

دولة ليبيا

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة طرابلس – كلية القانون

قسم الشريعة الإسلامية

النظام المصرفي الليبي (من سنة 1951 إلى 2015 م)
في ميزان الفقه الإسلامي

رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على الإجازة العليا
(الماجستير) في الشريعة الإسلامية

إعداد الطالب: الطاهر محمد الحاج محمد

الدكتور المشرف: ضو مفتاح أبو غرارة

العام الجامعي 2018 – 2019م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ❶ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ❷
مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ ❸ إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ
نَسْتَعِينُ ❹ اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ ❺
صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ ❻ غَيْرِ
الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ ❼

سورة الفاتحة

الإهداء

إلى من بعثه الله رحمة للعالمين، ونوراً وهدى للناس أجمعين،

سيدي رسول الله محمد بن عبد الله ﷺ

إلى روح أستاذي ومعلمي الأول، أستاذ الأجيال، مفتاح البكوش،

طيب الله ثراه

إلى والدي العزيزين، اللذين كانا ولا يزالان ولن يزولا الدافع الأول لي في

هذا العمل وغيره، أدام الله عافيتهما، وأطال في عمرهما

إلى من كان دوماً عوناً وسنداً لي، عمي الدكتور عمران عبد السلام

الصفرائي

إلى إخوتي أشقائي رفقائي وسندي

إلى مشائخي وأساتيذي

إلى كل غيور على دين الله وشرعه

شكر وتقدير

أتقدم بخالص الشكر والعرفان والتقدير والامتنان لأستاذي الجليل،

الأستاذ الدكتور ضو مفتاح أبو غرارة،

لتفضله بقبول الإشراف عليّ لإتمام هذا العمل، ولرحابة صدره، وعزیز
وقته الذي منحني إياه، ولكل ما ساندني به مما أعجز عن عدّه وحصره،
سائلاً المولى - عز وجل - أن يزيده من فيض نوره وعلمه، وأن يجعل
هذا العمل في ميزان حسناته، شاهداً له يوم القيامة، إنه ولي ذلك
والقادر عليه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، والرضا عن أصحابه السابقين من المهاجرين والأنصار ومن تبعهم بإحسان، وبعد...

فموضوع هذا البحث النظام المصرفي الليبي (من سنة 1951 إلى 2015م) في ميزان الفقه الإسلامي، إذ يُعنى بدراسة النظام المصرفي الليبي تشريعياً، بدءاً من أساسه الدستوري، إلى نصوصه القانونية، مقارناً بأصول وتطبيقات الفقه الإسلامي، ومُعيّراً بمعاييرها، لبيان مدى توافقه مع الشريعة الإسلامية، وتحقيقه لمقاصدها، وبالتالي معرفة طبيعة هذا النظام.

إذ بعد نجاح تغيير أنظمة الحكم في بعض الدول العربية، تعالت الأصوات بضرورة مراجعة التشريعات، ومعرفة مدى توافقها مع الشريعة الإسلامية، وهو ما أطلق عليه أسلمة التشريعات، وذلك كمطلب نخبوي وشعبي، وكهدف من أهداف هذه الثورات؛ لما فيه من تحقيق للهوية الإسلامية لهذه الدول، والتي كانت ليبيا من بينها.

ولأن القطاع المصرفي في ليبيا هو أحد أهم قطاعات الدولة، إذ يمثل عصبها الاقتصادي؛ وكذلك لشدة أهميته بالنسبة للأفراد، كما للدولة، كان لهذا القطاع نصيبه من هذه النداءات المطالبة بأسلمته، سواء على المستوى التشريعي، أو التطبيقي، ومن هنا كان المبعث من وراء هذا البحث، حيث سأسلط الضوء على طبيعة هذا النظام المصرفي، وبما أن هذا النظام قد مر بعدة مراحل، فسأعمل على دراسة هذه المراحل، تشريعياً وتطبيقياً، وذلك وفق الأسس والقواعد الفقهية، الشرعية منها والقانونية، والنظر في مدى تحقق الهوية والطبيعة الإسلامية في كل مرحلة، وذلك من خلال منطوق التشريعات، وواقع التطبيقات.

سبب اختيار الموضوع وأهميته:

سبب اختيار هذا الموضوع نابع من الأهمية البالغة له، خاصة بعد النداءات بأسلمة النظام المصرفي - كما أسلفنا -، إضافة إلى أن ليبيا تستشرف الدخول في عهد دستوري جديد، وهذا الدستور الجديد سيكون له أثره على الواقع التشريعي الفرعي؛ وعليه فلهذا الموضوع أهمية علمية وعملية:

أما الأهمية العلمية، فتبرز من خلال بيان الأسس العلمية الشرعية والقانونية لصناعة أي نظام عام يُعنى بتنظيم شؤون الناس، ثم بيان جزئيات هذا النظام وتفاصيله، ومدى تماشيها مع تلك الأسس من ناحية، ومع الواقع العملي المعيش من ناحية أخرى، وحديثنا عن النظام المصرفي تحديداً، باعتباره محل البحث، إضافة إلى إعانة المشرع خلال الفترة القادمة لتفادي الأخطاء التي وقع فيها خلال الفترة الماضية، وتعزيز ما كان صائباً والعمل على تطويره، وتجاوز العقبات وتصحيح المسار، كما أنه محاولة لإثراء المكتبة الإسلامية في هذا الجانب، فلعل هذا البحث يكون نواة وبداية لدراسة هذا الموضوع بشكل مستفيض، ودراسة ما قد يتصل به من جزئيات أخرى.

وأما الأهمية العملية، فمن خلال النظر في مدى مواءمة هذا النظام للواقع المعيش، وتحقيقه للأهداف المنوطة به، سواء على الفرد أو المجتمع، ومدى تحقيقه للهوية الإسلامية للدولة، ومدى تحقيقه للموازنة بين مصالح الأفراد على اختلاف عقائدهم وتوجهاتهم الدينية والفكرية، وفي ذات الوقت، قدرة هذا النظام على التواصل مع المنظومات الاقتصادية العالمية، بحيث يكون قائماً على أسس شرعية وفقهية سليمة، وقادراً على مواكبة التطورات الاقتصادية العالمية، وبالتالي يكون نظاماً جامعاً بين الثبات الذي تتطلبه المرجعية والهوية الإسلامية، والمرونة التي تتطلبها مواكبة العصر، والتطور الاقتصادي الذي يشهده العالم.

تحديد الموضوع:

النطاق التاريخي لهذا الموضوع ينحصر في دراسة المراحل التشريعية التي مرّ بها النظام المصرفي الليبي بين سنتي 1951م و 2015م، حيث وُضع في سنة 1951م أول دستور موحد للدولة الليبية، ولم يصدر بعد سنة 2015م أي تشريع، لا دستوري، ولا فرعي، ثم قسمت هذه

المراحل إلى المرحلة الملكية (1951م إلى 1969م)، ومرحلة سبتمبر (1969م إلى 2011م)، ومرحلة فبراير (2011م إلى 2015م)، حيث سأتناول هذه المراحل من الناحية التشريعية، دستورياً وفرعياً، وواقع هذه التشريعات، وتأصيل المسائل المتصلة بهذا الموضوع، والتي حصرتها في مسألة مصدر التشريعات، وطبيعتها، والفائدة على القرض المصرفي، وبخصوص الفقه الإسلامي فإنني سأكتفي بالمذاهب السنية الأربعة، الحنفي والمالكي الشافعي والحنبلي، وعدد من كتب الفقه المعاصر المتعلق بموضوع البحث، كما سأتطرق بشكل مختصر إلى بعض النظريات الاقتصادية المتعلقة بموضوع البحث.

منهجية البحث:

سأدرس هذا الموضوع من خلال ثلاث منهجيات: المنهجية الوصفية، والتي سأسرد فيها المراحل التشريعية في ليبيا المتعلقة بالنظام المصرفي الليبي، حيث سأعرض من خلال هذه المنهجية النصوص التشريعية الدستورية المتعلقة بتحديد مصدر التشريع، ثم سأعرض النصوص القانونية الفرعية في القانونين المدني وتعديلاته، والمصرفي وتعديلاته لهذا النظام خلال مراحل الثلاث، وأحكام القضاء إن وجدت.

ثم سأعتمد المنهجية التأصيلية التحليلية عند دراستي لمسألة مصدر التشريعات، والمنهجية التأصيلية والمقارنة بين المذاهب الفقهية السنية الأربعة بخصوص مسألة طبيعة التشريعات، ومسألة القرض والقرض المصرفي، وفي المبحث الأخير سأعتمد المنهجية المقارنة بين النصوص القانونية للنظام المصرفي والفقه الإسلامي، وتحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي.

وفيما يتعلق بذكر المصادر في الهامش، فسأبدأ بذكر المؤلف، اللقب ثم الاسم، ثم عنوان المؤلف، ثم المحقق أو المعلق إن وُجد، ثم البلد، ثم المدينة، ثم دار النشر، ثم الطبعة، ثم تاريخ النشر، ثم الجزء من المؤلف إن وُجد، ثم رقم الصفحة.

أما فيما يتعلق بالمختصرات فهي على النحو التالي:

تخ: تخرّيج _ تح: تجميع _ تح: تحقيق _ تع: تعليق _ تق: تقديم _ ض: ضبط _ ع: اعتنى
به _ ص: الصفحة _ ط: الطبعة _ ب.ط: بدون طبعة _ ب.ت: بدون تاريخ طباعة _
ب.م.ن: بدون مكان نشر _ س.ق: سنة قضائية.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية هذا البحث في تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي خلال الفترة من 1951م إلى 2015م، وفق النصوص الدستورية والفرعية، ووفق القواعد والأسس للتعاملات المالية في الفقه الإسلامي، هل هو نظام إسلامي، أو لا؟

أيضاً، فإنني أرى في الدراسات الحديثة الإسلامية للأنظمة المالية المعاصرة إشكالية يجب مراجعتها، وما سبب ذلك - على الأقل في تقديري - إلا عدم وضوح الرؤية لدى الدارسين، النابع من اهتمامهم بالجزئيات، وإهمال الأسس والقواعد التي ينطلق منها الفقه المالي الإسلامي، والتي بيّنها وصرح بها فقهاؤنا الأوائل، وهذا بدوره انعكس سلباً على تكييفهم للأعمال المصرفية، ومن ثم الحكم عليها، فما هي الإشكالية التي واجهت الباحث في مجال فقه المعاملات الإسلامي، وما أثرها؟

أهداف البحث:

هذا البحث بمثابة محاولة تهدف إلى الإسهام في وضع قاعدة معلوماتية تأصيلية، وذلك من خلال بيان أوجه القصور التي يعاني منها النظام المصرفي الليبي، وآلية معالجتها، سواء كان هذا القصور تشريعياً، أو تطبيقياً، كصعوبة تطبيق النصوص التشريعية، أو مدى صلاحية هذه النصوص للتطبيق أساساً، أيضاً فإن هذا البحث يهدف إلى بيان حقيقة الأسلمة المنشودة، والأسلمة الموجودة اليوم، وبيان أسس وأصول الأولى، وآلية تطبيقها.

الدراسات السابقة:

في الواقع، كانت مسألة الدراسات السابقة أبرز الصعوبات التي واجهتني، فبحسب اطلاعي لم أجد كثير دراسات متخصصة ومتعمقة في هذا الموضوع، وأقصد دراسات متخصصة بالشأن

المصرفي الليبي، ومن مؤلفين ليبيين، سواء فيما يتعلق بمسألة مصدر التشريعات، أو طبيعتها، أو مسألة الفائدة في القرض والقرض المصرفي، وحتى التي وُجدت كان يغلب عليها طابع الإجمال والعموم، دون تفصيل واستفاضة، يمكن الاعتماد عليها لتحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي.

أما على مستوى البحوث العلمية المحكّمة فهناك بعض البحوث، والتي لم تتناول الموضوع بشكل مستفيض، وخلال جميع المراحل التي مرّ بها النظام المصرفي، وإنما اقتصر على بعض الجزئيات أو بعض المراحل، وربما السبب في ذلك، ضبابية الصورة لدى الدارسين لهذا الموضوع، وإلى اتصاله بالجانب الأيديولوجي السياسي، خاصة في مرحلة فبراير.

وعليه، فإن القاعدة المعلوماتية العامة، وكل ما يتعلق بعموميات هذا الموضوع، تحدثت عنها عدة مؤلفات شرعية وقانونية، أما ما يتعلق به من تفاصيل فلم أجد من تناولها بشكل مستفيض مفصل، ولا أنفي وجود دراسات ليبية متخصصة بالملق، ولكن حسب اطلاعنا وبحثنا لم أجد مثل هذه الدراسات المعمقة الشاملة، ولعل من ضمن الكتب والبحوث التي استعنتُ بها في هذا البحث هي:

- أعبوده، الكوني علي ، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل إلى علم القانون، القانون.
- أبو غرارة، ضو مفتاح ، قانون رقم 1 في شأن تحريم المعاملات الربوية في الميزان (أفكار القانون وتداعيات الواقع الليبي).
- دبارة، مصطفى مصباح ، وضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب.

خطة البحث:

اعتمدت في خطة هذا البحث التقسيم الثنائي، فكان على النحو التالي:

الفصل الأول: المراحل التشريعية في ليبيا ومصدرية الشريعة الإسلامية وأثرها في طبيعة التشريعات

المبحث الأول: المراحل التشريعية في ليبيا وخصائصها وعلاقتها ببعضها

المطلب الأول: المراحل التشريعية في ليبيا

المطلب الثاني: خصائص المراحل التشريعية في ليبيا وعلاقتها ببعضها

المبحث الثاني: مصدرية الشريعة الإسلامية وأثرها في طبيعة التشريعات

المطلب الأول: مصدرية الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: أثر مصدرية الشريعة الإسلامية في طبيعة التشريعات

الفصل الثاني: طبيعة النظام المصرفي الليبي

المبحث الأول: أسس تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي

المطلب الأول: أساس الشرعية

المطلب الثاني: طبيعة العقد وأطرافه

المبحث الثاني: تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي

المطلب الأول: طبيعة النظام المصرفي الليبي من خلال التشريع الدستوري

المطلب الثاني: طبيعة النظام المصرفي الليبي من خلال التشريع الفرعي

الخاتمة.

الفصل الأول

المراحل التشريعية في ليبيا ومكانة الشريعة الإسلامية وأثرها على طبيعة التشريعات

تمثل التشريعات في أي دولة العنوان العريض لهوية الدولة وتوجهها التشريعي، وفي هذا الفصل سأحاول إجراء دراسة للنصوص الدستورية المتعلقة بمصدر التشريعات، والنصوص التشريعية الليبية المتعلقة بالجانب المصرفي، وذلك خلال ثلاث مراحل مرّ بها التشريع الليبي من تاريخ استقلال البلاد سنة 1951م، إلى تاريخ 2015م، حيث سأبين الواقع التشريعي للنظام المصرفي الليبي، من خلال النصوص التشريعية، وذلك لبيان الملامح التشريعية التي شكّلت صورة وهوية هذا النظام المصرفي، ثم سأقوم بدراسة تحليلية لمسألة المصدرية التشريعية أثرها على تحديد طبيعة هذا النظام، وذلك في ظل الأسس والقواعد والتطبيقات التي تضمنها الفقه الإسلامي؛ لمحاولة الوصول إلى شكل الهوية التشريعية ومضمونها الذي حدّده الفقه الإسلامي.

إن العناصر السابقة - حسب اعتقادنا - كفيلة ببيان الإطار التشريعي الذي يمكن من خلاله الحكم على النظام المصرفي الليبي، مصدراً وطبيعةً، ومن ثم تحديد طبيعة هذا النظام المصرفي.

وبناء على ما سبق سأقسم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: المراحل التشريعية في ليبيا وخصائصها وعلاقتها ببعضها

المبحث الثاني: مصدرية الشريعة الإسلامية وأثرها في طبيعة التشريعات

المبحث الأول

المراحل التشريعية في ليبيا وخصائصها وعلاقتها ببعضها

بعد نهاية العهد الاستعماري لليبيا وإعلان الاستقلال في 24-12-1951م، مرّت ليبيا بثلاث مراحل من ذلك التاريخ إلى يومنا هذا.

وقد اخترت تسمية المرحلة الأولى بالمرحلة الملكية (1951-1969م)، والمرحلة الثانية بمرحلة سبتمبر (1969-2011م)، والمرحلة الثالثة بمرحلة فبراير (2011-2015م)، ولما كان الحكم على الشيء فرعاً عن تصوّره، كان لزاماً التعرّض لهذه المراحل بالبحث وبما يستلزم تحديد طبيعة التشريعات، وفي حدود البحث؛ لما في ذلك من تحديد لمعالم هذه المراحل، وهذا ما سينعكس على القدرة على الحكم عليها، وفق أساس منهجي منضبط .

ولهذا فقد أفردت هذا المبحث لعرض هذه المراحل، بدراسة نصوصها الدستورية والقانونية، المتعلقة بالبحث، والأحكام القضائية ذات العلاقة أيضاً (مطلب أول)، ثم خصائص هذه المراحل، وعلاقتها ببعضها (مطلب ثانٍ) .

المطلب الأول : المراحل التشريعية في ليبيا

كما أسلفت، فقد قسمت ليبيا إلى ثلاث مراحل*، وقد كان لكل مرحلة خصوصيتها وواقعها المختلف عن الأخرى، سواء من الناحية التشريعية، أو التطبيقية، ومدار حديثي في هذا المطلب والمطلب الذي يليه حول بيان واقع هذه المراحل، وليس الحكم عليها، فالحكم يعد نتيجة، وهذه لابد لها من مقدمات، وهو ما نحن بصدد الآن .

* - إن هذا العرض للمراحل التاريخية مُقتصر على ما هو ضروري لتصور الواقع التشريعي اللازم للحكم عليه.

الفرع الأول: المرحلة الملكية (1951-1969م) :

يمكن القول بأن هذه المرحلة من أصعب المراحل التي مر بها المشرع الليبي؛ بسبب الفترة الاستعمارية التي سبقتها، وما لها من آثار، إضافة إلى المستوى الفكري والثقافي الذي كان يفرضه الواقع الاجتماعي، كل هذه التراكمات وغيرها كان لها عظيم الأثر في تحديد اتجاه المشرع.

وبالرغم من كل ذلك فقد كان دستور هذه المرحلة متقناً، خاصة بالنظر للظروف التي عاصرها المشرع، والتي ذكرنا بعضها آنفاً، وربما يرجع سبب هذا الإتقان إلى إسهام الأمم المتحدة في وضع هذا الدستور، علماً بأن دستور هذه المرحلة هو من أسس الدولة الليبية، وليس العكس، كما في المراحل التالية.

وفي هذا الفرع سأحاول توضيح المعالم التشريعية لهذه المرحلة، والمتعلقة بموضوع البحث، من خلال نصوصها الدستورية المتعلقة بالدين، وأيضاً من خلال نصوص القانونين المدني والمصرفي، وكذلك الأحكام القضائية ذات العلاقة.

الفقرة الأولى: النصوص الدستورية :

تتكون الدساتير عادة من جزأين: ديباجة وجسم، تتمثل الديباجة في مقدمة الدستور، والتي تحتوي على المبادئ والقواعد العامة التي يحتكم إليها المشرع في وضع الدستور، ويتمثل الجسم في مواد الدستور والتي بدورها تضع الإطار العام للتشريع في الدولة.

ولهذا التقسيم بالغ الأثر من حيث أهمية وإلزامية هذين الجزأين، أو أهمية وإلزامية أحدهما فقط، ألا وهو جسم الدستور، إذ انقسم الفقه الدستوري حيال ذلك إلى رأيين أساسيين¹، نعرضهما خلال دراستنا للنصوص الدستورية لهذه المرحلة، والمراحل التالية لها.

¹ - يونس، منصور ميلاد ، الوجيز في القانون الدستوري، ليبيا - بنغازي، دار الكتب الوطنية، ب . ط ، 2013م، ص 314 - المكني، الناصر ، الإسلام والدستور، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط1، 2014م، ص 43-52.

أولاً: الديباجة :

لم تأت ديباجة دستور هذه المرحلة¹ بنص واضح وصريح له دلالة على تحديد هوية الدولة، أو هوية تشريعاتها، إذا ما استثنينا النص الوارد في آخرها ، والذي يقول : (وبعد التوكل على الله مالمك الملك، وضعنا هذا الدستور...) فالدلالة هنا تكاد تكون بعيدة جداً، إن لم تكن كذلك، إلا أنه وبشكل ما يمكن أن يفهم منها التزام المشرع بما شرّعه الله - سبحانه - أو شرّعه رسوله - صلى الله عليه وآله وسلم - .

والحديث عن الديباجة له وجهان، أولهما: إلزاميتها، وثانيهما: دلالتها، ولهذين الوجهين أهميتهما، فالثاني مبني على الأول، فإذا كانت الديباجة ملزمة وجب النظر في دلالتها، وإن لم تكن ملزمة فلا حاجة إلى النظر في دلالتها، وهذا فحوى الخلاف المذكور آنفاً حول إلزامية كل الدستور أو بعضه، فإذا أخذنا بإلزامية كل الدستور بما في ذلك الديباجة أيضاً، وبالنظر إلى النص السابق، فهذا يعني ضرورة موافقة ما سيضعه المشرع مع حكم الله وشرعه، إذ لا يتصور الاتكال على الله - سبحانه - في أمر ينافي حكمه، فهذا صريح التناقض.

أما إذا أخذنا بالرأي الآخر القائل بانعدام إلزامية الديباجة، وحصر الإلزامية في جسم الدستور فقط، فإن النص السابق وجوده كعدمه، فلا إلزام له بالنسبة للمشرع، ولأن الديباجة لم تتضمن إضافة على ما في جسم الدستور، فنكتفي بهذا القدر دون استفاضة، إذ لا حاجة لذلك.

ثانياً: جسم الدستور:

المشرع هنا كان صريحاً فيما يتعلق بهوية الدولة، حيث نص في المادة الخامسة من الدستور على أن " الإسلام دين الدولة " وبالرغم من صراحة هذا النص، إلا أن الخلاف حول دلالاته كان حاضراً، فمن فقهاء القانون من يرى انصراف دلالاته إلى تحديد الإطار العام لتشريعات الدولة، في حين يرى الفريق الآخر انصراف الدلالة إلى تقرير واقع، وهو دين الشعب².

¹ - صدر دستور هذه المرحلة في 10.7.1951م.

² - المكني، الإسلام والدستور، ص 79 — عوض، عوض محمد ، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، مصر - الاسكندرية، دار الكتب الجامعية، ب - ط، 1999م، ص 1 - 2.

فإذا ما أخذنا بالرأي الأول القائل بأن ربط الدولة بالدين، أو نسبة الدين إلى الدولة، يعني تحديد الإطار العام لتشريعاتها، وهي ملزمة به، فهذا يعني أن هذا النص ملزم للمشرع من حيث ضرورة وضع تشريعات الدولة داخل إطار الدين الإسلامي لا خارجه، سواء أكانت التشريعات دستورية، أم قانونية، وبالتالي له أثره في تحديد طبيعة التشريعات الفرعية.

أما إذا أخذنا بالرأي الثاني القائل بأن هذا النص ما هو إلا تقرير واقع، وأن الدولة هنا بمعنى الشعب، فهذا يعني أن المشرع في حِلٍّ من التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية، وأن له الحرية في وضع التشريعات التي يراها مناسبة، وبالتالي فلا أثر لهذا النص في تحديد الطبيعة الإسلامية للتشريعات الفرعية.

الفقرة الثانية: النصوص القانونية :

سأحاول هنا عرض الواقع القانوني لهذه المرحلة من خلال نصوص القانونين المدني والمصرفي، وبداية بالقانون المدني¹، فقد نص المشرع في المادة الأولى منه، والمعنونة بأصول القانون، في فقرتها الثانية بالقول : " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية... "، فهنا أقر المشرع الليبي بدور الشريعة الإسلامية كمبادئ في المنظومة التشريعية للدولة، وإن كان قد أعطاه دوراً احتياطياً، وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن هذا الدور مقارنة بالدور المذكور في نص " الإسلام دين الدولة "، فدورها في هذا الأخير أساسي وليس احتياطياً، فكيف يمكن الجمع بين هذا وذاك؟ ثم هل لنص القانون المدني دور في تحديد دلالة نص " الإسلام دين الدولة "؟ ثم إن نصه على كلمة (مبادئ) تحديداً لا ينفي الإجمال عن هذا النص، فبدلاً من أن يكون مبيناً لنص (الإسلام دين الدولة) نجده قد أتى بكلمة أخرى ليست أقل إبهاماً من النص الدستوري، فما هو مفهوم وحدود هذه المبادئ؟

وبالرجوع إلى نصوص القانون المذكور، وتحديدًا الفصل الخامس منه، والمُعنُون بالقرض والدخل الدائم، نجد المشرع ينص في المادة 541 على : " على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق

¹ - نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 1954.2.20م -- الموسوعة العالمية الخضراء للمعرفة، القانون المدني والتشريعات المكملة له لسنة 2004م، تج: الرعوي، مراد محمد - المزوغي، عبد السلام علي، منشورات المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، ط1، 1999م 1/23.

عليها عند حلول مواعيد استحقاقها... " ثم ذكر في قانون المصارف 4/1963م¹، في الفصل الثاني منه، المادة 15 على الآتي: " ... ويحدد المجلس أسعار الخصم وأسعار الفائدة حسب طبيعة هذه العمليات وأجالها ومقدار الحاجة إليها... "، من خلال النصين السابقين نلاحظ إقرار المشرع الفائدة المصرفية، وتنظيمها، وهذا يدعونا إلى التساؤل عن وجود مثل هذا النص في ظل وجود نص دستوري كنص " الإسلام دين الدولة "، إذا اعتبرناه تحديداً لمصدر تشريعات الدولة، أم أن مفهوم الفوائد المصرفية لدى المشرع يختلف عن مفهومها لدى الفقهاء المعاصرين؟ ومرة أخرى، ما أثر كل ما سبق في تحديد دلالة دين الدولة الوارد في الدستور؟ وهل مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية هنا مخالفة للدستور إذا أخذنا بالرأي القائل بالزامية الشريعة الإسلامية تشريعاً.

الفقرة الثالثة: الأحكام القضائية :

سأقتصر على أحكام المحكمة العليا الليبية فقط؛ ذلك أن أحكامها تمثل نهاية السلم القضائي، والموقف القضائي النهائي، وإن كانت المحكمة العليا ليست من درجات التقاضي، إضافة إلى أن هذه الأحكام تمثل مبادئ ملزمة للمحاكم الأدنى درجة، إضافة إلى أن المسألة دستورية في الأصل.

وبداية بالدائرة الدستورية في المحكمة العليا، إذ لا يوجد أي حكم يطعن في القانونين المدني والمصرفي بعدم الدستورية لمخالفتها الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بنصوص الفوائد، وهذا يثير التساؤل عن السبب وراء ذلك، فإذا كانت مخالفة للشريعة الإسلامية، وكانت الأخيرة مصدراً للقانون، على الرأي القائل بذلك، فلماذا لم يُطعن في هذه النصوص بعدم الدستورية؟

وبالنظر إلى الدائرة المدنية، نجد أن هذه الدائرة قد استقبلت عديد القضايا المتعلقة بالفوائد²، منها الطعن المدني 18/15 ق، بتاريخ 1969.1.25م، والذي كان من ضمن فحواه فوائد قانونية بواقع 5%، إلا أن المحكمة لم ترفضها، ولم تلغ الفوائد، ولم يثر بشأنها دستورية هذه النصوص

¹ - نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 1963.4.15م.

² - طعن مدني رقم 23/8 س ق، جلسة 1964.3.14م -- طعن مدني رقم 39/12 س ق، جلسة 1966.12.21م -- طعن مدني رقم 66/10 س ق، جلسة 1966.3.26م -- طعن مدني رقم 18/15 س ق، جلسة 1969.1.25م.

القانونية، فما أثر ذلك على وضع الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع؟ وكيف فهم القاضي مصدرة الشريعة الإسلامية، سواء المنصوص عليها في الدستور أو القانون؟ وأودُّ الإشارة إلى أن الأحكام القضائية المتعلقة بالفوائد، والتي نقضتها المحكمة العليا، إنما نقضتها للخطأ في تطبيق القانون، وليس لأن الشريعة الإسلامية قد حرمت الفوائد، ولا لعدم دستورية هذه المواد بسبب مخالفتها للشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: مرحلة سبتمبر (1969 - 2011 م) :

على خلاف المرحلة السابقة، فقد توافرت في هذه المرحلة مجموعة من المعطيات والعوامل التي سيكون لها دور وأثر في تحديد معالم البيئة التشريعية لهذه المرحلة، لعل أهم هذه المعطيات وجود سوابق تشريعية وطنية، متمثلة في المنظومة التشريعية التي خلفتها المرحلة السابقة، والتي أسهمت بلا أدنى شك في إنشاء المنظومة التشريعية لهذه المرحلة، أياً كان حجم هذه المساهمة، إضافة إلى الواقع الفكري والثقافي والاقتصادي للشعب مقارنة بالمرحلة السابقة، وما ترتب على ذلك من أثر في تغير نمط الحياة، وتعدد الخيارات في اختيار هذا النمط، هذه المعطيات وغيرها كان لها أثرها على الواقع التشريعي؛ ذلك أن التشريع انعكاس لمجموعة من المعطيات والعوامل التي تشكل معالم المجتمع.

وكما في المرحلة السابقة، سأدرس واقع هذه المرحلة، من خلال النصوص الدستورية والقانونية والأحكام القضائية ذات العلاقة.

الفقرة الأولى: النصوص الدستورية :

مرّت هذه المرحلة بفترتين، انقسمت أولاهما إلى مرحلتين، حيث حُكمت الأولى منها بإعلان دستوري (1969 - 1971 م)، أما المرحلة الثانية (1971 - 1977 م)، فقد جرى تعديل لنص " الإسلام دين الدولة " حيث نُصِّم بـ " تؤكد الجمهورية العربية الليبية على القيم الروحية وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع "¹، ثم نصت المذكرة الإيضاحية لهذا النص

¹ - الجريدة الرسمية، العدد 6، لسنة 1972م.

على أن: " هذه المادة تعتبر متممة للإعلان الدستوري الليبي كقاعدة أساسية لدستورية القوانين والتشريعات التي تصدر في الجمهورية من الآن فصاعداً "¹

أما الفترة الثانية فقد حُكمت بوثائق ذات طبيعة دستورية (1977 - 2011 م)، وقد اختلف فقهاء القانون الدستوري حول إلزامية الوثائق الدستورية²، فمنهم من يرى إلزاميتها ومنهم من لا يرى ذلك، ويبقى هذا الخلاف نظرياً، أما عملياً، فإن التعامل مع هذه الوثائق كان من منظور دستوري، وفيما يلي عرض لهتين الفترتين.

الفترة الأولى : فترة الإعلان الدستوري³ وتتمته (1969 - 1977 م) :

بداية بديباجة هذا الإعلان الدستوري، فقد خلت من أي نص يدل على هوية الدولة، أو هوية تشريعاتها، لا تصريحاً ولا تلميحاً، وبالتالي لا حاجة للحديث عن مدى إلزاميتها، وأثرها القانوني.

أما نصوص هذا الإعلان، فقد نص المشرع في المادة 2 من الباب الأول على أن " الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان طبقاً للعادات المرعية "، ومن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع الدستوري لم يأت بجديد عما جاء به مشرع المرحلة السابقة من هذا الجانب، فوحدة النص تعني وحدة المضمون، وعليه واستناداً إلى الرأي القائل بالإلزامية التشريعية لهذا النص، فإن الدلالة هنا تتصرف إلى تحديد معالم التشريعات، ووضع الإطار العام لها، والأساس الذي تنطلق منه.

أما إذا أخذنا بالرأي القائل بانعدام الأثر القانوني لهذا النص، وأنه مجرد حكاية واقع، فهذا يصرفه إلى مجرد الإخبار عن دين الشعب، وحيادية الدولة كتشريع وكمؤسسات، ثم كانت تنتم هذا الإعلان الدستوري المشار إليها قبل قليل، والتي أعتقد أنها واضحة الدلالة على كون الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع.

¹ - عوض، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 17-18.

² - يونس، الوجيز في القانون الدستوري، ص 314.

³ - الجريدة الرسمية، عدد خاص، 1969م.

الفترة الثانية : فترة الوثائق الدستورية (1977 - 2011 م) :

حُكمت هذه الفترة بوثائق ذات طبيعة دستورية¹، ومحل دراستي هنا سيكون الوثيقة الأولى، المسماة بوثيقة إعلان قيام سلطة الشعب؛ وذلك لأنها الوحيدة التي احتوت نصوصاً ذات علاقة بالشرعية الإسلامية والتشريع.

أولاً : ديباجة الوثيقة :

نص المشرع في ديباجة وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب على: (إن الشعب العربي الليبي... مستعيناً بالله متمسكاً بكتابه الكريم أبداً مصدراً للهداية وشرعية للمجتمع...) وفقاً للرأي القائل بالقيمة القانونية للمواثيق ذات الطبيعة الدستورية ، والرأي القائل بالقيمة القانونية لديباجة الدستور - الوثيقة هنا - فإن مُؤدّي هذين الرأيين أن نص الديباجة المذكور ملزم للمشرع فيما يتعلق بنصوص هذه الوثيقة، تلك النصوص التالية لنص الديباجة المذكور.

أما إذا أخذنا بالرأي القائل بانعدام القيمة القانونية للوثائق ذات الطبيعة الدستورية، فلا حاجة إذاً لدراسة نصوصها؛ لانعدام الأهمية والإلزام، ولا أعتقد أن هذا الرأي يصلح هنا؛ ذلك أن شرعية المجتمع هي من مسؤوليات الدولة لا المجتمع، فهي من تضعها وترعاها وتطبقها.

ولا أريد التفصيل حول نص الديباجة ودلالاتها، ذلك أن نص الوثيقة واضح الدلالة، ومن ثم فإنني في غنى عن مناقشة نص الديباجة، وذكرني له من قبيل عرض جميع الجزئيات التشريعية المتعلقة بنص مصدر التشريعات.

ثانياً: نصوص الوثيقة :

احتوت هذه الوثيقة - وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب - على ثلاث مواد، نصت الثانية منها على أن: (القرآن الكريم هو شرعية المجتمع في الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية). والمقارن بين نص الديباجة السابق ونص هذه المادة يجد تطابقاً واضحاً وظاهراً بينهما، ما يعني تأكيد كل منهما للآخر دلالةً، ولكن أي دلالة؟

¹ - وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب 1977م ، الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير 1988م ، وثيقة الشرعية الثورية 1990م.

إن هذا النص ونص الديباجة من قبله واضحاً الدلالة في الاعتراف بالقرآن الكريم، واتخاذ هو ذاته شريعة للمجتمع، ويمكن القول بأن هذا النص، وبهذا الشكل، يعتبر الأوضح والأكثر صراحة فيما يتعلق بتحديد مصدر تشريعات الدولة، ولكن السؤال هنا: هل هذه الصراحة في النص على القرآن الكريم مصدراً للتشريع كان له انعكاس على القانون الفرعي؟ هذا ما سأوضحه في المباحث القادمة.

الفقرة الثانية: النصوص القانونية :

بشكل عام، يمكن القول بأن مشرع هذه المرحلة قد أبقى على النصوص التي وضعها مشرع المرحلة السابقة، والتي من بينها القانون المدني، إذ لم يصدر قانوناً مدنياً جديداً، ولا تعديلاً للقانون المدني السابق، إلا بعد ثلاث سنوات من بدء هذه المرحلة، وهو القانون رقم 74/1972م، والذي حصر فيه تحريم الربا بين الأشخاص الطبيعية فقط، دون الأشخاص المعنوية والطبيعية، أو المعنوية فيما بينهم، حيث نص في المادة الأولى من هذا القانون على: " يحرم التعامل في ربا النسيئة في جميع أنواع المعاملات المدنية والتجارية بين الأشخاص الطبيعية، ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً كل شرط ينطوي على فائدة ربوية صريحة أو مستترة...¹، كما نص على إلغاء جميع المواد المتعلقة بالفوائد الربوية بين الأشخاص الطبيعية، من المادة الثانية وحتى المادة الخامسة من نفس القانون.

الجدير بالذكر أن هذا النص قد صدر في ظل تنمة الإعلان الدستوري، وليس في ظل الوثيقة المذكورة آنفاً، إضافة إلى ذلك، فإن هذا القانون قد استمر حتى في ظل نص (القرآن الكريم شريعة المجتمع...) المشار إليه سابقاً، وعليه، فقد كان هناك توافق ما بينه وبين تنمة النص الدستوري السابق له، وأن نص (القرآن الكريم شريعة المجتمع...) كان قادراً على احتواء هذا القانون وتبريره.

أما فيما يتعلق بأعمال المصارف وما ينظمها، فقد صدر القانون 1/1993م² المعدل للقانون 4/1963م، والمسمى بقانون المصارف، وقد نص في المادة 15 على: (... ويحدد المجلس

¹ - الرعوبي والمزوغى، الموسوعة العالمية الخضراء، ص280.
² - الجريدة الرسمية، العدد 18، السنة 31، الصادرة في 1993م، ص676.

أسعار الخصم إعادة الخصم أسعار الفائدة حسب طبيعة العمليات...)، وفي قانون المصارف المعدل 1/2005¹ نص على: (... وتحدد أسعار الخصم وإعادة الخصم أسعار الفائدة بقرار من مجلس إدارة المصرف...)، ثم أعقب هذا القانون بقرار اللجنة الشعبية العامة 20/2005²، والذي نظم فيه مسألة الفائدة، وحددها بـ 2%.

وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 74/1972م نجد المشرع قد علل التمييز بين المعاملات التي يكون الشخص المعنوي طرفاً فيها، والمعاملات التي بين الأشخاص الطبيعيين، بالأثر السلبي على تحريم الفوائد وإنهائها في المعاملات التي يكون أحد طرفيها شخصاً معنوياً - الدولة مثلاً - باعتبار المنظومة الاقتصادية للمعاملات التي تقوم بها الدولة أو تشرف عليها هي المنظومة السائدة، وتغييرها فجأة قد يؤدي إلى عواقب وخيمة على الدولة وعلى اقتصادها؛ لعدم وجود منظومة اقتصادية بديلة يمكن الاعتماد عليها بدل المنظومة القائمة الآن.³

بعد السرد السابق ثُوقنا عدة تساؤلات هي: ما حقيقة التفرقة بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي؟ وهل لهذه التفرقة أساس شرعي؟ أيضاً نلاحظ من خلال النصوص السابقة أن المشرع في القانون 74/1972م يصف الفوائد بالربوية، مطلقاً لفظ (الفوائد الربوية)، بينما في قانون المصارف 1/1993م وتعديلاته، اكتفى بتسميتها بالفوائد، دون إضافة وصف الربوية لها، فما أساس هذه التفرقة؟ وما أثرها؟ أم أنه مجرد إطلاق لفظي، وهل توجد فوائد غير ربوية؟

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد نص في ديباجة القانون رقم 74/1972م على الآتي: " نزولاً على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، واستجابة لرغبة الشعب العربي المسلم في الجمهورية العربية الليبية..."، كذلك تجدر الإشارة إلى أن الفترة الثانية من هذه المرحلة - وهي الفترة المحكومة بتنمة الإعلان الدستوري - قد شهدت تشكيل لجان لمراجعة التشريعات، وجعلها موافقة للشريعة الإسلامية⁴، وقد نتج عن هذه اللجان تعديل القانون المدني سالف الذكر، وتشريعات الحدود.

