Journal of Legal studies
ISSUE: Thirty-third
June 2026

دستورية نصوص الإحالة، "دراسة مقارنة بين القانون الجنائي والفقه الإسلامي".

أ. الطاهر امحمد الحاج*، أ. أشراف الدوكالي منصور**

الملخص:

في ظل نصوص الإحالة التي وضعها المشرع في تشريعات الحدود وقانون القصاص والدية، تثور تساؤلات جوهرية حول شرعية هذه الإحالة والضوابط التي تحكمها؛ إذ يذهب أنصار المدرسة اللاتينية إلى أنها تتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية؛ كونها تمنح القاضي سلطة صناعة النص التي تعد في الأصل من صلاحيات المشرع، فيما يذهب أنصار المدرسة الأنجلوسكسونية إلى إمكانية مشاركة القاضي في وضع التشريعات، خاصة وأن هذه المدرسة تعتمد بالأساس على السوابق القضائية، في حين أن الفقه الإسلامي لا يمانع من ممارسة القاضي لسلطة التشريع بشرط توفر الأهلية العلمية، كما يحوي العديد من التطبيقات المتصلة بالإحالة التشريعية.

هذا الخلاف بين المدارس الثلاث له أثره على محل الإحالة؛ فهل يقتصر نطاقها على التجريم والعقاب أم يمتد إلى تفاصيلهما؟ وإذا كان الأمر يتعلق بالتفاصيل، فهل تقتصر على الجوانب الثانوية أم تتجاوزها لتشمل التفاصيل الجوهرية المرتبطة بالوصف التجريمي؟ فضلًا عن أهمية وضوح النص بوصفه ركيزة أساسية لمبدأ الشرعية الجنائية؛ إذ إن غموض المحال إليه قد يعيق القاضي عن تفسير النص وتطبيقه على النحو السليم، مما يهدد الأمن القانوني ويضعف الفائدة المرجوة من الإحالة.

حيث تنعكس هذه الاعتبارات على مسألة الإحالة في تشريعات الحدود وقانون القصاص والدية؛ ذلك لأن تطبيق أسس المدرسة اللاتينية والتشديد في الشرعية الجنائية غالباً ما يفضي إلى الرفض الكامل لفكرة الإحالة، والعكس تماماً عند تبني أحكام المدرسة الأنجلوسكسونية.

كلمات مفتاحية: المشروعية الدستورية، الشرعية الجنائية، الاجتهاد القضائي، الأمن القانوني

*محاضر بقسم الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا.
**محاضر بقسم القانون الجنائي، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.

ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

Constitutionality of Referral Provisions "A Comparative Study between Criminal Law and Islamic Jurisprudence".

Abastrect:

In light of the referral texts laid down by the legislator in the Hudud legislations and the Qisas and Diyah Law, fundamental questions arise about the legality of this referral and the controls governing it; supporters of the Latin school argue that it conflicts with the principle of criminal legality, since it grants the judge the authority to craft the text, which is originally among the legislator's powers, whereas supporters of the Anglo-Saxon school argue for the possibility of the judge's participation in establishing legislation, especially since this school fundamentally relies on judicial precedents, while Islamic jurisprudence does not object to the judge exercising legislative authority provided that the requisite scholarly competence is available, and it contains many applications related to legislative referral

This disagreement among the three schools has an impact on the subject of the referral; does its scope remain limited to criminalization and punishment, or does it extend to their details? And if it concerns details, is it confined to secondary aspects, or does it go beyond them to include the essential details linked to the criminal characterization?

In addition to the importance of the clarity of the text as a basic pillar of the principle of criminal legality; for the ambiguity of the referred-to text may hinder the judge from interpreting the text and applying it properly, which threatens legal security and weakens the intended benefit of the referral These considerations are reflected in the issue of referral in the Hudud legislations and the Qisas and Diyah Law; because applying the foundations of the Latin school and strictness in criminal legality often leads to a complete rejection of the idea of referral, and exactly the opposite when adopting the rules of the Anglo-Saxon school

Keywords: Constitutional legality, criminal legality, judicial jurisprudence, legal certainty .

***Dr. Attaher Emhemed Al-Haj,** ****Dr. Ishraf Al-Dukali Mansour.**

* Lecturer in the Department of Islamic Law, Faculty of Law, University of Tripoli, Libya. altahereae@gmail.com.

** Lecturer in the Department of Criminal Law, Faculty of Law, University of Tripoli, Libya. Ishrafdu64@gmail.com

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

المقدمة

تتطلب صياغة النصوص القانونية انضباطًا ووضوحًا بالنظر إلى طبيعتها التفصيلية، على خلاف النصوص الدستورية التي تُقنن على سبيل العموم والإجمال، حيث تختلف مصدرية التشريع الجنائي بناءً على التراتبية التشريعية، التي تستوجب اتساق النص القانوني مع المبادئ الدستورية. لذا، ينبغي على المشرع في مرحلة صياغة النص الالتزام بمقتضيات مبدأ الشرعية الجنائية، المتمثلة في الوضوح والدقة والانضباط؛ مما يعزز مبدأ الفصل بين السلطات ويحقق الأمن القانوني. بمعنى آخر، إن التحديد القانوني للنصوص يحول دون تدخل القاضي في سلطة التشريع، ويضمن استقرار وفاعلية القوانين. ومع ذلك، قد يعمد المشرع أحيانًا إلى صياغة نصوص غامضة، أو الإحالة في شأنها إلى مصادر غير مفصلة؛ الأمر الذي يتطلب اجتهاد القاضي في مرحلة التطبيق، ليس بتفسير وتكييف النص فحسب، بل يتعداه إلى ما هو أبعد من ذلك، مما يفضي إلى عدم دستورية النص الجنائي ونصوص الإحالة التشريعية.

إشكالية موضوع البحث:

تطرح هذه الدراسة إحدى الإشكاليات الجوهرية المرتبطة بمبدأ الشرعية الجنائية، والتي تتمثل في وضوح النص وانضباطه، مما يثير التساؤل الرئيسي حول دستورية نصوص الإحالة في التشريع الجنائي بصفة عامة، ودستورية الإحالة إلى «المشهور من أيسر المذاهب» في تشريعات الحدود بوصفها نموذجًا لأكثر النصوص الجنائية غموضًا، وهو ما ينتج عنه مجموعة من التساؤلات الفرعية نحصرها في:

مدى مشروعية الإحالة كمرجعية أساسية في التشريع الجنائي؟

هل الإحالة في التشريع تضمن وضوح وانضباط النص؟

ماهي حدود سلطة القاضي بناءً على المصدر والمحل المحال إليه؟

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

كيفية ضبط الإحالة الواردة في تشريعات الحدود وقانون القصاص والدية؟

منهج البحث:

يُعد التشريع الجنائي من التشريعات التي تمس هوية المجتمعات، والتي غالبًا ما يستمد مرجعيته من الدين، على الأقل في أصوله والإطار العام، وعليه، فإن دراسة جزئية من جزئياته تتطلب الجمع بين المرجعية الدينية والتطور الفكري الذي مرت به تلك الجزئية، وهو ما سار عليه هذا البحث، حيث اعتمد المنهجية المقارنة بين التشريعين الجنائي الإسلامي والوضعي.

خطة البحث:

سنحاول من خلال هذه الدراسة المقاربة بين كل من القانون الجنائي والفقه الإسلامي، وفقًا لخطة ثنائية تنقسم إلى محورين رئيسين: يتناول المحور الأول مشروعية الإحالة في التشريع الجنائي ونصوص الإحالة الواردة فيه، بينما يعرض المحور الثاني الإحالة من وجهة نظر الفقه الإسلامي، والمعالجة الخاصة بإحدى مختنقات تشريعات الحدود وقانون القصاص والدية.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

المحور الأول
الإحالة في التشريع الجنائي

يتعين على المشرع عند صياغة النصوص الجنائية الالتزام بالمبادئ المقررة في الدستور، فلا يجوز لأي نص قانوني أن يخالف الضمانات الدستورية التي تحمي حقوق وحريات المتهمين، وتحقق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع. ويأتي في مقدمة هذه المبادئ مبدأ الشرعية الجنائية، الذي أقرته أغلب الدساتير والمواثيق الدولية، ذلك المبدأ الذي يحقق الاستقرار القانوني والقبول المجتمعي، إذ تقتضي الشرعية الجنائية عدم وصف الفعل بأنه جريمة، وعدم تقرير الجزاء على مرتكبه، ما لم يكن محددًا بنص قانوني واضح ودقيق، فمن غير المتصور معاقبة الفرد على فعل معين دون علمه المسبق بأن سلوكه يعد جريمة قانونًا.

