



أ. جمال محمد الشيلابي*

مقدمة

تعرف الإحالة⁽¹⁾ في علم التشريع بأنها: إحالة الشارع المكلف على أحكام معروفة له من قبل، لكن يلاحظ أن الشارع يحيل أحيانا على أحكام سبق أن قررها تفاديا للتكرار، ويحيل أحيانا على أحكام لم يقررها من قبل، لكنه، فيما يبدو، يريد من المخاطب أن يجتهد فيها ليصل إلى حكم لما لم ينص عليه الشارع، وأحيانا يحيل على أحكام يفترض في المخاطب العلم بها.

ويبدو أن ما دفع الشارع إلى سلوك هذا السبيل حرصه على عدم وجود نازلة دون حكم لها، سواء كان هذا الحكم منصوصا عليه أم غير منصوص، وقد عرف الشارع الليبي الإحالة على أحكام آخر، منذ بداية عهده، فقد قررت الفقرة الثانية من

*جامعة قاريونس.

1 - الإحالة مصدر من أحال، والاسم: الحوالة، وقد ورد في لسان العرب: «وأحال الغريم زجاء عنه إلى غريم آخر والاسم الحوالة» الأنصاري، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور. لسان العرب، ج3 (مصر: الدار المصرية للتأليف والترجمة، د.ت) ص 209. أيضا: أنس، إبراهيم. وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ط2 (مصر: دار المعارف، 1972م) ص 209.

المادة الأولى من القانون المدني ما نصه: « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة »⁽²⁾.

ولم يحظ هذا الموضوع باهتمام الدارسين رغم أهميته، لأن من أنيطت به سلطة تطبيق القانون سواء كان رجل إدارة أم رجل قضاء، لابد أن يفهم ويدرك القاعدة التشريعية التي يريد تطبيقها، حتى يصل إلى هذا التطبيق المتفق معها، بحيث يمكن للنظر في تطبيقه أن يقرر شرعيته من عدمه، وهذا لا يكون إلا في حالة الإحالة إلى أحكام واضحة منضبطة، وهو ما لم يتوافر في نص المادة الأولى من القانون المدني، على نحو ما انتهينا إليه في دراسة في هذا الشأن.

ولم يترك الشارع الليبي هذا الطريق لبيان الأحكام، بل سلكه في القانون المدني في أكثر من موضع، بعضها يمكن أن يفسر⁽³⁾ وبعضها لا يمكن تفسيره⁽⁴⁾، ولا قبوله في صياغة التشريع التي من ألزم لوازمتها الوضوح والانضباط والتحديد، وسلكه في التشريعات الخاصة، مثل القانون رقم 71 / 1972م بشأن تجريم الحزبية⁽⁵⁾ المعدل بالقانون رقم 95 / 1974م⁽⁶⁾، وسار عليه في تشريعات الحدود التي أصدرها في سبعينيات القرن المنصرم، إذ قرره في القانون رقم 148 / 1972 في شأن إقامة حدي السرقة والحراقة⁽⁷⁾، وقرره في المادة 10 من القانون 70 لسنة 1973م، في شأن إقامة حد

2 - الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، عدد خاص، بتاريخ 20 / 2 / 1954م.

3 - من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة 73 / 3 منه التي تقول: « وتسري على المؤسسات أحكام المواد 58 و59 و60»، وأيضاً: نص المادة 165 / 2 والمادة 193 والمادة 466 / 3 و474 و480 وغيرها، ومن الممكن أن ندرج في هذا النوع مع شيء من التحفظ نص المادة 879 / 1 التي تقول: « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها»، والمادة 919 التي تقول: « تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها»، وإنما قلت بتحفظ، لأن الميراث والوصية يدخلان ضمن الأحوال الشخصية التي يرجع فيها لمشهور مذهب مالك عملاً بالمادة 159 و160 من قانون نظام القضاء.

4 - من ذلك نص المادة 1012 منه التي تقول: « يرجع إلى الأحكام الشرعية في المغارسة حيث لم يرد نص »

5 - ج. ر، س 10، ع 29، بتاريخ 3 / 7 / 1972م.

6 - ج. ر، س 12، ع 65، بتاريخ 12 / 12 / 1974م.

7 - ج. ر، س 10، ع 60، بتاريخ 23 / 12 / 1972م.

الزنى وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات⁽⁸⁾، وقرره أيضا في القانون رقم 52 لسنة 1974م في شأن إقامة حد القذف⁽⁹⁾، وهو ما قرره في القانون رقم 89 لسنة 1974، في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب⁽¹⁰⁾.

ثم عدّل الشارع الليبي بعد عقدين من الزمان بعض تشريعات الحدود، فاستبعد منها الخمر، وألغى القانون رقم 89 / 1974م، في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب، بموجب القانون رقم 4 / 1423 (1994م) إلغاء صريحا حيث نصت المادة 14 منه على أن: «يلغى القانون رقم 89 لسنة 74م في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب، كما يلغى كل حكم يخالف هذا القانون»⁽¹¹⁾.

كما عدل الشارع القانون رقم 148 / 1972م، في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة بموجب القانون رقم 5 / 1423م (1994م)⁽¹²⁾، كما أصدر القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996) في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة⁽¹³⁾ الذي صار بموجبه القانون رقم 148 / 1972م في خبر كان، إذ نصت المادة 21 منه على أن: «يلغى القانون رقم 148 لسنة 1972م في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة وتعديلاته وكل حكم آخر يتعارض مع أحكام هذا القانون».

وقام الشارع بتعديل هذا القانون بموجب القانون رقم 11 لسنة 1428 (1998م) بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 1425م في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة⁽¹⁴⁾، كما عدله تعديلا جوهريا، وعطل أحكامه عدا ما نفذ منها، وصار إلى تطبيق قانون العقوبات خلال فترة نفاذه، بموجب القانون رقم 10 لسنة 1369و.ر (2001م) بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 1425م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة⁽¹⁵⁾.

8 - ج.ر، س 11، ع 43، بتاريخ 6 / 11 / 1973م.

9 - ج.ر، س 12، ع 52، بتاريخ 6 / 1 / 1974م.

10 - ج.ر، س 12، ع 68، بتاريخ 30 / 12 / 1974م.

11 - ج.ر، س 32، ع 5، بتاريخ 23 / 3 / 1994م.

12 - المرجع السابق.

13 - ج.ر، س 34، ع 6، بتاريخ 28 / 3 / 1996م.

14 - ج.ر، س 37، ع 2، بتاريخ 28 / 2 / 1999م.

15 - م، ت، س 1، ع 2، بتاريخ 7 / 8 / 2001م.

وعُدِّل القانون رقم 70 / 1973م، في شأن إقامة حد الزنا، وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات بموجب القانون رقم 10 لسنة 1428م بإضافة مادة للقانون رقم 70 لسنة 1973 بشأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات⁽¹⁶⁾، أضاف بموجبه نصاً جديداً بشأن إثبات جريمة الزنا⁽¹⁷⁾، لأن القانون المذكور خلا من النص عليها، ثم أصدر القانون رقم 5 لسنة 1373 و.ر (200) في شأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل⁽¹⁸⁾ الذي أفرد فيه فصلاً خاصاً سمّاه (تنفيذ جرائم الحدود)⁽¹⁹⁾ كرر فيه بعض ما تضمنته التشريعات السابقة له، ونص فيه على الإحالة مجدداً مختاراً هذه المرة أحكام أيسر المذاهب دون شرط الشهرة.

