساس لمجتمع فاضل، أما بيعة العقبية الثانية فهي بداية الاضطلاع بمسؤوليات الحكم الفعلية بالنسبة للرسول صلى الله عليه وسلم⁽¹⁾.

كما ضمنتنا بعض المسائل الدستورية في نصوصهما، منها الأساس الذي تقوم عليه الدولة الإسلامية، وهو توحيد الله عز وجل، وحقوق الدولة على المواطنين، كما تضمنت البيعة الثانية تعيين النقباء الاثنى

(1) حسن صبحي عبد اللطيف، الدولة الإسلامية وسلطانها التشريعية، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، 44.

عشر، عن طريق اختيار الأنصار لهم، وفي هذا تطبيق لمبدأ الشورى. كما تضمنت هذه التطبيقات الدستورية في العهد النبوي تنظيم وتحديد اطراف المعاهدة التي على أساسها ستنشأ الدولة⁽¹⁾.

وأيضاً تعتبر المكاتبات والعهد مع القبائل العربية حتى صلح الحديبية من الأمور الدستورية، كما هو مستقر في القانون الدستوري المعاصر⁽²⁾. كما وضع الرسول صلى الله عليه وسلم عدة اتفاقيات مع أهل الكتاب، وتعتبر هذه الاتفاقيات من الوقائع الدستورية في العصر النبوي، وذلك حسب المستقر في نظريات الفقه الدستوري. أما مبدأ الشورى فقد كان من مبادئ نظام الحكم في الإسلام، وتهدف الشورى إلى تحري المصلحة العامة، ومشاركة الأمة للقائد في اتخاذ القرارات المتعلقة بشئون الحكم، ومن وقائع الشورى في الإسلام تبرز في غزوة أحد، وكذلك في حفر الخندق في غزوة الاحزاب⁽³⁾.

ثانياً: تطبيقات دستورية في عهد الخلفاء الراشدين

يعتبر هذا العهد الأساس العملي الثاني في بناء النظام السياسي الإسلامي، حيث تكون من قواعد وتطبيقات العهد النبوي، واجتهادات وتطبيقات هذا العهد تعد سوابق دستورية، وتعد معياراً للحكم على ما تلا ذلك من العهود من تطبيقات عملية، فهذه السوابق الدستورية - فيما يتعلق بالشواهد منها- تعتبر ملزمة للمسلمين في كل وقت، وما كان من المتغيرات فلا إلزام فيه، لأن الحكم فيما يتعلق بالمتغيرات يختلف حسب الظروف والمصلحة، وهذا متسق مع طبيعة التشريعات الإسلامية كلها، في اتسامها بالمرونة والصلاحية للتطبيق، عن طريق البناء على أسسها والتخريج على أحكامها في كل العصور. ومن أهم الوقائع التطبيقية الدستورية في عهد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم هي:

1- عدم تدوين الدستور:

استقر العرف الدستوري في عهد الخلفاء الراشدين، على عدم وجود دستور مدون في شكل وثيقة واحدة، تحوي كافة الأحكام الدستورية، وذلك لأن العمل الدستوري استمر في هذا العهد بناءً على قواعد دستورية ثابتة في الكتاب والسنة، وبناءً على الاجتهاد فيما يستجد من حوادث في إطار من الكتاب والسنة،

(1) عون الشريف قاسم، دبلوماسية محمد، جامعة الخرطوم، 13.

(2) محمد الغزالي، فقه السيرة، 1976م، مصر: دار الكتب الحديثة، ط7، 351، 352.

(3) عون الشريف قاسم، دبلوماسية محمد، جامعة الخرطوم، 261، 262.

فأبو بكر رضي الله عنه لم يدون دستوراً للدولة الإسلامية في عهده، واكتفى بالميراث النبوي وبالاجتهاد والشورى فيما يستجد من وقائع، وهكذا عمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم جميعاً، ولكن هذا لا يجعل الدستور في النظام الإسلامي دستوراً عرفياً كما يرى البعض. فالدستور العرفي هو الذي يكون العرف مصدراً له، والدستور في النظام الإسلامي مصدره الوحي، وما انبثق فيه من مصادر⁽¹⁾.

ويمكن القول: إن تدوين الدستور من عدمه يرجع لظروف كل عهد من العهود، ففي عهد الخلفاء الراشدين لم يكن هناك ضرورة لتدوين الدستور، لقرب الناس من العهد النبوي، ولالتزام الناس التزاماً ذاتياً بأحكام الشرع، وهذا بحمد ذاته يعتبر ميزة دستورية لهذا العصر. وفي واقع الأمر فإن الوثيقة التي وضعها رسولنا الكريم تكفي لتكون القدوة الحسنة التي يقتدي بها المسلمون سواء في عهد الخلفاء الراشدين أو في أي عهد آخر.

2- الخلافة والبيعة:

من أهم الوقائع الدستورية في عهد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم أمر الخلافة والبيعة، حيث لم يحدد الرسول صلى الله عليه وسلم الطريقة التي تتبع في اختيار الحاكم، وإنما اكتفى بإيضاح القواعد العامة التي يجب أن تراعى، وبين بسنته القولية والعملية المثل العليا التي يجب على الحاكم والمحكومين الالتزام بها، دون ذكر تفاصيل نظام الحكم، إذ إن الظروف الاجتماعية والاقتصادية وغيرها متغيرة ومتبدلة من زمن لآخر، وهي بلاشك مؤثرة في النظام السياسي. ويشبه بعض الباحثين اجتماع السقيفة الذي كان إثر وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم بجمعية تأسيسية قامت بوضع مستقبل الأمة السياسي⁽²⁾.

3- الخطابات والعهود:

من تلك الوقائع التي تعتبر دستورية في طبيعتها بعض الخطابات الموجهة من الحكام لأفراد الأمة، والتي تعتبر ميثاقاً يبين منهج الحاكم السياسي، وكذلك العهود والمواثيق الموجهة من الحكام إلى الولاة، وإلى

(1) سليمان الطماوي. عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، دار الفكر العربي، 147.

(2) محمد ضياء الدين الرئيس، النظريات السياسية الإسلامية، 1969م، القاهرة: دار المعارف، ط5، 27، 32.

الدول الأجنبية، ونجد عصر الراشدين مليئاً بالأمثلة على هذا الضرب من الوقائع الدستورية، ومن أمثلة ذلك الخطبة التي ألقاها أبو بكر الصديق رضي الله عنه غداة مبايعته خليفة للمسلمين⁽¹⁾.

ومن الوقائع الدستورية أيضاً كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى موسى الأشعري عندما ولاه القضاء في البصرة، وكان هذا الخطاب أساساً لتنظيم القضاء واستقلاله كما بينا سابقاً، بالإضافة إلى المعاهدات التي تمت بين الدولة الإسلامية والأقليات الأخرى من أهل البلاد المفتوحة، مثل معاهدة أصبهان في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه⁽²⁾.

والحقيقة أن الوقائع الدستورية في عهد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم كثيرة، ولا يسعنا المقام ذكرها تفصيلاً، فمنها أيضاً التجديدات الإدارية نتيجة لتوسع الدولة الإسلامية عن طريق الفتوحات التي حدثت في سبيل تبليغ الرسالة، فوجدوا حضارات أخرى قائمة بنظمها السياسية والاقتصادية والعسكرية والاجتماعية، فأثروا فيها وأثروها. فأنشأ عمر الدواوين التي تعتبر نواة الجهاز الإداري في الدولة الإسلامية، وحين بدأ عمر في التنظيم الإداري لم يبدأ من فراغ، بل اقتدى بالسوابق والشواهد والآثار⁽³⁾.

وهناك أيضاً التنظيمات العسكرية وهي من أهم الوقائع الدستورية في عصر الراشدين، من حيث تنظيم الجيوش وتعبئتها مادياً وبشرياً وروحياً، وطريقة تعيين أمراء الجيش، والاتصال الدائم بين أمراء الجيش والخليفة، وغيرها من الأمور الرشيدة والتي يصعب علينا نحن المسلمين تطبيقها فعلياً على أرض الواقع في عصرنا الحالي، ومن الأمور الدستورية الشكلية أيضاً لقب رئيس الدولة، باعتباره رمزاً يعكس الفكرة التي يقوم عليها نظام الحكم فيها، فكان اللقب السائد هو لقب الخليفة أو أمير المؤمنين، وكان أول من لقب بأمر المؤمنين عمر بن الخطاب، وامتد هذا اللقب إلى ما بعده من العهود⁽⁴⁾.

يمكن القول: إن السوابق الدستورية في عهد التشريع الإسلامي تمثل نبراساً للمسلمين في شئونهم الدستورية، يرجعون إليها عندما توجد وقائع مشابهة لها، فينهجون بنهجها، وأن الدستور سواءً كان مكتوباً

(1) سيرة ابن هشام، 2: 661.

(2) محمد حميد الله، مجموعة الوثائق السياسية في العهد النبوي والخلافة الراشدة، 1389م، بيروت: دار الارشاد، ط3، 343، 356.

(3) ابن الأثير، الكامل في التاريخ، 1399هـ، بيروت: دار صاد، 3: 77. مقدمة ابن خلدون، 148.

(4) يوسف علي ود، محمد أبو سعده، دراسات في عصر الخلفاء الراشدين، 42.

أو غير مكتوب فهو ليس بمجديد على الإسلام والمسلمين، فأول عمل قام به رسول الله عند بناء دولة الإسلام هو وضع النظام العام والخاص لهذه الدولة، والمتمثل في الصحيفة التي كتبها بعد الهجرة، والتي يجب أن نفتخر بها، فلا يزايد على الإسلام أحد، فدولة الإسلام هي دولة قانون ونظام وأسس يسير عليها المجتمع الإسلامي حباً في العدل والمساواة بين أفراد المجتمع، ولعلنا اليوم ننظر في قواعد الإسلام الصحيحة ونقتدي بها، ونبتعد عن الفوضى وعدم الاستقرار، والتي أصبحت مرضاً خطيراً يتفشى في بلاد المسلمين يوماً بعد يوم.

الحماية الدستورية لاستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية:

ويقصد بالحماية الدستورية أن ينص الدستور على مبدأ استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم تدخل أي منهما في شأن من شؤون القضاء، وفي النظام الإسلامي يحكم المسلمون بدستور مصادره معلومة وليس هناك في الشريعة الإسلامية ما يمنع وجود قوانين من شأنها أن تحافظ على مبدأ استقلال القضاء، كما أن روح الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة تفرض الحماية الدستورية لمبدأ استقلال القضاء، بل يكون واجباً لأن القاعدة الفقهية تقول: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وقد ذهب بعض فقهاء المسلمين إلى أن للقضاء حدوداً ليس لأحد أن يتعرض لها، قال أبو حسن النباهي: " حدود القضاة في القديم والحديث معروفه لا يعارضون فيها، ولا تكون لغيرهم من الحكام"⁽¹⁾.

والإسلام لا يسمح لأي إنسان مهما كانت مكانته أو سلطته أن يتدخل في شؤون القضاة، وللقاضى أن يرفض بشدة أي تدخل في قضائه حتى وإن كان من الخليفة، ويحكم بما يراه مناسباً، وقد وردت صور كثيرة في تاريخ القضاء والقضاة يمكن أن تكون أساساً لهذا المبدأ الهام منها: أنه حكى أبو عمر بن عبد البر أن حبيباً قد دخل على الأمير عبد الرحمن بن معاوية فشكا إليه القاضى نصر بن ظريف اليحصي، وذكر أنه يريد ان يسجل عليه في ضيعة يقيم فيها، وادعى عليه الاغتصاب لها، ولاذ بالأمير من إسراع القاضى إلى الحكم عليه من غير تثبت، فأرسل الأمير إليه وكلمه في حبيب، ونهاه عن العجلة عليه، فخرج ابن ظريف من يومه، وعمل بغير ما أراد الأمير، وأنفذ الحكم، وبلغ الخبر حبيباً، فدخل إلى

(1) أبو الحسن النباهي، تاريخ قضاة الأندلس، 5.

الأمير وذكر له ما عمله القاضي، ووصفه بالاسخفاف بأمره، فغضب الامير على القاضي واستحضره، فقال له: من أمرك أن تنفذ حكمًا، وقد أمرتك بتأخيره؟ فقال له: قدمني عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإنما بعثه الله بالحق ليقضي به على القريب والبعيد والشريف والدين، فقال الأمير: جزاك الله يا ابن ظريف خيرًا⁽¹⁾ ."

(1) أبو الحسن النباهي، تاريخ قضاة الأندلس، 44.

المبحث الثاني: مفهوم الدستور في القانون عامة ومراحل تطوره في ليبيا

إن مصطلح الدستور جديد في لغة العرب السياسية، فقد عرفته مصر مثلاً وعلى وجه التحديد عام 1923م بعد صدور دستورها في العام نفسه⁽¹⁾. أما قبل ذلك فقد عرف الدستور باسم القانون الأساسي أو القانون النظامي أو نظام السلطات العامة⁽²⁾. ولم تعرف العراق مصطلح الدستور والقانون الدستوري إلا بعد الثورة عام 1958م، وصدور الدستور الجمهوري المؤقت، فكان يطلق على الدستور قبل هذا العهد القانون الأساسي⁽³⁾. ويقسم الفقه الدستوري مدلول الدستور أو مفهومه إلى محورين اللغوي والاصطلاحي ويقسم أيضاً إلى المفهوم الشكلي والموضوعي للدستور، وقد وضعت هذه المحاور لإعطاء مفهوم الدستور حقه في التفسير، وكذلك بيان وتحديد طبيعة العلاقة بين مفهوم الدستور وغيره من المطلحات القانونية الأخرى وذلك في مطلب أول، أما المطلب الثاني فيتضمن مصادر الدستور في القانون عامة وفي القانون الليبي خاصة، ثم دراسة مراحل التطور الدستوري في ليبيا في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم الدستور في القانون العام

أولاً: التعريف اللغوي

عُرِّفَ الدستور بتعاريف عدّة توضح تلك المكانة المهمة بلا منازع، ففي المعاجم اللغوية يقال عنه: القاعدة التي يُعمل بمقتضاها، و الدفتر: تكتب فيه أسماء الجند ومرتباتهم⁽⁴⁾.

والدستور كلمة فارسية، وتعني الدفتر الذي تكتب فيه أسماء الجند، والذي تجمع فيه قوانين الملك، وتطلق أيضاً على الوزير، وهي مركبة من كلمة (دست) بمعنى قاعدة، ومن (ور) أي صاحب، وانتقلت

(1) أبو خزام، إبراهيم، الوسيط في القانون الدستوري، 2001م، ليبيا: دار الكتب الوطنية، ط2، 9، 10.

(2) شليحا. إبراهيم عبد العزيز، المبادئ الدستورية العامة، 1982م، بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، 11.

(3) آل ياسين. محمد علي، القانون الدستوري والنظم السياسية، 1964م، بغداد: مطبعة المعارف، 15.

(4) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، 2008م، القاهرة: دار الشروق الدولية، ط4.

إلى العربية من التركية بمعنى قانون، ثم تطور استعمالها حتى أصبحت تطلق الآن على القانون الأساسي في الدولة⁽¹⁾. ويقول البعض أن كلمة دستور كانت تدل عند الفرس على من يمارس سلطة سياسية أو دينية، واستعملت عند العثمانيين بمعنى القاعدة القانونية. أما في اللغة القانونية فإن كلمة دستور تعني القانون الأساسي، وهذا المعنى نجده أيضاً في اللغة الانكليزية فكلمة **Constitution** مشتقة من فعل **Constituer** ومعناه يؤسس أو يبي⁽²⁾. كما ويقابل كلمة دستور في الفرنسية **Droit constitutionnel** وهي تعني في اللغة الانكليزية الأساس **foundation** أو التنظيم **organization** أو التكوين **structure'dun ensemble**⁽³⁾.

وبالرغم من كل ما ذكر من معنى لمفهوم كلمة الدستور، فإن أحد فقهاء القانون الدستوري وهو الدكتور إسماعيل مرزة قد أشار إلى أنه من الغلط القول أن كلمة دستور هي كلمة غير عربية، إذ أن كلمة دستور في اللغة العربية تعني النسخة المعمولة للجماعات التي منها تحريرها، وجمعها دساتير⁽⁴⁾. وأيضاً انتقد فقهاء القانون الدستوري المفهوم اللغوي لكلمة الدستور بحجة أن الاصطلاحات القانونية لا يجوز تفسيرها تفسيراً لغوياً بحثاً فلكل علم لغته. كما أنه يفضي إلى نتائج لا يمكن قبولها، بمعنى أن كل القواعد التي تتعلق بأساس أو تكوين الدولة يجب عدها من القواعد الخاصة بالقانون الدستوري والمتعلقة بالإدارة المحلية والقضاء داخلية في القانون الدستوري إذ أنهما من أسس الدولة، وكذلك قانون الجنسية⁽⁵⁾.

ويمكن القول: إن اختلاف فقهاء القانون الدستوري حول المفهوم اللغوي لكلمة الدستور جعل تفسيرها لغوياً متعددًا ومتسعًا ليشمل جميع القواعد القانونية سواء المتعلقة بتكوين الجماعة في الدولة، أو طبيعة العلاقة بين السلطات في الدولة، لذلك يجب عدم التوسع في تفسير مفهوم الدستور والله أعلم.

(1) هندأوي. محمد موسى، المعجم في اللغة الفارسية، 207. السيد آدى شير، معجم الألفاظ الفارسية العربية، 1970م، مكتبة لبنان،

63. أحمد عطية الله، المعجم السياسي، 1968م، ط3، دار النهضة العربية، 521.

(2) منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، 2013م، ليبيا: دار الكتب الوطنية، ط2، 10.

(3) نبيلة عبد الحليم كامل، جابر جاد نصار، الوجيز في القانون الدستوري، 2006م، القاهرة: دار النهضة العربية، 25.

(4) إسماعيل مرزة، القانون الدستوري، بيروت، منشورات الجامعة اللبنانية، 1969م، 24.

(5) درويش، محمد إبراهيم، القانون الدستوري، 2007م، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1، 14.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للدستور

يعرف الدستور اصطلاحاً بأنه مجموعة الأحكام التي تبين شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، وسلطاتها وطريقة توزيع هذه السلطات وبيان اختصاصها، وبيان حقوق المواطنين وواجباتهم⁽¹⁾. وقد درجت عادة الفقهاء على تعريف الدستور من الناحيتين الشكلية والموضوعية أو المادية.

1- تعريف الدستور من الناحية الشكلية:

إن سبب ظهور المعنى الشكلي للدستور هو انتشار حركة تدوين الدساتير، وكان أول هذه الدساتير المكتوبة في التاريخ الحديث هو دستور الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1778م، ثم تلتها فرنسا وكان الدستور الأول للثورة الفرنسية سنة 1791م، ثم إلى بقية الدول⁽²⁾. ويقصد بالدستور من الناحية الشكلية هو الوثيقة التي تتضمن الأحكام والقواعد التي تنظم المؤسسات السياسية، وتبين شكل الحكم في الدولة، وكذلك الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد وحرياتهم⁽³⁾. وقد وجهت بعض الانتقادات في بيان المفهوم الشكلي للدستور ومنها، أن هذا المفهوم يعجز عن إعطاء تعريف صحيح وشامل للدستور وخاصة في الدول التي تأخذ بنظام الدستور المكتوب أو المرن، فأحياناً لا تشمل الوثيقة الدستورية على جميع القواعد التي تحدد نظام الحكم أو أسلوب سير السلطات العامة في الدولة. وكذلك يحدث أن يدخل في هذا المفهوم موضوعات لا تعد دستورية بحسب طبيعتها أو جوهرها، كما أن وثيقة الدستور تختلف من دولة إلى أخرى بحسب الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية لكل دولة، وعليه فإن هذا المفهوم الشكلي يؤدي إلى وجود تعريفات متعددة ومتنوعة⁽⁴⁾.

ورغم هذه المآخذ على المفهوم الشكلي للدستور، إلا أنه يكتسب بعض الخصائص أو المميزات وهي:

1- أنه لا يمكن تعديل الدستور إلا من خلال الإجراءات التي يحددها. وهذه ضمانة أساسية وجوهرية

(1) النعيم، عبد العزيز، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الانظمة، 182.

(2) الشافعي، محمد بشير، القانون الدستوري والنظم السياسية السودانية، 1970م، ط1، 7، 8. عبد العال. محمد حسين، القانون

الدستوري، 1975م، 13، 14.

(3) منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، 2013م، ليبيا: دار الكتب الوطنية، ط2، 11.

(4) شيحا. إبراهيم عبد العزيز، المبادئ الدستورية العامة، 2006م، الإسكندرية: منشأة المعارف، 40.

تميز القانون الدستوري عن القواعد العادية التي لا يتطلب تعديلها مثل هذه الإجراءات، لذلك يأتي الدستور في المرتبة الأولى بالنسبة لسائر القواعد القانونية الأخرى.

2- يتسم الدستور بالمعنى الشكلي بالبساطة والوضوح والتحديد، لأنه يعتمد على الوثيقة الدستورية، وما يخرج عنها لا يعد قاعدة دستورية حتى لو تعلق بنظام الحكم أو باحدى السلطات العامة⁽¹⁾.

ويمكن القول: إنه لا بد من الاعتراف بالقيمة الدستورية للنصوص الواردة بالوثيقة الدستورية، وعليه لا يمكن إضفاء القيمة الدستورية على قواعد خارج الوثيقة الدستورية، حتى وإن ارتبطت بموضوعات دستورية، مثل قوانين الانتخاب والاحزاب السياسية، فلا تتحقق الرقابة الدستورية على القوانين إلا مع دستور شكلي، أو دستور يعتمد على الوثيقة الدستورية، حتى تكون مرجعاً للجهة صاحبة الرقابة على دستورية القوانين. فلا فائدة من الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور يقوم على المعنى الموضوعي.

2- تعريف الدستور من الناحية الموضوعية أو المادية:

ونتيجة للانتقادات التي وجهت للمفهوم الشكلي للدستور، فإن فقهاء القانون الدستوري ذهبوا إلى الآخذ بهذا المفهوم- الموضوعي- لتحديد معنى الدستور.

ويعتمد المعيار الموضوعي أو المادي لمفهوم الدستور بشأن تحديد المعنى الاصطلاحي على مضمون أو جوهر القاعدة دون النظر إلى شكلها أو مصدرها، وعليه فإن الدستور تبعاً لهذا المعيار يُعنى بالموضوعات التي تعد دستورية من حيث طبيعتها، سواء وردت هذه القواعد في الوثيقة الدستورية أم لم ترد فيها بأن تقررت بمقتضى عرف دستوري أو وردت في قوانين عادية⁽²⁾. وبناءً عليه فإن كل قاعدة قانونية تتعلق بنظام الحكم وتداول السلطة تعد من القواعد الدستورية، سواء كانت ثابتة داخل الوثيقة الدستورية أم أنها نظمت

(1) مصطفى، أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، 1999م، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 150.

(2) شحاح، إبراهيم عبد العزيز، المبادئ الدستورية العامة، 1982م، بيروت: دار الجامعة للطباعة والنشر، 30.

من خلال قانون عادي⁽¹⁾. وذلك لأن المفهوم الدستوري لا يعترف بالشكل والإجراءات في تحديد القواعد الدستورية، بل يعترف بالجوهر والمضمون.

ويتفق أغلب فقهاء القانون الدستوري على ضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي في تحديد مفهوم الدستور⁽²⁾. فهو يتسم بالعمومية والثبات، لأنه لا يربط القانون الدستوري بدستور دولة معينة ولا يقتصر على ظروفها الخاصة، كما أنه يؤدي إلى أن يكون لكل الدول دون استثناء دستور، لأنها جميعها تقيم مجموعة من القواعد لتنظيم السلطة السياسية فيها أيًا كان نوع هذه السلطة⁽³⁾.

وجه الخلاف: اختلف فقهاء القانون الدستوري حول تحديد القواعد التي يمكن وصفها بأنها دستورية بطبيعتها⁽⁴⁾. وأيضًا مدى اعتبار الدولة من بين موضوعات القانون الدستوري أم لا، ويرجع سبب ذلك أن بعض فقهاء الدستور يقولون: بأن الدولة سابقة على الدستور، فالدستور لا ينشئ الدولة بل هي سابقة عليه. كما أن دراسة الدولة ليست حكرًا على القانون الدستوري، بل هي محل اهتمام فروع القانون الأخرى⁽⁵⁾. إلا أنه لو صح القول على وجود الدولة قبل وجود الدستور، لكان من المنطقي إخراج موضوعات الحكومة أيضًا من هذا المجال، لأن الحكومة عنصر من عناصر الدولة، ولا يكون للدولة الوجود القانوني قبل تحقيق هذا العنصر، وعليه تكون الحكومة هي الأخرى أسبق في الوجود على وجود الدستور⁽⁶⁾.

وبناءً على ما سبق من تعريفات للقانون الدستوري يمكن القول: إن اختلاف الفقهاء في بيان مفهوم الدستور، والإقرار بالجانب الشكلي أو الموضوعي لا يفقده القيمة الحقيقية لمعنى الدستور، ولا يمكن اعتبار القانون الدستوري مثله مثل القوانين الأخرى في الدولة أو يمكن الخلط بينهما، فهو يعد قانون يعبر عن إرادة

(1) الشاعر، رمزي طه، النظرية العامة للقانون الدستوري 1983م، القاهرة: دار النهضة العربية، ط3، 53.

(2) ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر، 27.

(3) الشيمي. عبد الحفيظ، نحو رقابة التعديلات الدستورية دراسة في بعض جوانبها النظرية والعملية، 2006م، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1، 18.

(4) ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر، 27. نفس المرجع والصفحة.

(5) محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، 1997م، القاهرة: دار النهضة العربية، 21.

(6) ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، 29.

الشعب والذي لا يمارسه إلا شعب ذو سيادة. فالدستور يعد بمثابة نص أساسي لتنظيم المجتمع السياسي، ويعمل على تقييد السلطة القائمة في الدولة، وعليها احترام القواعد والقوانين الصادرة عن القانون الدستوري، فهو يظهر نظام الحكم والحقوق والواجبات المتفق عليها بين الحكام والشعب. وهنا يمكن أن تتحقق الرقابة على دستورية القوانين، والتي لا بد منها لتحقيق العدالة، ولضمان الحماية لجميع السلطات في الدولة، وعلى رأسها السلطة القضائية، فإذا كانت هذه السلطة في ظل دستور مكتمل وواضح ودقيق في مفهومه وتعريفاته وأركانه، فلا يمكن اختراقه أو التعدي عليه، وبذلك يحقق الحماية للقضاء واستقلاله.

المطلب الثاني: مصادر الدستور في القانون عامة وفي القانون الليبي خاصة

حدد الفقهاء أربعة مصادر للدستور يستمد منها أحكامه، وهي الفقه والقضاء، والعرف، والتشريع، وفيما يلي استعراض موجز لهذه المصادر قبل التطرق إلى مصادر الدستور في القانون الليبي مروراً على جميع المراحل الدستورية التي خاضها الشعب الليبي حتى يومنا هذا.

1_ مصادر الدستور عامة

أولاً: الفقه

كان الفقه في السابق يعتبر مصدراً للقانون، وبملاك صفة الإلزام، ومع التطور الذي طرأ على القانون بفروعه المختلفة، أصبح الفقه مصدراً مادياً للقانون، أي أنه الطريق الذي تتكون منه القاعدة القانونية، وتستمد منه مادتها وموضوعها، فلم يعد يعتمد عليه في تفسير النصوص التي يسنها المشرع، لذلك يسميه بعض الفقهاء بالمصدر التفسيري⁽¹⁾. فهو يمثل الناحية العلمية أو النظرية للقانون، ويظهر أثر الفقه في مجال القانون الدستوري الانجليزي أظهر منه في مجالات القوانين الأخرى، وذلك لأن النصوص الدستورية في إنجلترا قليلة جداً، مما اضطرها إلى أن تدرس الجانب الفقهي لحاجتها إليه⁽²⁾.

ثانياً: القضاء

ويتمثل في مجموعة الأحكام الصادرة من المحاكم أثناء تطبيقها للقانون على المنازعات المعروضة، وهي إما أحكام عادية أي مجرد تطبيق للقانون، وإما أحكام متضمنة لمبادئ غير منصوص عليها أو حاسمة لخلاف حول النص.

وكان القضاء مصدراً رسمياً، وأصبح الآن مصدراً مادياً، ويتمثل دوره في تفسير النصوص التشريعية كالفقه، ولكنه يختلف عن الفقه في أن الفقه يفترض أموراً محتملة لم تقع، ويفترض لها حلولاً مناسبة، ويردها إلى الأصول والنظريات، فالقضاء ينظر فقط فيما يعرض عليه من قضايا، ويفصل بينها. أما الفقه له طابع العمومية واستباق الأحداث ومسايرة التطور، ويمثل الناحية العلمية أو النظرية للقانون، بعكس

(1) - اسماعيل بدوي، مبادئ القانون الدستوري - دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، 1399هـ، القاهرة: دار الكتاب الجامعي، 57،

.60

(2) - المرجع السابق، 60، 61.

الدستور الذي يمثل الجانب التطبيقي والعملي. فالأحكام الدستورية في بريطانيا على سبيل المثال تدين كثيراً للسوابق القضائية التي أنشأت أحكاماً دستورية جديدة⁽¹⁾.

ثالثاً: العرف

اختلف الفقهاء في كون العرف مصدراً رسمياً للدستور على رأيين: الأول، لا يُقر بالعرف كمصدر رسمي للدستور إلا إذا أقره المشرع أو اعترف به القضاء، وبما أن العرف يمثل إرادة الشعب المنفردة، فلا يمكن تجاهله باتفاق معتدلي هذا الاتجاه. أما الرأي الآخر: فيعتبر العرف مصدراً رسمياً للدستور، ويلقى هذا الرأي تأييداً من معظم فقهاء الدستور⁽²⁾. لأنه⁽³⁾ من المعروف أن مصادر القواعد العرفية هي العادات والتقاليد التي تأتي على غرار قيام دولة، وذلك على مراحل متدرجة، ويصاحب ذلك استقرار مجموعة من القواعد التي تبين كيفية تنظيم سلطاتها، وعادة ما يكون مصدرها هو العرف.

ولكن مع التطور التاريخي، ظهرت الدساتير المكتوبة، وانتشرت في معظم دول العالم، فلم يعد العرف مصدراً رئيسياً لقواعد الدستور فيما عدا إنجلترا، فلم تعتمد الدساتير المكتوبة، لذلك كان العرف يحتل مكانة وأهمية كبيرة عند هذه الدول التي ليس لها دساتير مكتوبة.

رابعاً: التشريع

وهو سن القواعد القانونية، واكسابها قوتها الملزمة، عن طريق سلطة مختصة وفقاً لاجراءات معينة⁽⁴⁾. أخذ دور العرف يقل تدريجياً بازدياد تطور وتقدم الدول، وبذلك ازدادت أهمية ودور التشريع في وضع قواعد منظمة للمجتمع والانتقال إلى مرحلة التنظيم السياسي وقيام الدولة، وذلك لانه أصلح المصادر الرسمية وأكثرها ملائمة لحاجات الجماعة المتطورة، بعكس العرف الذي يتميز بالبطء في نشوئه وتطوره، فالتشريع أصبح المصدر الرسمي والرئيس للقانون بشكل عام وللدستور بشكل خاص⁽⁵⁾.

(1) - المرجع السابق، 62، 65.

(2) - المرجع السابق، 66، 67.

(3) - محمد حسن عبد العال، القانون الدستوري، 87، 89.

(4) - سعد عصفور، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، القسم الأول، 40، 41.

(5) - المرجع السابق، 40، 41.

ويحدد عادة السلطة المختصة بالتشريع في الدستور، وتسمى السلطة التشريعية، وكيفية ممارستها لواجباتها، وكيفية تكوينها، وقد تكون في الدولة الواحدة أكثر من سلطة تشريعية خاصة في الدول التي يكون دستورها غير مرن، فلا بد من وجود سلطة تأسيسية أو دستورية لإقرار وتعديل الدستور غير السلطة التشريعية العادية المختصة بالتشريع العادي، ولا يجوز لأي تشريع أن يخالف تشريعاً أعلى منه درجة. وعليه تنشأ ما يسمى برقابة مشروعية التشريع بفرعيها وهما: رقابة مشروعية التشريع العادي، والذي اصطلح عليه برقابة دستورية القوانين وهي من مباحث القانون الدستوري. والفرع الثاني، رقابة مشروعية التشريع الفرعي، وهي من مباحث القانون الإداري⁽¹⁾.

2_ مصادر الدستور في القانون الليبي خاصة

يجب أن يحوي كل دستور على مقومات رئيسية، يتضمنها الدستور وهي بشكل عام القواعد التي تبين شكل الدولة، ونوع نظام الحكم فيها وتحديد السلطات العامة، وعلاقتها ببعضها، وحقوق وواجبات الأفراد تجاه الدولة. جميع هذه الأمور يجب أن يتضمنها التشريع ويسنّها في قواعد قانونية، والسؤال الذي يُطرح الآن، ماهو المصدر الرئيسي للدستور الليبي؟

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نعود إلى مراحل التطور الدستوري في ليبيا ابتداءً من الدستور العثماني حتى قيام ثورة 17 فبراير 2011م. وهي كالآتي:

أولاً: في العهد العثماني:

هناك بعض الدساتير نصت صراحة على المصدر الرسمي أو الرئيسي في سن قواعدها، أما البعض الآخر يمكن الإشارة أو التلميح لمصدرها الرسمية، مثال ذلك الدستور العثماني الذي عبّر في قانونه الأساسي الصادر في الاستانة عام 1876م، في المادة 11) على "أن دين الدولة العثمانية هو الدين الإسلامي، ومع مراعاة هذا الأساس. . ." ⁽²⁾ ويفهم من هذا أن مصدر التشريع في الدستور العثماني هو الإسلام إبان الاحتلال العثماني للوطن العربي ولدولة ليبيا. ويبقى هذا المفهوم غير واضح، فلم يبين لنا ما إذا كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للدستور أم أنه المصدر الوحيد للدستور.

(1) - المرجع السابق، 41، 42.

(2) سالم الكبيتي، الدستور في ليبيا تاريخ وتطورات، 2012م، ليبيا: دار الساقية للنشر، ط2، 51.

ثانياً: في عهد الاحتلال الإيطالي:

لم ينص القانون الأساسي للقطر الطرابلسي الصادر بتاريخ أول يونيو 1919م،⁽¹⁾ على بيان مصدر التشريع في الدستور الإيطالي الذي أقرته إيطاليا من أجل تهدئة الأوضاع في ليبيا، إلى أن أقرت إيطاليا الدستور البرقاوي الصادر في 18 سبتمبر 1949م، في فصله الثاني والمتعلق بحقوق الشعب أن دين برقة هو (الإسلام) بشرط كفالة حرية العقيدة المطلقة والتعاليم الدينية، وحرية ممارسة الشعائر الدينية على أن تكون خاضعة لأحكام النظام والآداب العامة. ولم يُذكر في دستور المملكة الليبية المتحدة بعد حصولها على الاستقلال الصادر في 7 أكتوبر 1951م، أية ملامح تدل على بيان المصدر الرسمي أو الرئيسي للدستور، ولم يكن هذا العيب الوحيد الذي طال الدستور في مراحل السابقة الذكر.