حيث يرتكز الأمن القانوني الجنائي على مرتكزين أساسيين؛ أولهما: إمكانية الوصول إلى النص؛ وذلك من خلال الشرعية الجنائية التي تُمكن المخاطبين من العلم المسبق بالأفعال المجرمة، وثانيهما: انضباط صياغة النص؛ باستخدام ألفاظ واضحة ودقيقة تجنب الغموض في التفسير وتمنع التأويل، إذ تقود هذه المرتكزات إلى وضوح القاعدة القانونية وإلى تحقيق التوازن المطلوب في الأنظمة الجنائية، الأمر الذي ينعكس على استقرار المراكز والأحكام القضائية[1].

فقد جاءت الشرعية الجنائية انعكاسًا لمبدأ الفصل بين السلطات؛ إذ إن صياغة النصوص بعبارات مبهمة وغير مفصلة تُقوض هذا المبدأ الذي يحدد اختصاص كل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية في المسائل الجنائية، حيث تختص السلطة التشريعية بمهمة تحديد الجرائم والعقوبات، دون السلطتين التنفيذية والقضائية، الأمر الذي يضمن حماية الأفراد من تعسف السلطات في

(1) الدوري، ميثاق غازي، الأمن القانون الجنائي (دراسة تحليلية مقارنة) المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2023، ص354.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

التجريم والعقاب[2]. فبالنظر إلى أهمية النص الجنائي وخطورته وارتباطه بالنظام العام، تم حصر ولايته بيد السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص المبدئي، فلها وحدها صلاحية تقدير المصلحة والضرورة في التجريم، والتناسب والنفعية في العقاب، ولا يجوز لأية جهة أخرى ممارسة هذا الاختصاص إلا بموجب تفويض تشريعي يستند إلى ضوابط دستورية؛ تمنح السلطة التنفيذية صلاحيات محددة في إصدار لوائح وقرارات ذات طابع تشريعي، مما يجعلها بموجب الدستور سلطة تشريع مؤقتة[3].

بناءً على ما تقدم، تُعد دقة صياغة النصوص القانونية ووضوحها ضرورة حتمية؛ لتعزيز مبدأ الشرعية الجنائية ومنع تدخل السلطات في صناعة التشريع، وهذا ما دعا إليه كل من مونتسكيو (Montesquieu) وبيكاريا (Beccaria) وتم تضمنيه في الدستور الفرنسي لأول مرة عام 1793[4]؛ نظرًا لارتباط القانون الجنائي بحقوق وحريات الأفراد التي يمثل الدستور مرشدًا وموجهًا رئيسيًا لها[5]. ومن هنا، كان لا بد من البحث عن مشروعية الإحالة في النصوص الجنائية، ومدى توافقها مع مقتضيات مبدأ الشرعية الجنائية، وحدود نطاق سلطة القاضي في إعمال نماذج الإحالة الواردة في قانون العقوبات والقوانين المكملة له، وذلك وفقًا للتفصيل التالي.

أولًا- مشروعية نصوص الإحالة:

جاءت صياغة مبدأ الشرعية الجنائية في الإعلان الدستوري مخالفة للأسس والغايات السابق الإشارة إليها؛ إذ تنص المادة (31) على أنه «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص»[6]، وهي صياغة تمنح كلًا من السلطة التشريعية والسلطة

(2) رزق، سلوى حسين، المبادئ الدستورية للعقوبات الجنائية والتأديبية، دار الفكر والقانون، مصر، 2012، ص23.

(3) العبيدي، عبد المنعم ساسي، المبادئ العامة للقانون الجزائي (دراسة مقارنة) دار الكتاب، تونس، 2017، ص55.

(4) مشار إليه في حليم، نعمة حسين، شرعية الجرائم والعقوبات، بحث منشور في مجلة القرار للبحوث العلمية، العدد (6) المجلد (2) السنة (1) يونيو 2024، ص461.

(5)رزق، مرجع سابق، ص8.

(6) المادة (31) من الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الانتقالي الليبي سنة 2011.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

التنفيذية صلاحية التجريم والعقاب، إما أن تتولى تنظيمها مباشرة، وإما أن تعهد بإحالتها إلى مصدر آخر.

وقد انتقدت بعض الآراء هذه الصياغة لسببين: أولهما أنها تمنح اللوائح اختصاصًا مطلقًا في التجريم والعقاب، إذ يُرى أن التجريم في الجنح والجنايات ينبغي ألا يُترك للوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية دون وجود ضمانات كافية؛ نظرًا إلى خطورة وجسامة هذا النوع من الجرائم، بالإضافة إلى ضرورة ثباتها واستقرارها وهو ما لا يتحقق إلا من خلال النص القانوني، ثانيهما أنها تسمح بالإحالة إلى مصادر مختلفة، بما في ذلك المصادر غير المكتوبة[7].

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الاتجاه، لكننا سنتوقف عند السبب الثاني قليلًا؛ نظرًا لاختلاف طبيعة الإحالة بين التشريع الوضعي والتشريع الإسلامي. فبالتمعن في نصوص التشريع الوضعي نجد أن الإحالة تكون من نص إلى نص آخر في القانون ذاته، أو إلى قوانين أخرى، أو إلى الاتفاقيات والمواثيق الدولية، إذ تقوم التشريعات الوضعية على مبدأ التقنين، سواء كان التقنين المباشر أم التقنين غير المباشر عن طريق الإحالة، حيث تقتضي فلسفة الشرعية الجنائية حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص مكتوبة، حتى وإن بدا لنا أن النص الدستوري يسمح بخلاف ذلك، أما عن علة الإحالة إلى نصوص غير مكتوبة في تشريعات الحدود وقانون القصاص والدية، فإنها تكمن في كون الشريعة الإسلامية هي المصدر المادي للتشريع الذي يستند إليه في ضوء الفقه والأحكام الشرعية، وهو ما سنتناوله لاحقًا.

وللتحقق من مشروعية الإحالة في النصوص الجنائية يتعين علينا معرفة مدى التزامها بمقتضيات مبدأ الشرعية الجنائية، الذي يستوجب الدقة والوضوح في النص القانوني، بما يُمكن القاضي من الرجوع إلى الأحكام المُحال إليها وتطبيقها

(7) الجملي، طارق محمد، دراسات في السياسة الجنائية للمشرع الليبي، دار الفضيل للطباعة والنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، ط2، 2024، ص24- ص33.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

على الوقائع المعروضة أمامه دون تجاوز لسلطته[8]. وعليه، فإن الإحالة إلى أحكام منضبطة ومفصلة تضمن مشروعية النص، في حين أن الإحالة إلى أحكام غير منضبطة تختلف مشروعيتها باختلاف تفسير مبدأ الشرعية الجنائية في الأنظمة القانونية، والدور الذي تمنحه للقاضي في عملية التشريع، والذي يتباين بين اتجاهين: محافظ وآخر متطور.

إذ يكرس النظام اللاتيني مبدأ الشرعية الجنائية، مع إمكانية إخضاع النصوص الغامضة للتفسير والتأويل، بهدف تحديد معناها وبيان نطاق تطبيقها وفقًا لمقاصد المشرع وغاياته؛ فينحصر عمل القاضي في القيام بالعملية الذهنية المنطقية لتحديد الأفعال التي تنطبق عليها النصوص الجنائية، وفي حال لم يُفضِ ظاهر النص إلى حل يتناسب مع الوقائع المعروضة أمامه، جاز الاستناد إلى معاني النص؛ باستنباط الحلول بناءً على المعايير التي كان من المفترض أن يعتمدها المشرع لو تعرض للمسألة في الوقت الراهن. وبذلك، يتحدد دور القاضي في البحث عن إرادة المشرع الذي يسمح له بإدخال عناصر التجريم وفقًا للمصلحة التي يهدف النص إلى تحقيقها، دون أن يمد نطاقه بالقياس أو التفسير الموسع إلى أفعال لم يرد النموذج التجريمي بشأنها، حتى وإن بدت جديرة بالحماية في نظر القاضي[9].