وهذا يدعونا في الواقع لدراسة هذه الإحالة التي تثير العديد من الإشكاليات أهمها مشكلة التحديد والانضباط والمشروعية، من الناحية الموضوعية، وهل عدم التزام الشارع الليبي النص عليها في التشريعات الأخيرة، يجعل المحكمة تلجأ لقانون العقوبات، أو أنها تستطيع اللجوء إليها باعتبار أن الإحالة موجودة حالياً في القانون الوضعي الليبي في حد الزنا والقتل وفي التنفيذ، ولماذا هذا التذبذب من الشارع الليبي من مشهور مذهب مالك إلى المشهور من أيسر المذاهب إلى أحكام أيسر المذاهب؟، وما هو نطاق تطبيق هذه الأحكام؟ وما المراد بالمشهور؟، وما المراد بأيسر المذاهب؟، وهل يمكن إناطة الأحكام بما يحقق منفعة مادية لبعض الناس الذين تختلف بالتأكد منافعهم من البعض الآخر؟، وهل يمكن للشارع أن يتخلى عن دوره للقاضي في مثل هذه الجرائم ذات العقوبات الحدية؟، مما يجعلنا نتعرف على وظيفة الشارع في مطلب أول، قبل أن نعرف وظيفة القاضي في مطلب ثان.

16 - ج. ر، س 37، ع 2، بتاريخ 28 / 2 / 1999م.

17 - يمكن للقارئ الكريم مراجعة الدراسة النقدية القيمة لهذا النص التي كتبها صديقنا العزيز الدكتور: الهادي علي بوحمره «قراءة في أدلة إثبات جريمة الزنا الحدية»، مجلة إدارة القضايا، س 3، ع 6، ديسمبر 2004م، ص ص 79: 99.

18 - م. ت، س 5، ع 3، بتاريخ 28 / 3 / 2005م.

19 - نترك للقارئ الكريم الحكم على مدى صحة صياغة العنوان واتفاقه مع مضمون الفصل التي لاحظها صديقنا العزيز الدكتور: الهادي علي بوحمره.

المطلب الأول: وظيفة الشارع

الشارع هو الذي يشرع الأحكام، ويعرف العلماء الحكم الشرعي بأنه: خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو التخيير أو الوضع، ويقسمونه إلى حكم تكليفي وحكم وضعي، ويعرفون الحكم التكليفي بأنه خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً⁽²⁰⁾.

وهذا الخطاب لا بد أن يكون واضحاً جلياً منضبطاً حتى يمكن للمكلف به أن يعرفه ويفقهه، ثم يطبقه، إذ لا يمكن تكليف مكلف بأمر يجهله، فأنت إذا وجه إليك خطاب لحضور اجتماع أو وجبة عشاء أو ما إلى ذلك، لا بد أن يبين لك هذا الخطاب عدة أمور حتى تعرف الغاية من هذا الخطاب، و المكان الذي ستتوجه إليه، والزمان الذي ستتوجه فيه، وإذا لم تعرف هذه العناصر، فأنت بين خيارين، إما أن تضطر إلى السؤال، وإما أن تتجاهل الأمر، و كلاهما يدل على وجود عيب في صياغة الخطاب، فما هو مسلك الشارع الليبي في تشريعات الحدود؟ وهل كان هذا المسلك موقفاً أو أنه ليس كذلك؟

الفرع الأول: مسلك الشارع

عندما قنن الشارع الليبي بعض الحدود التي أشرنا إليها قبلاً، ونظم أحكامها⁽²¹⁾، خشي، فيما يبدو، أن تكون بعض الأحكام قد فاتته، فأراد أن يعد للأمر عدته، استعداداً لغير المتناهي من النوازل، حتى لا يوصف بالنقص أو التقصير أو القصور، فسلک في تشريعات الحدود التي لا اختلاف ولا خلاف في

20 - الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد. المستصفى من علم الأصول، ج 1 (القاهرة: مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع، 1322هـ) ص 55. أيضاً: الأنصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ج 1 (القاهرة: مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع، 1322هـ) ص 54، أيضاً: الشوكاني، محمد بن علي بن محمد. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول (بيروت: دار المعرفة، د.ت) ص 6. أيضاً: أبو زهرة، محمد. أصول الفقه (دم: دار الفكر العربي، د.ت) ص 26. أيضاً: شعبان، زكي الدين. أصول الفقه الإسلامي، ط6 (بنغازي: جامعة قاريونس، 1995م) ص 218.

21 - لم يفعل الشارع الليبي، ما فعله الشارع الإماراتي، الذي لم يقنن شيئاً من الحدود، بل أحال فيها لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث نصت المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 / 1987م على أن: « تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص أحكام الشريعة الإسلامية، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية، وفق أحكام هذا القانون، والقوانين العقابية الأخرى ».

أنها تشريعات تجزيمية عقابية، ثلاث سبل ظاهرة في الإحالة الموضوعية، بدأها بالإحالة إلى المشهور من مذهب الإمام مالك، والإحالة إلى المشهور من أيسر المذاهب، ثم عدل نصوصاً، عقب صدورهما، بموجب القانون رقم 8 / 1975م بنصه على الإحالة إلى المشهور من أيسر المذاهب، ثم استبعد الإحالة في التشريعات الحديثة، ثم قرر الإحالة في التنفيذ، لأحكام أيسر المذاهب، وقد كان من قبل يحيل القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة، كما سنرى حالاً:

الإحالة على الشريعة

على اعتبار أن تشريعات الحدود صدرت نزولاً على أحكام الشريعة الإسلامية كما ورد بديباجة كل منها، فإن الشارع أحال في بعضها لأحكام هذه الشريعة، من ذلك ما تضمنه القانون رقم 70 لسنة 1973م في شأن إقامة حد الزنى وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات، إذ عرفت المادة الأولى منه الفعل المجرم بقولها: «الزنى هو أن يأتي رجل وامرأة فعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة»، وهذه إحالة إلى الأحكام الشرعية لعقد الزواج لم تتقيد ببيان مذهب أو شهرة أو يسر أو عسر.

ونفس الأمر نلاحظه في المادة 13 / 1 بند 1 من القانون رقم 52 لسنة 1974م في شأن إقامة حد القذف التي تقول: «يسقط حد القذف في كل من الحالات الآتية: 1، إثبات القاذف لصحة القذف شرعاً»، فالمتهم هنا لا يملك دفع التهمة عن نفسه إلا بإثبات صحة القذف طبقاً للأحكام الشرعية دون بيان المذهب أو الشهرة أو اليسر، كما يمكن رصد هذه الإحالة في نص المادة 3 من القانون رقم 89 لسنة 1974م في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب التي تقول: «يشترط للعقاب على الجرائم المبينة بهذا القانون أن يكون الفاعل عاقلاً، أتم الثامنة عشرة من العمر، قاصدا ارتكاب الفعل، عن علم واختيار، بلا ضرورة أو عذر شرعي»، بما مفاده أن تحديد العذر يرجع فيه لأحكام الشريعة دون تحديد مذهب أو شهرة أو يسر.

المشهور من مذهب الإمام مالك ﷺ

من المعروف أن تشريعات الحدود صدرت منجمة من سنة 1972م حتى 1974م بدخول الغاية، فكان أن قرر الشارع الليبي الإحالة على المشهور من مذهب

الإمام مالك في القانون رقم 148 / 1972 في شأن إقامة حدي السرقة والحراقة⁽²²⁾، حيث نصت المادة 10 / 3 منه على أن: «ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما إتباع المشهور من مذهب الإمام مالك، ويعتبر الشاهد عدلاً إذا كان ممن يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر» ونصت المادة 23 منه، التي عنوانت بـ[إحالة]، على أن: «يطبق المشهور من مذهب الإمام مالك فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون بالنسبة إلى جريمتي السرقة والحراقة المعاقب عليهما حداً، فإذا لم يوجد نص في المشهور، طبقت أحكام قانون العقوبات.

أما بالنسبة إلى الإجراءات فتطبق في شأنها أحكام قانون الإجراءات الجنائية فما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون. ولا تخل أحكام هذا القانون بأحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون»، كما أحال الشارع على المشهور في مذهب الإمام مالك في القانون رقم 89 لسنة 1974م في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب، حيث نص في مادته 12 على أن: «تثبت الجريمة المنصوص عليها في المادة الخامسة من هذا القانون بالإقرار أمام السلطة القضائية ولو مرة واحدة، أو بشهادة رجلين، أو بأية وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى.

ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور في مذهب الإمام مالك»، وكذلك الأمر في القانون رقم 52 / 1974م في شأن إقامة حد القذف، الذي نصت المادة 5 منه على أن: «مع عدم الإخلال بحكم المادة 7 تثبت جريمة القذف بإقرار القاذف ولو مرة واحدة أمام السلطة القضائية أو بشهادة رجلين، ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور في مذهب الإمام مالك».

المشهور من أيسر المذاهب

قرر الشارع الإحالة على المشهور من أيسر المذاهب في المادة 10 من القانون رقم 70 لسنة 1973م، في شأن إقامة حد الزنى وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات التي نصت على أن: «يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون بالنسبة إلى جريمة الزنى المعاقب عليها حداً، فإذا لم يوجد نص في المشهور طبقت أحكام قانون العقوبات.

22 - ج، ر، ع 60 سنة 1972م بتاريخ 23 / 12 / 1972م

أما بالنسبة إلى الإجراءات فيطبق في شأنها أحكام قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون. ولا تخل أحكام هذا القانون بأحكام قانون العقوبات، أو أي قانون آخر، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون»، وقرره أيضاً في القانون رقم 52 لسنة 1974م في شأن إقامة حد القذف⁽²³⁾، حيث نصت المادة 16 منه على أن: «يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون بالنسبة إلى جريمة القذف المعاقب عليها حداً، فإذا لم يوجد نص في المشهور تسري أحكام قانون العقوبات.

أما بالنسبة إلى الإجراءات فتطبق في شأنها أحكام قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد في شأنه نص في هذا القانون. ولا تخل أحكام هذا القانون بأحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون»، وهو ما قرره في القانون رقم 89 لسنة 1974م في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب، الذي نصت المادة 20 منه على أن: «يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون بالنسبة إلى جريمة شرب الخمر المعاقب عليها حداً، فإذا لم يوجد نص في المشهور تسري أحكام قانون العقوبات. كما تسري أحكام قانون العقوبات فيما لم يرد فيه نص بالنسبة إلى الجرائم الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون. أما بالنسبة إلى الإجراءات فتطبق في شأنها أحكام قانون الإجراءات الجنائية فما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون».

وإزاء هذه الإحالات المختلفة في تشريعات الحدود، إذ انفرد القانون رقم 148 / 1972 في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة بالإحالة على المشهور من مذهب الإمام مالك، كما انفرد القانون رقم 70 لسنة 1973م، في شأن إقامة حد الزنى وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات بالإحالة على المشهور من أيسر المذاهب، في حين جمع القانون رقم 89 لسنة 1974م في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب و القانون رقم 52 / 1974م في شأن إقامة حد القذف بين الإحالتين، وجد الشارع الليبي نفسه مضطراً لتوحيد الإحالة بموجب القانون رقم 8 لسنة 1975م في شأن تعديل بعض أحكام قوانين الحدود⁽²⁴⁾، فصارت المشهور من أيسر المذاهب اعتباراً من 25 / 2 / 1975م.

23 - ج.ر، س 12، ع 52، بتاريخ 6 / 1 / 1974م.

24 - ج.ر، س 13، ع 9، بتاريخ 25 / 2 / 1975م.

استبعاد الخمر والسرقة والحراقة من الإحالة

بعد عقدين من الزمان تقريبا ألغى الشارع الليبي القانون رقم 89 لسنة 1974م بشأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب، بموجب القانون رقم 4 لسنة 1994م في شأن تحريم الخمر، ولم تعد عقوبة شرب الخمر حدية في التشريع الليبي، وصارت الإحالة مستبعدة فيها، كما قام بإلغاء القانون رقم 148 / 1972 في شأن إقامة حدي السرقة والحراقة بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996م بشأن إقامة حدي السرقة والحراقة وتعديله الشهير رقم 10 لسنة 2001م، الذي عدل فيه الشارع عن نظام الإثبات الصارم الذي كان متبعاً في القانون القديم، ولم ينص فيه على الإحالة إلى المشهور من أيسر المذاهب.

أحكام أيسر المذاهب

بعد التعديلات التي تتابعت من الشارع الليبي على أحكام حدي السرقة والحراقة، والتي لم يحل فيها كما لاحظنا قبلاً، أصدر القانون رقم 5 لسنة 2005م في شأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل، سمى الفصل السابع عشر منه « في تنفيذ جرائم الحدود »، حيث كرر فيه بعض الأحكام المتعلقة بعقوبة القطع والجلد، ونص في المادة 92 منه على أن: « تطبق فيما لم يرد بشأنه نص في هذا الفصل أحكام أيسر المذاهب في الشريعة الإسلامية »، والإحالة هنا لا تقتصر على المشهور، بل على أحكام أيسر المذاهب حتى لو لم يكن مشهوراً، كما أن نطاق الإحالة هنا قاصر على تنفيذ عقوبتي القطع والجلد، وبهذا يكون هذا الحكم قد ألغى الشهرة بالنسبة للقانون رقم 70 لسنة 1973م، في شأن إقامة حد الزنى وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات و القانون رقم 52 / 1974م في شأن إقامة حد القذف، وذلك فيما يتعلق بتنفيذ العقوبة فقط، إذ نصت المادة 101 منه على أن: « كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون ... ».

بالإضافة إلى أن الشارع الليبي لم يحل موضوعياً العقوبات. بل سبقها بالإحالة إلى قانون العقوبات وأتبعها بها أيضاً، كما هو واضح من نصوص المواد 3 / 2 و 6 / 2 و 10 / 4 و 11 و 15 و 22 / 3 و 23 / 1 من القانون رقم 148 لسنة 1972م في شأن إقامة حدي السرقة والحراقة، ومن نص المادة 10 / 1 من القانون رقم 70 لسنة 1973م، في شأن إقامة حد الزنى وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات التي تقول: « فإذا لم يوجد نص في المشهور طبقت أحكام قانون العقوبات »، لكن يلاحظ أن الشارع في هذا القانون جعل الإحالة لقانون العقوبات تالية للمشهور، كما قرر أن أحكامه لا تخل

بأحكام قانون العقوبات بقوله في المادة 10 / 3 ما نصه: «ولا تخل أحكام هذا القانون بأحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون».

أما في القانون رقم 52 / 1974م في شأن إقامة حد القذف فإن الشارع استبعد توقيع أية عقوبة إذا سقط الحد في حالات سقوطه، فذكر في المادة 13 / 2 ما نصه حرفياً: «وفي جميع الأحوال لا يجوز توقيع أية عقوبة عن فعل القذف بموجب أي قانون آخر»، لكنه أحال تبعياً على قانون العقوبات فقال في المادة 16 / 1: «إذا لم يوجد نص في المشهور تسري أحكام قانون العقوبات»، وقرر في المادة 16 / 3 ما نصه: «ولا تخل أحكام هذا القانون بأحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون»، واتبع منهج الإحالة اللاحقة أيضاً في القانون رقم 89 لسنة 1974م في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب.

كما أن الشارع الليبي أحال على قانون الإجراءات الجنائية، كما رأينا في تشريعات الحدود الأولى، لكنه لم يحل عليه في القانون رقم 13 لسنة 1996م في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة، واستبعد الخمر من العقوبات الحدية كما رأينا، فهل كان مسلك الشارع الليبي موفقاً في هذا الإطار بهذه الإحالات المتباينة، وهل كان يهدف إلى غاية واضحة وينتهج سياسة محددة أو لا؟.

الفرع الثاني: تقدير المسلك

من المعروف أن النطاق التجريمي العقابي محكوم بقاعدة أساسية حددت في دستور 7 أكتوبر 1951م، الذي نصت المادة 17 منه على أن: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون...»، وحددت في الإعلان الدستوري الذي يقرر في المادة 31 بند أ: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»، وحددت في الوثائق ذات الطبيعة الدستورية المحكمة في هذا البلد.