¹ - مدونة التشريعات، العدد 4، السنة 5، الصادرة في 2005م، ص112.

² - لم يُنشر .

³ - الموسوعة العالمية الخضراء للمعرفة، مرجع سابق، ص 280-287.

⁴ - القرار الصادر في 28-10-1971م، الجريدة الرسمية، عدد 6، لسنة 1972م - القرار الصادر في 29-1-1975م، الجريدة الرسمية، عدد 25، لسنة 1975م.

الفقرة الثالثة: الأحكام القضائية:

كما في المرحلة السابقة، ستركز على أحكام المحكمة العليا الليبية، باعتبار أحكامها باتة، وملزمة للمحاكم الأدنى درجة، إضافة إلى أن الشأن دستوري، وهو من اختصاص المحكمة العليا.

وبداية بالدائرة الدستورية، إذ لم يطعن في أيٍّ من القوانين السابقة بعدم الدستورية؛ لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة وأن المشرع قد اقتصر على الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في ديباجة القانون رقم 74/1972م، مما يوحي بالالتزام بها، وأنها مصدر أساسي، فكيف فهم القضاء هذه المصدرية؟

أما فيما يتعلق بالدائرة المدنية، فلم ترفض أيّاً من الدعاوى المتضمنة لفوائد¹؛ بل التزمت فيها بما أقره القانون، كما في قضية الطعن المدني رقم 128/46ق، بتاريخ 2003.12.13م، والتي تضمنت في فحواها فوائد قانونية بواقع 5%، وذلك على الرغم من صدور حكم من الدائرة الجنائية من ذات المحكمة يقضي بمصدرية الشريعة الإسلامية، حيث نص هذا الحكم على الآتي: " حيث إن دستور هذه البلاد ينص على أن دين الدولة هو الإسلام، كما جاء ذلك في الإعلان الدستوري... وأوضح هذا النص أن الغرض الأساسي هو جعل البلاد التي صدر بها مصطبغة بالصبغة الإسلامية، وتسير في حياتها ونظامها الاجتماعي وفق الأسس والخطوط العريضة التي خطها الإسلام لحياة الأمة الإسلامية؛ لتكون كلمة الله هي العليا، وقد أكدت ذلك السلطات العليا، حيث حرصت على ذلك وأعلنت أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع"²، فكيف أمكن الجمع بين هذا الحكم والأحكام السابقة، أم أن لاختلاف الشخص - طبيعي ومعنوي - واختلاف وصف الفائدة بالربوية وعدمها أثره؟ سنرى في المباحث القادمة أثر كون الشخص طبيعياً أو معنوياً، ووصف الفائدة بالربوية من عدمها على المعاملات المالية المصرفية.

¹ - طعن مدني 371/42 س.ق، جلسة 2002-3-4م، طعن مدني 128/46 س.ق، جلسة 2003-12-13م.

² - طعن جنائي 70/19 س.ق، جلسة 1973-3-6م.

الفرع الثالث: مرحلة فبراير (2011-2015 م) :

بالنظر إلى أمد الفترتين السابقتين، حوالي الستين سنة، يفترض أن المشرع في هذه المرحلة أقدر وأجدر على إنشاء منظومة تشريعية أكثر تناسقاً ومجاراةً للواقع، مستفيداً من أخطاء الماضي، سواء على المستوى الدستوري أو القانوني، إلا أن انتقالية هذه المرحلة، وعدم الاستقرار السياسي والإداري وحتى المالي، ووجود أكثر من جهة تشريعية وتنفيذية، وغيرها من العوامل كان لها أثرها في الحيلولة دون إنتاج هذه المنظومة التشريعية المنشودة، وعلى سبيل المثال لا الحصر، فقد تعرض الإعلان الدستوري لهذه المرحلة لسبعة تعديلات في غضون ثلاث سنوات فقط، وكأنه دستور دائم ، لا مجرد إعلان ينظم مرحلة العبور والوصول إلى الدستور الدائم، وهذا فيه من الدلالة ما فيه.

الفقرة الأولى: النصوص الدستورية:

خلال هذه المرحلة لم يوضع دستور دائم للبلاد، وإنما ظلت حكومة بإعلان دستوري¹، وفيما يلي عرض لديباجة هذا الإعلان الدستوري ونصوصه ذات العلاقة بمحل البحث.

أولاً: الديباجة:

لم يأت المشرع في هذه الديباجة على ذكر عبارة صريحة حول هوية الدولة وهوية تشريعاتها، وإنما اكتفى بعبارة فضفاضة وذات دلالة غير مباشرة، حيث قال: "... وتطلعاً لمجتمع ينعم بالاستقرار... ويعمل على تنشئة الأجيال الصاعدة على الروح الإسلامية..."، وفي اعتقادي، فإن هذه الروح وهي تسكن جسد هذا الوطن لن يكون لها أي أثر مالم تُصن بقوانين تكون قائمة على قواعد هذه الروح الإسلامية وأحكامها، وساعية على تحقيق مقاصدها.

وبالرجوع إلى الخلاف الحاصل حول القيمة القانونية لديباجة الدساتير، وحول الإعلانات الدستورية، فإن الأخذ بالقول بقيمة الديباجة، وقيمة الإعلان الدستوري، يجعل من الديباجة قيماً على هذا الإعلان الدستوري، كما يجعل من هذا الأخير قيماً على كافة التشريعات الفرعية

¹ - الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت في مدينة بنغازي، بتاريخ 2011.8.3م.

الأخرى، أما إذا أخذنا بالرأي القائل بانعدام القيمة القانونية للديباجة، فلا أثر لها إذاً في توجيه نصوص الإعلان الدستوري، وبطبيعة الحال على التشريعات الفرعية.

وعلى الرأي القائل بأهمية الديباجة والزاميتها، فإن أهمية الديباجة ودورها يظهر عند غموض النص المتعلق بالهوية، فهنا يتم الرجوع إليها لمعرفة الاتجاه العام لمقصد المشرع، أما عند وضوح النص الدستوري، فإن الرجوع إلى نص الديباجة لا يعدو أن يكون من قبيل الاستئناس، إذ لا أهمية بالغة لها، وفي هذا الإعلان الدستوري لم تتضمن الديباجة أي إضافة على نصوص الإعلان فيما يتعلق بمكانة الشريعة الإسلامية في الدستور.

ثانياً: نص الإعلان الدستوري:

نص المشرع الليبي في هذا الإعلان الدستوري في المادة الأولى منه على أن: " ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة... ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع، وتكفل الدولة لغير المسلمين حرية القيام بشعائهم الدينية... " نلاحظ هنا التزام المشرع بما التزم به سلفه في الإعلان الدستوري السابق، والدستور الذي قبله، فيما يتعلق بجعل الدين الإسلامي ديناً للدولة، ولا أعتقد أن هناك محلاً للخلاف في دلالة هذا النص، خاصة وأن المشرع قد أردف هذه العبارة بعبارة " والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع... "، وبهذا يكون قد حسم الخلاف حول دلالة نص دين الدولة، وإن وقع خلاف في كلمة (الرئيس).

الفقرة الثانية: النصوص القانونية:

شهدت هذه المرحلة تسارعاً غريباً في إنتاج وإخراج وتعديل القوانين، بالرغم من أنها مرحلة انتقالية، فعادة يُوجه الاهتمام في مثل هذه المرحلة إلى وضع حجر الأساس للدولة، بتهيئة الوضع، وخلق البيئة الملائمة لوضع الدستور الدائم، ووضع دعائم الدولة ومؤسساتها، وإرجاء مسألة إنتاج القوانين وتعديلها إلى حين قيام الدولة واستقرارها، ووجود الأساس التشريعي الدائم، ألا وهو الدستور.

وكما أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ف كذلك القوانين والظروف التي توضع بها، فتقلبات المرحلة الانتقالية تمنع من قانون دائم ومستقر، بينما استقرار الدولة، وفهم حقيقة واقعها، كفيل بوضع قانون يمكن وصفه بالمستقر، والمحقق للأهداف المنوطة به.

ومن أهم وأبرز تقلبات هذه المرحلة، ازدواجية السلطة التشريعية، ومعظم المؤسسات المتصلة بها، إذ يوجد مؤتمر وطني عام، ومجلس للنواب - البرلمان - ولكل حكومته، ومصرفه المركزي، وبالرغم من انتهاء أجل المؤتمر الوطني العام بقيام مجلس النواب، إلا أن الأول لم يكف عن سن التشريعات، وتعديل المسنون منها سلفاً.

ومن القوانين التي أصدرها المؤتمر الوطني العام قانون المصارف رقم 46/2012م¹، القاضي بتعديل بعض أحكام قانون المصارف رقم 1/2005م، وإضافة فصل خاص بشأن الصيرفة الإسلامية، حدد فيه دلالة بعض المصطلحات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، ثم اختصاصات هذه المصارف، ونطاق عملها، وبقيت فيه مسألة الفوائد كما هي، ثم عاد بعد أقل من سنة ليضع القانون رقم 1/2013م²، بشأن منع المعاملات الربوية، والذي نص في المادة الأولى منه على أنه: " يمنع التعامل بالفوائد الدائنة والمدينة في جميع المعاملات المدنية والتجارية التي تجري بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، ويبطل بطلاناً مطلقاً كل ما يترتب على هذه المعاملات من فوائد ربوية ظاهرة أو مستترة... "، هذا النص تعديل لنص المادة الأولى من القانون المدني رقم 74/1972م، حيث منع - كما لاحظنا - جميع المعاملات التي بها فوائد بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية، ووصف هذه المعاملات بالربوية، وفي هذا إشارة إلى غياب الطبيعة الإسلامية عن التشريعات الخاصة بالمصارف قبل هذا التعديل، على الأقل في اعتقاد مُصدري القانون 1/2013م.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص قد صدر في ظل النص الدستوري " ل دينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع... "، فهل كانت الزيادة الواردة في عجز هذا النص والتي لم تُذكر في النصوص الدستورية السابقة ذات العلاقة، هي السبب في إصدار مثل هذا القانون؟ وإذا كان ذلك كذلك، فهل معنى ذلك أن صدر النص " ودينها الإسلام... " والذي ورد

¹ - الجريدة الرسمية، العدد 13، لسنة 2012م، الصادر بتاريخ 2012.5.16م.

² - الجريدة الرسمية، العدد 5، لسنة 2013م، الصادر بتاريخ 2013.1.7م.

في دساتير المرحلة السابقة، وإن كان بشكل آخر، لا يعني بالضرورة إلزامية أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمشرع، وأن هذا النص أقرب لأن يكون حكاية واقع؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات تساعد على معرفة دلالة النصوص الدستورية المتعلقة بمصدرية الشريعة الإسلامية، ومدى إلزاميتها.

ثم بعد إصدار هذا القانون (القانون رقم 1/2013 م)، وادعاء التطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية، هل نجح هذا القانون واقعياً وعملياً، أم أنه ظل حبراً على ورق، وإذا كان كذلك، فما هي تداعياته وأسباب قصوره؟ كل هذه التساؤلات ستكون محلاً للدراسة في المباحث القادمة.

الفقرة الثالثة: الأحكام القضائية:

حسب اطلاعنا، لم يصل إلى قضاء المحكمة العليا أي دعاوى بشأن الفوائد الربوية، على اختلاف طبيعة الأشخاص، وذلك بسبب تأخر السنة القضائية من جهة، وعدم وجود معاملات مصرفية متضمنة لفائدة منذ صدور هذين القانونين من جهة أخرى.

المطلب الثاني: خصائص المراحل التشريعية في ليبيا وعلاقتها ببعضها

بعد أن قمت في المطلب السابق بعرض المراحل التشريعية من خلال نصوصها التشريعية وأحكامها القضائية، نأتي هنا لبيان أهم الخصائص التي ميزت تلك المراحل، وكانت السمة الغالبة فيها.

إن ما أهدف إليه من عرض خصائص المراحل هو إجراء مقارنة بينها، أي بين المراحل من خلال خصائصها، ومن ثم زيادة بيان للنظام المصرفي الليبي، شكلاً ومضموناً، ثم أنتهي من خلال ما سبق إلى بيان علاقة هذه المراحل ببعضها؛ ذلك أن بيان خصائص تلك المراحل وعلاقتها ببعضها من أهم المعطيات المؤدية إلى النتيجة المنشودة في هذا البحث، ألا وهي طبيعة النظام المصرفي الليبي.

إلا أنه - ومن خلال المطلب السابق - فإن الحديث عن خصائص المراحل قد يبدو مريباً في البداية؛ وذلك لاختلاف زوايا النظر في تقييم النصوص من حيث مدلولها، ولغموض مقصد المشرع أحياناً، والاضطراب المترتب على ذلك، وسأفصل الحديث عن ذلك في هذا المطلب، فإذا أردت التقييم من الناحية الدستورية انتهيت إلى نتائج معينة، أما إذا نظرت من الناحية القانونية، فإن النتائج قد تبدو مختلفة، مع أن النصوص الدستورية تعتبر أساساً للنصوص القانونية، وبالتالي يُفترض أن تكون النتيجة واحدة.

إن أهم الخصائص التي انتهت إليها كانت الغموض والوضوح، وحدة الدلالة والتشريع، الانسجام والارتباط.

الفرع الأول: الغموض والوضوح:

أبدأ وفق تراتبية المراحل، بالنسبة للمرحلة الأولى فإن الغموض قد اكتنف الجانب الدستوري منها، ونقصد هنا نص " الإسلام دين الدولة "، بدليل اختلاف فقهاء القانون حول دلالة هذا النص.

أما فيما يتعلق بالجانب القانوني، فإن الوضوح كان سمة ظاهرة فيه، والحديث هنا عن القانونين المدني، والمصرفي رقم 4/1963م؛ كونهما محل الدراسة، فالقانونان أباحا الفوائد على القروض، والنصوص شديدة الوضوح في ذلك، وما يزيد من هذا الوضوح الأحكام القضائية، والتي تحدثت عنها في المطلب السابق¹، إذ لم تواجه المحكمة العليا تحديداً أي غموض أو إبهام في دلالة تلك النصوص، مما نتج عنه الحكم بالفوائد وإقرارها.

أما بخصوص المرحلة الثانية (مرحلة سبتمبر)، فقد مرت دستورياً بثلاثة نصوص، كما أسلفنا في المطلب السابق، كان الأول " الإسلام دين الدولة " كما جاء في الإعلان الدستوري، والذي حكم بداية هذه المرحلة، ثم النص المتمم للنص السابق والذي جعل من الشريعة الإسلامية مصدراً رئيساً للتشريع، ثم نص " القرآن الكريم شريعة المجتمع..." كما جاء في المادة الأولى من وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب، وبما أن نص " الإسلام دين الدولة " هو امتداد لذات النص في

¹ - ينظر ص 12-13 من هذا البحث.

دستور المرحلة الملكية، فإن ما ذكرته حوله، من الغموض الذي يكتنفه، يغني عن إعادته هنا، ويبقى الحديث عن نص " القرآن الكريم شريعة المجتمع... "، إذ يمكن القول بأن هذا النص هو الأوضح في تبني الشريعة الإسلامية، وجعلها مصدراً للتشريع، وذلك بنصه على القرآن الكريم مباشرة، وجعله مصدر شريعة المجتمع، ولا أعتقد بأن نصه على المجتمع تحديداً يُبعد الدولة عن هذا النص، فإن من سيطبق هذه الشريعة ويحميها هي الدولة.

وما قد يُؤخذ عليه من حيث دلالاته هو: هل يقصد بالقرآن الكريم هنا استبعاد المصادر الأخرى، كالسنة النبوية والقياس والإجماع وغيرها، وهو ما ينادي به القرآنيون، أم أنه اقتصر على القرآن الكريم كونه المصدر الأول والأسمى؟

كذلك فقد كان الوضع سمة القانون رقم 74/1972م، و القانون المصرفي رقم 1/1993م، ويظهر ذلك في مضمون الأحكام القضائية، والتي انبنت على نصوص هذه القوانين، فمن خلال تتبعنا لأحكام المحكمة العليا، لاحظنا سيرها في نسق واحد، ألا وهو إقرار هذه الفوائد والحكم بها.

أما في المرحلة الثالثة (مرحلة فبراير)، فقد نص المشرع الليبي في المادة الأولى من الإعلان الدستوري لهذه المرحلة على أن: " ليبيا دولة مستقلة... ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع، وتكفل الدولة لغير المسلمين حرية القيام بشعائهم الدينية "، ولا نعتقد أن هناك محلاً للخلاف حول مصدر التشريعات في الدولة، فوضوح النص في مبناه ومعناه كفيل بحسم كل خلاف حول دلالاته، أيضاً بدا وضوحه في الدقة والتحديد حول مسألة حرية العقيدة، عندما حصرها في غير المسلمين فقط، وبما أن كل الليبيين مسلمون، فإن الأجانب هم المقصودون به.

كذلك فإن القانون رقم 1/2013م كان واضحاً وصريحاً في إنهاء جميع صور الفائدة والمعاملات الربوية، أيّاً كان شكلها، وأطرافها، طبيعيين أم معنويين، حيث نص على: (يمنع التعامل بالفوائد الدائنة والمدينة في جميع المعاملات المدنية والتجارية التي تجري بين جميع الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، ويبطل بطلاناً مطلقاً ما يترتب على هذه المعاملات من فوائد ربوية ظاهرة أو مستترة...)، أما القانون السابق له رقم 46/2012م فإنه وإن فتح المجال

للتصيرفة الإسلامية، إلا أنه لم يمه ما أنهاء القانون رقم 1/2013م، والمفارقة بين المرحلتين الثانية والثالثة، أن الوضوح الدستوري كان له أثره على القانونين المدني والمصرفي في المرحلة الثالثة، ولم يكن كذلك في المرحلة الثانية، وتحديدًا في الفترة الأخيرة منها، الفترة المحكومة بوثيقة إعلان قيام سلطة الشعب.

فمن خلال العرض السابق للنصوص الدستورية، وبينان مدى وضوحها، فإن نص المرحلة الثالثة المتعلق بدين الدولة ومصدر تشريعاتها، كان نصاً واضحاً في الدلالة على مصدرية الشريعة الإسلامية بالنسبة لتشريعات الدولة، وقد لاحظنا أثر هذا الوضوح على القوانين، كتعديل القانون المدني رقم 1/2013م سالف الذكر، بينما نص " القرآن الكريم شريعة المجتمع... "، كان أوضح دلالة من نصي " الإسلام دين الدولة " السابقين له، من حيث دقة تحديد مصدر التشريع، ومع ذلك ربما لم يكن في المستوى المطلوب الذي من شأنه أن يكون له ذلك الأثر الكبير على التشريعات.

الفرع الثاني: وحدة الدلالة والتشريع:

لاحظت عند عرضت للنصوص الدستورية المتعلقة بدين الدولة كنص " الإسلام دين الدولة " الوارد في دستور المرحلة الأولى، والإعلان الدستوري للمرحلة الثانية، ونص " القرآن الكريم شريعة المجتمع ... " الوارد في وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب، والذي كان كبداية استثنائية للمرحلة الثانية، لاحظنا أن القوانين وتحديدًا القانون المدني 1953م، وتعديله رقم 74/1972م، والقانون المصرفي رقم 1/1963م، وتعديلاته رقم 1/1993م و رقم 1/2005م، قد غلبت عليها سمة الثبات، والاتفاق في المضمون، فمثلاً القانون رقم 74/1972م وضع في ظل تنمة نص " الإسلام دين الدولة "، واستمر حتى في ظل نص " القرآن الكريم شريعة المجتمع ... "، هذه الاستمرارية قد تفضي إلى أن هذه النصوص الدستورية وإن اختلفت شكلاً، إلا أنها متفقة مضموناً، وهذا يدعو إلى التساؤل عن جدوى الخلاف الحاصل حول دلالة هذه النصوص، هل هي حكاية واقع، أم إلزام للمشرع بمصدرية معينة؟

وخاصية وحدة الدلالة، وفقاً لما سبق، تفضي إلى خاصية أخرى، ألا وهي خاصية المرونة، والتي يتمتع بها نص " القرآن الكريم شريعة المجتمع... " كونه استطاع احتواء نصوص قانونية

وُضعت في ظل نص دستوري آخر، ولا نعتقد أن هذه المرونة بعيدة عن نص " الإسلام دين الدولة " خاصة وأنه يتمتع بقدر عالٍ من الإجمال.

كذلك وحدة التشريع الفرعي فيما يتعلق بالفائدة على القرض سواء في القانون المدني وتعديلاته، أم في القانون المصرفي وتعديلاته كذلك، فهي وإن اختلفت في جواز وقوع الفائدة بين الأشخاص الطبيعيين، فقد اتفقت في جواز وقوعها بين الطرفين إذا كان أحدهما شخصاً معنوياً، وهذا بالرغم من زيادة وضوح النص المتعلق بدين الدولة، ومصدرية التشريعات، كما أسلفنا في الفرع السابق، إذ ظلت نصوص القانون رقم 74/1972م كما هي فيما يتعلق بالفائدة حتى بعد صدور نص " القرآن الكريم شريعة المجتمع... "، وحتى تعديلات القانون المصرفي رقم 1/1993م ورقم 1/2005م والتي صدرت بعد النص الدستوري سالف الذكر، كانت أكثر تأكيداً وترسيخاً لهذه المسألة - مسألة الفوائد المصرفية - وبالتالي لم يكن لنص " القرآن الكريم شريعة المجتمع... " أي أثر على المنظومة القانونية المدنية والمصرفية، على الأقل فيما يتعلق بالمسألة محل البحث.

أما فيما يتعلق بالنص الدستوري للمرحلة الثالثة " ليبيا دولة مستقلة ... ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع... " فلم أتطرق إليه؛ لاختلافه الكلي عن النصوص الدستورية سالفة الذكر، ولوضوحه، والذي حسم أي خلاف حول مصدر التشريعات، وكان من وضوح هذا النص وأهم نتائجه القانون رقم 1/2013م والذي منع الفوائد المصرفية، أيّاً كان شكلها، أو أطرافها.

ثالثاً: الانسجام والاضطراب:

أبدأ بالمرحلة الأولى فإن الانسجام كان سيد العلاقة بين القانون المدني 1953م، والقانون المصرفي رقم 1/1963م، فالقانون المدني أباح الفائدة، ثم كان القانون المصرفي الذي نظمها وحددها بقدر معين، أيضاً فقد كان الانسجام حاصلًا بين هذين القانونين وأحكام المحكمة العليا الليبية، إذ لم يُطعن في هذين القانونين بمخالفة الشريعة، ولا مخالفة الدستور؛ بل كانت حاكمة بمقتضاهما.

إلا أن هذا الانسجام كان مفقوداً بين النص الدستوري " الإسلام دين الدولة " وبين القانونين سالفَي الذكر، خاصة إذا أخذنا بالرأي القائل بدلالته على مصدرية الشريعة الإسلامية بالنسبة لتشريعات الدولة، وما يدعونا للأخذ بهذا الرأي، هو ما نص عليه المشرع في المادة الأولى من القانون المدني 1953م عندما قال: " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية... " فالمشرع وإن كان قد جعل من الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً، إلا أنه أقر بمصدريتها، رغم أن هذه المصدرية متعلقة بالأحكام القضائية في حالة عدم وجود نص تشريعي.

أما فيما يتعلق بالمرحلة الثانية، فإن الانسجام كان حاصلاً بين النصين الدستوريين " الإسلام دين الدولة " و " القرآن الكريم شريعة المجتمع... " بدليل استمرار كافة القوانين الموضوعة في ظل النص الأول حتى في ظل النص الثاني، وذلك كما أسلفنا في الفقرة السابقة.

كذلك فإن هذا الانسجام حاصل بين نصوص تعديل القانون رقم 74/1972م، والقانون المصرفي رقم 1/1993م ورقم 1/2005م، كما هو الحال في المرحلة السابقة، فكلتا القانونين أباح الفائدة، ولكن بين الأشخاص المعنويين، وبينهم وبين الطبيعيين.

إلا أن الاضطراب كان حاصلاً بين النصوص الدستورية سالفة الذكر، وبين نصوص هذين القانونين، وذلك فيما يتعلق بمصدرية الشريعة الإسلامية بالنسبة للقوانين، ففي البداية كان النص على أن " الإسلام دين الدولة "، ثم كان النص على أن " القرآن الكريم شريعة المجتمع... "، وكلاهما دستوريان، ثم النص في ديباجة تعديل القانون رقم 74/1972م على: " نزولاً على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء... " مما يوحي بأن الشريعة الإسلامية مصدر أساس، ثم يتم النص في ذات القانون على منع الفوائد بين الأشخاص الطبيعيين فقط، وأيضاً تنظيمها في القانون المصرفي رقم 1/1993م، ورقم 1/2005م، أيضاً كان للقضاء نصيبه من هذا الاضطراب، إذ نجد المحكمة العليا قد قضت في أحد أحكامها بمصدرية الشريعة الإسلامية¹، ثم تحكم بصحة الفوائد في أحكامها ومبادئها، فكيف فهم المشرع والقاضي هذه المصدرية؟

¹ - طعن جنائي رقم 70/19 س . ق ، جلسة 1973.3.6م.

ولا يمكن القول بأن المشرع له فهم خاص مختلف عن الفهم السائد لموضوع الفائدة المفروضة على القروض؛ لأنه أقر بحكمها في المذكرة التوضيحية¹ للقانون رقم 74/1972م، إلا أن الظروف تمنع من الالتزام بهذه الحرمة، وأنه بصدد وضع خطوات للتخلص تدريجياً من هذه الفوائد، فهل تم وضع هذه الخطوات فعلاً؟

الجدير بالذكر أن لجنة مراجعة التشريعات التي وضعت القانون المدني 74/1972م، هي ذاتها التي وضعت تشريعات الحدود، وعند النظر في علاقة الأخيرة مع النصوص الدستورية نلاحظ وبوضوح الانسجام التام بينهما، إذ جاء هذا القانون، والذي نظم الحدود وأقرها، موافقاً للشريعة الإسلامية، وبالتالي موافقاً للنصوص الدستورية سالفه الذكر، وهذا ما يزيد من الاضطراب والارتباك، خاصة عند استحضار الأقوال المتعلقة بدلالة نص دين الدولة، فإذا نظرنا إلى دلالة هذا النص من زاوية تشريعات الحدود، وجدناها تتصرف إلى مصدرية الشريعة الإسلامية بالنسبة لتشريعات الدولة، أما إذا نظرنا إلى دلالاته من زاوية القانونين المدني والمصرفي، فإنها تتصرف إلى تقرير واقع لا أكثر.

أما فيما يتعلق بالمرحلة الثالثة، فإن الانسجام التشريعي كان حاضراً بين نصوصها الدستورية والقانونية - المدني والمصرفي - فكما أسلفنا، كان النص الدستوري واضحاً في الإقرار والتأكيد على مصدرية الشريعة الإسلامية؛ بل هي المصدر الأساس، والذي ألقى بظلاله على القانون رقم 1/2013م، والذي منع الفائدة بجميع صورها، وبين مختلف الأطراف.

¹ - الرعوي والمزوغى، الموسوعة العالمية الخضراء للمعرفة، ص 280-287.

المبحث الثاني

مصدرية الشريعة الإسلامية وأثرها في طبيعة التشريعات*

بعد الانتهاء من المبحث الأول، والذي قمت فيه بدراسة معالم وملامح البيئة التشريعية للنظام المصرفي الليبي خلال مراحله الثلاث، أقوم في هذا المبحث بالتعمق أكثر في أهم موضوعين متعلقين بالتشريعات، ألا وهما مصدرية الشريعة الإسلامية، وطبيعتها. وبالرغم من أن الطبيعة تمثل الإطار العام، والخلفية التي تستند عليها التشريعات بكافة مستوياتها، إلا أن مصدر تلك التشريعات هو أهم الأدوات، التي تبين وتجسد الطبيعة من جهة، وانتماء تلك التشريعات لها، من جهة أخرى. وهذا ما دعاني في هذا المبحث إلى دراسة مسألة المصدرية أولاً، ثم دراسة مسألة الطبيعة بناء عليها ثانياً.

ولهذا الموضوع بالغ الأهمية، كونه أحد العوامل الرئيسية في تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي، خاصة وأنه يتعلق بالجانب الموضوعي للمراحل التشريعية في ليبيا، بعد دراسة الجانب التاريخي في المبحث السابق، وبالتالي كان لزاماً إعطاؤه حقه وافياً من البحث والتحليل؛ للوصول إلى أسس يمكن الاعتماد عليها في تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي.

وقد قسمت الدراسة في هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول: مصدرية الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: أثر مصدرية الشريعة الإسلامية في طبيعة التشريعات.

*- المصدرية أقصد بها مصدر التشريعات، سواء كان ذلك المصدر سماوي أم وضعي، وبشكل أوضح المصدر الموضوعي أو المادي الذي يستمد منه المشرع مضمون القواعد القانونية، ينظر: دبارة، مصطفى مصباح، وضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب، مجلة كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، العدد 6، 2016-2017م، ص329. أما الطبيعة فأقصد بها الوصف الذي يلحق تلك التشريعات بناء على مصدرها، كأن تكون إسلامية أو غير ذلك.

المطلب الأول: مصدريّة الشريعة الإسلامية

سأحاول في هذا المطلب دراسة مسألة مصدريّة الشريعة الإسلامية للتشريعات دراسة تأصيلية، أنظر فيها عن كتب من خلال منهجية علماء أصول الفقه في تحديد مصادر الفقه الإسلامي، وتراتبية هذه المصادر، ثم ننظر في مدى تطبيق هذه المنهجية على التشريعات الوضعية، ومن ثم سريانها عليها من عدمه، فنبدأ بتأصيل المصدريّة عند علماء أصول الفقه، ثم أثر هذا التأصيل على التشريعات الوضعية.

بعد عرضنا للنصوص الدستورية المتعلقة بمصدريّة الشريعة الإسلامية - والتي كما أسلفنا تعكس رغبة المشرع في تبني هذه المصدريّة، وهذا ما حدث نظرياً على الأقل - وبعد عرض الآراء التي قيلت حول دلالة هذه النصوص ومدى تحقيقها للمصدريّة حقيقة، نأتي هنا للنظر عن كتب في الإشكالية التي يمكن أن تثار بخصوص مصدريّة الشريعة الإسلامية، وعلاقة الأخيرة بالمنظومة القانونية، وذلك بشكل تأصيلي تفصيلي، إذ كيف يمكن للشريعة الإسلامية أن تكون مصدراً للتشريع من خلال نص دستوري، وما تأصيل هذه المصدريّة؟

إن ما يدعونا إلى بحث هذه المسألة هو بيان الجانب القانوني للشريعة الإسلامية، من خلال بيان علاقتها بالتشريع الوضعي، وتبني الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع؛ ذلك أن الشريعة الإسلامية أثناء تنظيمها للشأن العام للمجتمع اعتمدت على عدة أسس وقواعد للتعامل مع النصوص القرآنية والنبوية المتناولة لذلك الشأن، للوصول في نهاية المطاف إلى وضع نصوص تشريعية تكون مصادراً للأحكام القضائية، وهكذا كان الجانب القانوني للشريعة الإسلامية حاضراً، وبالتالي المزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي اليوم، وبيان أنهما يسيران في خط واحد، هذا نظرياً، أما واقع الحال فهو ما نحن بصدد بحثه الآن، فقد اعتمدت الشريعة الإسلامية عدة أسس - كما أسلفنا - لتنظيم المسار التشريعي والمنظومة التشريعية شكلاً وموضوعاً، وبالتالي فإن تبني الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع هو تبني لهذه الأسس، وقد رأينا في الأساس المسمى بـ (قاعدة المنشئ والكاشف) الأساس الأقرب والأقوى لفهم وتنظيم العلاقة بين أي مصدر وما يؤسس على ذلك المصدر، وكشف ما يبدو للوهلة الأولى تناقضاً أو غموضاً قد يلحق بالنصوص التشريعية؛ ولذلك سأتناول هذا الأساس وما يترتب عليه من باب استخدامه

كأداة منهجية تساعد في فهم العلاقة بين الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً نص عليه المشرع، والنصوص المعتمدة على هذا المصدر، على اختلاف درجتها.

وبناء على ما سبق، رأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتعلق الأول بمنهجية تحديد المصدر لدى الأصوليين، ويتعلق الثاني بأثر هذه المنهجية على المنظومة التشريعية الوضعية.

الفرع الأول: منهجية تحديد المصدر عند الأصوليين:

إن الناظر إلى عبارات الأصوليين في تحديد مصادر الحكم الشرعي يجد أنهم قد قسموها إلى مصدر منشئ، ومصدر كاشف، وبالرغم من عدم ذكرهم لهذين المصطلحين - المنشئ والكاشف - نصاً، إلا أن مفهوم عباراتهم قد تضمنها وأشار إليها، والمتأمل في هذه العبارات على وجه التحقيق يلاحظ ذلك.

لقد بدأ جمهور الأصوليين تقسيمهم للمصادر بمصادر مجمع عليها، وأخرى مختلف فيها، ونقتصر على المصادر المجمع عليها، وهي القرآن الكريم والسنة النبوية والقياس والإجماع، ثم زادوا في ترتيب هذه الأدلة ورجوعها إلى مصدر واحد فقط، وهو القرآن الكريم، وذلك بناء على عدة أمور، أهمها تعريفهم للحكم الشرعي، والذي قالوا بأنه: " خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء أو التخيير أو الوضع"¹، هذا التعريف وإن لم يكن مجمعاً عليه، إلا أنه أشهر التعريفات وأكثرها قبولاً.

إن القول بأن الحكم هو: " خطاب الله تعالى... " قيد قد خرج به كل خطاب آخر صادر عن غير الله تعالى، والخطاب هنا يمثل المصدر كعنصر من عناصر الحكم الشرعي²، وبالتالي فإن مصدر الحكم الشرعي هو خطاب الله تعالى حصراً، والقرآن الكريم هو دليل ذلك الخطاب، لا ذات الخطاب³، وهكذا كان القرآن الكريم المصدر الأصيل للأحكام الشرعية، أي المصدر المنشئ، وهذه النتيجة يمكن ملاحظتها في عبارات الأصوليين على اختلافها لفظاً، إلا أن معناها

¹ - البدخشي، محمد بن حسن، منهاج العقول معه شرح الإسنوي، وكلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي، مصر- القاهرة، مطبعة محمد علي صبحي وأولاده، ب.ط، ب.ت، 1/31 وما بعدها -- الأمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ض: إبراهيم العجوز، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، ط5، 2005م، 1/48 وما بعدها.

² - أبو غرارة، ضو مفتاح، الحكم الشرعي وإشكالاته، الكتاب تحت الطباعة، ص5.

³ - القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، المعروف بالقرافي، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، لبنان- بيروت، دار البشائر الإسلامية للطباعة، ط2، 1995م، ص58.

واحد، ومن ذلك قول الغزالي: " واعلم أننا إذا حققنا النظر بان أن أصل الأحكام واحد، وهو قول الله تعالى؛ إذ قول الرسول - ص - ليس بحكم ولا ملزم، بل مخبر عن الله تعالى أنه حكم بكذا وكذا، فالحكم لله تعالى وحده، والإجماع يدل على السنة، والسنة على حكم الله تعالى ... ¹، وبناء على ما سبق ننتهي إلى أن الأحكام الشرعية هي حكم الله تعالى حكماً، وليس حقيقة؛ لأنها مستنبطة من النصوص القرآنية، وليست هي ذات تلك النصوص، سواء كان الاستنباط مباشرة من القرآن الكريم، أو غير مباشر كالاستنباط من السنة النبوية.

وحتى في تقسيمهم الأدلة - المصادر - إلى نقلية وعقلية، أرجعوا العقلية إلى النقلية؛ ذلك أن الأدلة العقلية قد ثبتت حجيتها بالأدلة النقلية، لا بذاتها، وإنما العقل أداتها، ثم أرجعوا الأدلة النقلية إلى القرآن الكريم، فهو أصل الأصول، ومصدر المصادر.²

وحتى لا يبقى في الأمر لبس أو غموض عمل علماء الأصول على توجيه عباراتهم المتعلقة بالخصوص، وإزالة ما فيها من إشكال ظاهري، تمثل في نفي وصف المصدر والدليل عن السنة والقياس وغيرهما، ومن ثم نفي وصف الحكم الشرعي عن الأحكام المبنية عليها، وقد كان توجيههم بأن الدليل وصف لا ينصرف إلا للقرآن الكريم، أما باقي المصادر فهي دلائل وعلامات، أي أن القرآن الكريم هو المصدر المنشئ، وباقي المصادر هي كاشفة ومعرفة عما لم يفصح عنه القرآن الكريم، يقول البدخشي: "... لكن يرد عليه أحكام كثيرة ثابتة بقول النبي صلى الله عليه وسلم وبفعله وبالإجماع وبالقياس وقد أخرجها بقوله خطاب الله تعالى فالجواب أن الحكم هو خطاب الله تعالى مطلقاً وهذه الأربعة معرفات لا مثبتات ³، ومعنى أن المصادر غير القرآن الكريم دلائل أو معرفات أنها " الوسائل التي أمدنا الله بها لمعرفة الجانب العملي للقرآن الكريم، فالخطاب هو كلام الله تعالى، ودليل معرفته القرآن الكريم، ووسائل معرفة المعاني وطريقة التطبيق هي الدلائل المشار إليها، ومنها السنة والقياس ⁴ وقد صرح بهذه المعاني بعض علماء الأصول المعاصرين، يقول البيانوني: " ولقد ظن بعضهم خروجها عنه بهذا القيد، فاعترض بها على التعريف، إلا أن الحق دخولها فيه، لأن خطابات الله عز وجل، منها ما يُنسب

¹ - الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، تج، نع: محمد تامر، مصر- القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2011م، 1/233.

² - الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز، مصر- القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2006م، 3/30- الأمدي، الإحكام في أصول الاحكام، 1/136.

³ - البدخشي، منهاج العقول، 1/31.

⁴ - أبو غرارة، الحكم الشرعي وإشكالاته، ص 5.

إليه مباشرة كالتالي وردت بالقرآن الكريم، ومنها ما يُنسب إليه بواسطة كالتالي ثبتت بالسنة وغيرها من الأدلة الشرعية المعتبرة، فكل هذه الأدلة في حقيقتها راجعة إلى خطاب الله -عز وجل- ومعزّفات لحكمه، وليست بمثبتات ولا منشآت ويظهر لنا هذا واضحاً من الرجوع إلى أدلة حجبتها في كتب الأصول).¹

وسبب ذلك أن القرآن الكريم يغلب عليه الطابع الكلي لا الجزئي، وحتى الجزئي منه يؤخذ على الكلية، إما باعتبار المآلات أو بالقياس²، وما كان كلياً كان مجعلاً، أو عاماً، أو مطلقاً، وبالتالي احتاج إلى بيان، أو تخصيص، أو تقييد، وهذه من خصائص الجزئي، وهكذا فإن الجزئي أثناء بيانه للكلي يكون مؤطراً به، وراجعاً إليه، غير خارج عن حدوده، إذ يمثل الكلي بالنسبة للجزئي القاعدة العامة، وبالتالي الخروج عنها ينفي شرعيته، وهذا بدوره يجعل الجزئي جزءاً من الكلي، إذ لا يتم معنى الكلي إلا بالجزئي، ومثال ذلك الدور الذي تقوم السنة النبوية وغيرها من المصادر، والذي بيّنه قوله تعالى: (وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لَتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ)³، والمتتبع للسنة النبوية بما فيها من أفعال وأقوال وتقريرات يجد أحكاماً كثيرة غير واردة في كتاب الله -تعالى- قد وردت فيها، إلا أنها لم تخرج عن الإطار العام الوارد في كتاب الله -تعالى-.