فقد تبنت فرنسا أفكار كل من سالاي (Saleilles) وجيني (Geny) حول منهجية التفسير المرن، والتي انطلقت من فكر بونكاز (Bonnecase) القائم على مبدأين أساسيين وهما: كمال التشريع، وواجب المحافظة عليه، حيث اعتبر أغلب فقهاء القانون الفرنسي أن تقنين نابليون (Napoleonic) يمثل عملًا قانونيًا كاملًا، لا تشوبه شائبة ولا يعتريه نقص، مما يفترض تقييد سلطة القاضي في التطبيق[10].

(8) العبيدي، عبد المنعم، مرجع سابق، ص79.

(9) العبيدي، مرجع سابق، ص84.

(10)حمودة، محمد، القانون المقارن (التعددية والمواءمة) مجمع الأطرش، تونس، ط1، 2024، ص279.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

وعلى النقيض من ذلك، نجد أن السلطة القضائية في النظام الأنجلوسكسوني هي المصدر الرئيسي للتجريم والعقاب؛ فهي تقوم بالدور الذي تؤديه السلطة التشريعية في الأنظمة اللاتينية؛ حيث يُنشأ النص القانوني عن طريق السوابق القضائية التي تحل محل التشريع، فيتحدد مضمونه وفقًا للعرف[11]، إذ تعتمد الشرعية الجنائية في القانون المقارن على قاعدة «ما سبق إقراره»، والتي تتحقق بالفقه القضائي دون الحاجة إلى وجود النص. ففي القانون الإنجليزي تُصاغ النصوص الجنائية بناءً على القياس القضائي، حيث يتعين على المحكمة أن تحترم أحكام الدعاوى المشابهة الصادرة عن محكمة أعلى أو محكمة من نفس الدرجة، أما في القانون الأمريكي فالتركيز يكون على فقه المحكمة العليا، تجاوبًا مع فكر مارتن شابيرو (Martin Shapiro) والنظرية الوظيفية للقضاء، التي ترى أن دور المحاكم لا يقتصر على تطبيق القانون فحسب، بل يتجاوز ذلك ليشمل توجيه السياسة الجنائية بالاستناد إلى الوقائع القانونية بما يضمن فاعلية واستقرار النص[12].

وبإسقاط ما سبق على الإحالة في مسائل التجريم والعقاب، يتبين لنا أنها تتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية وما يفرضه من ضرورة الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية، إذ إن نص الإحالة لا يكفي للقول بتوافر الشرعية الموضوعية ما لم يُحيل بشكل واضح ودقيق إلى عناصر التجريم وضوابط العقاب، فعدم تأطير النص التجريمي والإحالة في شأنه إلى مصادر تمنح للقاضي إمكانية التدخل في تحديد الجريمة والجزاء يتناقض مع مبادئ النظام اللاتيني، في حين أنه يتوافق مع فلسفة النظام الأنجلوسكسوني القائم على السوابق القضائية.

(11) أنظر في ذلك، عبدالعزيز، محمد عبدالله، المنطلقات الفلسفية للتجريم والعقاب في المدرسة الأنجلوسكسونية، بحث منشور بمجلة العلوم التربوية والدراسات الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة تعز، العدد (21) يناير 2022.

(12) أنظر في ذلك، حمودة، مرجع سابق.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

أما إذا كانت الإحالة في غير مسائل التجريم والعقاب، كأن يحيل النص إلى أحكام موضوعية متعلقة بتحديد أركان الجريمة أم بتقدير العقاب، فإن الإحالة هنا تعد ضرورة تشريعية حتى وإن كانت غير منضبطة، إذ إن تضييق سلطة القاضي وحصرها في التطبيق المجرد للنص قد يؤدي إلى الفصل التام بين النصوص القانونية والمعايير الواقعية؛ ذلك لأن المشرع مهما أُوتي من حسن تقدير لن يستطيع الإحاطة بكل الفروض، مما يبرر إمكانية منح القاضي صلاحية التدخل في التشريع ضمن إطار مصلحة المتهم والتفريد العقابي[13].

وعلى صعيد آخر، يبرز اتجاه يرفض منح القاضي سلطة تقدير العقوبة، ويرى وجوب تحديدها بشكل واضح ودقيق من قبل المشرع؛ ضمانًا للمصلحة الفردية وتحقيقًا للمساواة أمام القانون، إذ يباشر التحديد المسبق للعقوبة أثره على إرادة الفاعل قبل ارتكاب الفعل الذي يعد جريمة قانونًا، مما يستلزم إقرار عقوبات محددة لا تقبل التغيير أو التعديل إرضاءً للشعور العام بالعدالة[14].

ثانيًا: نماذج الإحالة في التشريع:

نلاحظ أن التشريع الجنائي لم يخلُ من نصوص الإحالة، والتي تتعدد بتعدد المصادر المُحال إليها، سواء كانت مصادر داخلية أم اتفاقيات ومعاهدات دولية. كما تختلف طبيعة نصوص الإحالة بحسب ما إذا كانت تُحال إلى كليات ومبادئ عامة في التشريع، أو إلى نصوص مكملة أو مفسرة له، إذ يترتب على ذلك بالضرورة اختلاف دور القاضي في كل نموذج من نماذج الإحالة، كما سيأتي بيانه.

1. الإحالة إلى ظروف التخفيف: لقد أشار قانون العقوبات العام إلى نصوص داخلية ينبغي على القاضي الاستناد إليها عند ممارسة سلطته في الحكم؛ إذ تعتمد فلسفة الجزاء على المرونة والملاءمة في التقدير، الأمر الذي يتطلب تدخل القاضي في تحديد

(13) سلامة، مأمون محمد، قانون العقوبات بين الفكر المحافظ وبين الفكر المتطور، بحث منشور على مواقع البحث في الشبكة المعلوماتية (الانترنت) ص47.

(14) مشار إليه في المرجع السابق، ص33-31.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

هذه الملاءمة بناءً على أسس واقعية متصلة بظروف الفعل وشخصية مرتكبه، وهو ما لا يمكن إدراكه بنصوص جامدة ومحددة مسبقًا، ومن الأمثلة على ذلك: الإحالة إلى نص المادة (27) من قانون العقوبات، والتي تمنح للقاضي السلطة التقديرية في اختيار العقوبة الملائمة من بين العقوبات الواردة في النص، والتي تكون متعددة أو محصورة بين حدين أدنى وأعلى[15]، وكذلك الإحالة إلى نص المادة (29) التي تمنح للقاضي إمكانية استبدال العقوبات أو تخفيفها دون الحد الأدنى المقرر لها، إذا اقتضت الظروف رأفته[16]، فعلى الرغم من الصياغة المرنة للأحكام المحال إليها، فإن الإحالة هنا لا تعد خروجًا عن مبدأ الشرعية الجنائية؛ ذلك لأن تحديد العقاب وتقدير ظروف التخفيف يعد جزءًا من سلطة القاضي في التفريد العقابي، التي يستعين فيها بالمعايير الواردة في القانون[17]، وهو ما أيدته المحكمة العليا عندما اعتبرت أن تلك المعايير تشكل توجهات يسترشد بها القاضي في تبرير العقوبة المخفضة[18]. فقد يصعب على المشرع تحقيق التناسب العادل بين الفعل ورد الفعل، مما يبرر إمكانية تدخل القاضي في العمل التشريعي، وهو ما تقتضيه وظيفة العقوبة لتحقيق المنفعة وضمان فاعلية الجزاء.

2- الإحالة إلى العفو والإيقاف: تتيح هذه الإحالة إمكانية استعمال وسائل التفريد القضائي الأخرى، والتي تتمثل في: وقف تنفيذ العقوبة بموجب نص المادتين (-112

(15) المادة (27) "يحكم القاضي بالعقوبة التي يراها مناسبة في حدود ما نص عليه القانون، وعليه أن يبين الأسباب التي تبرر تقديره.». القانون رقم (48) لسنة 1956 وتعديلاته اللاحقة.

(16) المادة (29) «يجوز للقاضي إذا استدعت ظروف الجريمة رأفته، أن يستبدل العقوبة أو يخفضها على الوجه التالي: السجن المؤبد بدلاً من الإعدام، السجن بدلاً من السجن المؤبد، الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر بدلاً من السجن. وعلى كل حال يجوز للقاضي إذا توافرت الظروف المذكورة أن ينزل بالعقوبة في مواد الجنايات والجنح إلى نصف الحد الأدنى الذي يعينه القانون».

(17) المادة (28) «على القاضي أن يستند في تقديره للعقوبة وفقًا للمادة السابقة على خطورة الجريمة ونزعة المجرم للإجرام ....».

(18) طعن جنائي رقم 52/16 ق، جلسة 14/3/1970، مجلة المحكمة العليا، س6، ع4، ص196.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.

ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

113)[19]، والعفو الخاص بالأحداث الجانحين المشار إليه في نص المادة (118)[20]، حيث تعد هذه الوسائل موجبات رأفة تمنح القاضي صلاحية إيقاف مفعول العقوبة المحكوم بها داخل إطار التحديد الذي رسمه التشريع، فهي سلطة قوامها التعاون بين المشرع والقاضي[21].

3- الإحالة إلى الأصلح للمتهم: حيث يُستثنى من مبدأ سريان القانون بأثر فوري ومباشر قاعدة مهمة تمنح إمكانية امتداد نطاق تطبيق القانون الجديد ليشمل الوقائع السابقة، ومن دون الخوض في تأصيل مبدأ عدم رجعية القوانين وضوابط الاستثناء، فما يهمنا هنا هو دور القاضي في هذا النموذج من الإحالة؛ إذ نصت المادة الثانية من قانون العقوبات على أنه: «ومع ذلك إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيًا قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره»، وفي ذلك سلطة تقديرية للقاضي في المفاضلة بين التشريعات المتعاقبة، بالاستناد إلى الموضوعية والواقعية وتحديد القانون الأصلح للمتهم، حيث تمنح هذه الإحالة دورًا أكبر في البحث والموازنة بين نص قديم وآخر جديد؛ لاختيار النص الأكثر ملائمة في التطبيق.

4- الإحالة إلى قوانين أخرى: قد يحيل قانون معين إلى نصوص قانون العقوبات العام أو إلى القوانين المكملة له، مثال ذلك: الإحالة الواردة في قانون مكافحة الفساد بشأن الجرائم التي تتولى الهيئة الوطنية مهمة البحث والتحري عنها، والتي تم تحديدها عن طريق الإحالة إلى قانون العقوبات العام فيما يتعلق بالجرائم الماسة بالأموال العامة وجرائم إساءة استعمال الوظيفة، وقانون العقوبات الاقتصادي وقانون مكافحة

(19) المادة (112) "يجوز للمحكمة عند الحكم بالحبس لمدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة، أن تأمر في نفس الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة خمس سنين ..." المادة (113) « لا يصدر الامر بإيقاف التنفيذ إلا إذا رأت المحكمة من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة، ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جرائم أخرى».

(20) المادة (118) "إذا ارتكب الصغير دون الثامنة عشرة جريمة يعاقب عنها بعقوبة مقيدة للحرية لمدة لا تزيد على سنتين، أو بغرامة لا تجاوز خمسين جنيهًا أو بالعقوبتين معاً، جاز للقاضي أن يمنحه العفو القضائي، إذا توافرت الظروف المنصوص عليها في المادة (113)».

(21)طعن جنائي رقم 16/5 ق، جلسة 2/1/1960، مجلة المحكمة العليا، ع2، ص235.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

غسل الأموال[22]، هذا بالإضافة إلى الإحالة في الجزاءات بموجب نص المادة (25) الذي وضع عقوبة موحدة لهذه الجرائم، مع إعطاء الأولوية لتطبيق العقوبة الأصلية المقررة في القوانين الواردة فيها إذا كانت هي العقوبة الأشد[23]، إذ يتمكن القاضي عن طريق هذه الإحالة من الرجوع مباشرة إلى نصوص القوانين المشار إليها تجنبًا للتكرار، ومعرفة عناصر التجريم وضوابط العقاب في تلك الجرائم، وهي الصورة التي تكون فيها الأحكام المحال إليها منضبطة بنص قانوني واضح؛ وذلك بهدف ربط ودمج القوانين ذات الصلة وضمان اتساقها وتكاملها، بما يحقق التوازن في المنظومة التشريعية ويضمن توجيهها نحو العدالة الجنائية.

5- الإحالة إلى الاتفاقيات والمواثيق الدولية: بحيث يُحال إليها كمرجعية أساسية في التشريع كونها المصدر المادي له، فقد أشارت المادة الثالثة من قانون مكافحة الفساد إلى نصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الفساد، إذ يستوجب الرجوع إليها في مسائل التجريم والعقاب، الأمر الذي يجعل محل الإحالة مستحيلًا نظرًا لعدم جاهزية الاتفاقية للتطبيق المباشر، مما يستوجب صياغة نصوص واضحة في التشريع الوطني تحدد بدقة عناصر التجريم وضوابط العقاب، لكي تتحقق الشرعية الجنائية لهذا النوع من الجرائم، وعلى الرغم من أن الإحالة هنا ليست لها أية قيمة عملية، فإن ذلك لا يقلل من أهمية الإحالة المباشرة إلى الاتفاقيات والمواثيق الدولية[24]، بوصفها نصوصًا مكملة تسهم في سد الفجوة التشريعية فيما لم يرد بشأنه نص[25]، أو نصوصًا مفسرة تساعد على تحديد عناصر التجريم في الجرائم ذات الاصطلاح الجدلي، مثل تلك الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة

(22)القانون رقم (11) لسنة 2014 بشأن إنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد وتحديد اختصاصاتها. الفقرة 7 من المادة (3).

(23) المادة (25) المعدلة بموجب القانون رقم (5) لسنة 2024 «مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن عشر سنوات أو غرامة لا تزيد على مائة ألف دينار أو بكلتا العقوبتين معًا».

(24) غنيم، سامي محمد، جرائم الفساد في التشريع الجنائي، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2018، ص72.

(25) سرور، أحمد فتحي، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط3، 2004، ص56.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.

ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

الإرهاب.

6- الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية: على مستوى التشريع الجنائي الإسلامي ترد الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرًا ماديًا لتشريعات الحدود وقانون القصاص والدية، فالقاضي غير مخول بالرجوع إليها إلا بموجب نصوص الإحالة[26]، إلا أنه وعلى النقيض من الإحالة الواردة في التشريع الوضعي نجد أن صياغة نصوص الإحالة في التشريع الجنائي الإسلامي جاءت مبهمة، فضلًا عن كونها ترد على أحكام غير منضبطة، مما يستوجب تناول هذا النموذج من الإحالة وفقًا لوجهة نظر الفقه الإسلامي.

(26) الجملي، طارق محمد، القانون الدستوري الجنائي (الحقوق والحريات في مجال الدعوى الجنائية)، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، ط1، 2024، ص172.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

المحور الثاني
الإحالة في ضوء الفقه الإسلامي

وُجدت النصوص التشريعية لتنظيم سلوك الأفراد والجماعات، وتنظيم العلاقة فيما بينهم، ولأن النصوص متناهية والأحداث غير متناهية، ولأن التعديل المستمر للنصوص يسبب اضطراباً للمنظومة التشريعية بسبب عدم استقرارها، وُجدت الإحالة من الجهة التشريعية إلى من تفوّضه بمهمة التشريع من سلطة تنفيذية أو قضائية، إذ بالإحالة ينتفي وصف التشريع بالفراغ أو النقص، كما أنها تضفي عليه صفة الصلاحية للبقاء والتطبيق رغم التغيرات التي تطرأ على بيئته.

إلا أن الإحالة من جهة أخرى قد يترتب عليها إشكال فيما يتعلق بالتشريع الجنائي على وجه الخصوص، فهذا التشريع مؤسس على مبدأ الشرعية «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» أو «إلا بقانون»، المنبثق من مبدأ الفصل بين السلطات، مما يجعل سلطة وضع الوصف التجريمي على الأفعال، وترتيب عقوبات عليها حكراً على السلطة التشريعية دون غيرها، ونصوص الإحالة كما هو ظاهر من خلال التشريع الجنائي الليبي تعطي الحق في ممارسة هذه السلطة للقاضي أيضاً، وفي هذا نقض لمبدأ الشرعية، ومن ثم مبدأ الفصل بين السلطات.

ومن جهة أخرى، وبمطالعة نص الإحالة نجد أنفسنا أمام إشكال آخر متمثل في منطوق النص، إذ يتردد بين عدة ألفاظ، فتارة تكون الإحالة إلى مذهب الإمام مالك، وتارة إلى مشهور مذهب مالك، وتارة إلى المشهور من أيسر المذاهب، وتارة إلى مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الألفاظ لا تخلو من غموض وعدم انضباط، إذ ما المقصود بهذه الألفاظ.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

إننا في هذه الدراسة لا نحاول تحقيق تطابق تام بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي فيما يتعلق بالنص التشريعي عموماً، ونصوص الإحالة على وجه الخصوص، وإنما نحاول المواءمة بينهما، بعرض فلسفة صناعة النص التشريعي في الفقه الإسلامي، خاصة الجزء المتعلق بالإحالة وضوابطها.