وهذه القواعد تقر بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، هذا المبدأ الأساس الذي تضمنه أيضاً قانون العقوبات الليبي في المادة الأولى منه التي تقول: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، وهذا المبدأ الأساس يقتضي من الشارع العادي أن يحدد النماذج التجريبية والعقابية، بحيث يدخل المتهم قاعة المحكمة، وهو عارف أن فعله يشكل جريمة، وعارف بما سيحكم به القاضي، هذا بطبيعة الحال، يستبعد نص المادة الأولى

من القانون المدني الليبي، فهي حتى، وإن كانت قد وردت في صياغة عامة لكنها تخصص بهذا المبدأ⁽²⁵⁾.

وهذا، فيما يبدو، أدركه الشارع الليبي فنص في تشريعات الحدود على اتباع المشهور من مذهب الإمام مالك بداية، ثم أعقبه بالحكم طبقاً للمشهور من أيسر المذاهب عند انعدام النص في كل تشريع على حدة من تشريعات الحدود، ما يعني أن يكون ما أحال عليه الشارع واضحاً ومنضبطاً ومحددًا تحديداً دقيقاً معروفاً للكافة، لأنه صار قانوناً ملزماً، سيما أن هذه الإحالة قد وردت على أحكام جزئية، فهل الأمر كذلك في المشهور، وفي أيسر المذاهب؟، وفي أحكام أيسر المذاهب طبقاً للمادة 92 من القانون رقم 5 / 1373 و.ر، في شأن مؤسسات الإصلاح و التأهيل التي تقول: «تطبق فيما لم يرد بشأنه نص في هذا الفصل أحكام أيسر المذاهب في الشريعة الإسلامية».

وهذا يقود ليس إلى المشهور من أيسر المذاهب، بل إلى أخذ الأقوال الضعيفة والشاذة والمرجوحة، وهو ما يتنافى في الواقع مع مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، وما يتنافى أيضاً مع الانضباط و التحديد الذي يتعين أن تكون عليه قواعد القانون عموماً، والقانون الجنائي على وجه الخصوص، ما يعني أن مسلك الشارع العادي لا يتفق مع مسلك الشارع الأساسي، ولا يتفق مع ما ينبغي أن تكون عليه قواعد التشريع من وضوح وتحديد، ولا يقال هنا: إن الإحالة على المشهور واضحة؛ لأن المشهور محل خلاف بين فقهاء المذهب الواحد، لكثرة الآراء في كتب الفقه.

كما أن القضاة الذين يخاطبهم التشريع لم يتعودوا هذه المصطلحات من قبل، وأن الشارع في تلك الأثناء كان يحيل على الراجح من مذهب الإمام مالك، وما جرى به العمل من أحكامه فيما يتعلق بالأحوال الشخصية التي تختص بنظرها المحاكم الشرعية التي لم تدمج في المحاكم المدنية إلا عام 1973م⁽²⁶⁾، إبان صدور تشريعات

25 - هذا ما انتهينا إليه في دراسة عن: مبادئ الشريعة الإسلامية وإشكالية انضباطها في القانون الليبي، سترى النور قريباً بإذن الله، إن وجدت الوسيلة.

26 - تم هذا بموجب القانون رقم 87 لسنة 1973م بتوحيد القضاء الذي نصت المادة الأولى منه على أن: «تدمج جهتا القضاء الشرعي والمدني في جهة قضائية واحدة، ترتب محاكمها على النحو الآتي: محاكم الاستئناف. المحاكم الابتدائية. المحاكم الجزئية.»، وقد صدر هذا القانون في 17 / 11 / 1973م. ج. ر، س 11، ع 48.

الحدود، ولم يصير الشارع إلى المشهور إلا بموجب القانون رقم 51 / 1976 و.ر، بشأن نظام القضاء، وهذا يؤكد أن هذه الإحالة، وإن وردت على أحكام تفصيلية، لكنها لم تحل الإشكال، إن كان هناك إشكال أصلاً، ويثور السؤال أيضاً عن طبيعة هذه الإحالة هل هي إحالة مكملة أو مفسرة؟. وأيضاً ما مدى ضرورة هذه الإحالة؟. وهل هي لازمة أو أنها تحصيل حاصل؟.

صياغة الشارع تؤكد الرأي الذي يقرر أن الإحالة مكملة لا مفسرة، فالشارع قيد ذهب القاضي للمشهور ولقانون العقوبات عند عدم النص، وكذلك الشأن في الإحالة الإجرائية، لكن هذه الإحالات جميعاً ليست ضرورية ولا حاجية ولا تحسينية، وهي تحصيل حاصل بالنسبة للإحالة إلى قانون العقوبات والإجراءات، ولا شيء بالنسبة للمشهور؛ لأن هذه الإحالة إن قصد بها التجريم والعقاب، وهو المراد فيما يبدو من صياغة النص، فإنها تصطدم مع مبدأ الشرعية، وإن قصد بها شيء آخر، فإنه لا يوجد ما يدل على هذا الآخر حتى نقول رأينا فيه، كما يمكن للباحث رصد تناقض هذه الإحالات، فلايسر في جريمة القذف للقاذف (المتهم) هو القول الذي ييسر سبيل الإثبات، فيكفي أن يقر الزاني مرة واحدة في مجلس واحد دون مراجعة حتى يحكم ببراءة القاذف، أما في جريمة الزنا الحدية، وفقاً لما قرره المحكمة العليا، فإن الأيسر له أن يتكرر الإقرار أربع مرات في مجالس مختلفة وأن يراجع فيه، وهذا تناقض واضح لا يحتاج إلى أن يدل عليه.

كما يمكن إثارة سؤال بشأن مدى إمكانية الحكم على المتهم بجريمة السرقة ببرد المال المسروق أو مثله أو قيمته إذا لم يقطع عندما يكون الدليل ناقصاً، كأن شهد رجل وامرأتان⁽²⁷⁾، وعند الرجوع عن الإقرار، تطبيقاً لهذا النص، وهل يمكن للمتهم أن يدفع الدعوى المدنية المرفوعة ضده من المجني عليه المضرور بأن الحد يسقط الرد أو الضمان، على اعتبار أن هذا هو أيسر المذاهب بالنسبة له، طبقاً لرأي المحكمة العليا؛ لأنه يحقق مصلحة له، وهو ما لم يشر من قبل حسب علمنا، ولم تتعرض له المحكمة العليا. ومن هذا يبين أن الشارع لم يكن موفقاً في هذه الإحالة المضطربة

27 - الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 7 (مصر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1938م) ص 443. أيضاً: الدردير، أحمد بن محمد. الشرح الصغير، ج 2، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1952م، ص 434-435.

التي تثير العديد من الإشكاليات كما رأينا، فهل كان القضاء أفضل حالاً من الشارع؟.

المطلب الثاني : وظيفة القاضي

إذا كانت وظيفة الشارع التشريع والبيان، فإن وظيفة القاضي هي التطبيق والتنفيذ الذي يستدعي أول ما يستدعي فهم الواقعة أولاً، وفهم النص التجريمي المتعلق بها والمنطبق عليها، بحيث يمكنه تطبيق الحكم الشرعي التكليفي دون عناء على النازلة، كما فهمه، وكما يفهمه أي مكلف آخر، وإزاء عدم التزام الشارع الليبي، بمنهج التحديد والتوضيح والضبط النصي في صياغة تشريعات الحدود، فما هو المسلك الذي اتبعه القاضي في فهم غير المحدد، وكيف يمكن تقديره.