ثالثاً: في عهد انقلاب 1969م:

ولأن الدستور السابق أصابه بعض القصور، وتلاعبت به بعض الأطراف، أعطى سبباً لظهور هذا الانقلاب، بحجة تصحيح المسار في ليبيا نحو الأفضل. فقد صدر عقب انقلاب سبتمبر، والذي ألغى الدستور السابق، وحلّ محله الإعلان الدستوري الصادر عن مجلس قيادة الثورة بتاريخ 11 ديسمبر 1969م، الذي ينص في المادة(2) على أنه " القرآن الكريم شريعة المجتمع، والإسلام دين الدولة. . . " (2)، وتعتبر الصياغة في هذا النص أفضل حالاً وأكثر وضوحاً عن سابقتها من الدساتير، حيث نص على أن القرآن الكريم هو مصدر التشريع في الدولة، ورغم هذا لم يحدد ما إذا كان المصدر الوحيد أو المصدر الرئيسي في الدولة، وظلّ هذا الدستور حبراً على ورق، وهذا يدلّ على سوء النية منذ البداية في عدم وضوح مضمون الدستور عند وضعه رغم وجود كثير من علماء وخبراء الدستور في ذلك الوقت.

وأصبحت المؤتمرات الشعبية هي السلطة التشريعية في الدولة، وهذا المصطلح جديد في القاموس السياسي، وفق معناها الذي تقصده النظرية العالمية الثالثة، أي أداة تشريعية تحلّ محلّ الأدوات

(1) المرجع السابق، 65، 106.

(2) المرجع السابق، 431.

التشريعية المعروفة في الدول الحديثة وهي المجالس النيابية بمختلف مسمياتها كمجلس النواب أو مجلس الشعب أو مجلس الشورى أو الأمة. . . الخ⁽¹⁾.

رابعاً: في ظل ثورة 17 فبراير:

يعتبر الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت بتاريخ 3 أغسطس 2011م، الأفضل والأشمل صياغةً ووضوحاً في بيان مصادر الدستور الليبي، حيث نص في المادة الأولى على أنه: "ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع. . . ." ⁽²⁾.

حدد هذا النص المصدر الرئيسي للتشريع في الدولة الليبية وهو الشريعة الإسلامية في ظل هذه الثورة المجيدة، وهذا ما يفترض أن تكون عليه الدساتير عندما تسنّ قواعد القانون، حتى لا يتعرض الدستور في مرحلة لاحقة إلى التعديل والتغيير مما يجعله ضعيفاً، ويتسبب في إثارة الفتن والثورات وعدم الاستقرار بين هذه الشعوب.

أنواع الدساتير

يتم تحديد نوع الدستور بحسب المعيار الذي يرجع إليه عند التحديد من حيث المصدر وكيفية التعديل. فمن حيث المصدر، يكون للدستور نوعان، دستور مدون ودستور غير مدون. أما بالنظر إلى كيفية التعديل، يكون للدستور نوعان أيضاً وهما: الدستور المرن والدستور الجامد، وفيما يلي توضيح ذلك:

أولاً: من حيث المصدر: وهي تنقسم إلى:

أ- الدساتير غير المدونة (العرفية): **unwritten constitution**

(1) إبراهيم أبو خزام، الوسيط في القانون الدستوري، 2001م، ليبيا: دار الكتب الوطنية، ط2، 419.

(2) المهدي محمد محمد بيانكو، حسين إبراهيم خليل، المدونة الدستورية الليبية، (1433هـ - 2012م)، القاهرة: دار الفكر العربي، ط2،

وهي الدساتير التي تستمد معظم أحكامها من العرف، فلا يتدخل الشرع في إصدارها، ولا تصدر في وثيقة رسمية، وإنما اشتقت أحكامها من العادات والتقاليد التي اكتسبت قوة العرف الدستوري عن طرق الاعتقاد بها وبإلزامها كقواعد أساسية واجبة الاتباع، ولا يمكن تعديلها أو إلغاؤها إلا بعرف مماثل لها⁽¹⁾.

والحقيقة أن تقسيم الدساتير إلى مدونة وغير مدونة، هو تقسيم نسبي فلا يوجد دستور في العالم إلا ويشمل أحكاماً صدرت عن طريق التشريع، وأخرى صدرت عن طريق المصادر الأخرى المتمثلة في العرف والقضاء، ومثال ذلك دستور إنجلترا حيث يعتبر المثال التقليدي للدستور غير المدون، وبالرغم من ذلك فهو يشمل وثائق رسمية لها أهميتها كالعهد الأعظم (Magnacharta)، الذي منحه ملك إنجلترا في سنة 1215م، وملتمس الحقوق سنة 1628م Potition of Rights وقانون الحقوق Bill of Rights، وقانون ثورات العرش سنة 1701م Act of Settlement، وقانون البرلمان سنة 1911م، Parliament Act⁽²⁾. هذا وإن بعض الحقوق كالحق في حرية التجمعات، وتكوين الأجزاء مصنونة في إنجلترا بالرغم من عدم ذكرها في أية وثيقة مدونة⁽³⁾. وتؤكد التجارب الدستورية في الدول ذات الدساتير المدونة أنه مهما يكن الدستور المدون للدولة مفصلاً، فلا بد أن ينشأ عقب صدوره ظروف وتطورات، تؤدي إلى نشوء أحكام جديدة تفسره، أو تكمله، أو تعدله، يكون مصدرها العرف أو القضاء⁽⁴⁾.

ويفهم من ذلك أن الدساتير العرفية أو الغير مدونة هي مستمدة من العادات والتقاليد الخاصة بهذه الدولة، وتتضمنها وثيقة خاصة، ولا يمكن تعديلها أو تغييرها إلا بعرف آخر. وتأسيساً على ذلك يكون الدستور الغير مدون أي المستمد من العرف أقوى من الدستور المدون، لأنه من الصعوبة بمكان تعديله أو تغييره إلا بقواعد عرفية مشابهة. وأيضاً فإن هذا يعني ان للعرف ركنين هما ركن مادي يتعلق بالسلوك وركن معنوي وهو الشعور بإلزامية هذا القانون، فهو ليس قانوناً عادياً بل هو قانون متجذر وخالصته عادات وتقاليد وقيم هذه البلد.

(1) السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، 1949م، القاهرة: المطبعة العالمية، ط4، 220.

(2) سعد عصفور، القانون الدستوري والنظم السياسية، القسم الأول، 75.

(3) جوندوين كارتر وجون هيرز، نظام الحكم في السياسة، 1962م، القاهرة: دار الكرنك للنشر والطبع، 76.

(4) - المرجع السابق، 75.

ب- الدساتير المدونة: Written Constitution

انتشرت حركة تدوين الدساتير بعد استقلال الولايات المتحدة الأمريكية ووضعها لدساتيرها المدونة⁽¹⁾. حيث أصبح الدستور المدون من خصائص الدول المعاصرة، وانتشر في معظم دول العالم، وبذلك أصبح النظام السائد في هذه الدول⁽²⁾. ومن أسباب انتشار الدساتير المكتوبة هو انتهاء الحرب العالمية الثانية، وتوقف المد الاستعماري عن كثير من دول العالم، أدى ذلك إلى قيام دول وطنية، قامت بدورها بوضع دساتير مدونة مؤكدة في ذلك على كيانها السياسي والدولي⁽³⁾.

ويمكن السؤال هنا في أيهما أصلح وأقوم لتحقيق الحماية الدستورية لاستقلالية القضاء؟ هل الدساتير المدونة هي التي تكفل الحماية الدستورية لاستقلال القضاء أو أي سلطة من سلطات الدولة الأخرى، أم الدساتير غير المدونة وهي (العرفية)؟

والجواب هو أن فقهاء القرن الثامن عشر اتفقوا على وجوب كتابة الدساتير، بل هم أول من كانوا يرون ذلك للأسباب الآتية⁽⁴⁾: أ- إن تدوين الدستور هو من أفضل الوسائل لرفع مستوى المواطنين، ومساعدتهم على معرفة حقوقهم. ب- إن الدستور الجديد الذي يوضع بإرادة الأمة هو تجديد للعقد الاجتماعي، وحتى يكون ملزماً ويسهل الرجوع إليه يجب أن يكون مدوناً، بحيث لا يفقد قيمته الجوهرية.

إلا أن بعض الفقهاء يرون أن الواقع الأهم في الحقوق الأساسية تكون للعرف والعادة⁽⁵⁾، وذلك لأن التعديلات الطفيفة والتغيرات البسيطة التي يقتضيها الزمان قد تمكن بهذه الطريقة أكثر من غيرها، ومثالهم على ذلك المملكة المتحدة التي تستند على العرف والعادة.

ويمكن القول: إن الدساتير المكتوبة لها عدة مميزات، منها الوضوح والدقة والسرعة في إعداد هذا النوع من الدساتير، كما أنها تعطي فرصة للشعب للتعرف على حقوقهم والتمسك بها، كذلك يستنتج مما

(1) المرجع السابق، 76.

(2) الطهراوي، هاني على، النظم السياسية والقانون الدستوري، 2006م، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 340.

(3) المرجع السابق، 342.

(4) السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، 1949م، 221.

(5) فيضي الموصللي، مجموعة محاضرات القيت في مدرسة الحقوق، 1339هـ، بغداد: مطبعة العراق، 55.

سبق بيانه أيضاً أن الدساتير المكتوبة يستفاد منها في المقام الأول الدول الاتحادية، والتي تطبق النظام الفيدرالي مثال إنجلترا، وذلك حتى يسهل توزيع الاختصاصات فيما بين حكومات هذه الولايات داخل الدولة، ورغم اختلاف وجهات النظر حول أيهما أصلح، الدساتير المدونة أم الغير مدونة في تحقيق العدالة، وضمان حماية مصالح الشعب، والمتمثلة في عدم الخلط بين السلطات في الدول أو تعدي إحداها على الأخرى. فإن الباحث يرى ضرورة الجمع بين القواعد والقوانين العرفية الغير مدونة والقواعد المدونة ووضعها في إطار واحد، فلا تعني واحدة دون الأخرى، نظراً لما يتضمن كل نوع من هذه الدساتير على العديد من الخصائص والمميزات. فهناك قواعد لا يجوز تعديلها أو تغييرها مهما تواتت عليها أنواع الحكومات في الدولة، ومنها قواعد تحديد السلطات والفصل بينها، فلو اعتبرناها قواعد مدونة فسيكون مصيرها التغيير أو التعديل بمجرد ظهور حكومة جديدة، أما إذا نظرنا إليها على أنها قواعد عرفية فلا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا بقاعدة عرفية أخرى. فيصبح من الصعوبة إلغاء القوانين العرفية. وعليه يجب أن يكون كل دستور مكتوب بجواره بعض الأعراف السائدة.

فعلى سبيل المثال يوجد إلى جانب الدستور العرفي في الدولة الاتحادية (إنجلترا) بعض الوثائق المدونة، وأيضاً في الدستور اللبناني الصادر عام 1926م، لا ينص على توزيع المناصب العليا في الدولة على المذاهب الدينية، ولكن التقاليد والأعراف قضت بغير ذلك⁽¹⁾.

وفي الواقع أن الدستور المكتوب مهما كانت براعة واضعيه، وسعة خيالهم، إلا أنه يولد ناقصاً في بعض تفاصيله، وفي كيفية عمل هذه النصوص، وممارسة السلطة بمقتضاها، ولهذا فإن الممارسة العملية ترسي قواعد عرفية مصاحبة لنصوص الدستور تذهب نحو استكمال نقص النصوص أو عدم وضوحها أو تفسيرها⁽²⁾.

ثانياً: من حيث كيفية التعديل:

تنقسم الدساتير حسب هذا المعيار إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة وهي كالاتي:

أ- الدساتير الجامدة: Constitutions rigides

(1) الدستور اللبناني الصادر عام 1962م، والتعديلات التي طرأت عليه.

(2) إبراهيم أبو خزام، الوسيط في القانون الدستوري، 2002م، ليبيا: دار أوبا للطباعة والنشر، ط2، 55.

يقصد بالدستور الجامد هو ذلك النوع من الدساتير الذي يتطلب إصداره أو تعديله إجراءات خاصة أشد من تلك الإجراءات المتبعة في إصدار أو تعديل القوانين العادية⁽¹⁾. بالإضافة إلى أن المشرع الاعتيادي في حالة الدستور الجامد لا يستطيع أن يمس الدستور بقوانينه، وهذا يعني أن الدستور لا يعدل ولا يلغى إلا على وفق إجراءات تختلف عن الإجراءات المخصصة لصناعة القوانين، فالدستور يكون جامداً، أي أنه يقاوم أو يجمد محاولات تغييره من المشرع⁽²⁾. وتنقسم الدساتير الجامدة إلى دساتير تُحظر التعديل، ودساتير تجيزه بشروط خاصة:

1- دساتير جامدة تحظر التعديل:

هذا النوع من الدساتير في الحقيقة لا ينص على الحظر فيها صراحة، وإنما يتم اللجوء إلى الحظر الزمني، أو الحظر الموضوعي، ويقصد بالحظر الزمني، حماية الدستور فترة من الزمن لضمان نفاذ أحكام الدستور كلها أو جزء منها، فترة تكفي لتثبيتها قبل أن يسمح باقتراح تعديلها، ومثال ذلك دستور الاتحاد الأمريكي الصادر سنة 1789م، والذي حظر تعديل بعض أحكامه قبل سنة 1808م، أما الحظر الموضوعي فيقصد به، حماية أحكام معينة، بحيث لا يمكن تعديلها، ويكون هذا عادة للأحكام الجوهرية في الدستور، لا سيما ما يتعلق منها بنظام الحكم المقرر، ومثال ذلك الدستور الفرنسي لسنة 1875م، حيث نصت المادة الثامنة منه، وفقاً للفقرة المضافة إليها في 14 أغسطس 1884، بأنه لا يجوز أن يكون شكل الحكومة الجمهوري محلاً للتعديل⁽³⁾.

2- دساتير جامدة تجيز التعديل بشروط خاصة:

تختلف هذه الدساتير في كيفية تعديلها، والشروط المعتبرة لذلك، ويرجع هذا الاختلاف لاعتبارين، أحدهما سياسي، والآخر فني، أما السياسي فيتمثل في أن التنظيم المقرر لتعديل الدستور لا بد وأن

(1) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والنظم السياسية، الإسكندرية: منشأة المعارف، 75.

(2) منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدستور)، 1981م، بغداد: دار القادسية للطباعة، 35.

(3) سعد عصفور، القانون الدستوري والنظم السياسية، 77، 78.

يرعي جانب السلطات التي يقوم عليها نظام الحكم، وأما الاعتبار الفني، فيتمثل في أسلوب الصياغة المأخوذ بها عند وضع الدستور⁽¹⁾.

ب-الدساتير المرنة: Constitutions Souples

وهي التي يمكن تعديلها بنفس الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية، وعن طريق ذات السلطة التي تعدل القوانين العادية أي البرلمان، وبالإجراءات نفسها العادية لتعديل التشريع العادي⁽²⁾. وتعد إنجلترا من أشهر الدول ذات الدستور المرن، ويتم وضع وتعديل النصوص الدستورية بذات الطرق المعتدة لوضع وتعديل القانون العادي. وفي ظل هذا النظام لا يمكن من حيث الشكل، التفرقة ما بين الدستور والقانون العادي، فكلاهما يصدر ويعدل من نفس الجهة، فالقانون الذي ينظم مواعيد فتح المحلات العامة، والقانون الذي ينظم وراثه العرش، يتم وضعها بذات الطريقة، بل أنها تحظى بذات القوة القانونية⁽³⁾.

ويترتب على ذلك أن الدستور المرن لم يعد يعلو على من يمارس السلطة في الدولة أي المشرع، ولا على ما يضعه من قواعد قانونية، ذلك لأن القواعد الدستورية تفقد قيمتها الحقيقية ولا تعلو بعد الآن على القوانين التي يقوم بوضعها المشرع، فيمكنه أن يعدل أي مادة من مواد الدستور بنفس الطريقة والإجراءات التي يأخذ بها عند تعديله أو إلغائه أي قانون اعتيادي⁽⁴⁾.

ويمكن القول: إن الدستور المرن فقد أهم صفة يجب أن يتميز بها الدستور، وهي سموه على كافة التشريعات، وبذلك يكون قد افتقر للضمانة الحقيقية للمواطنين في مواجهة السلطة العامة، ويتحول الشعب من أصحاب سلطة إلى الوقوع تحت رحمة الحكومة، فيمكنها بأغلبيتها العادية أن تتلاعب بنصوص الدستور في المجلس النيابي، وخاصة أن هذه المشكلة هي مشكلة العصر، حيث تسيطر السلطة التنفيذية على ضمانة الحقوق والحريات العامة في الدولة.

(1) سعد عصفور، 196.

(2) محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، الاسكندرية: دار المعارف للنشر، 29.

(3) إبراهيم أبو خزام، الوسيط في القانون الدستوري، 2002م، ليبيا: دار أويا للطباعة والنشر، ط2، 59.

(4) منذر الشاوي، القانون الدستوري، 31.

ولعل ذلك الأمر هو الذي دفع إلى ابتكار فكرة الحظر الزمني والموضوعي السابق الذكر، وذلك لسد أبواب التغيير أمام الفئة الحاكمة أو المسيطرة في الدولة. ورغم أن هذا الاتجاه - الحظر بنوعيه - قد لقي معارضة عند بعض الفقهاء⁽¹⁾.

كما تبين لنا أن أهم نتيجتين لجمود الدستور هما: أن الدستور هو مصدر السلطات، وكذلك الرقابة الدستورية على القوانين، وهذا نتيجة لسمو الدستور على القوانين العادية. فإن الهدف من تعزيز جمود الدستور هو إعطاؤه نوعاً من الثبات والاستقرار⁽²⁾. إلا أن الباحث يؤيد هذا الحظر، وذلك نتيجة للواقع المرير الذي تعاني منه بعض الدول وعلى رأسها ليبيا، من تدخلات أصحاب السلطة في القوانين العامة للدولة والتي لا يجوز المساس بها أو تعديلها إلا وفقاً لقواعد وقوانين معينة، وهذا ما سيأتي بيانه تفصيلاً لاحقاً.

(1) فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية، 1963.

(2) عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، جامعة الكويت، 1995م، 15.

المطلب الثالث: مراحل التطور الدستوري في ليبيا

أن نشأة الدساتير جاءت لتلبية حاجات وآفاق بناء الدولة الحديثة ووضع حدود منظورة وملموسة للحقوق والواجبات. وإن كل دولة لا بد أن تسعى إلى وضع أو إنشاء دستور لها، فقد ارتبطت نشأة الدساتير في الدول العربية إلى حد ما بظروف تاريخية من ناحية ومدى تبني أسس الديمقراطية واستقرارها من ناحية أخرى، فقد ارتبطت هذه الظروف بفكرة السيادة في الدولة. كما أن الأسلوب المتبع في وضع الدستور يتأثر بنظام الحكم القائم في الدولة، مع مراعاة الظروف السياسية المحيطة، خاصة الدول العربية التي خضعت لحقبة من الزمن للاستعمار بأشكاله المختلفة، وعليه فإن إقامة الدستور ووجوده في الأنظمة السياسية قد اقترن كثيراً بالنضال من أجل الحرية والديمقراطية. لذلك يختص هذا المبحث بدراسة المراحل التاريخية لنشأة وتطور الدستور في ليبيا كإحدى الدول العربية التي ناضلت من أجل الحصول على حريتها واستقلالها، ثم البحث في مصادر الدستور وأثره في حماية استقلال القضاء خلال الفترة منذ نشأة الدستور في ليبيا إلى قيام ثورة 17 فبراير المباركة. وقبل الخوض في هذه المطالب يجب إضافة مطلب آخر يتمثل في اعطاء لمحة تاريخية عن نشأة الدساتير في الدول العربية بعد خلاصهم من الاستعمار، وذلك للمقارنة بين تشابه واختلاف ظروف هذه الدول مع ليبيا.

أولاً: تاريخ نشأة الدساتير في الدول العربية

ارتبطت نشأة الدساتير في الدول العربية وظهورها بمرحلتين أساسيتين وهما: مرحلة ما قبل الاستقلال، ومرحلة ما بعد الاستقلال، وسيأتي بيانهما كالاتي:

أ- مرحلة ما قبل الاستقلال:

إن العديد من المجتمعات العربية كان لها دور كبير في الضغط على المحتل، وذلك لغرض وضع أسس سياسية ودستورية لتنظيم الحياة السياسية، فاستجابت هذه الدول الاستعمارية لمطالب هذه الشعوب، ولكن من خلال وضع مفاهيم ومبادئ وأسس دستورية ولو شكلية، فلم يعبر هذا عن تطلعات ورغبات هذه الشعوب، ونتيجة لتنامي الوعي الوطني يوماً بعد يوم لدى هذه الشعوب، ازدادت المطالبة بوضع دستور يغيره الشعب، ويعبر من خلاله عن حاجاته وتطلعاته، مما اضطر هذه الدول الاستعمارية

للاستجابة وتشريع العديد من الدساتير⁽¹⁾، منها على سبيل المثال القانون الأساسي للأردن سنة 1982م، فقد وضع بطريقة تعزز هيمنة الاستعمار الإنجليزي على الأردن، ولا يحقق مطالب وتطلعات هذا الشعب⁽²⁾. ومن الدساتير أيضاً التي شرعت من قبل المستعمر المصري الصادر سنة 1923م، بناءً على بلاغ الحكومة البريطانية وعلى لسان مندوبها السامي اللورد اللبني إلى السلطان أحمد فؤاد في 28 شباط 1923م، أن بريطانيا لا تمنع في وضع دستور يتضمن قيام حكومة مسؤولة وبرلمان يختص بالإشراف والرقابة على السياسة والإدارة المصرية⁽³⁾.

ومن المعروف أن الدول العربية خضعت لمراحل عديدة من الهيمنة الاستعمارية، ووقعت هذه الشعوب تحت الانتداب لسنوات طويلة أثر فيها وفي بنيتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، لذلك أصبحت المجتمعات العربية تحت رحمة هذه الدول، ومقيدة بما تفرضه عليها من قيود. ووضعت هذه الدول المستعمرة الدستور في إطار شكلي لا يضر بمصالحها الاستعمارية من أجل إخماد ثورات هذه الشعوب ومحاصرتها، وما كان من هذا النظام الدستوري إلا إحكام السيطرة، وتذليل الصعوبات أمام هذا الاستعمار.

ب- مرحلة ما بعد الاستقلال:

بعد أن نالت الدول العربية استقلالها، أصبح لزاماً عليها أن تقدم نفسها إلى الأمم المتحدة كدول ذات تنظيم دستوري، وان تقدم وثيقة براءة ذمة على أنها أصبحت دول مستقلة، رغم الاختلافات الحاصلة بينها وبين الدول الغربية سواء على مستوى البناء الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي⁽⁴⁾. ولهذا فإن أكثر البلدان العربية التي نالت استقلالها من الدول المستعمرة، شرعت لها دساتير مكتوبة لإثبات هويتها من خلال الإخذ بالشكل الدستوري الذي كان معتمداً سابقاً في الدول المستعمرة⁽⁵⁾؛ لذلك فإن أغلب الدساتير التي بدأت بها الحياة الدستورية في الدول العربية قد دونت بشكل مماثل لدساتير الدول التي كانت خاضعة لها، على الرغم من أن أغلب هذه الدول تفتقر إلى المؤسسات الحديثة، الاجتماعية والثقافية والسياسية

(1) أسامة عبد الرحمن، المأزق العربي الراهن، 1999م، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 52.

(2) نعمان أحمد الخطيب، مبادئ القانون الدستوري، 1993م، عمان: منشورات جامعة مؤتة، 61.

(3) أسامة عبد الرحمن، المأزق العربي الراهن، 52.

(4) العاني، حسان محمد شفيق، الدستور، 1981م، بغداد: مطبعة جامعة بغداد، 66.

(5) العاني، حسان محمد شفيق العاني، 1986م، بغداد: مطبعة جامعة بغداد، 16.

والإدارية والاقتصادية، ونتج عن هذا فقدان الاستقرار الدستوري في هذه الدول، لا سيما في المراحل الأولى من الاستقلال⁽¹⁾. والأمثلة على ذلك عديدة منها الدستور الجزائري الذي صدر سنة 1963م، وكان متأثراً بالروح الاشتراكية إلى عام 1986م، عندها تخلت الجزائر عن الاشتراكية وأصدرت دستوراً جديداً⁽²⁾. وأيضاً دستور المملكة المغربية سنة 1962م، فقد استلهمت نصوصه من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة، وتأثر به⁽³⁾.

وبما أن أغلب الدول العربية تفتقر إلى كيان دستوري حقيقي نابع من قوميتها وتاريخها وأعرافها، كان ذلك سبباً مباشراً لوضع دستور مكتوب إلى جانب اقتناء وتدوين وثيقة دستورية للانضمام في المجتمع الدولي، ومنها الكويت إذ إنها قبلت في جامعة الدول العربية سنة 1961م، بمجرد إعلان استقلالها، ولم تقبل في الأمم المتحدة، ولم تنضم إلى المجتمع الدولي إلا في سنة 1963م، أي بعد صدور دستورها سنة 1962م⁽⁴⁾. والنتيجة أن النظم السياسية في الدول العربية عملت على فرض النظام السياسي ومؤسساته من الدول الغربية، وخاصة في مرحلة ما بعد الاستقلال، أو أن يكون من وضع خبراء أجانب غربيين، فالاعتماد الكلي كان على الأخذ بالدساتير الغربية⁽⁵⁾.

ويمكن القول: إن الدول العربية لم تكن ثمرة طبيعة لتطور مجتمع ذاتي في ذلك الوقت، لهذا اعتمدت هذه الدول على تجارب وثقافات الشعوب الغربية، واقتباس حضارتهم، مما شكل فجوة واسعة في مجال تطبيق الدساتير، لاختلاف الظروف والقيم بين هذه المجتمعات، وبطبيعة الحال فإن هذا يؤدي إلى حالة من عدم الاستقرار الدستوري، فيجب أن يأتي الدستور على أرضية ثقافة البلاد وتاريخها وتقاليدها وظروفها. وعليه عند وضع أي دستور من قبل أي دولة من الدول العربية لا بد لها من معرفة طبيعة الأوضاع السائدة

(1) Dell-G Hitchner and Caral Levine Comparative Government and Politics Seven Printing ,Dodd ,Meadand and company ,Inc ,New York ,1973. P. 45-46.

(2) نيفين مسعد، علاء الدين هلال، النظم السياسية العربية قضايا الاستعمار والتغيير، 2000م، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ط1، 135.

(3) الكروي، محمود صالح، التجربة البرلمانية في المغرب، 1999م، جامعة بغداد: كلية العلوم السياسية، 87. رسالة دكتوراة غير منشورة.

(4) المشهداني، محمد كاظم، النظم السياسية، 1991م، جامعة الموصل، 254.

(5) عبد الرضا الطعان، الديمقراطية الأمريكية في الوطن العربي في النظام الدولي الجديد، 1992م، بغداد: المجلة العربية للعلوم السياسية،

سواءً على الصعيد السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو الثقافي أو غيرها، حتى لا تنتقل الصيغ والقواعد الدستورية الغربية إلى مجتمعاتها. ويفهم من ذلك أن هذه الدساتير لم تحقق الفائدة المرجوة من تحقيق العدالة والاستقلال، وتحديد نظام السلطات في الدولة والفصل بينها.

وهذا ما ذهب إليه الفقيه كارل لوفنشتاين، حيث أشار إلى أنه رغم شرعية الدستور في البلاد العربية، لكن ليس له وجود حقيقي، وأطلق على هذا النوع من الدساتير (بالدساتير الاسمية)، واعتبرها مجرد إعلان دستوري أولي للمباديء، وبالمقابل ذكر أن أي ثقافة شعب مسألة ضرورية وحتمية لكي يكتسب دستوراً صفتها الحقيقية⁽¹⁾.

ثانياً: نشأة وتطور الدستور في ليبيا:

ويمكن تقسيم ظهور الدستور في ليبيا إلى عدة مراحل تاريخية وهي كالآتي:

الظهور الأول للدستور في ليبيا:

إن أول تجربة دستورية عاشها الشعب الليبي سنة 1876م في مطلع عهد السلطان عبد الحميد الثاني، ودامت ثلاث سنوات، كانت فيها البلاد تخضع سياسياً للباب العالي في الأستانة، وتكون هذا الدستور من (119) مادة، ثم عطل العمل به، واتهم معارضيه بالاستبداد، وظهر ما يسمى بالحرية والمشروعية من أجل إقالة السلطان العثماني عام 1909م، وبذلك حصل أبناء ورعايا الدولة على فرصة المشاركة والتعبير والتي كانت حكراً على طبقة معينة، وترتب على ذلك إعادة العمل بالدستور. ثم انسحب العثمانيون من ليبيا بموجب معاهدتهم مع إيطاليا في أووشي لوزان سنة 1912م⁽²⁾.

الظهور الثاني للدستور:

وفي يونيو سنة 1919م، أصدرت إيطاليا القانون الأساسي أو الدستور لمدينة طرابلس، والذي حاولت من خلاله تنظيم الحياة السياسية من وجهة نظرهم، واشتمل هذا الدستور على أربعين فصلاً،

(1) Karl Lovensteine – la valeur des constitutions dans une Epoque Revolutionarie ,Revue Fransaise du science: Politiqwe ,volume. 11- 1952. P. 21.

(2) سالم الكبيتي، الدستور في ليبيا تاريخ وتطورات، 2012م، ليبيا: دار الساقية للنشر، ط2، 9.

معظمها يتعلق بمصالح الإيطاليين في ليبيا، وبعض الوعود التي ظلت حبراً على ورق بشأن تكوين مجلس نواب محلي، وتحقيق أسس العدالة، وفي الواقع كان مصير مشروع هذا الدستور الفشل⁽¹⁾.

وبعد إعلان دستور طرابلس بأربعة أشهر أعلنت الحكومة الإيطالية عن دستور برقة في 13. 10. 1919م، ومنحت بموجبه الجنسية الإيطالية لليبيين، ثم تلى ذلك صدور القانون الأساسي لبرقة الذي نتج عنه تأسيس البرلمان (مجلس النواب) وكان مقره في برقة. وهذه الفترة مرّت بمرحلتين:

المرحلة الأولى: وهي التي أسس فيها مجلس النواب عام 1921-1923م، وامتازت هذه المرحلة بالهدوء، وكان يسعى من خلالها الإيطاليون لتحقيق أهدافهم ومصالحهم عن طريق هذا المجلس، وباسم الدستور، تحت ستار تعليم الديمقراطية. ثم حدث الانقلاب الفاشي ووقفت إيطاليا المجلس، وأعدت احتلال اجدايبيا، وطاردت بعض أعضاء المجلس.

أما المرحلة الثانية: استدعت إيطاليا من بقي من الأعضاء السابقين للمجلس لمواصلة عضويتهم، بسبب تصاعد القتال ضد الجيش الإيطالي في تلك الفترة، فحاولت تهدئة الأوضاع، وأضافت أعضاء جددًا في المقاعد الشاغرة للمجلس، وافتتح المجلس أعماله في يونيو عام 1925م، ولم يكن من المجدي نجاح الدستور والعملية الديمقراطية في مواجهة الاحتلال الإيطالي فقد ألغت إيطاليا كل تعدياتها، وهيمنت على سير أعمال المجلس ونظامه، كما أن إعلان الدستور الليبي أوجد قلقًا لدي أبناء الشعب الليبي؛ لأنه سيكون الاعتراف الكامل أو السلطة الكاملة للدولة الإيطالية فوق الأراضي الليبية⁽²⁾.

ويمكن القول: إن الشعب الليبي خاض في وقت مبكر التجربة الدستورية والبرلمانية تحت سطوة الاستعمار سواء كان في العهد العثماني أو أثناء الاحتلال الإيطالي، فقد كان الشعب الليبي يعاني من الفقر والجوع وقلة التعليم، لذلك لا يمكن اعتبار حوضهم للتجربة الدستورية نجاحًا رغم حذرهم، وعدم درايتهم بمحاولات المستعمر لاستدراجهم لتحقيق مصالحه، فما كان هو نتاج نقص الوعي والفهم لمعنى الدستور والحياة البرلمانية وكيفية حمايتها والدفاع عنها في ذلك الوقت، فاستغل الاستعمار بساطة الشعب الليبي،

(1) سالم الكبيتي، الدستور في ليبيا تاريخ وتطورات، 2012م، ليبيا: دار الساقية للنشر، ط2، 19، 21. محمد مصطفى بازامة، بنغازي متصر فيلك، 1994م، قبرص، دار الحوار، ج3. إيفاز برتشارد، السنوسييون في برقة، 1969 ترجمة: عمر الديراوي بوحجلة، بيروت: المطبعة العربية،

(2) المرجع السابق، سالم الكبيتي، 30، 31. غرسياني، برقة الهدأة، 1980م، بنغازي: دار مكتبة الأندلس، ط3، 24.

وعدم وعيهم بأمور السياسة أحسن استغلال. وبذلك تكون انتهت تجربة مجلس نواب برقة، وظلّ الدستور بلا معنى.

وفي المرحلة الثالثة: وبعد أربع سنوات من عمر التجربة الثانية في تحقيق الحياة الدستورية والبرلمانية، عقدت مفاوضات سيدي رحومة لإيقاف الحرب ووضع هدنة في يونيو 1929م، بين المجاهد الكبير عمر المختار والمارشال بادوليو، واتفقا فعلاً على هدنة مدتها شهران، طالب فيها المجاهد الكبير عمر المختار عدة شروط من بينها تأسيس حكومة وطنية ذات سيادة قومية لكل من طرابلس وبرقة يرأسها زعيم مسلم، ودعوة جمعية تأسيسية لسن دستور للبلاد، وانتخاب الأمة مجلساً نيابياً حائزاً على الصلاحية التي يخولها إياه الدستور. ولم ترد الحكومة الإيطالية على هذه الشروط، ونقضت الهدنة، وانتهى الأمر بإعدام المجاهد الكبير عمر المختار في 16. 9. 1931م.

الظهور الثالث للدستور (عقب الحرب العالمية الثانية)

في أواخر عام 1939م، وبعد قيام الحرب العالمية الثانية، هُزمت إيطاليا الفاشستية وحلت محلها الإدارة العسكرية البريطانية في ليبيا، اعتباراً من عام 1943م⁽¹⁾. ونتج عن ذلك عدة أمور كانت في الغالب في صالح الشعب الليبي وهي كالآتي:

بدء حراك سياسي تكونت من خلاله الأحزاب في كل من طرابلس وبرقة.

صدرت الصحف وبرزت الآراء والنقاشات والحوارات بين كل الأطراف والقوى الوطنية.

تنازلت إيطاليا عن مستعمراتها ومن ضمنها ليبيا عقب معاهدة الصلح التي أبرمت في 1945م.

انتشار الوعي السياسي لدى الليبيين، مما جعلهم يهتمون بمصير بلادهم. ومكنهم هذا من مواجهة كل الأعباء السياسية التي كانت تدور في الخفاء والعلن. وانتهى الأمر بتعزيز قضية الليبيين وتأييدها من قبل الأمم المتحدة.

(1) غرساني، برقة الهدأة، 1980م، بنغازي: دار مكتبة الأندلس، ط3، 312.

إعلان استقلال برقة في 1. 6. 1949م، من قبل الأمير إدريس السنوسي، كما أعلن توليه السلطات الثلاثة التنفيذية والتشريعية والقضائية، حتى تشكيل حكومة وطنية دستورية تصدر قانونًا للانتخابات، وتكوين مجلسًا للنواب.

صدور الدستور البرقاوي في عام 1949م، بمعاونة بعض فقهاء القانون الدستوري في مصر، وتضمن هذا الدستور عشرة فصول، و68 مادة بينت من خلالها حقوق الشعب الليبي وتفصيل مسؤوليات السلطات الثلاثة. وغيرها من أسس⁽¹⁾..

مراحل تأسيس الدستور في ليبيا ما بين (1951م، 2011)

قسم الباحث مراحل تأسيس الدستور في ليبيا إلى أربعة مراحل، المرحلة الأولى أطلق عليها مرحلة ما قبل ظهور الدستور وتعلق بتأسيس الدستور البرقاوي الجديد عام 1951م، ثم مرحلة ما بعد ظهور البترول وإلغاء النظام الفيدرالي، وإعلان الوحدة الإدارية عام 1963م، ثم مرحلة الانقلاب (ثورة الفاتح 1969م، أما المرحلة الأخيرة فتتمثل في ثورة 17 فبراير عام 2011م، ويهدف الباحث من هذا التقسيم هو عدم الخلط بين هذه المراحل، وبيان نتائج كل مرحلة على حدة.