وبناء على ما سبق رأينا أننا أمام إشكاليتين، تتعلق الأولى بالمصدر المحال إليه، ولا يتم ذلك في اعتقادنا إلا بعد تحديد موطن النص التشريعي في الفقه الإسلامي، وواضع هذا النص، وقد وجدنا في تراتبية المصادر الفقهية والمراحل التشريعية في الفقه الإسلامي معيناً على حل هذا الإشكال، وتتعلق الأخرى بمحل الإحالة، وهي العناصر والجزئيات والتفاصيل التي يستعين القاضي بالإحالة للحكم فيها، ومن ثم قسّمنا هذا المحور إلى فرعين، الأول متعلق بأثر تراتبية المصادر والمراحل التشريعية في توجيه الإحالة، والثاني متعلق بمحل الإحالة.

أولًا: أثر تراتبية المصادر والمراحل التشريعية في الفقه الإسلامي في توجيه الإحالة:

المسار التشريعي في الفقه الإسلامي يمرّ بثلاثة مراحل، مرحلة الأدلة (المصادر)، ثم مرحلة الفقه، ثم مرحلة الحكم (التشريع)، وتتوسط الإحالة كل هذه المراحل، فهي حلقة الوصل بينها.

البداية بمرحلة الأدلة، حيث يرى الأصوليون أن القرآن الكريم هو المصدر الأصيل للفقه الإسلامي، يقول الغزالي: «واعلم أننا إذا حققنا النظر بان أن أصل الأحكام واحد، وهو قول الله تعالى؛ إذ قول الرسول -ﷺ- ليس بحكم ولا ملزم، بل مخبر عن الله تعالى أنه حكم بكذا وكذا، فالحكم لله تعالى وحده...»[27]، ويظهر ذلك أيضاً من تعريفهم للحكم الشرعي فقالوا بأنه: «خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع»[28]، مؤكدين على وحدة المصدر والأساس

(27) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق، تعليق: محمد تامر، مصر- القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2011م، 1/233.

(28) البدخشي، محمد بن حسن، منهاج العقول معه شرح الإسنوي، وكلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي،

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

للشريعة الإسلامية عندما حصروه في خطاب الله -تعالى-، والذي دليله القرآن الكريم، أما باقي المصادر فهي مصادر لا لذاتها، وإنما لأن القرآن الكريم منحها هذه الصفة، وأحالنا إليها، لبيان ما في القرآن الكريم، أو إقرار ما فيه، أو النص على حكم غير مذكور فيه، أي إنها مصادر كاشفة لا منشئة، وحتى ما كان إنشاء منها فهي فيه وكيلة عن القرآن الكريم، لا أصيلة فيه[29].

ومن الأمثلة على هذه الإحالة الواردة في القرآن الكريم الإحالة إلى السنة النبوية، كما في قوله -تعالى-: ﴿وَمَا ءَاتَىٰكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَانتَهُوا﴾[30]، والإحالة إلى الإجماع، كما في قوله -تعالى-: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ﴾[31]، والإحالة إلى القياس، كما في قوله -تعالى-: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَاأُولِي الْأَبْصَارِ﴾[32]، والإحالة إلى العرف، كما في قوله -تعالى-: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾[33]، والإحالة إلى العلماء، كما في قوله -تعالى-: ﴿فَسْئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[34]، والإحالة إلى حكم الحاكم، كما في قولة -تعالى-: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾[35]، والإحالة إلى الاتفاقيات، كما في قوله -تعالى-: ﴿وَإِنِ اسْتَنصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ﴾[36]، أو قوله -تعالى-: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ

مصر- القاهرة، مطبعة محمد علي صبحي وأولاده، ب.ط، ب.ت، 1/31 وما بعدها -- 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، 1/48 وما بعدها.

(29)أبو غرارة، الحكم الشرعي وإشكالاته، كتاب غير مطبوع، ص 5، البيانوني، محمد أبو الفتح، الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية، سوريا- دمشق، دار القلم، ط1، 1988م، ص33.

(30) سورة الحشر، الآية 7.

(31) سورة النساء، الآية 115.

(32) سورة الحشر، الآية 2.

(33) سورة الأعراف، الآية 199.

(34) سورة النحل، الآية 43.

(35) سورة النساء، الآية 59.

(36) سورة الأنفال، الآية 72.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾[37]، أو قوله -تعالى-: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾[38]، وقد وردت عديد النصوص في السنة النبوية تفيد الإحالة، منها على سبيل المثال لا الحصر الإحالة إلى الشبهات المانعة من تطبيق الحد، التي أحالنا إليها الرسول -صلى الله عليه وسلم- في قوله: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ وَجَدْتُمْ لِلْمُسْلِمِ مَخْرَجًا فَخَلُّوا سَبِيلَهُ؛ فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ»[39]، وقوله -صلى الله عليه وسلم-: «ادْفَعُوا الْحُدُودَ مَا وَجَدْتُمْ لَهُ مَدْفَعًا»[40]. وعليه، فالإحالة مبدأ شرعي نصت عليه عديد الآيات القرآنية والأحاديث النبوية لحل المختنقات التشريعية التي تواجه الفقهاء وولاة الأمور.

وبعد مرحلة الأدلة (المصادر) تكون مرحلة الفقه، وهي مرحلة تفسير الأدلة واستنباط الأحكام الشرعية منها، أي إنها الدليل على فحوى الأدلة القرآنية أو غيرها، دليل يصوغه المجتهدون، ولذلك قال العلماء: «قول المجتهد دليل العامي»[41]، فعبادة الله -سبحانه- لا تكون على جهل، ولتكون على علم ومعرفة يجب دراسة الأدلة سالفة الذكر ومعرفة مضامينها، وتكليف كل الناس بذلك فيه مشقة ومفسدة، أما المشقة فإن الناس متفاوتون في قدرتهم على النظر في الأدلة واستنباط الأحكام منها، بين قادر مالك للأهلية العلمية، وغير قادر ولا مالك للأهلية العلمية لذلك، وتكليف غير القادر تكليف بمستحيل، وهو باطل، وأما المفسدة فإنه لو كُلّف الجميع بذلك

(37) سورة النساء، الآية 92.

(38) سورة الإسراء، الآية 34.

(39) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مصر، القاهرة، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية للنشر، ط1، 2011م، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، 17/233، حديث رقم:17139، الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الكبير «سنن الترمذي»، تحقيق وتخريج الأحاديث: شعيب الأرنؤوط، بدون ذكر الدولة والمدينة، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009م، أبواب الحدود عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، باب ما جاء في درء الحدود، 3/252-253، حديث رقم: 1485.

(40)ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بدون ذكر دولة أو مدينة، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009م، أبواب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، 3/579، حديث رقم: 2544.

(41) الشاطبي، الموافقات، 4/500 – الغزالي، المستصفى، 2/577 وما بعدها.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

لما وجدنا من يدرس باقي العلوم، لانكبابهم على دراسة العلم الشرعي فقط، وتركهم باقي العلوم، ولذا يختص به البعض، ويختص غيرهم بشتى العلوم الأخرى، ويمكن استنباط ذلك من قوله -تعالى- ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُواْ كَآفَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُواْ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾[42]، ثم يرجع غير المختص في العلم الشرعي إلى المختص فيه ليعلم الحكم الشرعي في مسألته، ويكون قول المجتهد (المختص) بالنسبة له كالدليل بالنسبة للمجتهد، وهكذا كما هو الحال في سائر العلوم، وقد عَنْوَن الغزالي مسألة بعنوان «العامي يجب عليه الاستفتاء واتباع العلماء»[43]. وهذا المجتهد قوله ليس ملزماً لذاته؛ بل لأن الله -سبحانه- أحالنا إليه، كما في قوله -تعالى-: ﴿فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[44]، وقوله -تعالى-: ﴿الرَّحْمَنُ فَسْأَلْ بِهِ خَبِيراً﴾[45].