الفرع الأول : مسلك القاضي

القاضي مطالب بفهم التشريع، ليصل إلى تطبيقه، وهو بدون هذا الفهم لن يصل إلى التطبيق، وبحسب وصف الفهم يكون وصف التطبيق، فإذا كان الفهم سليماً كان التطبيق كذلك، وإذا كان الفهم معيباً كان التطبيق أيضاً، وعلى اعتبار أن الشارع الليبي أحال فيما يتعلق بتشريعات الحدود موضوعياً على المشهور من مذهب الإمام مالك، فالمشهور من أيسر المذاهب، فأيسر الأحكام، فإن القاضي وجد نفسه مضطراً لفهم هذه الإحالة التي وجدت من قبل في التشريع الليبي، وهي ليست غريبة على القضاء الذي يريد حل الإشكال القائم أمامه، لأن هذا الإشكال ليس نظرياً، بل يرتبط بحقوق العباد، وتترتب عليه نتائج غاية في الخطورة، فما كان من القضاء أمام عدم تحديد الشارع للمشهور ولأيسر المذاهب، إلا الاجتهاد، لتحديد هذه المصطلحات.

وعلى اعتبار أن البلاد مالكية المذهب في الغالب الأعم⁽²⁸⁾، وأن التشريعات، في البداية، أريد لها السير في هذا الاتجاه، ومراعاته⁽²⁹⁾، فقد لجأ القاضي إلى تفسير

28 - قلنا في الغالب الأعم مراعاة لوجود المذهب الإباضي الذي ينتشر في زوارة وبعض مدن وقرى الجبل الغربي في بلادنا.

29 - لطفاً راجع في ذلك قرار مجلس قيادة الثورة بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية الذي حدد مهمتها في المادة 2 / 2 منه بـ « حصر واستظهار ما يناقض الأحكام القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية، والعمل على إزالة هذا التناقض بإعداد تشريعات بديلة، أخذاً من مختلف المذاهب مع تخير أنسب الحلول حسبما تقتضيه المصلحة العامة ومع مراعاة ما جرى عليه العرف في البلاد مما له أصل في مذهب الإمام مالك » ج. ر، س 10، ع 6، بتاريخ 10 / 2 / 1972م.

المشهور طبقاً لأحد معانيه الواردة في كتب الفقه المالكي؛ إذ قد وردت في تحديده عندهم معان كثيرة، فقد عرفه بعضهم بأنه: «الذي كثر قائلوه»⁽³⁰⁾، وأما الشيخ محمد عرفه الدسوقي، فإنه عرف الراجح أو المرجح بأنه: «ما قوي دليله»⁽³¹⁾ وأورد أن المشهور فيه أقوال، فمن قائل: «إنه ما قوي دليله فيكون بمعنى الراجح، وقيل: ما كثر قائلوه وهو المعتمد، وقيل رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة»⁽³²⁾، كما يبين من استقراء كتب المذهب المالكي أن الأقوال المشهورة كثيرة في المذهب في بعض المسائل، ولا يوجد قول واحد مشهور أحياناً، كما أن المشهورين كثر أيضاً، وقد يستوون في الرتبة وقد لا يستوون، مما يجعل المؤلفين ينتقون المشهور الأعلم إن اختلفت الرتبة⁽³³⁾.

ونلاحظ أن التشهير نوع من الترجيح، يملكه المجتهدون في المذهب الذين يعرفون بأنهم أهل الترجيح أو المرجحون، وأن عبارات الترجيح، تكون بلفظ التشهير⁽³⁴⁾ أو بما يدل عليه من المصطلحات التالية أو ما في معناها:

30 - الأزهرى، صالح عبد السميع الأبي، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج1(د.م: دار إحياء الكتب العربية، د.ت) ص4.

31 - الدسوقي، محمد عرفه، حاشية الدسوقي، ج1(بيروت: دار الفكر، د.ت) ص18.

32 - المرجع السابق، نفس الصفحة.

33 - وهو ما فعله سيدي خليل بن إسحاق في مختصره، مبنياً منهجه في مقدمة المختصر فقال: «وحيث قلت (خلاف) فذلك للاختلاف في التشهير» المالكي، خليل بن إسحاق. مختصر خليل، تعليق: الطاهر أحمد الزاوي (د.م: د.ن، د.ت) ص11، وقد قال الحطاب في شرحه: «يعني أن الشيوخ اختلفوا في تشهير الأقوال يريد وتساوي المشهورون في الرتبة، فإنه يذكر القولين المشهورين أو الأقوال المشهورة، ويأتي بعدها بلفظ خلاف إشارة إلى ذلك، وسواء اختلفهم في الترجيح بلفظ التشهير، أو بما يدل عليه كقولهم المذهب كذا أو الظاهر أو الراجح أو المفتي به كذا أو الذي عليه العمل أو نحو ذلك والله أعلم، وأما إن لم يتساو المشهورون في الرتبة فإنه يقتصر على ما شهره أعلمهم علم ذلك من استقراء كلامه قبل» الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج1 (طرابلس: مكتبة النجاح، د.ت) ص36. وهو ما أورده سيدي أحمد الدردير عند شرحه: «أي قولي خلاف إشارة للاختلاف بين أئمة أهل المذهب في التشهير للأقوال إن تساوى المشهورون في الرتبة عنده، وسواء وقع منهم بلفظ التشهير أو بما يدل عليه كالمذهب كذا أو الظاهر كذا أو الراجح كذا أو المعروف أو المعتمد كذا، فالمراد بالتشهير الترجيح، فإن لم يتساو المرجحون اقتصر على ما رجحه الأقوى عرف ذلك من تتبع كلامه» الدردير، أبو البركات أحمد. الشرح الكبير، ج1، بيروت: دار الفكر، د.ت، ص21.

34 - الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج1، مرجع سابق، ص36.

1. المذهب.
2. الظاهر.
3. الراجح.
4. المفتي به.
5. الذي عليه العمل.

وهذا الذي نقلناه عن الخطاب يدل على أن الراجح والمشهور بمعنى واحد، فالمشهور هو أيضاً راجح، وليس ما كثر قائلوه وضعف دليله، كما عرفه بعض الفقهاء، وإن كان الخطاب قد أورد: أن ما كثر قائله هو المعتمد، لكنه في المقابل لم يَصِفِ المشهور أنه ما ضعف دليله، ولا يستبعد أن يكثُر القائلون بالراجح، بل إن هذا هو الأمر المنطقي، الذي تُحَتِّمُه طبيعة الأشياء، ونظرة في المصطلحات التي يكون بها التشهير تبين صحة هذا الرأي.

إذ المقرر عندهم أنه لا يفتى بغير الراجح فيكون المشهور بمعنى الراجح أيضاً لكن القائلين به كثر، وإزاء هذه الاختلافات الفقهية، فإن المحكمة العليا عرفت المشهور كما لو أنه محل اتفاق، ولم تبين سبب اختيارها فقررت: « متى كان الرأي المشهور في المذهب هو ما كثر قائلوه، وإن ضعف دليله »⁽³⁵⁾.

ولكن ماذا لو وجدت أقوال مشهورة، وليس قولاً واحداً، هذا ما لم يعرض على المحكمة العليا فيما يبدو. وأما عن مفهوم اليسر فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن المراد به ما فيه مراعاة لمصلحة المتهم⁽³⁶⁾، حيث قررت: « إن قضاء هذه المحكمة جرى في تفسيره لنص المادة العاشرة من القانون رقم 70 لسنة 1973م، في شأن إقامة حد الزنا التي تقضي بأن يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد فيه نص في القانون المذكور. أن المراد بأيسر المذاهب بالنسبة للمتهم هو ذلك الذي فيه مصلحته، وأن مصلحة المتهم فيما يتعلق بإثبات جريمة الزنا بالإقرار أربع مرات وهو مذهب الحنفية، وأن يراجع الجاني في إقراره، وينبغي أن يكون كل إقرار في مجلس مختلف للمقر، وأن تتم هذه الإقرارات الأربعة أمام الجهة التي لها ولاية إقامة الحد وهي محكمة الجنايات، فإذا كان الثابت من الحكم ومن محضر جلسة محاكمة المحكوم عليه أن إقراره بارتكاب جريمة

35 - طعن جنائي رقم 257 / 21، جلسة 3 / 2 / 1976م، م، ع، س، ع، 12، ع 4 ص 180.