إضافة إلى أن السنة النبوية والقياس وغيرهما إنما ثبتت صحة الاعتماد عليهما بالقرآن الكريم، لا بذاتهما، على خلاف القرآن الكريم، فبيان صحة الاعتماد على القرآن الكريم من خلال السنة أو غيرها إنما هو تقرير، لا إنشائي، فالقرآن الكريم ليس بحاجة إلى غيره في إثبات حجّيته (إذ منه قامت صحة الاعتماد عليه ... أن العمل بالسنة والاعتماد عليها إنما يدل عليه الكتاب)⁴.

وبعد بيان قاعدة المصدر المنشئ والمصدر الكاشف، نأتي لبيان ما يتفرع عن هذه القاعدة من مبادئ، تساعد في فهم أعمق للقاعدة الأم، وتنظيم للمنظومة التشريعية بدءاً من أعلى مصادرها، وحتى أدنى درجاتها، ومن المبادئ المترتبة على هذه القاعدة، مبدأ التفرقة بين النص والحكم، ومبدأ الإحالة، ومبدأ التراتبية، ومبدأ حكم الحاكم يرفع الخلاف، وفيما يلي بيان موجز

¹ - البيانوني، محمد أبو الفتح، الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية، سوريا- دمشق، دار القلم، ط1، 1988م، ص33.

² - الشاطبي، الموافقات، 3/254.

³ - سورة النحل، الآية 44.

⁴ - الشاطبي، الموافقات، 3/30.

لها، فتناولنا لها مشابه لما قمنا به مع قاعدة المنشئ والكاشف، لا لذاتها، وإنما لكونها أداة منهجية سنستخدمها في فهم مصدريّة الشريعة الإسلامية الواردة في الدستور.

أولاً: التفرقة بين النص والحكم:

إن القرآن الكريم كلام الله تعالى، وغيره كلام غيره، والله - سبحانه وتعالى - أعز وأعظم من كل ما سواه، ومن ثم كان كلامه كذلك بالنسبة لكلام غيره، ذلك أن القرآن الكريم - كما أسلفنا - أصل الأصول، أي المرجع المطلق لكل ما سواه، في حين لا يرجع هو إلى غيره، وعلو القرآن الكريم على غيره يؤدي بدوره إلى اختلاف وظيفة كل منها، بناء على عدة أمور منها اختلاف الوصف - المنشئ والكاشف -، والذي فصلنا الحديث فيه قبل قليل، ومنها اختلاف جهة الإصدار، فالقرآن الكريم - النص - صادر عن الله - سبحانه -، والسنة والقياس وغيرهما - وهي تمثل الحكم بالنسبة للقرآن الكريم - صادرة عن غير الله - سبحانه -، ومنها طبيعة العلاقة بين القرآن الكريم وغيره من المصادر، فكلام الله - تعالى - أداة ووسيلة لكلام غيره للوصول إلى الحكم الشرعي¹، ولا يمكن أن تكون أداة الشيء هي ذات ذلك الشيء، ومنها تعريف الأصوليين للحكم الشرعي، والذي اشرنا إليه سلفاً، وهو قولهم بأنه "خطاب الله - تعالى - المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء أو التخيير أو الوضع"، ومحل استشهدنا هو قيد "خطاب الله"، فهذا القيد بالإضافة إلى أنه يحدد جهة الإصدار، وهو الله - تعالى -، المختلفة عن جهة إصدار الحكم، وهم الفقهاء، فإنه يحصر الخطاب في القرآن الكريم، وقد اتفق الأصوليون على أن نصوص القرآن الكريم مصدر الحكم الشرعي، وعليه فلا يمكن أن يكون النص هو ذاته الحكم؛ لأنه يكون حينئذ مصدراً لنفسه، وهذا غير متصور، وعليه فـ "النص شيء، والحكم شيء آخر، فقد يكون النص واحداً وتتعدد الأحكام، وأنه من المتفق عليه أن هذا التعدد والاختلاف في الأحكام لا يقدح في كونها جميعاً شرعية مادام النص يحتملها جميعاً، ففائدة هذه التفرقة التي وصلنا إليها بين النص والحكم هي أن النص أمر إلهي، أما الحكم فهو أمر بشري قاعدته إلهية، وبالتالي يُقبل فيه التنوع والاختلاف"².

¹ - أبو غرارة، ضو مفتاح، قراءة أصولية لأسباب التفرق بحجة التدوين، الكتاب تحت الطباعة، ص 19-21.
² - الغرياني، آية علي سلامة، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، رسالة ماجستير غير منشورة، ليبيا، جامعة طرابلس، كلية القانون، العام الجامعي 2018-2019م، ص38.

غير أن الحكم لا يبقى حكماً على طول الخط التشريعي، فكونه حكماً إنما ذلك بالنسبة لمبناه، أي بالنسبة للنص الذي بُني عليه؛ بل قد يكون هو ذاته نصاً، ولكن بالنسبة لما كان هو مصدراً له، وبالتالي يجتمع فيه الوصفان، ولكن مع اختلاف المتعلق، فهو حكم بالنسبة لما قبله، وفي نفس الوقت نصٌ بالنسبة لما بعده، وبالتالي يجتمع فيه أيضاً وصف المنشئ والكاشف، ومثاله السنة النبوية، فهي حكم بالنسبة للقرآن الكريم، ونص بالنسبة لباقي المصادر، وكذلك سائر المصادر بالنسبة للأحكام الشرعية، ويبقى الفرق بينها وبين القرآن الكريم، أن الأخير نص حقيقة، وغيره نص حكماً.

وفائدة هذا المبدأ هي بيان القابل أو المستعمل - المستثمر كما يسميه بعض الأصوليين¹ - لهذه المصادر وما يُبنى عليها، فقابل النص ليس هو ذاته قابل الحكم، حتى لو اجتمع الوصفان في مصدر واحد، فالسنة النبوية مثلاً، القابل لها كنص، ليس هو ذات القابل لها كحكم، وذلك بناء على أهلية الاجتهاد، وامتلاك أدواته والمكنة منه، وهذا بيان قول الأصوليين: " فتاوى المجتهدين بالنسبة إلى العوام كالأدلة الشرعية بالنسبة إلى المجتهدين"²، فالتفرقة بين النص والحكم، ومن ثم فصل العامي عن النص، إنما جعل لحفظ النص من عبث من ليست لديه المكنة والأهلية العلمية للنظر فيه، واستتباط الحكم منه، وبناء على ما سبق، فرّق الأصوليون بين المجتهد والمفتي والحاكم، كما سنوضح فيما يلي.

ثانياً: الإحالة:

كما أسلفنا، فإن السنة النبوية والقياس وغيرهما إنما ثبتت صحة الاعتماد عليها بالقرآن الكريم، لا بذاتها، وبالأحرى، ثبتت صحة الاعتماد عليها بسبب اختيار الحاكم المطلق لها، وهو الله - جلّ شأنه - (إِن نَحْنُ لَّالْغِيَّةُ)³، وقد أعلمنا الله - سبحانه - باختياره لها في عديد المواضع في القرآن الكريم، ووجوب اتباعنا لها، قال تعالى: (وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ) ⁴، وقال سبحانه: (فَاعْتَبِرُوا يٰٓأُولِيَ الْأَبْصَارِ) ⁵، وقال - تعالى - : (

¹ - الغزالي، المستصفى، 2/463.

² - الشاطبي، الموافقات، 4/500.

³ - سورة يوسف، الآية 40.

⁴ - سورة الحشر، الآية 7.

⁵ - سورة الحشر، الآية 2.

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ¹، هذا الاختيار لهذه المصادر أخذ شكل الإحالة، حيث أحالنا الله - سبحانه - عبر القرآن الكريم إلى السنة النبوية وغيرها؛ لبيان إجمال القرآن الكريم، وتقييد مطلقه، وتخصيص عامه، والفصل في المسائل التي لم يفصل فيها، وذلك وفق القواعد والكليات التي أقرها.

ودور الإحالة أنها " تجعل النص المحال إليه جزءاً من المُحيل وفي قوته "²، وبهذا اكتسبت السنة النبوية وغيرها من المصادر الحجية، وصحة الاعتماد عليها، والرجوع إليها، فالمُحيل منشئ للقاعدة العامة، والمحال إليه كاشف عن تفاصيل هذه القاعدة وتطبيقاتها.

كذلك يمكن أن يفهم من هذا الأمر اختلاف الجهة، فالإحالة تشير إلى وجود طرفين، أحدهما يحيل إلى الآخر، إذ يصعب تصور أن يكون طرفاً واحداً، ثم يحيل الأمر إلى نفسه، إذ ما موجب ذلك، وهو يملكه منذ البداية؟ بل هما طرفان أحدهما أعلى من الآخر، وهذا الأعلى يعطي الشرعية للآخر للتصرف، ثم يصبغ تصرفه هذا بالحجية والشرعية.

وأما بيان حجية الأعلى من خلال الأدنى فما هو إلا تقرير، أيضاً فإن فيه بياناً للأساس الذي يستمد منه الأدنى وجوده وحجيته وشرعيته، وعليه فإن الإحالة تخدم المحال إليه - الكاشف - أكثر من خدمتها للمُحيل - المنشئ -.

ثالثاً: التراتبية:

إن اختلاف وصف المصادر بين منشئ وكاشف، ومنشئ حقيقة، ومنشئ حكماً، واختلاف وظيفة كل منهما، واختلاف جهة الإصدار، كذلك طبيعة العلاقة بين كل هذه المصادر، كل ذلك أدعى إلى إيجاد تراتبية بينها تقضي بتمايزها عن بعضها في الدرجة والرتبة، أي أن كل هذه المصادر تشكل ترتيباً معيناً، يجعل بعضها مرجعاً للآخر، إلى أن ترجع جميعها إلى مصدر واحد في نهاية المطاف، وهذا معنى التراتبية، وهكذا يوجد مصدر منشئ أصيل، وبقية المصادر تجمع بين الإنشاء الحكمي والكشف بطريق الإحالة، كما لاحظنا في عبارتي الغزالي والبدخشي³،

¹ - سورة النساء، الآية 58.

² - أبو غرارة، الحكم الشرعي وإشكالاته، ص 5.

³ - ينظر ص 31 من هذا البحث.

فهي كاشفة لما قبلها، مُنشئة لما بعدها مما أُسس عليها، وكما أسلفنا عند حديثنا عن منهجية تحديد المصدر عند الأصوليين، فقد لاحظنا تقسيمهم للمصادر إلى منشى وكاشف، وأن لفظ المصدر أو الأصل منصرف إلى القرآن الكريم، وباقي المصادر هي دلائل ومعارف على الحكم، وتستمد شرعيتها من الأصل - القرآن الكريم -، وفي هذا إشارة منهم إلى وجود تراتبية بين المصادر تقضي إلى وجود أعلى وأدنى.

وأثر ذلك التزام الأدنى بضوابط الأعلى، باعتباره مصدراً له، إذ لا يصح مخالفة الشيء لمصدره، وأيضاً وجود قاعدة كلية للأدنى لدى الأعلى تحتويه وتؤطره¹.

والأثر الآخر، أن هذا المبدأ يعزز وحدة المصدر ووحدة الدلالة، فمن حيث المصدر يكون واحداً في البداية - القرآن الكريم في التشريع الإسلامي، والدستور في التشريع الوضعي - ثم يزداد تشعباً وتعددًا في صورة مصادر كاشفة، ومن حيث الدلالة، تكون متعددة وغير محصورة في البداية، بسبب كلية المصدر وما في ذلك من إجمال وإطلاق وعموم، ثم تقلّ هذه التعددية شيئاً فشيئاً إلى أن تنحصر في دلالة واحدة، وذلك بسبب ما يقوم به المصدر الكاشف من بيان وتقصيل وتخصيص وتقييد، وهكذا يعمل هذا المبدأ على وحدة المصدر ابتداءً، ووحدة الدلالة انتهاءً، ويترك المساحة بينهما للنظر والاستنباط والتدقيق، ولا يخفى ما في ذلك من ضبط للمسار التشريعي في مصادره ودلالاتها.

رابعاً: حكم الحاكم يرفع الخلاف:

إن دور قاعدة المنشى والكاشف لم ينته عند تقسيم المصادر إلى منشئة وكاشفة، ومنشئة حقيقة ومنشئة حكماً؛ بل إنها أنشأت تبعاً لذلك جهات إصدار، وقسمتها أيضاً تبعاً لذلك إلى جهات إصدار منشئة - حقيقة أو حكماً - وجهات إصدار كاشفة، فمصدر النص منشى، ومصدر الحكم كاشف، وقد يجتمع الوصفان في ذات الجهة، فتكون كاشفة بالنسبة لما قبلها، منشئة بالنسبة لما بعدها، وقد بيّنا ذلك سلفاً.

¹ - الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، ص 20.

إن عبارات الأصوليين في هذا الصدد جليّة، فقد فرقوا بين المفتي المجتهد والحاكم، إذ قيّدوا الأول بالنظر في الأدلة، واستتباط الحكم منها، ومنحوا للحاكم سلطة اختيار دلالة من الدلالات التي توصّل إليها المفتون والحكم بها على وجه الإلزام¹، من ذلك قول القرافي: " ... الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة والحكم إخبار معناه الإنشاء والالزام من قبل الله²، وبعد اختيار الحاكم للدلالة، وحكمه بها، يكون حكمه هذا ملزماً لجميع المفتين، حتى لو خالف اعتقادهم، مادام محله المسائل الاجتهادية³.

غير أن الحاكم لا يستقل بوضع الأحكام من عنده، إلا أن يكون مجتهداً، وإلا فإنه مقيد بأقوال المجتهدين في المسألة محل الحكم، يختار أحدها، ويحكم به، ولا يحكم بالهوى والتشهي⁴، وهكذا فإن أقوال المجتهدين بالنسبة للحاكم هي بمثابة مصدر منشئ - منشئ حكماً - يبنى عليه حكمه، ثم يكون حكمه هذا ملزماً لهم أيضاً، كما أسلفنا.

ودليل هذا المبدأ هو الإجماع، حيث تم الإجماع على أن حكم الحاكم يرفع الخلاف بضوابطه ولا يُنقض⁵، ودليلهم في ذلك قوله - تعالى - : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ)⁶، وهكذا كان الحاكم نائباً عن الله تعالى في وضع الأحكام*، فحكمه هو حكم الله - تعالى - حكماً، على ألا يخالف هذا الحكم القواعد والأصول والنصوص والقياس والإجماع، أو يخرج عن

¹ - القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 43-44.

² - القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، وبهامش الكتابين: تهذيب الفروق، والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، لبنان-بيروت، دار عالم الكتب، ب.ط، ب.ت، 4/53.

³ - القرافي، الفروق، ص 50-52 - الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، ص 49.

⁴ - الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لبنان-بيروت، دار الفكر، ط1، 1996م، 7/6 -- القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 44-45.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/7 وما بعدها-- القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص41، الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج على معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ض. تح: محمد محمد تامر، شريف عبد الله، مصر- القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2006م، 6/323 - ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرق، ويليهِ الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة المقدسي، لبنان-بيروت، دار الكتاب العربي، ب.ط، ب.ت، 11/403 وما بعدها.

⁶ - سورة النساء، الآية 52.

* - حتى لا نفهم النيابة في غير السياق المقصود، النيابة نيابتان، نيابة عامة، وهي خلافة الإنسان لله - سبحانه - في الأرض، بمقتضى قوله تعالى (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً) سورة البقرة، الآية 29، ونيابة خاصة، كالتّي نحن بصدد الحديث عنها الآن، وهي نيابة الحاكم عن الله - سبحانه - في التشريع فقط، وحتى لا يخرج الحاكم عن حدود هذه النيابة، ويستغل هذه الصفة لمصلحته، ويجعل من نفسه شبه إله، قيّد هذه النيابة في الجانب التشريعي فقط، وقيدت أيضاً بأقوال المجتهدين، كونها إخبار عن الله - سبحانه -، وإن كان سبيله الظن، فإذا خرج الحاكم عن هذه النيابة، سقطت عنه هذه الصفة، وأصبح تصرفه باطلاً. ينظر: ابن عاشور، محمد الطاهر ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، تونس، دار سحنون للنشر والتوزيع، ب.ط، ب.ت، 398-399/1.

آراء المجتهدين ومُصدره غير مجتهد، وإلا نُقْض¹، كما أن فيها إشارة إلى فكرة عدم الدستورية، المعروفة اليوم في الوسط القانوني، والتي تقضي بنقض النص القانوني عند مخالفته للدستور، وفكرة عدم التطبيق الصحيح للقانون والتي تقضي بنقض الحكم القضائي عند مخالفته للنص القانوني، أو عدم تطبيقه التطبيق الصحيح، فكلاهما خالف أصله وأساسه فلزم نقضه²، فالخروج عن دلالة النص القانوني هي ما تعرف بعدم الدستورية، أو عدم التطبيق الصحيح للقانون. وسبب إلزامية حكم الحاكم هو أنه لما كان حكمه هو حكم الله - تعالى - حكماً، كان نصاً خاصاً بالمسألة محل الحكم، ووفقاً للقواعد الأصولية، فإن النص الخاص مقدّم على النص العام عند التطبيق، وبطبق النص العام على المسائل الأخرى التي لم تدخل في الحكم³، فالعمومية في كون المسألة قد وردت بها عدة أقوال من المجتهدين، واختيار الحاكم لأحد هذه الأقوال يجعل من هذا القول نصاً خاصاً بالمسألة محل الحكم، وبالتالي يُقدّم على باقي الأقوال.

وفي ختام بيان هذه المبادئ، ومنهجية عملها، يمكن ملاحظة ترابطها ببعضها؛ بل ودلالة كل منها على الأخرى؛ وهذا لتفرعها من قاعدة واحدة، هي قاعدة المنشئ والكاشف، ومما يدل عليه هذا الانسجام هو قدرتها على تكوين منظومة تشريعية متكاملة مترابطة، لا تناقض فيها ولا تصادم، فمثلاً، مبدأ التراتبية يدل على وجود تدرج معين للنصوص تتسم به المنظومة التشريعية، وهذا التدرج يصنع فارقاً بين الأعلى، وهو النص، وبين الأدنى منه - المتفرع عنه - وهو الحكم المؤسس على ذلك النص، وبالتالي التفرقة بينهما، كما يدل على التزام الأدنى بضوابط الأعلى فيما حكم به، سواء كان حكمه بياناً للأعلى، أو إنشاءً حكماً لما لم ينص عليه الأعلى، بحيث يُحيل الأخير إلى الأدنى للفصل فيه، مما يجعله جزءاً منه، وفي قوته، وكل هذا يؤدي إلى وحدة المصدر، ووحدة جهة الإصدار، ووحدة الدلالة.

وبعد بيان منهجية الأصوليين في تحديد مصادر التشريع، وبيان أهم القواعد والمبادئ التي اعتمدها في هذا الصدد، ودلت عليها عباراتهم، أشرع في توظيفها واستخدامها كأدوات لبيان حجية الشريعة الإسلامية بالنسبة للتشريع الوضعي، ومصدريتها له.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 7-6/7 -- القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 44، 58 -- الشربيني، مغني المحتاج، 6/321-322 -- ابن قدامة، المغني، 11/403 وما بعدها.

² - الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، ص 55.

³ - القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 80.

الفرع الثاني: أثر هذه المنهجية على التشريع الوضعي:

سأناقش في هذه الفقرة أثر هذه المنهجية على علاقة الشريعة الإسلامية بالتشريع بدرجتيه الأساسي - الدستور -، والفرعي - القانون واللائحة والقرار -، والحكم القضائي، وأبدأ بالدستور إذ يمثل رأس الهرم التشريعي في المنظومة التشريعية الوضعية.

والدستور هو مجموعة القواعد القانونية العامة التي تبين نظام الحكم في الدولة، وحقوق وحرّيات الأفراد داخل المجتمع¹.

ومن خلال التعريف يمكن ملاحظة الطبيعة الكلية للدستور، والتي تُسهم في بيان مصدريته بالنسبة للتشريعات الأدنى منه، فإن كل إجمال يحتاج إلى كثير من البيان لتوضيحه، وإظهار مدلوله، ومن ثمّ دونيّة المبيّن عن المبيّن، ذلك أن الأول إنما وُجد بوجود الثاني، فلولا الثاني لما كانت هناك حاجة للأول، كما أن الأول لا يخرج دوره وعمله عن حدود الثاني، فهو مقيدّ به.

ولأنّ الحجية هي أساس المصدريّة، فما ليس بحجة لا يكون مصدراً، أشرع في بيان حجية الدستور، وأساس كونه في قمة الهرم التشريعي، وفي تقديري فإن حجية الدستور قائمة على ثلاثة أسس:

الأول: أساس شرعي:

وهو قوله - تعالى - : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَاعْلَمُوا أَنِّي رَسُولُ اللَّهِ) ²، فصفة ولي الأمر تصرف إلى المشرع ومن ينوب عنه كالقاضي، وهو المسمى بالحاكم، كما اصطلح على ذلك الأصوليون والفقهاء³، وعبارات الفقهاء سالفه الذكر تضمنت هذا المعنى⁴، خاصة عندما جعلوا من قول الحاكم نصّاً خاصّاً بالمسألة محل الحكم⁵، وكون المشرع هو ذاته ولي الأمر باعتباره الواضع

¹ - أعيوده، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، القانون، الجماهيرية العظمى- طرابلس، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط4، 2003م، ص 213 -- شليبيك، مصطفى مصباح، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون - نظرية الحق، ليبيا - طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ط1، 2002م، ص 104.

² - سورة النساء، الآية 52.

³ - الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، ص 53-54.

⁴ - ينظر ص 36-38 من هذا البحث.

⁵ - القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 80.

لنصوص التشريعية الحاكمة لكل سلطات الدولة، بما في ذلك الرئيس والقاضي وغيرهما، وذلك من خلال تطبيق قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف)، حيث تجعل من حكم الحاكم نصاً حكماً.

الثاني: أساس شعبي:

ذلك أن الشعب هو صاحب السيادة، ومصدر الشرعية، فما المشرع والقاضي ورئيس الدولة إلا وكلاء عنه في سنّ التشريعات وتطبيقها، والقيام بكل ما يلزم للحفاظ على مصالح الدولة، فالدساتير الديمقراطية لا يسري العمل بها إلا بعد إجراء استفتاء شعبي يُفضي إلى قبولها أو

رفضها¹، ودور الشعب يتمثل في منح الإذن - الشرعية - للمشرع في سن التشريعات، وتوجيهه إلى المصادر التي تُستقى منها هذه التشريعات من دين وعرف وغيرهما، فقيام المشرع بوضع التشريعات قائم على الإذن الممنوح له من الشعب، ومحتوى هذه التشريعات مأخوذ من المصادر التي وجّه إليها الشعب أيضاً، سواء كان توجيهه صراحةً أو ضمناً.

الثالث: أساس موضوعي:

ونقصد به طبيعة نصوص الدستور، إذ يغلب عليها الطابع الكلي، بما في ذلك من إجمال وعموم وإطلاق، وهذا يندر حدوثه في التشريعات اللاحقة له، المؤسسة عليه، إذ يغلب عليها الطابع الجزئي التفصيلي، مما يجعل من الدستور أكثر درجات التشريع أهمية، وأعلىها في سلم التدرج القضائي².

وبعد بيان هذه الأسس أنتهي إلى بيان مقتضاها، والمتمثل في أمرين:

الأول: تأكيد حجية الدستور، وصحة الاعتماد عليه، وذلك انطلاقاً من منهجية الأصوليين في تحديد مصدر التشريعات.

الثاني: كونه المصدر المطلق والوحيد، أي منشأ القاعدة القانونية، وما عداه يمكن وصفه بالدلائل والمعرفات، وهي القانون واللائحة والقرار ، وهنا تتجلى قاعدة المصدر المنشئ،

¹ - بربوتي، حقي اسماعيل، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، ليبيا- مصراتة، دار ومكتبة الشعب للنشر والتوزيع، ط2، 2009-2010م، ص 63-66 -- الزريقي، جمعة محمد الزريقي، بحوث ودراسات في الدستور، ليبيا، الناشر المؤلف، ط1، 2015م، ص 73.

² - أعيوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 213 - بربوتي، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، ص 73-75.

والمصدر الكاشف، والتي عبّر عنها فقهاء القانون الدستوري بـ " مبدأ سمو الدستور "، والذي من أهم لوازمه، بطلان كل ما يخالف الدستور، وسيادة القانون على كل الهيئات والمؤسسات داخل الدولة¹، وهكذا فإن الدستور هو المصدر المنشئ للأحكام أصالة، أما القانون واللائحة والقرار فمصادر كاشفة بالنظر للدستور، ثم تتمايز هذه المصادر فيما بينها، حسب ترتيبها، فيكون القانون منشئاً بالنسبة لللائحة والقرار، وهي كاشفة له، ووفق مقتضى قاعدة المنشئ والكاشف، فإن الكاشف لا يجوز مخالفته لمنشئه، كما أن له قاعدة كلية داخل ذلك المنشئ، وكلية المنشئ تعني عدم ضرورة ذكر كل أفراد الكاشف داخل المنشئ؛ بل توجد من المسائل ما لم يذكر في المنشئ، إلا أنه لا يخرج عن الإطار العام الذي حدده.

إن سيادة القانون - التي ذكرناها قبل قليل - إنما جاءت بطريق الإحالة، وكما أسلفنا، فإن الإحالة تجعل المحال إليه جزءاً من المُحيل، وفي قوته، وبالتالي اكتساب القانون للصبغة الدستورية؛ لسيره في الخط التشريعي الذي حدده الدستور.

إن مبدأ الإحالة، المترتب عن قاعدة المنشئ والكاشف، ظاهر في كثير من النصوص الدستورية، نذكر منها على سبيل المثال: " يُعين شعار الدولة ونشيدها الوطني بقانون "²، ومن هنا تظهر أهمية وفائدة قاعدة المنشئ والكاشف، في أنها تعمل على إنشاء تراتبية في الوسط التشريعي، مما يساهم في فهم الغاية من التشريع، ومن ثم تطبيقه على الوجه السليم، كما أن هذه القاعدة وإن كانت تعطي ميزة الإنشاء لمصدر واحد فقط، وهو المنشئ الأصلي، إلا أنها لا تنفي مصدرية غيره، واعتباره كاشفاً له، ومنشئاً لما بعده من المصادر الأدنى منه درجة، وهكذا تربط بين المصدرين المنشئ والكاشف، ويُنمّح الكاشف حجية وقوة المنشئ.

وعلى هذا فإن قاعدة المنشئ والكاشف أثمرت مبدأ الإحالة، والذي أدى إلى ظهور تراتبية بين المصادر، هذه التراتبية منحت المصدر الأخير قوة وحجية المصدر الأول، وهذا ملخص ما ذكرناه من آراء الأصوليين، وفصلناه في الفقرة السابقة، وما عبّر عنه لاحقاً فقهاء القانون الدستوري بالقول أن " دستورية القوانين هي النتيجة الطبيعية والمنطقية لترتيب القوانين "³.

¹ - بربوتي، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، ص 77.

² - المادة 6 من الدستور الليبي الصادر في 1951.10.7م - المادة 2 من الإعلان الدستوري الليبي الصادر في 2011.8.3م.

³ - بربوتي، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، ص 78، نقلاً عن العميد دوكي.

وبالحديث عن القانون، سنتطرق للمادة الأولى من القانون المدني¹، والمعنونة بأصول القانون، والتي تنص على أنه:

" 1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وتجدر الإشارة إلى أن مصادر القانون كلها كاشفة، سواء الأصلية أم الاحتياطية، وأن المصدر المنشئ الوحيد لها هو الدستور، وعليه فإن إحالة القاضي إلى القانون هي إحالة إلى جميع هذه المصادر، ولكن وفق تراتبية معينة تعطي الأولوية للمصدر الأصلي " التشريع"، فإذا لم يوجد فالمصادر الاحتياطية؛ ذلك أن الحاجة إلى المصادر الأصلية هي حاجة بيان وتفصيل للكلية الواردة في الدستور، أما الحاجة إلى المصادر الاحتياطية فهي إلى جانب كونها حاجة بيان، فهي حاجة لملء الفراغ التشريعي الذي خلفه المشرع القانوني أو طراً بعده².

إلا أن المشرع - كما يبدو - لم ينتبه إلى أن مصادر القانون هي مصادر جزئية كاشفة، وليست كلية منشئة، ذلك أنه جعل المصدر الأول من المصادر الاحتياطية مصدراً كلياً بقوله: " مبادئ الشريعة الإسلامية"، ولا يخفى ما في ذلك من تناقض، فطبيعة دورها كمصدر احتياطي يفرض جعلها جزئية كاشفة، واللفظ يدل على أنها كلية منشئة، كما أن هذا اللفظ قد يوحي بتشابه دورها في الدستور مع دورها في القانون، وهذا بعيد جداً، فهي في الدستور كلية منشئة أصالة، أما هنا - في القانون - فهي جزئية مكملة كاشفة، أيضاً طبيعة الإحالة تتعارض مع هذا اللفظ، فالإحالة من الدستور إلى القانون إحالة من كلي إلى جزئي، أما الإحالة من المصادر الأصلية إلى الاحتياطية فهي إحالة من جزئي إلى جزئي مثله، وبالتالي كان يُفترض أن يكون المحال إليه - الجزئي الثاني - محدداً ودقيقاً كالجزئي الأول، فبدل الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية،

¹ - الجريدة الرسمية، نُشر بتاريخ 1954.2.20م.

² - شليبيك، المدخل للعلوم القانونية، ص119، أعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 249.

كان الأولى أن تتم الإحالة إلى مشهور مذهب معين، وليكن المذهب المالكي، باعتباره المذهب السائد في ليبيا.

وبعد العرض السابق لمنهجية تحديد المصدر، وعلاقة المصادر ببعضها، نأتي للحديث عن واقع الأسس النظرية السابقة فيما يتعلق بمصدرية الشريعة الإسلامية بالنسبة للدستور، وعلاقة نص المصدر بباقي النصوص الدستورية الأخرى.

كنا قد ذكرنا في صدر هذه الفقرة الأساس الشعبي كأساس لحجية الدستور، وأن الشعب هو مصدر السلطات، وصاحب السيادة في الدولة، وأن النصوص الدستورية هي تعبير عن إرادة الشعب، وليست هي ذات تلك الإرادة، وليس معنى ذلك أن الشعب قد تلفظ بالأحكام، ثم قام المشرع بكتابتها، وإنما عملت سيادة الشعب وإرادته على توجيه المشرع إلى مصادر معينة لتكون مصدراً للنصوص، ثم إضفاء صفة الشرعية على تلك النصوص، ومن أهم هذه المصادر الدين والعرف، ولأن القواعد العرفية تختلف باختلاف الزمان والمكان، على خلاف القواعد الفقهية والأصولية الثابتة والمحكمة والمضبوطة، فإن وثيقة بأهمية الدستور تحتاج إلى ما هو ومُحكم ومنضبط، ولهذا كان الدين متمثلاً في القرآن الكريم، أو الشريعة الإسلامية مصدراً له، إلى جانب كونه أشرف المصادر وأسماءها وأعلاها¹.

ومن هنا تبدأ مهمة المشرع، وتتجلى قاعدة " حكم الحاكم يرفع الخلاف " التي أشرنا إليها في الفقرة السابقة، إذ يتجه المشرع إلى النصوص والأحكام الشرعية، ويختار منها ما يراه مناسباً لمقتضيات الزمان والمكان، ومراعياً للمصلحة، وفقاً للقواعد الفقهية والأصولية التي أشرنا إليها آنفاً، ثم إن نص الدستور على أن: " الإسلام دين الدولة " أو " القرآن الكريم شريعة المجتمع " لهو دليل على دونية باقي نصوص الدستور عن هذا النص، فمثل هذا النص - نص المصدرية - يعتبر تحديداً للمصدر، ومعلوم أن المصدر أعلى من النص؛ لحاجة النص إلى المصدر، إذ بانتهاء المصدر ينتفي النص؛ لكونه أثراً له²، كما أن نص الدستور على مصدرية الشريعة الإسلامية هو نص تقريرى، وليس إنشائياً، أي تقرير واقع قائم قبل قيام الدستور، فالشريعة الإسلامية ظاهرة في معاملات الناس، ومختلف شؤون حياتهم، وهذا سبب توجيه المشرع إليها

¹ - أعيوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 40.

² - شلييك، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 91.

لتكون مصدراً للتشريع، وكون هذا النص تقريرياً مشابهاً للنص في السنة النبوية على حجية ومصدرية القرآن الكريم.

ومقتضى ما سبق، أنه وإن كان الدستور مصدراً منشئاً بالنسبة للقانون، إلا أنه في الوقت ذاته مصدر كاشف بالنسبة للشرعية الإسلامية، والمصادر الأخرى المقيدة بها، وبالتالي فإن كل نص شرعي هو بمثابة مصدر للدستور، وكل نص دستوري هو بمثابة مصدر للقانون، وهكذا.

وهنا تظهر قاعدة التفرقة بين النص والحكم، فالنص مصدر الحكم، وبالتالي حاجة الحكم للنص، ودونيته عنه، وهنا تأخذ الشريعة الإسلامية دور النص، بينما يأخذ الدستور دور الحكم، فالشريعة الإسلامية أداة ووسيلة للمشرع كي يصل إلى الحكم " النص الدستوري "، وأيضاً فإن علاقة أي نص دستوري بالقانون هي ذاتها علاقة النص بالحكم الواردة أعلاه، وكما أسلفنا فإن نصوص الدستور يغلب عليها الطابع الإجمالي الكلي، كما أنها متساوية فيما بينها من حيث القوة، فإذا ما افترضنا وجود نصين دستوريين أحدهما ينص على مصدرية الشريعة الإسلامية، أيّاً كانت صياغته، والآخر ينص على ما يخالف الشريعة الإسلامية، فإن هذا التصادم بين النصوص يُعالج من قبل القاضي بالمواءمة بين النصين، وذلك على أساس أن المشرع الدستوري لا يمكن أن يناقض نفسه، فينص في البداية على مصدرية شريعة الإسلامية، ثم ينص على ما يخالفها، وبما أن نصوص الدستور يغلب عليها الطابع الكلي الإجمالي، فإن المواءمة ممكنة ببحث القاضي عن التفسيرات التي تجمع هذه النصوص ذات التناقض الظاهري، فيكون تفسير القاضي للنص موافقاً للشرعية الإسلامية، وذلك تطبيقاً لأحكام قاعدة المنشئ والكاشف، حيث الشريعة الإسلامية تمثل المصدر المنشئ للدستور.

المطلب الثاني: أثر مصدرية الشريعة الإسلامية في طبيعة التشريعات*

في ظل سرعة التطور التي تعيشها الأمم اليوم، ما جعلها تعيش أشبه بالمرحلة الانتقالية الممهدة لما بعدها، أيضاً في ظل التعددية بمختلف أشكالها، والتي أصبحت السمة الظاهرة في أغلب المجتمعات، وفي ظل انفتاح العالم، وشدة قربه من بعضه بعضاً، وعدم إقليمية ثقافات الشعوب، وتجولها في مختلف أنحاء العالم، بالتجوال البشري، أو التقني، أو غير ذلك، في ظل كل ذلك وغيره يكثر الحديث عن الهوية، أساسها ولوازمها وغاياتها، كمدخل لوضع أسس التعايش السلمي داخل المجتمعات، وكمدخل لوضع الإطار العام للتشريعات الحاكمة والمنظمة لهذا التعايش، ومن ثم تحديد طبيعة هذه التشريعات، ومدى ملائمتها للوسط المنظمة له.

وفي الدول الإسلامية عموماً، وليبيا خصوصاً، عند الحديث عن الهوية وطبيعة التشريع فإن أول ما ينصرف إليه الذهن الدين وموضعه في المنظومة التشريعية، ومدى موافقتها ومخالفتها له.

وكنْتُ في المبحث الأول من هذا الفصل قد عرضت نصوصاً دستورية تناولت مسألة الدين بإزاء الدولة والشعب، ونصوصاً أخرى تناولت العقيدة وما يتعلق بها، وقد طرحت أسئلة حول ذلك، وسأحاول في هذا المطلب مناقشة كل ذلك، وتوضيح العلاقة بين الدولة كمشروع من جهة، والدين كسلوك شخصي وعقيدة شخصية وكتشريع عام ومجتمعي من جهة أخرى، وذلك من خلال بعض القواعد الأصولية الضابطة للطبيعة التشريعية، ومن خلال التطبيقات الفقهية، ثم أسس تحديد طبيعة التشريعات.

* - أقصد بالطبيعة الوصف الذي يُضفى على التشريعات باعتبار مرجعيتها، سواء كانت إسلامية، إن كانت مرجعيتها الشريعة الإسلامية، أو كانت غير إسلامية، إن كانت مرجعيتها غير الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: القواعد الأصولية الضابطة لطبيعة التشريعات:

كما أسلفنا فإن التعددية داخل المجتمع كانت إحدى أهم الأسباب لمناقشة مسألة طبيعة التشريعات ومراجعتها، سواء كانت هذه التعددية دينية، أم أيديولوجية، إضافة إلى التعددية الناتجة عن الاتجاهات الوافدة على المجتمع، مع الاتجاهات الأصلية فيه، كل هذه التعدديات قد تصل إلى حالة من الصدام بسبب اختلافها عن بعضها، سواء كان الخلاف أصولياً أو فرعياً، قد تؤدي إلى صدام بين الحقوق والمصالح الشخصية ومثيلتها الاجتماعية، كل ذلك سنحاول دراسته والجمع بينه من خلال قاعدتي قول المجتهد دليل العامي، وحكم الحاكم يرفع الخلاف.

الفقرة الأولى: قاعدة قول المجتهد دليل العامي:

يتجه أحد الآراء الدينية إلى إنكار المذهبية، إذ يرى فيها تقدماً لقول الفقهاء على قول الله - سبحانه -، وقول رسوله - صلى الله عليه وآله وسلم -، وتقدماً للعقل على النقل، وفي المقابل ذهب رأي آخر - وهو ما عليه جمهور الفقهاء - إلى ضرورة التمسك بما في ذلك من تنظيم لاستنباط الأحكام من النصوص، والترجيح بين الآراء¹، إضافة إلى مقصد آخر قد لا يبدو ظاهراً، وهو المحافظة على خصوصية كل مجتمع، وعدم ذوبانها في عمومية الاتجاهات والأقوال الفقهية، فمع مرور الزمن فإن كل مذهب يؤثر ويتأثر بأعراف وتقاليد المجتمع الذي وجد فيه، فيغدو جزءاً من كينونة ذلك المجتمع، إلا أن أصحاب الرأي الأول - على ما يبدو - لا يعترفون بخصوصية المجتمعات.

وأبدأ بعرض هذه القاعدة، حيث اتفق جمهور الأصوليين على أن قول المجتهد دليل للعامي - غير المجتهد -، وأنه لا علاقة للعامي بالنص، وبالتالي فإن العامي مكلف من خلال قول المجتهد، والتزامه بهذا القول واجب².