ثم تكون المرحلة الأخيرة، مرحلة الحكم، والتي يُعنْون لها الأصوليون بحكم الحاكم يرفع الخلاف، والدافع لهذه المرحلة أن اجتهاد المجتهدين ليس واحداً؛ بل مختلف متعدد؛ وذلك لاختلاف مداركهم، ولاحتمال اللفظ لأكثر من معنى، فيرجح أحدهم غير المعنى الذي رجّحه الآخر، وغير ذلك من أسباب الاختلاف، وحرصاً على وحدة المجتمع، ووحدة الأحكام، رأى الأصوليون ضرورة وجود جهة تنظم هذا الشأن، وتحسم الخلاف، وما قد يترتب عليه من فوضى تؤثر سلباً في استقرار المجتمع، فأسندوا هذا الأمر لمن أسموه بالحاكم، وهو القاضي في أول أمر الدولة الإسلامية، والمشرع في زماننا، إضافة إلى المحكمة العليا الليبية باعتبارها تمثل نهاية الهرم القضائي، وباعتبار إلزامية مبادئها، والقاضي بادئ أمر الدولة الإسلامية كان من الفقهاء، فكانت تجتمع فيه ملكة الاجتهاد الفقهي مع سلطة الحكم، أي السلطتين

(42) سورة التوبة، الآية 122.

(43) الغزالي، المستصفى، 2/561.

(44)سورة الأنبياء، الآية 7.

(45) سورة الفرقان، الآية 59.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

التشريعية والقضائية، ومن ثم فاجتماع صفة المشرع والقاضي في شخص واحد لا يمثل إشكالاً في الفقه الإسلامي، متى كان مؤهلاً لذلك قادراً عليه؛ لكن وُجد فيما بعد من القضاة من يملك أهلية الاجتهاد الفقهي ومن لا يملكها، فإذا كان مجتهداً فقهاً حكم بما ينتهي إليه اجتهاده، وإلا وجب عليه الرجوع للفقهاء المجتهدين لمعرفة الحكم[46]، ويكون حكمه ملزماً للكافة، ومن ثم الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية، وهذا في المسائل التي تنظم الشأن العام فقط، أو كما يسميها الفقهاء المسائل الاجتهادية[47]، أما مسائل الشأن الخاص، وهي المسائل التعبدية التي تتعلق بالفرد ولا تتعداه لغيره فلا تدخل في اختصاص الحاكم.

والرجوع للحاكم وإلزامية أحكامه ليست لذاتها، وإنما لأن الله -سبحانه- أحالنا على هذه السلطة للفصل في المنازعات وفض الخلافات، قال -تعالى-: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾[48]، ولعل معنى (وليّ الأمر) يختلف باختلاف المتلقّي، فإن كان مجتهداً كان ولي الأمر بالنسبة له الحاكم، وإن كان المتلقّي الحاكم ولم يكن مجتهداً كان ولي الأمر بالنسبة له المجتهد، وإن كان المتلقّي العامي (غير المختص) كان وليّ الأمر بالنسبة له المجتهد في المسائل التعبدية ذات الشأن الخاص، والحاكم في المسائل المجتمعية ذات الشأن العام.

بناء على ما سبق ننتهي إلى خمس نتائج:

الأولى أن المنظومة التشريعية في الفقه الإسلامي تقوم على تراتبية، تتصف بوحدة المصدر في أولها، ووحدة الدلالة في آخرها، فوحدة المصدر من خلال القول بأن

(46) الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لبنان- بيروت، دار الفكر، ط1، 1996م، 7/6، الصاوي، أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، على الشرح الصغير للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مصر، القاهرة، مكتبة الخانجي، الجمهورية العربية الليبية، طرابلس، دار مكتبة الفكر، ط الأخيرة، 1952م، 2/330، 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، 45-44.

(47) القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص42-41.

(48) سورة النساء، الآية 59.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

القرآن الكريم هو المصدر الوحيد الأصيل للشريعة الإسلامية، وأما غيره من المصادر فيستمد شرعيته منه، ودورها الكشف والبيان والإقرار لما فيه، وحتى الإنشاء الذي تقوم به إنما بالوكالة عنه، لا بالأصالة عن نفسها. وأما وحدة الدلالة في آخرها فمن خلال اختيار الحاكم لأحد الآراء الفقهية، حاسماً به الخلاف بين الفقهاء، ومحققاً للاستقرار التشريعي.

وكما لا حظنا فالتراتبية نوعان، تراتبية أدلة تبدأ بالقرآن الكريم ثم باقي المصادر، وتراتبية مراحل تبدأ بمرحلة الأدلة، ثم مرحلة الفقه، ثم مرحلة الحكم، والإحالة كانت هي الرابط بين هذه المراحل.

الثانية أن كل مرحلة بمثابة التفسير (الفقه) للمرحلة السابقة لها، والنص الملزِم للمرحلة التي بعدها، فالسنة النبوية تفسير بالنسبة للقرآن الكريم، ونصٌّ بالنسبة لباقي المصادر، وهكذا، وبالنسبة للمراحل التشريعية، فالأدلة نصٌّ ملزم للفقه، والفقه تفسير لها، وهو نصٌّ مُلزم بالنسبة للحُكم، والحكم تفسير للفقه، باعتبار نظر الحاكم في الآراء الفقهية وترجيح أحدها، ونصٌّ ملزِم للمحكوم عليه، وهكذا.

الثالثة أن النص التشريعي في الشريعة الإسلامية يبدأ من مرحلة حكم الحاكم، وهي المرحلة التي تنحصر فيها دلالات النص في دلالة واحدة يختارها الحاكم، ومن ثم ما أسماه الفقهاء بحكم الحاكم يمثل الآن إلى حد بعيد في اعتقادنا المنظومة التشريعية الحديثة التي تبدأ بالدستور، ثم القانون، إلى جانب أحكام المحكمة العليا الليبية، أما ما يتعلق باجتماع السلطتين التشريعية والقضائية في شخص واحد فهو مشروط بالأهلية العلمية، فالجمع بينهما جائز مادام قادراً علمياً على ذلك، وفي هذا مواءمة وجمع بين النظام التشريعي الإسلامي والنظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني السائدين اليوم على الأنظمة التشريعية في العالم، حيث يتمسك الأول بالفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية، ويمنح الثاني مساحة للقاضي

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

في السلطة التشريعية.

الرابعة أن الإحالة كانت حاضرة في جميع المراحل، فهي أساس شرعيتها، ذلك أن الإحالة تجعل المحال إليه في قوة المُحيل وإلزاميته، ومن ثم فإن النص عندما يحيلنا إلى مصدر معين فإن هذا المصدر يصبح نصاً، وينتقل من الظنية إلى القطعية، ومن ثم يصبح ملزِماً، فالفقه لا يكون نصاً إلا بعد اختيار الحاكم له، والحاكم مُنح الشرعية للاختيار بين الآراء الفقهية عن طريق الإحالة، ولأن النص المحيل يتّسم بالوضوح فيفترض أن يكون المحال إليه واضحاً أيضاً، حتى يؤدي وظيفة في الفصل في خصومة، ومن ثم يحقق الأمن القانوني، وإلا كانت الإحالة بلا فائدة.

الخامسة أن الإحالة كما وردت في إثبات الجريمة والعقوبة وضوابطهما فقد وردت حتى في إسقاط إثباتهما، وذلك بالإحالة إلى الشبهات، كما ظهر في الأحاديث التي ذكرناها سلفاً، تلك الشبهات التي تقدح في أحد عناصر الجريمة فتؤدي إلى إسقاط العقوبة، أو إلى تخفيفها، وكتب الفقه الإسلامي طافحة بتطبيقات الشبهة وأثرها في الحدود، وهي ما قد يقابلها في القانون الجنائي ما يعرف بالأصلح للمتهم.

وبإمعان النظر في هذه التراتبية نلاحظ انتقالها من الكلية إلى الجزئية، وبمعنى آخر من الإجمال إلى البيان، ومن العموم إلى الخصوص، ومن الإطلاق إلى التقييد، فنصوص الدستور نصوص مجملة مطلقة عامة مقارنة بنصوص القانون، والأمر ذاته بالنسبة لنصوص القانون مقارنة بنصوص اللائحة والقرار، فكل درجة من درجات التشريع تعمل على بيان مقصود الدرجة السابقة لها، ومن ثم فالسياق التشريعي ينتقل من الغموض وعدم الوضوح في الدلالة إلى البيان والوضوح والقطعية، وهكذا يحافظ كل نص على ترابط محيطه القانوني، هذا المحيط الذي يمثل «جملة من العلاقات الموجودة بين تلك الأحكام المكونة للنظام القانوني والأهداف المقصود تحقيقها من وراء وضعها هي بالذات حسب تنظيم تراتبي معين تقوم عليه المنظومة القانونية برمتها، عندما يؤدي الفهم العادي للنص القانوني

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

الواضح «في ذاته» إلى نتائج عبثية أو متناقضة مع أحكام أو مبادئ موجودة في ذات النظام القانوني فيجب الإقرار بأننا أمام حالة غموض تحتاج إلى تأويل»[49].