36 - طعن جنائي 33 / 22، جلسة 1-6-1976م، م، ع، س، ع، 12، ع 4 ص 144.

الزنى المسندة إليه لم يتكرر أربع مرات وبذلك فإن هذا الإقرار قد تجرد من الشروط الواجب توافرها في الإقرار الموجب للحد وهي التكرار أربع مرات، والمراجعة فيه ووقوعه في مجالس مختلفة للمقر ويكون الحكم إذ عول عليه في توقيع حد الجلد على المحكوم عليه قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور»⁽³⁷⁾.

وبهذا يبين أن المحكمة العليا قد فسرت المشهور طبقاً لما استقر عليه قضاؤها متبينة أحد معانيه التي أوردها الفقهاء، وأما اليسر، فقد تبنت معناه اللغوي، وربطته بالمتهم، دون أن تبين سنداً لهذا الربط بين المتهم واليسر؛ إذ لا يوجد في القانون ما يفيد ذلك، فالمشهور من أيسر المذاهب، طبقاً لمذهب المحكمة العليا، هو الذي يحقق مصلحة للمتهم، فيدرأ عنه الحد، وقد أوردت تطبيقين لهذه القاعدة هما:

1. ضرورة تكرار الإقرار أربع مرات في مجالس مختلفة بالنسبة لجريمة الزنى ومراجعة المقر في إقراره⁽³⁸⁾، وهذا مذهب الحنفية⁽³⁹⁾ والشيعة الزيدية⁽⁴⁰⁾ والإمامية⁽⁴¹⁾.

2. ضرورة إخراج المتهم المال من حوزة في جريمة السرقة عند تعدد المتهمين، فلا يقطع إلا من أخرج المال دون زميله الذي اقتصر « دوره على المراقبة خارج المتجر وتسلم المسروقات »⁽⁴²⁾.

أمّا عن الإجراءات فإن المحكمة العليا قد اعتبرت أن الإحالة الواردة بشأنها « قاصرة على إجراءات التحقيق والمحاكمة وغيرها من الإجراءات التي لا تتعلق بالإثبات »⁽⁴³⁾، كما اعتبرت أن قاعدة لا يضر الطاعن بطعنه لا تنطبق إذا اتصل الأمر

37 - طعن جنائي 33 / 22، جلسة 1-6-1976م، م.م.ع، س12، ع4، ص144.

38 - طعن جنائي رقم 33 / 22، جلسة 1-6-1976م، م.م.ع.س12، ع4، ص144، أيضاً طعن جنائي رقم 295 / 21 جلسة 17-6-1975م، م.م.ع، س12، ع2، ص198.

39 - السرخسي، شمس الدين. المبسوط، ج9، مصر: مطبعة السعادة، 1434هـ، ص91.

40 - المرتضي، المهدي لدين الله أحمد بن يحيى. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج6، تحقيق: محمد محمد تامر (بيروت: دار الكتب العلمية، 2001م) ص232.

41 - الحلبي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن سعيد. شرائع الإسلام، ج4، تح: عبد الحسين محمد علي (النجف الأشرف: مطبعة الآداب، 1969م) ص151. أيضاً: النجفي، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج41، تح: محمود القوجاني، ط7 (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1981م) ص280.

42 - طعن جنائي رقم 348 / 23، جلسة 11-11-1977م، م.م.ع، س13، ع4، ص161، 163.

43 - طعن جنائي رقم 154 / 21، جلسة 25-6-1974م، م.م.ع، س11، ع2، ص195.

بحد من الحدود، فلا مجال لتطبيقها، بحيث يضار الطاعن من طعنه، إذا تعلق الأمر بحد من الحدود، فلا سبيل لإعمال المادة 364 / 1 التي تقرّر: « ولا يجوز بأية حال أن يضار المعارض بناء على المعارضة المرفوعة منه ». والمادة 379 / 2 من قانون الإجراءات الجنائية التي تقول: « أما إذا كان الاستئناف مرفوعاً من غير النيابة العامة، فليس للمحكمة إلا أن تؤيد الحكم أو تعدله لمصلحة رافع الاستئناف » والمادة 397 التي تؤكد: « إذا كان نقض الحكم حاصلًا بناء على طلب أحد من الخصوم غير النيابة العامة فلا يضار بطعنه »، رغم أن هذه النصوص من إجراءات المحاكمة، ما يدعو لتقدير هذا المسلك الذي سلكه القضاء.

الفرع الثاني: تقدير المسلك

سلك القضاء في التعامل مع الإحالة، مسلك القاضي الملزم بتطبيق التشريع العادي، فلم يثر، ولم تثر أمامه، فيما يبدو، مسألة تعارض هذه الإحالة مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وتعامل معها على أنها أمر مشروع مقرر، وكان للقضاء الليبي، أن تعامل من قبل مع المشهور، فمضى على أحد معانيه التي تقرّر أن المشهور هو ما كثر قائلوه وإن ضعف دليله، وإذا تعارض مشهوران، أخذ بالأسير الذي يحقق مصلحة المتهم فيدراً عنه الحد، دون أن تبين المحكمة سندها في ربط الأسير بالمتهم، لأن الشارع لم يربطه بالمتهم، ولم يتج لهذا القضاء حتى الآن التعامل مع نص المادة 92 من القانون رقم 5 / 1373 و.ر في شأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل، الذي لم يحل إلى المشهور، بل إلى أحكام أسير المذاهب.

وهذا، كما أشرنا، يخول سلطة التنفيذ، اختيار الأصلح للمحكوم عليه، لأن الأمر يتعلق بالتنفيذ، حتى لو كان هذا الأسير ضعيفاً أو شاذاً أو مرجوحاً، غاية ما في الأمر أن القاضي في جميع الأحوال ملزم بعرض جميع الآراء الموجودة، حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها على هذا الرأي، لتقدير ما إذا كان مشهوراً في الحالات الأولى، وما إذا كان المشهور الأسير في الحالة الثانية، وما إذا كان أسير الأحكام عند تنفيذ عقوبة القطع والجلد في الحالة الأخيرة.

كما أن المحكمة العليا أمام خلو القانون رقم 70 / 1973م، في شأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات، من نص بشأن أدلة الإثبات، خلافاً لبقية تشريعات الحدود التي صدرت في تلك الآونة، فقد لجأت إلى المشهور من أسير

المذاهب حلاً من الحلول لتكميل التشريع، إذ قالت: «إنه لما كان القانون رقم 70 / 73 قد صدر نزولاً على أحكام الشريعة الإسلامية، كما جاء في ديباجته وتنفيذاً للقرار الصادر من مجلس قيادة الثورة بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، فإنه ينبغي لذلك أن تكون أحكامه سواء المنصوص عليها صراحة أو المسكوت عنها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية خاصة الصريحة منها الواردة في القرآن الكريم التي لم يختلف فقهاء المسلمين على تفسيرها.

ومن ثم، فإن القانون السالف الذكر، وإن لم يحدد بنص صريح أدلة إثبات جريمة الزنا المنصوص عليها في مادته الأولى و المعاقب عليها حداً بمائة جلدة، إلا أن ذلك لا يجب أن يؤخذ على أن القانون المشار إليه قد ترك أمر إثباتها إلى القواعد العامة في الإثبات المقررة في قانون الإجراءات الجنائية؛ لأن ذلك يصطدم بالآيات الصريحة في القرآن الكريم في شأن عدد الشهود اللازم توافرهم لإثبات جريمة الزنا، ومن ثم، فإن إثبات جريمة الزنا المعاقب عليها بالجلد حداً لا يكون إلا بإحدى وسيلتين الإقرار، وقد أجمع الفقهاء على أنه دليل في هذا المقام، وإن اختلفوا في عدد مراته أو شهادة أربعة شهود عدول يشهدون أنهم شاهدوا فعل الو قاع، والقول باستلزام الدليل الشرعي بشأن إثبات الزنا المعاقب عليه بالجلد حداً يجد سنده فيما نصت عليه المادة العاشرة من قانون إقامة حد الزنا في فقرتها الأولى من أنه يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون بالنسبة إلى جريمة الزنا المعاقب عليها حداً.