تنطلق هذه القاعدة من مقدمات أهمها أن الله - سبحانه - أمر عباده بطاعته، وطاعته تكون بالتزام أحكامه، وهذه الأحكام لا يلتزم بها إلا بعد معرفتها، ولأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو

¹ - أبو غرارة، ضو مفتاح، وأبو رأس، علي، قراءة لتفعيل دور الدين في تشكيل الهوية، بحث غير منشور، ص 13-14.

² - الشاطبي، الموافقات، 4/500 -- الغزالي، المستصفى، 2/577 وما بعدها.

واجب، كانت هذه المعرفة واجبة، إذ لا يُعبد الله بجهل، ثم إن هذه المعرفة لا تتحصل إلا بامتلاك أدوات الاستنباط والاجتهاد، ولا يخفى ما في ذلك من مشقة وعسر على الناس، إضافة على فوات أشغالهم ومصالحهم، وبالتالي كان على طائفة منهم التخصص في هذا العلم، ثم يكون ما يتوصلون إليه من أحكام منهجاً يلتزم به الناس في مختلف شؤون حياتهم¹، يقول الشاطبي: "... أن المفتي شارع من وجه؛ لأن ما يبلّغه من الشريعة إما منقول عن صاحبها وإما مُستنبط من المنقول، فالأول يكون فيه مبلّغاً، والثاني يكون فيه قائماً مقامه في إنشاء الأحكام، وإنشاء الأحكام إنما هو للشارع، فإذا كان للمجتهد إنشاء الأحكام بحسب نظره واجتهاده فهو من هذا الوجه شارع واجب اتباعه والعمل على وفق ما قاله ..."²، وعَنْوَ الغزالي مسألة بعنوان " العامي يجب عليه الاستفتاء واتباع العلماء"³، وهكذا ومن خلال العبارتين السابقتين، والعرض السابق لهما، يتضح وجوب التزام الفرد والجماعة الرجوع إلى أهل الاختصاص في معرفة الحكم الشرعي، شأنهم في ذلك شأن سائر التخصصات في مختلف العلوم التي يُرجع فيها إلى أهلها، ورجوع الفرد والجماعة إلى أهل الاختصاص في معرفة الحكم الشرعي هو ما يُعرف بالتمذهب، ذلك أن المذهب مدرسة قائمة على مجموعة من الأصول والقواعد تتوصل بها وعن طريقها إلى معرفة الأحكام الشرعية، ومن ثم المقاصد الشرعية، والرجوع إلى إحدى هذه المدارس هو ما يُعرف بالتمذهب.

ولا ينقض ذلك وقوع المجتهد في الخطأ، ذلك أنه لا بديل عنه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن وقوع غير المجتهد في الخطأ مؤكد أكثر، وأشد خطراً وأثراً؛ لعدم امتلاكه المكنة والقدرة العلمية على الاجتهاد، كما أن رأي المجتهد وفق المنهجية المنضبطة حجة خطأ كان أم صواباً؛ لأنه مكلف بتحقيق غاية معتبرة، وقد تحققت⁴.

إن القول بالزامية مذهب معين يضعنا أمام خيارين متعارضين، الأول تعدد المذاهب بسبب تعدد تابعيها، مما قد يؤدي إلى تشظي المجتمع، وأيضاً ذوبان خصوصية المجتمع، خاصة في ظل وجود تيارات دخيلة، غير أصيلة فيه.

¹ - الشاطبي، الموافقات، 501-500، 4/579 -- الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 4/457.

² - الشاطبي، الموافقات، 468-4/467.

³ - الغزالي، المستصفى، 2/561.

⁴ - أبو غرارة وأبو رأس، قراءة لتفعيل دور الدين في تشكيل الهوية، ص11.

والثاني أن فرض مذهب معين يعد بمثابة تهديد واعتداء على الخصوصية الفردية، وحق الفرد في اعتقاد ما يشاء، خاصة في ظل وجود نصوص دستورية تقضي بحرية العقيدة، كما يُعتبر رفضاً للتنوع داخل المجتمع، كما قد يناقض أساس الوكالة في ربط المجتهد بالنص¹، فربط المجتهد بالنص تعني حرّيته - المقيدة بالأهلية العلمية - في فهم النص وتأويله ومن ثم استخراج الحكم الذي يراه صواباً، وفرض مذهب معين يسلبه هذه الحرية، ويفرض عليه السير في اتجاه فقهيّ معين.

من خلال العرض السابق، أنتهي على أن قاعدة (قول المجتهد دليل العامي) وحدها قاصرة عن الحفاظ على التوازن المطلوب بين خصوصية المجتمع من ناحية، والتنوع وحرية التمدّج من ناحية أخرى، لذا كان لازماً إلحاق قاعدة بها، تكون مكملّة لها، وقاضية على التعارض الحاصل بين المعطيات السابقة، وأعتقد أن قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) هي القاعدة المنشودة.

الفقرة الثانية: قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف:

كنْتُ قد تناولنا هذه القاعدة في المطلب السابق من زاوية أثرها على المنظومة التشريعية، وفي هذا المقام أناقشها من زاوية أثرها على مسألة الهوية التشريعية، وتحديد طبيعة تلك التشريعات. وكنْتُ في الفقرة السابقة قد عرضنا قاعدة (قول المجتهد دليل العامي) وأهمية هذه القاعدة في ضبط الفتوى والحفاظ على هوية المجتمع من جهة، وتعارضها مع الخصوصية الفردية، والحفاظ على التنوع داخل المجتمع من ناحية أخرى، وأعتقد أن الفقهاء قد راعوا هذا التناقض وأولّوه اهتماماً كبيراً، من خلال قاعد (حكم الحاكم يرفع الخلاف)، حيث اتفق جمهور الأصوليين على أن حكم الحاكم يرفع الخلاف في المسائل الاجتهادية - المتعلقة بتنظيم الشأن العام -، دون التعبدية، ذلك أن المسائل التعبدية يحكمها الطابع الشخصي، كما أن الرأي المختار من الحاكم يصبح حنفياً عند الأحناف، ومالكياً عند المالكية، وشافعيّاً عند الشافعية، وحنبليّاً عند الحنابلة، وأن حكمه بمثابة النص الخاص الوارد بخصوص المسألة محل الحكم، واعتبار حكمه نصّاً أوجبته المصلحة العامة التي وُجد الحاكم لأجلها²، وهاهنا نورد عبارة للقرافي

¹ - أبو غرارة وأبو رأس، قراءة لتفعيل دور الدين في تشكيل الهوية، ص 11.
² - الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 3/232.

بالخصوص، إذ يقول: " حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يعين ذلك الحكم الذي حكم به الحاكم، فإن الحاكم نائب عن الله - تعالى - في مسائل الخلاف، فإذا أنشأ حكماً في مسائل الاجتهاد كان ذلك كالنص الوارد في خصوص تلك الواقعة من تلك القاعدة العامة، والدليل الخاص مقدّم على العام في الصورة التي تناولها الخاص"¹.

من خلال العرض السابق يتضح ما لهذه القاعدة من عظيم أثر في الفصل بين الشأن العام والشأن الخاص للأفراد، سواء كانوا مسلمين أو لا، وسواء كانوا من مواطني الدولة أم أجنب عنها، فكون الحاكم نائباً عن الله - تعالى - أي نائب عن الشارع، وكلامه المتعلق بالتشريع بمثابة النص، ولا يجوز الطعن فيه، مالم يخالف نصاً جلياً، أو قاعدة، أو قياساً، كل ذلك فيه ضمانات لوحدة التشريع واستقراره، وتحقيق للهوية الوطنية من خلال التشريع، وفي ذلك حماية لخصوصية المجتمع من الذوبان في إجمال الآراء الفقهية من جهة، والذوبان في المنظومة العالمية من جهة أخرى، كل ذلك مع إمكانية الاستفادة من المذاهب الفقهية الأخرى في إطار المذهب السائد في البلاد.

كما أن حصر مجال هذه القاعدة في المسائل الاجتهادية دون التعبدية حماية للحرية الفردية، وحماية للتنوع الفقهي والفكري داخل المجتمع، مادام أفراد هذا التنوع لا يُقصي أحدهم الآخر، وبالتالي تحقيق السلم الاجتماعي، على الرغم من اختلاف مشارب الناس وعقائدهم²، إضافة إلى ضمان حقوق غير المسلمين، وغير مواطني الدولة، خاصة في ظل وجود اتفاقيات بين الدول تضمن حقوق أفرادها عند وجودهم خارج أراضيها، وهذا ما سنزيد تفصيله في الفقرة التالية.

الفرع الثاني: طبيعة التشريعات من خلال التطبيقات الفقهية:

سأعرض في هذا الفرع نماذج من الفقه الإسلامي تتناول بعض المسائل التي تمس هوية الأفراد ومعتقداتهم الخاصة، والتي في ذات الوقت تختلف عن النظام العام للمجتمع الذي يعيشون فيه، ومدى تأثير هذا الاختلاف على علاقتهم بغيرهم ممن يعتقدون خلاف عقيدتهم، وكيف أن المنظومة التشريعية الإسلامية استطاعت استيعابهم على الرغم من ذلك الاختلاف.

وسأقتصر في هذه الآراء على الجانب المدني، باعتباره الأكثر اتساقاً وقرباً بموضوع بحثنا.

¹ - القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لبنان- بيروت، دار الفكر، ب.ط، 2004م، 346-347.

² - أبو غرارة وأبو رأس، قراءة لتفعيل دور الدين في تشكيل الهوية، ص 14.

وفيما يلي جانب من آراء الفقهاء في بعض مسائل الأحوال الشخصية، حيث اتفق جمهور فقهاء المذاهب الأربعة على أن كل نكاح صحيح بين المسلمين صحيح بين الكفار، كما أمرنا بتركهم ومعتقداتهم، ولو كانت محرمة عندنا، وعليه إذا اعتقدوا صحة زواج، وكان باطلاً عندنا؛ لفقد شرط أو ركن مثلاً، أقرنا زواجهم هذا، كما أن إسلام أحدهم لا يبطل زواجه الذي عقده قبل إسلامه، إلا أن يكون محرماً عند المسلمين، كزواج المحارم مثلاً، وأنه لا ولاية لمسلم على كافر في الزواج، ولو كانت ابنته، كما لا ولاية لكافر على مسلم، كما لا نلزمهم حكمنا، إلا إذا ترفعوا إلينا، أو بموجب عقد الذمة الذي بيننا وبينهم¹.

أما فيما يتعلق بالشق المدني، وتحديدًا في الجزئية المتعلقة بمبدأ المشروعية، أو الانتفاع الشرعي، فإن جمهور الفقهاء قد أكدوا على ضرورة مراعاة الدين عندما يكون أساساً للمشروعية، ومن ثم يجوز لغير المسلم امتلاك الخمر - مثلاً - واستعمالها والاتجار بها؛ بل وأن تكون مهرًا في عقود زواجهم إذا اعتقدوا ذلك، ومثله الخنزير، ومختلف النجاسات²؛ لأنها أموال متقومة بالنسبة لهم، ومنعهم من امتلاكها والاتجار بها هدر لهذه المالية وهذا التقوم، وفي هذا إضرار بهم، وبالتالي لا يجوز³، وما هذه الفسحة - التي اعتبرها الفقه الإسلامي حقاً لغير المسلمين - إلا دليل على احترام خصوصية غير المسلمين ومراعاتها، خاصة المقيمين منهم في دار الإسلام، فمثلاً يقول القرافي: "... لأن الإسلام يقرر عقودهم، وإذا تزوجها بخمر أو خنزير أو بغير مهر لاستحلالهم ذلك ثم أسلما بعد البناء ثبت النكاح ... لأنه من أموالهم حينئذ، كما لو باعت خمرًا"⁴.

إن دلالة العبارات السابقة واضحة في اعتبار عقود غير المسلمين المقيمين في المجتمع المسلم، واعتبار مهورهم، وإن كانت محرمة في عقيدة المسلمين؛ وذلك مراعاة لأحكام عقيدتهم وما يدينون به، ونكتفي بهذا القدر دون زيادة شرح وتفصيل، فوضوحها يغني عن كل ذلك.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 2/358، 378، 403، 459 وما بعدها -- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تح: محمد أبو خبزة، لبنان- بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م، 4/242-243، 325 وما بعدها -- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تع: محمد مطرجي، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2002م، 5/11-12، 24، 78، 85 -- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، تع: هلال مصيلحي- مصطفى هلال، لبنان- بيروت، دار الفكر، ب.ط، 1982م، 5/53، 115-118.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 2/459 وما بعدها -- القرافي، الذخيرة، 4/327 وما بعدها -- البهوتي، كشف القناع، 5/118.

³ - السرخسي، شمس الدين أبو بكر، الميسوط، تق: خليل محيي الدين الميس، لبنان- بيروت، دار الفكر، ط1، 2000م، 7/115.

⁴ - القرافي، الذخيرة، 4/327 وما بعدها.

ذلك فيما يتصل بعلاقة الفقه الإسلامي بالهوية، ومن ثم طبيعة التشريعات فيما يتعلق بالتشريع الداخلي، وفيما يلي نورد العلاقة بينهما فيما يتعلق بالتشريع الخارجي، أو ما يُعرف بالمواثيق والمعاهدات الدولية؛ ذلك أن هذه المواثيق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية أصبح لها دور لا يمكن التغاضي عنه في منظومة التشريعات الداخلية للدولة الحديثة.

في الواقع لم يرد ذكر صريح لهذه المسألة في أمهات المراجع الفقهية، ربما لاختلاف ظروف الزمان، إلا أن أحكام الإسلام لم تخل من دلالة على العلاقة بين التشريع الداخلي والمواثيق الدولية¹، ومن أهم التطبيقات المتعلقة بالخصوص مسألة الدية في القتل الخطأ وأحكامها، وبداية بالنص القرآني الوارد بخصوص هذه المسألة، يقول الله -تعالى-: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا لَاحِطًا) إلى قوله - تعالى -: (وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)²، ومحل الاستشهاد هو الجزء الأخير من الآية، وهو كون المقتول مؤمناً وأهله كفاراً، وبين أهله والمؤمنين ميثاق، إذ يستحق أهله الدية، والكفارة على القاتل - المسلم -.

إن دلالة الآية ظاهرة في استحقاق أهل القتل دية، وقد أكد المفسرون أن أساس الاستحقاق هو الميثاق المبرم بين أهل القتل والمسلمين³، إلا أن هذا الاستحقاق قد خالف أحكام الميراث، والتي تقضي بعدم التوارث بين المسلم والكافر، والدية في الأصل دية عن القتل، وتركته عنه، وبالتالي تأخذ شكل الميراث حقيقة أو حكماً، ميراثاً منه إلى أهله، وقد استحقها أهله في هذا الموضع بحكم الميثاق الذي بينهم وبين المسلمين، فكان الميثاق أساس مشروعية الدية، وصفة الدية وتكييفها أنها من جملة أموال المقتول التي سيرثها عنه أولياؤه، وبمفهوم المخالفة، فإن عدم وجود الميثاق يقتضي عدم استحقاق أهل القتل دية ابنهم.

إن أحكام الميراث تمثل جانباً من الفقه الإسلامي المتعلق بالتشريع الداخلي للدولة الإسلامية، إلا أن ذلك لم يمنع تعديل تلك الأحكام للوفاء بالمعاهدة والميثاق المبرمين بين المسلمين وغيرهم، مما يجعل الميثاق والمعاهدة أعلى من التشريع الداخلي، وهذا فيما يتعلق بأحكام المسلمين مع غيرهم، ولا يخفى ما في ذلك من احترام للمواثيق الدولية، وإن احتوت على ما يخالف أحكام

¹ - أبو غرارة وأبو رأس، قراءة في تفعيل دور الدين في تشكيل الهوية، ص 11.

² - سورة النساء، الآية 92.

³ - القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج 1، ص 284-285 - ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، 3/162. مصر - القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2010م.

الإسلام المتعلقة بالمسلمين، عندما يكون النص متعلقاً بتنظيم العلاقة بين المسلمين وغيرهم، خاصة وأن غير المسلمين غير ملزمين بأحكام المسلمين، فقد أمرنا بتركهم وما يعتقدون، إلا إذا تحاكموا إلينا، ورضوا بحكمنا، وفي هذا إقرار بفكرة العقد الاجتماعي.

وأنهي هذا الفرع ببيان حكم الربا، لما لهذه المسألة من أهمية بموضوع بحثي، فقد ذهب جمهور الفقهاء وأبو يوسف من الأحناف إلى حرمة الربا مطلقاً، بين المسلم والمسلم، وبين المسلم والكافر، في دار الإسلام ودار الحرب، إذ لا اعتداد بالمعتقد الشخصي للطرف المقابل في العقد، كما لا اعتداد بالإقليم الذي أُقيمت فيه المعاملة الربوية، بخلاف الكفار فيما بينهم، في دار الحرب أو دار الإسلام¹، وإلى هذا ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين، فبحسب اطلاعي فإن الرأي المختار هو حرمة الربا مطلقاً، بغض النظر عن أطراف العقد، مادام أحدهما مسلماً، وبغض النظر عن الإقليم الذي أُقيمت فيه المعاملة الربوية².

أما جمهور الأحناف فقد فصلوا القول في مسألة الربا، وذكروا ست مسائل على أنها ليست من الربا المحرم شرعاً، وإن كانت الفائدة متحققة فيها، ومن بينها الربا الواقع بين المسلم والكافر - الحربي - في دار الحرب، فقد حكموا بجوازه؛ لاشتراطهم في المال الذي يقع فيه الربا أن يكون متقوماً معصوماً، والتقوم مبناه العقيدة، والعصمة مبناهم الولاية السلطانية، ومال الحربي وإن كان متقوماً بناء على عقيدته، إلا أنه غير معصوم؛ لكونه خارج ولاية سلطان المسلمين، وبالتالي تخلف فيه شرط العصمة، فجاز فيه الربا، وإن كان أبو حنيفة - رضي الله عنه - يرى أن العصمة والتقوم مبناهما العقيدة والولاية معاً³.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 287-5/285، 7/196 - الصاوي، أحمد بن محمد المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، على الشرح الصغير لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مصر - القاهرة، مكتبة الخانجي للنشر، الجمهورية العربية الليبية - طرابلس، دار مكتبة الفكر، ط الأخيرة، 1952، 2/15 - الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، نهاية المطلب في دراية المذهب، تج: عبد العظيم محمود الديب، المملكة العربية السعودية - جدة، دار المنهاج، ط1، 2007، 17/488، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 163-4/162.

² - بن طاهر، الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، لبنان - بيروت، مؤسسة المعارف، ط1، 2009، 54-5/53 - الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، لبنان - بيروت، دار الفكر، سوريا - دمشق، دار الفكر المعاصر، ط4، 1997، 5/3739 - الغرياني، الصادق عبد السلام، الربا في القرآن الكريم، ليبيا - طرابلس، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، ب.ط، 2005، ص 267-275.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، 287-5/285 - ابن عابدين، محمد أمين، الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ، ويلييه حاشية قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار، ع: أبو بلال جمال بن عبد العال، مصر - الدار العالمية للنشر والتوزيع، ط1، 2012، 7/33.

الفرع الثالث: أساس بناء الأحكام وتطبيقها:

من خلال العرض السابق يمكن القول بأنني انتهيت إلى أساسين اثنين هما: العقيدة - الدين -، والولاية - الإقليم -.

الفقرة الأولى: العقيدة:

والمقصود هنا، الدين الذي يعتنقه الأفراد، ومن ثم التشريعات التي يضعها هذا الدين، ويُقر بها أفرادها وأتباعه، وبناء على هذا الأساس فإن لكل ذي معتقد الحق في تطبيق أحكام معتقده عليه، وبهذا كفل الفقه الإسلامي لغير المسلمين المقيمين في دار الإسلام، أو الداخلين إليها، ولو على سبيل التأفيت، الحق في العيش والتعامل وفق عقائدهم، فقد أمرنا بتركهم وما يعتقدون، وفي حال تنازعهم فإن الحكم بينهم وفق عقيدتهم لا عقيدة القاضي المسلم¹، وكذلك متعلقاتهم، فما اعتُبر منها في عقيدتهم مالاً كان كذلك، مالاً ومتقوماً، ويُحكم له بالضمان والتعويض حال إتلافه، ولو كان المتلف مسلماً، ولو كان المتلف غير متقوم في عقيدتنا؛ لنجاسته مثلاً، كما في الخمر، وهذا على رأي الأحناف والمالكية².

إن اعتبار العقيدة أساساً للتشريع أفضت إلى وضع عقود ومواثيق بين المسلمين والكفار في دار الإسلام، تهدف هذه العقود إلى تنظيم العلاقة بينهم، وحفظ حقوق كل منهم، فكانت هذه العقود عقداً الذمة والأمان.

إن عقدي الذمة والأمان كان لهما الأثر البالغ في حفظ حقوق غير المسلمين، فبموجبهما أصبحت أنفسهم معصومة من الاعتداء، وأغراضهم أموالاً متقومة ومضمونة، وإن كانت غير ذلك في عقيدة المسلمين، فعقد الذمة كما ذكر القرافي "يوجب حقوقاً علينا لهم لأنهم في جوارنا وفي خفارتنا وذمة الله تعالى وذمة رسوله - ص - وذمة الإسلام ..."³.

فتعاملنا معهم وفق هذا العقد يبدأ من البر والإحسان إليهم، ونصحهم في كافة أمورهم، وينتهي بالدفاع عنهم، وعن أموالهم؛ بل والموت دونها، ودون مصالحهم إن لزم الأمر، ومصلحتهم

¹ - القرافي، الذخيرة، 8/278.

² - السرخسي، المبسوط، 46-6/45، 67 -- القرافي، الذخيرة، 280-8/277.

³ - القرافي، الفروق، 2/14.

كأنفسهم معصومة؛ لتقوّمها، وبالتالي وجب الدفاع عنها، وإن كانت غير متقوّمة في عقيدة المسلمين، وكل ذلك وفاءً بعهد الذمة الممنوح لهم، وإلا كان نقضاً لذمة الله، وذمة رسوله - صلى الله عليه وآله وسلم -¹.

بناء على ما سبق يمكن القول بأن عقد الذمة هو العقد الممنوح للكفار المقيمين في دار الإسلام، أي أنهم من السكان الأصليين للبلاد الإسلامية إلا أنهم لا يدينون بدين الإسلام، وهذا العقد لكفالة حريتهم وحقوقهم، واعتبارهم مواطنين كمواطني الدولة المسلمين.

أما عقد الأمان فهو العقد الممنوح للحربي - غير مواطن - الذي يدخل البلاد الإسلامية، للتجارة مثلاً، فهو داخل على سبيل التأقيت، ويُمنح للمسلم الذي يدخل دار الحرب.

وأما ما يخص التشريع المتعلق بالمسلمين فظاهر، فما كان جائزاً في عقيدتهم فهو جائز، وما كان غير ذلك كان منهيّاً عنه وعن كل ما يقرب إليه.

إن الضمانات التشريعية تبدو ظاهرة من خلال العرض السابق في حفظ حقوق المسلمين وغيرهم في دار الإسلام، أو الدولة الإسلامية، كما يمكن ملاحظة دور قاعدة (قول المجتهد دليل العامي) في وضع هذه الضمانات، وتحديدتها، والنص عليها، وبقيت القاعدة المكملّة لهذه القاعدة، وهي محل العرض التالي.

الفقرة الثانية: الولاية:

والمقصود بها الولاية السلطانية، أو الإقليم الواقع تحت حكم الحاكم، ونعتقد أن قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) وهي القاعدة المكملّة لـ (قول المجتهد دليل العامي) يظهر أثرها في ظل هذا الأساس - الولاية -، إذ للحاكم سلطة تقدير الدلالة واجبة التطبيق من بين الدلالات التي انتهى إليها المجتهدون، وقد فصلنا الحديث في هذا الشأن سابقاً²، وبناء على ذلك، فإنه في حال انعدام الحاكم ينعدم الحكم؛ لعدم معرفة الدلالة واجبة التطبيق من بين مجموع الدلالات التي انتهى إليها المجتهدون، ما يجعل الأمر مجملاً، وما كان مجملاً توقف العمل به حتى يُبين

¹ السرخسي، المبسوط، 46-6/45، 7/115، القرافي، الذخيرة، 280-8/277، القرافي، الفروق، 15-2/14.

² - يُنظر ص 36 وما بعدها.

وفيفصل؛ لأن في التكليف بالمجمل تكليفاً بمحال وهو باطل، وهذا على رأي الأصوليين¹، إذ مادام الحاكم نائباً عن الله - سبحانه - وهذا النائب معدوم، ولا يمكن التواصل مع الأصل، وهو الله - سبحانه - فقد بقي الأمر على إجماله، فيرتفع التكليف، ويتوقف العمل، وربما هذا ما أسس عليه جمهور الأحناف حكمهم بعدم عقاب من جنى في دار الحرب من المسلمين، وكذلك عدم وقوع الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب؛ لعدم الولاية²، أي لوقوع الحادثة خارج حدود ولاية الوالي، خارج دائرة حكم الحاكم المسلم إقليمياً، مما يوحي بأخذهم بمبدأ إقليمية القانون، فالدخول في إقليم آخر يعني الدخول تحت مظلة سلطانية أخرى، أي نظام تشريعي آخر، وهذا ما يحدث عند دخول الحربي - الأجنبي - في دار الإسلام، وهو أيضاً ما يحدث عند دخول المسلم دار الحرب، أو إسلام حربي وهجرته إلى دار الإسلام، ثم رجوعه إلى دار الحرب، واستقراره فيها، فوفقاً لمبدأ إقليمية القانون فإن من يدخل إقليمياً تُطبق عليه أحكام ذلك الإقليم، إلا ما يستثنيه عقد الذمة الممنوح للذمي المقيم في دار الإسلام، أو عقد الأمان الممنوح للحربي الداخل دار الإسلام، أو المسلم في دار الحرب، وهكذا فإن الدخيل على نظام تشريعي معين يتعامل مع أفراد وفق ذلك النظام، لا وفق نظامه هو، ولذا جاز الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب؛ لأنه جائز في تشريع تلك الدار، ومال الحربي غير معصوم بالنسبة للمسلم؛ لأنه خارج ولاية الحاكم المسلم، وذات المعاملة الربوية لم تجز في دار الإسلام؛ لعدم جوازها في تشريع هذه الدار؛ لأن مال كليهما متقوم معصوم، المسلم بمقتضى إسلامه، والحربي بمقتضى عقد الأمان.

هذا في حال اختلاف إقليم طرفي العقد - عقد المعاملة -، أما إذا اتفقا إقليمياً، فيطبق عليهما تشريع إقليمهما، ولو كانا خارجه، وذلك بمقتضى عقد الذمة أو الأمان الممنوح لهما من الدولة المستضيفة.

وهكذا، ومن خلال كل ما سبق، يمكن القول بأن مذهب جمهور الأحناف في حال تنازع التشريعات، وإرادة تحديد التشريع الواجب التطبيق، فإنه في حال اختلاف موطن طرفي العقد، وكان أحدهما مواطناً، فإن تشريع الدولة التي حدثت فيها المعاملة هو التشريع الأولي بالتطبيق، أما في حال اتحاد طرفي العقد، وكانا خارج موطنهما، فإنه يطبق عليهما تشريع دولتهما، وذلك

¹ - الشاطبي، الموافقات، 3/237 -- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، ص.تخ.ت: محمد محمد تامر، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، ط1، 2000م، 3/45.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/195.

بمقتضى عقد الذمة أو الأمان الممنوح لهما، ويلحق بدار الإسلام الحربي الذي أسلم في دار الحرب، ثم هاجر إلى دار الإسلام، ثم رجع إلى دار الحرب واستقر بها، ويلحق بدار الحرب الذمي المقيم في دار الإسلام، يلحقون بتلك الدور تشريعياً، أما فيما عدا ذلك فهم كمواطني الدولة المسلمة، وما كان هذا الإلحاق إلا لحفظ حقوقهم، ولذا كان الربا بين المسلم والمسلم في دار الحرب غير جائز، وبين المسلم والحربي في تلك الدار جائزاً، وكان الربا بين الذمي والذمي في دار الإسلام جائزاً، وبين الذمي أو الحربي والمسلم في هذه الدار غير جائز¹.

إن شَرْطِي التَّقَوُّمِ والعصمة شرطان متلازمان، وشرط العصمة مرتبط على شرط التقوُّم، فما كان متقوماً كان معصوماً، وما لم يكن متقوماً لم يكن معصوماً، وكما أسلفنا، فإن مبنى التقوُّم العقيدة، ومبنى العصمة الولاية، وعقدا الذمة والأمان هما الضامنان والمنظمان لكل ما سبق، هذا فيما يتعلق بالمعاملات المالية، أما الجنايات فإن شرطها العصمة فقط، أي الولاية، وإن كان يُعْبَرُ عن العصمة أحياناً بلفظ التقوُّم²، ولكن يقصد به العصمة؛ لأن تقوُّم النفس عصمتها، إذ هي ليست بمال فيُتَقَوَّم، وعلى هذا في المعاملات المالية لا يجوز أن يُرَابِي مسلماً مسلماً في دار الحرب؛ لأن مالهما متقوَّم، وذلك بمقتضى عقيدتهما التي تحرّم ذلك، وإن كانا في دار الحرب، إذ العمل بحكم دار الإسلام بناء على التقوُّم المؤسس على العقيدة، بينما لو قتل مسلماً مسلماً في دار الحرب، فلا يُقْتَص منه؛ لفقدتهما العصمة باعتبارهما خارج دار الإسلام، وكذا لو شرب خمرًا فلا يُحَدُّ، وإن كان آثماً، للسبب ذاته³.

هذا على رأي جمهور الأحناف، أما ما ذهب إليه أبو يوسف من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة فإن التقوُّم والعصمة أساسهما العقيدة فقط، دون الإقليم، وبالتالي فإن أحكام الإسلام ماضية على المسلمين جميعاً، وأينما كانوا، في دار الحرب أو في دار الإسلام، وسواء في المعاملات المالية أو في الجنايات، فلو أن مسلماً قتل مسلماً في دار الحرب ثم رجع إلى دار الإسلام اقتُص منه، وكذلك سائر الجنايات⁴.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 5/285-287، 7/196 -- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، 7/33.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/195.

³ - المرجع السابق، 7/195-196.

⁴ - المرجع السابق، 7/196 -- الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 17/488.

وعلى هذا كانت العقيدة والإقليم أساسين لتحديد طبيعة التشريع عند جمهور الأحناف، وكانت العقيدة فقط هي أساس تحديد طبيعة التشريع عند جمهور الفقهاء، يقول الكاساني: " ... وهذا مبني على أن التقوّم عندنا يثبت بدار الإسلام؛ لأن التقوّم بالعزة، ولا عزة إلا بمنعة المسلمين، وعند الشافعي - رحمه الله - التقوّم يثبت بالإسلام ... ¹، وليس نص الكاساني على دار الإسلام فقط معناه استبعاد العقيدة كأساس؛ بل كان ذلك من باب دلالة التضمّن*، وإلا لجاز الربا بين المسلمين في دار الحرب، وقد أفتوا بخلاف ذلك.

كل ما سبق آراء مجتهدين تندرج تحت قاعدة (قول المجتهد دليل العامي)، ثم يأتي دور قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) للاختيار من بين هذين الرأيين، والحكم به، كما في خمر الذمي الذي يتلفه المسلم، فقد أفتى الأحناف والمالكية بلزوم التعويض، كما أسلفنا، وأفتى الشافعية والحنابلة بعدم التعويض، لكون الخمر ليس بالمال المتقوّم الذي يغرم مُتلفه².

السمة التي يتميز بها الفقه الإسلامي بناء على تلك الأسس:

من خلال العرض السابق للقواعد والآراء الفقهية والأسس التشريعية نلاحظ سعة التشريع الإسلامي، وقبوله للتشريعات الأخرى واحتواءه لها، والإفتاء والقضاء لأصحابها بها، وجعلها جزءاً منه، وكل ذلك داخل القطر الإسلامي، وذلك كما رأينا من خلال أحكام الزواج المعمول بها من قبل غير المسلمين، وكذلك اقتناء الخمر وسائر النجاسات وشربها والاتجار بها، والتعامل بالربا، كل ذلك قبلته المنظومة التشريعية الإسلامية، كما قبلت أصحابه ومُعتقديه داخل قُطرها.

إن كل ما سبق يسمُ التشريع الإسلامي بسمة التنوع والتعدد، فذات المحل محرم على المسلمين، جائز لغيرهم، فكل وعقيدته، وكل وتشريعه، مادام الدين هو أساس التحريم، ودور الحاكم تأطير خصوصية كل مكوّن من مكونات المجتمع الذي يحكمه وتنظيمها، بما يضمن حقوق الكل، وعدم تصادمها.

إن سمة التعددية التشريعية في التشريع الإسلامي تمتد - بلا أدنى شك - إلى سائر فروع هذا التشريع، الاقتصادي، والجنائي، وغيرهما، وبما أن محل بحثنا هو التشريع الاقتصادي، وتحديدًا

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/195.

* أي عند حديث الكاساني عن دار الإسلام فإن كلامه متضمن جانب العقيدة؛ باعتبارها عقيدة أهل هذه الدار.

² - الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 7/295 - ابن قدامة، المغني، 5/442.

المصرفي منه، فإن العرض السابق يقضي بأن طبيعة النظام الاقتصادي الإسلامي نظام متعدد متنوع، يحفظ حقوق الكل وفق أحكام عقائدهم، ودون إخلال بالمصلحة العامة، ومقتضيات وحدة النظام التشريعي، وتطبيق الحاكم لهذا النظام يجعل من الاقتصاد الإسلامي اقتصاداً حراً منفتحاً يحقق مصالح الجميع.

الفصل الثاني

طبيعة النظام المصرفي الليبي (من 1951م إلى 2015م)

إن ما أقصده من كلمة (الطبيعة) في هذا العنوان، هو وصف النظام المصرفي الليبي بمقارنة أحكامه وتعاملاته بأحكام الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها، وكل ذلك في ضوء نظرة شمولية للنظام القانوني الليبي بشكل عام، تبدأ من الدستور، وحتى تعاملات النظام المصرفي، بحيث يمكن أن نتساءل هل كان النظام المصرفي الليبي بدءاً من أسسه الدستورية موافقاً للشريعة الإسلامية، ومن ثم فهو نظام مصرفي إسلامي، أو كان غير ذلك؟

وكننت في الفصل السابق قد أجريَتْ دراسة بيانية لواقع هذا النظام المصرفي، من خلال نصوصه التشريعية، والنصوص الدستورية القائمة عليها، كما أجريَتْ دراسة تحليلية تأصيلية لمسألة دور مصدرية التشريعات في تحديد طبيعتها، وكل ذلك من باب بيان الإطار العام الذي كان النظام المصرفي جزءاً منه، كون هذا الإطار ذا دور مهم وفعال في بيان معالم وأسس هذا النظام المصرفي، وعليه فإن الحكم على طبيعة هذا النظام المصرفي يجب ألا يكون منفصلاً عن البناء التشريعي الذي يشكل لبنة فيه.

وفي هذا الفصل سأقرب الصورة أكثر؛ لأكون أكثر تحديداً ودقة في دراسة هذا النظام المصرفي، وذلك من خلال دراسة جزئية أرى فيها عناصر مهمة وأساسية في تحديد طبيعة هذا النظام، وذلك وفق التقسيم التالي:

المبحث الأول: أسس تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي

المبحث الثاني: تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي

المبحث الأول

أسس تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي

كما هو معلوم، فإن المصارف تشكل عصب الحياة الاقتصادية في الدولة الحديثة؛ لمركزيتها في إدارة وتشغيل الأموال، والحركة الاقتصادية في المجتمع بشكل عام، وتعتبر عملية التمويل المصرفي محور العمل المصرفي؛ بل عصب العمل المصرفي، ومن أهم المسائل التي تشغل بال الاقتصاديين والشرعيين على حد سواء، من حيث تكييف هذه المسألة وتأصيلها، ويعتبر القرض المصرفي محور عملية التمويل، والفائدة المصرفية هي محور عقد القرض، ومنشأ الخلاف والإشكال.

وفي ليبيا يُنظر للقرض المصرفي، وتحديداً الفائدة، على أنه محور النظام المصرفي بأكمله، وعنوانه العريض، وعليه فإن الحكم على النظام المصرفي الليبي يكون من خلال الفائدة المفروضة على القرض، فإن تضمن فائدة كان النظام المصرفي ربوياً غير إسلامي، وإلا فلا، وهذا ما دفعني لجعله أساساً لتحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي في هذا البحث.

وقبل الخوض في تفاصيل الفائدة المصرفية المفروضة على القرض المصرفي، أعرض الحكم الفقهي المعاصر حول حكم الفائدة المصرفية، إذ يذهب معظم الفقهاء المعاصرين إلى تحريمها؛ لانطباق وصف الربا عليها، وبالتالي ربوية القرض¹، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بجوازها، ولكن ليس بتكييف القرض المصرفي على أنه قرض؛ بل اختلفوا في ذلك، فمنهم من كَيّفه على أنه عقد مضاربة، ومنهم من جعله جُعلاً، وغير ذلك من التكييفات²، غير أن كل هذه التكييفات واحدة في مضمونها، وإن اختلف مسماها.

إن هذا الاضطراب والاختلاف في الحكم على الفائدة المصرفية، والقرض المصرفي، انعكس - بطبيعة الحال - على العمل المصرفي وعلى العقود التي يُنظر إليها على أنها بدائل عن

¹ - أبو زهرة، محمد، بحوث في الربا، الكويت، دار البحوث العلمية، ط1، 1970م، ص 25 وما بعدها - عبيد، عيسى، وضع الربا في البناء الاقتصادي، الكويت، دار البحوث العلمية، ط1، 1973م، ص 27 وما بعدها - المصري، رفيق يونس، الأبرش، محمد رياض، الربا والفائدة، دراسة اقتصادية مقارنة، سوريا- دمشق، دار الفكر، ط1، 1999م، ص 19 وما بعدها، ص 37 وما بعدها.

² - الصاوي، محمد صالح، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، مصر- المنصورة، دار الوفاء للطباعة والنشر، ط1، 1990م، ص 540 ما بعدها - الصدر، محمد باقر، البنك اللاربوي في الإسلام، لبنان- بيروت، دار التعارف، ب.ط، 1990م، ص 164 وما بعدها.

القرض المصرفي الربوي، كعقد المربحة مثلاً، حيث أخذت هذه البدائل شكل الجِيل بدلاً من الحل، على الأقل في نظر العامة، وهو ما أدى مع مرور الوقت إلى اقتراب المصارف الإسلامية من المصارف التقليدية شيئاً فشيئاً، وأصبحت تلك البدائل ما هي إلا إجراءات شكلية يغلب عليها طابع اللغو، بسبب تفاهة المصلحة المعقود عليها، والتي هي في الواقع غير مقصودة لذاتها، وإنما لتبرير العقود وتمريضها¹.