وبالنظر إلى نصوص الإحالة الواردة في القانون الجنائي الليبي نجد أنها عادت بنا إلى الإجمال وعدم الوضوح، إذ يفترض أن يكون المحال إليه أكثر وضوحاً وبياناً من المحيل، وإلا ما الحاجة إليه؟

فالإحالة إلى أيسر المذاهب تبعث على التساؤل عن المقصود بالأيسر، والمقصود بالمذاهب، وأيضاً المقصود بالمشهور، والباعث على ذلك هو ضرورة فهم النص التشريعي «فالقاضي مطالب بفهم التشريع ليصل إلى تطبيقه وهذا 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»[50]، فمصطلح (المشهور) مثلاً اختلف الفقهاء في دلالته، فمنهم من قال بأنه: «ما قوي دليله فيكون بمعنى الراجح، وقيل ما كثر قائلوه وهو المعتمد، وقيل رواية ابن القاسم عن مالك بالمدونة»[51]، فأي الأقوال سيأخذ به القاضي؟ وهذا بالنسبة للمذهب المالكي باعتباره المذهب السائد في البلاد، فكيف سيكون الأمر إذا كانت الإحالة إلى المذاهب؟

حاولت المحكمة العليا الليبية حلّ هذا الإشكال بوضع تعريف للمشهور فقالت: «متى كان الرأي المشهور في المذهب هو ما كثُر قائلوه وإن ضعُف دليله»[52]، ولكن بماذا يحكم القاضي في حال تعدد الآراء المشهورة، خاصة عند الإحالة إلى المشهور من أيسر المذاهب؟

(49) عياري، منير، أحكام تأويل القانون، تونس، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، 2022م، ص 118.

(50)الشيلابي، جمال محمد، الإحالة في التشريع الليبي (تشريعات الحدود أنموذجاً)، مجلة الجامعة الأسمرية، العدد 8، السنة الرابعة، 2007م، ص 143.

(51)الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لبنان، بيروت، دار الفكر، ب.ت، 1/18.

(52) طعن جنائي رقم 257/21ق، جلسة 1976.2.3م.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.

ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

إن المشهور أو الأيسر أو أيّاً كان اللفظ هو مصدر احتياطي للتشريع، وهذا يعني إضافة إلى تسلسل ترتيب المصادر المشار إليه، يعني أنه مصدر جزئي كاشف، وليس مصدراً كليّاً منشئاً، فهذه أوصاف الدستور، ومن صلاحيات السلطة التشريعية أصالة، فهو إذاً كاشف أي مبيّن ومفصِّل، وهذا يَفترض أن يكون واضحاً منضبطاً، أي أن يكون قطعيّاً، قطعيّ الدلالة، أو كما يقال معلوماً بالضرورة، فما كان كذلك كان صالحاً للإحالة إليه في التشريع، لعدة اعتبارات أولها تحقق علم الكافة به، وثانيها سهولة فهمه من ثم سهولة تطبيقه، وثالثها عدم تصادمه مع مبدأ الشرعية، فالقطعيات هي بمثابة النص لاقتصارها على دلالة واحدة، أي معنى واحد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ليس للقاضي دور في إنشائها، ومن ثم فلا تصادم مع مبدأ الفصل بين السلطات، يقول الرازي متحدثاً عن القطعيات كالعلم بوجوب الصلاة والصوم وموضعها: «إن ذلك لا يسمى فقهاً، لأن العلم الضروري حاصل بكونها من دين محمد صلى الله عليه وسلم...»[53]، والشاهد في هذه القطعيات أن ذكرها في القانون هو من قبيل الكشف والتقرير لا الإنشاء، وعليه فلا دور للمشرع ولا للقاضي في إنشائها[54]، ومن ثم فإن رجوع القاضي لها بمقتضى الإحالة لا يتصادم مع مبدأ الشرعية؛ لأن القطعيَّ نصٌّ، كما أنه لا يتصادم مع مبدأ الفصل بين السلطات، كون القاضي لا دور له في إنشائها كما أسلفنا، ولذلك قال الفقهاء بأن حكم الحاكم لا يُنقض إلا إذا خالف نصّاً، أو أصلاً، أو إجماعاً، أو قياساً جلياً[55]، لأنها من قبيل القطعيات التي لا تحتمل أكثر من دلالة واحدة، والحكم بمقتضاها يحسم الخلاف، وهذه مهمة القاضي.

(53) الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين بن الحسين التيمي، المحصول، دراسة وتحقيق: طه جابر فياض العلواني، بدون ذكر دولة أو مدينة، ط 3، 1997م، 1/80.

(54) الكاساني، بدائع الصنائع، 7-7/6.

(55) أبو غرارة، ضو مفتاح، في الدور التشريعي للمحكمة العليا في تفسير كليات الشريعة الإسلامية «مبادئ – قواعد – كليات»، بحث غير منشور، ص10.

4- الصاوي، بلغة السالك، 2/342-343، الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج عن معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ضبط وتحقيق: محمد محمد تامر، شريف عبد الله، مصر، القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2006م، 6/321-322.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

هذا في حال كان الحديث عن الجرائم والعقوبات كأجناس، فمثلاً الزنا جريمة، والجلد عقوبته، وهي من القطعيات، المعلومة بالضرورة من الكافة، وعلى رأسهم القضاة، ومن ثم فهي بمثابة النص، فإذا كانت الإحالة متعلقة بما نصت الشريعة الإسلامية على تجريمه فلا حاجة لها؛ ذلك أن كل الجرائم القطعية الواردة في الشريعة الإسلامية قد نص القانون على تجريمها وعلى عقوباتها، في قانون القصاص والدية، وتشريعات الحدود، ومن ثم كل الأفعال المجرمة شرعاً مجرمة قانوناً.

أما إذا كانت الإحالة متعلقة بتفاصيل تلك الجرائم أو غيرها الواردة في قانون العقوبات، أو متعلقة بعقوباتها، كشروطها وضوابطها وما إلى ذلك، فإن الإحالة هنا لا تتعارض مع مبدأ الشرعية[56]؛ لأن هذه التفاصيل ليست من القطعيات؛ لاختلاف الفقهاء حولها، ولأن الإحالة هنا لا تقوم بإضفاء الوصف التجريمي على فعل ليس مجرماً من السلطة التشريعية، وقد نصت المحكمة العليا الليبية على ذلك فقالت: «... وحيث إن القانون رقم 6 لسنة 1994 في شأن القصاص والدية وتعديلاته قد خلا من تنظيم أحكام الاشتراك في جرائم القتل، وقد نص في مادته السابعة على الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لأحكامه، وإعمالاً لنص المادة 31 من الإعلان الدستوري والمادة الأولى من قانون العقوبات اللتان تنصان على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وما يقتضيانه من عدم جواز الإحالة في شأن التجريم والعقاب، فإن هذه الإحالة تفسر في غير ما يتعلق بالتجريم والعقاب ومنها تحديد عقوبة الشريك في القتل العمد، التي يجب أن يرجع فيها إلى أحكام الاشتراك في قانون العقوبات دون سواها...»[57]، إلا أن الإحالة فيما يتعلق بالتفاصيل كان يفترض أن تكون أكثر تحديداً وانضباطاً، كأن تكون إلى مرجع معين.

(56) الجملي، طارق محمد، إشكالية القصاص والدية في القانون الليبي، دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعين اليمني والسوداني، ليبيا، بنغازي، دار الساقية للنشر، ط 1، 2008م، ص 55-54.