وغنى عن البيان أن ثبوت الزنا بالدليل الشرعي هو شرط لاستحقاق الجاني الحد وهو لذلك، أوثق ارتباطاً بالموضوع منه بالإجراءات كما أن قول المادة العاشرة السالفة الذكر في الفقرة الثانية منها، أما بالنسبة للإجراءات فيطبق بشأنها قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، لا يعني أنها تحيل فيما يتعلق بإثبات جريمة الزنا إلى القانون المذكور، وإنما الإحالة المعنية قاصرة على إجراءات التحقيق و المحاكمة وغيرها من الإجراءات التي لا تتعلق بالإثبات» (44).

وهذا الذي قرره المحكمة العليا محل نظر؛ لأن ما قرره يتنافى مع مبدأ الشرعية، فهي من جهة لجأت إلى الافتراض، وتعاملت مع الأحكام المسكوت عنها.

44 - طعن جنائي رقم 154 / 21، جلسة 25 / 6 / 1974 م، م.ع، س 11، ع 2، ص 195.

وهذا يذكرنا بالقياس، الذي يعد ممنوعاً في مجال التجريم والعقاب، وافترضت أن الأحكام المسكوت عنها لا بد أن تتطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية، دون تأصيل لموضع الشريعة الإسلامية في النظام القانوني الوضعي، وقفزت إلى ما تريد تقريره من أن إثبات جريمة الزنا يكون طبقاً لما قرره الفقه الإسلامي، وخرجت من نطاق التفسير إلى التشريع، وأوجدت بعد ذلك لنفسها دليلاً هو نص المادة 10 / 1 بشأن الإحالة إلى المشهور من أيسر المذاهب؛ لأن الإثبات يتعلق بالموضوع أكثر منه بالإجراءات.

كما أنها من جهة أخرى اعتبرت أن الإجراءات تشمل إجراءات التحقيق والمحاكمة وغيرها من الإجراءات التي لا تتعلق بالإثبات، فكان أن استبعدت الإثبات فقط من نطاق الإجراءات، لتعود على هذا الأمر بعد حين، فتستبعد قاعدة لا يضار الطاعن بطعنه، رغم أنها تتعلق بإجراءات المحاكمة وليس بالإثبات، إذ قررت ما نصه: «إن ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن قاعدة لا يضار الطاعن بطعنه يتمتع تطبيقها بالنسبة لقضايا الحدود حالة توافر الشروط اللازمة لإقامة الحد؛ إذ أنه كلما توافر الدليل اللازم لإقامة الحد وشروطه الأخرى، وجب القضاء به دون غيره عملاً بحكم المادة 15 من القانون رقم 13 / 25 م بشأن إقامة حدي السرقة والحراقة»⁽⁴⁵⁾.

وهذا الذي قرره المحكمة العليا محل نظر، إذ خرجت به المحكمة العليا من إطار التطبيق إلى إطار التشريع، رغم أن هذه ليست مهمتها، وغاية ما تملكه أن تنبه الشارع إلى ما يترتب على تشريعه من نتائج تبدو لها غريبة، و تصطدم مع فلسفة الحدود، فيتدخل الشارع، إن قبل وجهة نظر المحكمة العليا، بنص صريح يمنع فيه سريان بعض نصوص قانون الإجراءات الجنائية، كما فعل في المادة 16 من القانون نفسه، ولا يمكن القول بأن مذهب المحكمة العليا يجد سنده في نص المادة 15 من القانون رقم 3 / 1425 م.

ذلك أن هذه المادة لا تسعف المحكمة العليا فيما ذهبت إليه، فهي تقول: «لا يجوز الأمر بإيقاف تنفيذ عقوبات الحدود المنصوص عليها في هذا القانون، ولا استبدال غيرها بها، ولا تخفيضها، ولا العفو عنها»، وهذا النص، كما هو واضح منه، يتحدث عن إيقاف تنفيذ العقوبة أو استبدال غيرها بها أو تخفيضها أو العفو عنها. وهذا الأمر إنما يكون بعد صدور الحكم المقرر للعقوبة الحدية، وليس قبل

45 - طعن جنائي رقم 396 / 44 ق، جلسة 10 / 3 / 1998 م (غير منشور).

صدور الحكم، بمعنى أن الموضوع قد وصل إلى المحكمة بطريق إجرائي صحيح، وأصدرت المحكمة حكمها، ولم يبق إلا التنفيذ، فلا يجوز لأية جهة، مهما كانت، أن تفعل ما نهى الشارع عنه، فنطاق تطبيق المادة 15 بعد صدور الحكم بالإدانة حداً، وليس قبله، بدليل أنه يمكن للمحكمة الحكم ببراءة المتهم، وتفسير المحكمة العليا، للمادة 15، يؤدي إلى نتيجة غريبة مفادها أنه بمجرد تقديم المتهم للمحكمة يتعين إدانته حداً؛ لولا أن المحكمة احتاطت فاشتترطت توافر الدليل والشروط الأخرى، في حين أن التفسير الصحيح للمادة 15 أن نقول: إذا حكمت المحكمة بالعقوبة الحدية وجب تنفيذها دون غيرها.

كما أن المادة 15، لو سلمنا بصحة تفسير المحكمة العليا، ينبغي أن تفسر في إطار النصوص النافذة التي يجب على المطبق للقانون أن ينظر إليها نظرة كلية، ذلك أن الشارع الليبي عندما أصدر قانون الإجراءات الجنائية، في 28 / 11 / 1953م، نص في المادة الأولى من مرسوم إصداره على أن: «يلغى قانون الإجراءات الجنائية المعمول به أمام المحاكم الليبية، ويستعاض عنه بقانون الإجراءات الجنائية المرافق لهذا المرسوم، على أن يعمل بالقانون الجديد بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، ويلغى كل ما يخالفه من أحكام» (46).

ومنذ نفاذ هذا القانون في 8 / 3 / 1954م، فإنه يظل دون غيره الحاكم للدعوى الجنائية، ولا يجوز الخروج على أحكامه إلا بنص صريح من الشارع، كما أن القضاء العالي عند تبنيه للتطبيق الآخر لأيسر المذاهب الذي قال بشأنه: «لما كان بعض الفقهاء يرى الأخذ من الحرز ركناً في جريمة السرقة، وأن الدخول إليه إذا كان ممكناً شرط تتكامل به الجريمة، فإذا تعدد الفاعلون، وكان دور أحدهم تسلم المسروقات ممن أخذ المال من الحرز فإن الثاني لم يأخذ المال من حرزه أخذاً تاماً، كما لم يهتك الحرز هتكا متكاملاً.

بينما يرى آخرون غير هذا؛ لعموم الآية الكريمة ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: من الآية 38]، أو لكونه معيناً للأول، أو مساهماً معه في ارتكاب الفعل، وكلا الرأيين له شهرته، ولما كان القانون رقم 8، 75 ينص على اتباع المشهور من أيسر المذاهب، فإن الرأي القائل بأن الأصل ألا يقطع في السرقة إلا الشخص الذي

46 - الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، عدد خاص، 20 / 2 / 1954م.

يخرج المال من حرزه هو الأيسر للمتهم؛ لأنه يسقط عنه الحد»⁽⁴⁷⁾، قد أخطأ السبيل من جهتين:

أولاهما: أن هذه المسألة نص عليها القانون رقم 148 لسنة 1972م في المادة 3 / 1 بند 6 التي تقرّر: « لا يطبق حد السرقة إذا كان للجاني شبهة كما في الأحوال الآتية: ... 6، إذا كان الجاني شريكا بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة»، فالذي يتسلم المسروقات ممن أخذ المال من الحرز يعد شريكا بالاتفاق والمساعدة، ولا يقام عليه الحد بصريح النص، وهذا يتفق مع ما يقرره المالكية، فقد جاء في الشرح الصغير ما نصه: « فلو مد الداخل يده بالشيء إلى خارج الحرز وتناوله غيره من خارج، فالقطع على الداخل فقط »⁽⁴⁸⁾.