وفي هذا المبحث سأحاول دراسة الفائدة المفروضة على القرض المصرفي، ومقارنتها بالفائدة التي قد تفرض على القرض المذكور في الفقه الإسلامي، فهل لهاتين الفائدتين ذات الطبيعة والعناصر، ومن ثم وحدة الشكل والمضمون، ومن ثم وحدة الحكم؟

إن سبب تركيزي على جزئية الفائدة هو أن القرض ليس عقد تبرع خالص؛ بل أوله تبرع، وهو الجزء المتعلق بعوض الزمن، وآخره معاوضة، وهو الجزء المتعلق بعوض مال القرض²، ومحل دراستنا في هذا المبحث هو الجزء الأول، ألا وهو عوض الزمن، أي الفائدة، إذ هذه الفائدة هي سبب قياس القرض المصرفي على القرض*، ومن ثم إعطاء حكم الثاني للأول، وهذا ما درج عليه معظم الفقهاء المعاصرين.

وفي سبيل تفكيك مسألة عوض الزمن - الفائدة - سأحتاج إلى دراسة مجموعة من العناصر، أرى فيها منطلقات أساسية لدراسة المسألة سالفة الذكر، وقد رأيت تقسيم هذه العناصر كالتالي:

المطلب الأول: أساس الشرعية.

المطلب الثاني: طبيعة العقد وأطرافه.

¹ - الكثيري، طالب بن عمر، الاشكاليات الفقهية العشر أمام منتجات العمل الخيري والعمل المصرفي، لبنان- بيروت، مركز نماء للبحوث والدراسات، ط1، 2016م، ص 49.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/126.

* - عند ذكرنا للقرض مجرداً فإننا نقصد به القرض المذكور في الفقه الإسلامي، خاصة كتب الفقه القديمة.

المطلب الأول: أساس الشرعية

كما أسلفنا، فإن عوض الزمن - الفائدة - هو موضوع هذا البحث، إلا أن هذا الموضوع يمثل جزءاً من كل، ألا وهو القرض، وعليه سنتعامل مع القرض على أنه القاعدة، ثم نحاول إسقاط أحكامه المتعلقة بأساس الشرعية على القرض المصرفي، فإن تطابقا كان للقرض المصرفي حكم القرض، وإن اختلفا كان للقرض المصرفي خصوصيته.

وللتنبية، فإن نقاشنا لأساس شرعية القرض لا يبعدنا عن الفائدة باعتبارها موضوع البحث، فالفائدة - عوض الزمن - هي أهم محترزات القرض، إن لم تكن الوحيدة، وحكم القرض بين الجواز والحرمة متوقف عليها، كما أن تحديد أساس شرعية القرض تم من خلالها، وفيما يلي بيان ذلك.

عند استقراء أحكام القرض، وخصوصاً المتعلقة بالمنفعة المتعلقة بالقرض، نجد أن شرط المنفعة أن تكون خالصة للمقترض فقط، فلا يشترك فيها مع المقرض، ولا مع غيره، وإلا وقع الربا المحرم، وفسد عقد القرض، هذا بحسب الأصل، ولكن إذا حصلت منفعة للمقرض، وكانت غير مشروطة في العقد، ولا حكم بها عُرِف، وبرضا المقترض، فلا بأس بها، ولا يكون القرض ريوياً، وبالتالي لا يُفسخ؛ لأن هذه المنفعة من باب حسن القضاء، ذلك أن " الربا اسم لزيادة مشروطة في العقد..."¹، يقول الكاساني: " وأما الذي يرجع إلى نفس القرض، فهو ألا يكون فيه جر منفعة، فإن كان لم يجز... هذا إن كانت الزيادة مشروطة في القرض، فأما إن كانت غير مشروطة فيه، ولكن المستقرض أعطاه أجودها فلا بأس بذلك..."²، ويقول الدردير: " وحرّم في القرض جر منفعة "كشرط" قضاء "عفن بسالم" والعادة كالشرط ... ومفهومه الجواز مع عدم الشرط، وهو كذلك "³، ويقول الشربيني: " ولا يجوز "الإقراض في النقد وغيره "بشرط" جر نفع للمقرض ... "ولو رد هكذا" أي زائداً عن القدر أو الصفة "بلا شرط فحسن" بل مستحب"⁴، ويقول ابن قدامة: " وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف ... فإن أقرضه مطلقاً من

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/583.

² - المرجع السابق، 584-7/583.

³ - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، وبهامشه تقاريرات

الشيخ محمد عlish، ب.د، دار إحياء الكتب العربية، ب.ط، ب.ت، 3/225.

⁴ - الشربيني، مغني المحتاج، 3/34.

غير شرط فقضاه خيراً منه في القدر أو الصفة أو دونه برضاها ما جاز ...¹، هذا في حالة الزيادة على قدر القرض، أو صفته، أما في حالة النقصان عن قدر القرض أو صفته فقد أجازها بعض الشافعية؛ لدخولها في معنى الارتفاق بالمستقرض، وهو موضوع القرض²، ومنعها غيرهم على اعتبار أن شرط القرض المماثلة، وبالتالي كان النقصان كالزيادة³، ونقل بعض المالكية أن حكم النقصان تجاوز من المقرض وتماثل إحسان⁴.

إن القول بأن الزيادة على قدر القرض أو صفته زيادة محرمة تُقضي إلى الربا، إلا إذا كانت تطوعاً من المقرض إلى المقرض بلا شرط من الأخير، ولا عادة أو عرف، هذا القول ينتهي بنا إلى نتيجة مفادها أن الزيادة - الفائدة - ليست مقصودة لذاتها في حكم التحريم، وإلا لحُرمت الفائدة مطلقاً، ولما كانت متوقفة على عدم اشتراطها، أو رضا المقرض بها؛ بل إن التحريم منصب على اشتراط الفائدة، أو العادة بها، حيث إن للشرط والعرف والعادة ذات الحكم، فهذه القيود تعتبر خرقاً لأساس شرعية القرض، ألا وهو الإرفاق بالمقرض.

إن القول بأن الإرفاق هو أساس شرعية القرض، ولأجله مُنعت الزيادة - الفائدة - ظاهر وصريح في عبارات الفقهاء، يقول التسولي بعد ذكره لشرط انحصار منفعة القرض للمقرض فقط: "وينبغي التمسك به لحاجة المقرض"⁵، ويقول الشربيني: "والمعنى فيه أن موضوع القرض الإرفاق، فإذا شرط فيه لنفسه حقاً خرج عن موضوعه فمُنعت صحته"⁶، ويقول ابن قدامة: "وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف ... ولأنه عقد إرفاق وقرية فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه"⁷.

¹ - ابن قدامة، المغني، 361-4/360.

² - الشربيني، مغني المحتاج، 3/35.

³ - ابن قدامة، المغني، 4/161.

⁴ - ابن عبد البر، أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 2002م، ص358.

⁵ - التسولي، أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، وبهامشه حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، أبي عبد الله محمد التاودي، المغرب- الدار البيضاء، دار المعرفة ودار الفكر، ط1، 1998م، 2/405.

⁶ - الشربيني، مغني المحتاج، 3/34.

⁷ - ابن قدامة، المغني، 4/360.

يُفهم من العبارات السابقة أن الفقر والعوز والكُرب هي ما دفعت المستقرض لطلب القرض، وبناء على ذلك جعل الفقهاء الإرفاق أساساً لشرعية القرض، فشرعوا كل ما يتناسب مع هذا الأساس، ومنعوا كل ما يناقضه، والسؤال: ما مدى توافق هذا الأساس مع القرض المصرفي؟

إن ممن يطلب القرض المصرفي أغنياء، وقد يكونون مؤسسات أو شركات، وحتى حكومات¹، فهل يطلب الغني القرض لفقر وضيق ألم به، ومن ثم يُمنح قرضاً رفقاً بحاله، أم أنه يطلبه تمويلاً لمشاريعه، وتفعيلاً لموارد المجتمع، ومن ثم يكون للقرض المصرفي أساس آخر غير الإرفاق؟

إن القول بأن ممن يستفيد من القرض المصرفي هم من الأغنياء والشركات والمؤسسات وحتى الحكومات يدل على اختلاف أساس الشرعية بين القرض والقرض المصرفي، كما يدعو للبحث عن سبب لجوء هؤلاء للاستقراض، وأساس منح المصارف القرض لهم، ومدى منطقية التعامل معهم على أساس الرفق والإحسان، واتفاقه مع قواعد الفقه الإسلامي.

إن ما سبق يدعونا للنظر في أساس شرعية الفائدة بسبب الزمن في المعاملات، ثم محاولة إسقاطه على الفائدة في القرض المصرفي، تماماً كما فعلنا مع أساس شرعية القرض، ثم النظر بعد ذلك في موقع القرض المصرفي من الأساسين.

لقد جعل الفقهاء من الحاجة لتوظيف الموارد أساساً لشرعية الفائدة مقابل الزمن في عدة عقود، كالسلم والمضاربة والمساقاة والمزارعة وصوراً من الإجارة، ورتبوا على هذا الأساس آثاراً غير التي رتبوها على أساس الإرفاق، فعقد السلم مثلاً ذكر الفقهاء أن الأصل فيه الحرمة؛ لأنه في معنى السلف بمنفعة، فالمشتري - المسلم - يدفع أقل من سعر السلعة نظير الأجل الممنوح لجلبها، ولذلك سُمي بالسلم والسلف، إلا إنهم أجمعوا على مشروعيته؛ لحاجة الناس إليه، وهي حاجة تشغيل الأموال، ودعم التجارة والزراعة والصناعة، فالتاجر قد لا يملك المال لجلب البضائع، والمزارع قد لا يملك المال لتحصيل مستلزمات الزراعة، وهكذا²، وكذلك المضاربة والمساقاة والمزارعة أجازها المالكية والشافعية والحنابلة، وما عليه العمل عند الأحناف، واتفقوا

¹ - المصري والأبرش، الربا والفائدة، دراسة اقتصادية مقارنة، ص 127، 178.

² - القرافي، الذخيرة، 5/224 -- ابن قدامة، المغني، 4/312.

على أن الأصل فيها المنع؛ للربا، وبيع ما ليس عندك، وأجيزت حاجة الناس لاستثمار أموالهم العينية والنقدية؛ لأنها تتضمن أعمالاً لا يتقنها كل الناس، وهناك من يتقنها إلا إنه لا يملك هذه الأموال¹، فكان ذلك أساس شرعيتها، وعليه جوازها، وحتى من منع هذه العقود من الأحناف، فليس لعدم اعتبار الحاجة لتوظيف الموارد؛ بل لتحقيق منفعة هذه الأموال - العينية والنقدية - بالإجارة، وهي أصل بيع المنافع، فكان العمل بها أولى من المساقاة والمزارعة وغيرهما²، وفي المقابل أجازوا عقد الاستصناع، لذات الأساس، وهو الحاجة لتوظيف الموارد، مع أن الأصل فيه المنع للغرر³.

لقد جعل الفقهاء من العقود السابقة أصولاً في نفسها، ومنفردة بأحكامها⁴، وفق أساس خاص بها، وهو الأساس المذكور آنفاً (توظيف الموارد)، وما ذلك إلا حرصاً منهم على توظيف تلك الموارد، وعدم تضییع منافعها وهدرها.

إن فكرة - الحاجة لتوظيف الموارد - كأساس لشرعية ما كان محرماً بالأصل، تُعد من أهم القواعد التي قَدَّمها الفقهاء، وبنوا عليها العديد من التطبيقات الفقهية، وإن كان التعبير عنها بمصطلح آخر، وهو الحاجة، أو الحاجة العامة، من ذلك ما ذكره الجويني: "بل الحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة في حق الواحد المضطر، فإن الواحد المضطر لو صابر ضرورته ولم يتعاط الميتة لهلك، ولو صابر الناس حاجتهم وتعدوها إلى الضرورة لهلك الناس قاطبة"⁵، وذكر الزركشي: "الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس"⁶، وتوسع السيوطي في مفهومها حين قال: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت، أو خاصة"⁷.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/121، 280، 265-5/264، 6/25 -- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ص 384 -- النووي، أبي زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المذهب، تح: محمود مطرجي، لبنان- بيروت، دار الفكر، ب.ط، 2000م، 15/225، 273، 308 -- ابن قدامة، المغني، 5/135، 556، 583.

² - أبو غرارة، نظرة في مفهوم القرض المصرفي، ص 21.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، 5/3.

⁴ - ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ص 384.

⁵ - الجويني، إمام الحرمين أبو المعالي، غياث الأمم في التياث الظلم، تح: مصطفى حلمي و فؤاد عبد المنعم، مصر- الاسكندرية، دار الدعوة للطباعة والنشر والتوزيع- من سلسلة من ذخائر تراثنا، ب.ط، ب.ت، ص 345.

⁶ - الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، المنشور في القواعد، تح: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، لبنان- بيروت، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، ط1، 2000م، 1/277.

⁷ - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1983م، ص 88.

وهذه الحاجة هي: الأمور " التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج عنهم فقط، بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج، دون أن تختل الحياة"¹.

إن إنزال الحاجة العامة منزلة الضرورة وإعطاءها حكمها صريح في العبارات السابقة، وعليه فقد يباح ما كان محرماً بالأصل لأجل الحاجة العامة، ومجال هذه القاعدة هو المحرم لغيره، لا ما كان محرماً لذاته، كالخمر والميتة²، ومن أمثلة المحرم لغيره عقود المعاوضات، كالإجارة والجعالة والحوالة، حيث جُوزت هذه العقود على خلاف الأصل، فالإجارة عقد على منافع معدومة، والجعالة عقد على جهالة، والحوالة بيع للدين بالدين، ومع ذلك أُجيزت هذه العقود؛ " لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة"³، ومثل هذه العقود السلم والمضاربة والمساواة، وكلها أُجيزت على خلاف الأصل، والحاجة كانت علة جوازها.

إن من أحكام الحاجة العامة أنها دائمة ومستمرة، ولا تنتهي بنهاية الحاجة، على خلاف الضرورة، إضافة إلى أن الحاجة العامة تثبت في حق جميع الأفراد، حتى من ليس له حاجة، يقول ابن قدامة: (الحاجة العامة إذا وُجدت أثبتت الحكم في حق من ليس له حاجة، كالسلم ...)⁴، كما لا يشترط التحقق من وجودها؛ بل يكفي مجرد الظن، يقول ابن قدامة: (... ما أبيح للحاجة العامة لم يُعتبر فيه حقيقة الحاجة)⁵.

وفي الوقت الحالي ظهرت بعض التطبيقات المصرفية التي يمكن القول بأنها اعتمدت الحاجة لتوظيف الموارد - الحاجة العامة - لإجازه ما كان محرماً بالأصل - على فرض الجزم بهذا الحكم - ومن هذه التطبيقات إجازة القرض المصرفي بفائدة لغرض الاستعانة به في دعم الاقتصاد الوطني، والتي بادرت بها الهيئة العليا للرقابة الشرعية في السودان، حيث جعلت من الحاجة المصرفية، والحاجة لتوظيف الموارد أساساً لإجازة القرض بفائدة؛ لغرض دعم المشاريع وتمويلها، ولبيان ذلك، أعرض فتوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية في السودان، وملخصها كالتالي: " بناء على ما أوضحه وزير الدولة بوزارة المالية من أن

¹ - الزحيلي، وهبة، أصول الفقه، ليبيا- طرابلس، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، ط1، 1990م، ص88.

² - الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، ص 92-93.

³ - السيوطي، الأشباه والنظائر، ص88.

⁴ - ابن قدامة، المغني، 2/119.

⁵ - المرجع السابق، 5/36.

إيرادات الدولة لا تفي بضرورات البلاد، وأن قدرات الجهاز المصرفي التمويلية ضعيفة، رأت اللجنة أنه يُجاز للدولة في هذه الحالة الاقتراض بالفائدة للوفاء بالضرورات التالية:

1. تمويل مشروعات المياه الصالحة للشرب.
2. بناء السدود ومستلزماتها.
3. مستلزمات الكهرباء والطاقة.
4. وما في حكم ذلك من الضروريات بحسب تقدير ولي الأمر أو من يفوضه¹.

يتضح من خلال هذه الفتوى وغيرها² اعتماد الفقه المصرفي السوداني الحديث على قاعدة مرنة بسبب خصوصية القرض المصرفي، وللقدرة على الوفاء بمتطلبات العصر، وتطوير النظام المصرفي السوداني، وكل ذلك لتمكين الدولة من أداء وظائفها، وحماية المؤسسات المالية الوطنية، وتوظيف الموارد، وتجنب هدرها³.

إن الحاجة التي ذكرها الفقهاء ووردت في المثال السوداني السابق ليست حاجة فردية، وبالتالي رُوِعت فيها مصلحة طرفي العقد فقط؛ بل هي حاجة المجتمع والدولة ككل، وذلك من خلال استغلال واستثمار مواردها، وعدم تركها هدرًا، ومن ثم ركودها وضياعها، إنها تشبه إلى حد كبير حاجة الأرض للخدمة في المزارعة، والشجر للعناية في المساقاة، والمال للنماء والاستثمار في المضاربة، والمواد الخام للخدمة في الاستصناع، وهذا يؤكد أهمية دور هذه الموارد، وأهمية استثمارها وتنميتها، ولو دعا الأمر إلى إباحة ما كان محرماً في الأصل.

وتكثيف أموال المصرف على أنه مورد من الموارد لا مجرد نقد ذهبت إليه دار الإفتاء المصرية بخصوص زكاة الأموال المودعة في المصارف، حيث تقول: " ... فإن كان ذلك المال بالنسبة لصاحبه كالأرض بالنسبة لصاحبها في تعيُّشه منها وتضرره من انتقاص أصلها فله أن

¹ - الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، الأمانة العليا، الأدوات المالية، بنك السودان المركزي، 2011م، السودان، دار السداد، ب.ط، ب.ت، ص40.

² - فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، السودان- الخرطوم، دار هابل للطباعة والنشر والتغليف، ب.ط، ب.ت، 1/23.

³ - أبو غرارة، قانون رقم 1 في شأن تحريم المعاملات الربوية في الميزان، ص196.

يكتفي بإخراج عشر أرباحه الناتجة منه، ويكون ذلك مُجزئاً له عن زكاة هذا المال المودَع، وذلك على رأي بعض أهل العلم.¹

فصاحب الأموال المودعة في المصرف يُخرج الزكاة عن الأرباح لا عن أصل المال؛ للمماثلة بينه وبين الأرض في المزارعة، باعتباره أصلاً ثابتاً يُدرّ دخلاً يتعيش منه صاحبه.²

وكما فصلتُ في أثر أساس شرعية القرض، المتمثل في حرمة الفائدة المشروطة، سأقوم بالتفصيل في أثر أساس شرعية عقود المعاوضات، والمتمثل في إباحة الفائدة المشروطة، وأساساً هذا الأثر كما نص الفقهاء هما: نماء المال وقيمة الزمن.

• نماء المال:

مفهوم هذا المصطلح أن لرأس المال عائداً نظير تشغيله وتدويره ضمن الحركة الاقتصادية في المجتمع، وما ذلك إلا تشجيع لأرباب الأموال لمنح أموالهم للتجار بها، وعدم الاكتفاء بادخارها واكتنازها؛ لما قد يترتب على ذلك من ركود اقتصادي، لا يخفى ما يسببه للمجتمع من ضعف وبطالة، وتقويت لمصالح المجتمع، وضياح لمصالح العباد، وهذا النماء هو الربح، أو الفائدة، أو الزيادة.

إن استحقاق رب المال لهذا الربح أو الفائدة كان واضحاً وجلياً في عبارات الفقهاء، وصرحوا به في العديد من العقود، من ذلك قول الكاساني: " ... أن استحقاق المضارب الربح بالشرط، واستحقاق رب المال لكونه من نماء ماله ...³، هذا في المضاربة، وله في المزارعة ذات الكلام، إذ يقول: " ... لأن صاحب الأرض يصير مستأجراً للعامل لا غير ليعمل له في أرضه ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر ...⁴، وما هذا الاستحقاق للربح إلا لأن رأس المال أصل، والربح فرع عنه، كما صرح بذلك السرخسي.⁵

¹ - فتوى دار الإفتاء المصرية رقم 2276، بتاريخ 4-8-2010م، Dar-alifta.org.

² - المرجع السابق.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/123.

⁴ - المرجع السابق، 6/270.

⁵ - السرخسي، المبسوط، 22/92.

كذلك ربط الدردير والدسوقي مقدار الربح في المزارعة بمقدار ما يبذله أو يخرجها أطراف العقد، وذكرنا ذلك كشرط لصحة المزارعة، حيث يقول الدردير: " والثاني قوله "ودخلا على أن الربح" بينهما "بنسبة المخرج" بفتح الراء أي ما أخرجه كل منهما ...¹، وفي هذا دلالة على أن الربح يقع نظيراً لرأس المال، وهذا مبدأ عام في سائر العقود التجارية، والتي تمثل المزارعة أحدها.

نعود للمضاربة، حيث يقول الشرييني: " ... يشترط اختصاص الربح بهما "واشتراكهما فيه"؛ ليأخذ المالك بملكه، والعامل بعمله فلا يختص به أحدهما²، وأكثر من ذلك حين عرف الربح على أنه فائدة المال، حيث قال: " ولو قال لي النصف" مثلاً وسكت عن جانب العامل "فسد في الأصل"؛ لأن الربح فائدة المال فيكون للمالك ...³، أما البهوتي فيقول: " ... "والباقي صح وكان لرب المال" لأنه يستحق الربح بماله، لكونه نماءه وفرعه، والعامل يأخذ بالشرط، فما شرط له استحققه، وما بقي فلرب المال بحكم الأصل⁴.

مما سبق يمكن استخلاص التالي:

1. أن رأس المال أصل، والربح أو الفائدة أو الزيادة فرع عنه، واستحقاق رب المال لهذا الربح كان بحكم الأصل.
2. أن هذه النتيجة هي أثر عن كون أساس شرعية عقود المعاوضات الحاجة لتوظيف الموارد - الحاجة العامة -.
3. أن هذا الأساس منح أطراف العقد حق وضع بنود وشروط هذه العقود، ومن بينها شرط الفائدة، والفائدة هنا مقابل الزمن.
4. لا يخفى ما في هذه العقود من معنى القرض، فالمضاربة مثلاً دفع متمول إلى أجل نظير ربح، أو فائدة، وكذلك السلم.
5. عند محاولة تفكيك مصطلح "نماء المال" ومعرفة عناصره سنجد أنها مال يقابله عمل، وزمن يقابله ربح.

¹ - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 2/179 -- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/373.

² - الشرييني، مغني المحتاج، 3/346.

³ - المرجع السابق، 3/347.

⁴ - البهوتي، كشف القناع، 3/510.

إن هذه العناصر الأربعة (المال - العمل - الزمن - الربح) تمثل إشكالية الربا، حيث استعمال المال - العيني أو النقدي- خلال فترة زمنية، مقابل ربح، فالقرض له ذات العناصر، عدا الربح، إذ يجعل منه ربوياً محرماً، بينما يختلف الحال في المعاوضات، وما ذلك إلا لاختلاف أساس شرعية كل منهما.

إن سبب تركيزنا على المضاربة في العبارات السابقة؛ لاختصاصها بالنقد وهو محل عمل المصرف، ولشبهه القرض المصرفي بها وبالسلم، فكل من المضاربة والسلم استعمال مال في زمن مقابل عوض، والعقدان اتفق الفقهاء على جوازهما، فما الذي يمنع انتقال حكمهما إلى القرض المصرفي؟

لقد اعتمدت دار الإفتاء المصرية عنصر نماء المال لإجازة القروض المصرفية بفوائد، وجواز إيداع الأموال لدى البنوك، وأخذ نسبة ربح من البنك نظير استعمال هذه الأموال¹، ففي حكم فوائد البنوك والتعامل معها ذكرت الدار ما نصّه: " ... والذي استقرت عليه الفتوى أن الإيداع في البنوك ودفاتر التوفير ونحوها هو من باب عقود التمويل المستحدثة لا القروض التي تجرّ النفع المحرم، ولا علاقة لها بالربا ... فليست الأرباح حراماً؛ لأنها ليست فوائد قروض، وإنما هي عبارة عن أرباح تمويلية ناتجة عن عقود تحقق مصالح أطرافها، ولذلك يجوز أخذها شرعاً²، فهذا مثال معاصر آخر، إلى جانب المثال السوداني سالف الذكر، اعتمد على الأسس التجارية التي ذكرها الفقهاء القدامى، لتقييم وتكييف صور من المعاملات التجارية المستحدثة.

لقد كان عنصر - نماء المال - محل اهتمام الاقتصاديين، وموضوعاً لنظرياتهم، كنظرية إنتاجية رأس المال، ونظرية التثمين³، حيث ترى هاتان النظريتان في رأس المال عنصر إنتاج، ولا بد له من عائد، كمقابل لتشغيله، فنظرية التثمين مثلاً، تقوم على قياس رأس المال النقدي على الأرض، فمن أعطى ماله للتجار به، كمن أعطى أرضه لزراعتها، وكما أن للثاني ربحاً عقارياً،

¹ - فتوى دار الإفتاء المصرية رقم 3608، بتاريخ 24-10-2017م، Dar-alifta.org.

² - فتوى دار الإفتاء المصرية رقم 3616، بتاريخ 28-3-2016م، Dar-alifta.org.

³ - المصري والأبرش، الربا والفائدة، دراسة اقتصادية مقارنة، ص 65، 67، 163.

فلأول ربيع مالي¹، وهذا الأمر سبق إليه الفقهاء، ونصوا عليه صراحة، كما ورد في العبارات السابقة.

إلا أن جانباً من الفقه المعاصر حاول التفرقة بين الربح والفائدة، وأن الربح هو عائد المال في الحال، والفائدة هي عائد المال مؤجلاً²، ولا أرى أساساً لهذه التفرقة، فهما وإن اختلفا اصطلاحاً، إلا أن مضمونهما واحد، ويدعم ذلك عبارة الشربيني - سألقة الذكر - حين قال: " الربح فائدة المال "، إضافة إلى أن الربح يمثل عنصراً أساسياً في كافة العقود التجارية، إذا ما استثنينا البيع الناجز والصرف، أما باقي العقود كالسلم والمضاربة والمساواة وغيرها، فإن الفائدة واقعة لا محالة، ففي كل هذه العقود الأجل ثابت، ونماء المال - الربح أو الفائدة أو الزيادة - أمر ثابت أيضاً؛ بل ومستحق.

ولأن الزمن ومقابله أحد عناصر نماء المال، فسأفصل هذه المسألة كما يلي.

• الزمن وعوضه:

إن هذا الأساس هو أحد الأسس المعتمدة، والمعمول بها في فقه المعاوضات عند كافة المذاهب، وقد صرح به غير واحد من الفقهاء، مؤكدين أن للزمن حصة من الثمن، من ذلك ما قاله ابن عابدين: " ... ولما كان الأجل يقصد له زيادة العوض ... صح وصفه بكونه فضل مال حكماً تأمل "³، أما الدردير فقد ذكر في معرض حديثه عن أحكام المراجعة: " و " تبيين "الأجل" الذي اشترى إليه أو الذي اتفقا عليه بعد العقد؛ لأن له حصة من الثمن "⁴، ونص النووي على: " ... ولا يجوز شرط الأجل فيه لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض "⁵، والحديث عن القرض، ويقول ابن قدامة: " وكل دَيْن حل أجله لم يصر مؤجلاً بتأجيله ... لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة ولا النقص في عوضه ... فلذلك لم يتأجل، وبقيّة

¹ - المرجع السابق، ص 65.

² - المرجع السابق، ص 51.

³ - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ص 7/9.

⁴ - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 2/79.

⁵ - النووي، المجموع، 13/220.

الأعواض تجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها¹، وزاد في تأكيد هذا الأساس الفقهاء المعاصرون بتصريحهم على ثمن الأجل في المعاوضات².

والملاحظ أن عبارة ابن عابدين والنووي وابن قدامة - سالفه الذكر - ذكرت في معرض حديثهم عن القرض، وفي هذا تأكيد على إخراج القرض من المعاوضات، وأن أسسها لا تطبق عليه.

إلا أن قيمة الزمن ليست أمراً مطلقاً في كافة المعاوضات، أو المعاملات التجارية، فقد تكون مباحة، وقد تكون محرمة، فهي مباحة في السلم، وفي بيع الآجال - عند من أباحها -، والمضاربة والمساقاة مثلاً، ومحرمة في الصرف³، وكذلك القرض بسبب شبهة المعاوضة التي فيه، فشرط الصرف التناجز⁴، أي الحالية، وبالتالي انتفاء الأجل، ولما انتفى الأجل انتفى ثمنه، فالأجل في عقد الصرف يعني الوقوع في الربا، أو ما يعرف بالصرف المؤخر، وانتفاء الثمن لانتفاء الأجل دليل على أن للأجل قيمة، وإلا لا معنى للقول بأن للزمن حصة من الثمن، وشرط التناجز، وانتفاء الأجل شرط انفرد به عقد الصرف دون سائر العقود الأخرى⁵. أما العقود التي يكون للزمن فيها حصة من الثمن فمنها عقد السلم، فالمشتري - المسلم - في عقد السلم يدفع أقل من سعر السلعة المؤجلة مقابل الزمن الممنوح للبائع - المسلم له - فكون سعر السلعة أقل من سعرها المعتاد؛ لأن استرخاص السعر هنا نظير الأجل الممنوح للبائع، وهكذا كان للزمن قيمة⁶.

وعكس السلم ببيع الآجال، فالسلم تقديم الثمن وتأخير السلعة، وبيع الآجال تقديم السلعة وتأخير الثمن، إلا أن الثمن في بيع الآجال أزيد منه فيما لو بيعت السلعة حالاً، وما هذه الزيادة إلا بسبب الزمن الممنوح للمشتري لدفع ثمن السلعة المشتراة.

¹ - ابن قدامة، المغني، 4/354.

² - المصري والأبرش، الربا والفائدة، دراسة اقتصادية مقارنة، ص23 وما بعدها.

³ - أبو غرارة، نظرة في مفهوم القرض المصرفي، ص18.

⁴ - السرخسي، المبسوط، 4-14/3 - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 2/15 - الشافعي، الأم، 3/38 - ابن قدامة، المغني، 4/165.

⁵ - السرخسي، المبسوط، 14/3.

⁶ - أبو غرارة، نظرة في مفهوم القرض المصرفي، ص18 - الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجه الإسلام، ص249.

وقد اعتمد مجمع الفقه الإسلامي بعضاً من صور بيع الآجال، كالبيع بالتقسيط، وعدّها من البدائل عن القروض المصرفية¹.

بناء على ما سبق يمكن القول بأن علاقة الأجل بقيمته وحكمها على النحو التالي من الصور:

- **الصورة الأولى:** يجوز التبرع بالأجل، ويحرم جعل قيمة له، كما في القرض.
- **الصورة الثانية:** يحرم التبرع بالأجل، ويحرم جعل قيمة له، كما في الصرف.
- **الصورة الثالثة:** يجوز اتخاذ أجل، ويجوز جعل قيمة له، كما في المضاربة والسلم.

وفي علم الاقتصاد ظهرت نظريات لها ذات مضمون قيمة الزمن، منها نظرية الزمن، ونظرية التفضيل الزمني، ومقتضاهما أن الزمن وهو أحد عناصر العقود التجارية، يجب أن يكون له مقابل من الثمن، وأن هناك فرقاً بين القيمة العاجلة والقيمة الآجلة، وهذا الفرق سببه الزمن الواقع بين العاجل والآجل، وهذا الزمن لا بد من تغطيته بحصة من الثمن، بغض النظر عن اسمها ربحاً أو فائدة².

بناء على العرض السابق، هل القرض المصرفي أقرب إلى أساس الإرفاق، وبالتالي تُطبق عليه أحكام الفائدة في القرض، وتكون الفائدة فيه محرمة، أم أنه أقرب إلى قروض العوض وتكون الحاجة لتوظيف الموارد أساساً لتحديد حكم الفائدة، وبالتالي تُطبق عليه أحكام المعاوضات، وتكون الفائدة فيه جائزة ومستحقة؟

ربما من خلال المطلب التالي تزداد الصورة وضوحاً، ويُجاب على هذا التساؤل.

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 51 (6/2)، الدورة السادسة، بتاريخ 20-14. 3. 1990م، نشر بمجلة المجمع عدد 6، 1/193، عدد 7، 2/9، iifa-aifi.org، تمت زيارة الموقع بتاريخ 2019.7.6م.

² - الربا والفائدة، دراسة اقتصادية مقارنة، ص 69-70، 161-162.

المطلب الثاني: طبيعة العقد وأطرافه

الفرع الأول: طبيعة العقد:

عرضتُ في الفقرة السابقة أساس شرعية القرض لتحريم الفائدة، وأساس شرعية عقود المعاوضات، وأثر هذين الأساسين على حكم الفائدة في القرض، وفي عقود المعاوضات، ومن ثم إسقاط كل ما سبق على القرض المصرفي، وتحديدًا حكم الفائدة في القرض المصرفي، وفي هذا الفرع سأحاول معرفة أثر طبيعة عقد القرض على حكم الفائدة، ومرة أخرى، إسقاط كل ذلك على حكم الفائدة في القرض المصرفي؛ وذلك لمعرفة مدى إمكانية وجود تماثل بين القرض والقرض المصرفي من عدمها.

ولمعرفة هذه الطبيعة سأناقش المسألة من خلال ثلاثة عناصر هي: الأجل في القرض، وحكمه، والمعاني المقصودة منه.

الفترة الأولى: الأجل في القرض:

بناء على أساس شرعية القرض (الإرفاق) الذي عرضته في المطلب السابق، يظهر لي غلبة صفة التبرع على عقد القرض، فما مدى دلالة الأجل على هذا المعنى، ثم أين يكمن التبرع في عقد القرض؟

لقد أجاب الكاساني على هذا السؤال حين ذكر أن القرض ليس عقد تبرع خالص؛ بل أوله تبرع، وهو الجزء المتعلق بعوض الزمن (الفائدة)، وآخره معاوضة، وهو الجزء المتعلق بعوض مال القرض¹، وهكذا فإن التبرع في القرض يكمن في مقابل أجل القرض – الفائدة أو قيمة الزمن – والتي تنازل عنها المقرض لقاء الأجر والثواب، وإلا كان القرض محرماً؛ لما فيه من الربا، وعليه ماهي نظرة الفقهاء للأجل في القرض؟

بداية فقد اتفق الفقهاء على وجود الأجل في القرض، إلا أنهم اختلفوا في جواز اشتراط ذلك الأجل، فانفرد المالكية بجواز اشتراطه، وأيضاً نفاذ العادة والعرف فيه²، في حين ذهب الجمهور

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/126.

² - القرافي، الذخيرة، 5/295.

- الأحناف والشافعية والحنابلة - إلى عدم جواز كل ذلك، وعليه سنركز على رأي الجمهور حول أجل القرض.

وبداية بالأحناف، إذ يقول الكاساني: "... والأجل لا يلزم في القرض، سواء كان مشروطاً في العقد، أو متأخراً عنه، بخلاف سائر الديون، والفرق من وجهين أحدهما، أن القرض تبرع، ألا يرى أنه لا يقابله عوض للحال، وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع، فلو لزم فيه الأجل لم يبق تبرعاً، فيتغير المشروط بخلاف الديون ..."¹، ويقول ابن عابدين في باب تعريفه للربا، وبيان معنى الفضل الحكمي: "ولما كان الأجل يُقصد له زيادة العوض ... صح وصفه بكونه فضل مال حكماً تأمل"².

أما الشافعية، فقد نص النووي على: "... ولا يجوز شرط الأجل فيه، لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه، فلا يجوز شرط الأجل فيه ..."³، ويقول الشربيني: "... ولا يلزم الأجل على الصحيح؛ لأنه عقد يمتنع فيه التفاضل، فامتنع فيه الأجل كالصرف"⁴.

وأما الحنابلة، فيقول ابن قدامة: "وللمقرض المطالبة ببذله في الحال ... وإن أُجِّلَ القرض لم يتأجل، وكان حالاً، وكل دين حَلَّ أجله لم يصر مُؤجلاً بتأجيله ... لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه ... فلذلك لم يتأجل، وبقيّة الأعراض تجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها"⁵، ويقول البهوتي: "ويثبت العوض في القرض 'في الذمة' أي ذمة المقرض 'حالاً وإن أجله' لأنه عقد منع فيه التفاضل، فمنع الأجل فيه كالصرف ..."⁶.

من خلال العبارات السابقة يتضح أن الأجل ليس مقصوداً لذاته، وإنما يُنظر إليه من خلال حاجة المقرض، وبالتالي فإن أجل القرض هو الزمن الكافي لسد حاجة المقرض، وعدم قصد ذات الأجل؛ لأنه جزء من القرض، إذ لا يتصور قرض بلا أجل، فبدون الأجل يتحول إلى مبادلة مال بمال حالاً، وهو الصرف.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/583.

² - ابن عابدين، حاشية رد المختار، 7/9.

³ - النووي، المجموع، 13/220.

⁴ - الشربيني، مغني المحتاج، 3/35.

⁵ - ابن قدامة، المغني، 4/354.

⁶ - البهوتي، كشف القناع، 3/316.

إن العبارات السابقة تُظهر توافقاً حول عنصر الأجل في القرض، واتفاقاً حول مفهومه، وأُخص ما يهم البحث في العناصر التالية:

1. بناء على دور الأجل في القرض وفي المعاوضات، فصل الفقهاء بين القرض وبين المعاوضات، كما فصلوا بين جانب المعاوضة الذي في القرض (مال مقابل مال) وجانب التبرع الذي فيه أيضاً (أجر مقابل الأجل)، وبذلك أخرجوا الأجل من جانب المعاوضة، وذلك بمنع اشتراطه، أو الأخذ بالعادة والعرف فيه، وجعلوه جزءاً من جانب التبرع، وبنوا حكمهم على هذا الأساس.
2. منع اشتراط الأجل في القرض قصدوا به إلغاءه من جانب المعاوضة، وأساس هذا الإلغاء هو قيمة الزمن، فلما امتنع جعل قيمة للزمن في القرض بُعداً عن الربا، خرج الأجل من المعاوضة إلى التبرع.
3. منع اشتراط الأجل أرادوا به منع قيام أي دور للأطراف في تحديد الأجل؛ لأن الأجل مقيد بحاجة المستقرض ومقدر بقدرها، وما زاد عن هذه الحاجة، مع اشتراط الأجل، كان فضل مال حكماً، وبالتالي الوقوع في الربا.
4. منح الأطراف دوراً في تحديد الأجل من طبيعة المعاوضات، والقرض تبرع، وليس معاوضة؛ لأن الأجل ليس جزءاً من المعاوضة فيه، فلو جاز اشتراط الأجل، لجاز جعل قيمة له، وهو ما يتنافى مع أساس شرعية القرض، وهو الإرفاق، كما يتنافى مع طبيعته، وهي التبرع.
5. القول بأن القرض تبرع يعني أنه عبادة، أي أن طرفي العقد هما، المقرض، وهو مُعطي المال والأجل غير المحدد، أما الطرف الآخر فهو الله - سبحانه - وهو لم يحدد أجلاً، فلا يملك مُعطي المال والأجل غير المحدد أن يحدد أجلاً على الله - سبحانه -، لكنه - سبحانه - جعل له موجباً وهو الحاجة، فكان هذا القرض مقدراً بقدرها من حيث الأجل، وهكذا كان الأجل من المقرض مرتبطاً بحاجة المحتاج، وكان الجزاء من الله - سبحانه - وهذا معنى العبادة، قال تعالى: (مَنْ ذَا الَّذِي يَفْرِضُ اللَّهُ قَرْضًا مُّضَاعًا يَقْتَضِي لَهُ وَلَهُ أَجْرٌ كَرِيمٌ)¹.