وسيرد ذكرها كالاتي:

المرحلة الأولى للدستور: (ما قبل ظهور البترول)

تنفيذاً لقرار الأمم المتحدة تأسست الجمعية الوطنية عن طريق اللجنة التحضيرية التي قامت بدورها بتعيين 60 عضواً بنسبة 20 عضواً عن كل إقليم. يتم تمثيلهم بطريق الاختيار وليس الانتخاب.

وبعد أن تأسست الجمعية الوطنية، وافتتحت أول جلساتها في يوم 25. نوفمبر 1950م، كان هدفها الأول هو بناء مستقبل ليبيا وشكل حكمها ووضع دستورها، ووضعت الجمعية لائحة بإجراءات عملها تكونت من 43 مادة، وحددت اختصاصها في المادة الثانية بإعداد دستور الدولة الليبية بما فيه نوع الحكومة وفقاً للفقرة الثالثة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في 21 نوفمبر 1949م، وقامت هذه

(1) سالم الكبيتي، الدستور في ليبيا تاريخ وتطورات، 2012م، ليبيا: دار الساقية للنشر، ط2، 37.

الجمعية بتشكيل لجنة لإعداد دستور البلاد، تتكون من 17 عضواً ورئيس، على أن تقدم هذه اللجنة مشروعاً للدستور وأن تضع نصوصه.

عقدت هذه اللجنة 96 جلسة واطلعت على عدة دساتير عربية وإسلامية وأجنبية واستفادت منها، واهتدت أيضاً بإعلان حقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948م، كما وضعت هذه اللجنة المواد المتعلقة بالنظام الملكي في ليبيا والبرلماني والحكومة، وانتهت إلى صياغة 12 فصلاً و 213 مادة. ثم انتهت الجمعية من وضع الدستور وإقراره في اجتماعها بينغازي يوم 7 أكتوبر 1951م، ووضعت في نصوص لحظر تعديله أو إلغاء نص من نصوصه إلا بموافقة البرلمان، وبناءً عليه أعلن الملك إدريس الاستقلال في 24. 12. 1951م⁽¹⁾.

ويمكن القول: إن هذه المرحلة كانت منظمة في وضع الدستور برغبة حقيقية نابعة من الشعب الليبي في الحصول على حقوقهم وحررياتهم، ونتيجة للتجارب التي خاضها هذا الشعب من حيل وأساليب استعملها الاستعمار الإيطالي في وضع دساتير هشة وضعيفة لا قيمة لها في حياة الشعب الليبي، بل كانت تخدم مصالح هذا الاستعمار وأطماعه في السيطرة على مقدرات وخيرات هذه البلاد. لذلك كان هذا الدستور الجديد حصيلة هذه التجارب، فوضع على قواعد صحيحة وهي:

- 1- أن هذا الدستور تم تأسيسه نزولاً عند رغبة الشعب، وحقهم في إرساء دعائم دولة ليبيا الحديثة.
- 2- تمت الاستعانة بخبراء من الخارج، من أجل تلقيح وتنقية الدستور من أي قصور أو عجز. ويرتقي إلى المستوى اللائق بدولة ليبيا.
- 3- الجمعية التي وضعت الدستور هي من اختيار الشعب الليبي لا سلطان عليها، تقوم بأعمالها وفقاً لما تراه مناسباً دون خوف أو إكراه كما في السابق.

- 4- أن تتكون الجمعية الوطنية من جميع أنحاء ليبيا دون استثناء، يدعم ويرفع من قيمة الدستور، ويجعله من أرقى الدساتير في العالم. وفي محصلة هذا الحديث أن الدستور الجديد الذي صدر بعد الحرب

(1) المرجع السابق، 40، 41. المهدي محمد محمد بيانكو، حسين إبراهيم خليل، المدونة الدستورية الليبية، (1433هـ - 2012م)،

القاهرة: دار الفكر العربي، ط2، 313.

العالمية الثانية في عام 1051م، كان الأفضل عن مسبقه من الدساتير الوهمية في ليبيا والتي سبق الحديث عنها، في ظل الاحتلال الايطالي.

المرحلة الثانية للدستور: (بعد ظهور البترول)

صاحب ظهور البترول في ليبيا والشروع في تصديره عام 1961م بعض التداخلات والمشاكل بين الحكومة الاتحادية والولايات، على اعتبار أن النظام الإداري في ذلك الوقت كان فيدرالياً، وذلك لبعده المسافة بين الأقاليم الثلاثة وصعوبة التواصل معها، مما دعى الأمر إلى إجراء بعض التعديلات في مواد الدستور بما يوافق الظروف المحيطة به، وتم إجراء التعديلات بالتشاور مع مجلس الأمة وموافقة الملك في ديسمبر 1962م، وانتهى الأمر بإلغاء النظام الفيدرالي وإعلان الوحدة الإدارية الشاملة بخطاب الملك إدريس يوم الجمعة 26. 4. 1963م، وأضحت ليبيا بناءً على الإلغاء الفيدرالي، والعمل بالنظام الجديد تضم عشرة مقاطعات يدير شؤونها محافظون ومتصرفون.

وبعد هذه المرحلة التي مرّ بها الشعب الليبي كان لا بد من وجود بعض الانحرافات والظواهر السلبية التي أحدثت بعض المخالفات والتزويرات في الدستور مما اضطر الملك إلى حل البرلمان، وإجراء انتخابات جديدة، وترتب على عدم احترام الدستور ارتكاب المخالفات رغم وجود هامش كبير ومعقول من الحرية كاستقلال القضاء وإصدار الصحف وغيرها⁽¹⁾.

المرحلة الثالثة: مرحلة الانقلاب: (ثورة الفاتح 1969م)

أعلن مجلس قيادة الثورة (ثورة الفاتح)، سقوط المؤسسات الدستورية التي كانت قائمة في ظل النظام السابق، وتضمن هذا الإعلان المعالم الأساسية ونظام الحكم خلال هذه المرحلة في حياة البلاد ومنها إلغاء جميع المؤسسات الدستورية للعهد البائد من مجالس وزارية وتشريعية، وألغى النظام الملكي، وأصبحت

(1) سالم الكبيتي، الدستور في ليبيا تاريخ وتطورات، 2012م، ليبيا: دار الساقية للنشر، ط2، 46.

الجمهورية الليبية، وتعود جميع أمورها إلى سلطة مجلس قيادة الثورة. هذا ما نص عليه الإعلان الدستوري الصادر عن مجلس قيادة الثورة الصادر في 15. 12. 1969م⁽¹⁾.

والحقيقة أن مجلس قيادة الثورة هو أعلى سلطة في الجمهورية الليبية ويباشر أعمال السيادة العليا والتشريع ووضع السياسة العامة للدولة نيابة عن الشعب، وله الصلاحية أن يتخذ كافة التدابير المتعلقة بالدولة، ووضعها في صورة إعلانات أو قوانين أو أوامر دستورية، ولا يجوز الطعن في القرارات التي يتخذها مجلس قيادة الثورة⁽²⁾.

ولم يعد للدستور وجود بعد الإعلان عن قيام سلطة الشعب في 2 مارس 1977م، وحل محله المؤتمرات الشعبية في البند الثالث من هذا الإعلان والذي ينص على أن السلطة الشعبية المباشرة هي أساس النظام السياسي في الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية، فالسلطة للشعب ولا سلطة لسواه، ويمارس الشعب سلطته عن طريق المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية والنقابات والاتحادات والروابط المهنية ومؤتمر الشعب العام، ويحدد القانون نظام عملها⁽³⁾.

ويمكن القول: إن هذه المرحلة أحدثت انتكاسة للشعب الليبي، فقد كان يطمح بالتعديل والسمو نحو الأفضل، وتصحيح المسار الذي انخرق بعض الشيء في العهد السابق (النظام الملكي)، ولكن الواقع كان أمرًا بقدوم هذا الانقلاب (ثورة الفاتح) الذي عطل الحياة النيابية وألغى الدستور الذي وضعه الشعب، فقد كان- الدستور- ظاهرة حضارية، فقد نتج عنه نهضة فكرية وعقائدية بين شباب هذا البلد، وولدت الخبرات والكفاءات لتطویر ونمو مرافق ومصالح هذه الدولة، ومالبت أن تلاشت كل هذه الأمور وانتهت بظهور ما يسمى بسلطة الشعب والكتاب الأخصر. ولم تذكر الباحثة أية ميزات لهذه المرحلة لفقدانها أهم سمة يجب أن تتحلّى بها الدولة في الرقي والتقدم إلى مستقبل أفضل وهي الحياة الدستورية والنيابية التي تعطلت من قبل هذا النظام الظالم بحق الشعب الليبي.

(1) المهدي محمد محمد بيانكو، حسين إبراهيم خليل، المدونة الدستورية الليبية، (1433هـ - 2012م)، القاهرة: دار الفكر العربي، ط2،

(2) الملحق السادس للإعلان الدستوري الصادر عن مجلس قيادة الثورة، والذي نشر في الجريدة الرسمية في عدد خاص بتاريخ 15. 12.

(3) إعلان قيام سلطة الشعب، مؤتمر الشعب العام، صدر في القاهرة بمدينة سبها في 12 من ربيع الأول 1379هـ، الموافق 2 مارس 1977م.

المرحلة الرابعة: (ثورة 17 فبراير 2011م)

تعالّت نداءات الشعب الليبي للمطالبة بالحرية الحقيقية والعدل إبان العهد السابق، ولكن جميع محاولاتهم باءت بالفشل. فقد استطاع هذا النظام دحر جميع محاولات الشعب الليبي -أفراداً وجماعات- في التخلص من الجهل بجميع أنواعه سياسياً وفكرياً وعلمياً وعقائدياً لمدة 41 عاماً إلى اندلاع الثورات في العالم العربي، فلم تكن تلك الدول أحسن حالاً من ليبيا، وفي هذه المرة تغلب صوت الحق وانتصر الشعب بإرادة من حديد ورغبة حقيقية في التقدم نحو الأفضل في يوم 17 فبراير 2011م.

واستناداً إلى شرعية هذه الثورة، واستجابة لرغبة الشعب الليبي وتطلعاته لتحقيق الديمقراطية، وإرساء مبادئ التعددية السياسية ودولة المؤسسات، وانطلاقاً نحو مجتمع أفضل يحقق العدالة والمساواة ولا مكان للظلم والطغيان، وإلى أن يتم التصديق على الدستور الدائم في استفتاء شعبي عام، فقد رأى المجلس الوطني الانتقالي المؤقت أن يصدر إعلاناً دستورياً ليكون أساساً للحكم في المرحلة الانتقالية⁽¹⁾.

ويمكن القول: إن الحياة الدستورية عادت إلى هذا البلد من جديد، من أجل الحرية والعيش بكرامة على أرض الوطن. ومما سبق يتبين أن الفارق كبير بين انقلاب 1969م، وثورة 17 فبراير التي انبثقت من الشعب، إيماناً منهم بهذه الثورة المجيدة التي مكنتهم من استعادة كافة حقوقهم، وإزالة نظام حكم الفرد الظالم. كما يلاحظ أن هذه الثورة قامت على جملة من الأهداف لتحقيق مصالح الشعب وتضمن لهم حريتهم، ومنحهم القدرة على التعبير دون خوف، لذلك كان لا بد من إعطاء هذه الثورة صفة الشرعية، وهذا ما سيأتي بيانه تفصيلاً في الفصل القادم.

(1) المهدي محمد حمد بيانكو، حسين إبراهيم خليل، المدونة الدستورية الليبية، (1433هـ - 2012م)، القاهرة: دار الفكر العربي،

المبحث الثالث: الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء في ليبيا قبل ثورة

17 فبراير

يعتبر الدستور من أهم وسائل وضمانات استقلال القضاء باعتباره القاعدة الأعلى والأسمى في سلم تدرج القواعد القانونية في الدولة، فالقوانين العادية يجب أن تكون متماشية مع الدستور، وهذا ما يعرف بمبدأ سمو الدستور على جميع القوانين الموجودة في الدولة. كما أن جميع السلطات في الدولة يجب أن تلتزم بعلوية الدستور فيما تتخذه من أعمال، ليكون الدستور ضماناً لاحترام الحقوق والحريات التي يجب أن يتمتع بها الأفراد في الدولة. ومن هنا كان لابد من وجود ضمانات رئيضية وهي مبدأ الرقابة على دستورية القوانين⁽¹⁾. وعليه فإن هذا المبحث سيعرض أولاً أهمية الرقابة الدستورية على القوانين عامة في المطلب الأول، ثم أثر الرقابة الدستورية على القوانين في ليبيا سابقاً في مطلب ثانٍ، وأساليب إلغاء الدستور في المطلب الثالث.

المطلب الأول: أهمية الرقابة الدستورية على القوانين عامة

أثارت الرقابة الدستورية على القوانين إشكاليات كثيرة منها نظرية وعملية وقانونية وسياسية⁽²⁾، وبما أن الباحثة تؤيد الدستور الجامد، فإن هذه الإشكاليات لا تقع إلا على الدستور الجامد الذي يصعب تعديله أو إلغاؤه، بعكس الدستور المرن والذي يمكن تعديله أو إلغاؤه بنفس الاجراءات المتبعة بتعديل أو إلغاء القوانين العادية كما سبق ذكره.

كما أن مسألة دستورية القوانين لا تثار إلا بشأن مخالفة القانون لأحكام الدستور من حيث الموضوع، والسبب أن الرقابة الدستورية للقوانين تقتصر على مدى مطابقة القانون للدستور في الجانب الموضوعي دون الجانب الشكلي؛ لأنه في هذه الحالة سيصبح في حكم العدم إذا جاء مخالفاً للدستور من حيث الشكل، وهذه القاعدة مسلم بها فقهاً وقضاً. أيضاً هناك إشكاليات حول النص صراحة لدى بعض

(1) منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الثاني، 2013م، ليبيا: دار الكتب الوطنية، ط2، 185.

(2) المرجع السابق، 187.

الدساتير في الرقابة على دستورية القوانين، فهناك بعض الدساتير العربية ومن بينها الدستور التونسي لسنة 1959م، والذي سكت عن مسألة الرقابة على دستورية القوانين، ويحدث هذا عادة عند سكوت القاضي أو عدم قبوله القيام بمهمة الرقابة، وعندها يسهل خرق الدستور والتلاعب به. كما أنه ثار جدل حول أيهما أفضل للرقابة الدستورية على القوانين، الرقابة السياسية أم الرقابة القضائية⁽¹⁾. وللأجابة على هذا التساؤل لابداً من بيان مفهوم كل من المعنيين، وهما كالاتي:

أ- الرقابة السياسية على دستورية القوانين

وتعني الرقابة السياسية أن يوكل إلى هيئة سياسية مهمة تولي الرقابة، بغض النظر عن كيفية تشكيل هذه الهيئة وعدد أعضائها، وهي رقابة سابقة لصدور القانون وليست لاحقة لصدوره، ومعنى هذا أنها رقابة تمارس والقانون مازال في مرحلة المشروع، فإذا راودت الشكوك أي جهة حول دستورية القوانين، فإن من حقها طلب إحالة مشروع القانون إلى المجلس الدستوري للبت فيه بالدستورية من عدمه، أما إذا صدر القانون فلا جدوى من الطعن فيه. ومن الدول التي تمارس الرقابة السياسية على دستورية القوانين عن طريق هيئة سياسية ألمانيا وفرنسا، ويطلق على هذه الهيئة (المجلس الدستوري).

وفي الحقيقة هذا النوع من الرقابة لا يرقى إلى مستوى التطبيق الفعلي للرقابة السياسية على دستورية القوانين، لأن هذا المجلس لا يستطيع أن يتصدى لهذه المهمة إلا بناءً على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس أي مجلس من مجلسي السلطة التشريعية وهما مجلس الشيوخ، ومجلس النواب، كما أنه لا يجوز للمواطنين الطعن أمامه بعدم دستورية القوانين⁽²⁾.

ويمكن القول: إن هذا النوع من الرقابة يشوبه عيب جوهري، وهو عدم قدرته على الفصل بين السلطات في حال نشوب أي نزاع، وهذا معناه أنه يجب التمسك بمبدأ الفصل بين السلطات، ومنع أي سلطة التدخل في شئون السلطة الأخرى، ويفهم من خلال هذا النظام أن وظيفة القضاء مقصورة على وظيفة تطبيق القانون فقط، دون النظر في دستوريته، على اعتبار أن المخول بذلك هو رئيس الجمهورية، ومجلس السلطة التشريعية في البلاد. وبما أن القضاء لا يملك سلطة الرقابة فهذا يعني أنه غير مستقل، ولا

(1) المرجع السابق، 188، 189.

(2) سعد عصفور، 48.

يملك الحيدة وحرية الرأي، لأنه استبعد وحددت مهامه القانونية في الدولة. وهنا يمكن استبعاد هذا النوع من الرقابة، لأنه لا يحقق العدالة المطلوبة، والتي تتمثل في استقلالية القضاء، دون خضوعه لأي سلطان.

ب- الرقابة القضائية على دستورية القوانين

نظراً لثقة الدساتير الحديثة في الجهاز القضائي، وفي استقلاليته ونزاهته، اعتمد بعض الدساتير بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وترمز هذه الرقابة إلى صفة الهيئة التي تباشرها، فهي تباشر من قبل هيئات قضائية، سواء كان الجهاز القضائي العادي، أو كانت جهازاً خاصاً ينشأ وتنحصر مهمته في رقابة دستورية القوانين. ولم ينجُ هذا النوع من الرقابة من توجيه النقد إليه، فقد نشأ هذا الأسلوب في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث ظهر نتيجة لاجتهاد قضائي من المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الشهير في قضية ماربوري ضد ماديسون سنة 1803م⁽¹⁾، ثم تبنته العديد من النظم السياسية، وجعلته نظامها الأساسي لممارسة الرقابة القضائية.

ورغم هذا فقد قيل: إنه لا يجوز من الناحية الديمقراطية أن يمارس القضاء، وهو جهة غير منتخبة، فكيف يمارس القضاء رقابته على السلطة التشريعية وهي الجهة المكلفة من الشعب. إلا أن جانباً من الفقه⁽²⁾، دافع عن الرقابة القضائية وحددها في أمرين، وهما: الأول: أن الرقابة القضائية عبارة عن سلطة مكلفة من الشعب بمقتضى أحكام الدستور بالفصل في المنازعات وفق قوانين الدولة، بما في ذلك الدستور.

والأمر الثاني: هو أن السلطة القضائية حين تراقب دستورية القوانين، إنما تفعل ذلك تقديساً واحتراماً للدستور، فالقضاء لا يباشر اعتداء على السلطة التشريعية في هذه الحالة، إنما هو يفاضل بين نصين متعارضين في حال المنازعة المعروضة عليه، أحدهما دستوري والآخر عادي، فيقدم الأول لأنه الأعلى، ويستبعد الثاني لأنه الأدنى.

(1) - أحمد كمال أبو الجهد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصري، رسالة دكتوراة، 1960م، القاهرة: مكتبة النهضة العربية، 57، 59. على السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية، رسالة دكتوراة، 1978م، 16.

(2) - إبراهيم أبو خزام، الوسيط في القنون الدستوري، 2001م، ليبيا: دار الكتب الوطنية، ط2، 419.

وهذا ما نصت عليه المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حكمها الشهير في القضية السابقة الذكر على أنه: (تكمن وظيفة القاضي في تطبيق القانون، ولكن عند تعارض قانونين يتعين عليه تطبيق القانون الأعلى واستبعاد القانون الأدنى إعمالاً لمبدأ المشروعية، وتدرج القواعد القانونية، وعليه يجب على السلطة التشريعية أن تتقيد بأحكام الدستور، فإذا خالفت ذلك اعتبر التشريع غير دستوري، وللقاضي أن يمتنع عن تطبيقه)⁽¹⁾. وهذا النوع من الرقابة لا يمكن استبعاده، وهو الراجح في رأي الباحث، لأنه الأقرب في تحقيق العدالة، والمتمثلة في حرية القضاء واستقلاله.

(1) أنظر تفاصيل هذا الحكم: أحمد كمال أبو الجد، الرقابة على دستورية القوانين، 22. يحيى الجمل، النظام الدستوري، 81.

المطلب الثاني: أساليب إلغاء الدستور

يقصد بنهاية الدستور إلغاؤه كلياً، أو تعديله تعديلاً شاملاً، ووضع قواعد دستورية بديلة عنها. وترجع كيفية إنهاء هذه الدساتير إلى أساليب ثلاثة وهي كالآتي:

أ- الأسلوب العادي:

وهنا يجب التفرقة بين الدساتير الجامدة والدساتير المرنة من حيث الإلغاء، فالدساتير المرنة هناك سلطة واحدة تملك تعديل القوانين جميعاً وبنفس الإجراءات، أما الدساتير الجامدة فيتطلب تعديلها إجراءات أشد، فهي لا تنظم سوى الكيفية التي تعدل بها تعديلاً جزئياً، بحيث تجيز للسلطة المختصة بإنشاء الدستور تعديل بعض أحكامه، ولا تجيز لها إلغاؤه، أو تعديله تعديلاً شاملاً⁽¹⁾.

ب- الأسلوب غير العادي:

هذا الأسلوب من الإلغاء يحدث نتيجة لظروف غير عادية أدت إليه، ويظهر هذا الأسلوب بوضوح في التاريخ الدستوري الفرنسي، ذلك أن الذين يتسببون في هذا الإلغاء أو التعطيل يقصدون تحقيق أهداف مختلفة، سواء كانت اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو غيرها، وفي النهاية يؤدي ذلك إلى سقوط الدستور القائم، وإنشاء دستور جديد⁽²⁾.

ويمكن القول: إن هذا النوع من الإلغاء أنه يحدث نتيجة ظروف تطرأ على الدولة تحدث تغييراً جذرياً في نظام الحكم، وعليه فالأمر يتطلب بالتبعية إلغاء دستور وإحلال آخر محله يتمشى مع أهداف صاحب السلطة الجديد، وفي هذه الحالة إما أن يكون الشعب هو صاحب السلطة ومن قام بتغيير أو إلغاء الدستور القديم عن طريق ثورة شعبية، أو مجموعة من الأفراد يرأسهم شخص واحد تحت مسمى الانقلاب على الحكم، وهذا ما سيأتي بيانه تفصيلاً في الفصل القادم، وذلك للمقارنة بين مفهومي الثورة والانقلاب، وعلاقة هذين المفهومين بما حدث في ليبيا قديماً وحتى يومنا هذا.

(1) سعد عصفور، القانون الدستوري، 206، 215.

(2) المرجع السابق، 216، 220.

ج- أسلوب العرف:

قد تطرأ بعض الظروف تقضي بعدم تطبيق الدستور، ولم يطالب أحد بإلغائه، ولكن يستقر العرف بعدم تطبيق نصوصه، وذلك مثل العرف الذي جرى بعدم تطبيق الدستور الثاني للثورة الفرنسية الصادر سنة 1793م، ويختلف الفقهاء في أثر العرف على الدستور القائم، على رأيين: أحدهما، يرى جوازه إذا توافرت أركان العرف المادية والمعنوية، الثاني، يرى عدم الجواز، ويقولون أن النصوص الدستورية لا تلغى بعدم التطبيق، وإنما بنفس الطريقة التي وجدت بها⁽¹⁾.

(1) اسماعيل بدوي، مبادئ القانون الدستوري- دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، 1399هـ، القاهرة: دار الكتاب الجامعي، 49.

المطلب الثالث: أثر الرقابة الدستورية على القوانين في ليبيا سابقاً

يمكن تحديد نوع الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا بداية من الدستور الصادر في 1951م، والذي ينص في المادة 43 على أن " السلطة القضائية تتولاها المحكمة العليا والمحاكم الأخرى التي تصدر أحكامها في حدود الدستور. " وخصص هذا الدستور فصلاً منه للسلطة القضائية، وذلك في المواد من 141 إلى 158 ومن هنا يتبين أن النظام في ليبيا كان يأخذ بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين منذ زمن طويل نظراً لطبيعة الشعب الليبي، ومناخه الفكرية التي تقدر القضاة وتضعهم في مكانة أولى. وبعد إلغاء النظام الفيدرالي في ليبيا بعد صدور دستور 1963م، تغير اسم المحكمة إلى المحكمة العليا، وألغيت المواد من 150 إلى 158 بموجب القانون رقم 1 لسنة 1963م⁽¹⁾.

وفي انقلاب 1969م، لم يحدد المشرع منذ البداية الجهة الموكول لها حق رقابة دستورية القوانين، وفي الحقيقة كان مشكوكاً في وجود دستور من عدمه في تلك الفترة، وكان على الشعب أن يخمن بأن إعلان قيام سلطة الشعب السابق الذكر، والوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الانسان، وقانون تعزيز الحرية، وقانون المرتمات الشعبية واللجان الشعبية، والتي كانت وليدة هذا النظام وغيرها، قد تكون في مجملها دستوراً لليبيا، وبذلك أصبحت الرقابة على دستورية القوانين رقابة شعبية، فلم يتقبلها الفكر البشري، وثار حولها الجدل والنقاشات إلى أن حسم الأمر بصدور قانون رقم 17 لسنة 1994م، بشأن تعديل القانون رقم 6 لسنة 1982م، بإعادة تنظيم المحكمة العليا، والذي أدى إلى تعديل اختصاصها على نحو خطير وذلك بسلب اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، ثم أُعيد للمحكمة العليا الاختصاص بالرقابة سنة 1994م، بعد صدور القانون رقم 17 المعدل للقانون رقم 6 لسنة 1982م، وفي الحقيقة ظلت هذه اللائحة حبراً على ورق، وترتب على ذلك توقف المحكمة عن النظر في الطعون الدستورية⁽²⁾.

ويفهم مما سبق أن هذا النظام يلغي وجود الدستور أو يقصر في تطبيقه، ويحلّ محله النظرية الجماهيرية، وهي تقوم على معادلة وحدة السلطة، ودمج مفهومي الحاكم والمحكوم، على أساس قيام نظام ديمقراطي مباشر. فلا حاجة لوجود الدستور، على اعتبار أن الدستور يمثل ضماناً للمحكومين ضد

(1) سالم الكبيتي، الدستور في ليبيا تاريخ وتطورات، 2012م، ليبيا: دار الساقية للنشر، ط2، 37.

(2) اسماعيل مرزة، 390.

الحاكم، وينظم تداول السلطة بين القوى المتعددة في الدولة، فإذا تحوّل المحكوم إلى حاكم، وتحوّل الشعب بكامله إلى أداة حكم انتهى دور الدستور هنا، وهذا لم يحدث إلا في ليبيا في ظل النظام الجماهيري.

وبهذا ثار جدل بين بعض المفكرين السياسيين والقانونيين حول مدى الحاجة إلى وثيقة دستورية في مجتمع وحدة السلطة⁽¹⁾، فلا يمكن لشعب أن يملك سلطة مطلقة خالية من أي قيد، أو يضع ما يشاء من القوانين دون أي قيد أو ضوابط؛ لأن هذا الأمر سيقود إلى سيطرة طائفة من الشعب على بقية الطوائف الأخرى، ويتحوّل إلى صراع على السلطة.

وعليه فإن عدم تطبيق أحكام الدستور يجر إلى نتائج سلبية، أهمها أن الدولة نفسها تصبح مثلاً سيئاً لعدم احترام القانون، وقد عبّر عن ذلك أحد القضاة الكبار " جياتيانوازاتي " رئيس المحكمة الدستورية في إيطاليا بقوله: " إن إهمال الدستور من قبل الحكومة إهمالاً منظماً من جانب الأجهزة الكبرى في الدولة وبخاصة الهيئة التشريعية، فهو عمل شديد الخطورة؛ لأنه يولّد وينشر شعوراً عاماً بعدم الثقة بالقانون، وهذا من الأسباب الرئيسية للفوضى"⁽²⁾.

الخلاصة:

وفي نهاية هذا الفصل والمتعلق بالدستور في النظام الليبي في حقبة تاريخية سابقة، كان لابد من الإشارة إليها، حتى يتم مقارنتها بالنظام الدستوري الحالي في ليبيا، وذلك في الفصل القادم. وأيضاً كان لابد من ذكر القوانين والوقائع الدستورية التي تضمنتها الشريعة الإسلامية. وعليه توصل الباحث إلى النتائج الآتية: أولاً: أن السوابق الدستورية في عهد التشريع الإسلامي تمثل نبراساً للمسلمين في شؤونهم الدستورية، يرجعون إليها عندما توجد وقائع مشابهة لها، فينهجون بنهجها، وأن الدستور سواءً كان مكتوباً أو غير مكتوب فهو ليس بجديد على الإسلام والمسلمين.

(1) رجب أبو دوس، الحاجة إلى دستور. لماذا؟، صحيفة الزحف الأخضر، 26. 7. 1993م.

(2) جون كلارك ادمز وباولو باريللي - دراسات في تنظيم الحكم، ترجمة أحمد نجيب هاشم، 1964م، مكتبة الأنجلو المصرية، 104.

ثانياً: تبين أن هناك تدويناً للدستور في عصر التشريع الإسلامي، ويتمثل في الوثيقة التي كتبها رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما هاجر إلى المدينة، والتي تعد دستوراً في ذلك الوقت، فقد جاءت موافقة لظروف ومتطلبات الوقت الذي وضعت فيه، ذلك أنها تحوي أحكاماً دستورية تعالج بعض القضايا الدستورية في ذلك الوقت، ويمكن الاستئناس بها عند تدوين أي دستور لدولة إسلامية.

ثالثاً: القانون ضرورة اجتماعية لا بد منه ليحكم نشاط الأفراد، وينظم علاقاتهم. فالإنسان بطبيعته لا يمكنه العيش بمعزل عن الناس؛ لأن الله سبحانه وتعالى خلقه بطبيعة لا تمكنه سد حاجاته بمفرده، بل هو مضطر إلى أن يعيش في جماعة ويتفاعل معها وتتفاعل معه، وتتمثل في نظم وقوانين تفرضها هذه الجماعة من أجل استمرارية العيش مع بعضهم البعض.

رابعاً: الدستور يعد بمثابة نص أساسي لتنظيم المجتمع السياسي، فهو يظهر نظام الحكم والحقوق والواجبات المتفق عليها بين الحكام والشعب. وهنا يمكن أن تتحقق الرقابة على دستورية القوانين، والتي لا بد منها لتحقيق العدالة، ولضمان الحماية لجميع السلطات في الدولة، وعلى رأسها السلطة القضائية، فإذا كانت هذه السلطة في ظل دستور مكتمل وواضح ودقيق في مفهومه وتعريفاته وأركانه، فلا يمكن اختراقه أو التعدي عليه، وبذلك يحقق الحماية للقضاء واستقلاله.

خامساً: كما أن الباحث يؤيد فكرة وجود الحظر على الدستور بنوعيه الزمني والموضوعي، وذلك نتيجة للواقع المرير الذي تعاني منه بعض الدول وعلى رأسها ليبيا، من تدخلات أصحاب السلطة في القوانين العامة للدولة والتي لا يجوز المساس بها أو تعديلها إلا وفقاً لقواعد وقوانين معينة.

سادساً: تبين أن الشعب الليبي خاض في وقت مبكر التجربة الدستورية والبرلمانية تحت سطوة الاستعمار سواء كان في العهد العثماني أو أثناء الاحتلال الإيطالي، فما كان هو نتاج نقص الوعي والفهم لمعنى الدستور والحياة البرلمانية وكيفية حمايتها والدفاع عنها في ذلك الوقت، فاستغل الاستعمار بساطة الشعب الليبي، وعدم وعيهم بأمور السياسة أحسن استغلال.

سابعاً: المرحلة الأولى للدستور أي مرحلة ما قبل ظهور البترول في ليبيا كانت منظمة في وضع الدستور برغبة حقيقية نابعة من الشعب الليبي في الحصول على حقوقهم وحررياتهم، وكان هذا نتيجة

للتجارب التي خاضها هذا الشعب من حيل وأساليب استعمالها الاستعمار الإيطالي في وضع دساتير هشة وضعيفة لا قيمة لها في حياة الشعب الليبي.

ثامناً: عطل انقلاب 1969م، الحياة النيابية وألغى الدستور الذي وضعه الشعب، بظهور ما يسمى بسلطة الشعب والكتاب الأخضر. فالسلطة للشعب ولا سلطة لسواه، ويمارس الشعب سلطته عن طريق المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية والنقابات والاتحادات والروابط المهنية ومؤتمر الشعب العام.

تاسعاً: تبين أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدولة هي الأقرب لتحقيق العدالة، وإلى استقلال القضاء، وحرية، فعن طريق الرقابة القضائية تتحقق استقلالية القضاء، والفصل بين السلطات في الدولة.

عاشراً: إن النظام الجماهيري أي (انقلاب 1969م) يلغي وجود الدستور أو يقصر في تطبيقه، ويحلّ محله النظرية الجماهيرية، وهي تقوم على معادلة وحدة السلطة، على أساس قيام نظام ديمقراطي مباشر. فلا حاجة لوجود الدستور، على اعتبار أن الدستور يمثل ضماناً للمحكومين ضد الحاكم، وينظم تداول السلطة بين القوى المتعددة في الدولة، فإذا تحوّل المحكوم إلى حاكم، وتحوّل الشعب بكامله إلى أداة حكم انتهى دور الدستور هنا، وهذا لم يحدث إلا في ليبيا في ظل النظام الجماهيري.

أحدى عشرة: أن التفسير الخاطئ لمفهوم نظرية وحدة السلطة، ونظرية الفصل بين السلطات، أوقعهما تحت رحمة بعض الأنظمة الظالمة بحجة الديمقراطية، لذلك كان لا بد من إعطاء تفسير واضح ودقيق وجامع ومانع قبل ظهور أي نظرية أو فكر جديد يطفو على سطح الثورات الحديثة، ولتكون هذه الأخطاء درساً مستفاداً للأجيال القادمة.

الفصل الرابع: موقف الدستور الليبي المؤقت من استقلال القضاء وعلاقته بالشريعة الإسلامية

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الدستور الليبي المؤقت في ظل ثورة 17 فبراير، وعلاقته بمبادئ
الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: أثر استقلال القضاء في ظل الدستور الليبي المؤقت والشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: نظرية الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في ليبيا بعد ثورة 17
فبراير 2011م

المبحث الرابع: علاقة مبدأ سمو الدستور باستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وفي ليبيا.

تمهيد:

يبين هذا الفصل مرحلة جديدة في ليبيا، تتجسد في ثورة 17 فبراير والتي قامت عام 2011م، كما يبين لماذا أطلق عليها أسم ثورة وليس انقلاب، وما ترتب على هذه الثورة من ظهور الدستور المؤقت الصادر عن المجلس الانتقالي، بعد أن حُرّم منه الشعب الليبي سنوات طويلة في ظل النظام السابق، لذلك سيكون الحديث في هذا الفصل عن مفهوم الدستور الليبي المؤقت في ظل ثورة 17 فبراير وعلاقته بمبادئ الشريعة الإسلامية في المبحث الأول، ثم دراسة أثر استقلال القضاء في ظل الدستور الليبي المؤقت والشريعة الإسلامية في مبحث ثانٍ، كما يتضمن المبحث الثالث نظرية الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في ليبيا بعد ثورة 17 فبراير 2011م، ثم علاقة مبدأ سمو الدستور بالشريعة الإسلامية واستقلال القضاء في ليبيا في المبحث الرابع.