ثانيتهما: أن المحكمة العليا خالفت ما قرّره من قبل، وما أخذته على المحاكم الدنيا، فقد استقر قضاؤها من قبل على أنه: « ومن حيث إن مقتضى هذه النصوص أن يبين الحكم الشرعي الاستثنائي على ما عول عليه من هذه النصوص، وسبب هذا التعويل حتى يمكن محكمة النقض من الرقابة القانونية التي لها فيذكر الحكم المطعون فيه ما إذا كان قد أخذ بالراجح في المذهب أو المشهور، وما سنده من نصوص الفقهاء في هذا الصدد.

ومن حيث إن الحكم المطعون فيه انتهى إلى أن أقصى مدة الحمل خمس سنوات وأقام قضاؤه على ذلك دون أن يذكر في المذهب آراء أخرى تنزل بها إلى سنة، وترتفع بها اثنتي عشرة سنة، وإلى أكثر من ذلك.

47 - طعن جنائي رقم 348 / 23ق، جلسة 11 / 1 / 1977م، م م ع، س 13، ع 4، ص 161.

48 - الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد. الشرح الصغير، ج 2، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1952م، ص 433. وهو أيضا رأي الأحناف بالنسبة للنزلة التي أوردتها المحكمة العليا: السرخسي، شمس الدين. المبسوط، ج 9، مصر: مطبعة السعادة، 1434هـ، ص 148، 147، وهو رأي الحنابلة والشافعية أيضا: ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود. المغني، ج 10، بيروت: دار الكتاب العربي، دت، ص 298. وهو رأي الشيعة الإمامية: الحلبي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن سعيد. شرائع الإسلام، ج 4، تح: عبد الحسين محمد علي (النجف الأشرف: مطبعة الآداب، 1969م) ص 173. أيضا: النجفي، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج 41، تح: محمود القوجاني، ط 7، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1981م، ص 486. فالملاحظ من تتبع كتب الفقه المقارن أن الخلاف في من دخل الحرز وليس في من بقي خارجا ولم يدخل يده في الحرز، ويمكن للقارئ الكريم أن يراجع أيضا: عودة، عبد القادر. التشريع الجنائي الإسلامي، ج 2، ط 5 (دم: دن، 1968) ص 526، 527.

هذا القول في الحكم يحمل معنى القطع والتحديد، ويشعر أنه هو القول الوحيد في المذهب، وهذا مخالف لنصوص كثيرة في هذا الصدد منها: ... ومن حيث إن الحكم المطعون فيه لم يورد هذا الخلاف البين في مذهب مالك، بل ساق أحد هذه الأقوال، وهو أن أقصى مدة الحمل خمس سنوات، وفي عبارة توحى بأن هذا هو القول الوحيد في المذهب، فيكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله.

وكان الأجدر بمحكمة الاستئناف أن تورد في حكمها تلك الآراء المختلفة، ثم توازن بينها، ثم إن اختارت رأياً منها كان عليها أن تذكر سبب الأخذ به كأن تقول: إنه هو الرأي الراجح أو المشهور مستندة في هذا الترجيح وتلك الشهرة إلى قول أغلبية الفقهاء؛ إذ ليس لها هي الترجيح دون مرجح، وليس لها أن تقول بالشهرة من عند نفسها، بل عليها تعداد أقوال من قالوا بالشهرة، بحيث يظهر أنهم غالبية فقهاء المذهب»⁽⁴⁹⁾.

فالمحكمة العليا في قضائها في مسألة من «اقتصر دوره على المراقبة خارج المتجر وتسلم المسروقات» لم تنقيد بقضائها الصارم في إلزام محاكم الموضوع ببيان جميع الآراء، وبيان سند اختيارها لأحدها، وأن ليس لها القول بالشهرة من تلقاء نفسها، فهي في الطعن الذي نقلناه قبل قليل أوردت رأيين، واكتفت بالقول: «وكلا الرأيين له شهرته» دون أن تورد من قال بهذين الرأيين، ودون أن تبين أي مصدر فقهي وجدتهما به، وما وجه شهرتهما، ومن قال بالشهرة من الفقهاء، وهي بهذا قد ارتكبت ما عابته على غيرها.

الخاتمة

مما سبق نقرر:

1. أدرك الشارع الليبي أن الإحالة الواردة في المادة الأولى من القانون المدني لا تخدم هدفه ولا تؤدي الغرض الذي يبتغيه، فأحال على الأحكام الجزئية للشريعة، وعلى اعتبار تنوعها فقد أحال على مشهور مذهب مالك، والمشهور من أيسر المذاهب، وعلى أيسر المذاهب دون شرط الشهرة، ولكن هذه الإحالة لم تخدم الهدف؛ لأنها تصطدم مع مبدأ الشرعية أولاً، ولأنها ينقصها التحديد والضبط والوضوح الذي يتعين أن تكون عليه قواعد القانون الوضعي.

49 - طعن شرعي 3 / 18، جلسة 30 / 5 / 1971 م، م ع، س 8، ع 1، ص 87.

2. إن هذه الإحالة تصل في بعض الأحيان إلى درجة التضاد؛ لأن معيار اليسر الذي اعتمدته معيار مطاط يختلف باختلاف الأشخاص، وهذا يؤدي إلى خلق قواعد متناقضة، لأن ما هو أيسر لبعض الناس ليس كذلك للبقية، كما لاحظنا في القذف والزنا، ولأن اليسر سمة من سمات التشريع وليس عملا من عمل القاضي، واليسر لا يضاد الضبط والتحديد.
3. إن هذه الإحالة، رغم إشارة التطبيق القضائي لها، لكنها لم تجد طريقها للتطبيق حقيقة؛ لأن الحالتين اللتين طبقت فيهما إحداها يشملها نص المادة 3 / 1 بند 6 من القانون رقم 148 / 1972م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة، والأخرى يمكن القول مع التحفظ الشديد: إن تفسير النص يشملها، وهو ما فعلته المحكمة العليا التي لم تلجأ إلى المشهور إلا لتأييد تفسيرها كما يبين من قراءة حكمها.
4. إن الإحالة على قانون الإجراءات الجنائية لا تعدو أن تكون تزييدا لا مبرر له، وهي بهذا تخلق إشكالية فيما يتعلق بالتعديلات التي تمت لقانون الإجراءات الجنائية، هل يرجع إليها القاضي في الحدود أو يعتد بما تمت الإحالة إليه إبان صدور تشريعات الحدود؟ وآية عدم لزومها أن الشارع في التشريعات الحديثة لم ينص عليها.
5. إن ما قرره المحكمة العليا من عدم سريان قاعدة لا يضار الطاعن بطعنه، لا يتفق مع الفهم السليم لنصوص القانون الوضعي، ولا يجد سندا في نص المادة 15 من القانون رقم 3 / 1425م؛ لأن هذه تتعلق بعدم جواز إيقاف تنفيذ العقوبة، وعدم جواز استبدال غيرها بها، وعدم جواز تخفيضها، وعدم جواز العفو عنها، وهي ينبغي أن تفسر في إطار النصوص النافذة، أو أن يتدخل الشارع بنص صريح يمنع فيه سريان بعض نصوص قانون الإجراءات الجنائية، كما فعل في المادة 16 من القانون نفسه.
6. يتعين على الشارع أن يعي وظيفته، ويقوم بها، ولا يتنحى عنها للقاضي، وهذا يقتضي منه تقنين كل ما يتعلق بالحدود، بشكل يبين السبيل أمام القاضي، وأن يجتنب مبدأ الإحالة الغامضة، الذي قد يجد له البعض تبريرا في القانون الخاص، لكنه يصطدم مع مبدأ الشرعية في نطاق التجريم والعقاب ولا مبرر له في قانون العقوبات.