¹ - سورة الحديد، الآية 11.

وعلى هذا الحال، فإن مجرد اقتران القرض بأجل زائد عن الحاجة يجعله ربوياً، فالأجل الزائد فضل مال حكماً، سواء احتوى القرض على فائدة أم لا؛ لأنه لو احتوى على فائدة كان من باب (أمهلي أزدك)، وإن لم يحتوِ على فائدة، كان الأجل الزائد بلا مقابل، وهو ربا؛ لانتفاء التساوي بين المقرض والمستقرض، وهكذا فإن قياس القرض المصرفي على القرض فيما يتعلق بالفائدة يجعله ربوياً أيضاً، احتوى على فائدة أو لا، فالأجل في القرض المصرفي مرتبط بالحاجة لتوظيف الموارد، وهي حاجة استثمارية، ووفقاً لعقود المعاوضات، فإن هذه الحاجة تختلف من عقد لآخر، ففي السلم مثلاً، الحاجة محددة، كجلب السلع مثلاً، ومن ثم كان الأجل محدداً، وإلا فسد السلم¹، أما في المضاربة، فإن الحاجة هي تحقيق النماء والربح، وهذا لا حد له²، وبالتالي مُنع تحديد أجل، وإلا فسدت المضاربة³، وخالف الحنابلة، وجوّزوا تأقيتها⁴ وهذا كان له أثره في طريقة تحديد النماء - الربح أو الفائدة أو الزيادة - فالعقود التي لا تُكفي على أنها شركة، ولا في معنى الشركة، كان النماء فيها محدداً بالقدر، كالسلم والإجارة، أما العقود التي تُكفي على أنها شركة، أو في معنى الشركة، فإن النماء فيها يكون محدداً بالنصيب، كالمضاربة والمساواة.

وعلى هذا هل المصرف في القرض المصرفي شريك، وبالتالي يأخذ ربحه بالقدر، أم أنه مجرد ممول، وليس بشريك، ولا يتدخل فيما يصنعه المستقرض بالقرض، وبالتالي يأخذ ربحه بالنصيب؟

نرجع لنذكر أن الإرفاق هو أساس شرعية القرض، والحاجة (الفقر والعوز) قيده وموجبه، وبالتالي كان الأجل مقدراً بقدرها، فالقرض لا يقبل الزيادة ولا النقصان، أيضاً فإن القرض تابع بموجبه وجوداً وعدماً، فبانتهاء الحاجة ينتفي القرض، وإلا لا معنى لربطه بالحاجة، كما أنه عبادة، وبالتالي فإن مقابله من الله - سبحانه -، وأي مقابل آخر يكون من باب الربا، ويخرجه من العبادات⁵، وعلى هذا لا وجه لقياس القرض المصرفي على القرض، وفقاً لهذا الأساس، فالحاجة في القرض المصرفي حاجة لتوظيف الموارد، والحفاظ على مورد المال، كما دلت على ذلك فتاوى دار الإفتاء المصرية المشار إليها سلفاً⁶، وزادت في تأكيد ذلك هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل

¹ - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، 7/82، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 196-3/195، الشربيني، مغني المحتاج، 3/9-10، ابن قدامة، المغني، 4/312.

² - الشربيني، مغني المحتاج، 3/345.

³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/519، الشربيني، مغني المحتاج، 3/345.

⁴ - البهوتي، كشف القناع، 3/512.

⁵ - أبو غرارة، نظرة في مفهوم القرض المصرفي، ص14.

⁶ - ينظر ص 69 - 70 من هذا البحث.

في فتاها بخصوص التأمين، حيث قالت: " تتعرض أموال البنك إلى كثير من المخاطر ... درجت البنوك التجارية على التحصن ضدها بالتأمين ... ونظراً لضخامة الأموال المملوكة للبنك بما في ذلك إيداعات العملاء وللمشروعات التي تنشئها أو تشارك فيها وما يرتبط بتحريك الأموال داخل القطر وخارجه وبالاستثمار عموماً من مخاطر فإن التأمين عليها يصبح من الأهمية بمكان¹، وبالتالي فإن الحاجة المصرفية هي حاجة استثمارية، يقصد بها تحقيق النماء والربح، وليست حاجة ستر عيب، أو تفريج كربة، كما في القرض، ولذلك نص الفقهاء على لزوم الأجل في سائر الديون، إلا في القرض، وأن سائر الديون تجوز الزيادة فيها، فجاز الأجل فيها، ذلك أن الأجل يقتضي جزءاً من العوض، وكل هذه المعاني صُرح بها في العبارات السابقة.

فالأجل في القرض لما كان محكوماً بالحاجة، وكانت الحاجة محدودة، كان مقيداً بها فكان محدوداً، وإن لم يُنص على حده، أما الأجل في القرض المصرفي فإن أساسه الحاجة إلى تحقيق وفرة المال وربيحه، وهي تختلف باختلاف محل العقد، فقد يكون الأجل محدوداً، كما في السلم، وقد لا يكون محدوداً، كما في المضاربة، وفي الحالين له ثمن، بالقدر أو بالنصيب، وهذه هي المعاوضة، بينما في القرض مُنع أن يكون للأجل عوض؛ لأنه ليس جزءاً من المعاوضة أصلاً، فكان تبرعاً، أي عبادة.

وعلى هذا فإن قياس القرض المصرفي على القرض باعتبار الأجل يحتاج إلى مزيد نظر وتمحيص؛ لاختلاف أساس الشرعية والطبيعة لكل منهما، فأساس شرعية القرض المصرفي استثماري، وأساس شرعية أجل القرض تعبدية، ومعايير الاستثمار تختلف عن معايير التبرع، وهذا ظاهر في العبارات سالفة الذكر²، فهل نقول بناء على ذلك أن للقرض المصرفي خصوصيته التي تخرجه عن نطاق القرض؟

إن القرض عبادة، وبالتالي فإن الله - سبحانه - طرف فيه، وعوض المقرض الأجر والثواب نظير الأجل الذي استغرقه القرض لسد حاجة المستقرض، وعليه فإن انتفاء وصف العبادة يعني أن الله - سبحانه - ليس طرفاً في العقد، فمن سيعوض المقرض - المصرف - عن الأجل؟ ففي القرض المصرفي انتفت العبادة، بسبب الطبيعة الاستثمارية التجارية التي يتطبع بها المصرف، لا

¹ - فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل، 1/23.

² - يُنظر ص 75 من هذا البحث.

الطبيعة الخيرية، فبقي الأجل بلا عوض، فانتفى التساوي بين الطرفين، ووقع التفاضل، أي الربا الحكمي، وإذا دفع المستقرض عوض الأجل كان رباً أيضاً، وهذا على فرض قياسه على القرض، وهكذا فالربا متحقق في الحالين، وهذا ما يدعو إلى إعادة النظر في عوض الزمن في القرض المصرفي، ولكن وفق قواعد المعاوضات، لا العبادات.

الفقرة الثانية: حكم القرض:

ذهب الجمهور إلى القول بأن حكم القرض النذب، يقول الشريبي: " مندوب إليه بقوله { وافعلوا الخير } ... ¹، ويقول ابن قدامة: " ... لأن فيه تفريعاً عن أخيه المسلم وقضاء حاجته وعوناً له فكان مندوباً إليه كالصدقة عليه ... ²."

أما المالكية فيقول الدسوقي: " ... لأن حكمه من حيث ذاته النذب وقد يعرض له ما يوجبه كالقرض لتخليص مستهلك والكراهة كقرض ممن في ماله شبهة أو لمن يخشى صرفه في محرم من غير أن يتحقق ذلك أو حرمة كجارية تحل للمقترض ولا يكون مباحاً ³، أي أن حكمه دائر بين النذب والإيجاب على قدر حاجة المستقرض، وقد يكون مكروهاً أو محرماً، بناء على محل صرفه.

إن القول بأن للقرض حكماً تكليفاً، يعني الحاجة إلى وجود مكلف؛ كون المكلف من عناصر الحكم التكليفي، فهل يصلح المصرف وهو شخص معنوي أن يكون مكلفاً، ويتوجه إليه خطاب تكليفي، ويأخذ أجراً وثواباً نظير أعماله؟

سأفصل هذه المسألة في محلها، وذلك عند الحديث عن أطراف العقد.

كما أن القول بأن للقرض حكماً يزيد من تأكيد كون طبيعة القرض تبرعية، وأنه عمل تعبدي، وعلى هذا، هل المصارف مؤسسات تبرعية، أم أنها مؤسسات استثمارية؟

إن الإجابة على هذا السؤال تحدد تكييف القرض المصرفي وحكم الفائدة المفروضة عليه.

¹ - الشريبي، مغني المحتاج، 30-3/29.

² - ابن قدامة، المغني، 4/353.

³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/223.

الفقرة الثالثة: معاني القرض:

من خلال تتبع عبارات الفقهاء بخصوص القرض، يظهر لي أن القرض عقد بر وإحسان ومعروف، ونظير للهبة والصدقة، شرع لسد الحاجات، وإعانة الفقراء والمعوزين ومن في حكمهم، ولتفريج كرباتهم، وبالتالي لا مجال فيه للحديث عن الربح والخسارة؛ لأن العوض فيه من الله - سبحانه - بما يكافئ به المقرض من الأجر والثواب¹.

وهذه المعاني أكدتها العديد من الآثار الواردة عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -، من ذلك: (ما من مسلم يُقرض قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة)²، وزاد الفقهاء في تأكيد تلك المعاني، إذ يقول التسولي: " هو أعظم المعروف وأجلُّ القرب "³، ثم استرسل في ذكر الأحاديث النبوية الدالة على ذلك، ويقول الشريبي: " مندوب إليه بقوله - تعالى - : {وافعلوا الخير} ... "⁴، ويقول ابن قدامة: " ... لأن فيه تفريجاً عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته وعوناً له فكان مندوباً إليه كالصدقة عليه ... "⁵، ويكفي منع اشتراط استفادة المقرض منه مادياً أو معنوياً في الدلالة على أنه إنما شرع للبر والإحسان والمعروف.

إن القول بأن القرض في معنى الصدقة، وأنه من أعظم القربات إلى الله - تعالى - يزيد في تأكيد كون الإرفاق أساس شرعية القرض، ويرسخ التبرع كطبيعة له، إضافة إلى أثر آخر لا يقل أهمية، وهو أن القرض باب من أبواب العبادات، لا المعاوضات، ذلك أن العوض فيه مُنتَقَب، وبانتفاء العوض يخرج من باب المعاوضات، ليكون في باب العبادات، وهذا مقتضى كونه في معنى الصدقة، وأنه من أعظم القربات إلى الله - تعالى -، وقد صرح الفقهاء بذلك نصاً وفهرسةً، أما نصاً ما أوردناه آنفاً من قول للكاساني بأن القرض تبرع⁶، كذلك ما ذكره اللخمي حين قال: "

¹ - المصري والأبرش، الربا والفائدة دراسة اقتصادية مقارنة، ص19-- أبو غرارة، نظرة في مفهوم القرض المصرفي، ص1.

² - ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد الزويني، سنن ابن ماجه، ع: بيت الافكار الدولية، لبنان، دار بيت الافكار الدولية،

ب.ط، 2004م، حديث رقم 2430، ص 262.

³ - التسولي، البهجة شرح التحفة، 2/404.

⁴ - الشريبي، مغني المحتاج، 30-3/29.

⁵ - ابن قدامة، المغني، 4/353.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/583.

والمداينة على وجهين، على وجه المعروف، وهو القرض، وعلى وجه المبايعة وهو ثلاثة أقسام: بيع ما ليس بعين بالعين إلى أجل ...¹.

أما فهرسة، فقد ذكر الكاساني القرض في آخر كتابه، بعد الحدود والشهادات والوصايا²، أما التسولي فقد ذكره فصلاً في باب التبرعات³، وذكره ميارة الفاسي فصلاً في باب الحبس والهيئة والصدقة وما يتصل بها⁴، وذكره ابن ماجه باباً في كتاب الصدقات في سننه⁵، وفي هذا دلالة على فصله عن المعاوضات، وضمه إلى التبرعات، أما من ذكره ضمن المعاوضات، وتحديدًا بعد السلم؛ فإنما ذلك لاشتراكهما في اصطلاح السلف، إذ يصدق على السلم وعلى القرض، وأيضاً لاشتراكهما في المحل، إذ يصح القرض في كل ما يصح فيه السلم، مع التحرز من الاستثناءات التي ذكرها الفقهاء⁶، وأيضاً لاشتراكهما في المفهوم، يقول الصاوي: "لما كان القرض شبيهاً بالسلم، لما فيهما من دفع معجل في غيره ذيل به"⁷، أي بالسلم، وهذه أسباب ذكره بعد السلم، ضمن المعاوضات.

بناء على الإرفاق كأساس لشرعية القرض، وعلى حكمه الدائر بين النذب والإيجاب تبعاً لحاجة المحتاج، وبناء على العبارات السابقة، وما تلاها، فإن طبيعة القرض التبرع، لا المعاوضة، وأنه عبادة، لا تجارة واستثمار وطلب نماء مال، وهنا ترد تساؤلات عن أساس القرض المصرفي وطبيعته، فهل أساس شرعيته الإرفاق بالفقراء والمحاويج، وأنه تبرعي الطبيعة، تعبدية المقصد، أم أن الأمر خلاف ذلك؟ وبشكل آخر، هل المصارف مؤسسات تعبدية خيرية، أم أنها مؤسسات تجارية استثمارية؟

¹ - اللخمي، أبي الحسن علي بن محمد، التبصرة، تج: علي أحمد عبد الكريم نجيب، ب.م.ن، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط2، 2012م، 6/2877.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/581.

³ - التسولي، البهجة شرح التحفة، 2/404.

⁴ - ميارة الفاسي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، وبالهامش حاشية أبي علي الحسن بن رمال المعداني على شرح التحفة، ض.تص: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2000م، 2/327.

⁵ - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ص 262.

⁶ - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 2/104 -- الشربيني، مغني المحتاج، 3/32.

⁷ - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 2/104.

الفرع الثاني: أطراف العقد ومحله:

الفقرة الأولى: أطراف العقد:

القرض له طرفان، الأول المقرض، وهو مالك المال، أو وكيله، وبما أن القرض عقد تبرع، فإن مالك المال يشترط فيه أن يكون ممن يملك القيام بالتبرع، وإلا لم يصح¹، ووكيله كذلك، أن يكون من ضمن وكالته القيام بالتبرع، وإلا لم يصح.

وأما الطرف الثاني في القرض فاثنتان - وذلك بناء على العرض السابق القاضي بأن للقرض جانبين، معاوضة وتبرع - فجانِب المعاوضة يمثلُه المستقرض، وهو الفقير، وذو الحاجة عموماً، أما جانب التبرع فيمثلُه الله - سبحانه - وهذا مقتضى كون القرض تبرعي الطبيعة، تعبدى المقصد، وعليه فما مدى تطابق هذين الطرفين مع طرفي القرض المصرفي؟

إن المصارف شركات أموال، وشركة الأموال يقابلها في الفقه الإسلامي شركة المضاربة²، وكما هو معلوم، فإن لشركة المضاربة طرفين، مالك المال، واحد أو أكثر، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، والطرف الثاني هو المضارب أو العامل، وهو المصرف هنا، وبالتالي، فإننا أمام شركة مضاربة، وتقوم هذه الشركة بإنتاج عدة صيغ وعقود تجارية، قد تكون سلفاً، أو مضاربة، أو بيعاً، أو قرضاً مصرفياً، أو غير ذلك، وعليه فإن المصرف شركة مضاربة، والعقود السابقة هي أعمال هذه الشركة، وبما أن هذه العقود صادرة ومتفرعة عنها - عن المضاربة -، فإنها مقيدة بها في أحكامها، كما أن أطراف هذه الشركة - مالك المال والمضارب أو المصرف - مقيدون بأحكام وضوابط هذه الشركة، وأول هذه الأحكام والضوابط، انفصال صاحب رأس المال عن ماله، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز اجتماع اليدين في التصرف في رأس مال المضاربة، يد مالك المال، ويد المضارب، وذلك بلزوم تسليم الأول مال المضاربة للثاني، تسليمًا عينياً حقيقياً، وذات القدر من المال المتفق عليه في العقد، وألا يشاركه في العمل، وإلا كانت المضاربة فاسدة، يقول الكاساني: "... لأن يد رب المال يد ملك ويد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة ..."³، وقد وافق المالكية والشافعية الأحناف في هذا

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/581 -- الشربيني، مغني المحتاج، 3/31 -- ابن قدامة، المغني، 4/353.

² - أبو غرارة، نظرة في مفهوم القرض المصرفي، ص9.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/129.

الشرط¹، وخالف الحنابلة، وقالوا بجواز اشتراك رب المال مع العامل في عمل المضاربة، سواء كان ذلك بشرط أو بدونه².

أما ما يتعلق بالمضارب، والمقرض في ذات الوقت، وهو المصرف في القرض المصرفي، فإنه مجرد متصرف في المال لا أكثر، وتصرفه ليس بإرادته؛ بل وفق ما يأذن به صاحب رأس المال، وهذا ما يعود بنا للحديث بتفصيل عن حكم القرض - الذي تحدثنا عنه قبل قليل - ثم صلاحيات المضارب (المصرف) بناء على ذلك.

فأما حكم القرض، والذي قلنا بأنه مندوب، أو دائر بين النذب والإيجاب، فإن هذين الحكمين من أقسام الحكم التكليفي، والذي محله الفعل والمكلف، وهذا محل اتفاق بين الأصوليين، بناء على ما قرروه بأن الحكم التكليفي هو: " خطاب الله - تعالى - المتعلق بأفعال المكلفين ... " ³، والمكلف هنا هو الإنسان، أي الشخص الطبيعي، كما يُسمى قانوناً، وعند إسقاط ما سبق على القرض المصرفي، سنلاحظ غياب المكلف، أي غياب محل الحكم التكليفي، وبالتالي غياب المكلف في القرض المصرفي، ذلك أن هذا القرض صادر عن المصرف، وهو شخص معنوي، فلا يُتصور توجيه خطاب إلهي له، خطاب على سبيل التكليف، خطاب يترتب عليه ثواب وعقاب دنيوي أو أخروي، خاصة إذا كان هذا الخطاب متعلقاً بأوجه صرف الأموال المودعة لديه؛ لأنه ببساطة لا يملكها، وبالتالي ليس له صرفها إلا وفق إرادة وتوجيه ملاكها الحقيقيين، وهذا أحد أوجه التفرقة بين القرض والقرض المصرفي، فمالك المال في القرض إما أن يُقرض المال بنفسه، أو يقوم وكيله بذلك، بمقتضى عقد الوكالة، أما في القرض المصرفي، فإن المالك أودع أمواله في المصرف لاستثمارها، أو حفظها على الأقل، فهو وإن كان مالكا، إلا أنه غير متصرف فيها، والمصرف (المقرض) وإن كان متصرفاً في هذه الأموال، إلا أنه غير مالك لها، ولا يملك التبرع بها، إلا بإذن من المالك؛ لأن التبرع لا يتناسب مع معنى المضاربة.

ولا يُقال بأن الجمعيات الخيرية أشخاص معنوية أيضاً كالمصارف، وتقوم بالتبرع، فلا يصح الاحتجاج بكون الشخص معنوياً لإجازة الفائدة، أو منع القرض على وجه التبرع، والجواب أنه

¹ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/520 -- الشربيني، مغني المحتاج، 3/348.

² - ابن قدامة، المغني، 5/138 -- البهوتي، كشاف القناع، 3/513.

³ - البدخشي، منهاج العقول، 1/31 وما بعدها -- الأمدى، الإحكام في أصول الأحكام، 1/48 وما بعدها.

وإن كانت الجمعيات الخيرية أشخاصاً معنوية كالمصارف، إلا أنها ليست شركات أموال، ولا شركات مساهمة؛ بل جمعيات خيرية تتصرف في الأموال المودعة لديها على وجه التبرع فقط، لا الاستثمار لأصحاب الأموال المودعة لديها؛ لمناسبة التبرع لطبيعة عملها، ولاتفاقه مع إرادة ملاك المال الذين أودعوا أموالهم في حساباتها بقصد التبرع، وسائر الأعمال الخيرية " فالأصل أنها وكيلة عن المتبرعين، الذين استتابوها لتنفيذ لهم أعمالاً تجوز النيابة فيها ... ¹ .

إن المالك الحقيقي لأموال المصرف عبارة عن مستثمر لأعمال المصرف وممول لها، وشريك معه في الربح، ذلك أنه قد لا يفقه أمور التجارة، وأمواله تُعطى من قبل المصرف بقصد الاستثمار والتمويل أيضاً، كما صرحت بذلك دار الإفتاء المصرية²، فبدهي أن الممول مالك المال لا يعرف عملاء المصرف، ولا محل استفادتهم من التمويل الذي أخذه³، وقد لا يملك هذا الممول الوقت لمزاولة التجارة، ولديه أموال يرغب في تنميتها، وهذا بالضبط ما شرعت المضاربة لأجله، كما أسلفنا، وقد صرح الفقهاء بذلك⁴.

إن حديثنا عن مسألة الشخص المعنوي ترجع إلى وجود نظير له في الفقه الإسلامي، وهو العبد المأذون له في التجارة، فهذا الشخص هو ذاته ملك لسيده؛ لأنه مال، كما صرح بذلك بعض الفقهاء⁵، وهذا يمنع كونه شخصاً طبيعياً، على الأقل فيما يخص أمور التجارة المأذون له فيها، وكما هو ظاهر، فإن جميع تصرفاته التجارية لا تخرج عن إذن سيده.

هذا فيما يتعلق بالطرف الأول في القرض المصرفي، أما فيما يتعلق بالطرف الثاني، وهو المستقرض، فإن مقابله في القرض، كما أسلفنا، الله - سبحانه - والمستقرض، ولكل جانبه، التبرع والمعاوضة - والله أجل وأرفع - وهذا ما لا يتصور في القرض المصرفي، ذلك أنه عمل من أعمال شركة المضاربة - كما أسلفنا - أعمال شركة المضاربة أعمال تجارية ربحية، وهذا يظهر من تعريف الفقهاء للمضاربة، وبالتالي نفي كل ما فيه صفة التبرع، وعليه فإن الله - سبحانه - ليس طرفاً فيها؛ لأنها ليست معاملة تعبدية؛ بل تجارية استثمارية ربحية، وعوض

¹ - الكثيري، الإشكاليات الفقهية العشر أمام منتجات العمل الخيري والعمل المصرفي، ص30.

² - فتوى دار الإفتاء المصرية رقم 3616، بتاريخ 28-3-2016م، Dar-alifta.org.

وكذلك فتوى دار الإفتاء المصرية رقم 3608، بتاريخ 24-10-2017م، Dar-alifta.org.

³ - المصري والأبرش، الربا والفائدة دراسة اقتصادية مقارنة، ص 110، 114، 179.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/121 -- الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 2/245 -- الشربيني، مغني المحتاج، 3/241 --

ابن قدامة، المغني، 5/135.

⁵ - البهوتي، كشف القناع، 3/459.

الزمن فيها من العامل (المضارب) سواء كان هذا المضارب هو المصرف بالنسبة لمالك المال، أو كان المستقرض (طبيعي أو معنوي) بالنسبة للمصرف، وليس العوض فيها من الله - سبحانه - كما في القرض، وعليه، فإن التحاكم إلى قواعد المعاوضات بالنسبة للقرض المصرفي أقرب وأوجه من التحاكم إلى قواعد التبرعات، ذلك أن القرض المصرفي بالإضافة إلى تقديمه إلى الأشخاص الطبيعيين، فإنه مقدم حتى للأشخاص المعنويين من شركات ومؤسسات وحكومات¹، وبالتالي يصعب تقبل القول بأن القرض المصرفي شرع لسد الحاجات، وتنفيس الكربات، كما هو الحال في القرض، وإنما شرع لتشغيل أموال المصرف (أموال المودعين) لما في ذلك من أثر على دعم المشاريع، ووسائل الإنتاج المختلفة، وما في ذلك من دعم للاقتصاد الوطني عموماً، سواء كان المستقرضون أشخاصاً طبيعيين أم معنويين².

أما فيما يتعلق بصلاحيات المضارب، أو حدود تصرفاته في مال المضاربة، فنبدأ بعبارة للخمّي حول حدود تصرفات المأذون له في التجارة، باعتبار الإذن في التجارة يشمل المضاربة، إذ يقول: (ولا يجوز للمأذون له في التجارة أن يتصرف في ذلك المال في وجه لا يرجى فيه فضل كالهبة والصدقة والعارية والسلف والتأخير بالدين والوضيعة منه؛ لأنه معروف وخارج عن التتمية ...)³، ولأن المصرف مضارب، فإن تصرفاته في المال (سواء كان المال عاماً أو خاصاً) لا تخرج عن إذن مالكه، وإلا ضمن، وفيما يلي عرض لبعض أحكام المضاربة؛ لبيان حدود تصرفات المضارب، وهذه الأحكام تتعلق بالاستدانة على مال المضاربة، وبيع المضارب بالأجل، والإقراض.

وأما الاستدانة فقد اتفق الفقهاء على منعها، إلا إذا أذن رب المال؛ لما فيها من ضرر عليه، ولخلوها من الربح المقصود من عقد المضاربة⁴.

وكذلك البيع بالأجل - البيع نسيئة - حيث اتفق الجمهور على عدم جوازه، إلا بالنص عليه

¹ - أبو غرارة، نظرة في مفهوم القرض المصرفي، ص 26 -- المصري والأبرش، الربا والفائدة دراسة اقتصادية مقارنة، ص 178، 127.

² - المصري والأبرش، الربا والفائدة دراسة اقتصادية مقارنة، ص 179.

³ - للخمّي، التبصرة، 6/3241.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/136 -- القرافي، الذخيرة، 77-6/76 -- الشرييني، مغني المحتاج، 3/352 -- البهوتي، كشف القناع، 3/518.

عيناً، والإذن فيه من المالك¹، وخالف أبو حنيفة فأجازه إذا كانت المضاربة بلفظ مطلق، كأن يقول رب المال للمضارب: خذ هذا المال واعمل فيه برأيك²، أما الحنابلة فمنهم من أجازه، ومنهم من منعه، والراجح الجواز؛ لدخوله في عموم عمل المضاربة، وما قد يحتاجه المضارب، وهذا في حالة إطلاق لفظ المضاربة، أما إذا منعه رب المال من البيع نسيئة فلا يجوز³

وأما الإقراض من مال المضاربة فقد اتفق الفقهاء على منعه، إلا بإذن المالك⁴، ذلك أن القرض مناقض للمضاربة، فالقرض تبرع، وتصرف خالٍ من المقابل، والمضاربة تجارة قائمة على الربح، وكذلك سائر أشكال التبرعات كالهبة والصدقة⁵، تُمنع إلا إذا أذن رب المال.

بعد العرض السابق سنحاول إسقاط كل ما سبق على القرض المصرفي، وكما أسلفنا، فإن المصارف شركات مضاربة، والأموال الموجودة فيها نوعان، مال عام، ترجع ملكيته للدولة، أي لعموم الشعب، ومال خاص، ترجع ملكيته لأشخاص طبيعيين أو معنويين، هذه الأموال بنوعيتها منفصلة عن ملاكها الفعليين، والمصارف هي المتصرف فيها، وهي غير مالكة لها، وبالتالي ووفقاً للعرض السابق، فإنه لا يجوز التبرع منها، ولا التصرف فيها على وجه المعروف والإحسان بغير إذن ملاكها، وهؤلاء أودعوا أموالهم في المصارف إما بقصد الاتجار بها، أو حفظها على الأقل، ولو كانوا يقصدون التبرع بها لأودعوها في حسابات الجمعيات الخيرية، وعلى هذا فإن القرض المصرفي الخالي من الفوائد ممنوع بإجماع الفقهاء؛ لعدم اتفاقه مع أساس توظيف الموارد ومقصد الربح، الذي هو من صميم عمل المضاربة، والذي بسببه أودع أرباب الأموال أموالهم في المصارف، وهكذا إما أن يُمنع القرض المصرفي مطلقاً، وإما أن يُراعى فيه جانب الربح، باعتباره أُسس على عقد قُصد منه توظيف المال، وتحقيق عائد من ذلك، فيُنزل منزلة المعاوضات، ويكون فيه للزمن ثمن.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/133 -- القرافي، الذخيرة، 6/73 -- الشربيني، مغني المحتاج، 351-3/350.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/133.

³ - ابن قدامة، المغني، 151-5/149.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/139 -- الباجي، أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الاندلسي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، لبنان- بيروت، دار الكتاب العربي، ط4، 1984م، 150-5/149 -- اليهودي، كشف القناع، 3/511.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، 6/140.

الفقرة الثانية: محل العقد:

إن محل عقدي القرض والقرض المصرفي هو المال، والمال في القرض مال سائل، كما يصفه الاقتصاديون، أي نقد، أما أموال القرض المصرفي، وأموال المصارف عموماً، فهي رأس مال، أي عامل إنتاج، وعمل مجسد، وسلعة من نوع خاص، وأداة اقتصادية تُطلب ويُتاجر بها¹، ذلك أن أصله مال مضاربة، فالمصرف شركة مضاربة كما أسلفنا، وعليه فإن هذا المال كالشجر في المساقاة، والمواد الخام في الاستصناع، والأرض في المزارعة والمغارسة، وقد أشار النووي لمثل هذا المعنى، عندما شبه مال المضاربة بالنخيل في المساقاة، وأن هذا هو سبب إجازة المضاربة قياساً على المساقاة²، فهل نقيس اليوم القرض المصرفي على المضاربة والمساقاة؟

إن طبيعة أموال المصارف تفرّض هذا القياس، وقد اتجهت دار الإفتاء المصرية هذا الاتجاه في تكييف القرض المصرفي، حيث قضت بجواز الأخذ بالرأي الفقهي القائل بأن مال المصرف كالشجر في المساقاة، وأنزلت حكم زكاة الشجر على الأموال المودعة في المصارف، وأن الزكاة تُخرج من ريع المال، لا من أصله³، كما فصلت في مسألة القرض حين أفتت بأنه: "... ويجب التنبيه على أن ما يسمى بالقروض التي تُعطى من البنوك وغيرها من الهيئات العامة على ثلاثة أنواع:

الأول: ما يتم صرفه مالا في مقابلة مال، من غير نظر إلى توسط سلعة أو استثمار؛ بل غاية المعاملة أن يأخذ العميل مالا ليرده بأزيد مما أخذه، وهذا النوع حرام؛ لأنه يدخل تحت قاعدة " كل قرض جر نفعاً فهو ربا " ولا يحل أخذه إلا عند الضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلتها؛ قال تعالى: { فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه } البقرة 173.

الثاني: ما يكون البنك فيه وسيطاً في شراء سلعة أو عقار ما؛ بحيث يشتريها هو بئمن ويبيعها للعميل مقسطة بئمن أكبر، أو يمول شراءها، وهذا نوع من البيع بالتقسيط، وهو جائز شرعاً؛ للقاعدة المقررة: " إذا توسطت السلعة فلا ربا ".

¹ - المصري والأبرش، الربا والفائدة دراسة اقتصادية مقارنة، ص 107-108، 111، 118، 128-129.

² - النووي، المجموع شرح المذهب، 15/225.

³ - فتوى دار الإفتاء المصرية رقم 2276، بتاريخ 4-8-2010م Dar-alifta.org.

الثالث: عقود البنوك الاستثمارية بين البنوك والهيئات العامة وبين الأفراد والمؤسسات، والتي يتقرر الصرف فيها بناء على دراسات الجدوى للمشاريع والاستثمارات المختلفة، وهذه في الحقيقة عقود جديدة تحقق مصالح أطرافها، والذي عليه الفتوى أنه يجوز إحداث عقود جديدة من غير المسماة في الفقه الموروث مادامت خالية من الغرر والضرر، محققة لمصالح أطرافها، كما رجحه ابن تيمية وغيره.

ويجب عدم تسمية النوعين الأخيرين بالقروض؛ لأن ذلك يسبب لبساً مع قاعدة " كل قرض جر نفعاً فهو رباً " ¹

وكذلك فعلت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، عندما أجازت القيام بتأمين أموال المصارف من المخاطر، باعتبارها من موارد الدولة، ولأهميتها في عملية التنمية داخل المجتمع ².

عليه فإنه من الأهمية بمكان إعادة النظر في مسألة الفائدة المفروضة على القرض المصرفي، وإعادة النظر في أي من القواعد الأقرب والأوجه لتأطير وتقييد أعمال المصرف (شركة المضاربة)، أي القواعد التبرعية، أو التجارية؟

¹ - فتوى دار الإفتاء المصرية رقم 4217، بتاريخ 9-11-2011م، Dar-alifta.org.

² - فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، 1/23.

المبحث الثاني

تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي

بعد القيام بدراسة تفصيلية لمسألة مصدريّة التشريعات، وطبيعتها، والقرض المصرفي باعتبارها أسساً لتحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي، آتي في هذا المطلب لأحاول تحديد طبيعة هذا النظام، ومدى توافقه مع الشريعة الإسلامية مصدراً وأحكاماً.

ولأن عنوان هذا البحث هو النظام المصرفي الليبي، فإن لفظة (النظام) أقصد بها البناء التشريعي المصرفي الليبي، بدءاً من أساسه الدستوري، باعتبار الدستور يمثل قمة الهرم التشريعي، ومصدره الذي يستمد منه القانون شرعيته، وانتهاءً بأحكام هذا البناء التشريعي المصرفي، المؤسسة على ذلك المصدر.

وتتأولي للأحكام المصرفية ليس على سبيل التفصيل، لأن مجال البحث لا يسعها، كما أنه يحتاج إلى مجلدات، قد يفنى العمر قبل تمامها؛ لدوام تجدد وتطور العمل المصرفي، ولكن أترك ما لم أتناوله لغيرنا من الباحث، وإنما أقنصر في هذا المطلب على مسألة واحدة، لا يخفى ما فيها من إجمال وتشويش، وهي مسألة تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي.

ولأنني في مقام بحث لا فتياً، ولعدم أهليتي لمقام الفتيا، فإنني لن أتجاوز بالقطع بتحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي، وإنما سأعرض الآراء حول المسألة، بناء على ما قرّره في المباحث الثلاث السابقة، وأترك أمر القطع بطبيعة النظام المصرفي الليبي للقارئ الكريم، وأيضاً لمن لهم سلطة القطع بحكم هذا النظام من علماء ومجتهدين، إضافة إلى المشرّع الليبي، وذلك بناء على القاعدة الأصولية (حكم الحاكم يرفع الخلاف).

وكنْتُ في المطلب الأول من هذا البحث قد عرضتُ الرأيين الفقهيين الواردين بخصوص دلالة نص " الإسلام دين الدولة "، بين من قال بأنه منصرف إلى تقرير واقع، ومن قال بأنه منهج تشريعي، وأقوم في هذا المبحث بمحاولة معرفة طبيعة النظام المصرفي الليبي من خلال التشريعات الدستورية (مطلب أول)، ثم طبيعة هذا النظام من خلال التشريعات الفرعية (مطلب ثانٍ)، وذلك من خلال أثر الرأيين الواردين حول نص " الإسلام دين الدولة ".

المطلب الأول

طبيعة النظام المصرفي الليبي من خلال التشريعات الدستورية

سأحاول في هذا المطلب تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي من خلال النصوص الدستورية المتعلقة بتحديد مصدر التشريع، وتحديدًا المتعلقة بالشرعية الإسلامية مصدرًا للتشريع، سواء كان ذلك النص متضمنًا لفظ (الشريعة الإسلامية)، أو (القرآن الكريم)، أو (الإسلام).

ولكن قبل ذلك أقوم بعرض أسباب الاختلاف حول مدلول نص (الإسلام دين الدولة)، ثم أشرع في بيان أثر هذين القولين على تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي.

دلالة نص (الإسلام دين الدولة)

كما أسلفتُ، فقد ذهب الفقه القانوني حول دلالة النص الدستوري (الإسلام دين الدولة)، مذهبين تقرير واقع، ومنهج تشريعي، ولأن هذا النص حسب هذا الرأي القائل بأنه منهج تشريعي يستوي مع كافة النصوص الدستورية الأخرى التي تتناول ذات المسألة - مسألة المصدريّة - إذ تستوي في الدلالة على أن الإسلام منهج دولة، واعتبار الشريعة الإسلامية مصدر التشريع¹، بناء على ذلك أقوم بذكر بعض تلك النصوص الدستورية العربية، ثم أورد أسباب الخلاف حول مدلولها.

بعد نظري في أكثر من نص دستوري عربي بالخصوص وجدتُ وحدة في المعنى والمدلول، وإن اختلفت الصيغ والمصطلحات، مما يدل على أن الإشكالية لم تكن في منطوق النص، وإنما في فهمه وتكييفه، ومن ثم تطبيقه، فمثلاً ينص الدستور العراقي على أن: (الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع. أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)²، وتنص المادة الثانية من النظام الأساسي للمملكة العربية السعودية على: (المملكة العربية السعودية دولة عربية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، دستورها كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ...)³، وتنص المادة 7 على أن: (يستمد الحكم سلطته في المملكة

¹ - أبو غرارة، ضو مفتاح، إشكالية الهوية في دستور المستقبل، ص 7 -- المكني، الإسلام والدستور، ص 69-73.

² - الدستور العراقي، دستور العراق الجديد، الصادر في 2005.10.15م، ص2.

³ - النظام الأساسي للحكم، الصادر في 1412.8.27هـ، ص6.

السعودية من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة¹، ونصت المادة 45 على أن: (مصدر الإفتاء في المملكة العربية السعودية كتاب الله تعالى وسنة رسوله...)²، وينص الدستور الليبي على: (الإسلام دين الدولة)³، ثم تُم بـ (... وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع)⁴، ثم عُيّر إلى (القرآن الكريم شريعة المجتمع ...)⁵، ثم إلى (ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة ... ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع)⁶.

إن ما يدفعني لإيراد نص (الإسلام دين الدولة) ضمن النصوص الدستورية الأخرى سالفه الذكر، أن جميع هذه النصوص لم تخلُ من مقالة، كما أنها عكست واقعاً تشريعياً واحداً - تقريباً - على الرغم من اختلافها صياغةً، إضافة إلى أن جميع هذه النصوص وغيرها تعكس رغبة واضحة من المشرع في تبني مسألة الهوية الإسلامية للتشريعات، وعدم إغفالها⁷، وإن كان الواقع التشريعي والتطبيقي قد خالف هذه الرغبة أحياناً.

وفيما يتعلق بالحالة الليبية، فبالرغم من تشابه النصوص الأربعة معني - على الأقل في تقديري- إلا أن جانباً من فقهاء القانون اعتبر أن إلزام المشرع بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع قد بدأ بعد نص (القرآن الكريم شريعة المجتمع ...) أما قبله - أي في ظل نص (الإسلام دين الدولة) والنص المتم له، فلا إلزام على المشرع في تبني الشريعة الإسلامية، ولا دلالة على ذلك الإلزام⁸، فنص (القرآن الكريم شريعة المجتمع ...) جعل الشريعة الشريعة الإسلامية متمثلة في أسمى مصادرها، مصدراً للتشريع أساسياً وأصلياً، بعد أن كانت مصدراً احتياطياً، وأما استمرار ذكرها كمصدر احتياطي في القانون المدني، فيمكن أن يفهم منه أنها ذات دور مع بقية المصادر⁹.