المبحث الأول: مفهوم الدستور الليبي المؤقت في ظل ثورة 17 فبراير، وعلاقته بمبادئ الشريعة الإسلامية

بداية وقبل الخوض في بيان مفهوم الدستور المؤقت، يجب بيان لماذا أطلق الباحث على هذا الحراك - 17 فبراير 2011م - أسم (ثورة) ولم يصفه بالانقلاب. وعليه يجب معرفة الفرق بين الثورة والانقلاب في المطلب الأول، وقياسهما على ما حدث في 17 فبراير 2011م، وذلك من أجل الوصول إلى مدى مشروعية المجلس الوطني الانتقالي، الذي كان نتاج هذه الثورة، والذي بدوره أقر الدستور المؤقت، ومن هنا يمكن تعريف الدستور المؤقت عن طريق بيان أهميته ودوره، والعلاقة بينه وبين الدساتير السابقة له في ليبيا، وبيان أيضاً مدى التوافق والاختلاف بين هذه الدساتير والشريعة الإسلامية. وسيتم بيان كل هذه الأمور كالآتي:

المطلب الأول: الفرق بين الثورة والانقلاب وأثرهما على الوضع في ليبيا

عمدت الدراسات التاريخية والسياسية الحديثة إلى التفريق من حيث المفهوم بين نوعين من الحركات السياسية والعسكرية الهادفة إلى تغيير السلطة، وأطلق عليهما مسمى الثورة، والانقلاب⁽¹⁾. ومن هنا يمكن تعريفهما، وبيان الفرق بين كل منهما كالآتي:

أولاً: مفهوم الثورة

ويستخدم هذا المفهوم للدلالة على تغيرات فجائية وجذرية تتم في الظروف الاجتماعية والسياسية، أي عندما يتم تغيير حكم قائم، وتغيير النظام الاجتماعي والقانوني المصاحب له بصورة فجائية، وأحياناً بصورة عنيفة⁽²⁾.

(1) الموسوعة العربية العالمية، ط1، 3: 274، 8: 58.

(2) عبد الوهاب الكيالي، الموسوعة السياسية، 1979م، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1: 870.

كما يستخدم هذا المصطلح (الثورة) للتعبير عن تغيرات جذرية في مجالات غير سياسية كالعلم والفن والثقافة، لأن الثورة تعني التغيير. واستخدم مفهوم الثورة بالمعنى السياسي في أواخر القرون الوسطى، كما يستخدم في علم الاجتماع السياسي للإشارة إلى التأثيرات المتبادلة للتغيرات الجذرية والمفاجئة للظروف والأوضاع الاجتماعية والسياسية⁽¹⁾. كما يعرف كرين برنتون الثورة في كتابه الموسوم "تشریح الثورة" بقوله: "إنها عملية حركية ديناميكية تتميز بالانتقال من بنية اجتماعي إلى بنية اجتماعي آخر"⁽²⁾. ونجد بيتر أمان يقترب من المفهوم اقتراباً آخر إذ يرى أنها: "انكسار مؤقت أو طويل الأمد لاحتكار الدولة للسلطة يكون مصحوباً بانخفاض الطاعة"⁽³⁾.

ومن خلال هذه التعريفات يمكن القول: إن هذه التعريفات حاولت الاقتراب من مفهوم الثورة اتفقت على أنها نوع من التغيير الجذري والعميق يستهدف اكتشاف الأخطاء وبناء علاقات سليمة مكانها، ومن هنا يمكن إيجاد تعريف آخر للثورة وهو "إنها الحد الفاصل بين النظام القديم والجديد، من أجل خلق نظام سياسي واجتماعي واقتصادي بديل عن النظام السابق، تتجسد من خلاله مطالب الثوار"، هذا من حيث التعريف بمفهوم الثورة. ويمكن أيضاً أن نستخلص من هذه التعريفات أن للثورة جانبين أساسيين.

الأول الجانب الإيجابي، ويتمثل فيما إذا حققت هذه الثورة أهدافها، والتي من أجلها حدث هذا الحراك الشعبي الكبير، وتطلق عليها الباحثة اسم الثورة الناجحة: أي التي اكتملت من خلالها جميع مقومات ومواصفات الثورة الحقيقية، وتوصلت في النهاية هذه الثورة إلى أهدافها المرجوة.

أما الجانب الثاني وهو الجانب السلبي، أو الثورة المقيدة: وهي التي عجزت عن تحقيق أهدافها الحقيقية، رغم اكتمال جميع مقوماتها منذ البداية.

فالثورة العادلة تكمن في أبسط مفاهيمها تمكين ذلك الإنسان من ممارسة ما سلب منه من حقوق قانونية ودستورية. ومثال ذلك الثورة الإيرانية سنة 1978م التي انطلقت بدايتها من أعماق الأزقة والشوارع لتنفجر أهدافها في وجه أنظمة السلطة وآلياتها الأمنية، فكان أن تدمرت وسائل دفاعه في مواجهة

(1) شعبان الطاهر الأسود، علم الاجتماع السياسي: قضايا العنف السياسي والثورة، 2003م، القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، 46.

(2) يوري كرازين، علم الثورة في النظرية الماركسية، ترجمة: سمير كرم، 1975م، بيروت: دار الطليعة، 1: 31.

(3) مولود زايد الطيب، علم الاجتماع السياسي، 2007م، ليبيا: دار الكتب الوطنية، 99.

النهر البشري المتدفق المقاوم⁽¹⁾، وكذلك الثورة الفرنسية سنة 1789م، التي بدأت شرارتها الأولى من داخل فئات المجتمع الشعبية المختلفة وصولاً إلى القصر⁽²⁾.

ثانياً: مفهوم الانقلاب:

هو انتقال السلطة من يد فئة قليلة إلى يد فئة قليلة أخرى تنتمي إلى نفس الفئة الأولى التي كانت تسيطر على الحكم أو على الأقل تشبهها، ويكون باستخدام وسائل العنف الرسمية دون إحداث تغيير في وضع القوة السياسية في المجتمع أو في توزيع عوائد النظام السياسي، أي أنه تغيير في أوجه حال الحكم دون تغيير في أحوال المحكومين. والانقلاب نوع من أنواع التمرد⁽³⁾. وغالباً ما يكون الانقلاب باستيلاء العسكر على السلطة الشرعية بواسطة القوة المسلحة وتغيير نظام الحكم بالقوة دون الرجوع للناخبين، والسلطة هنا الحكومة.

ما حدث في ليبيا:

إن ما حدث في ليبيا في وقتنا الحالي، وما يطلق عليه (ثورة 17 فبراير 2011م) يمكن مقارنته بأحداث 1969م، والتي أطلق عليها ثورة الفاتح). ونتيجة لما سبق بيانه من تعريفات لمفهوم الثورة والانقلاب يرى الباحث أن هناك ثلاثة أمور رئيسية لمعرفة الفارق بين الثورة والانقلاب، وأيضاً معرفة أيهما ثورة حقيقية، وأيها كان انقلاباً، وهي كالاتي:

أولاً: الاختلاف من حيث المصدر

وهنا يجب التعويل على مصدر الحركة، ما إذا كانوا جماعة من الأفراد سواء كانوا أفراداً من ذوي النفوذ أو من كبار العسكريين أو الوزراء، أو قادة أحزاب سياسية وغيرها. وفي هذه الحالة يطلق على هذا الحراك اسم انقلاب، أما إذا كان المصدر حركة شعبية محصنة فيطلق عليها اسم ثورة. وكما هو معروف أن ما حدث في عام 1969م، كان يتمثل في خروج جماعة عن الحكم، والاستيلاء على السلطة تحت زعامة قائد الحركة (معمر القذافي)، وهذا ما يسمى بالانقلاب. وبخلاف ذلك ما حدث في 17

(1) محمد حسنين هيكل، مدافع آية الله، 1983م، القاهرة: دار الشروق، ط3، 36.

(2) عبد الحميد البطريق، التاريخ الأوربي الحديث من عصر النهضة إلى مؤتمر فيينا، بيروت: دار النهضة العربية، 359، 391.

(3) شعبان الطاهر الأسود، علم الاجتماع السياسي - قضايا العنف السياسي والثورة، 2003م، القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، 46.

فبراير، الشعب هو المصدر الأول والأساسي لهذه الحركة، لذلك لا يمكن أن نقول: إنها انقلاب، بل هي ثورة حقيقية من حيث المصدر.

ثانياً: الاختلاف من حيث الأهداف

تهدف الثورة عادة إلى تغيير جذري في نظام الحكم، ويصحبها غالباً تغيير في الدستور أو تعديله أو إلغاؤه بما يتحقق مع أهداف الثورة، ومثال ذلك التغيير الذي حدث في روسيا سنة 1917م، كان يعتبر ثورة، والتغيير الذي حدث في إيران سنة 1979م⁽¹⁾، بأنه ثورة لما أحدثته هذه الثورات من تغيير جذري في مختلف جوانب الحياة. أما الانقلاب فالمهدف الأول والأساسي هو الوصول إلى السلطة والسيطرة عليها، فما حدث في ليبيا في العهد السابق بزعامة هذه القيادة كان تحت راية واحدة وهدف واحد هو السيطرة على السلطة، وعلى مقدرات الشعب الليبي، الذي استفاد منها القلة المسيطرة أو الحاكمة دون الشعب، وعليه قامت ثورة 17 فبراير من أجل المطالبة بالعدالة في الحقوق بين أفراد الشعب سواسية، وهذا كان من ضمن أهداف هذه الثورة.

ثالثاً: الاختلاف من حيث طبيعة الحراك

ومن المعروف أن الثورات تكون في بداية الأمر ذات طبيعة سلمية، وتبدأ علامات بزوغ هذه الثورة في حمل الشعارات المطالبة بالحرية والعدالة والتغيير، وقد تنتهي في بعض الأحيان بطرق سلمية أيضاً، وفي أحيانٍ أخرى يحدث صدام بين الشعب والسلطة الحاكمة. أما طبيعة الانقلاب فهي قتالية وهجومية منذ البداية.

وتتمثل أولاً في تصفية بعض المسؤولين في الدولة والتخلص منهم من أجل نجاح هذه الحركة، ثم تليها الأعدامات والسجون والتعذيب، وغيرها وذلك من أجل الوصول للسلطة. وهذا ما حدث في ليبيا في العهد السابق. بعكس ما حدث في 17 فبراير، فقد تمثلت في بداية الأمر في حركة شعبية سلمية، إلى أن لاقى الظلم والعدوان من النظام السابق الذي لم يرحب بهذه الثورة الشعبية وذهب ضحيتها عشرات الآلاف.

وفي النهاية وبعد أن قامت الدراسة على بيان مفهوم الثورة والانقلاب والفارق بينهما، وأثرهما على الأوضاع في ليبيا، يمكن القول - إضافة إلى ما ذكرنا أنفاً - ان الفارق بين الثورة والانقلاب كبير، ولا يوجد

(1) يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، 1990م، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 98.

عوامل متشابهة أو متقاربة بينهما، وقد لاحظنا أن هناك اختلافاً من حيث الأهداف وطبيعة الحراك والمصدر بينهما. كما تبين لنا أن ما حدث في العهد السابق في ليبيا عام 1969م، واستمر لأكثر من أربعين سنة كان يعتبر انقلاباً على الحكم لغرض الوصول إلى السلطة. أما ما قامت به الجماهير الليبية في 17 فبراير 2011م، يمثل ثورة حقيقية، تهدف إلى تحقيق المساواة والعدالة في كافة الحقوق بين أفراد الشعب، وتطالب هذه الثورة بدولة مؤسسات ودولة قانون وليس بمصالح فردية أو شخصية كما كان عليه في العهد السابق.

University of Malaya

المطلب الثاني: أهمية الدستور الليبي المؤقت الصادر في ثورة 17 فبراير

بعد أن تحققت ثورة 17 فبراير، واستناداً إلى شرعية هذه الثورة المجيدة، والتي قادها الشعب الليبي في شتى ربوع بلاده. ومن أجل الحرية والعدالة قدم هذا الشعب آلاف الشهداء للعيش بكرامة على أرض الوطن ولتحقيق الديمقراطية، وإرساء مبادئ التعددية السياسية ودولة المؤسسات، والوصول لمجتمع المواطنة والازدهار والتقدم. لذلك كان لا بد من الخطوة الأولى لتحقيق مجموع هذه الأهداف والوصول إلى الديمقراطية الحقيقية ولو في صورة مؤقتة إلى أن تكتمل جميع مقومات وأهداف هذه الثورة. فقد رأى المجلس الوطني الانتقالي المؤقت -الذي هو نتاج ثورة 17 فبراير- أن يصدر إعلاناً دستورياً مؤقتاً ليكون أساساً للحكم في المرحلة الانتقالية. وقد تضمن هذا الإعلان الدستوري عدة خصائص تميزه عن الدساتير الدائمة الصادرة عن هيئات تأسيسية أصلية في ظل الظروف العادية التي تمر بها المجتمعات في العادة، وهذه الخصائص كالتالي⁽¹⁾:

أولاً: أنه إعلانٌ دستوريّ مؤقت

والسبب في كونه مؤقتاً هو الحالة الراهنة التي تمر بها الدولة، والانتقال من مرحلة قديمة انتهت إلى مرحلة جديدة تعمل على تغيير نظام دام لأكثر من أربعين سنة. وقد جاء في عجز ديباجة الإعلان بأنه " وانطلاقاً نحو مجتمع المواطنة والعدالة والمساواة والازدهار والتقدم والرخاء، الذي لا مكان فيه للظلم والاستبداد والطغيان والاستغلال وحكم الفرد، وإلى أن يتم التصديق على الدستور الدائم في استفتاء شعبي عام، فقد رأى المجلس الوطني الانتقالي المؤقت أن يصدر هذا الإعلان الدستوري، ليكون أساساً للحكم في المرحلة الانتقالية"⁽²⁾.

(1) القوري، الصديق محمد الشيباني، تطور الفكر السياسي والدستوري في ليبيا، 1997م، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس: كلية الحقوق، 106، 109.

(2) بيانكو. المهدي محمد حمد، حسين إبراهيم خليل، المدونة الدستورية الليبية- التعليق على الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي في 3 أغسطس 2011م، 1433هـ - 2012م، القاهرة: دار الفكر العربي، ط2، 10، 11.

ثانياً: أنه صدر موجزاً وغير مفصل

نتيجة للظروف التي مرت بها الدولة الليبية بعد الثورة، تقرر أن يصدر الدستور في صورة موجزة مبتعداً عن التفصيلات الدستورية، والتي قد تؤدي إلى عرقلة العمل السياسي والديمقراطي، ولتحقيق أهداف هذه الثورة. لذلك جاءت مواد الإعلان الدستوري موجزة ومركزة نسبياً.

ثالثاً: أنه يركز على الحقوق والحريات

من أهم ما عمل عليه الإعلان الدستوري المؤقت هو الاهتمام بالحقوق والحريات التي يجب أن يتمتع بها المواطنون، وهذا هو الهدف الأول والرئيسي لهذه الثورة، رغم صدور الدستور موجزاً وغير مفصل، لذلك كان الإعلان الدستوري المؤقت يسعى إلى تحقيق أهداف هذه الثورة ولو بصورة موجزة، والتي تعتبر الفرد أساس الدولة، وهذه الحقوق تعد أيضاً ضماناً للأفراد من سيطرة السلطة الحاكمة، أو تدخلها في حقوق وحريات الأفراد.

شرعية المجلس الانتقالي:

لقد تقرر تشكيل المجلس الوطني الانتقالي ليكون الممثل الشرعي الوحيد للشعب الليبي، وواجهة للثورة الشعبية المتواصلة، ويهدف المجلس على تأكيد سيادة الشعب الليبي على كامل أرضه، وحفاظاً على وحدة الشعب والوطن. أما مهام هذا المجلس فتتمثل في:

ضمان سلامة الوطن والمواطنين.

تنسيق الجهود الوطنية لتحرير بقية ربوع الوطن.

تنسيق جهود المجالس المحلية للعمل على عودة الحياة المدنية.

الإشراف على المجلس العسكري بما يضمن تحقيق العقيدة الجديدة للجيش الوطني الليبي في الدفاع

عن الشعب وحماية حدود ليبيا.

الإشراف على انتخاب جمعية تأسيسية لوضع دستور جديد للبلاد يطرح للاستفتاء الشعبي.

تشكيل حكومة انتقالية تمهد لإجراء انتخابات حرة.

تسيير وتوجيه السياسة الخارجية وتنظيم العلاقات مع الدول الأخرى والمنظمات الدولية والإقليمية، وتمثيل الشعب الليبي أمامها⁽¹⁾.

ويمكن القول: إن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت هو أعلى سلطة في الدولة الليبية، ويأشر أعمال السيادة بما في ذلك التشريع، وعليه فقد أصدر- المجلس الوطني الانتقالي- الإعلان الدستوري المؤقت السابق الذكر على اعتبار أنه الممثل الشرعي الوحيد للشعب الليبي، حيث يستمد شرعيته من ثورة 17 فبراير. وقد قضت المحكمة بأن أعمال السيادة تعد من التدابير التي يراها مجلس قيادة الثورة ضرورية لحماية الثورة تخرج عن الرقابة القضائية شريطة أن يقرر القضاء أن الأعمال لها صفة أعمال السيادة أو أنها من التدابير التي رآها مجلس قيادة الثورة لازمة لحماية الثورة. المواد 18 من الإعلان الدستوري، و 3/26 من قانون المحكمة العليا، و 19 من قانون نظام القضاء⁽²⁾.

التعليق على بعض أحكام الإعلان الدستوري ومقارنتها بالنظام السابق

أولاً: إلغاء الوثيقة الخضراء الكبرى:

ألغى الإعلان الدستوري صراحة في المادة (34) كل الوثائق والقوانين ذات الطبيعة الدستورية المعمول بها قبل العمل بهذا الإعلان بقوله " تلغى الوثائق والقوانين ذات الطبيعة الدستورية المعمول بها قبل العمل بهذا الإعلان"، وعليه تعتبر كافة الوثائق والقوانين ملغاة منذ بدء العمل بموجب هذا الإعلان. ويقصد بهذه الوثائق أنها ذات أبعاد فلسفية وسياسية، وتتضمن المبادئ العامة التي يسيير عليها المجتمع، ولقد

(1) الجزيرة نت، المجلس الوطني الانتقالي، الجمعة 1432هـ. 3. 29، الموافق 4. 3. 2011م، (آخر تحديث) الساعة 15: 44، مكة

المكرمة) 12: 44، (غرينتش).

(2) المحكمة العليا، الطعن رقم 3 لسنة 19 ق دستورية، جلسة 20. 3. 1976م، السنة 12، ع4، ص 23.

درج النظام السابق على إصدار هذا النوع من الوثائق، واعتبرها جزءاً من بنية الدولة القانوني، فهي مثل الدستور ومساوية له من الناحية القانونية⁽¹⁾.

ويفهم من هذه المادة أنه المقصود بالإلغاء هي وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب والوثيقة الخضراء الكبرى، فهي وثيقة دستورية في شكلها وطريقة إعدادها وإصدارها، وفي موضوعها فقد اتصفت بالطابع الإلزامي لجميع الكيانات في الدولة، حيث تضمنت مسائل دستورية جوهرية حددت من خلالها المعالم الأساسية لنظام الحكم في ليبيا⁽²⁾.

ثانياً: مسؤولية الدفاع عن الوطن

نصت المادة (9) من الإعلان الدستوري عقب ثورة 17 فبراير على أنه يجب على كل مواطن الدفاع عن الوطن، والحفاظ على الوحدة الوطنية، وعدم المساس بالنظام المدني الدستوري الديمقراطي، والتمسك بالقيم المدنية، فيعد الدفاع عن الوطن وسيلة إلى تحرير هذه الشعوب من الظلم والاضطهاد. وفي النظام السابق اندرج هذا الأمر في مقولة "أن السلاح بيد الشعب" أي الشعب المسلح، فيتدرب الشعب على السلاح ويصبح مالكاً له، وكان هذا النظام من جهة أخرى يستخدم هذا السلاح في البطش بالشعب⁽³⁾.

ومن آثار ثورة الفاتح أنه قام بإلغاء الجيش النظامي "القوات المسلحة" وإقامة الشعب المسلح، وانتقلت مسؤولية الدفاع عن الوطن إلى عاتق كل مواطن ومواطنة⁽⁴⁾.

ويمكن القول: إن النظام السابق أرغم الجميع على حمل السلاح القادر وغير القادر، بل وأجبر النساء أيضاً على حمل السلاح وكبار السن من النساء والرجال، وهذا تعسف وظلم في حق الشعب الليبي فمنهم من لا يقوى على حمل السلاح، كما أنه لا يمكن استغناء الدولة عن القوات المسلحة كما فعل هذا النظام

(1) ميلود المهذب، إبراهيم أبو خزام، الوجيز في القانون الدستوري، دراسة تحليلية في النظرية العامة لفلسفة القانون الدستوري، 1996م، الكتاب الأول، طرابلس: المكتبة العلمية العالمية، 273، 276.

(2) عبد السلام المسماري، ليبيا والحاجة إلى دستور، مجلة عراجين المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في ليبيا، العدد الثاني، يونيو 2004م، 65.

(3) القوري، الصديق محمد الشيباني، تطور الفكر السياسي والدستوري في ليبيا، 1997م، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس: كلية الحقوق، 293.

(4) الباشا، فايزة يونس، شرح قانون الاجراءات الجنائية للشعب المسلح، 1429م، ليبيا: دار النهضة العربية، ط 1، 1.

والاكتفاء بقيام الشعب بنفسه بالحماية والدفاع عن نفسه. أما ثورة 17 فبراير فتطالب بدولة المدنية والمؤسسات، واتباع ما هو متعارف عليه في أنظمة العالم التي تنادي بالديمقراطية والحرية.

ثالثاً: أنواع التعبير عن الحريات

تضمنت المادة (14) الحريات الذهنية والشخصية والتي تتمثل في حرية الرأي وحرية التعبير الفردي والجماعي، وحرية البحث العلمي، وحرية الاتصال وحرية الصحافة ووسائل الإعلام والطباعة والنشر، وحرية التنقل، وحرية التجمع والتظاهر والاعتصام السلمي، وبما لا يتعارض مع القانون⁽¹⁾.

وهي حقوق شخصية نظراً لاتصالها بالشخص كحرية التعبير عن الرأي التي تعطى للأفراد القدرة على التعبير عما يجيش في صدورهم دون خوف أو عقاب، وقد بادرت الدول صاحبة النظم الديمقراطية إلى إعطاء حرية الرأي مكاناً متميزاً بين الحقوق الأخرى حتى أصبحت من الأصول الدستورية لهذه الدول⁽²⁾. وعلى العكس من ذلك في النظام السابق في عهد القذافي الذي أورد في خطابه الذي ألقاه في 15. 1. 1976م، إلى أن "الدعوة لما يسمى بجرية التعبير دعوة رجعية متخلفة إنها مقولة تخطتها التجارب الديمقراطية، إننا نمارس الحكم الشعبي وتقرير المصير ممارسة وليس بالتعبير فقط، وإن كل من يتكلم عن حرية التعبير فهو رجعي لأننا تجاوزنا هذه المقولة بممارستنا للديمقراطية الشعبية والحقيقية⁽³⁾".

رابعاً: الأحزاب السياسية

تحدثت المادة (15) من الإعلان الدستوري على أن الدولة تكفل حرية تكوين الأحزاب السياسية والجمعيات وسائر منظمات المجتمع المدني، ويصدر قانون بتنظيمها، ولا يجوز إنشاء جمعيات سرية أو مسلحة أو مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، وغيرها مما يضر بالدولة ووحدة التراب الوطني. فالعنصر المميز للأحزاب السياسية هي أنها تسعى للحكم وتشارك في مسؤولياته.

(1) مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ومراقبة دستورية القوانين، 1985م، مصر: منشأة المعارف، 213.

(2) المحكمة الدستورية العليا، جلسة 7. 5. 1988م، الفضية رقم 44 لسنة 7ق دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا في الفترة من يناير 1987م، حتى آخر يونيو 1991م ج4، 98.

(3) محمود نافع، حقوق الإنسان والحريات الأساسية في ديكتاتورية القذافي، إصدار التجمع الوطني الليبي المعارض، يوليو 1981، 27.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يوجد تنظيم قانوني للأحزاب السياسية في ليبيا منذ العهد السابق حتى الآن. فقد كان القذافي يعتبر أن تشكيل الأحزاب السياسية خيانة عظيمة، وأكد على ذلك في كتابه الأخضر في قوله⁽¹⁾ " من تحزب خان" وحل محلها المؤتمرات واللجان الشعبية والاتحادات والروابط المهنية وقد أشرنا لذلك آنفاً في الفصل السابق، وهذا دليل على ابتعاد الشعب الليبي عن الحياة السياسية طوال هذه السنوات، وعليه يجد المجتمع الليبي صعوبة في استيعاب جميع هذه الأنماط من الديمقراطية. والحقيقة أن الانتقادات كثيرة، وهنا ذكر الباحث البعض منها على سبيل المثال لا الحصر، فقد كان القصد من التطرق لبعض هذه الانتقادات لبيان الآتي:

العزلة التي فرضها النظام السابق على الشعب الليبي، وإبعادهم عن الحياة السياسية.

ملاحظة الفرق بين الإعلان الدستوري المؤقت والنظام السياسي في العهد السابق.

بيان صعوبة المرحلة القادمة التي سيخوضها الشعب الليبي من أجل بناء مجتمع مدني.

بيان مجهودات ثورة 17 فبراير في محاولة اصلاح ما أفسده النظام السابق من خلال الدستور المؤقت.

بيان أنه من الصعوبة بمكان إصدار دستور دائم في الوقت الراهن نتيجة لما سبق بيانه من فساد النظام

السياسي السابق.

وفي النهاية يمكن القول أيضاً: إنه من الصعب تحقيق جميع طموحات وأمان الشعب الليبي في الوقت

الراهن، والسبب أن العهد السابق للقذافي ترك فجوات سياسية واقتصادية واجتماعية وفكرية كبيرة من

الصعب معالجتها في فترة زمنية قصيرة، وعليه لا يمكن أن نعمل على وضع دستور في صورته المكتملة

والمطمئنة للشعب الليبي حتى تعالج جميع هذه الفجوات، وحتى لا يتعرض الدستور الجديد للنقد والرفض من

قبل المجتمع، لذلك أعلن المجلس الانتقالي عن الدستور المؤقت لمساعدة هذه الثورة على السير بخطوات

دقيقة، وحتى يتمكن من إحداث بعض الإصلاحات التي يمكن علاجها في الوقت الراهن إلى أن تبدأ الحياة

المدنية والسياسية في الظهور في فكر وأذهان الشعب الليبي، ويمكنهم استيعابها وفهمها وتطبيقها، هنا

وفي هذه الحالة يمكن وضع دستور دائم يستحق أن يستفتي عليه الشعب الليبي بكل حرية.

(1) معمر القذافي، الكتاب الأخضر، الفصل الأول، 10.

المطلب الثالث: العلاقة بين الدستور الليبي المؤقت ومبادئ الشريعة الإسلامية

يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية وفقاً لما نصت عليه المحكمة الدستورية العليا بمصر⁽¹⁾، بأنها الأحكام التي يتمتع الاجتهاد فيها، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، وليست كذلك الأحكام الظنية في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً، فهذه تتسع دائرة الاجتهاد فيها تنظيمًا لشئون العباد، وضمناً لمصالحهم التي تتغير وتتعدد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان، وهو اجتهاد وإنجاز مندوباً من أهل الفقه، فهو في ذلك أوجب وأولى لولي الأمر، يبذل جهده في استنباط الحكم الشرعي من الدليل التفصيلي، ويكون اجتهاده بالنظر في كل مسألة بخصوصها بما يناسبها، إحماداً للثائرة، وإنهاءً للتنازع والتناحر، وإبطالاً للخصومة مستعيناً في ذلك كله بأهل الفقه والرأي، وكان حقاً عليه عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما ما لم يكن إنمًا، فلا يضيق على الناس، أو يرهقهم من أمرهم عسراً⁽²⁾.

ونظراً لأهمية الدين الإسلامي في تنظيم حياة الناس بشكل عام، وفي جانبها الدستوري بشكل خاص، فقد تضمن الدستور الليبي المؤقت الصادر عن المجلس الانتقالي، وفي مادته الأولى أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع في البلاد بقوله: (لبيبا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع....)⁽³⁾.

وهنا يمكن القول: إن المقنن الدستوري الليبي ممثلاً في المجلس الانتقالي كان موفقاً في النص بعبارة (المصدر) وليس مصدر، وذلك لمنع أي خلاف قد يثور حول استعمال ال التعريف لكلمة مصدر، فهناك

(1) القضية رقم 201 جلسة 15 . 12 . 2002م، مجموعة المكتب الفني س 10، ج 1، 816، القضية رقم 2 لسنة 2002م، جلسة 5 . 8 .

2000م، مجموعة المكتب الفني ج 9، مجلد 1، ص 619.

(2) أبو سمهدانة، عبد الناصر، حسين إبراهيم خليل، الإعلان الدستوري الصادر من المجلس الأعلى للقوات المسلحة، 2012م، القاهرة:

المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، 19.

(3) بيانكو. المهدي محمد حمد، حسين إبراهيم خليل، المدونة الدستورية الليبية- التعليق على الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني

الانتقالي في 3 أغسطس 2011م، 1433هـ - 2012م، القاهرة: دار الفكر العربي، ط 2، 10، 19.

بعض الدول الإسلامية قد تعرضت للجدل فقهيًا حول عبارة الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع، ومنها على سبيل المثال الكويت، ففي ضوء وضع النص بهذه الصيغة توجيه للمشرع وجهة إسلامية أساسية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكمًا لها، أو يكون من المستحسن تطوير بعض الأحكام تمشيًا مع تطورات الحياة⁽¹⁾.

أهمية اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع في ليبيا

يترتب على اعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس في ليبيا عدة آثار وهي:

تحريم زواج المسلمة من الكتاني.

إخضاع القواعد المنظمة للأسرة خاصة ما يتعلق بالزواج والطلاق لمبادئ الشريعة الإسلامية.

مما لا ريب فيه أن الشريعة الإسلامية تضمنت أحكامًا خاصة بالأحوال الشخصية متعلقة بالنظام العام لا يمكن إغفالها أو إهدارها.

أن الإسلام مجتمع عالمي لا عزلة فيه بين المسلمين وأصحاب الديانات الأخرى الكتابية، فيجوز للمسلم الزواج من كتابية، ولا فرق بينها وبين المسلمة في المهر والحقوق.

إذا تعارض نص تشريعي مع مبادئ الشريعة الإسلامية، يتم إلغاؤه أو تعديله بما يتناسب مع مبادئ الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

وقد تبين أن الدستور الليبي المؤقت الصادر عن المجلس الانتقالي قد نص صراحة على تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، ولكن من المعروف أنه من أهم مبادئ الشريعة الإسلامية هي الشورى، المساواة، الحرية، العدالة ومدى مساءلة الحاكم. فهل يتضمن الدستور المؤقت الليبي تطبيق هذه المبادئ؟ وهنا يجب

(1) مجموعة التشريعات الكويتية ج 1، الدستور الكويتي، والمذكرة التفسيرية، إصدار مجلس الوزراء، إدارة الفتوى، ط 8 - ديسمبر

2006م، ص 72.

(2) بيانكو، المهدي محمد حمد، حسين إبراهيم خليل، المدونة الدستورية الليبية - التعليق على الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني

الانتقالي في 3 أغسطس 2011م، 1433هـ - 2012م، القاهرة: دار الفكر العربي، ط 2، 20.

بيان الغرض من النص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع في ليبيا في المادة الأولى من القانون الدستوري المؤقت، وذلك كما ذهبت إليه المحكمة العليا الليبية إلى " جعل البلاد التي صدر فيها هذا الدستور مصطبغة بالصيغة الإسلامية، وتسير حياتها ونظامها الاجتماعي وفق الأسس والخطوط العريضة التي خطها الإسلام لحياة الأمة الإسلامية لتكون كلمة الله هي العليا"⁽¹⁾. أين استقلال القضاء.

(1) الطعن رقم 70 لسنة 19 ق جنائي، جلسة 6 . 3 . 1973 م.

المبحث الثاني: أثر استقلال القضاء في ظل الدستور الليبي المؤقت والشريعة الإسلامية

إن السلطة القضائية هي سلطة أصيلة تقف على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهي إذ تستمد وجودها وكيانها وولاياتها من الدستور فهي إذاً ليست هبة من المشرع، ولا تستمد وجودها وكيانها من تشريعاته. ومن ثمة فإنه لا يملك إلغائها بقانون سواء جزئياً أو كلياً⁽¹⁾.

حيث إن تنظيم العدالة وإدارتها إدارة فعالة مسألة وثيقة الصلة بالحرية وصون الحقوق على اختلافها، وجعل الإعلان الدستوري من هذا الاستقلال عاصماً من التدخل في أعمالها، أو التأثير فيها، أو الإخلال بمقوماتها، لتكون لها الكلمة النهائية في كل مسألة من طبيعة قضائية.

وعليه فإن هذا المبحث يتضمن ثلاث مطالب تبين الأحكام المتعلقة باستقلال القضاء في ظل الدستور الليبي المؤقت والشريعة الإسلامية وذلك في مطلب أول، وأوجه الشبه والاختلاف بين النظام القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي في مطلب ثانٍ، ثم النظر في القيمة الحقيقية لمبدأ الفصل بين السلطات من خلال موقف الدستور الليبي المؤقت وذلك في مطلب ثالث، وفي مطلب رابع بيان مبدأ التوافق والتعاون بين السلطات في النظام الليبي الجديد.

(1) أبو المجد، أحمد كمال، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصري، 615.

المطلب الأول: الأحكام المتعلقة باستقلال القضاء في الدستور الليبي المؤقت والشريعة الإسلامية

صدر الإعلان الدستوري بتاريخ 2011. 3. 8. بمدينة بنغازي من المجلس الوطني الانتقالي، وكما سبق القول: إن مشروع الدستور المؤقت جاء لإدارة البلاد خلال الفترة المقبلة حتى يتم الانتهاء من وضع دستور دائم ودخوله حيز النفاذ كنص متشابه بالنسبة للنصوص في المنطقة العربية.

حيث تنص المادة (32) من القانون الدستوري المؤقت على أنه " السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، والقضاة مُستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون والضمير. يُحظر إنشاء محاكم استثنائية"⁽¹⁾.

قد بينت هذه المادة الأمور الآتية:

أن المحاكم وحدها - وعلى اختلاف أنواعها ودرجاتها - هي التي تتولى ممارسة السلطة القضائية.

يجب أن تصدر أحكام هذه السلطة وفقاً للقانون أو طبقاً للقوانين الإجرائية الجنائية في الدولة، وهي قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الإجراءات الجنائية باعتبارهما الشريعة العامة لقواعد التقاضي في الدولة.

استقلال القضاة، فلا يخضع القاضي لتأثير سلطة أي كانت، فلا يتحرى سوى إقامة العدل، ولا يخشى في الله لومة لائم.

نص الإعلان الدستوري صراحة على حظر إنشاء محاكم استثنائية.

وبناءً لما سبق فإن السلطة القضائية سلطة أصيلة لا فرق بينها وبين السلطات الأخرى من حيث الدرجة والمكانة، وكانت المادة 142 من الدستور الليبي السابق، والمادة 28 من الإعلان الدستوري الصادر في 1969م، تنص على أنه لا يجوز إهدار ولاية تلك السلطة سواء إهدار كلي أو جزئي، كما قضت المحكمة العليا بليبيا بأن " السلطات القضائية هي المختصة دون غيرها بمزاولة تطبيق القانون على الخصومة

(1) نص الإعلان الدستوري للمرحلة الانتقالية، منتدى القانون الليبي، قسم تشريعات المجلس الانتقالي، 2011. 9. 2م، <http://www.lawoflibya.com>

لولايتها الأصلية الكاملة، والدستور وحده هو الذي يملك تقييد ولاية القضاء باعتباره إحدى سلطات الدولة، وليس للمشرع بحجة ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها أن يمنع بعض المنازعات من الولاية القضائية متى ترتب عليها المساس بحق الأفراد، وإذا خرج القانون على هذا الحق الدستوري ولم يلتزمه عد المشرع غير دستوري لأن فيه تعطيلاً لوظيفة السلطة القضائية التي أنشأها الدستور وأسند إليها وحدة إقامة العدل مستقلة عن السلطات الأخرى⁽¹⁾.