¹ - النظام الأساسي للحكم، ص 7.

² - المرجع السابق، ص 11.

³ - الدستور الليبي الصادر في 1951.10.7م.

⁴ - الجريدة الرسمية، عدد 6، لسنة 1972م.

⁵ - وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب في عصر الجماهير، الصادرة عن مؤتمر الشعب العام بمدينة سبها، بتاريخ 1977.3.2م.

⁶ - الإعلان الدستوري الليبي الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت في مدينة بنغازي، بتاريخ 2011.8.3م.

⁷ - أبو غرارة، الشريعة الإسلامية بين الدسترة والهوية، ص 11.

⁸ - أعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 38.

⁹ - المرجع السابق، ص 202-203.

والسؤال هنا: ماذا عن الفترة التي أعقبت نص (الإسلام دين الدولة) وسبقت نص (القرآن الكريم شريعة المجتمع ...)، والحديث عن الفترة التي تُثم فيها نص (الإسلام دين الدولة) بـ (... وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع)؟ هل نص (الإسلام دين الدولة) بعد هذه التّمتّة مازال بعيداً عن الدلالة على مصدرية الشريعة الإسلامية، وبالتالي إلزام المشرع بها؟ لا نعتقد ذلك.

❖ أسباب الخلاف حول دلالة النصوص التي جعلت الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع:

بناء على ما سبق، فإن كل النصوص لا تكاد تخلو من مقالة، وبالتالي فإن إشكالية هذه النصوص لم تكن إشكالية اصطلاحية، أو إشكالية صياغة، وإنما كانت في نظرة الفقهاء لهذه النصوص وفهمهم وتكييفهم، وذلك تبعاً لعوامل أخرى ساهمت في توجيههم إلى أو عن مدلولها الحقيقي، وأهم هذه العوامل هي:

1. الواقع التشريعي والعملي:

إن واقع الدول سالفة الذكر وغيرها هو الذي دفع فقهاء القانون إلى التشكيك في حقيقة دلالة هذه النصوص على مصدرية الشريعة الإسلامية، وانتقاد الرأي القائل بذلك، وتغيير الاتجاه الدلالي لهذه النصوص إلى بيان دين الشعب، ليس أكثر، وذلك بسبب (التناقضات الصارخة بين نصوص القوانين وأحكام الإسلام)¹، فبعض هذه النصوص أباح ما هو محرّم شرعاً، كالتي أباحت الربا مطلقاً²، وبالتالي كيف يمكن الجمع بين هذا الواقع التشريعي، وكون الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع؟

وحتى الذين قالوا بدلالة هذا النص على مصدرية الشريعة الإسلامية وجدوا أنفسهم مدفوعين - تأثراً بهذا الواقع - إلى المطالبة بضمانات لتطبيق هذه النصوص عملياً³، فهل كان اختلاف

¹ - أعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص38.

² - أبو غرارة، إشكالية الهوية الإسلامية في الدستور الليبي، ص 5.

³ - المرجع السابق، ص 12-13.

النصوص صياغةً محاولةً من المشرع لتطويع الواقع للنص؟ ربما، خاصة وأن واقع هذه الدول وغيرها كان متشابهاً، بالرغم من اختلاف صيغ النصوص المتعلقة بمصدرية الشريعة الإسلامية.

2. فهم حقيقة العلاقة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي:

إن وجود نصوص دستورية كنصوص الحقوق والحريات وغيرها من النصوص المتناولة لهذه المسائل الجدلية، مع وجود نص ينص على مصدرية الشريعة الإسلامية، وفهم النصوص الأولى على إطلاقها، دون تقييد بالشريعة الإسلامية، أدى إلى التشويش في فهم علاقة هذه النصوص ببعضها، ومن ثم إمكانية الجمع بينها، ومدى تحقيقها للانسجام التشريعي المطلوب في المنظومة التشريعية، فجميع هذه النصوص دستورية، ومن ثم تساويها في الرتبة - على افتراض أنها متساوية - هذا على الصعيد الدستوري، كذلك على الصعيد الفرعي - القانون - فإن ذات المشكلة كانت حاضرة، وهي اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع دستورياً ومصدراً احتياطياً في القانون، ووجود نصوص قانونية مخالفة للشريعة الإسلامية، وعدم الطعن فيها بعدم الدستورية؛ لمخالفتها للشريعة الإسلامية، ومن ثم صعوبة فهم وتكييف العلاقة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي.

3. الخلط بين الشريعة وفقه الشريعة:

يرى جانب من الفقه القانوني¹ أن خطأً قد حدث لدى البعض متعلقاً بمفهوم الشريعة، ففريق يحصرها في الكتاب والسنة، وفريق يضيف إلى أحكام الكتاب والسنة باقي المصادر الأخرى من قياس وإجماع وباقي المصادر الفرعية، والحق - حسب قوله - أن الشريعة هي الأحكام التي أنزلها الله - سبحانه - على رسوله - صلى الله عليه وآله وسلم -، أما فقه الشريعة فهو الأحكام الاجتهادية المستنبطة من نصوص الكتاب والسنة وقواعدهما الكلية، وعليه فإن الالتزام يفترض أن يكون بنصوص الكتاب والسنة، أما الآراء الاجتهادية فإنه يستفاد منها، إلا أنها ليست ملزمة، وذلك لعدة أسباب لعل أهمها تغير ظروف الزمان والمكان والمدارك والأفهام².

¹ - دبارة، وضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب، ص 322.

² - المرجع السابق، ص 326.

وأعتمد نص " الإسلام دين الدولة " في هذا المبحث لاعتبارات، أولها أنه أول نص على المستوى الدستوري الليبي يتعلق بمسألة مصدر التشريعات، وثانيها العموم والإجمال الذي يكتنفه بخلاف النصوص الدستورية الأخرى ذات العلاقة، وهو ما سبّب وقوع الخلاف حول مدلوله، وثالثها أن النصوص الدستورية الأخرى ذات العلاقة صريحة في اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر التشريع.

وكما أسلفْتُ فقد اختلف الفقه القانوني حول مدلول هذا النص، فمنهم من صرفه إلى بيان الواقع العقدي للمجتمع، ومنهم من صرفه إلى بيان منهجية ومصدر التشريعات، وتحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي سيكون من خلال هذين المذهبين، وما يترتب على ما ذهباً إليه من آثار تشريعية.

الفرع الأول:

طبيعة التشريع الدستوري الليبي من خلال الرأي القائل بأن نص " الإسلام دين الدولة " تقرير واقع:

بداية بالمقصود من مصطلح " تقرير واقع " والذي نرى أنه منصرف إلى بيان حالة عقدية بياناً على سبيل الكشف لا الإنشاء، وفي هذا الموضع يقصد به بيان الحالة العقدية الدينية التي يلتزم بها مجموع الناس، أو أغلبهم، داخل إقليم معين.

وقد ذهب جانب من الفقه القانوني إلى تبني هذا الرأي، وأن مجرد النص على أن " الإسلام دين الدولة " ليس فيه دلالة على أن نصوص القانون مبنية، أو يجب أن تُبنى على أسس موجودة في الشريعة الإسلامية؛ بل هو نص فارغ المحتوى على المستوى التشريعي، ولا دلالة فيه على إلزام المشرع التقيد بالشريعة الإسلامية، وواقع الحال أنه أقرب إلى كونه شعاراً وُضع لإسكات المواطنين وتضليلهم.¹

¹ - عوض، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 1-4 -- دبارة، وضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب، ص 328 - اعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 38.

وعلى قلة المراجع المتاحة التي تناولت هذه المسألة، إلا أن أياً منها لم تتناولها بكثير شرح وتفصيل؛ بل كان عرضهم لها وجيزاً ومختصراً، على الرغم من أهميتها وعظيم أثرها، خاصة على المنظومة التشريعية.

وسأحاول في هذا الفرع تفصيل هذه المسألة مستعينين على ذلك بتلك العبارات التي ذكرها أصحاب هذا الرأي؛ لبيان أثره على المنظومة التشريعية للدولة.

وأثر صرف دلالة نص " الإسلام دين الدولة " إلى تقرير واقع على المنظومة التشريعية في الدولة يتجلى في جانبين، التشريع الدستوري، وهو محل نقاشنا هنا، والتشريع الفرعي - القانون - وهو محل نقاشنا في المطلب الثاني .

وفي هذا الفرع سأبين أثر هذا الرأي على مصدر الدستور، وعلى تفسير نصوصه.

الفقرة الأولى: أثر هذا الرأي على مصدر الدستور:

كما هو معلوم، فإن مصدر الشيء هو الذي يحدد الإطار العام ومعالم ذلك الشيء، وبنفي مصدرية الشريعة الإسلامية بناء على نص " الإسلام دين الدولة " فلا مجال للشريعة الإسلامية في وضع ذلك الإطار، أو تحديد أيٍّ من معالمه، وهكذا فإن المشرع غير ملزم باتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، إذ لا يوجد ما يلزمه دستورياً باتخاذها مصدراً للتشريع، أو يلزمه الرجوع إليها، وحتى لو أخذت إحدى الفقرات أو المواد الشكل أو المضمون الذي ترصاه الشريعة الإسلامية، فإن ذلك من باب التوافق في الأسس والمبادئ العامة، ولا يعني بالضرورة اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً لتلك الفقرة أو غيرها¹، وهذا سيلقي بظلاله حتماً على طبيعة وهوية التشريعات، ومادة تلك التشريعات، على اختلاف درجتها، فنفي مصدرية الشريعة الإسلامية نفياً للهوية الإسلامية تشريعياً، وإن كانت تلك الهوية موجودة فعلاً في الواقع الشعبي، إذ ما من أثر لهذا الواقع الشعبي على الواقع التشريعي.

¹ - عوض، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 3 -- دبارة، وضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب، ص 328.

الفقرة الثانية: أثر هذا الرأي على تفسير نصوص الدستور:

أما فيما يتعلق بنصوص الدستور وتفسيرها، فإن الحال بصدد ما هو إلا أثر عن نفي مصدرية الشريعة الإسلامية دستورياً، فنفي هذ المصدرية يعني أن نصوص الدستور في حلٍّ من أحكام الشريعة الإسلامية؛ لانعدام أي أساس دستوري لتقييد النصوص الدستورية بالشريعة الإسلامية، وهذا سيلقي بظلاله على المنظومة القانونية، كما سنبين بعد قليل.

ومما يترتب على ذلك، أنه لا يمكن فتح باب النقاش عن أي تعارض قد يحدث بين الشريعة الإسلامية والنصوص الدستورية، فكما صرح بعض أصحاب هذا الرأي فإن المشرع " غير ملزم قانوناً باتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع؛ فالنص الدستوري (الإسلام دين الدولة) في دولهم لا يقرر هذا الإلزام ... فالمشرع في هذه الدول يسن من القوانين ما يراه ملائماً لمجتمعه، ومناسباً لظروفه، دون أن يجهد نفسه في البحث عن مدى موافقة أو مخالفة هذه القوانين لأحكام الشريعة"¹، وهكذا توضع النصوص الدستورية وتُفسر بإطلاقها القانوني الملائم للواقع الاجتماعي، ووفقاً للقواعد الوضعية التي اعتمدها المشرع في وضع النصوص وتفسيرها، وهذا بدوره يعزز وحدة الدستور، وينفي أي تعارض قد يحدث بين نصوصه.

ففي ظل نفي مصدرية الشريعة الإسلامية، وحرية المشرع الدستوري في وضع النصوص التي يراها مناسبة، فلا مجال للحديث عن وجود نصوص دستورية مخالفة للشريعة الإسلامية، وإنما وُضعت تلك النصوص ضمن إطار تحدده مصادر أخرى، وهذا بدوره ينفي التعارض والتصادم الذي قد يحدث بين نص مصدرية الشريعة الإسلامية - فيما لو اعتُمدت كمصدر - وأي نص آخر قد يحتوي على ما يخالفها، وحتى النصوص التي تحمل طابعاً إجمالياً، أو عمومياً، ولها أكثر من اتجاه دلالي، فإن بيان إجمالها، وتخصيص عمومها، وتحديد اتجاهها الدلالي يتم وفق ذلك الإطار، الذي لم تكن الشريعة الإسلامية أساسه، ولا يتم وفقاً لأحكامها؛ وذلك لعدم وجود ما يلزم المشرع بها، وأيضاً حفاظاً على السياق العام الذي تسير به المنظومة القانونية ككل.

ولعل أهم النصوص الدستورية المثيرة للجدل هي تلك النصوص المتعلقة بحقوق الإنسان، وتوقيع الاتفاقيات، فالجدل حول مثل هذه النصوص ليس متعلقاً بها لذاتها، وإنما متعلق بالإطار

¹ - عوض، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص3.

الذي تفسر فيه، ومن ثم تطبيقها، ومادامت الشريعة الإسلامية ليست مصدراً، فللمشرع الحرية في وضع النصوص وتفسيرها بما يراه مناسباً داخل الإطار القانوني المحدد.

وعليه، فإن القول بأن نص " الإسلام دين الدولة " مجرد تقرير واقع، ولا إلزام فيه على المشرع بضرورة التزام أحكام الشريعة الإسلامية ينفي الطبيعة الإسلامية للتشريعات الليبية عموماً، والتشريع المصرفي على وجه الخصوص، وبذلك تكون الشريعة الإسلامية مجرد مصدر كغيرها، لا مصدر أساسي وأولي، والأخذ بها في جزئية معينة من القانون يجعل من هذه الجزئية ذات مصدر إسلامي، والشريعة الإسلامية بهذا الشكل أشبه ما تكون بمصدر تاريخي، مثلها مثل القانون الروماني، أو قانون هامورابي، أو غيرهما، وعليه فلا إلزام على المشرع بضرورة التقيد بمبادئ الشريعة الإسلامية واحكامها؛ بل هو على الخيار، فإن شاء رجع إليها، وإن شاء تركها.

وهذا الرأي لا يمكن إعماله ولا الاعتداد به إلا خلال المرحلة الملكية، والفترة الأولى من مرحلة سبتمبر، ومجموعها الفترة الواقعة بين 1951م إلى 1971م، أما بعد هذا التاريخ فإن الأمر مختلف تماماً، إذ أصبح النص الدستوري واضح الدلالة، وبما لا يدع مجالاً للتأويل، في أنه منصرف إلى الدلالة على كون الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، وذلك كالنص المتمم لنص " الإسلام دين الدولة "، أو نص " القرآن الكريم شريعة المجتمع ... "، أو نص " ... والشريعة الإسلامية مصدر التشريع "، إذ لا مجال للقول بأن مثل هذه النصوص تنحصر دلالتها في تقرير الواقع العقدي للشعب، كما هو الحال في نص " الإسلام دين الدولة ".

الفرع الثاني:

**طبيعة التشريع الدستوري الليبي من خلال الرأي القائل بأن (الإسلام دين الدولة)
منهج تشريعي:**

إن المقصود بهذه العبارة هو تبني الدولة الإسلام، أي الشريعة الإسلامية منهجاً وأحكاماً في منظومتها التشريعية، بدءاً بالدستور، ومروراً بالقوانين واللوائح، وانتهاء بالتطبيق، ولأن الدولة شخص معنوي ولا يتصور في حقه العبادة، فإن التزامها بالإسلام يكون بالتزام المنهجية التشريعية ككل، وبالأحكام ذات الطابع العام على وجه الخصوص، وهكذا لا يُسن من التشريعات إلا ما كان موافقاً للشريعة الإسلامية، أو بمعنى آخر، " الإسلام دين الدولة " هنا بمعنى أن الإسلام

كشريعة هو مصدر تشريعات الدولة، والمقصود بالمصدر هنا " هو المعنى الموضوعي أو المادي، الذي يرمز إلى جوهر القاعدة أو مضمونها ... أي إن المشرع يستمد مضمون القواعد القانونية التي ينص عليها في قوانينه من أحكام الشريعة الإسلامية"¹.

إن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع لا يعني نفي مصدرية غيرها من عرف وعادة وقوانين مقارنة، على ألا يخرج مؤدى هذه المصادر عن الإطار العام الذي ترسمه الشريعة الإسلامية، فهذه الأخيرة ليست كما ذهب بعضهم بالقول بأنها " مجرد مصدر مادي من المصادر المتنوعة للتشريع الوضعي"²؛ بل مصدريتها حاکمة على مصدرية غيرها، أي وجود تراتبية وتسلسل بين المصادر، فلا يصدر عن الأدنى ما يخالف الأعلى، وإلا وجدنا أنفسنا أمام

تصادم تشريعي بين نصين أو أكثر، ولكل نص مصدره، وكلها متساوية في الرتبة أو الدرجة، ولكن بجعل الشريعة الإسلامية المصدر الأسمى نحافظ على مصدرية باقي المصادر من جهة، ونحافظ على الانسجام التشريعي المطلوب في المنظومة التشريعية من جهة أخرى.

وتتبعي الإشارة إلى أن نص " الإسلام دين الدولة " ظل سارياً في ليبيا مدة عشرين سنة من 1951م إلى 1971م، حيث صدر في 1971م قرار مجلس قيادة الثورة القاضي بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات، وتعديلها بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ناصاً في المادة الأولى منه على: " تؤكد الجمهورية العربية الليبية على القيم الروحية وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع"³، ثم نصت المذكرة الإيضاحية لهذا القرار على أن: " هذه المادة تعتبر متممة للإعلان الدستوري الليبي كقاعدة أساسية لدستورية القوانين والتشريعات التي تصدر في الجمهورية من الآن فصاعداً"⁴.

ولأن نص " الإسلام دين الدولة " وفق هذا الرأي يتفق دلالة مع باقي النصوص الأخرى، كنص " القرآن الكريم شريعة المجتمع ... "، ونص " ليبيا ... ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية

¹ - دبارة، موضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب، ص 329.

² - المكني، الإسلام والدستور، ص 71.

³ - الجريدة الرسمية، العدد 6، لسنة 1972م.

⁴ - عوض، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 17-18.

مصدر التشريع " فإن بياني لأثر نص " الإسلام دين الدولة " شامل لكل تلك النصوص، لا هذا النص وحده.

وأشعر الآن في بيان أثر القول بمصدرية الشريعة الإسلامية بناء على نص " الإسلام دين الدولة " على التشريع الدستوري.

سأبين في هذا الفرع أثر هذا الرأي على مصدر الدستور، ومن ثم على تفسير نصوصه.

الفقرة الأولى: أثر هذا الرأي على مصدر الدستور:

إن القول بأن دلالة نص " الإسلام دين الدولة " تنصرف إلى تحديد المنهج التشريعي، والمصدر الذي تلتزم به الدولة في وضع تشريعاتها، وهكذا وفقاً لهذا الرأي، فإن الشريعة الإسلامية بناء على هذا النص هي التي تحدد الإطار العام لنصوص الدستور، وبالتالي ما وافق الشريعة الإسلامية فهو موافق لها حقيقة، وبناء على ما نصت عليه، أو شملته قواعدها الكلية، وليس مجرد توافق بينها وبين مصدر آخر، ومما يترتب على هذه الموافقة، اصطباغ تشريعات الدولة بالصبغة الشرعية، أي الشرعية الإسلامية.

أما فيما يتعلق بالمصادر الأخرى، فكما أسلفنا، فإنها معتبرة مادامت دائرة في فلك الشريعة الإسلامية، غير مخالفة لها.

وبيان ما سبق هو أن الشريعة الإسلامية - قواعد وأحكاماً - هي مصدر تشريعات الدولة بجميع مستوياتها، الدستورية والفرعية، وهنا تجدر الإشارة إلى القواعد التي ذكرناها في مطلب مصدرية الشريعة الإسلامية، وهي قاعدة المنشئ والكاشف، والقواعد المنبثقة منها¹، فكون الشريعة الإسلامية مصدر التشريع يعني أنها المصدر المنشئ، والدستور هو المصدر الكاشف لها، وأن كل المصادر الأخرى غير الشريعة الإسلامية معتبرة مادام مضمونها غير مخالف لنصوص وقواعد هذه الشريعة، ذلك أنها وإن كانت مصادر منشئة للدستور، إلا أنها كاشفة بالنسبة للشريعة الإسلامية، تماماً كمصدرية السنة النبوية بالنسبة للقرآن الكريم.

¹ - ينظر ص 29 وما بعدها من هذا البحث.

أيضاً، فإنه لا يشترط أن تكون المسائل المنصوص عليها في الدستور واردة بأكملها في الشريعة الإسلامية؛ بل يكفي عدم معارضتها لقواعد الشريعة الإسلامية، أو أحكامها.

أيضاً، فإن أحكام الشريعة الإسلامية هي بمثابة نصوص يستقي منها المشرع الأحكام الدستورية والفرعية، والمشرع هنا هو الحاكم الذي باختياره لأي رأي فقهي حول مسألة معينة يكون اختياره هذا رافعاً للخلاف حول هذه المسألة، ثم بيان تفاصيل المسائل يكون من خلال الإحالة التي يقوم بها الدستور، حيث يحيل إلى القانون، والذي بدوره يبين ويفصل ويقيد ويخصص، وبما لا يعارض الدستور، ولا يخالف الشريعة الإسلامية.

إن ضرورة موافقة كل التشريعات للشريعة الإسلامية هي من أهم لوازم كونها مصدراً، وإلا فلا معنى لمصدريتها، وإقرارها كمصدر للتشريعات، والتزام المشرع بها حقيقة، تتجلى الهوية الإسلامية للدولة، ولتشريعاتها على وجه الخصوص، إذ تمثل المنظومة التشريعية وفق هذا الفهم لنص (الإسلام دين الدولة) تصويراً حقيقياً للهوية الإسلامية.

الفقرة الثانية: أثر هذا الرأي على تفسير نصوص الدستور:

إذا كانت الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع، وهذه المصدرية تمت دسترتها، فإن النصوص الدستورية هنا - وضعاً وتفسيراً - ملزمة بكافة القيود والضوابط التي تحددها الشريعة الإسلامية، ووفقاً لتلك القيود والضوابط يتم بيان المجمل من هذه النصوص، وتقيد المطلق، وتخصيص العام، بما لا يخالف الشريعة الإسلامية، وفي حال احتمال وجود أكثر من دلالة لأحد النصوص، فإن الدلالة الموافقة للشريعة الإسلامية هي الدلالة المعتمدة، وكل ذلك في سبيل الحفاظ على التوافق التشريعي، والابتعاد عن كل ما يزعزع وحدة الدستور، ذلك أن القول بمصدرية الشريعة الإسلامية بالنسبة لكافة التشريعات في الدولة بناء على نص " الإسلام دين الدولة " يعني إلزام المشرع بالتقيد بها، وبالتالي فإن وجود أي نص مخالف لهذا المصدر يعني الوقوع في تصادم بين النصوص، مما يؤثر سلباً على وحدة الدستور، وبالتالي على التشريعات الفرعية (القانون) والتي تتخذ من الدستور أساساً لها، فكما ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن وجود نص كنص " الإسلام دين الدولة " وفهمه على أنه يدل على مصدرية الشريعة الإسلامية " يتطلب ألا يتعارض التشريع مع الشريعة، كما أن اعتبار التشريع في مرتبة أدنى من الدستور هو أمر

يتطلب ألا يتعارض التشريع مع الدستور، فإذا كان الدستور متعارضاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه سيجتاز على ذلك أن يكون التشريع مخالفاً لأحدهما، فتلافياً لهذا الحرج الذي يضطر إليه المشرع، وتحقيقاً لما يجب أن يكون هناك من التناسق والانسجام بين التشريع والدستور من ناحية، والتشريع والشريعة من ناحية أخرى كان واجباً ألا تتعارض أحكام الدستور مع مبادئ الشريعة¹، إذ إن مثل هذا التعارض - كما أسلفنا - يؤدي إلى تناقض نصوص الدستور؛ لمخالفة هذه النصوص لمصدرها، وهذا بدوره يضرب وحدة الدستور، وإن كان وجود نص كنص " الإسلام دين الدولة " وفهمه على أنه منهج تشريعي يحقق الهوية الإسلامية لفظاً.

ويلاحظ على النقل السابق أنه عندما يتحدث الكاتب عن الإسلام والتشريع يستخدم لفظ الشريعة، بينما عندما يتحدث عن الإسلام والدستور يستخدم لفظ مبادئ الشريعة، ولعل تعليل ذلك - على الأقل في تقديرنا - هو حرص الكاتب على تحقيق الانسجام بين المنظومة التشريعية الإسلامية، ونظيرتها الوضعية، فالإسلام منهج، ومادام كذلك فهو مبادئ عامة تتدرج تحتها تفصيلات هذه المبادئ، وهي الأحكام، أو الشريعة، وكذلك المنظومة التشريعية الوضعية، لها مبادئ عامة متمثلة في الدستور، ثم تفصيل هذه المبادئ، والمتمثل في التشريع الفرعي، فحتى يحقق الكاتب الانسجام بين المنظومتين، ربط كلاً بما يتفق مع طبيعته، فزواج بين الشريعة والتشريع، وبين الدستور ومبادئ الشريعة.

وكما أسلفنا، فإن نصوصاً كنصوص الحقوق والحريات عموماً، والتي تأخذ جدلاً واسعاً حول مدلولها، إذا ما وضعت وفسرت ضمن إطار المصدر (الشريعة الإسلامية) فلا إشكال، أما إذا فُسرت خلافاً لذلك المصدر، فإن ذلك يعتبر خروجاً عن الإطار الذي يحدده ذلك المصدر، وبالتالي التناقض بين التشريعات، وأيضاً التشكيك في جدية المشرع في تبني الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع.

وعليه، فإن القول بأن نص " الإسلام دين الدولة "، وباقي النصوص الدستورية الأخرى بالخصوص منهج تشريعي، والعمل وفق هذا الرأي، يجعل من النظام التشريعي نظاماً ذا طبيعة

¹ - متولي، عبد الحميد، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، تقديم عبد الحليم محمود، مصر - الاسكندرية، منشأة المعارف للنشر، ط3، 1990م، ص 23.

إسلامية على المستوى الدستوري، ثم بيان معالم هذه الطبيعة الإسلامية يتم من خلال القانونين المدني والمصرفي، وهذا مقتضى قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف).

المطلب الثاني: تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي من خلال التشريعات الفرعية

سأحاول في هذا المطلب بيان طبيعة النظام المصرفي الليبي من خلال نصوص القانونين المدني وتعديلاته - فيما يتعلق بمحل البحث - والمصرفي وتعديلاته، وذلك وفق الرأيين المتعلقين بتحديد دلالة النص الدستوري (الإسلام دين الدولة)، هل هو تقرير واقع، أم أنه منهج تشريعي؛ ذلك أن تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي لا يتم بمعزل عن الأساس الدستوري، وكنت قد فصلتُ الحديث عن هذا الأساس في المطلب السابق.

الفرع الأول:

طبيعة التشريع المصرفي الليبي من خلال الرأي القائل بأن (الإسلام دين الدولة) تقرير واقع:

ينحصر حديثي في هذه الفقرة عن الفترة الواقعة بين 1951م و 1971م، أما ما بعد هذه الفترة (1971م إلى 2015م)، فإن النصوص الدستورية واضحة الدلالة على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، إضافة إلى التغييرات الجوهرية التي طرأت على القانونين المدني والمصرفي، في انعكاس واضح لمصدرية الشريعة الإسلامية. وسأتناول في هذا الفرع أثر هذا الرأي على مصدر القانون، وعلى نصوصه.

الفقرة الأولى: أثر هذا الرأي على مصدر القانون:

كما هو معلوم في الفقه الدستوري، فإن المنظومة التشريعية في أي دولة موضوعة وفق تراتبية معينة، تبدأ بالدستور، ثم القانون الفرعي، ثم اللائحة، وينتج عن هذه التراتبية عدم مخالفة الأدنى

للأعلى، كون الأعلى يمثل مصدر الأدنى وأساسه¹، وكما أسلفت، فإن نص " الإسلام دين الدولة " وفق هذا الرأي لا يحمل أي دلالة على مصدرية الشريعة الإسلامية، وهكذا فإن المشرع يضع من القوانين ما يراه مناسباً، في حدود النصوص الدستورية، وإن اشتمل ذلك الوضع على مخالفة للشريعة الإسلامية؛ لعدم وجود القيد الدستوري الذي يلزمه بضرورة موافقتها، وأهم أثر لذلك بقاء الصبغة الدستورية لجميع هذه النصوص، وإن احتوت على ما يخالف الشريعة الإسلامية، ومن ثم عدم إمكانية الطعن فيها بعدم الدستورية؛ ذلك أن مخالفتها للشريعة الإسلامية لا يعدها الشرعية الدستورية².

إن مسألة مصدرية الشريعة الإسلامية من عدمها تتعلق بكافة التشريعات الفرعية (القوانين) ولكن لما كان القانون المصرفي محلاً لهذه الدراسة، وكان مؤسساً على القانون المدني، نحصر حديثنا في هذين القانونين.

إن موضع الشريعة الإسلامية في القانون المدني مختلف عما هو عليه في الدستور، فكما أشار فقهاء القانون من أصحاب هذا الرأي، فإن الشريعة الإسلامية ذكرت كمصدر احتياطي، بينما كان التشريع المصدر الأساسي للقانون، وهكذا أُعطيت الشريعة الإسلامية دوراً تكميلياً، فلا يُرجع إليها إلا عند وجود فراغ تشريعي³، وهذا هو نص المادة الأولى من القانون المدني سالف الذكر، والمعونة بأصول القانون:

" 1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ...⁴

إن مفهوم المخالفة للفقرة الثانية من هذه المادة يؤكد على عدم الرجوع للشريعة الإسلامية في حال وجود نص تشريعي، وهذا النص التشريعي وُضع في ظل دستور لا يرى في الشريعة

¹ - متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ص 22-23.

² - دبارة، وضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب، ص 328.

³ - أعيوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 249.

⁴ - القانون المدني الليبي الصادر بتاريخ 1954.

الإسلامية مصدراً له، وهذا ما يؤكد الدور الاحتياطي للشرعية الإسلامية، كما يؤدي بنا إلى نتيجة أخرى مفادها أن النص التشريعي إذا كان موافقاً للشرعية الإسلامية، ومخالفاً لنص أو مبدأ دستوري وجب نقضه وتعديله بما يتفق مع النص الدستوري، وإن كان في ذلك مخالفة للشرعية الإسلامية؛ وذلك حفاظاً على مقتضى التراتبية التشريعية - موافقة الأدنى للأعلى -، وأيضاً لعدم وجود ما يدل على إلزامية توافق التشريع مع الشرعية الإسلامية.

وهكذا لما كانت الشرعية الإسلامية ليست مصدراً للدستور، كان للقانون الفرعي دور في تحديد دورها، بما لا يخالف النصوص الدستورية، وهذا ما يبرر جعلها مصدراً احتياطياً، فبالرغم من أن القاضي ملزم بعدم الرجوع إلى المصادر الاحتياطية الأخرى - العرف، مبادئ القانون الطبيعي، قواعد العدالة - إلا بعد انتفاء الحكم في الشرعية الإسلامية، إلا أن الأخيرة تبقى مصدراً احتياطياً تكميلياً، " فلا تعدو أن تكون معيناً للقاضي يلجأ إليها عند الحاجة، أي عندما لا يسعفه التشريع - وهو المصدر الأصلي - بالحل المطلوب "¹، وهكذا كان دور الشرعية الإسلامية محكوماً ومؤطراً ضمن إطار ضيق، وهو الحالات التي لا يوجد فيها نص تشريعي، وحتى في هذه الحالة يجب ألا يكون الرجوع للشرعية الإسلامية مخالفاً لنص أو مبدأ دستوري، لما في ذلك من إخلال بمقتضى التراتبية التشريعية، والذي بدوره يضرب وحدة التشريع واستقراره.

الفقرة الثانية: أثر هذا الرأي على نصوص القانون:

بعد عرضي السابق لهذا الرأي، يمكن القول بأن أثره على نصوص القانون بات واضحاً، فنص " الإسلام دين الدولة " ليس فيه دلالة على مصدرية الشرعية الإسلامية، و "التشريع" تصدر مصادر القانون، وتأخرت الشرعية الإسلامية، وأخذت دوراً احتياطياً تكميلياً، وهكذا فإن نصوص الدستور عموماً هي مصدر النص القانوني، أو بالأحرى هي مصدر "التشريع"، وهذا أمر تفرضه التراتبية التشريعية، ومادام الدستور، وهو رأس الهرم التشريعي، والحاكم على كل التشريعات، لم ينص على مصدرية الشرعية الإسلامية، ولم يلزم نصوصه بها، وكانت هذه النصوص هي مصدر القانون، فإن نصوص القانون في مأمن من الطعن فيها بعدم الدستورية في حال مخالفتها للشرعية الإسلامية، فما من ملزم يلزم المشرع بالضوابط الشرعية؛ بل هو ملزم بالضوابط الدستورية، فلا يُعتمد بغيرها مهما كان.

¹ - شلييك، المدخل للعلوم القانونية، ص122.

وهكذا فإن نصوص القانونين المدني والمصرفي توضع وفق الإطار العام القانوني المعبر عن المنظومة التشريعية ككل، وتفسر ضمن هذا الإطار، والذي يرجع في نهاية المطاف إلى المبادئ المقررة في الدستور، ولذلك نجد إقراراً وتنظيماً للفائدة المفروضة على القروض في هذين القانونين، كما وضعت نصوص أخرى لتنظيم عقود الغرر، وأخرى لتنظيم عقد التأمين، وكل هذه العقود محل نظر - على الأقل - في الشريعة الإسلامية.

وبناء على ما سبق أنتهي إلى أمرين:

الأول: أن إقرار ما هو مخالف للشريعة الإسلامية، كعقود الغرر، يجد أساس شرعيته قانوناً في انعدام القيد الدستوري بضرورة التزام المشرع بضوابط الشريعة الإسلامية، وبالتالي مادام التشريع موافقاً للدستور فلا يعدم الشرعية، وإن انطوى على مخالفة للشريعة الإسلامية.

الثاني: أن جعل الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً، لا يترتب أثراً على التشريعات المصرفية المخالفة للشريعة الإسلامية، كما يفصل الشريعة الإسلامية عن مسألة سموها عن التشريع ومصدريتها، ويحصر دورها في عملية استكمال الفراغ التشريعي، وبالتالي فإن الرجوع إليها في بعض الجزئيات دون البعض الآخر، لا يعني شرعية التشريعات، مما ينفي الهوية والطبيعة الإسلامية عنها، ذلك أن الشريعة الإسلامية كاملة في أسسها ومبادئها¹، فهي كل، وليست جزءاً، والاحتكام إليها في بعض المسائل فقط يتعارض مع هذه الكلية، فكليتها تقتضي حاكميتها بالكل وعلى الكل.

وعليه، فإن طبيعة النظام المصرفي الليبي وفق هذا الرأي وخلال هذه الفترة (1951م على 1971م) ليست إسلامية؛ بل هو نظام مصرفي تقليدي؛ وذلك لغياب الأساس الدستوري الدال على ذلك، ومن ثم غياب الإلزام الدستوري للمشرع على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، وعدم النص على ما يخالفها.

¹ - نجيده، علي حسين، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، مصر - القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، ب.ط، 1990م، ص81.

الفرع الثاني:

طبيعة التشريع المصرفي الليبي من خلال الرأي القائل بأن (الإسلام دين الدولة) منهج تشريعي:

على خلاف الفقرة السابقة التي انحصر الحديث فيها عن الفترة من 1951م إلى 1971م، فإنني في هذه الفقرة سأحاول تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي خلال جميع الفترات التي مرّ بها التشريع المصرفي الليبي، من الاستقلال 1951م إلى العام 2015م، ذلك أن النص الدستوري " الإسلام دين الدولة " وفق هذا الرأي يدل على تحديد مصدر التشريعات، وهو الشريعة الإسلامية، ومن ثم يستوي في الدلالة مع كافة النصوص الدستورية الأخرى التي تتناول نفس المسألة (مسألة المصدرية).

وسأتناول في هذا الفرع أثر هذا الرأي على مصدر القانون، وعلى نصوصه.

الفقرة الأولى: أثر هذا الرأي على مصدر القانون:

ذكرتُ أن القانون المدني نص في مادته الأولى على اعتبار "التشريع" المصدر الأساسي للقانون، وجعل الشريعة الإسلامية في رأس المصادر الاحتياطية، ولأن الدستور وفق هذا الرأي قد نص على اعتبار مصدريّة الشريعة الإسلامية بناء على نص " الإسلام دين الدولة "، فهذا يعني أن "التشريع" ملزم ومقيد بأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن موافقة الشريعة الإسلامية ليست أمراً اختيارياً؛ بل يجب على المشرع الالتزام بكافة الشروط و الضوابط الظاهرة من خلال منهج وأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن أهم نتائج هذا الالتزام اصطباغ كافة النصوص القانونية بالصبغة الدستورية، إلى جانب الصبغة الشرعية بطبيعة الحال، وبمفهوم المخالفة، فإن أي نص مخالف للشريعة الإسلامية - المصدر - يعد غير دستوري ويطعن فيه بذلك، ومن ثم نقضه وتعديله، كونه خالف مصدره¹.

¹ - دبارة، موضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب، ص329.

وبناء على ما انتهينا إليه في منهجية الأصوليين في تحديد المصدر، فإن الدستور هو المصدر المنشئ للقانون، وإن كان في ذات الوقت يقوم بدور المصدر الكاشف بالنسبة للشرعية الإسلامية، والقانونان المدني والمصرفي هنا هما مصدران كاشفان للدستور، وعليه فإن العلاقة بينهما هي علاقة النص بالحكم فهذان القانونان هما عبارة عن أحكام مستتبطة بناء على نصوص الدستور، إضافة إلى عدم لزوم النص على كافة المسائل في الدستور، إذ قد ينص القانون على ما لم ينص عليه الدستور، لكن دون الخروج عن الإطار العام الذي تحدده نصوص الدستور، وبطبيعة الحال، عدم جواز مخالفة القانون للدستور، وإلا فقد الشرعية؛ لفقده الأساس الدستوري، ولأن الدستور لا ينص على جميع المسائل، كما لا يفصل في جميع المسائل التي يذكرها، وذلك بسبب الطبيعة الإجمالية التي يتصف بها، فإنه يقوم عن طرق الإحالة بمنح الإذن للمشرع الفرعي للنص على ما لم ينص عليه، والتفصيل في المسائل التي نص عليها، والمشرع هنا يعمل عمل الحاكم الذي ذكره الفقهاء، وفصلنا الحديث عنه في مطلب مصدريّة الشريعة الإسلامية، حيث يختار من الآراء الفقهية ما يراه مناسباً لمقتضيات الزمان والمكان، وبهذا الاختيار يكون هذا الرأي الفقهي نصّاً خاصّاً بالمسألة محل النص، ويكون ملزماً.

وهكذا تكون تراتبية الهيكلية التشريعية للنظام المصرفي الليبي، حيث تبدأ من أحكام الشريعة الإسلامية، ثم الدستور، ثم القانونين المدني والمصرفي، ثم اللائحة، ثم القرار.