ويمكن القول: إن الإعلان الدستوري المؤقت قد أعطى للقضاء استقلاله وحرية في اتخاذ القرارات وإصدار الأحكام وفقاً للقانون، وأيضاً تضمن الإعلان الدستوري اعترافاً صريحاً بمبدأ الفصل بين السلطات، بخلاف العهد السابق الذي تمسك بمبدأ وحدة السلطة. هذا من الجانب المادي، أما من الناحية المعنوية للقضاء، فإن الاعتراف لاستقلالية القضاء يعزز هيبة القاضي. فالقاضي متى كبر في عيون الناس استقل عن كل مؤثر ينال من هيئته وكرامته، فلا تتجرأ عليه جهة بالتدخل في شئونه وأعماله أو إصدار أحكامه، فيقضي القاضي ولو على السلطان أو الرئيس الذي ولاه على أمر القضاء⁽²⁾.

مقارنة ضمانات استقلال القضاء في القانون الليبي والمصري

رغم ما تضمنته المادة (32) من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي من ضمانات لاستقلالية القضاء، إلا أن الباحث يجدها غير كافية لتحقيق الاستقلالية والحرية الكاملة للقضاء الليبي، وخاصة أن القضاء الليبي قد واجه صعوبات كبيرة في تحقيق العدالة وفي التعبير وإصدار الأحكام بكل حرية في العهد السابق، فكان يجب على الإعلان الدستوري المؤقت أن يتضمن موضوع استقلال القضاء بشكل أوسع نطاقاً، وأكثر تفصيلاً، وإذا ما قارنا بين الإعلان الدستوري المصري الصادر عن المجلس الأعلى للقوات المسلحة في مارس 2011م، والذي صدر في ظروف مشاهمة للوضع في ليبيا، وكان نتيجة ثورة حقيقية ومشاهمة للثورة الليبية مطالبين فيها بالعدل والمساواة والحرية بمختلف أنواعها، فسوف نجد الأمور الآتية:

أولاً: تضمن الإعلان الدستوري المصري موضوع استقلال القضاء في مادتين منفصلتين وهما:

(1) الطعن رقم 1 لسنة 19 ق جلسة 1972 . 6 . 10 م، مجلة المحكمة العليا 8، ع 4، ص 12.

(2) تبين الحقائق، البلي، 4: 179. تبصرة الحكماء، لابن فرحون، 1: 32.

1- ينص الإعلان الدستوري المصري في المادة (46) على أنه: " السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون".

2- وتنص المادة (47) أيضاً على أنه: " القضاة مستقلون وغير قابلين للعزل وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً، ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا أو في شئون العدالة"⁽¹⁾.

بخلاف الدستور الليبي الذي بين موضوع استقلال القضاء في مادة واحدة.

ثانياً: يتفق الإعلان الدستوري الليبي المؤقت مع الإعلان الدستوري المصري في الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، ووضع ضمانات لاستقلالية القضاء وفقاً لشروط خارجية وأخرى ذاتية في القضاة ومنها، عدم التدخل في شئون السلطة القضائية، وأن يكون القاضي محايداً أي مجرداً من التأثير بالمصالح أو العواطف الشخصية⁽²⁾.

فالعهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية، الصادر في عام 1966م، يقرر حق الإنسان في التقاضي أمام محكمة مستقلة، وهذا ما كفله الإعلان العالمي لحقوق الإنسان منذ عام 1948م⁽³⁾. ولقد جعلت الجمعية العامة للأمم المتحدة " المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية" موضع اهتمام وتبني، واعتبرت هذه المبادئ بمثابة الحد الأدنى المتفق عليه بين الدول، ضماناً لاستقلال القضاء وحياده ونزاهته⁽⁴⁾.

ثالثاً: يختلف الإعلان الدستوري الليبي عن المصري من حيث إنه نص المادة (32) لم ينص صراحة على حصانة القضاء من العزل، حيث إن هذه الحصانة هي أساس الاستقلال الذي يتمتع به القاضي عند مباشرته لوظيفته القضائية، وبهذا يكون الإعلان الدستوري الليبي قد أغفل ركناً أساسياً

(1) أبو سمهدانة، عبد الناصر، حسين إبراهيم خليل، الإعلان الدستوري الصادر من المجلس الأعلى للقوات المسلحة، 2012م، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 349، 355.

(2) سرور، أحمد فتحي، استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، القاهرة: مجلة القانون والاقتصاد، 114.

(3) المادة رقم(14) من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية الصادر في عام 1966م.

(4) خالد محمد الجمعة، استقلال القضاء في العد الدولي للحقوق السياسية والمدنية والدستور الكويتي- دراسة مقارنة نقدية، 1429هـ -

2008م، الكويت: مجلة الحقوق، 114.

من ضمانات استقلال القضاء وهو هيئة القضاء. بخلاف الدستور المصري الذي قرر صراحة أنه " تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات"⁽¹⁾. ومن ثم فلا يصح لأي سلطة أن تنازعهم لباس القضاء، لأن تمتع القاضي بحقوقه المكفولة له قانوناً يعد في ذاته مظهرًا من مظاهر الهيبة المعنية في القضاء، وضمانة رئيسية من ضمانات الاستقلال.

University of Malaya

(1) المادة رقم (65) من دستور 1971م، المصري، والمادة (46) من الإعلان الدستوري المصري الصادر في 30 مارس 2011م، عقب

قيام الثورة المصرية في يناير 2011م.

المطلب الثاني: أوجه الشبه والاختلاف بين النظام القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي

إن أهم ما يمكن الإشارة إليه في النظام القضائي الليبي الجديد هو النص على استقلال القضاء، والذي جاء بموجب نصوص دستورية. أما المقارنة بما جاء في الشريعة الإسلامية فإننا نجد الأمور الآتية:

1- ما يتوافق من الشريعة الإسلامية مع استقلالية القاضي الليبي: حيث جعلت الشريعة الإسلامية ضمير القاضي ينطلق من مبدأ خشية العقاب الأخروي بالإضافة إلى العقاب الدنيوي مما ساهم في تقدم وتطور مرفق القضاء في العهود الإسلامية السابقة، وخاصة في عهد الخلفاء الراشدين، ولم تغفل الشريعة الإسلامية الجزاءات التأديبية، وهي العزل بالإضافة إلى المخالفات الموجبة لها، ولعل ما كتبه عمر بن الخطاب رضي الله عنه في القضاء واستقلاله يعد خير مرجع ودليل على كيفية عمل القاضي المسلم، ووجباته القضائية وفقاً للشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

2- ما يتعارض مع حصانة القاضي واستقلاله في الشريعة الإسلامية: اعتمد الفقهاء في بعض الأحيان على العرف السائد الذي يقضي بضرورة تعيين القاضي من قبل الوالي أو الخليفة، وهذا ما جرى عليه العرف في عهد التشريع الإسلامي، حيث كان الرسول صلى الله عليه وسلم هو من يختار القضاة، وسار على نهج الخلفاء الراشدين، ولكن الفارق كبير بين هؤلاء وبين الولاة الذين جاؤوا من بعدهم في قدرتهم وفي كفايتهم، وعدالتهم، مما جعل هذا الأمر القضائي تحت رحمة الوالي، ورهن مشيئته، والتاريخ الإسلامي يحفل بالعديد من المشاهد المأساوية لمعناة القضاة من جور وظلم حكامهم. وقد سبق الإشارة إليه في بداية البحث بشيء من التفصيل. أما القاضي الليبي مهتد دائماً بالعزل، والإحالة على التقاعد، وخاصة وأن هناك سابقة شهيرة تعرض فيها القضاء الليبي للاعتداء عندما قرر مجلس قيادة الثورة في 25. 10. 1969م، بإعادة تنظيم المحكمة العليا، حيث جاء في قرار مجلس قيادة الثورة أن كل من يشمله قرار المجلس بإعادة التشكيل محالاً على التقاعد من تاريخ صدور القرار.

(1) سبق الإشارة إلى استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية في الفصل الأول بشيء من التفصيل.

وتعرضت المحكمة العليا بليبيا في قضية للطعن على قرار التصفية فذهبت إلى أن: " التصفية الأولى التي باشرها القضاء الأعلى بتفويض من المشرع بالمادة(51) من نظام القضاء دعت إليها الضرورة ولو كان معظم رجال القضاء عند إنشائه من غير المؤهلين وكانوا جميعاً- القلة المؤهلة والكثرة غير المؤهلة- لم يمارسوا القضاء من قبل ومن مارسه منهم لفترة قصيرة لم يمارسها سلفي ظل مثل القوانين الوضعية التي صدرت سنة 1953م⁽¹⁾.

4-الإعلان الدستوري المؤقت لم ينص صراحة على أن القضاة غير قابلين للعزل، كما أن وضعهم المعيشي والاجتماعي، والمالي مازال دون المستوى المطلوب، وكثيراً ما نجد القاضي الليبي معسراً في ضائقات مالية غير قادر على تلبية جميع رغباته الضرورية، ومتطلبات أسرته، كما أن قلة نوادي القضاة جعلت أمور الترفيه على القضاة حلاً يصعب تحقيقه، كما أن القاضي الليبي معرض دائماً للنقل إلى وظائف المحاماة الشعبية، أو إلى إدارة القضايا، وهذه التنقلات تخفي في طياتها الكثير من التعسف ضد القضاة مما يؤثر في وضعهم الوظيفي الذي يقتضي الاستقرار⁽²⁾. بعكس الشريعة الإسلامية التي ترفض المساس بحقوق القاضي وحرية، بل وتمنع تدخل أي سلطة مهما علت من التدخل في شؤون القضاء، وهذا ما تم بيانه في الفصول السابقة ولا حاجة إلى تكراره.

ونتيجة لجميع هذه الأمور المحزنة في حق القضاء الليبي، تطالب الباحثة الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور والتي ستقوم بالاضطلاع بصياغة مشروع دستور للبلاد، عندما تضع الدستور الدائم في المرحلة الانتقالية القادمة أن تنص صراحة على ضمانات استقلالية القضاة ومنع عزلهم، وذلك لأن هذه الضمانات هي أساس الاستقلال الذي يتمتع به القاضي عند مباشرته لوظيفته القضائية.

وعليه فإن الباحثة تقترح إضافة نص دستوري آخر إلى النص الدستوري السابق، اجتهاداً منها للوصول إلى أفضل الطرق والأساليب لتحقيق القضاء العادل والتأكيد على هيئة القاضي وحمايته من العزل في ليبيا وهما كالاتي:

(1) سبق ذكره في مبحث سابق. الطعن رقم 17 لسنة 8ق إداري، جلسة 28، 6، 1970م، مجلة المحكمة العليا س7، ع1، ص59.

(2) الرفادي. سعد بشير مفتاح، استقلالية القاضي ما بين الحصانة والمساءلة، 2012م، الأسكندرية: منشأة المعارف، 263.

النص المقترح:

المادة(أ)ـوالي تنص على أنه: " السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون". يُحظر إنشاء محاكم استثنائية

بـ- " القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون والضمير، وغير قابلين للعزل، وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا، أو في شؤون العدالة".

المطلب الثالث: موقف الدستور الليبي المؤقت من نظرية الفصل بين السلطات

نبذة تاريخية:

جرت الوثائق الدستورية الصادرة في ليبيا في الفترة ما بين 1951م، و2 مارس 1977م، على اعتبار القضاء سلطة من بين السلطات الثلاثة التي تنظمها، وإسناد مباشرتها إلى المحكمة العليا والمحاكم الأخرى في إطار القانون. ولكن بعد إنقضاء هذه الفترة تمت الاستعاضة عن مبدأ الفصل بين السلطات بمبدأ وحدة السلطة كما سبق ذكره، وبالتالي أصبح القضاء مجرد وظيفة تقوم بها المحاكم بوصفها أداة الشعب في ممارسة هذا المظهر من مظاهر سلطته⁽¹⁾.

وقد تعرض القضاء الليبي للاعتداء عندما قرر مجلس قيادة الثورة في 25. 10. 1969م، بإعادة تنظيم المحكمة العليا، وكل من يشملهم قرار المجلس بإعادة التشكيل محال على التقاعد من تاريخ صدور القرار، وعليه فقد تعرضت المحكمة العليا في ليبيا في قضية للطعن على قرار التصفية، فذهبت إلى أن " التصفية الأولى التي باشرها القضاء الأعلى بتفويض من المشرع بالمادة 51 من نظام القضاء دعت إليها الضرورة ولو كان معظم رجال القضاء عند إنشائه من غير المؤهلين وكانو جميعاً - القلة المؤهلة والكثرة غير المؤهلة - لم يمارسوا القضاء من قبل، ومن مارسه منهم لفترة قصيرة لم يمارسه في ظل مثل القوانين الوضعية التي صدرت سنة 1953م⁽²⁾.

ودأب المشرع في ليبيا منذ الاستقلال على إخراج أعمال السيادة من ولاية المحاكم بوجه عام في المادة(16/ف من قانون 76/51)، وهذا الحظر لا يقتصر على المحاكم الدنيا، بل ينصرف أيضاً إلى المحكمة العليا عملاً بالمادة 26 من قانونها الجديد لعام 1982م، التي تقرر " لا تختص المحكمة العليا بنظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"⁽³⁾.

(1) صبيح مسكوني، مفهوم الإدارة الشعبية، 1979م، مجلة دراسات قانونية: كلية القانون جامعة قاريونس، مجلد 8، 107.

(2) مجلة المحكمة العليا س7، ع1، ص59، في الطعن رقم 17، لسنة 8ق إداري، جلسة 28. 6. 1970.

(3) وهو الحكم الذي كرسه قوانين القضاء السابقة(مثلاً 19 من قانون 1962م، و6 من القانون رقم 88 لسنة 1971م، في شأن القضاء

الإداري، والذي كان مقررًا بالمادة 26 من قانون المحكمة العليا الأول لعام 1953م). الكوني على أعبودة، النظام القضائي الليبي،

2003م، ليبيا: دار الكتاب الوطنية، ط3، 302.

وفي الحقيقة أنه لا مجال للحديث عن تقسيم السلطات أو فصلها أو حتى تعاونها في النظام السابق، لأن تنظيم ممارسة السلطة في النظام الدستوري الليبي يقوم على مبدأ وحدة السلطة، فقد اعتمدت وثيقة إعلان سلطة الشعب، والتي تعدّ أساساً للتنظيم السياسي، المؤتمرات الشعبية الأساسية كسلطة عليا تملك السيادة من حيث المبدأ، وتملك ممارسة جميع مظاهر السلطة في الدولة، لذلك كان من الصعب الوصول إلى استنتاجات واقعية حول نظرية وحدة السلطة بشكلها التقليدي المعروف، ذلك لأن هذه السلطات ليست مطلقة الصلاحية في ظل سلطة الشعب. ولكي يبرهن الباحث على وقوع هذا النظام - الجماهيري السابق - في فوضى لا تتلائم مع المقياس الفكري لتقسيم السلطة في الدولة، سيعرض نبذة مختصرة عن نظرية فصل السلطات، ونظرية وحدة السلطة، وذلك لمقارنتها مع النظام السابق، وأيضاً مانص عليه الدستور المؤقت الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي بعد ثورة 17 فبراير 2011م لتثبت الباحثة الأمور الآتية:

ابتعاد هذا النظام - الجماهيري السابق - وتجاهله للنصوص الدستورية التي تعيد تصنيف الأنظمة السياسية وفق هذه النظريات.

مقارنته بالدستور المؤقت في تحديد وظائف هذه السلطات وكيفية تداولها.

اقتراح الباحث مبدأ آخر وهو التعاون بين السلطات على أنه أفضل الحلول لتداول السلطة، وسيأتي بيانه في المطلب الأخير من هذا المبحث.

أولاً: نظرية فصل السلطات أو (مبدأ الفصل بين السلطات)

ترجع هذه النظرية في أصولها الفكرية إلى فلاسفة اليونان، فقد تحدث عنها إفلاطون وأرسطو، كما تحدث عنها أيضاً مفكرو عصور التنوير ومنهم جون لوك وجان جاك روسو. ويعتبر جون لوك أول من وضع نظرية الفصل بين السلطات في الفصل الحادي عشر من كتابه في الحكم المدني، واعترف أن السلطة التشريعية هي السلطة العليا في الدولة، ولكن مهمتها يجب أن تقتصر على وضع القوانين، أما تنفيذ هذه

القوانين يجب أن يكون من اختصاص السلطة التنفيذية وحدها، وذلك لحفظ وسلامة النظام السياسي في الدولة⁽¹⁾.

وقد عرف الفقيه الفرنسي أسمان مبدأ الفصل بين السلطات بانه: " المبدأ الذي يقضي بإسناد خصائص السيادة التي يختلف بعضها عن بعض إلى أفراد أو هيئات مختلفة، ومستقل بعضها عن بعض كذلك، ولما كانت الأمة هي مصدر السلطة فهي التي تسند هذه الخصائص المختلفة والمستقلة إلى الهيئات المختلفة والمستقلة"⁽²⁾.

وهنا يمكن القول: إن هؤلاء المفكرين السياسيين كانوا يميلون إلى وضع السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد هيئتين مختلفتين، ويمكن تصور السبب أن وضع السلطتين في يد واحدة يمكن أن يؤدي إلى الانحراف عن تطبيق قواعد العدالة، وينتهي المطاف إلى الاستبداد، لذلك كان لا بد من فصل جميع هذه السلطات عن بعضها. ويقول العلامة مونتسكيو في كتابه روح القوانين سنة 1747م: (أن هذه السلطات لا يجب أن تجتمع في يد شخص واحد لأنه إذا اجتمعت السلطتان التشريعية والتنفيذية في يد شخصية أو هيئة واحدة انعدمت الحرية)، ثم يقول: (وكذلك الشأن إذا اجتمعت السلطات الثلاثة في يد واحدة ولو كانت يد الشعب ذاته)⁽³⁾.

أما السلطة القضائية عند جان جاك روسو فهي شبيهة بالسلطة التنفيذية، لكونها مطالبة بالخضوع للقوانين هي الأخرى، وأنه يحق للأفراد التظلم من أحكامها، ونتيجة لذلك يحق للشعب إصدار العفو عن المحكوم عليهم قضائياً⁽⁴⁾. ويلاحظ هنا اختلاف جان جاك روسو مع مونتسكيو، حيث أن الأول يرى أن السلطة القضائية جزء من السلطة التنفيذية. كما أنه لا يقر بفكرة تساوي السلطات في ممارسة السيادة واستقلالها.

(1) جون لوك، هيوم، روسو، العقد الاجتماعي، ترجمة عبد الكريم أحمد، سلسلة الألف كتاب، دار سعد، الفصل الثاني عشر، 343.

(2) عبد الكريم علوان، النظرية السياسية والقانون الدستوري، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، (1419هـ-1999)، 217.

(3) مونتيسيو، روح القوانين، 1953م، ترجمة عادل زعتر، القاهرة: دار المعارف، 55.

(4) جان جاك روسو، العقد الاجتماعي، 1973م، ترجمة ذوقان قرقوط، بيروت: دار القلم، ط1، 34.

ويعتبر هذا المبدأ - الفصل بين السلطات - من المبادئ الهامة التي حرصت الثورة الفرنسية على اعتناقها وتقريره في إعلانات الحقوق والديساتير المختلفة، وقد حرصت الثورة الأمريكية أيضاً كما سبق بيانه على اتخاذ هذا المبدأ أساساً لتنظيم حكوماتها، ويحتم مبدأ الفصل بين السلطات أولاً قيام حكومة نيابية، لأنه لا يسود إلا في ظل النظام النيابي⁽¹⁾.

ويمكن القول: إن مبدأ الفصل بين السلطات ينصرف إلى عدم تدخل السلطات في عمل بعضها البعض، وتوزيع هذه السلطات بحيث لا تتدخل سلطة منها في الأخرى، وبحيث تُعطل هذه السلطات محاولة أي سلطة أخرى للطغيان، وعليه فإن عمل البرلمان يقتصر على وضع القوانين والمحاسبة على تنفيذها، فلا يملك حق إسقاط الحكومة أو توجيهها، ولهذا نجد هذا المبدأ له بعض المميزات، وعليه بعض العيوب، نذكر منها الآتي:

أ- مميزات مبدأ الفصل بين السلطات:

هذه المميزات تتمثل في النقاط الآتية:

1- صون الحرية ومنع الاستبداد، فمن الخطر أن تجتمع السلطة التشريعية والتنفيذية في يد واحدة، فإذا تحول القاضي إلى مشرع فإن النتيجة ستكون غياب الحرية، وإذا كان القاضي جزءاً من السلطة التنفيذية فحتماً سيتحوّل إلى طاغية، لذلك أعتبر مبدأ الفصل بين السلطات ضماناً أساسية لضمان الحرية ومنع الاستبداد.

2- ضمان شرعية الدولة، أي تدعيم دولة القانون والمؤسسات، فإذا اجتمعت السلطان التشريعية والتنفيذية في يد واحدة، فإن القانون يفقد صفتي العمومية والتجريد، وتزول بالتالي شرعية الدولة، وهذا ما حدث في النظام الجماهيري السابق في ليبيا، حيث اجتمعت السلطة التشريعية والتنفيذية في يد واحدة، وساد معها الظلم والطغيان والاستبداد بالحكم كما أوردنا سابقاً.

(1) عبد الكريم علوان، النظرية السياسية والقانون الدستوري، 1419هـ - 1999م، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع،

3- تقسيم العمل بين هيئات الدولة، وذلك بتقسيم وظائف الدولة بين ثلاث هيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية، بحيث تمارس كل منها اختصاصها المحدد لها في الدستور، مما ينعكس إيجابياً على الصالح العام⁽¹⁾.

ويمكن إضافة ميزة أخرى من مميزات هذا المبدأ وهي: تحديد المسؤولية، فيولد بين هذه السلطات الشعور بالمسؤولية تجاه الدور الذي تقوم به كل سلطة على حده، فإذا ظهر أي تقصير يمكن تحديد السلطة المختصة والمسؤولة عن دورها بسهولة، أما في ليبيا فيصعب أمر تحديد المسؤولية، فقد كان السائد هو نظام وحدة السلطة في ظل النظام السابق.

ب- عيوب مبدأ الفصل بين السلطات:

ويمكن إجمالها في الآتي:

1- صعوبة تحقيق التوازن بين السلطات، ويترتب على هذه الصعوبة تغلب أحد هذه السلطات على الأخرى، فإذا تقوت إحداها فإنها ستقود نحو الهيمنة والتسلط، فقد فشل هذا النظام في الدساتير الفرنسية عقب الثورة الفرنسية، كما أن تجربته في الولايات المتحدة قد أثارت صعوبات عديدة، وأثبتت عيوب هذا النظام.

2- يعتقد البعض أن تعدد الهيئات التي تباشر السلطات العامة نتيجة لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات سيقود بالضرورة إلى إضعاف سلطة كل منها في مباشرة وظيفتها.

3- بعض علماء القانون ذهبوا إلى القول بأن مبدأ الفصل بين السلطات هو مبدأ وهمي يصعب تحقيقه في الواقع، وهذا ما قاله (كوندرسيه) أمام الجمعية الوطنية الفرنسية⁽²⁾.

والحقيقة أن أغلب الانتقادات التي وجهت إلى مبدأ الفصل بين السلطات ترجع إلى التفسير الخاطئ لهذا المبدأ، إذ تصور منتقديه أن هذا المبدأ يقضي بالفصل التام بين هذه السلطات الثلاث، ولكن المقصود منه عند مفكر هذه النظرية وهو مونتسكيو الاستقلال والتساوي في ممارسة الاختصاصات المحددة في

(1) منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، 2013، 61. إبراهيم أبو خزام، الوسيط في القانون الدستوري، 2001م،

(2) عثمان خليل، القانون الدستوري، 1956م، 294، 295.

الدستور حتى لا تتجاوز إحداها مجالها لتمس باختصاصات الأخرى، وذلك دون استبعاد إمكانية التعاون والرقابة المتبادلة فيما بينها، ونتيجة لهذا التفسير الخاطئ ظهرت العديد من الأنظمة منها ما يسمى بالأنظمة البرلمانية، والأنظمة الرئاسية، وأيضاً أنظمة حكومة الجمعية أو الأنظمة المجلسية⁽¹⁾.

أما النظام الليبي السابق: ينفي وجود هذا المبدأ ولا يتفق معه، لأن من مميزات هذا المبدأ هو منع الاستبداد وصيانة الحرية، وهذا بخلاف ما جاءت به هذه الثورة المزعومة تحت ستار مبدأ وحدة السلطات، والذي عمل هذا النظام على استغلاله بطريقة بشعة لتحقيق مصالحه.

ثانياً: مبدأ وحدة السلطة

ظهرت هذه النظرية في ظل النظم التي تبنت المفاهيم الاشتراكية، كأساس جديد لتنظيم العلاقة بين المؤسسات السياسية، ومنها الأنظمة الشيوعية والشموليات الأخرى كالفاشية والنازية والدكتوريات العسكرية والتي وجدت في هذه النظرية ضالتها، ومفهوم هذا المبدأ هو ممارسة السلطة بواسطة أداة واحدة أو أدوات أخرى تعمل بتكليف منها وتحت إشرافها، وتصبح هذه الأداة هي المصدر الرئيسي للسلطة في الدولة.

ويمكن أن تتمركز هذه السلطة في يد واحدة كشخص واحد يكون ملكاً أو رئيساً، أو في يد لجنة مكونة من عدة أشخاص تحت أي تسمية كما حدث في بعض مراحل الثورة في فرنسا، أو تتولى جهة ممارسة السلطات الثلاث، وهذا ما حدث في ليبيا في النظام السابق عن طريق المؤتمرات الشعبية، وتحديدًا ما يسمى بالمؤتمر الشعبي العام، ويترتب على ذلك أن السلطة الحاكمة أو السيادة تملك التحكم في السلطة التنفيذية، فهي التي تضع القوانين والسياسات العامة وتعيين الحكومة، وفي المقابل السلطة التنفيذية لا تقوم إلا بدور المنفذ لهذه القرارات دون التدخل أو التأثير على هذه السلطة⁽²⁾.

و لم ينبجُ هذا المبدأ من النقد رغم تمسك عدد الدول وتأييدها له، وهذه العيوب تمثلت في الآتي:

1- أدى تطبيق نظرية وحدة السلطة إلى ديمقراطية شكلية، ولم تختلف في هذا عن نظرية الفصل بين السلطات، فالسيطرة الطبقية هيمنت على الدولة أيضاً، والحزب الحاكم أصبح أداة حكم سياسية

(1) منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، 2013، 65.

(2) طعيمة الجرف، نظرية الدولة والمباديء الحديثة للأنظمة السياسية ونظم الحكم، 1970م، القاهرة: مكتبة القاهرة الحديثة، 67.

مسيطرة، والمجالس النيابية في ظل هذه النظرية هزيلة وخاضعة بشكل مهين للحكومات المستبدة في الدولة⁽¹⁾.

وفي ليبيا كانت المؤتمرات الشعبية الأساسية هي صاحبة الكلمة العليا، وهي السلطة السيدة في الدولة، ويفترض أن تمارس المؤتمرات الشعبية الأساسية وظيفتين أساسيتين هما: ممارسة السيادة العليا والتشريع، وممارسة حق الرقابة الشعبية على عمل غيرها من الأدوات، وعليه يفترض أن الشعب هو صاحب هذه السلطة وهو الممثل لها كما جاء في وثيقة إعلان سلطة الشعب المشار إليها آنفاً، ولكن الحقيقة وعلى أرض الواقع أن السلطة تركزت في يد واحدة وهو الحاكم، وهذه المؤتمرات كانت أداة في يد الحاكم، وما هي إلا ذريعة للتخلص من المجالس النيابية والبرلمان ومجلس الشيوخ والتي تمثل حقيقة الروح الوطنية وحرية التعبير وإبداء الرأي.

ب- تحولت هذه النظرية كرمز للنظم الدكتاتورية القائمة على حكم الحزب الواحد وعبادة الفرد، ومثالها النظم الشيوعية والتي اتصفت جميعها بالدكتاتورية والاستبداد⁽²⁾.

ويمكن القول: إن التفسير الخاطئ لمفهوم هذه النظرية أوقعها تحت رحمة هذه الأنظمة الظالمة بحجة الديمقراطية، واستخدامها كستار لتحقيق أهدافها في السيطرة على مقدرات الشعوب، وحرمانهم من حرية التعبير والمشاركة في الحياة البرلمانية وفي الانتخابات. لذلك كان لابد من إعطاء تفسير واضح ودقيق وجامع ومانع قبل ظهور أي نظرية أو فكر جديد يطفو على سطح الثورات الحديثة، ولتكون هذه الأخطاء درساً مستفاداً للأجيال القادمة، فلا تدع مجالاً لتحريف أو تزيف أي فكر أو مصطلح جديد يعبر عن حرية الشعوب. وعليه لا يمكن القول باستقلال القضاء في ظل هذه المبادئ، فهي لا تحقق التوازن بين هذه السلطات، وهذا يؤدي إلى فساد الأنظمة القائمة على هذه المبادئ، وبذلك يصعب تحقيق الاستقلالية الكاملة للقضاء.

(1) عبد السلام المروغي، النظرية العامة لعلم القانون، 1998م، ليبيا: دار الجماهيرية، 71.

(2) المرجع السابق، 72.

موقف ثورة 17 فبراير 2011م من نظرية الفصل بين السلطات:

تنص المادة (17) من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 3. 8. 2011م على أنه " المجلس الوطني الانتقالي المؤقت هو أعلى سلطة في الدولة الليبية، ويباشر أعمال السيادة العليا، بما في ذلك التشريع ووضع السياسة العامة للدولة، وهو الممثل الوحيد للشعب الليبي. . . . " يفهم من نص هذه المادة أن المجلس الوطني الانتقالي هو السلطة العليا في الدولة التي تباشر أعمال السيادة بما في ذلك التشريع، ووضع السياسة العامة، وضمان الوحدة الوطنية وإقامة أسس الدولة المدنية والدستورية، وضمان سلامة التراب الليبي والمواطنين المقيمين.

وتضيف المادة (29) من نفس الإعلان على أنه " يتولى المجلس الانتقالي المؤقت تعيين الممثلين الدبلوماسيين للدولة في الخارج، بترشيح من الشؤون الخارجية، كما له الحق في إقالتهم وقبول استقالتهم، وله أيضاً قبول اعتماد رؤساء البعثات الدبلوماسية الأجنبية، وللمجلس تفويض رئيسه في قبول اعتماد رؤساء البعثات الدبلوماسية الأجنبية" معنى ذلك أن المجلس الانتقالي يتولى تعيين الممثلين الدبلوماسيين للدولة في الخارج، كما له الحق في إقالتهم، وقبول استقالتهم.

وبذلك يكون المجلس الانتقالي قد جمع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فهو الذي يعين السلطة التنفيذية ويعزلها ويسألها سياسياً، وبذلك يصبح نظام الحكم في ليبيا بعد ثورة 17 فبراير قد اتخذ خلال المرحلة الانتقالية صورة نظام حكومة الجمعية أو النظام المجلسي⁽¹⁾، وعليه يكون قد تلاشى نظام الفصل بين السلطات.

ولكن هذا الأمر ليس بالغريب وهو النظام المجلسي فعادة ما يظهر كنظام مؤقت تفرضه حالة الضرورة كحدوث انقلاب أو ثورة أو حرب، وينتهي بعودة الحياة الدستورية واستقرار النظام السياسي في البلاد، فقد جرى تطبيق هذا النظام لأول مرة في فرنسا بعد قيام ثورتها الشهيرة خلال الفترة من عام 1792م حتى عام 1795م، حيث تولت الهيئة التشريعية وهي الجمعية الوطنية زمام الأمور واختارت مجلساً تنفيذياً مؤقتاً يخضع لها خضوعاً تاماً، واطلق على هذا النظام أسم حكومة الجمعية،

(1) الجهمي، خليفة سالم، المجلس الانتقالي بين مبدأ فصل السلطات وتركيزها، ليبيا المستقبل 9. 1. 2012م، <http://www.libya-al-mostakbal.org>

كما ظهر هذا النظام في دساتير بعض الدول عقب الحرب العالمية الأولى مثل دستور تركيا الصادر سنة 1924م، ودستور النمسا الصادر سنة 1920م⁽¹⁾.

لذلك لا يمكن اعتباره عيباً أو خطأ صارداً عن المجلس الانتقالي خاصة خلال المرحلة الانتقالية، ويمكن أن تتلشى هذه الأمور في المستقبل وخاصة أثناء العمل على دستور دائم في النظام الليبي الجديد، أما فيما يتعلق بالسلطة القضائية فلا يوجد أي مواد في الدستور المؤقت تجيز بشكل واضح أو مباشر تدخل المجلس الوطني الانتقالي في شئون القضاء، ولكن يمكن القول أن سيطرته وتدخله في السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدولة ربما ينعكس سلباً على موقف السلطة القضائية تجاه هاتين السلطتين، وربما يؤدي إلى نتائج سلبية، لذلك كان لا بد من معالجة هذا التدخل من جهة المجلس الوطني خاصة في مرحلة مستقبلية في ليبيا.

(1) يشير بعض الفقه الدستوري إلى أن سويسرا تطبق هذا النظام أيضاً في ظل الظروف العادية حتى الآن وفي الواقع فغن نظام الحكم المتبع في الاتحاد السويسري ولئن بدت فيه بعض النظام المجلسي إلا أنه يتميز بطابع خاص يختلف عن بقية أنظمة الحكم، إذ لا يسأل مجلس الاتحاد وهو الهيئة التنفيذية أمام البرلمان الهيئة التشريعية، ولا يملك البرلمان عزل هذا المجلس قبل انتهاء مدته المحددة في الدستور بأربع سنوات، ومفاد ذلك أن النظام السويسري لا يتضمن أهم ما يتميز به النظام المجلسي وهو خضوع الهيئة التنفيذية للهيئة التشريعية خضوعاً تاماً، بل وإدماجها فيها من خلال تعيينها وعزلها ومسألتها، ولعل ذلك هو الذي يفسر الاستقرار الذي تنعم به الحكومة السويسرية مقارنة بغيرها.

المطلب الرابع: أهمية مبدأ التعاون بين السلطات في النظام الليبي الجديد

سبق وأن تمت الإشارة لبعض المبادئ المتعلقة بتداول السلطة، وتبين أنها رغم قيمتها القانونية والفكرية، إلا أنها أُستغلت وطبقت وفقاً لأطماع الراغبين في وضع هذه السلطات في يد واحدة. وهنا يصعب إيجاد مخرج لاستقلالية القضاء، وليس الهدف من استبعاد هذه المبادئ هو الفصل التام لاستقلالية القضاء عن باقي السلطات، ففي الواقع لا يمكن أن تعمل السلطة القضائية في تطبيقاتها العملية بدون السلطة التنفيذية، كما أنها تستمد أحكامها من السلطة التشريعية، فلا غنى لسلطة عن الأخرى من حيث الواقع العملي، وعليه يقترح الباحث مبدأً آخر من مبادئ تداول السلطة يتحقق من خلاله الفصل بين السلطات قانوناً والتعاون فيما بينها عملياً، ويطلق على هذا المبدأ أو النظام التعاون بين السلطات، أو ما يطلق عليه بالنظام البرلماني.

مفهوم مبدأ التعاون بين السلطات (النظام البرلماني)

يقوم هذا النظام على أساس مبدأ الفصل المرن بين السلطات، ويعد هذا المبدأ جوهر هذا النظام الذي يسود أغلب دساتير العالم، لأنه يقوم على أساس الفصل المرن بين السلطات⁽¹⁾. إذ إنه يحتفظ بمظاهر عناصر استقلال كل سلطة على حدى، لكنه يسمح في الوقت نفسه بوجود آليات وأطر للعمل المشترك بينهما⁽²⁾. ومعنى آخر فإن النظام البرلماني الذي يقوم على أساس التوازن والتعاون بين السلطات معناه أن يكون هناك تعاون حقيقي بين السلطات وليس الفصل الشديد بينها، وذلك لأمكانية تقرير الرقابة المتبادلة بينها. وأيضاً تحقيق التوازن والتساوي بينها في القوة والاختصاصات، والأمر الأخير هو ثنائية السلطة التنفيذية⁽³⁾.

ويقصد بثنائية السلطة التنفيذية في النظام البرلماني أنها تتكون من جهازين هما: رئيس الدولة والوزارة. حيث تعد الوزارة في النظام البرلماني حجر الزاوية الذي يتميز بالمركز الخاص للوزارة تجاه رئيس الدولة الذي

(1) الطبطبائي، عادل، النظام الدستوري في الكويت - دراسة مقارنة، د. ن، ط5، 2009م، 475.

(2) الباز، علي السيد، السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط1، 2006م، ص70.

(3) الخطيب، نعمان، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، عمان- دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2010م، 375.

يعينها من ناحية، وتجاه السلطة التشريعية التي تسأل الوزارة أمامها من ناحية أخرى، وهي الوسيط بين رئيس الدولة والبرلمان وهمزة الوصل بينهما⁽¹⁾.

وعليه تعد الوزارة الجهة الحكومية الحاكمة فعلا من السلطة التنفيذية، وتتكون من الوزراء المتضامنين في المسؤولية يضمهم مجلس الوزراء الذي يرأسه رئيس الوزراء، والمركز الخاص الذي تحتله الوزارة في النظام البرلماني، وهو الذي دفع بعض فقهاء القانون الدستوري⁽²⁾ إلى تسمية هذا النظام بحكومة الوزارة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يقصد بالنظام البرلماني أن البرلمان يسيطر على بقية هيئات أو سلطات الدولة. وإنما العكس هو الصحيح، فالنظام البرلماني يقوم على أساس التوازن بين السلطات، ومن ثم فهو يفترض نوعاً من المساواة بينها بحيث لا تسيطر إحداها على الأخرى، فالفصل القائم بينها هو فصل مرن مشبع بروح التعاون الإيجابي⁽³⁾.

ويعرف الأستاذ موريس ديفرجيه النظام البرلماني بأنه: النظام الذي تنقسم فيه الحكومة (السلطة التنفيذية) إلى عنصرين أحدهما وهو الوزارة (الحكومة بالمعنى الضيق) يكون مسؤولاً سياسياً أمام البرلمان (المجلس) من جهة، وتملك حق حل هذا البرلمان من جهة أخرى⁽⁴⁾.

أركان النظام البرلماني (التعاون بين السلطات)

يعتمد هذا النظام على ركنين أساسيين وهما: ثنائية السلطة التنفيذية، والتعاون والتوازن بين السلطة التشريعية والتنفيذية.

أولاً: ثنائية السلطة التنفيذية:

وكما ذكرنا سابقاً أن السلطة التنفيذية تتكون من طرفين خلافاً للأنظمة السابقة، وهما:

(1) ليلة، محمد كامل، النظم السياسية - الدولة والحكومة، بيروت - دار النهضة العربية، 1969م، ص 942.

(2) عثمان، حسين عثمان محمد، النظم السياسية والقانون الدستوري، الإسكندرية - دار المطبوعات الجامعية، د. ت، 251.

(3) منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، 2013، ط 2، ص 66.

(4) موريس دو فرجيه، المؤسسات والقانون الدستوري، ترجمة/ جورج سعد، بيروت - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،

1992م، ص 78.

1- رئيس دولة غير مسؤول: ويقوم هذا النظام على أساس الفصل العضوي بين وظيفة رئيس الدولة ووظيفة رئيس الحكومة أو الوزارة، ولا يجوز لرئيس الدولة أن يجمع بين الوظيفتين، وفي العادة قلما يكون رئيس الدولة في النظام البرلماني منتخبا من قبل الشعب، فهو إما أن يكون ملكاً وتقلد الحكم على أساس الوراثة في النظم الملكية، أو رئيس للجمهورية منتخبا في الغالب بشكل غير مباشر في النظم الجمهورية البرلمانية.

2- وزارة مسؤولة أمام البرلمان: وهذه الوزارة يقع عليها العبء الحقيقي في ممارسة السلطة الفعلية في شؤون الحكم، وتتكون في العادة من رئيس لمجلس الوزراء، ومن عدد من الوزراء يجتمعون في مجلس واحد متجانس ومتضامن يسمى مجلس الوزراء ليضع السياسة العامة للحكومة، وتتجمع في يدها كل اختصاصات السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

ثانياً: التعاون والتوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

ويظهر هذا التعاون والتوازن بين السلطتين على النحو الآتي:

1- الاعمال التي تملك السلطة التنفيذية القيام بها تجاه السلطة التشريعية: وهذه الاعمال تتمثل في الآتي:

أ- الاعمال الخاصة بتكوين البرلمان.

ب- الاعمال الخاصة بانعقاد البرلمان.

ج- الاعمال الخاصة بالتشريع.

د- الجمع بين عضوية البرلمان والوزارة.

هـ - حق حل المجلس النيابي.

2- الاعمال التي تقوم بها السلطة التشريعية بالتعاون مع السلطة التنفيذية واجراء الرقابة عليها، وهي:

(1) منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، 2013، ط2، 67، 68.

أ- اختيار رئيس الدولة.

ب- اختيار رئيس الوزراء.

ج- ممارسة مهام رئيس الدولة بصفة مؤقتة.

د- التصديق على المعاهدات التي يبرمها رئيس الدولة.

هـ - أداء رئيس الدولة وأعضاء الحكومة اليمين أمام البرلمان.

و- حق البرلمان في اعتماد الميزانية والحساب الختامي للدولة⁽¹⁾.

يمكن تقدير النظام البرلماني (التعاون بين السلطات) في تحقيق استقلالية القضاء وخاصة بعد ثورة 17 فبراير 2011م، بأنه نظام توافقي، وينسجم مع الوضع الراهن في ليبيا، وخاصة أن الشعب الليبي قد مرّ بتجارب عديدة في تداول السلطة وتوزيع اختصاصات كل منها، وكانت النتيجة الفوضى العارمة والتي أدت إلى اندلاع ثورة 17 فبراير 2011م من أجل تصحيح المسار، وقيام دولة مؤسسات توزع فيها الاختصاصات وفق نظام جديد يساهم في إيجاد الحلول وإنقاذ هذه الدولة من السقوط. وعليه فإن المرحلة القادمة تقتضي أن يُضمن استقلال القضاء عن كافة الأجهزة التنفيذية والتشريعية ليكون لها اختصاص حصري في الفصل في الخصومات وإصدار الأحكام، وأن يكون رئيس القضاء مسؤولاً عن إدارة السلطة القضائية أمام رئيس الدولة وأمام الشعب. وهذا ما يمتاز به النظام البرلماني الذي يفصل السلطة القضائية عن باقي السلطات في الدولة. كما أن أهمية إقرار مبدأ التعاون بين السلطات خاصة في ليبيا من وجهة نظر الباحث يحقق الآتي:

عدم تمتع رئيس الدولة بالسلطة المطلقة، وبذلك لا يمكنه التدخل في شئون القضاء وإنشاء المحاكم الاستثنائية وغيرها من أعمال التدخل في القضاة وعزلهم كما كان عليه الحال في النظام السابق.

التخلص من دمج السلطتين التنفيذية والقضائية، فقد كان في ليبيا في العهد السابق (عهد القذافي) وزير العدل هو رئيس النيابة العامة، وهذا ليس تداخل فقط في السلطات وإنما هو دمج أو خلط بين هذه السلطات.

(1) المرجع السابق، 69، 70، 71.

التوازن بين السلطات هو الأساس في تحقيق العدالة، فكل سلطة تلتزم تجاه الأخرى، وكل سلطة معرضة للمساءلة دون تسلط واحدة على الأخرى أو على الجميع، وليس كما كان عليه الحال في النظام السابق، حيث كانت السلطة التنفيذية هي صاحب السلطة العليا والمطلقة كما ذكرنا آنفاً.

University of Malaya

المبحث الثالث: نظرية الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في

ليبيا بعد ثورة 17 فبراير 2011م

لا شك أن ما سبق بيانه في الفصل السابق من دراسة الرقابة الدستورية على القوانين في ليبيا سابقاً يدل على وجود حالة من التخبط التشريعي الناتجة عن غياب الإطار التشريعي الدستوري واضح المعالم، زاد من تفاقم هذه الحالة غياب الرقابة القضائية على دستورية القوانين طوال هذه المدة، لان النصوص القانونية تنحصر فقط في وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب، وما ظل بعد صدورها سارياً من نصوص غير متعارضة معها من الإعلان الدستوري الصادر في 11. 12. 1969م.

فما شهدناه في السنوات الأخيرة من عدم الثبات على قانون واحد لنظام عمل المؤتمرات الشعبية الأساسية واللجان الشعبية، حيث دأب المشرع على إصدار قانون ثم يتلوه بعد سنتين أو ثلاث بقانون آخر يلغي ما سبقه، الأمر الذي أدى إلى خلق نوع من الإرباك في التطبيق العملي وأثر سلباً على الهيكلة الإدارية للدولة⁽¹⁾. وعليه فإن هذا المبحث الأخير يقوم على دراسة وتحليل الفكرة الأساسية لهذا البحث ومقارنة ما سبق ذكره عن الرقابة الدستورية على القوانين في ليبيا سابقاً ورقابة دستورية القوانين في وقتنا الحالي أي بعد ثورة 17 فبراير 2011.

وبما أن الباحثة تسعى إلى أن يقدم للمجتمع الليبي بعض الأفكار الجديدة التي تتناسب مع طبيعة مجتمعنا الذي كان منغلِقاً على نفسه لسنوات طويلة، فكان لا بد من بيان بعض المفاهيم المتعلقة بمعنى الرقابة سواء في اللغة أو الفقه أو الاجتهاد وذلك في المطلب الأول والنظر في تطبيقات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في بعض الدول الاجنبية والعربية، ثم مقارنتها والتعليق على أحكام الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا حديثاً والصادرة عن الإعلان الدستوري المؤقت وذلك في مبحث ثان، بهدف الوصول إلى ما إذا كانت الرقابة على دستورية القوانين تحقق استقلال القضاء أم أن هناك اختلافاً في وجهات النظر؟ ثم محاولة إبراز أهمية مبدأ سمو الدستور في تحقيق استقلال القضاء في النظام الليبي الجديد وعلاقته بالشرعية الإسلامية وذلك في مطلب ثالث.

(1) إبراهيم درويش، القانون الدستوري- النظرية العامة والرقابة الدستورية، القاهرة- دار النهضة العربية، 2004، 4.

المطلب الأول: معنى الرقابة وأنواعها

إن بحث نظرية الرقابة على دستورية القوانين يستدعي أولاً البحث في بعض الأمور وهي: معنى الرقابة في اللغة والفقه والاجتهاد، ثم الجهات التي تمارسها، وطرقها، أما أنواع الرقابة فقد سبق الحديث عنها في الفصل الرابع ولا حاجة إلى تكرارها. ثم تطبيقات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في بعض الدول الاجنبية والعربية، وهي كالآتي:

أولاً: معنى الرقابة في اللغة والفقه والاجتهاد

1- معنى الرقابة في اللغة: وتعني الرقابة في القاموس لاروس الكبير للغة الفرنسية صلاحية الإشراف الذي يمارسه شخص أو هيئة على أعمال الآخرين، فإذا اعطينا هيئة ما سلطة المراقبة على دستورية القوانين، نكون قد اعطيناها سلطة مراقبة نشاط السلطة التشريعية وبالتالي السيطرة على أعمال هذه السلطة، وهذا مخالف لمبدأ فصل السلطات⁽¹⁾.

2- معنى الرقابة في الفقه والاجتهاد: وتعني بأن الأعمال التشريعية على اختلاف أنواعها من قوانين وضعية وموازنات مالية ومقررات إدارية، وما سواها من الأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية هي خاضعة للرقابة الجارية من قبل الهيئة التي أحال إليها الدستور هذا الاختصاص، وقابلة بالتالي للإبطال بقرار من هذه الهيئة، إذا ما توافر الإثبات لديها، على أن العمل التشريعي المطعون فيه إنما ينطوي على خرق للدستور في أحكامه أو في مبادئه⁽²⁾.

ومما سبق يتضح من مفهوم الرقابة أن الجهة المخولة بالرقابة تراقب أعمال الطرف الآخر فقط دون التدخل في شئونه الجوهرية كالنقل والعزل وغيرها، وفي حال حدوث خرق للدستور في أحكامه أو في مبادئه فلا بد هنا من الرقابة وإلا تعم الفوضى.

(1) فايز إيعالي، المشاكل التي تعترض استقلال القضاء، لبنان- المؤسسة الحديثة للكتاب، 1993م، 26.

(2) المرجع السابق، 27.

ثانياً: الجهات التي تمارس الرقابة

إن ممارسة الرقابة على دستورية القوانين قد تكون معطاة لكافة المحاكم على اختلاف درجاتها دون استثناء، وأحياناً تنحصر في محكمة واحدة، وقد تكون من اختصاص هيئة برلمانية أو هيئة برلمانية قضائية مشتركة، وهناك بعض الدول لا تمارس فيها الرقابة من قبل أية هيئة مثل بريطانيا، لأن مصادر الدستور في بريطانيا هي مثل مصادر القانون وتعديل الدستور يتم بذات الطريقة التي يتم فيها تعديل القانون. وأيضاً ثمة دولاً تمارس فيها الرقابة على دستورية القوانين دون وجود نص لا دستوري ولا تشريعي كما في الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا ما سنبينه لاحقاً⁽¹⁾.

ثالثاً: طرق الرقابة القضائية

تتحقق الرقابة القضائية على دستورية القوانين بإحدى طريقتين هما: طريق الدعوة الأصلية، وطريق الدفع الفرعي، وسيأتي بيانهما كالتالي:

1- طريق الدعوة الأصلية: وتتحقق هذه الطريقة بتقديم دعوة أصلية للطعن في القانون أمام محكمة خاصة- المحكمة الدستورية العليا مثلاً ويطلب من هذه المحكمة إلغاء القانون لمخالفته للدستور. فإذا ثبت للمحكمة عدم دستورية القانون حكمت المحكمة بإلغائه. وهذه الطريقة تحول دون إثارة مشكلة دستورية مرة أخرى، وتقوم بهذه الرقابة هيئة واحدة، ويمتنع على المحاكم الأخرى فحص دستورية القوانين.

2- طريق الدفع الفرعي: وهنا لا يطعن بالقانون بقصد إلغائه وإنما يثار الدفع بعدم دستورية القانون في معرض دعوى معروضة على المحكمة التي يراد منها تطبيق هذا القانون. وهنا يقوم القاضي بفحص القانون المطروح أمامه فإذا تحقق من عدم دستوريته فإنه يمتنع عن تطبيقه في القضية المطروحة أمامه أو يجيل هذا الدفع إلى محكمة مختصة بمراقبة دستورية القوانين، وينتظر صدور قرارها⁽²⁾.

(1) المرجع السابق، 30، 31.

(2) المرجع السابق، 43، 44.

ولكن إذا حدث تعارض في موقف القضاء تجاه القانون الواحد، فهنا يمكن أن تراه بعض المحاكم دستورياً والبعض الآخر غير دستوري، ففي هذه الحالة تارة يطبق القانون وأخرى يرفض تطبيقه، بالإضافة إلى أن المحكمة التي امتنعت عن تطبيقه مرة بحجة مخالفته للدستور قد تعود وتغير اجتهادها فتطبق القانون الذي اعتبرته مرة غير دستوري. وبهذا يصبح القانون وسيلة لخلق البلبلة وزعزعة العلاقات التي ينظمها القانون.

رابعاً: تطبيقات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في بعض الدول الاجنبية والعربية

أولاً: دستورية القوانين في الدول الأجنبية

1- الولايات المتحدة الأمريكية

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية مهد هذه الرقابة وأول دولة تطبقها وذلك لسببين هما: الأول، إن أول دستور جامد مكتوب وضع في الولايات المتحدة الأمريكية. والثاني، تعددية الولايات فرض على الدولة الاتحادية أن تحترم دساتير الولايات المنتمية وتشريعاتها قواعد الدستور الاتحادي، وذلك بالرغم من سكوت الدستور الأمريكي عن مسألة الرقابة على دستورية القوانين فإن المحكمة العليا باعتبارها أعلى هيئة قضائية في الدولة قد وضعت منذ سنة 1803م، بمناسبة نظرها في قضية ماربوري ضد ماديسون مبدأ هاماً مقتضاه: أنه إذا عرضت قضية أمام أي قاضي في الولايات المتحدة يثير فيها أحد الخصمين نصاً قانونياً ويثير الآخر نصاً دستورياً مخالفاً للنص القانوني فإن على المحكمة أن تتحقق من وجود تناقض حقيقي بين النص القانون العادي والدستور، وعليها أيضاً أن ترجح نصوص الدستور وإلا كان القاضي مخالفاً للدستور⁽¹⁾.

ويمكن القول: هنا إن الدستور هو القانون الأساسي للدولة، وبناءً عليه يجب تقييد السلطة التشريعية أثناء ممارستها لوظيفتها بحدود الدستور، وإذا تجاوزت حدود اختصاصها وسنت قانوناً مخالفاً للدستور كان عملها باطلاً. ويفهم أيضاً أن النظام القانوني في أمريكا قائم على تدرج القواعد القانونية،

(1) نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، 1993م، ط1، 103.

وبذلك تكون المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية قد استطاعت أن تؤسس للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

2- ألمانيا الاتحادية

تعتبر ألمانيا من أهم الدول الاتحادية، وبسبب طبيعتها الاتحادية كان من المنطقي أن ينشئ الدستور الألماني لسنة 1949م، محكمة دستورية اتحادية، وقد نصت المادة (94) على كيفية تكوين هذه المحكمة، حيث تتكون حالياً من أربعة وعشرين قاضياً يتم انتخابهم لمدة اثنتي عشرة سنة، ولا يجوز إعادة انتخابهم مرة أخرى، ولكل من مجلس النواب ومجلس الولايات انتخاب اثني عشر قاضياً بأغلبية ثلثي أعضائه، وهذه الأغلبية تضمن في الغالب استقلالية القضاء وخاصة في مواجهة الأحزاب السياسية إذ يصعب على أي حزب أن يجمع هذه الأغلبية في المجلسين، وبالتالي تجد الأحزاب نفسها مضطرة للتوافق على اختيار قضاة مستقلين تماماً عن الأحزاب السياسية⁽¹⁾.

ثانياً: دستورية القوانين في الدول العربية

1- الإمارات العربية المتحدة

صدر دستور دولة الإمارات العربية المتحدة في 18. 7. 1971م، وخصص الباب الرابع منه للسلطات الاتحادية، ومن بين هذه السلطات القضاء الاتحادي. وقد نصت المادة (94) على أن: "العدل أساس الملك، والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في أداء واجبهم لغير القانون وضمايرهم"، أما المادة (95) فقد نصت على أن: "يكون للاتحاد محكمة اتحادية عليا، ومحاكم اتحادية ابتدائية، وذلك على الوجه المبين في المواد التالية"، وحُدِّدت اختصاصات المحكمة العليا في المادة (99). ويستنتج من هذه المادة أنها أعطت للمحكمة الاتحادية العليا حق بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً، إذا ما أُحيل إليها طلب ذلك من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوة منظورة أمامها أيًا كانت طبيعة هذه الدعوة مدنية أو إدارية جنائية. . إلخ، وعلى المحكمة المذكورة أن توقف الفصل في الدعوة الأصلية إلى حين الفصل في مسألة الدستورية وذلك في الآجال التي تحددها المحكمة⁽²⁾.

(1) المرجع السابق، 106.

(2) نعمان أحمد الخطيب، الوجيز في النظم السياسية، عمان- دار الثقافة، 1999م، 78.

2- الكويت

أخذ الدستور الكويتي بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين واستبعد الرقابة السياسية، حيث نص الدستور الصادر في 11. 10. 1962م، في المادة (173) على أن: " يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح وبين صلاحيتها والإجراءات التي تتبعها، ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لذي تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. . . " فوفقاً لهذه المادة يترك للقانون الخاص بتلك المحكمة الدستورية مجال اشراك مجلس الأمة، بل والحكومة في تشكيلها إلى جانب رجال القضاء العالي في الدولة، وهم الأصل في القيام على وضع التفسير القضائي الصحيح لأحكام القوانين، وفي مقدمتها الدستور⁽¹⁾.

ويلاحظ من نص المادة سابقة الذكر أن هناك تداخلاً بين السلطات، وإشراك مجلس الأمة في شئون المحكمة الدستورية العليا، وهذا معناه تدخل السلطة التنفيذية في أمور القضاء، بل وأكثر من هذا فإن رئيس الجمهورية هو الذي يملك الاختصاص بتسميت الأعضاء الذين تتكون منهم المحكمة، وهذا ما نصت عليه المادة (139)⁽²⁾ على أن: " تؤلف المحكمة الدستورية العليا من خمسة أعضاء يكون أحدهم رئيساً يسميهم رئيس الجمهورية بنفسه"، مما يترتب عليه خشية تبعيتهم للسلطة التنفيذية، وبالتالي يحد من استقلاليتهم في مواجعتها.

وهذا النظام القانوني في الكويت لا يختلف كثير عما كان عليه الحال في ليبيا سابقاً وخاصة في عهد القذافي والمتمثل في تدخل السلطة التنفيذية بشكل واضح في شئون واختصاصات السلطة القضائية بجميع مستوياتها، ويميل الباحث للأخذ بدستورية القوانين في الأنظمة الغربية والسبب أن هذه الدولة تضمن في الغالب استقلالية القضاء، وتمنع تدخل السلطات الأخرى في شئون القضاء كما رأينا سابقاً.

بعض الآراء حول الرقابة القضائية على دستورية القوانين

انقسمت الآراء حول الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حال عدم وجود نص دستوري يميز

الرقابة، وهي كالاتي:

(1) المرجع السابق، 99. منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، 2013، ط2، 252.

(2) المرجع السابق، 257.

الرأي الأول: ويقول بأنه لا يجوز للمحاكم أن تمارس الرقابة على دستورية القوانين، والسبب هو أن سكوت الدستور عن جواز الرقابة القضائية يعني منع القاضي من اجراء هذه الرقابة، والتزامه بالقانون كما هو ولو تضمن نصوصاً مخالفة للدستور، لأنه لو كانت الأمة تريد تولية القضاء فحص دستورية القوانين لكانت عبرت عن إرادتها في الدستور، ثم إن قاعدة فصل السلطات تمنع على القاضي التدخل في أعمال السلطة التشريعية والرقابة عليها، إذ بعدم تطبيقه نصاً قانونياً بحجة مخالفته للدستور أو إلغائه، يكون قد أقام نفسه مقام المشرع والرقيب، ويكون قد حاكم قانوناً لجهة هل هو دستور أم لا بدل أن يقوم بتطبيق القانون على النزاع المعروض لديه.

الرأي الثاني: يقول بأنه يجوز للمحاكم أن تمارس الرقابة على دستورية القوانين، وأن سكوت الدستور عن النص على الرقابة القضائية لا يمكن بحال من الأحوال ان يؤدي إلى استحالة هذه الرقابة، ففي الولايات المتحدة لا يوجد نص يولي المحاكم حق البث بدستورية القوانين، ولكن هذه الرقابة أوجدها الاجتهاد في القرار الشهير السابق الذكر والصادر عن المحكمة العليا برئاسة القاضي JOHN MARCHAL سنة 1803م⁽¹⁾.

ويمكن القول أن هناك فكرتين اساسيتين هما:

الأولى: إذا اعطينا للقضاء حق الرقابة على دستورية القوانين يكون القضاء بتفسيره للدستور وللنصوص التشريعية قد جعل فكره هو الأسمى، أما بالنسبة لمبدأ الفصل بين السلطات وبناءً لما سبق ذكره فإن القضاء الذي يمارس سلطة الرقابة على دستورية القوانين يشكل انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، لأن القضاء بذلك يصبح ثلاث سلطات مجتمعة بسلطة واحدة وهي السلطة الدستورية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية، لذلك يميل الباحث إلى الأخذ بمبدأ التعاون بين السلطات ليحقق التوازن بين هذه السلطات ويمنع تدخل واحدة منها بشكل مباشر في شؤون الأخرى. إذ إنه يحتفظ بمظاهر عناصر استقلال كل سلطة على حده، لكنه يسمح في الوقت نفسه بالرقابة وبوجود آليات وأطر للعمل المشترك بينهما، وذلك كما بينا سابقاً.

(1) فايز إيعالي، المشاكل التي تعترض استقلال القضاء، لبنان- المؤسسة الحديثة للكتاب، 1993م، 45، 46.

الثاني: يتعد الباحث عن مصطلح الرقابة، لأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعني أن البث في مصير قانون أما بالدستورية أو عدم الدستورية، يعود إلى هيئة قضائية أي إلى محكمة، ولكن لا تتم هذه العملية بطريقة تلقائية فلا بد من تحريك دعوى، وبدون هذه الدعوى لن تبث المحكمة في هذا القانون، فالرقابة هنا جامدة ولا يمكن تحريكها إلا في حال المطالبة بها. وهذا يخالف الرأي القائل بأن السلطة القضائية تملك جميع السلطات في يد واحدة، بل أرى أن السلطة القضائية فيما يتعلق بالرقابة القضائية على دستورية القوانين يجب أن تكون سلطة مستقلة قائمة بذاتها، ومتعاونة في حال اللجوء إليها للفصل في قانون ما بالدستورية أو عدم الدستورية سواء على أن ينص الدستور صراحة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

المطلب الثاني: الأحكام الدستورية في ليبيا حديثاً (رقابة دستورية القوانين)

تنص المادة (31) من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي على أنه: " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص، والمتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة عادلة، تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه، ولكل مواطن الحق في اللجوء إلى القضاء وفقاً للقانون"⁽¹⁾.

حيث أوضحت هذه المادة مقتضيات المحاكمة العادلة، كما بينت بعض الأمور الهامة وهي كالآتي:

1- اشترطت أنه لا جريمة توقع على المتهم إلا بناءً على نص، والمتهم في الأصل بريء حتى تثبت إدانته، ووجوب توافر ضمانات الدفاع للمتهم للدفاع عن نفسه. كما يلحق أصل البراءة بكافة الأفراد، وفي ذلك تذهب المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى أن: " أصل البراءة يمتد إلى كل فرد سواء أكان مشتبهاً فيه أو متهماً باعتبارهما قاعدة أساسية في النظام الاتهامي أقرتها الشرائع جميعها"⁽²⁾.

2- بينت هذه المادة خصائص العقوبة الأساسية أنها شخصية بمعنى أنها لا تنطبق ولا توقع إلا على مرتكب الجريمة الذي ثبتت مسؤليته عنها، وهذه الصفة مرتبطة بدور العقوبة في المجتمع بوصفها وسيلة ردع للجاني ووقاية للمجتمع من الأشخاص الذين يعتدون على مصالحه الجوهرية⁽³⁾.

3- لقد أظهرت أيضاً مبدأ الشرعية وهو ينصرف إلى التجريم والعقاب في الأنظمة الجنائية المعاصرة، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وكذا لا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة على نفاذ القانون ولا عقوبة إلا بناءً على حكم قضائي، ولقد نصت المادة الأولى من قانون العقوبات الليبي الصادر في 23 سبتمبر 1956م، وتعديلاته على أنه: " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"⁽⁴⁾.

طبيعة الرقابة الدستورية على القوانين في ليبيا:

(1) نص الإعلان الدستوري للمرحلة الانتقالية، منتدى القانون الليبي، قسم تشريعات المجلس الانتقالي، 2011. 9. 2م، <http://www.lawoflibya.com>

.am 12 :11

(2) القضية رقم 25 لسنة 16 ق دستورية، جلسة 3. 7. 1995، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج7 ص 67.

(3) محكمة الجبل الأخضر الابتدائية القضية رقم 188 لسنة 1992م، مدني كلي، جلسة 16. 8. 1992. مأمون سلامة، العقوبة وخصائصها في التشريع الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، يونيو 1978 ع 1، 2 السنة 48 ص 70.

(4) مأمون سلامة، العقوبة وخصائصها في التشريع الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، 63.

أخذ المشرع الليبي بمبدأ رقابة القضاء لدستورية القوانين بالنص في المادة (30) من الإعلان الدستوري على أن: " لكل شخص الحق في الالتجاء إلى المحاكم وفقاً للقانون" وفي المادة (16) من قانون المحكمة العليا على أن: " لكل ذي مصلحة مباشرة الطعن أمام المحكمة العليا في اي تشريع أو إجراء أو عمل يكون مخالفاً للدستور"⁽¹⁾. كما تعد الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا رقابة إلغاء وليست رقابة امتناع فحكم المحكمة العليا بمقتضى المادة (31) من قانون المحكمة العليا ملزم لكافة المحاكم والجهات في ليبيا، وعليه متى صدر حكم بعدم الدستورية فإن آثاره تنال الجميع سواء الأفراد او الجهات التشريعية والقضائية والتنفيذية.

التعليق على المادة (31) من الإعلان الدستوري وآثرها في استقلال القضاء

أولاً: تعتبر المملكة الليبية المتحدة أول دولة تنشئ محكمة دستورية عليا، وذلك في دستورها الصادر سنة 1951م، في ظل النظام الاتحادي، ويعد أول حكم يصدره كان متعلقاً ببطلان الأمر الصادر بجل المجلس التشريعي لولاية طرابلس وذلك في 5. 4. 1945م⁽²⁾. ورغم هذا فلم ينص الإعلان الدستوري صراحة على الأخذ برقابة دستورية القوانين وهذا يعتبر عجزاً في المادة محل التعليق والتي تنص على أنه: " ولكل مواطن الحق في اللجوء إلى القضاء وفقاً للقانون"، وهذا يعني أن من حق المواطنين اللجوء إلى القضاء الدستوري، كما تفيد هذه العبارة أن المشرع أخذ بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين⁽³⁾. فكان على المشرع أن ينص صراحة على الأخذ برقابة دستورية القوانين.

ولقد أثار مسألة الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا العديد من الجدال، والسبب أن فلسفة الحكم تقوم على أن السلطة للشعب وهو الذي يضع القوانين. كما أن الفكر السياسي الذي كان سائداً فيما سبق - قبل قيام ثورة 17 فبراير - ينص بصورة واضحة على أن الديمقراطية هي رقابة الشعب على نفسه، كما أن الجدل حول وجود دستور من عدمه كان قائماً، ثم قيام المشرع بإلغاء اختصاص المحكمة العليا بنظر الدعوة الدستورية، حيث أن الدائرة الدستورية أُلغيت من هيكل المحكمة بالقانون رقم 6 لسنة

(1) الطعن رقم 3 / 19 ق السنة 12 ع 4 ص 23.

(2) العطيبي، جمال، آراء في الشرعية وفي الحرية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1980، 121.

(3) م 16، من قانون المحكمة العليا.

1982م، بيد أنها مالبت أن رجعت بصور القانون رقم 17 لسنة 1994م، بشأن تعديل القانون رقم 6 لسنة 1982م⁽¹⁾.

ومؤدى هذا عدم الاستقرار في النظام القانوني لهذه الدولة، وهذا يضع السلطة القضائية بجميع مستوياتها في موضع إرباك. وعليه فقد أخذ البعض⁽²⁾ إلى تأكيد حق القضاء في بحث دستورية القوانين على أساس أن وظيفته تطبيق القوانين، وعند التعارض يتعين على القضاء تحديد القانون الواجب التطبيق.

ونظراً لكون الرقابة على دستورية القوانين لم تصل إلى الدرجة المثلى في ليبيا، فإننا نتناول التنظيم القانوني للرقابة على دستورية القوانين في مصر بوصفها من الدول الرائدة في هذا الصدد على المستوى العربي وليكون تحت نظر الهيئة التأسيسية التي ستضطلع بوضع صياغة دستور البلاد في المرحلة الدستورية القادمة. حيث نصت المادة (49) من الإعلان الدستوري المصري الصادر في 30. 3. 2011م، من المجلس الأعلى للقوات المسلحة على أن: " المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، وتختص دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها"⁽³⁾.

ومفاد هذه المادة أن السلطة القضائية تتمتع بالأمر الآتية: 1- أنها سلطة مستقلة وقائمة بذاتها.

2- كما أن لها اختصاصات أساسية تنفرد بها عن السلطات الأخرى وهي الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

3- تتولى السلطة القضائية تفسير النصوص التشريعية.

(1) ميلود المهذب، إبراهيم أبو خزام، الوجيز في القانون الدستوري- دراسة تحليلية في النظرية العامة لفلسفة القانون الدستوري، طرابلس- المكتبة العلمية العالمية، 1996م، ط1، 293.

(2) إبراهيم أبو خزام، الدستور والديمقراطية، مذكرات مطبوعة على الآلة الكاتبة، جامعة قاريونس 1983.

(3) بيانكو، المهدي محمد حمد، حسين إبراهيم خليل، المدونة الدستورية الليبية- التعليق على الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي في 3 أغسطس 2011م، 1433هـ - 2012م، القاهرة: دار الفكر العربي، ط2، 180.

ويمكن القول: إن القانون المصري يركز على تطبيق استقلالية القضاء وحرية، فجميع هذه الأمور يتحقق من خلالها الحرية الكاملة والمطلقة في تطبيق مبدأ استقلال القضاء، فعلى المشرع الليبي أن ينظر بعين الاعتبار- عند طرح مشروع الدستور الجديد- لهذه النصوص القانونية والاستفادة منها، من أجل إنصاف الجهاز القضائي الليبي وتعويضه عما فاتته، وإحفاة بالأنظمة القانونية الجديدة والحديثة والتي تعالج مسألة استقلال القضاء وضمان حمايته.

ثانياً: لم تنص المادة (31) من الإعلان الدستوري صراحة على أن توقيع العقوبة لا يكون إلا بناءً على حكم قضائي، وهذا يؤدي إلى أنه لا يجوز الدفع بعدم دستورية نص قانوني بمنح جهة غير القضاء في توقيع عقوبة ماسة بالحرية، ونظراً لوجود النص في الدستور المصري الذي سقط غداة ثورة 25 فبراير 2011م، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بمصر بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 74 لسنة 1970م، بشأن وضع بعض المشتبه فيهم تحت مراقبة الشرطة، التي جعلت الشرطة هي المختصة بتوقيع العقوبة- عقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة لمدة سنتين- بغير صدور حكم قضائي بذلك⁽¹⁾.

وعليه إذا لم نأخذ بعين الاعتبار في المرحلة الانتقالية القادمة القصور الموجود في هذه المادة، فهذا يؤدي إلى تداخل السلطات عن طريق تدخل السلطة التنفيذية في اختصاصات السلطة القضائية، وهذا يؤثر سلباً على مبدأ استقلال القضاء وحرية، وضمان حماية الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ليبيا سواء في وقتنا الحالي أو في المستقبل، وذلك بالنص صراحة على أن توقيع العقوبة لا يكون إلا بناءً على حكم قضائي.