إلا أن ذكر المشرع للشريعة بلفظ " مبادئ الشريعة الإسلامية " يثير إشكالية عدم مناسبة اللفظ للمقام، فكما أسلفنا، فإن المقام هنا مقام تشريع، أي أحكام، وليس مقام مبادئ وأصول وأسس، وبالتالي كان حرياً بالمشرع استعمال لفظ " أحكام " أو الاقتصار على لفظ " الشريعة الإسلامية "، هذا إذا لم نقل النص على مذهب بعينه، كالمذهب المالكي مثلاً، وأيضاً باعتبار جهة الخطاب، فإن المخاطب بهذا النص (نص المادة الأولى من القانون المدني الليبي) هو القاضي وليس المشرع، فالمشرع هو الذي ينظر في المبادئ والأصول، ويفصلها ويبينها ويحدد دلالاتها، ثم يأتي القاضي فيطبق ما وضعه المشرع، وبالتالي كان استعمال لفظ (مبادئ الشريعة الإسلامية) غير متناسب لا مع المقام، ولا مع طبيعة المخاطب بالنص.

الفقرة الثانية: أثره على نصوص القانون:

فيما يتعلق بنصوص القانونين المدني والمصرفي، فإن نص الدستور على مصدرية الشريعة الإسلامية كفيل بتأكيد أن تكون جميع النصوص موافقة للشريعة الإسلامية، وضعاً وتفسيراً، وإلا فقدت عنصر الشرعية، وبالتالي أمكن الطعن فيها بعدم الدستورية، ونقضها، وما يترتب على ذلك من عدم استقرار في الوسط التشريعي والقضائي من بعده.

فوجود نص قانوني مخالف للشريعة الإسلامية يعتبر عدم التزام بلوازم مصدرية المصدر، والتي من أهمها عدم جواز مخالفته، كما أن في ذلك عدم التزام بمقتضى الهوية والطبيعة الإسلامية للتشريعات، تلك الهوية التي أقرها الدستور عبر نص " الإسلام دين الدولة " " فالهوية الإسلامية للتشريع لا تحتمل التجزئة، فالتشريع إما أن يكون شرعياً أو غير شرعي...¹، إلا أننا مع ذلك قد نجد نصوصاً احتوت على ما يخالف الشريعة الإسلامية، كالنصوص المنظمة للفائدة المفروضة على القروض، والمنظمة لعقد التأمين، وعقود الغرر، فهل هذه العقود جائزة في نظر المشرع، أم أنه قصور في فهم دلالة النصوص الشرعية، أم أن النصوص التي تبنت الشريعة الإسلامية مجرد نصوص دعائية؟ علماً بأن النصوص سألقة الذكر ظلت سارية دون أن يطعن فيها بعدم الدستورية، أو يعاد النظر فيها، وتعديلها.

• الفرع الثالث: طبيعة النظام المصرفي الليبي في ظل هذا الرأي:

في ظل القول بأن " الإسلام دين الدولة " منهج تشريعي فإن الطبيعة الإسلامية للتشريع عموماً، وللمصرفي خصوصاً حاضرة، ذلك أن الطبيعة مؤسسة على المصدر، كما فصلنا ذلك في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا البحث، ومادام المصدر إسلامياً، أو معتبراً شرعاً، فإن طبيعة التشريع عموماً إسلامية، فالمشرع الفرعي لا يمكنه تجاوز هذه المصدرية، وإلا فقد التشريع الصبغة الدستورية، وكنا في مطلب طبيعة التشريعات² قد انتهينا إلى أن التشريع الإسلامي عموماً، والاقتصادي خصوصاً يتسم بالتنوع والتعدد والانفتاح على الآخر، مالم يخالف نصاً أو قاعدة فقهية، وعليه فالالاقتصاد الحر داخل القُطر الإسلامي معتبر ولا إشكال فيه، إذ كلُّ

¹ - أبو غرارة، الشريعة الإسلامية بين الهوية والدستور، ص 12.

² - ينظر ص 57-58 من هذا البحث.

يحق له العمل وفق عقيدته، والحاكم - المشرع والقاضي - هو الضامن للتعايش السلمي بينهم، على الرغم من اختلاف عقائدهم ومذاهبهم، وذلك عن طريق ما يستنه من تشريع ضامن لحقوق كل مكونات المجتمع، بما يتفق مع عقيدتهم، وبما يحافظ على النظام العام داخل ذلك المجتمع.

وعليه فإن لغير المسلمين فتح مصارف ومؤسسات مالية وتجارية وغيرها داخل القطر الإسلامي، سواء كانوا من مواطني هذا القطر، أو أجانب عنه، والعمل فيها وفق عقائدهم، وللحاكم تأطير وتنظيم وجودهم ونشاطهم التجاري، فكما أننا مأمورون بعدم الإضرار بهم، وذلك بمقتضى عقدي الذمة والأمان، فالحرص على مصالح الدولة وأمنها يقتضي عدم ترك الحبل على الغارب، إذ (لا ضرر ولا ضرار)¹.

أما بخصوص القرض المصرفي، والفائدة المفروضة عليه، فبغض النظر عن المرجعية الإسلامية في الدستور، إلا أن ما ذهب إليه المشرع في القانون رقم 74/1972م نرى أنه أقرب إلى القواعد الشرعية التي عرضناها في المطلب السابق، أقرب إليها مما ذهب إليه في القانون الصادر في 1954م، وهو القانون المدني الأول في ليبيا، وتعديله رقم 1/2013م، خاصة في وجود آراء فقهية ذهبت إلى ما ذهب إليه تعديل القانون المدني 74/1972م، كما في فتاوى هيئة دار الإفتاء المصرية، وفتاوى هيئة الرقابة الشرعية السودانية، حيث ذهبوا إلى التفرقة بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي فيما يتعلق بالقرض والقرض المصرفي، واعتبار مال المصارف من موارد المجتمع، واعتبار الضرورة المصرفية أساساً لإباحة ما أصله الحرمة، وعليه فإن ما ذهب إليه المشرع في القانون رقم 74/1972م لا يعدم الأساس الشرعي، لا عند فقهاءنا الأوائل، ولا المعاصرين، ومما يدل عليه ذلك التفرقة التي قام بها في وصف الفائدة، بين الربوية وعدمها، فالقرض المذكور في القانون المدني، والحاصل بين طرفين طبيعيين يتفق مع القرض المذكور في الفقه الإسلامي، والذي حُرمت فيه أي فائدة أو منفعة للمقرض متفق عليها في عقد القرض، أو جرى بها عرف التعامل، بينما في القرض المصرفي، والقروض التي يكون أحد طرفيها معنوياً، نجده لا يصفها بالربوية، ونرى أن ذلك متوافق مع توجه الفقه الإسلامي بخصوص العقود التجارية القائمة على الربح (الفائدة أو الفضل أو الزيادة)، وإن كنا نعتقد أنها

¹ - ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ع: بيت الأفكار الدولية، لبنان، دار بيت الأفكار الدولية، ب.ط، 2004م، ص252، حديث رقم: 2341.

رمية من غير رام، وتأصيل المسألة كما قمنا به في المبحث السابق لم يقدّم به مُشرّعنا، ولم يُقدّم إليه من الشرعيين الذين شاركوا في وضع هذا النص، ذلك انه أقر بحرمة هذه الفائدة، إلا أن الضرورة المصرفية فرضتها، ولا مناص منها حتى يتوفر عندنا البديل¹.

وعلى ذكر هذه الضرورة، فإن تبرير المشرع في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 74/1972م لإباحة الفائدة عندما يكون كلا الطرفين أو أحدهما معنوياً، نراه تبريراً مشروعاً، ومتّسماً بالطابع العلمي السليم، فهذه الضرورة (الحاجة العامة أو الحاجة لتوظيف الموارد) هي ذاتها التي أُجيزت من أجلها عقود كالسلم والمضاربة والمساقاة والمزارعة _ كما أسلفنا في المبحث السابق _ على الرغم من أن الأصل في هذه العقود الحرمة، لما فيها من بيع المعدوم، والسلف بمنفعة، وغيرها من المناهي الشرعية، كما أن الفائدة متحققة فيها أيضاً.

إن هذا التبرير نراه أقرب إلى الطابع العلمي، من التبرير الذي تبناه المشرع في القانون رقم 1/2013م، والذي كان من ضمن تبريراته: " فإن كنا مؤمنين حقاً ونؤمن بأن الرزق من الله وأن هذا حكم الله فيجب أن نصدق بهذا الحكم ونؤمن به ... كم ستكون ما يسمونها خسائر؟ هي ليست خسائر أصلاً، هي فوائد فإذا كانت حراماً فلا نريدها، يجب أن نتنازل عنها، هي كم ستكون 10 مليارات؟ 50 ملياراً؟ سيعوضها الله على هذه البلاد بالأمن والاستقرار وصالح الحال²، ويقول عضو آخر: " يتحدثون أننا سنخسر كبيرة جداً، نفقد الملايين، سبحان الله، إذا كان الأمر متعلقاً بأمر الله - سبحانه وتعالى - وأمر رسوله - صلى الله عليه وسلم - فيجب أن نطيع الأمر ولا نجادل فيه³، فكما يظهر من هذين المبررين تجردهما من المنطق العلمي، وتمسكهما بمبررات هي أقرب إلى العاطفية منها إلى المنهج العلمي الدقيق*.

أضف إلى ذلك أن القانون رقم 1/2013م لم يحرم الليبيين والدولة الليبية فقط من الاستفادة من الأموال الموجودة لدى المصارف، باعتبارها أحد موارد هذا المجتمع؛ بل إنه سيحرم الدولة الليبية حتى من قيام مصارف ومؤسسات مالية أجنبية داخلها، فهؤلاء الأجانب جانب كبير من

¹ - الرعوي والمزوعي، الموسوعة العالمية الخضراء للمعرفة، ص 280-287.

² - محمد الوليد، عضو المؤتمر الوطني الليبي، محضر جلسة المؤتمر الوطني رقم 53، بتاريخ 2013.1.6م، ص 5-6.

³ - أحمد محمد بوني، عضو المؤتمر الوطني الليبي، محضر جلسة المؤتمر الوطني الليبي رقم 53، بتاريخ 2013.1.6م، ص 21.

* - لا نشكك بصدق نوايا هذين العضوين ولا غيرهما، ولا نشكك في قصدتهما بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ولكننا نشدد على تناولنا للمسألة من ناحية علمية صرفة، وبغض النظر عن الأفكار المسبقة أو الانتماءات السياسية لهذين العضوين أو غيرهما.

معاملاتهم وتعاملاتهم، إن لم يكن كلها، معتمد على الفائدة عموماً، والفائدة المصرفية خصوصاً، وبمنع الفائدة سيكون من الصعب قيام مؤسسات لهم داخل هذا القطر، إلا في حال وجود اتفاقية تقضي بمنحهم الحق في التعامل بالربا داخل القطر الليبي، وهذه المسألة محل جدال أيضاً، فعلى افتراض أن الفائدة المصرفية من الربا، وبالتالي حرمتها، فإنها غير محرمة في عقيدتهم، وهذا مناقض لمقتضى عقدي الذمة والأمان الممنوح لهم، والقاضي بتركهم وما يعتقدون، وحقهم في القيام بمعاملاتهم المالية وفق ما يعتقدون، لا ما يعتقد المسلمون، وفي هذا إضرار بهم، وهو ما لا يجوز في شريعتنا، وقد فصلنا الحديث في هذه المسألة في مطلب طبيعة التشريعات.

إضافة إلى ذلك، فإن لهذا القانون ضرراً على اقتصاد الدولة الليبية، سواء داخلياً، وذلك بعدم استغلال أحد موارد المجتمع، المتمثل في الأموال الموجودة لدى المصارف، ذلك أن من آثار القانون رقم 1/2013م أن أوقفت المصارف الإقراض لعدم وجود بديل لعائد للتمويل الذي تقوم به، كما أن بدائل القرض المصرفي كالمرابحة الإسلامية، أثبتت فشلها؛ لما فيها من عبء أثقل كاهل المواطن أكثر من القرض بفائدة، وعليه، فإلى جانب الضرر الذي لحق باقتصاد الدولة عموماً، التشكيك من قبل المواطن في حقيقة الصيرفة الإسلامية، وحقيقة التحول إلى الاقتصاد الإسلامي، خاصة بانتهاء المرابحة الإسلامية إلى القرض بفائدة¹، إضافة إلى التخبط الذي تمر به المصارف، حيث لم تستطع أن تكون إسلامية، أو غير ذلك، ولم تستطع معرفة السبيل إلى ذلك²، وما ذلك إلا لغياب المنطق العلمي الدقيق والمنضبط، والاعتماد على الشعارات والخطابات العاطفية.

هذا ما يتعلق بالضرر على المستوى الداخلي للدولة، أما على المستوى الخارجي، فإن الضرر متحقق بالخطر الذي يهدد أموال الدولة الليبية الموجودة في أرصدها لدى المصارف الأجنبية بالخارج، أم أن هذه الأموال سنتعامل معها وفق ما ذهب إليه جمهور الأحناف من جواز التراخي بين المسلم والحربي في دار الحرب؟ فهذه المصارف لا تتعامل إلا بالفائدة، وإذا ما أخذنا بهذه الفتوى، هل سندخل هذه الأموال على بلادنا، أم أنها أموال ربوية تبقى وتُصرف في الخارج؟

¹ - أبو غرارة، قانون رقم 1 في شأن تحريم المعاملات الربوية في الميزان، ص 215.

² - المرجع السابق، ص 222.

إن القانون رقم 1/2013م قد ألحق الضرر بالليبيين وغيرهم، وبذلك خالف حتى القواعد الفقهية للتعامل مع غير المسلم، من ذمي أو معاهد، لا ننكر أن المشرع هنا حاكم، وقد أخذ بقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، ولكن في الأمر سعة، وفيه - كما رأينا - رأيان، رأي مُجَوِّز للفائدة، باعتبارها ناتج عمل تجاري، لا تعبدية، كما في القرض، وقد ذهبنا إلى ذلك دار الإفتاء المصرية وهيئات الرقابة الشرعية على المصارف السودانية، ورأي ذهب إلى التماثل بين القرض والقرض المصرفي، وبالتالي قاس الثاني على الأول وأعطاه حكمه، وعليه فإن للرأيين أساساً شرعياً ومعتبراً ومدلاً بأقوال الفقهاء المجتهدين - قول المجتهد دليل العامي -، وإن كنت أرى أن الرأي الثاني قد أخطأ في تكييف المسألة، إلا أن للحاكم أن يختار من الرأيين ما يحقق مصلحة البلاد والعباد.

وتتبعي الإشارة إلى أن ما ذهبنا إليه بخصوص المادة الأولى من القانون المدني المذكور من ضرورة تقييد الشريعة الإسلامية بمشهور مذهب معين، كالمالكي مثلاً، لا يتعارض ذلك مع الدعوة للاستفادة من المذاهب الإسلامية، وعرضنا للمسائل التي تناولها هذا البحث وفقاً لآراء المذاهب الفقهية السنية الأربعة، ذلك أن نص المادة الأولى من القانون المدني المذكور مخاطب بها القاضي، وحديثي عن المذاهب الفقهية الأربعة وضرورة الاستفادة منهم مُوجه إلى المشرع، واضع النص القانوني، لا إلى القاضي، وإن كان يصدق على كليهما وصف الحاكم، ولكن كلٌّ ومجاله، إضافة إلى أن أي رأي من أي مذهب بمجرد اختيار الحاكم (المشرع)¹ له، وكان هذا الحاكم مالكيّاً مثلاً، فإن هذا الرأي يكون مالكيّاً أيضاً، وقد فصلتُ الحديث في هذه المسألة.

إن هذا الحديث بالغ الأهمية، خاصة وأن ليبيا تستشرف عهداً دستورياً جديداً، وعليه فيجب التقيد بالمنطق العلمي الدقيق، والمؤسس على القواعد الفقهية، كما فعل ذلك فقهاؤنا الأوائل، والذين لا استغناء لنا عنهم، والبعد عن المنطق العاطفي، إن صح وصفه بالمنطق؛ لما له من آثار وخيمة على الفرد والمجتمع.

¹ - ينظر ص 48 من هذا البحث.

الخاتمة

سعيث من خلال هذا البحث إلى جذب انتباه وتركيز الأنظار والأفهام إلى موضوع يعتبر من أهم وأدق الموضوعات المتعلقة بفقه الاقتصاد الإسلامي الحديث عموماً، والمتعلقة بالدولة الليبية ككل، وليس بخصوص فرد من أفرادها، أو جماعة من جماعاتها، وأرجو أن أكون قد وفقت لذلك.

وقد عملت على بيان الأسس الإجمالية للنظام المصرفي الليبي، دون التطرق قدر الإمكان إلى المسائل الجزئية التفصيلية، على أنني تناولت تلك الأسس الإجمالية بشكل تفصيلي قدر المستطاع؛ وذلك لوضع رؤية متكاملة، وبيان الإطار العام للتشريع الاقتصادي الإسلامي، والذي أسعى أن يكون تشريعنا الاقتصادي الليبي متطبعاً ومتأطراً به.

وإتماماً للفائدة أختتم هذا البحث بنقاط تلخص أهم النتائج التي انتهين إليها، ثم بعض التوصيات.

أولاً: النتائج:

- شرعية النظم التشريعية لها جانبان: جانب موضوعي، وآخر منهجي.
- الجانب الموضوعي يهتم بالأسس الفلسفية والمقاصدية للنصوص التشريعية، ثم فحوى تلك النصوص، بينما الجانب المنهجي يهتم بالآليات المستخدمة في إعمال وتطبيق الجانب الموضوعي.
- الجانب المنهجي للنظام المصرفي يتمثل في قاعدة المنشئ والكاشف، وما يتفرع عن هذه القاعدة من مبادئ (مبدأ التفرقة بين النص والحكم، مبدأ الإحالة، مبدأ التراتبية، مبدأ حكم الحاكم يرفع الخلاف).
- الجانب المنهجي عالج الخلاف الحاصل بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي فيما يتعلق بمصدرية التشريعات، ذلك الخلاف الذي كان سببه الفصل بين الجانب الموضوعي والجانب المنهجي، المشار إليهما.
- قاعدة (قول المجتهد دليل العامي) ترسخ هوية المجتمع، وتحمي خصوصية الأفراد، فهي قاعدة مرنة يُعطى من خلالها دور للمصلحة العامة في بناء النظام القانوني المصرفي.

- قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) تكمن أهميتها في كونها نقلت الآراء الفقهية من آراء اجتهادية إلى نصوص تشريعية، فانتقلت بذلك هذه الآراء من كونها رأي فقهي إلى كونها نص ومصدر، ومن كونها اختيارية إلى كونها إلزامية، وفي هذا تأكيد على المنهجية القانونية في الفقه الإسلامي.
- عقد القرض المصرفي له خصوصية تجعل من الصعب الحصول على نتائج دقيقة عند إسقاط أحكام عقد القرض المذكور في الفقه الإسلامي عليه.
- الحاجة العامة (الحاجة لتوظيف الموارد) بسبب تطور الحياة والواقع الاقتصادي أصبحت لصالح النظام المصرفي التقليدي، وليس النظام المصرفي الإسلامي الموجود حالياً، وتوظيف هذه الحاجة في المصارف التقليدية أوضح منه في المصارف الإسلامية.
- كان لتطور الفقه الاقتصادي الإسلامي دور بارز في تحديد مفهوم الفائدة المحرمة، وتحديد نطاقها وصورها، ومثال ذلك فتاوى دار الإفتاء المصرية، وهيئة الرقابة الشرعية السودانية، التي ذكرناها في هذا البحث.
- الفقه الإسلامي القديم تضمن أسساً كافية لبناء نظام اقتصادي إسلامي، لا الاقتصار على وضع معالجات للإشكاليات المصرفية التي تتعرض لها المصارف.
- إشكالية طبيعة التشريعات من خلال نص مصدر التشريع ليست إشكالية مصطلح، لأن الجدل حول المدلول لم يقتصر على نص " الإسلام دين الدولة "، وإنما تعداه حتى إلى النص الأكثر وضوحاً، وهو نص " القرآن الكريم شريعة المجتمع ... "، وإنما إشكالية فهم وتحديد لآليات التطبيق.
- من خلال تتبع مراحل النظام المصرفي الليبي، وتطبيق الأسس الموضوعية والمنهجية على هذا النظام ننتهي إلى صعوبة الحسم في تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي، هل هو نظام ربوي أم لا، وإن كانت بعض هذه المراحل أقرب إلى أسس الفقه الإسلامي القديم من بعض المراحل الأخرى، فتحديد الطبيعة يختلف باختلاف القاعدة الفقهية وزوايا النظر.

ثانياً: التوصيات:

هذه التوصيات أتوجه بها إلى كل من يتعلق بهم هذا الجانب من الفقه التشريعي (فقه المعاملات المالية الإسلامي) بدءاً بالمشرع ومروراً بالمؤسسات ذات العلاقة والفقهاء والباحث وطلبة العلم وغيرهم، وهذه التوصيات هي:

- دعوة المؤسسات ذات العلاقة (دار الافتاء ووزارة الوقاف) لإعادة دراسة الفقه المالي الإسلامي - التعبدى والاستثمارى - دراسة تحقيقية، تتناول الأسس والقواعد والفلسفة التشريعية، قبل دراسة الأحكام الجزئية التفصيلية، والاستفادة من المنهجيات الحديثة في تطويره.
- التركيز على الدراسات المؤسسية ودعمها، والعمل على تشكيل فرق عمل متخصصة تجمع كل التخصصات ذات العلاقة.
- التواصل مع علماء الاقتصاد في فهم المصطلحات الاقتصادية، ومعرفة حقيقة المؤسسات المالية، وإدماجهم في مشروع بناء الاقتصادى الإسلامى.
- الاستفادة من المراكز والمؤسسات البحثية المتطورة في مجال الاقتصاد الإسلامى، والتي ذكرنا منها في هذا البحث دار الإفتاء المصرية، وهيئات الرقابة الشرعية السودانية.
- إقامة الندوات العلمية المتخصصة بالاقتصاد والاقتصاد الإسلامى، والعمل على تنويع المشاركين في هذه الندوات من جميع الأقطار والمذاهب.
- الاهتمام والتركيز على المؤلفات والبحوث المقارنة بين الاقتصاد والاقتصاد الإسلامى، والعمل على تهذيب المفاهيم والتطبيقات الاقتصادية العالمية بضوابط فقه الاقتصاد الإسلامى، تماماً كما فعل الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - والصحابة من بعده ومن تلاهم من الفقهاء مع المفاهيم والتطبيقات الاقتصادية الموروثة عن العهد الجاهلي والفارسي والرومانى.
- ضرورة الفصل التام بين الفقه الإسلامى والأيدولوجيات السياسية، وأن الأولوية في التشريعات هي عدم خروجها عن نطاق الشرعية، ومخالفة الدستور، مادام هذا الدستور قد نص على مصدرية الشريعة الإسلامية، وبالتالي فأى نص تشريعى دون الدستور هو بمثابة حكم حاكم، وهنا أتوجه إلى الأطراف المعارضة بضرورة احترام رأي الأغلبية،

والحفاظ على المسار الدستوري، وعدم تفويضه لصالح مصالح سياسية ضيقة تغطيها شعارات وخطابات تخاطب العواطف لا العقول.

وفي الختام فإن غاية ما أرجو أن يجعل مولاي - لا إله إلا هو - من هذا العمل المتواضع البسيط، عملاً مباركاً، متقبلاً، مثوباً، مذكوراً عنده في الملائكة الأعلى، شاهداً لأستاذي ولي لا علينا يوم الدين، وأن يغفر لي الخطأ والزلل والنسيان، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

وصلّى الله وسلّم وأنعم وزاد وبارك على سيدنا محمد وآله كما يحب ويحب ويرضى ويرضى
والحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم

برواية قالون عن نافع والرسم العثماني على ما اختاره الحافظ أبو عمرو الداني.

ثانياً: السنة النبوية:

- 1- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الأندلسي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، لبنان - بيروت، دار الكتاب العربي، ط4، 1984م.
- 2- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ع: بيت الأفكار الدولية، لبنان، دار بيت الأفكار الدولية، ب.ط، 2004م.

ثالثاً: كتب أصول الفقه:

- 1- أبو غرارة، ضو مفتاح، الحكم الشرعي وإشكالاته، الكتاب تحت الطباعة.
- قراءة أصولية لأسباب التفرق بحجة التدين، الكتاب تحت الطباعة.
- 2- الآمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ض: إبراهيم العجوز، لبنان - بيروت، دار الكتب العلمية، ط5، 2005م.
- 3- البدخشي، محمد بن حسن، منهاج العقول ومعه شرح الإسنوي، وكلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي، مصر - القاهرة، مطبعة محمد علي صبحي وأولاده، ب.ط، ب.ت.
- 4- البيانوني، محمد أبو الفتح، الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية، سوريا - دمشق، دار القلم، ط1، 1988م.
- 5- الزحيلي، وهبة، أصول الفقه، ليبيا - طرابلس، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، ط1، 1990م.
- 6- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، ض، تخ، تع: محمد محمد تامر، لبنان - بيروت، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، ط1، 2000م.
- المنثور في القواعد، تخ: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، لبنان - بيروت، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، ط1، 2000م.

7- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1983م.

8- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي، المعروف بالشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح: عبد الله دراز، مصر- القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2006م.

9- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، تح: محمد تاجر، مصر- القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2011م.

10- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، وبالهامش الكتابين تهذيب الفروق، والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، لبنان- بيروت، دار عالم الكتب، ب.ط، ب.ت.

- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لبنان- بيروت، دار الفكر، ب.ط، 2004م.

رابعاً: كتب الفقه الإسلامي:

أ- الفقه الحنفي:

1- ابن عابدين، محمد أمين، الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ويليها حاشية قرّة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، ع: أو بلال جمال بن عبد العال، مصر- الدراسة، الدار العالمية للنشر والتوزيع، ط1، 2012م.

2- السرخسي، شمس الدين أبو بكر، تق: خليل محيي الدين الميسن لبنان- بيروت، دار الفكر، ط1، 2000م.

3- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لبنان- بيروت، دار الفكر، ط1، 1996م.

ب- الفقه المالكي:

- 1- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 2002م.
- 2- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، وبهامشه حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، أبو عبد الله محمد التاودي، المغرب- الدار البيضاء، دار المعرفة، دار الفكر، ط1، 1998م.
- 3- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، وبهامشه تقارير الشيخ محمد عlish، ب.د، دار إحياء الكتب العربية، ب.ط، ب.ت.
- 4- الصاوي، أحمد بن محمد المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، على الشرح الصغير، لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مصر- القاهرة، مكتبة الخانجي للنشر، الجمهورية العربية الليبية، طرابلس، دار مكتبة الفكر، ط الأخيرة، 1952م.
- 5- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تح: محمد أبو خبزة وغيره، لبنان- بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م.
- 6- اللخمي، أبو الحسن علي بن محمد، التبصرة، تح: علي أحمد عبد الكريم نجيب، ب.د، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط2، 2012م.
- 7- ميارة الفاسي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، وبالهامش حاشية أبي علي الحسن بن رمال المعداني على شرح التحفة، ض، نص: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2000م.

ج- الفقه الشافعي:

- 1- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، نهاية المطلب في دراية المذهب، تح: عبد العظيم محمود الديب، المملكة العربية السعودية، جدة، دار المنهاج، ط1، 2007م.
- 2- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تع: محمد مطرجي، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2002م.
- 3- الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج على معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ض، تح: محمد محمد تامر، شريف عبد الله، مصر- القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2006م.
- 4- النووي، أبو زكرياء محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المذهب، تح: محمود مطرجي، لبنان- بيروت، دار الفكر، ب.ط، 2000م.

د- الفقه الحنبلي:

- 1- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، ويليه الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة المقدسي، لبنان- بيروت، دار الكتاب العربي، ب.ط، ب.ت.
- 2- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، تع: هلال مصيلحي- مصطفى هلال، لبنان- بيروت، دار الفكر، ب.ط، 1982م.

خامساً: كتب التفسير:

- 1- ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير تونس، دار سحنون، ب.ط، ب.ت.
- 2- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن تح: محمد إبراهيم الحفناوي - محمد حامد عثمان، مصر- القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2010م.

سادساً: كتب السياسة الشرعية:

- 1- الجويني، إمام الحرمين أبو المعالي، غياث الأمم في التياث الظلم، تح ودراسو: مصطفى حلمي - فؤاد عبد المنعم، مصر - الإسكندرية، دار الدعوة للطباعة والنشر والتوزيع، من سلسلة من ذخائر تراثنا، ب.ط، ب.ت.
- 2- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي، المعروف بالقرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ع: عبد الفتاح أبو غدة، لبنان - بيروت، دار البشائر الإسلامية للطباعة، ط2، 1995م.

سابعاً: كتب الفقه الإسلامي المعاصر والمقارن:

- 1- أبو زهرة، محمد، بحوث في الربا، الكويت، دار البحوث العلمية، ط1، 1970م.
- 2- بن طاهر، الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، لبنان - بيروت، مؤسسة المعارف، ط1، 2009م.
- 3- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، لبنان - بيروت، دار الفكر، سوريا - دمشق، دار الفكر المعاصر، ط4، 1997م.
- 4- الصاوي، محمد صالح، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، مصر - المنصورة، دار الوفاء للطباعة والنشر، ط1، 1990م.
- 5- الصدر، محمد باقر، البنك اللاروي في الإسلام، لبنان - بيروت، دار التعارف، ب.ط، 1990م.
- 6- عبده، عيسى، وضع الربا في البناء الاقتصادي، الكويت، دار البحوث العلمية، ط1، 1973م.
- 7- الغرياني، الصادق عبد السلام، الربا في القرآن الكريم، ليبيا - طرابلس، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، ب.ط، 2005م.
- 8- الكثيري، طالب بن عمر، الإشكاليات الفقهية العشر أمام منتجات العمل الخيري والعمل المصرفي، لبنان - بيروت، مركز نماء للبحوث والدراسات، ط1، 2016م.
- 9- المصري، رفيق يونس، الأبرش، محمد رياض، الربا والفائدة، دراسة إقتصادية مقارنة، سوريا - دمشق، دار الفكر، ط1، 1999م.

ثامناً: كتب الفقه القانوني والمقارن:

- 1- أعبوده، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، القانون، الجماهيرية العظمى - طرابلس، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ط4، 2003م.
- 2- بربوتي، حقي إسماعيل، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، ليبيا - مصراتة، دار ومكتبة الشعب للنشر والتوزيع، ط2، 2009-2010م.
- 3- الزريقي، جمعة محمد، بحوث ودراسات في الدستور، ليبيا، الناشر المؤلف، ط1، 2015م.
- 4- شلييك، مصطفى مصباح، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، - نظرية الحق، ليبيا - طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ط1 ان 2002م.
- 5- عوض، عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلاميين مصر - الإسكندرية، دار الكتب الجامعية، ب.ط، 1999م.
- 6- متولي، عبد الحميد، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، تق: عبد الحليم محمود، مصر - الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، ط3، 1990م.
- 7- المكني، الناصر، الإسلام والدستور، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط1، 2014م.
- 8- نجيده، علي حسين، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، مصر - القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، ب.ط، 1990م.
- 9- يونس، منصور ميلاد، الوجيز في القانون الدستوري، ليبيا - بنغازي، دار الكتب الوطنية، ب.ط، 2013م.

تاسعاً: البحوث والمقالات العلمية المحكمة:

- 1- أبو غرارة، ضو مفتاح، أبو رأس، قراءة لتفعيل دور الدين في تشكيل الهوية، بحث غير منشور.
- 2- أبو غرارة، ضو مفتاح، القانون رقم 1 بشأن تحريم المعاملات الربوية في الميزان، ليبيا، جامعة طرابلس، كلية القانون، مجلة القانون، العدد 6، العام الجامعي 2016-2017م.

- نظرة في مفهوم القرض المصرفي، مجلة الحقوق الكويتية.
- إشكالية الهوية الإسلامية في الدستور الليبي، من أعمال لجنة طرابلس لدعم لجنة صياغة الدستور الليبي.
- الشريعة الإسلامية بين الهوية والدسترة، من أعمال الملتقى الثامن للأيام المغاربية المنعقد ببنغازي، في الفترة 28-29.4.2012م.
- 3- دبارة، مصطفى مصباح، وضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب، ليبيا، جامعة طرابلس، كلية القانون، مجلة القانون، العدد 6، العام الجامعي 2016-2017م.

عاشراً: الرسائل الجامعية:

- 1- الغرياني، آية علي سلامة، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، رسالة ماجستير غير منشورة، ليبيا، جامعة طرابلس، كلية القانون، قسم الشريعة الإسلامية، العام الجامعي 2018-2019م.

أحد عشر: الفتاوى والقرارات والمحاضر:

- 1- فتاوى دار الإفتاء المصرية رقم 2276 بتاريخ 4.8.2020م.
ورقم 3608 بتاريخ 24.10.2017م.
ورقم 3616 بتاريخ 28.3.2016م.
- 2- فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، السودان - الخرطوم، دار هایل للطباعة والنشر والتغليف، ب.ط، ب.ت.
- 3- فتوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، الأمانة العليا الأدوات المالية، بنك السودان المركزي، السودان، دار سداد، ب.ط، 2011م.
- 4- قرار اللجنة الشعبية العامة بشأن القروض المصرفية رقم 20/2005م، لم يُنشر بمدونة التشريعات.
- 5- قرار قيادة مجلس الثورة بشأن تشكيل لجان لمراجعة التشريعات بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية، تاريخ القرار 29.1.1975م من الجريدة الرسمية عدد 25، لسنة 1975م.

- 6- قرار قيادة مجلس الثورة بشأن تشكيل لجان لمراجعة التشريعات بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية، تاريخ القرار 1971.10.28م، الجريدة الرسمية عدد 6، لسنة 1972م.
- 7- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 51 (6/2) في دورته السادسة، بتاريخ 14-20.3.1990م، نشر بمجلة المجمع العدد 6-7.
- 8- محضر جلسة المؤتمر الوطني الليبي، رقم 53، بتاريخ 6.1.2013م.

اثني عشر: الدعاوى القضائية:

- 1- طعن مدني رقم 23/8 س.ق، تاريخ الجلسة 1964.3.14م.
- 2- طعن مدني رقم 66/10 س.ق، تاريخ الجلسة 1966.3.26م.
- 3- طعن مدني رقم 39/12 س.ق، تاريخ الجلسة 1966.12.21م.
- 4- طعن مدني رقم 18/15 س.ق، تاريخ الجلسة 1969.1.25م.
- 5- طعن جنائي رقم 70/19 س.ق، تاريخ الجلسة 1973.3.6م.
- 6- طعن مدني رقم 371/42 س.ق، تاريخ الجلسة 2002.3.4م.
- 7- طعن مدني رقم 128/46 س.ق، تاريخ الجلسة 2003.12.13م.

ثالث عشر: الوثائق والموسوعات القانونية:

- 1- الموسوعة العالمية الخضراء للمعرفة القانون المدني والتشريعات المكملة له إلى سنة 2004م، تاج: مراد محمد الرعوبي - عبد السلام علي المزوغي، منشورات المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان.
- 2- الإعلان الدستوري الليبي الصادر في 1969م، الجريدة الرسمية، عدد خاص، 1969م.
- 3- وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب في عصر الجماهير، صدرت عن مؤتمر الشعب العام بمدينة سبها، 2.3.1977م.
- 4- تعديل القانون المدني رقم 74/1972م.
- 5- تعديل قانون المصارف رقم 46/2012م، الجريدة الرسمية، عدد 13، سنة 2012م.
- 6- الإعلان الدستوري الليبي الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت في مدينة بنغازي، بتاريخ 3.8.2011م.

- 7- النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، الصادر في 1412.8.27هـ.
- 8- الدستور العراقي، دستور العراق الجديد، الصادر في 2005.10.15هـ.
- 9- الدستور الليبي الصادر في 1951.10.7م.
- 10- القانون المدني، نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 1954.2.20م.
- 11- قانون المصارف 4/1963م، نشر بالجريد الرسمية بتاريخ 1963.4.15م.
- 12- تعديل قانون المصارف رقم 1/1993م، الجريدة الرسمية، عدد 18، سنة 31، بتاريخ 1993م.
- 13- تعديل قانون المصارف رقم 1/2005م، مدونة التشريعات، عدد 4، سنة 5، بتاريخ 2005م.
- 14- تعديل القانون المدني رقم 1/2013م، الجريدة الرسمية، عدد 5، سنة 2013م.

رابع عشر: المواقع الالكترونية:

1- Dar-alifta.org

2- lifa-aifi.org

الفهرس

الصفحة	الموضوعات
أ	سورة الفاتحة
ب	الإهداء
ج	شكر وتقدير
1	المقدمة
7	الفصل الأول: المراحل التشريعية في ليبيا ومصدرية الشريعة الإسلامية وأثرها على طبيعة التشريعات
8	المبحث الأول: المراحل التشريعية في ليبيا، وخصائصها وعلاقتها ببعضها
8	المطلب الأول: المراحل التشريعية في ليبيا
9	الفرع الأول: المرحلة الملكية (1951 - 1969م)
13	الفرع الثاني: مرحلة سبتمبر (1969 - 2011م)
19	الفرع الثالث: الفرع الثالث (مرحلة فبراير 2011 - 2015م)
22	المطلب الثاني: خصائص المراحل التشريعية في ليبيا وعلاقتها ببعضها
23	الفرع الأول: الغموض والوضوح
25	الفرع الثاني: وحدة الدلالة والتشريع
26	الفرع الثالث: الانسجام والاضطراب
29	المبحث الثاني: مصدرية الشريعة الإسلامية وأثرها في طبيعة التشريعات
30	المطلب الأول: مصدرية الشريعة الإسلامية
31	الفرع الأول: منهجية تحديد المصدر عن الأصوليين
40	الفرع الثاني: أثر هذه المنهجية على التشريع الوضعي
46	المطلب الثاني: أثر مصدرية الشريعة الإسلامية في طبيعة التشريعات
47	الفرع الأول: القواعد الأصولية الضابطة لطبيعة التشريعات
50	الفرع الثاني: طبيعة التشريعات من خلال التطبيقات الفقهية
54	الفرع الثالث: أساس بناء وتطبيق الأحكام

60	الفصل الثاني: طبيعة النظام المصرفي الليبي (من 1951م – 2015م)
61	المبحث الأول: أسس تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي
63	المطلب الأول: أساس الشرعية
75	المطلب الثاني: طبيعة العقد وأطرافه
75	الفرع الأول: طبيعة العقد
83	الفرع الثاني: أطراف العقد ومحلّه
90	المبحث الثاني: تحديد طبيعة النظام المصرفي الليبي
91	المطلب الأول: طبيعة النظام المصرفي الليبي من خلال التشريع الدستوري
95	الفرع الأول: طبيعة التشريع الدستوري الليبي من خلال الرأي القائل بأن نص الإسلام دين الدولة " تقرير واقع
98	الفرع الثاني: طبيعة التشريع الدستوري الليبي من خلال الرأي القائل بأن نص الإسلام دين الدولة " منهج تشريعي
103	المطلب الثاني: طبيعة النظام المصرفي الليبي من خلال التشريع الفرعي
103	الفرع الأول: طبيعة التشريع المصرفي الليبي من خلال الرأي القائل بأن نص الإسلام دين الدولة " تقرير واقع
107	الفرع الثاني: طبيعة التشريع المصرفي الليبي من خلال الرأي القائل بأن نص الإسلام دين الدولة " منهج تشريعي
114	الخاتمة
118	قائمة المراجع
127	الفهرس