ثالثاً: لم تنص المادة (31) من الإعلان الدستوري صراحة على مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات، حيث إن هذا المبدأ يعد من المبادئ المسلم بها في كافة الدول الديمقراطية، وهو من المبادئ الراسخة في الشريعة الإسلامية مصداقاً لقوله تعالى: ﴿مَنْ أَهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا نُزِرُ وَأَنْزِرُ وَزُرْ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(١٥) الإسراء: ١٥. أما في القوانين الوضعية فبدأت معرفة هذا المبدأ من خلال إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادرة غداة الثورة الفرنسية المادة (8) منه، وسرعان ما أصبح هذا المبدأ في صلب المواثيق الدولية، فنصت عليه المادة (11) من

(1) القضية رقم 39 لسنة 3 جلسة 15 . 5 . 1982 م ج 2 ص 45، المرجع السابق، 194.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م، والمادة (15) من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966م، والمادة (7) من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية⁽¹⁾.

وعليه نهيىب بالهيئة التأسسية التي ستقوم بوضع الدستور للبلاد في المرحلة الانتقالية القادمة أن تراعي هذه الأمور، وأن تكون حريصة عند وضعها لهذه النصوص في الدستور القادم، وان تتفادى هذه الثغرات ولا نواجه صعوبة في تفسير القانون.

وفي النهاية يمكن القول بأنه: إذا نص الدستور، أي دستور، على إعطاء القضاء حق الرقابة على دستورية القوانين، فيكون حق القضاء مستمداً من الدستور نفسه بنص صريح. ولكن عدم النص في الدستور على حق القضاء هذا لم يمنع محاكم بعض الدول من ممارسة هذه الرقابة مثال الولايات المتحدة الأمريكية⁽²⁾، كما أن النص أو عدم النص في القوانين على إعطاء المحاكم حق الرقابة على دستورية القوانين لم يمنع هذه المحاكم من ممارسة هذه الرقابة. ولكن المشكلة ليست بهذه البساطة وذلك لأنها تتعلق بدور القاضي الذي يمارس الرقابة على دستورية القوانين في الحياة السياسية (الدستورية والتشريعية) وخاصة فيما يتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات كما بينا في مطلع هذا البحث. لذلك سيبرز الباحث بعض تطبيقات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في بعض الدول الأجنبية والعربية كنموذج لتحقيق استقلال القضاء.

(1) المرجع السابق، 201.

(2) فايز إيعالي، المشاكل التي تعترض استقلال القضاء، لبنان- المؤسسة الحديثة للكتاب، 1993م، 45.

المبحث الرابع: أهمية تطبيق مبدأ "سمو الدستور" لتحقيق استقلال القضاء في النظام الليبي الجديد

نتيجة للتطور الذي تناول تاريخ الدساتير الحديثة والدور الهام الذي قامت به في حياة الدولة العصرية، برزت الفكرة القائلة بأن للدستور الصدارة العليا في النظام القانوني القائم في الدولة والذي تجعل منه - أي الدستور - القانون الأول الذي تستمد منه قوانين الدولة أصولها لكونها مبنية في أحكامها على مبادئ الدستور وقواعده. ومن هذه الفكرة ظهر في الفقه الدستوري مبدأ سمو الدستور أو سيادة الدستور الذي يقابله في القانون الدستوري الإنجليزي المبدأ المعروفان بسيطرة البرلمان parliament supremacy، وسيادة القانون rule of law⁽¹⁾.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ سمو الدستور:

يقصد به خضوع السلطات العامة لقواعد الدستور وأحكامه، وعليه فإن أي سلطة من سلطات الدولة لا يمكن أن تمارس إلا الاختصاصات التي خولها إياها الدستور، وبالحدود التي رسمها. وفيما يتعلق بالسلطة التشريعية فإن هذا المبدأ يعني علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، لذا فإن أي قانون تصدره الدولة يجب ألا يكون مخالفاً للدستور، ولا فرق في كون الدستور مكتوباً أو عرفياً. ويعتبر مبدأ سمو من المبادئ المسلم بها في فقه القانون الدستوري حتى في حالة عدم النص عليه في صلب الوثيقة الدستورية. كما أن أساس فكرة سمو وجدت في كتابات مفكري نظرية العقد الاجتماعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر، إلا أنها لم تتبلور كمبدأ في عالم الواقع والقانون إلا بعد انتصار الثورتين الأمريكية والفرنسية⁽²⁾. غير أن مبدأ سمو الدستور لم يقتصر فقط على دساتير دول الديمقراطيات الغربية بل امتد إلى دساتير الدول الاشتراكية أيضاً ومنها دستور الاتحاد السوفيتي سابقاً لعام 1977م، حيث نصت المادة (172) منه على أن: "لدستور الاتحاد السوفيتي قوة القانون الأعلى - وجميع القوانين وسائر مقررات هيئات الدولة تصدر على أساس دستور الاتحاد السوفيتي ووفقاً له"، وقد نصت

(1) النقشبندى، أحمد العزي، سمو النصوص الدستورية: دراسة مقارنة، العراق - النهضة، 2012م، ط2، 81.

(2) محمد حسنين، القانون الدستوري، 1992م، 98 وما بعدها.

الفقرة 3 من المادة (88) من دستور ألمانيا الديمقراطية الصادر في عام 1968م، على أنه: " لا يجوز للقواعد القانونية أن تتعارض مع الدستور، ويقرر مجلس الشعب صحة دستورية النصوص القانونية في حالة الشك فيها"⁽¹⁾

وقد تبنت دساتير بعض دول العالم الثالث مبدأ سمو الدستور ونصت عليه، ومنها دستور جمهورية الصومال الصادر عام 1960م، حيث أوجبت المادة (98) منه ضرورة مطابقة القوانين لأحكام الدستور، والزمّت جميع الهيئات الحاكمة وجميع الأشخاص التابعين للدولة الحفاظ على الدستور. وكذلك نصت المادة (3) من دستور السودان الانتقالي لعام 1985م، على أن تسود أحكام هذا الدستور على جميع القوانين، ويلغى من أحكام هذه القوانين ما يتعارض مع أحكام هذا الدستور بالقدر الذي يزيل ذلك التعارض⁽²⁾.

وإذا قارنا النظام القانوني في ليبيا بجميع هذه الدساتير رغم اختلاف اتجاهاتها نجد يفتقر إلى النص على احترام الدستور وضرورة مطابقة القوانين لأحكام الدستور، وإلزام جميع الهيئات في الدولة بالحفاظ عليه واحترامه، وسموه على جميع القوانين في الدولة سواء في العهد السابق (مرحلة القذافي وما قبلها) أو في وقتنا الحالي، حيث أصدر المجلس الوطني الانتقالي دستوراً مؤقتاً يشوبه القصور بحيث لا يستطيع ان يدافع أو يحمي نفسه أو أنه يسمو على جميع القوانين في الدولة، وهذا ما سيأتي بيانه لاحقاً.

أنواع سمو الدستور: سمو الدستور قد يكون موضوعياً فقط، أو موضوعياً وشكلياً وهما كالاتي:

أولاً: السمو الموضوعي للدستور

يتعلق السمو الدستوري بمضمون وفحوى النصوص والقواعد الدستورية التي تبين وتنظم طريقة ممارسة السلطة في الدولة، كما أنها تحدد الفلسفة والأساس الأيديولوجي الذي يقوم عليه النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة⁽³⁾.

(1) نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، عمان- دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004م، 533.

(2) احسان المرعي وآخرون، النظرية العامة للقانون الدستوري، 165.

(3) الحلو، ماجد راغب، القانون الدستوري، 1007م، 17.

ويترتب على مبدأ سمو الدستور عدة نتائج مهمة منها ضرورة التزام وتقييد جميع هيئات الدولة بما تقرره القواعد الدستورية، وبما أن الدستور هو مصدر جميع السلطات العامة في الدولة، فهذا يعني أن هذه السلطات (رئيس دولة، مجالس تشريعية، سلطة قضائية) لا تمارس حقاً شخصياً تتصرف به كما تشاء، بل تمارس وظيفة تحددها النصوص الدستورية وتبين شروطها، وينتج عن ذلك أن هذه السلطات لا تستطيع تفويض غيرها في ممارسة اختصاصها إلا في حالة إباحة الدستور للتفويض بنص خاص وذلك عملاً بالمبدأ الذي يقرر أن الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض⁽¹⁾.

ثانياً: السمو الشكلي للدستور

يتحقق السمو الشكلي للدستور إذا كانت الاجراءات المتبعة في تعديله تختلف عن اجراءات تعديل القانون العادي، وتتصف هذه الاجراءات بكونها أشد صعوبة وأكثر تعقيداً، وعلى هذا الأساس لا يتحقق السمو الشكلي إلا بالنسبة للدساتير الجامدة فقط، فصفة الجمود هي التي تضيفي على الدستور سموً شكلياً إضافة إلى السمو الموضوعي⁽²⁾.

(1) إبراهيم شبيحا، القانون الدستوري، بيروت، 1983م، 180.

(2) المرجع السابق، 182.

المطلب الثاني: أهمية مبدأ سمو الدستور في النظام الليبي الجديد

وتتمثل أهمية العمل بمبدأ سمو الدستور في النظام الليبي الجديد في الأمور الآتية:

1- إقامة نظام الحكم المقيد، حيث يرى جانب من الفقه الدستوري المعاصر أن أقصر طريق لتبرير سمو الدستور هو الاعتقاد الذي ساد لدى الكثيرين بأن الدستور هو الأداة التي يمكن أن تحقق السيطرة على الحكم، والحقيقة أن منبع الدستور، هو الاعتقاد بالحكم المقيد، وهو ما يفعله الدستور بتقييده السلطتين التنفيذية والتشريعية⁽¹⁾.

ومن الواضح أن طبيعة القيود المفروضة على السلطتين التنفيذية والتشريعية ومدى سمو الدستور على أعمالها إنما يعتمد على المقاصد التي أراد واضعو الدستور ضمانها. فما أحوجنا في ليبيا لوضع نظام الحكم المقيد، وخاصة فيما يحدث الآن من زعزعة في نظام الحكم والانقسامات التي يعاني منها الشعب الليبي في الوقت الراهن، ومحاولة كل فئة الوصول للحكم والسيطرة، لذلك يجب إقامة هذا النظام في المرحلة الانتقالية القادمة.

2- الإبقاء على شكل نظام الحكم، فمن الملاحظ أن الإبقاء على شكل نظام الحكم يكون أحياناً أقوى من هواجس واضعي الدساتير، ويظهر ذلك في حرصهم على أن تحرم الدساتير أي تغيير في هذا المضمار. ولذلك نجد أن الدساتير تتفاوت من حيث النص على هذه الموانع كما ونوعاً.

لذلك على النظام الليبي الجديد أن يستفيد من هذه الأمور، لأن الإبقاء على شكل الحكم يضيف نوعاً من الاستقرار، فإذا نص الدستور الليبي الجديد على شكل نظام الحكم فلا بد أن ينص أيضاً على أنه لا يجوز تعديله بأي حال من الأحوال. مثال الدستور البحريني لعام 1973م، في مادته (104) على أن: " مبدأ الحكم الوراثي في البحرين لا يجوز اقتراح تعديله بأي حال من الأحوال"، وكذلك الدستور الفرنسي عام 1946م، في المادة (95) والتي نصت على أن: " نظام الحكم الجمهوري لا يمكن تعديله"⁽²⁾ وحتى يومنا هذا لم يتغير نظام الحكم الجمهوري في فرنسا.

(1) صالح جواد الكاظم، تفسير الدستور، محاضرات غير منشورة، جامعة بغداد، كلية القانون، 1992م، 20-25.

(2) Kathleen M Sullivan and Gerald Gunther، constitutional law west group، 2003، p 32.

3- إقامة الرقابة على دستورية القوانين، وكما هو معلوم أن في النظم الديمقراطية دستور الدولة ينظم السلطات الأساسية فيها، ويحدد العلاقات بينها وبين حقوق الأفراد وواجباتهم، كما أن الأصول المسلم بها هو العمل بمبدأ الفصل بين السلطات بحيث تستقل كل سلطة عن الأخرى في اختصاصاتها التي منحت لها بموجب الدستور، ولا يجوز لأي سلطة أن تعتدي على اختصاصات الأخرى أو أن تمارس اختصاصات بدون تفويض منصوص عليه دستورياً⁽¹⁾.

إلا أن ذلك غير كاف، بل يتوجب أن يكون هناك ضمانات كفيلة باحترام السلطات للاختصاصات وفقاً لأحكام الدستور وعدم تجاوزها، ومن المعلوم بأن هذا لن يتأتى إلا عن طريق تقرير رقابة على الأعمال المخالفة للدستور لإبطالها إذ يطلق عليه اصطلاحاً رقابة دستورية القوانين وذلك كما بينا سابقاً في الحديث عن موضوع الرقابة الدستورية، وهي نتيجة مترتبة على مبدأ سمو الدستور على اعتبار أنه قمة التدرج الهرمي للقواعد القانونية⁽²⁾.

حيث إن مبدأ سمو الدستور يعني في أساسه ألا تكون القوانين الصادرة في دولة ما تحمل في أحكامها الموضوعية ما يناقض الأحكام الموضوعية في الدستور أو ما يمس بها أساساً فيه تعديل لأحكامها، وكذلك بالنسبة للأحكام الشكلية. لذلك يجب أن تكون جميع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية وكذلك القرارات والمراسيم الصادرة عن رئيس الجمهورية متوافقة مع أحكام الدستور شكلاً وموضوعاً، وعليه فلا يتصور الأخذ بالرقابة على دستورية القوانين في ظل الدساتير المرنة. كما يجب أن تكون رقابة دستورية القوانين رقابة مركزية أي تقوم بها جهة واحدة وذلك لضمان سمو الدستور وعلوه⁽³⁾، كما أن أعمال السلطة التنفيذية يجب أن تكون متفقة مع الدستور، وإلا كانت جديرة بالإلغاء⁽⁴⁾.

(1) Dennis C. Mueller, Constitutional Supremacy, New York, Oxford University Press, 1996, P44.

(2) عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، القاهرة- الجلال للطباعة 2003م، 70-80.

(3) محمد رفعت عبد الوهاب، إبراهيم عبد العزيز، النظم السياسية والقانون الدستوري، الإسكندرية- دار المطبوعات الجامعية، 1988م،

(4) إبراهيم شيجا، المبادئ الدستورية العامة، الإسكندرية- منشأة دار المعارف، 2006م، 204.

ومن هذا السياق يفهم أنه حتى يتحقق مبدأ سمو الدستور في النظام الليبي الجديد يجب أن تتوافر الأمور الآتية وهي:

1- مطابقة الأحكام الموضوعية والشكلية للقوانين الصادرة في الدولة للأحكام الموضوعية التي نص عليها الدستور.

2- يجب أن يكون الدستور جامداً وليس مرناً، وذلك لعدة أسباب منها:

أ- من أجل نجاح عملية الرقابة على دستورية القوانين.

ب- كذلك التعديلات المتتالية على الدستور يضعف قيمته القانونية والإلزامية.

ج- أيضاً إذا صدر الدستور مرناً يصبح تحت رحمة التغييرات والتقلبات السياسية، كما هو الحال في الوضع الراهن في ليبيا. حيث شهد الإعلان الدستوري سبعة تعديلات دستورية، ارتبطت كلها بإعادة توزيع السلطة السياسية ما بين المؤتمر الوطني العام والهيئة التأسيسية والمفوضية العليا للانتخابات. وفيما أجرى المجلس الوطني ثلاث تعديلات دستورية، اضطلع المؤتمر بأربعة تعديلات⁽¹⁾.

وشكلت تعديلات فبراير/ شباط وشهر مارس/ آذار 2014م ذروة من الجدل الدستوري، حيث وضعت أساس مرحلة انتقالية ثالثة بالتوسع في صلاحيات الهيئة التأسيسية وإعادة هيكلة سلطات الدولة، وهناك تعديل آخر يتعلق بالقسم الدستوري (المادة 19) حيث شهد تغييراً في مضمونه وألوياته، وانتقل من التأكيد على استقلال الدولة ووحدة أراضيها وألوية ثورة فبراير إلى تبني تعديلات في شهري فبراير ومارس 2014م، تخلت عن الإشارة لوحدة البلاد والاقتصر على الالتزام بسلامة أراضي الدولة. وكان من اللافت أنه تم تعديل القسم الدستوري دون تعديل المادة (19) وهذا ما يعد تناقضاً واضحاً في الإطار الدستوري الذي يحوي نصين مختلفين لنفس القاعدة الدستورية⁽²⁾. وعليه إذا نظرنا إلى هذه

(1) وكان أهمها تغيير التعديل الثالث (6 يوليو/ تموز 2012م) لاختصاص المؤتمر الوطني باختيار الهيئة التأسيسية للانتخابات مباشرة. وهو ما يعتبر تخلياً عن جوهر خطة الانتقال الدستوري، وإلغاء الوظيفة الأساسية للمؤتمر الوطني، وهو ما يعني تقليص وظيفة المؤتمر لتقتصر على وضع الضوابط والمعايير اللازمة لتكوين الهيئة التأسيسية. المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، تعديل دستوري رقم (3) لسنة 2012، صدر في طرابلس بتاريخ الموافق 5 يوليو/ تموز 2012.

(2) خيري عمر، السياقات الدستورية للأزمة السياسية في ليبيا، مركز الجزيرة للدراسات، 16 ديسمبر 2014م، studies.

التعديلات بصورة شاملة نجد أنها تشير إلى النية في التحايل على حكم القانون والسلطة القضائية والحماية الدستورية للشعب الليبي بغية التهرب من تطبيق المساءلة، فمن الضروري أن تصان حقوق الشعب وسلطة القضاء، وتمتع بالحماية بعيداً عن أي تدخل سياسي كما هو مقصود في الإعلان الدستوري⁽¹⁾.

3- يجب أن تكون رقابة دستورية القوانين رقابة مركزية، أي تختص بها سلطة واحدة على أن تتمثل هذه الرقابة في مدى دستورية القوانين من عدمها ولا تتعدى ذلك، وعلى الأرجح فإن السلطة القضائية هي الخيار الأمثل لتحقيق مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وأيضاً لتعزيز مبدأ استقلال السلطة القضائية في هذه الحالة، والذي لم يتحقق في ليبيا بصورته الفعلية حتى يومنا هذا.

4- ألا تخالف أعمال السلطة التنفيذية ما ينص عليه الدستور، وفي حال وقعت المخالفة تعتبر هذه الأعمال لاغية. وبخلاف ذلك يفقد الدستور صفة سمو والعلو ويصبح تحت رحمة السلطة التنفيذية.

5- أن يكون دستوراً دائماً، لذلك يجب أن تتوفر له الحماية اللازمة والضمان الذي يجعله دستوراً دائماً، لبيتعد عن الثورات والانقلابات التي تقوم في معظم الأحوال بإلغاء الدستور الحالي للبلاد أو تقوم بتعديله بما يتفق مع سياسة هذه السلطة الحاكمة الجديدة. وهذا ما سبق توضيحه من خلال هذا البحث.

ويمكن القول إذا ما نظرنا إلى هذه التعديلات بصورة شاملة نجد أنها تشير إلى نية التحايل على حكم القانون والسلطة القضائية والحماية الدستورية للشعب الليبي بغية التهرب من تطبيق المساءلة، وتحقيق أجندات سياسية، فمن الضروري أن تصان حقوق الشعب وسلطة القضاء، وتمتع بالحماية بعيداً عن أي تدخل سياسي.

(1) يمكن العودة إلى نص الإعلان الدستوري على الرابط . <http://www.hnec.ly/uploads/publisher/6-ntc-2011>

المطلب الثالث: علاقة مبدأ سمو الدستور باستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية :

يدعي بعض المشككين أن القوانين الوضعية أكثر توافقاً وروح العصر من أحكام الشريعة الإسلامية، لذا فهي أنسب دستور للدولة الحديثة، ويبرهنون على ذلك بكون أحكام الشريعة الإسلامية ثابتة لا تتغير، في حين أن القوانين الوضعية متغيرة بتغير الزمان والحال. ويمكن إبطال الشبهة كالتالي:

أن الشريعة الإسلامية ربانية تتسم بالكمال والسمو والديمومة، كما أن بها من السمات المزدوجة كالثبات في مقابل المرونة، والخلود في مقابل التطور مما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان، والمتأمل لهذه السمة المزدوجة يلحظها على هذا النحو:

1- الثبات في الأهداف والغايات، والمرونة في الوسائل والأساليب.

2- الثبات في الأصول والكلية، والمرونة في الفروع والجزئيات.

3- الثبات في القيم الدينية والأخلاقية، والمرونة في الشؤون الدنيوية والعلمية. وهذا كله بخلاف القانون الوضعي الذي يثبت دائماً فشله مما يقتضي تغييره بين الحين والآخر، ونجاح الشريعة الإسلامية في تحقيق الخير للمجتمع الإسلامي خير دليل على أفضليتها وصلاحيتها وسموها⁽¹⁾.

المميزات التي أضفت على الشريعة الإسلامية صفة سمو:

اشتملت الشريعة الإسلامية على صفات ومميزات لا مثيل لها على وجه الأرض، ولا يمكن مقارنتها من حيث الكمال بالقوانين الوضعية مهما قدمت هذه القوانين من تغييرات وتحسينات في أنظمتها. لذلك يمكن أن نقول إن الشريعة الإسلامية هي مثال سمو والرقي من بين الشرائع الموجودة على الأرض وذلك لعدة أسباب منها:

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت- مؤسسة الرسالة، ط8، 1406هـ - 1986م،

1- لم تولد الشريعة الإسلامية طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها، وإنما ولدت شابة مكتملة، ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة، جامعة مانعة لا ترى فيها عوجاً، ولا تشهد فيه نقصاً.

2- لم تأت الشريعة الإسلامية لجماعة دون جماعة أو لدولة دون دولة، وإنما جاءت للناس كافة عرب وعجم شرق وغرب على اختلاف مشاربهم وعاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم، بل هي الشريعة العالمية.

3- جاءت الشريعة الإسلامية كاملة لا نقص فيها، جامعة تحكم كل حالة، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة، شاملة لامور الأفراد والجماعة، فهي تنظم الأحوال الشخصية والمعاملات، كما تنظم علاقات الدول بعضها البعض في الحرب والسلام.

4- لم تأت الشريعة الإسلامية لوقت دون وقت، أو لعصر دون عصر، وإنما هي شريعة كل وقت، وشريعة كل عصر، وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن، ولا تقتضي تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية⁽¹⁾.

كما أن مبدأ سمو الدساتير وتدرج القوانين يقابلها هنا مبدأ سمو وهيمنة القرآن الكريم على كل الرسائل السماوية وعلى كل مصادر التشريع الإسلامي، أيضاً هناك أساس محكم لتدرج مصادر التشريع الإسلامي، وهيمنة القرآن الكريم وشموليته على غيره من الكتب السماوية، وهيمنته على الأحكام الإسلامية وكل ما يصدر في الشأن الإسلامي أولى، وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ﴾ المائدة: 48. ومن هنا يكون الإسلام خير شريعة أنزلت للناس، وأسمى دين سنه الله للبشر، وأعدل قانون نظم به روابطهم ومعاملاتهم، ففيه الهدى والنور، وفيه السمو الروحي والرفي الفكري⁽²⁾.

(1) المرجع السابق، 25، 62.

(2) أبو الوفاء محمد درويش، من خصائص الشريعة الإسلامية، 3-6.

ويمكن القول: إنه من الصعب أن تجتمع كل هذه المميزات في قانون وضعي، ورغم ذلك نطلق على بعض هذه الدساتير صفة السمو في حال حقق هذا القانون- الوضعي- بعض أهدافه والتي تطمح إلى سيادة الدستور وتحقيق الرقابة الدستورية على القوانين، ونحن كدول إسلامية علينا أن لا نبتعد عن شريعتنا الإسلامية التي تتصف بالكمال والسمو ونذهب وراء قوانين هي من وضع البشر. بحجة أن هذه القوانين تتماشى مع عصرنا الحالي، فإذا أمعنا النظر في شريعتنا الإسلامية لوجدناها صالحة لكل زمان ومكان، لذلك يمكن الاعتماد على قواعد الشريعة الإسلامية وصلها في قوانين ولوائح، وبذلك نصل إلى مرحلة السمو والرقي في قواعدهنا وأحكامنا، فما أحوجنا لهذه القواعد الثابتة والمتزامنة مع تطور البشرية، والتي لا تقبل التغيير أو التبديل من حين لآخر كما هو الحال في وقتنا الحالي الذي تتغير فيه الدساتير والقوانين بتغير الحكومات والسياسات في الدولة حتى نصل في النهاية إلى فوضى عارمة كما هو الحال في ليبيا اليوم، وفي بعض البلاد العربية أيضاً.

لذلك يرى الباحث بأنه في المرحلة القادمة لإعداد الدستور الجديد في ليبيا بدلاً عن الدستور المؤقت والذي يشوبه القصور في بعض أحكامه كما أسلفنا، يجب أن يكون دستوراً دائماً وجامداً، وأن تكون الرقابة على دستورية القوانين رقابة مركزية تختص بها السلطة القضائية، وأن يصل هذا الدستور إلى مرحلة السمو، فلا يجوز تعديله أو تغييره، وأن يتضمن أحكام الشريعة الإسلامية في التطبيق والعمل وليس مجرد حبر على ورق.

وفي حال توافرت جميع هذه الشروط والضمانات الأساسية للدستور يمكننا القول بأنه أصبح بالإمكان تحقيق مبدأ استقلال القضاء، بتحقيق وسائل حمايته، وأنه يوجد في ليبيا قضاء حر ومستقل، وأن هناك ديمقراطية حقيقية في ظل قضاء عادل. والحمد لله فب نعمته تتم الصالحات. .

الخلاصة:

أولاً: أن ما حدث في العهد السابق في ليبيا عام 1969م، واستمر لأكثر من أربعين سنة كان يعتبر انقلاباً على الحكم لغرض الوصول إلى السلطة. أما ما قامت به الجماهير الليبية في 17 فبراير 2011م، يمثل ثورة حقيقية.

ثانياً: أعلن المجلس الانتقالي عن الدستور المؤقت لمساعدة هذه الثورة على السير بخطوات دقيقة، وحتى يتمكن من إحداث بعض الإصلاحات التي يمكن علاجها في الوقت الراهن إلى أن تبدأ الحياة المدنية والسياسية في الظهور في فكر وأذهان الشعب الليبي.

ثالثاً: تضمن الدستور الليبي المؤقت الصادر عن المجلس الانتقالي، وفي مادته الأولى أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع في البلاد.

رابعاً: الإعلان الدستوري المؤقت قد أعطى للقضاء استقلاله وحرية في اتخاذ القرارات وإصدار الأحكام وفقاً للقانون، وأيضاً تضمن الإعلان الدستوري اعترافاً صريحاً بمبدأ الفصل بين السلطات، بخلاف العهد السابق الذي تمسك بمبدأ وحدة السلطة.

خامساً: يختلف الإعلان الدستوري الليبي عن المصري من حيث إنه نص المادة (32) لم ينص صراحة على حصانة القضاء من العزل، حيث إن هذه الحصانة هي أساس الاستقلال الذي يتمتع به القاضي عند مباشرته لوظيفته القضائية.

سادساً: إن مبدأ الفصل بين السلطات ينصرف إلى عدم تدخل السلطات في عمل بعضها البعض، وبحيث تُعطل هذه السلطات محاولة أي سلطة أخرى للطغيان، كما أن عمل البرلمان يقتصر على وضع القوانين والمحاسبة على تنفيذها، فلا يملك حق إسقاط الحكومة أو توجيهها.

سابعاً: التفسير الخاطيء لمبدأ الفصل بين السلطات أوقعه تحت رحمة بعض الجهات التي استفادت منه لغرض تحقق مصالحها الشخصية، كما ظهرت العديد من الأنظمة منها ما يسمى بالأنظمة البرلمانية، والأنظمة الرئاسية، وأيضاً أنظمة حكومة الجمعية أو الأنظمة المجلسية.

ثامناً: إن سيطرت وتدخل المجلس الوطني الانتقالي في السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدولة ربما ينعكس سلباً على موقف السلطة القضائية تجاه هاتين السلطتين، وربما يؤدي إلى نتائج سلبية، لذلك كان لا بد من معالجة هذا التدخل من جهة المجلس الوطني خاصة في مرحلة مستقبلية في ليبيا.

تاسعاً: إن الدستور هو القانون الأساسي للدولة، وبناءً عليه يجب تقييد السلطة التشريعية أثناء ممارستها لوظيفتها بحدود الدستور، وإذا تجاوزت حدود اختصاصها وسنت قانوناً مخالفاً للدستور كان عملها باطلاً.

عاشراً: فيما يتعلق بالرقابة القضائية على دستورية القوانين يجب أن تكون سلطة مستقلة قائمة بذاتها، ومتعاونة في حال اللجوء إليها للفصل في قانون ما بالدستورية أو عدم الدستورية سواء على أن ينص الدستور صراحة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

إحدى عشر: إذا نص الدستور، أي دستور، على إعطاء القضاء حق الرقابة على دستورية القوانين، فيكون حق القضاء مستمداً من الدستور نفسه بنص صريح.

اثني عشر: مبدأ سمو الدساتير وتدرج القوانين يقابلها هنا مبدأ سمو وهيمنة القرآن الكريم على كل الرسائل السماوية وعلى كل مصادر التشريع الإسلامي.

ثلاثة عشر: إذا أمعنا النظر في شريعتنا الإسلامية لوجدناها صالحة لكل زمان ومكان، لذلك يمكن الاعتماد على قواعد الشريعة الإسلامية وصلها في قوانين ولوائح، وبذلك نصل إلى مرحلة السمو والرقى في قواعدها وأحكامها.

الفصل الخامس: الخاتمة

أولاً: النتائج.

ثانياً: التوصيات.

توصلت الباحثة في نهاية هذه الدراسة إلى عدة نتائج مهمة تتعلق بوسائل وضمانات استقلال القضاء وحرية القاضي وهيئته، سواء داخل المحكمة أو خارجها، وفي مواجهة السلطات الأخرى في الدولة كالسلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، بالإضافة إلى دور الدستور الليبي في تحقيق الحماية الدستورية لاستقلال القضاء والآثار المترتبة عليه، والتعليق على بعض النصوص الدستورية التي شابها القصور في ضمان حماية القضاء من تعدي السلطات الأخرى، وخاصة فيما يتعلق بعزل القاضي وهيئته، ومنها توصلت الباحثة إلى عدة توصيات واقتراحات توصي بها بهدف المطالبة باستقلال القضاء في النظام الليبي وحمايته، وضمان الدستور الليبي الجديد لهذه الحماية في مواجهة باقي السلطات في الدولة. وسيأتي تفصيل هذه النتائج والتوصيات كالاتي:

أولاً: النتائج

توصلت الباحثة من خلال الدراسة إلى النتائج الآتية:

العدالة الظاهرة هي ركن أساسي من أركان الحكم والقضاء، ويتحقق من خلالها الشرع العادل الذي أرسله الله للأمة البشرية جمعاء، وهذه العدالة - الظاهرة - هي المطلوبة أمام القاضي. وهي تقوم على عدة ركائز منها الحياد والتخصص وحرية الرأي والاجتهاد، وكذلك لا بد من وجود طرق الحماية لاستقلالية القضاء وهي الحماية الدستورية والجزائية والشعبية.

من طرق العدالة الظاهرة هي الصفات الحميدة والأخلاق الجلييلة التي يجب أن يتمتع بها القاضي سواء داخل المحكمة أو خارجها، كذلك يجوز للقاضي الرجوع والتريث وعدم الاستعجال في الحكم، وله أيضاً أن يرجع في إقراره الذي أقره واعترف به بكل حرية، وليس لأي سلطان أن يجبره على الرجوع في إقراره، وللقاضي أن يقضي بعلمه على أن يكون عدلاً حتى يصح له الحكم بعلمه، وعلم القاضي أهم وأولى من علم الشاهدين.

أثبتت دراسة استقلال القضاء في إطار الشريعة الإسلامية، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد جمع بين تبليغ الدعوة والتشريع والتنفيذ والقضاء، وكان قاضياً عادلاً مستقلاً ليس عليه سلطان إلا سلطان

ربه، وقد عمل الفقهاء على تطوير القضاء وتنظيمه من خليفة إلى آخر لشعورهم بأنه: في استقرار القضاء واستقلاله وحرية يحقق للدولة الأمن والأمان.

كما أثبتت الدراسة أن بعض الخلفاء ساروا على نهج رسولنا الكريم في القضاء، ولم يفصلوا بين الحاكم والقاضي، ومنهم أبو بكر الصديق رضي الله عنه، لم يكن هناك استقلال القضاء في عهده، وتبين أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو أول من فصل بين القضاء والسلطات الأخرى في الدولة، وتبين أن السبب هو اتساع رقعة الدولة الإسلامية، وانشغال الوالي بأمور السياسة، مما قد يخرجه عن الحق.

تبين أن عثمان بن عفان رضي الله عنه قد استفاد من عبقرية عمر في تطويره لمؤسسة القضاء في الدولة الإسلامية، ولكنه لم يترك لأحد من القضاة في المدينة الاستقلال بالفصل في قضية من القضايا، بعكس عهد علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فالقاضي في عهده حر ومستقل ولو كان حكمه على الخليفة نفسه.

أين حنيفة يعد نموذجاً واضحاً وجلياً لمفهوم استقلالية القضاء، والدليل أنه رفض تولي منصب القضاء لعلمه أنه لن يكون حرّاً في أحكامه وقراراته، وكذلك الإمام مالك والشافعي والإمام أحمد بن حنبل، وتبين أنهم تعرضوا للأذى والسجن والتعذيب من قبل الولاة في ذلك العصر، ولم يتخلوا عن حرية القاضي واستقلاله، وعليه فإن استقلال القضاء كان مطلب معظم العلماء والفقهاء والصحابة والرسول.

وأثبتت الدراسة أن استقلال القضاء في القانون الليبي يفتقر إلى جميع أسس وضمانات الاستقلالية في القضاء، ولم يكفل القانون أي ضمانات للقاضي أو حقوق تجعله يقوم بعمله على أكمل وجه، ولم يحاول المشرع الليبي الاعتماد على بعض ما تضمنته الشريعة الإسلامية من المحافظة على مكانة القاضي وهيبته، كما أن غياب الدستور عن القانون الليبي من أهم معوقات استقلال القضاء، وخاصة بعد انقلاب 1969م، ولم يعرف الليبيون طوال هذه المدة أي دستور، وعاشو فترة من التشتت والضياع الفكري، وتحت مسميات مجهولة الملامح ليس لها علاقة بالدستور.

تبين أن عدم الفصل بين السلطات في ليبيا كان من أكثر الصعوبات التي واجهت نظام القضاء في ليبيا، ومنها قرار تعيين وزير العدل رئيساً للجهاز القضائي، وأيضاً ظهور محكمة الشعب، وهي محكمة خارج

القانون والعدالة وتسلب فيها الحريات والحقوق، وجميع هذه الأمور تهدم حرية القضاء واستقلاله، وتجعله تحت رحمة هذه الأجهزة، وتبين أيضاً أن شروط تعيين القضاء في القانون الليبي والشريعة الإسلامية وبعض القوانين الأخرى متشابهة، أما شرط الذكورة في تولي منصب القضاء في ليبيا لا يتشابه مع الشريعة الإسلامية.

الدستور يعد بمثابة نص أساسي لتنظيم المجتمع السياسي، فهو يظهر نظام الحكم والحقوق والواجبات المتفق عليها بين الحكام والشعب. فإذا كانت هذه السلطة في ظل دستور مكتمل وواضح ودقيق في مفهومه وتعريفاته وأركانها، فلا يمكن اختراقه أو التعدي عليه، وبذلك يحقق الحماية للقضاء واستقلاله. كما أن الباحث يؤيد فكرة وجود الحظر على الدستور بنوعيه الزمني والموضوعي، وذلك نتيجة للواقع المرير الذي تعاني منه بعض الدول وعلى رأسها ليبيا، من تدخلات أصحاب السلطة في القوانين العامة للدولة والتي لا يجوز المساس بها أو تعديلها إلا وفقاً لقواعد وقوانين معينة.

تبين أن الشعب الليبي خاض في وقت مبكر التجربة الدستورية والبرلمانية تحت سطوة الاستعمار سواء كان في العهد العثماني أو أثناء الاحتلال الإيطالي، فما كان هو نتاج نقص الوعي والفهم لمعنى الدستور والحياة البرلمانية وكيفية حمايتها والدفاع عنها في ذلك الوقت، فاستغل الاستعمار بساطة الشعب الليبي، وعدم وعيهم بأمور السياسة أحسن استغلال. فلا بد من الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدولة فهي الأقرب لتحقيق العدالة، وإلى استقلال القضاء، وحرية.

عطل انقلاب 1969م، الحياة النيابية وألغى الدستور الذي وضعه الشعب، بظهور ما يسمى بسلطة الشعب والكتاب الأخضر. ويمارس الشعب سلطته عن طريق المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية والنقابات والاتحادات والروابط المهنية ومؤتمر الشعب العام، وحلّ محل الدستور النظرية الجماهيرية، وهي تقوم على معادلة وحدة السلطة، على أساس قيام نظام ديمقراطي مباشر، على اعتبار أن الدستور يمثل ضماناً للمحكومين ضد الحاكم، وينظم تداول السلطة بين القوى المتعددة في الدولة، فإذا تحوّل المحكوم إلى حاكم، وتحوّل الشعب بكامله إلى أداة حكم انتهى دور الدستور هنا، وهذا لم يحدث إلا في ليبيا في ظل النظام الجماهيري.

أن التفسير الخاطئ لمفهوم نظرية وحدة السلطة، ونظرية الفصل بين السلطات، أوقعهما تحت رحمة بعض الأنظمة الظالمة بحجة الديمقراطية، لذلك كان لابد من إعطاء تفسير واضح ودقيق وجامع ومانع قبل ظهور أي نظرية أو فكر جديد يطفو على سطح الثورات الحديثة، ولتكون هذه الأخطاء درساً مستفاداً للأجيال القادمة. كما تبين أن هناك تدويناً للدستور في عصر التشريع الإسلامي، ويتمثل في الوثيقة التي كتبها رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما هاجر إلى المدينة، والتي تعد دستوراً في ذلك الوقت، فقد جاءت موافقة لظروف ومتطلبات الوقت الذي وضعت فيه، ذلك انما تحوي احكاماً دستورية تعالج بعض القضايا الدستورية في ذلك الوقت، ويمكن الاستئناس بها عند تدوين اي دستور لدولة إسلامية.

كما تبين أن الفارق بين الثورة والانقلاب كبير، ولا يوجد عوامل متشابهة أو متقاربة بينهما، كما تبين أن هناك اختلافاً من حيث الاهداف وطبيعة الحراك والمصدر بينهما. وإن ما حدث في العهد السابق في ليبيا عام 1969م، واستمر لأكثر من أربعين سنة كان يعتبر انقلاباً على الحكم لغرض الوصول إلى السلطة. أما ما قامت به الجماهير الليبية في 17 فبراير 2011م، يمثل ثورة حقيقية، تهدف إلى تحقيق المساواة والعدالة في كافة الحقوق بين أفراد الشعب، وتطالب هذه الثورة بدولة مؤسسات ودولة قانون وليس بمصالح فردية أو شخصية كما كان عليه في العهد السابق.

أن العهد السابق للقذافي ترك فجوات سياسية واقتصادية واجتماعية وفكرية كبيرة من الصعب معالجتها في فترة زمنية قصيرة، وعليه لا يمكن أن نعمل على وضع دستور في صورته المكتملة والمطمئنة للشعب الليبي حتى تعالج جميع هذه الفجوات، وحتى لا يتعرض الدستور الجديد للنقد والرفض من قبل المجتمع، لذلك أعلن المجلس الانتقالي عن الدستور المؤقت لمساعدة هذه الثورة على السير بخطوات دقيقة، وحتى يتمكن من إحداث بعض الإصلاحات التي يمكن علاجها في الوقت الراهن إلى أن تبدأ الحياة المدنية والسياسية في الظهور في فكر وأذهان الشعب الليبي، ويمكنهم استيعابها وفهمها وتطبيقها، هنا وفي هذه الحالة يمكن وضع دستور دائم يستحق أن يستفتي عليه الشعب الليبي بكل حرية.

أثبتت الدراسة أن الدستور الليبي المؤقت الصادر عن المجلس الانتقالي قد نص صراحة على تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، وإن الإعلان الدستوري المؤقت قد أعطى للقضاء استقلاليته وحرية في اتخاذ

القرارات وإصدار الأحكام وفقاً للقانون، وأيضاً تضمّن الإعلان الدستوري اعترافاً صريحاً بمبدأ الفصل بين السلطات، بخلاف العهد السابق الذي تمسك بمبدأ وحدة السلطة.

كما تبين أن الإعلان الدستوري المؤقت لم ينص صراحة على أن القضاة غير قابلين للعزل، كما أن وضعهم المعيشي والاجتماعي، والمالي مازال دون المستوى المطلوب، وكثيراً ما نجد القاضي الليبي معسراً في ضائقات مالية غير قادر على تلبية جميع رغباته الضرورية، ونتيجة لجميع هذه الأمور المحزنة في حق القضاء الليبي، تطالب الباحثة الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور والتي ستقوم بالاضطلاع بصياغة مشروع دستور للبلاد، عندما تضع الدستور الدائم في المرحلة الانتقالية القادمة أن تنص صراحة على ضمانات استقلالية القضاة ومنع عزلهم، وذلك لأن هذه الضمانات هي أساس الاستقلال الذي يتمتع به القاضي عند مباشرته لوظيفته القضائية. وعليه فإن الباحث اقترح إضافة نصٍ دستوري آخر إلى النص الدستوري السابق، اجتهاداً منه للوصول إلى أفضل الطرق والأساليب لتحقيق القضاء العادل والحر في ليبيا.

أثبتت الدراسة أن نظرية الفصل بين السلطات حققت نتائجها من الناحية الشكلية لا الموضوعية، فقد تبين أنه لا غنى للسلطة القضائية عن السلطة التنفيذية ولا غنى للسلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، ولا غنى للسلطة القضائية عن السلطة التشريعية، لذلك لا يمكن الفصل التام بين هذه السلطات. وفي نفس الوقت لا يمكن اعتبار نظرية وحدة السلطات هي الحل الأمثل، كما في عهد القذافي. لذلك اتضح أنه لا بد من الأخذ بنظرية التعاون بين السلطات في النظام الليبي، وذلك للمحافظة على حرية القضاء من جهة، ولتحقيق الديمقراطية بشكلها المنظم وفق قواعد تحدد من خلالها موقف كل سلطة تجاه الأخرى.

بما أن المجتمع الليبي عبارة عن مجتمع قبلي، ومتعدد الآراء والتوجهات، فلا بد من تحقيق مبدأ سمو الدستور، وإلا سيكون الدستور لعبة ينتقل من سلطة إلى سلطة ومن حاكم إلى آخر، وهذا يعتبر ضعفاً في الدستور، ومن أهم الآثار التي تنتج عن هذا الضعف هو سوء استخدام السلطات، وعلى رأسها السلطة القضائية التي تعتبر العمود الفقري لتحقيق النظام والعدالة بجميع أنواعها.

كما أثبتت الدراسة أهمية الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالمجتمعات الإسلامية في تحقيق العدالة، وأن نجاح القضاء في التشريع الإسلامي كان سببه هو الدستور الإلهي (القرآن الكريم) الذي يتصف بأنه دائم

وأيضًا بالسمو، لذلك يجب أن يتضمن الدستور الليبي- الذي يعده الآن المشرعين- على قواعد الشريعة الإسلامية، وأن يضيفوا عليه صفة سمو، وأن يكون دستورًا دائمًا، غير قابل للتغيير أو الإلغاء، حتى تتمكن من الوصول إلى النتيجة الأهم والمرجوة من هذا البحث ألا وهي: استقلال القضاء في ظل الحماية الدستورية.

University of Malaya

ثانياً: التوصيات والاقتراحات

توصي الباحثة في هذه الدراسة التوصيات والاقتراحات الآتية:

ضرورة أن يكفل القانون الليبي الوسائل والضمانات للقاضي وفقاً لأسس وقواعد سليمة وحقوقاً تجعله يقوم بعمله على أكمل وجه، وأن يراعي المشرع الليبي عند وضع هذه الضمانات أحكام الشريعة الإسلامية في المحافظة على مكانة القاضي وهيبته، وأن نفتدي بما أنزل في كتاب الله العزيز، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ومن سار على نهجه من الصحابة والتابعين والفقهاء في التأكيد على حرية القاضي واستقلاله في مواجهة أي سلطة.

ضرورة الفصل بين السلطات (التشريعية والقضائية والتنفيذية) في النظام الليبي، وعدم سيطرة سلطة على أخرى كما رأينا سابقاً، والقضاء نهائياً على نظام وحدة السلطة الذي عانا منه الشعب الليبي لسنوات طويلة على اعتبار أنه من أهم معوقات استقلال القضاء في ليبيا، فلا بد من الرقابة على دستورية القوانين، بأن يضمن الدستور الليبيرقابة القضائية على دستورية القوانين، وللقاضي أن يمتنع عن تطبيق ما يخالف هذه القواعد.

تقترح الباحثة إضافة نصٍ دستوريٍّ آخر إلى النص الدستوري السابق، اجتهاداً منه للوصول إلى أفضل الطرق والأساليب لتحقيق القضاء العادل والتأكيد على هيئة القاضي في ليبيا وهي كالتالي:

المادة () أ- والتي تنص على أنه: " السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون". يُحظر إنشاء محاكم استثنائية

ب- " القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون والضمير، وغير قابلين للعزل، وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا، أو في شؤون العدالة".

لا بد من وجود الحظر على الدستور بنوعيه الزمني والموضوعي في النظام الليبي الجديد، وذلك نتيجة لتدخلات أصحاب السلطة في القوانين العامة للدولة والتي لا يجوز المساس بها أو تعديلها إلا وفقاً لقواعد وقوانين معينة ينص عليها ويقرها الدستور.

توصي الباحثة بالتريث في وضع دستور دائم في الوقت الراهن، وذلك بسبب الظروف والاضطرابات التي يعاني منها الشعب الليبي من تشتت فكري وثقافي وسياسي واجتماعي، وحتى يومنا هذا لم يستقر الوضع في ليبيا وهناك صراع سياسي على السلطة، فمن الصعب الوصول إلى وضع قواعد ونصوص قانونية مكتملة في دستور بلد لم يستقر أمنياً وسياسياً حتى الآن.

توصي الباحثة عند وضع الدستور الدائم أن تكون المواد القانونية أكثر وضوحاً وتأصيلاً، ولا يشوبها الغموض في أحد فقراتها كما حدث في الإعلان الدستوري المؤقت الذي لم ينص صراحة على أن القضاة غير قابلين للعزل، كما يمكن الاستعانة بخبراء في الدستور من الدول المجاورة كمصر على سبيل المثال لوضع الأسس السليمة والقواعد القانونية الأكثر وضوحاً وتأصيلاً في الدستور الجديد.

توصي الباحثة بالأخذ بمبدأ التعاون بين السلطات الثلاثة وهي التشريعية والقضائية والتنفيذية وليس الفصل التام بينها؛ لأنه لا غنى لسلطة من هذه السلطات عن الأخرى، على أن توضع القوانين الرادعة والمانعة من تدخل أي سلطة دون إرادة السلطة الأخرى.

ضرورة الأخذ بمبدأ سمو الدستور، فترى الباحثة أنه الطريق الأمثل لحماية استقلال القضاء، وهيبة القاضي. وأيضاً الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية عند وضع الدستور، بحيث لا يجوز المساس بها أو إلغاؤها، على اعتبار أنها تتضمن المبادئ والقواعد الأصيلة في الحياة، وهي الطريق السهل لتحقيق الأمن والاستقرار والعدالة سواء في القضاء أو في أي سلطة أخرى.

توصي الباحثة بمراقبة الهيئة التأسيسية عند وضع الدستور، وتقديم جميع الضمانات الدستورية التي تكفل استقلال السلطة القضائية، واعتبارها أعلى سلطة في الدولة.

10. الاهتمام بجانب الدراسات والبحوث القانونية التي تتعلق بالدساتير في العالم، وتشجيع خبراء القانون والدستور في ليبيا على إثراء هذا العلم، ومدنا بالكتب والمعلومات والمقالات العلمية التي تتناول موضوع الدستور في ليبيا وتاريخه ونشأته حتى يومنا هذا، حتى تتمكن الأجيال القادمة بوجود هذه المادة العلمية من تحسين وتطوير النظام السياسي والقانوني والدستوري في ليبيا مستقبلاً.

المراجع والمصادر

القرآن الكريم.

- (1) إبراهيم نجيب. تاريخ القضاء في الإسلام. د م. دت.
- (2) ابن الآثير. الكامل في التاريخ. بيروت: دار صادر. دط. 1399هـ.
- (3) ابن العربي، أبو بكر المالكي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، (1424-2003م) ، ط3.
- (4) ابن المرتضى، محمد بن يحيى بهران، البحر الزخار، دار الكتب العلمية، د ت.
- (5) ابن حنبل، عبد الله بن أحمد بن حنبل. فضائل عثمان بن عفان. ت: طلعت بن فؤاد الحلواني. السعودية: دار ماجد عسييري. ط1. 1421هـ - 2000م.
- (6) ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد. مقدمة ابن خلدون. دمشق: دار العرب. ط1. 1425هـ - 2004م.
- (7) ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، بداية المجتهد، دار المعرفة، (1402هـ - 1982م) ، ط6.
- (8) ابن عابدين، محمد أمين. رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. بيروت: دار عالم الكتب. 1423هـ - 2003م.
- (9) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، (1398هـ - 1978م).
- (10) ابن عرفة، أبي عبد الله محمد الأنصاري. شرح حدود ابن عرفة. بيروت دار العرب الإسلامية. ط1. 1993م.
- (11) ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد برهان الدين، تبصرة الحكام، 1(799هـ - 1397م).

- (12) ابن فرحون، إبراهيم شمس الدين محمد اليعمري. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. عالم الكتب للنشر والتوزيع. 1423هـ - 2003م.
- (13) ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، دار إحياء التراث العربي، (1405هـ - 1985)، ط1.
- (14) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دن، دت.
- (15) ابن كثير، اسماعيل بن عمر القرشي، البداية والنهاية، دار عالم الكتب، (1424هـ - 2003م)، دط.
- (16) ابن مفتاح، عبد الله بن أبي القاسم، شرح الأزهار، دت.
- (17) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1 (1418هـ-1997م).
- (18) أبو الأعلى المودودي. نظرية الإسلام وهدية - تدوين الدستور الإسلامي. ترجمة: محمد عاصم الحداد. دار الفكر. 1980م.
- (19) أبو خزام، إبراهيم. الوسيط في القانون الدستوري. ليبيا: دار الكتب الوطنية. ط2. 2001م.
- (20) أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، (1430هـ - 2009م)، ط1.
- (21) أبو زهره، تاريخ المذاهب الفقية. دط. القاهرة: دار الفكر العربي. دت.
- (22) أبو فارس، محمد عبد القادر. استقلال القضاء في الإسلام. عمان: دار الفرقان. ط1. 1984م.
- (23) الأتابكي، جمال الدين بن أبي المحاسن يوسف بن تغرى بردى. النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1. 1413هـ - 1992م.

- (24) أحمد أمين. ضحى الإسلام. القاهرة: مكتبة الأسرة. دط. 1997م.
- (25) أحمد خليفة شرقاوي أحمد. هيئة القضاء و ضمانات لاستقلال القضاء. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2013م.
- (26) أحمد سلامة. المدخل لدراسة القانون. مكتبة نهضة مصر 1963. دط. دت.
- (27) أحمد عطية الله. المعجم السياسي. دار النهضة العربية. ط3. 1968م
- (28) أسامة عبد الرحمن. المأزق العربي الراهن. بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية. دط. 1999م.
- (29) اسماعيل بدوي. مبادئ القانون الدستوري- دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية. القاهرة: دار الكتاب الجامعي. دط. 1399هـ.
- (30) اسماعيل مرزة. القانون الدستوري. بيروت: منشورات الجامعة الليبية. 1969م.
- (31) الاصفهاني، أبي القاسم الحسين بن محمد. المفردات في غريب القرآن، مكتبة نزار مصطفى الباز.
- (32) اطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، جدة: مكتبة الإرشاد، 1973م، ط2.
- (33) أعبودة، الكوني علي. النظام القضائي الليبي. ليبيا: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية. ط3. 2003م.
- (34) آل ياسين، محمد علي. القانون الدستوري والنظم السياسية. بغداد: مطبعة المعارف. دط. 1964م.
- (35) الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى، دار السعادة، 1332هـ، ط1.
- (36) البغدادي، أحمد بن علي بن ثابت الخطيب، تاريخ بغداد، دار الغرب الإسلامي، (1422هـ - 2001م) ، ط1.

- (37) البكري، أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر، (1418هـ - 1997م) ط1.
- (38) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس. شرح منتهى الإرادات. مؤسسة الرسالة. ط1. 1421هـ - 2000.
- (39) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، (1403هـ - 1983م) .
- (40) بو طالب. عبد الهادي، القضاء والعدل، الشرق الأوسط، 1 ربيع الأول: 1422- 14 مايو: 2001م، w. w. w. aawsat. com
- (41) بيرو كالمندري. ترجمة: حسن جلال العمروسي. مصر: دار المعارف. ط2، 1962م.
- (42) البيضاوي. منهاج الوصول إلى علم الأصول. الرياض: مكتبة الرشد. دط. دت.
- (43) البيهقي. السنن الكبرى كتاب أدب القاضي. باب أثم من أفى أو قضى بالجهل. د م. دت.
- (44) الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، (1996م) ط1.
- (45) التميمي، أبو العرب محمد بن أحمد بن تميم. كتاب المحن. دار الغرب الإسلامي. ط3. 1427هـ - 2006م.
- (46) توفيق حسن فرج. المدخل للعلوم القانونية. مؤسسة الثقافة الجامعية. 1977م.
- (47) جون كلارك ادمز وباولو باريللي. دراسات في تنظيم الحكم. ترجمة أحمد نجيب هاشم. مكتبة الأنجلو المصرية. دط. 1964م.

- (48) جون لوك، هيوم، روسو، العقد الاجتماعي. ترجمة عبد الكريم أحمد، سلسلة الألف كتاب. دار سعد. دط. دت.
- (49) جوندوين كارتر وجون هيرز. نظام الحكم في السياسة. القاهرة: دار الكرنك للنشر والطبع. دط. 1962م.
- (50) حبيب الخليلي. المدخل للعلوم القانونية. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. ط2. دت.
- (51) الحداد. احمد بن عبد العزيز، القضاء والعدل، كبير مفتين مدير إدارة الأفتاء بدائرة الشئون الإسلامية والعمل الخيري- دبي، الإمارات اليوم: 5 يوليو 2013م. W. w. w. emaratalyum. com
- (52) الحراشي، ميلاد مفتاح. استقلال ونزاهة القضاء في ليبيا. ليبيا: صحيفة الحرية 22 سبتمبر 2012م، w. w. w. lawoflibya. com
- (53) الحريري. إبراهيم محمد، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام. ط1. عمان: دار عمار. 1420 - 1999.
- (54) الحريري، إبراهيم محمد، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، عمان: دار عمار، ط1، (1420هـ - 1999).
- (55) حسن إبراهيم حسن. تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي. القاهرة: مكتبة النهضة المصرية. 1416هـ - 1996. ط14.
- (56) حسن صبحي عبد اللطيف. الدولة الإسلامية وسلطانها التشريعية. الأسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة. دط. دت.
- (57) الخطاب، أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1. 1614 هـ - 1995م.
- (58) الحقييل، سليمان بن عبد الرحمن، حقوق الإنسان في الإسلام والرد على الشبهات المثارة، موقع كتاب السنة، (1424هـ - 2003م).

- 59) الحلبي، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم . مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1. 1419هـ - 1998م.
- 60) الخرشبي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشبي، المطبعة الأميرية الكبرى، (1317هـ)، ط2.
- 61) الدردير، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير، القاهرة: دار المعارف، ن ت.
- 62) درويش، محمد إبراهيم . القانون الدستوري. القاهرة: دار النهضة العربية. ط1. 2007م.
- 63) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية.
- 64) الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي، المكتب الإسلامي، (1381هـ - 1961م) ، ط1.
- 65) الرفادي، سعد بشير مفتاح، استقلالية القاضي ما بين الحصانة والمساءلة-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشأة المعارف، (2012م).
- 66) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي القباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت: دار الكتب العلمية. ط3. 1424هـ - 2003م.
- 67) الزحيلي، محمد مصطفى، تاريخ القضاء في الإسلام، بيروت: دار الفكر، (1425هـ - 1995م) ، دط.
- 68) الزركلي، خير الدين الأعلام. بيروت: دار العلم للملايين. ط 15. 2002م.
- 69) زكريا الأنصاري، حاشية الجمل على شرح المنهج، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

- (70) زيدان. عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية. بغداد: مطبعة العاني. ط1.
- 1404هـ - 1984م.
- (71) الزيلعي، جمال الدين عبد الله بن يوسف. نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية- كتاب أدب القاضي. دار الحديث. 1415 - 1995م.
- (72) زينو. على محمد، طرق التعديل بين المحدثين والفقهاء، الألوكة الشرعية، 7 يناير 2013م، w. w. w. alukah. net
- (73) سالم الكبتي. الدستور في ليبيا-تاريخ وتطورات-الجزء الثاني. بنغازي: دار الساقية. دط. 2013م.
- (74) السخاوي، محمد بن عبد الرحمن. بيروت: دار الكتب العلمية. دت.
- (75) سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مصر: دار الكتب العربية الكبرى، دت، (1345هـ).
- (76) سليمان الطماوي. عمر بن الخطاب واصول السياسة والإدارة الحديثة. دار الفكر العربي. دط. دت.
- (77) السيد صبري. مبادئ القانون الدستوري. القاهرة: المطبعة العالمية. ط4. 1949م.
- (78) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، تاريخ الخلفاء الراشدين، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دت، ط2.
- (79) الشافعي، محمد بشير. القانون الدستوري والنظم السياسية السودانية. ط1. 1970م.
- (80) الشرييني، شمس الدين محمد بن الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج. بيروت: دار المعرفة. ط1. 1418هـ - 1997م.

- (81) الشريبي، محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت: دار الكتب العلمية، (1421هـ - 2000م).
- (82) الشرقاوي، عبد الله بن حجازي، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للانصاري، دت، ط3.
- (83) الشريف الرضي، نهج البلاغة لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه، (1419هـ)، ط1.
- (84) الشوكاني، محمد علي، الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، دار الحديث، (1413هـ - 1993م)
- (85) الشوكاني، محمد علي، نيل الأوطار، دار ابن الجوزي، (1427هـ)، ط1.
- (86) شيخا، إبراهيم عبد العزيز. المبادئ الدستورية العامة. بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر. دط. 1982م.
- (87) الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المهذب في الفقه، دار الكتب العلمية، (1412-1992م) ، ط1.
- (88) الشيمي، عبد الحفيظ. نحو رقابة التعديلات الدستورية دراسة في بعض جوانبها النظرية والعملية. القاهرة: دار النهضة العربية، ط1. 2006م،
- (89) صبيح مسكوني. مفهوم الإدارة الشعبية. الدراسات القانونية. دط. 1979م.
- (90) الصدة، عبد المنعم فرج. أصول القانون. دط. دت.
- (91) الصفدي، صلاح الدين خليل بن أبيك. الوافي بالوفيات. بيروت: دار إحياء التراث العربي. 1420هـ - 2000م.
- (92) الطبري، أبي العباس أحمد بن أبي أحمد، تحقيق: حسين خلف الجبوري، أدب القاضي، مكتبة الصديق، 1989م، ط1.
- (93) الطبري، أبي جعفر محمد بن جرير، تاريخ الطبري، مصر: دار المعارف، دت، ط2.

- 94) طعيمة الجرف. نظرية الدولة والمبادئ الحديثة للأنظمة السياسية ونظم الحكم. القاهرة: مكتبة القاهرة الحديثة. 1970م.
- 95) الطهراوي، هاني على. النظم السياسية والقانون الدستوري. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط1. 2006م.
- 96) ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي. بيروت- دار النفائس. ط3. 1407 - 1987م.
- 97) العاني، حسان محمد شفيق. الدستور. بغداد: مطبعة جامعة بغداد. دط. 1981م.
- 98) عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، مصر: دار الفكر العربي، 1974م.
- 99) عبد البر، يوسف عبد الله محمد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، دار الجيل، (1412هـ - 1992م) ، ط1.
- 100) عبد الحميد متولي. القانون الدستوري والنظم السياسية. الأسكندرية: منشأة المعارف. دط. دت.
- 101) عبد السلام المزوغي. النظرية العامة لعلم القانون. ليبيا: دار الجماهيرية. دط. 1998م.
- 102) عبد العال محمد عطوة، محاضرات في علم القضاء والقرائن وغيرها، جامعة الإمام محمد بن سعود، دت، ط1.
- 103) عبد العزيز النعيم. أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة. ط1. دار الاتحاد العربي. دت.
- 104) عبد العزيز خليل بديوي، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، القاهرة: دار الفكر العربي، 1979م.

- 105) عبد المجيد النجار، دور حرية الرأي في الوحدة الفكرية بين المسلمين، الدار العربية للعلوم، 2005م.
- 106) عبد الهادي أبو طالب. المرجع في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية. الدار البيضاء: دار الكتاب. ط1. دت.
- 107) عثمان خليل. القانون الدستوري. دن. دط. 1956م.
- 108) عزمي عبد الفتاح. قانون القضاء المدني. القاهرة: دار النهضة العربية. دط. 1993م.
- 109) عزيزة الشريف. دراسة في الرقابة على دستورية التشريع. جامعة الكويت. دط. 1995م.
- 110) العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، (1407هـ-1986). .
- 111) عليش، محمد بن أحمد بن محمد، شرح منح الجليل، بيروت: دار الفكر، (1404هـ-1984م).
- 112) عمر عمرو. المجموعة المghرسة. دار مكتبة النور. دط. دت.
- 113) العمري، أكرم ضياء، عصر الخلافة الراشدة، المدينة المنورة: مكتبة العبيكان، دت، دط.
- 114) العوني، الشريف حاتم بن عارف، كتاب خلاصة التأصيل لعلم الجرح والتعديل، مكة المكرمة: دار عالم الفوائد، (1421-2011م) ، ط1.
- 115) العيني، أبي محمد محمود بن أحمد، سنن أبي داود، الرياض: مكتبة الرشد(1420هـ -1999م) ، ط1.
- 116) فايز إيعالي. المشاكل التي تعترض استقلال القضاء. لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب. دط. 1993م.

- 117) فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، 1986م.
- 118) فؤاد العطار. النظم السياسية والقانون الدستوري. القاهرة: دار النهضة العربية. دط. دت.
- 119) الفيروزآبادي، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز. القاهرة: لجنة إحياء التراث الإسلامي. 1416هـ - 1996م.
- 120) الفيروزآبادي، محي الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، (1426هـ - 2005)، ط8.
- 121) القرشي، باقر شريف، موسوعة الإمام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، مؤسسة الكوثر للمعارف الإسلامية، ط2، (1429).
- 122) قزيط، مفتاح محمد، مبدأ استقلال السلطة القضائية. وزارة العدل- ليبيا: 2012م w. w. aladel. gov. ly
- 123) كارل بروكلمان. تاريخ الأدب العربي. القاهرة - دار المعارف. ط5. 2006.
- 124) الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت: دار الكتب العلمية. ط2. 1424هـ - 2003م.
- 125) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية، (1419هـ - 1999م)، ط1.
- 126) الماوردي، والأحكام السلطانية للماوردي، دار ابن قتيبة، (1409هـ - 1989م)، ط1.
- 127) المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد بن إبراهيم، كثر الراغبين شرح منهاج الطالبين، دن، (1434هـ - 2013م).

- 128) محمد العوا. النظام السياسي للدولة الإسلامية. القاهرة: المكتب المصري. ط5. 1981م.
- 129) محمد الغزالي. فقه السيرة. مصر: دار الكتب الحديثة. ط7. 1976م.
- 130) محمد بن صامل العلياني، منهج كتابة التاريخ الإسلامي، دار ابن الجوزي، 2008م.
- 131) محمد حسنين عبد العال. القانون الدستوري. القاهرة: دار النهضة العربية. ط. 1997م.
- 132) محمد حميد الله. مجموعة الوثائق السياسية في العهد النبوي والخلافة الراشدة. بيروت: دار الإرشاد. ط3. 1389م.
- 133) محمد رضا، أبو بكر الصديق أول الخلفاء الراشدين. دار إحياء الكتب العربية. ط2. 1369هـ - 1950م.
- 134) محمد رفعت عبد الوهاب. القانون الدستوري. الاسكندرية: دار المعارف للنشر. ط. دت.
- 135) محمد ضياء الدين الرئيس. النظريات السياسية الإسلامية. القاهرة: دار المعارف. ط5. 1969م.
- 136) محمد علي إمام. محاضرات في نظرية القانون. القاهرة: مكتبة نهضة مصر. ط. دت.
- 137) محمد فاروق النبهان. نظام الحكم في الإسلام. جامعة الكويت. ط. 1393هـ.
- 138) محمد كمال عبد العزيز. الوجيز في نظرية القانون. القاهرة: مكتبة وهبه. ط. 1962م.
- 139) محمد مهدي شمس الدين. نظم الحكم والإدارة في الإسلام. بيروت: المؤسسة الدولية للدراسات والنشر. 1420هـ - 2000م.
- 140) محمود بن محمد بن عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، المطبعة المصرية الأهلية الحديثة، (140هـ - 198م).

- 141) مذكور، محمد سلام، القضاء في الإسلام، دن، دت.
- 142) المرادوي، علي بن سليمان أبو الحسن، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مطبعة السنة المحمدية، (1375هـ - 1956)، ط1.
- 143) المشهداني، محمد كاظم. النظم السياسية. جامعة الموصل. دط. 1991م.
- 144) مصطفى أبو زيد فهمي. الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. دط. 1999م.
- 145) المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية. القاهرة: دار الشروق الدولية. ط4. 2008م.
- 146) المنايلي، هاني محمد كامل. السلطة القضائية للنظام الإسلامي. الإسكندرية: دار الجامعة المصرية. ط1. 2009م.
- 147) منذر الشاوي. القانون الدستوري - نظرية الدستور. بغداد: دار القادسية للطباعة. دط. 1981م.
- 148) منصور ميلاد يونس. القانون الدستوري والنظم السياسية. ليبيا: دار الكتب الوطنية، ط2. 2013.
- 149) المهدي محمد حمد بيانكو، حسين إبراهيم خليل. المدونة الدستورية الليبية. القاهرة: دار الفكر العربي. ط2. 1433هـ - 2012م.
- 150) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليق المختار، 2: 417. المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح باية المبتدي.
- 151) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليق المختار، بيروت: دار الكتب العلمية.
- 152) مونتسكيو. روح الشرائع. بيروت: اللجنة الدولية لترجمة الروائع الإنسانية. دط. 1954م.

- 153) مونتيسيو. روح القوانين. ترجمة عادل زعيتر. القاهرة: دار المعارف. 1953م.
- 154) نبيلة عبد الحلیم كامل. جابر جاد نصار. الوجيز في القانون الدستوري. القاهرة: دار النهضة العربية. دط. 2006م.
- 155) نجيب أحمد عبد الله. ضمانات استقلال القضاء. اليمن: المكتب الجامعي الحديث. 2007م.
- 156) نعمان أحمد الخطيب. مبادئ القانون الدستوري. عمان: منشورات جامعة مؤتة. دط. 1993م.
- 157) نيفين مسعد، علاء الدين هلال. النظم السياسية العربية قضايا الاستعمار والتغيير. بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية. ط1. 2000م.
- 158) الهادي علي بوحمره، نظرة موجزة في الوظيفة القضائية، ليبيا المستقبل، 26 / 4 / 2009م، <http://archive.libya-al-mostakbal.org>.
- 159) هند داوي، محمد موسى. المعجم في اللغة الفارسية. مصر: مكتبة الأنجلو. دط. دت.

المراجع الأجنبية:

- 160) Anja Seibert- Fobr. Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany- 2006. W. w. w. mpil. de/shared/data.
- 161) Anja Seibert- Fobr. Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany- 2006. W. w. w. mpil. de/shared/data.
- 162) Anja Seibert- Fobr. Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany- 2006. W. w. w. mpil. de/shared/data.

- 163) Constitutional Justice –Alice Jane Drysdale Sheffield Regents Chair in Law ،Univirsity-1999. W. w. w. nyujlpp. org/wp-content.
- 164) Dell-G Hitchner and Caral Levine Comparative Government and Politics Seven Printing ،Dodd ،Meadand and company ، Inc ،New York ،1973. P. 45-46.
- 165) H. W. CLARKE- Constitutional and Administrative Law- Sweel & Maxell- London 1971 p.)
- 166) karl Lovensteie – la valeur des constitutions dans une Epoque Revolutionarie ،Revue Fransaise du science: Politique ، volume. 11- 1952. P. 21.
- 167) Kristy Richardson ،A DEFINITION OF JUDICIAL INDEPENDENCE ، PHD Candidate university of new England ،Leculty
- 168) Martin Krygier ،Ethical Positivism and the Liberalism of Fear’ in Tom Campbell andJeffrey Goldsworthy Ceds) ،Judicial Power ، Democracy and Legal Positivism 2000) 58 ،59.
- 169) Michel Tropper- Article sur le pouvoir judiciaire- dans pouvoir- p. 16- 1981.
- 170) of business and low ،Central and Associate member of the Australian property Institute (AAPI) ،2005.

الرسائل الجامعية:

- 171) أحمد كمال أبو المجد. الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصري. رسالة دكتوراة. القاهرة: مكتبة النهضة العربية. 1960م.

172) الجريدة الرسمية، 18 عدد 1، ص: 74. المحكمة العليا، ط، م. 26 / 26، جلسة 29 / 3 / 1981م.

173) الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز. القضاء ونظامه في الكتاب والسنة. أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة نوقشت بكلية الشريعة بجامعة ام القرى: مكة المكرمة- مركز بحوث الدراسات الإسلامية 1409هـ - 1989م.

174) صبيح مسكوني. مفهوم الإدارة الشعبية. 1979م. مجلة دراسات قانونية: كلية القانون جامعة قاريونس.

175) على السيد الباز. الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية. رسالة دكتوراة. 1978م.

176) الكروي، محمود صالح. التجربة البرلمانية في المغرب. جامعة بغداد: كلية العلوم السياسية. 1999م. رسالة دكتوراة غير منشورة.

177) مجلة المحكمة العليا س7، ع1، ص59، في الطعن رقم 17، لسنة 8ق إداري، جلسة 28. 6. 1970.

178) المحنه، حسن ناصر طاهر. عن رسالة ماجستير بعنوان الرقابة على دستورية القوانين. إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية بالأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك. 2008م.

179) الملحق السادس للإعلان الدستوري الصادر عن مجلس قيادة الثورة، والذي نشر في الجريدة الرسمية فيعدد خاص بتاريخ 15. 12. 1969م.

**THE INDEPENDENCE OF JUDICIARY SYSTEM
AND ITS PROTECTION: A STUDY ACCORDING TO
SHARIAH AND THE LIBYAN CONSTITUTION**

SABAH FARAG SAAD MADI

**ACADEMY OF ISLAMIC STUDIES
UNIVERSITY OF MALAYA
KUALA LUMPUR**

2017