(57) طعن رقم 752/55 ق، قضاء دوائر المحكمة العليا مجتمعة، جلسة 2013.12.23م.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

وقد ذهبت بعض الآراء في القانون الجنائي إلى القول بأن نص الإعلان الدستوري الليبي «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص» يفتح المجال أمام القاضي لتجريم الأفعال والعقوبة عليها لمجرد تجريمها في أي مصدر آخر من المصادر المشمولة بنصوص الإحالة، حتى وإن لم ينص القانون على تجريمها، ومن بين هذه المصادر الشريعة الإسلامية.[58]

ونحن نختلف مع هذا الرأي فيما يتعلق بالشريعة الإسلامية على وجه الخصوص، ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يطلقون اسم (نص) إلا على ما كان قطعيّاً، لانصرافه إلى معنى واحد فقط، دلالة واحدة فقط، وهذا لا يتحقق إلا في أحد أمرين، أولهما القطعيات المشار إليها سلفاً، وهي المعلوم من الدين بالضرورة، وثانيهما حكم الحاكم، وهو الدلالة التي يختارها الحاكم من بين مجموعة دلالات يحتملها اللفظ، وهو ما يطلق عليه الآن بالتشريع، يقول القرافي: «حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يعيّن ذلك الحكم الذي حكم به الحاكم، فإن الحاكم نائب عن الله - تعالى - في مسائل الخلاف، فإذا أنشا 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»[59]، ومن ثم فإن النص الدستوري سالف الذكر لا يطلق يد القاضي في التجريم والعقاب بناء على أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية فيما لم يجرّمه القانون ويعاقب عليه؛ بل يُفترض أن يكون القاضي ملتزماً بمدلول مصطلح (النص) عند فقهاء الشريعة الإسلامية، والذي ينحصر في القطعيات وحكم الحاكم (التشريع).

وقد يقول قائل بأن نص الإحالة الواردة في التشريع الجنائي من وضع الحاكم (المشرع)، ومن ثم فإنه قطعي، وهذا القول غير سديد؛ لأن اختيار الحاكم (المشرع)

(58) الجملي، دراسات في السياسة الجنائية للمشرع الليبي، ص 39.

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

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

إنما هو إجراء شكلي من إجراءات وضع التشريع، وهذا الإجراء الشكلي يقوم على إجراء موضوعي ألا وهو الخروج من الخلاف بتحديد دلالة واحدة للتطبيق، وهذا الإجراء الموضوعي لم يتحقق من خلال نصوص الإحالة التي أمامنا، ومن ثم كان التشريع معيباً.

ثانيًا: محل الإحالة:

نناقش في هذا الفرع بمزيد من التفصيل النوع الثاني مما قد يحال إليه القاضي غير القطعيات، وهي التفاصيل المتعلقة بالجرائم.

بداية فإن تقسيم الجنايات في الفقه الإسلامي وُضع بالنظر إلى العقوبة لا الجريمة، ومن ثم فإن إطلاق الوصف التجريمي على فعل معين يكون من خلال العقوبة وليس الجريمة، فاجتماع مجموعة من العناصر في فعل معين يؤدي إلى وضع عقوبة على هذا الفعل، ومن ثم وصفه بالفعل الإجرامي (الجريمة)، لذلك نلاحظ تعدد العقوبات مع أن الجريمة الواحدة، كما في الزنا، المعاقب عليه تارة بالجلد، وتارة بالرجم، مما جعل العقوبة مختلفة مع أن الفعل واحد، وهو وجود عناصر في الفعل في أحد مظاهره، وعدم وجودها في مظهر الآخر، فترتب عليه اختلاف العقوبة، لذلك نجد الفقهاء يقسمون الجنايات إلى حدود وتعازير، ويضيفون الجرائم إلى العقوبات، لا العكس، يقول الكاساني في مستهل كتاب الحدود: «الحدود خمسة أنواع: حد السرقة، وحد الزنا، وحد الشرب، وحد السكر، وحد القذف»[60]، كما أن مراجعة فهارس مراجع الفقه الإسلامي يُلاحَظ من خلالها هذا النوع من التقسيم في جل المراجع الفقهية، حيث تبدأ بباب الحدود، ثم باب التعازير، وتحت باب الحدود تذكر الحدود أو الجنايات الموجهة للحدود[61]، وقد تذكر الحدود متفرقة لا تحت

(60) الكاساني، بدائع الصنائع، 7/49.

(61) الكاساني، بدائع الصنائع، 7/49، 55، 58، 59، البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعليه: هلال مصيلحي مصطفى هلال، لبنان، بيروت، دار الفكر، ب.ط، 1982م، 6/ 77، 89، 116، 121، 128، 149.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

باب جامع لها[62]، وحتى ترتيبها في التدوين بناء على العقوبة، كجعل قطع الطريق بعد السرقة «لاشتراكها معها في بعض حدودها الذي هو القطع في الجملة»[63]، وأثر العناصر (مكونات الفعل) في وضع العقوبة ووصف الفعل بالجريمة له عدة شواهد في الفقه الإسلامي، يقول ابن رشد: «والجنايات التي لها حدود مشروعة ... وجنايات على الأموال، وهذه ما كان منها بحرب سُمي حرابة، إذا كان من غير تأويل، وإن كان بتأويل سُمي بغياً، أو مأخوذاً على وجه المغافصة من حرز سُمي سرقة، وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سُمي غصباً»[64]، فعنصر التأويل انعدامه من الفعل جعل الجريمة خروجا على القانون، وهذه لها عقوبة الحرابة المنصوص عليها فقهاً وقانوناً، ووجوده ضمن عناصر الفعل جعله خروجاً على الدستور، ومن ثم كانت جريمة سياسية، وهذه لها عقوبتها المختلفة عن الأولى.

وفي السرقة عنصر المغافصة أي الخفية، وتقابلها المجاهرة، فوجود الخفية ضمن عناصر الفعل جعل العقوبة القطع، وسُمي الفعل بالسرقة، وخرج الغصب والانتهاب والاختلاس والمغالبة والنهبة والخلسة كونها تحدث مجاهرة[65]، وهذه المجاهرة إن اجتمعت مع الجاه والنفوذ سُمي الفعل غصباً، أما إذا اجتمعت مع قطع الطريق والمغالبة (القهر) سُمي الفعل حرابةً[66].

وحدّ القذف يجب إذا كان «الرمي بالزنا في معرض التعيير»[67]، أما إذا لم يكن بقصد التعيير كأن يكون شهادة أمام القضاء، فلا يجب الحد، ولا يوصف الفعل بجريمة القذف، إلا إذا كان مجموع الشهود أقل من أربعة، فعندئذ يثبت

(62) الصاوي، 2/421، 438، الشربيني، 5/545، 459.

(63) الصاوي، بلغة السالك، 2/435.

(64) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، مصر،القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، المكتبة الأزهرية للتراث، ب.ط، 1986م، 2/575.

(65) الكاساني، بدائع الصنائع، 7/97.

(66) الكاساني، بدائع الصنائع، 7/135، الصاوي، بلغة السالك، 2/435، البهوتي، كشاف القناع، 6/149-150.

(67) الشربيني، مغني المحتاج، 5/454.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

الحد، فيوصف الفعل بجريمة القذف.

وفي حد الزنا إذا وجد عنصر الإحصان كان الحد الرجم، وإذا انعدم كان الحد الجلد[68].

بناءً على ما سبق ننتهي إلى نتيجتين:

الأولى أن الفقه الجنائي الإسلامي مؤسس على العقوبة لا على الجريمة، والعقوبة تقوم على مجموعة من العناصر، منها عناصر أساسية مؤثرة في تحديد العقوبة نوعاً وكمّاً، ومن ثم وصف الفعل بالجريمة كما في الإحصان وأثره في جعل عقوبة الرجم حال وجوده أو الجلد حال انعدامه، مع أن الفعل واحد، وهو الزنا، ومنها عناصر غير مؤثره في تحديد العقوبة نوعاً وكمّاً وفي إضفاء وصف الجريمة على الفعل، ككون الفاعل ذكراً أو أنثى، أو استخدم عصا، أو حجارة، أو سلاحاً للقيام بقطع الطريق[69]، فتحديد هذه العناصر أو الأسباب -كما يسميها الفقهاء- وتحديد درجة أهميتها أمر أساسي في معرفة العقوبة والفعل المُعاقب عليه، يقول الكاساني في معرض بيان أسباب وجوب الحدود: «وأما بيان أسباب وجوبها: فلا يمكن الوصول إليها إلا بعد معرفة أنواعها، لأن سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع»[70].

الثانية أن الإحالة في تشريعات الحدود يجب أن تذكر في كل حد على حدة، بحيث يختلف محلها من حد إلى آخر؛ لأن عناصر وجوب كل حد تختلف عن غيره، وإن اجتمعت في اسم الفعل المجرّم، وفي الحد الواحد يجب أن تتعلق الإحالة بالعناصر غير المكونة للحد، وغير المكونة للوصف التجريمي للفعل، وإلا كانت هذه الإحالة تعدّياً على مبدأ الشرعية، ومبدأ الفصل بين السلطات.

(68) الكاساني، بدائع الصنائع، 7/49، الصاوي، بلغة السالك، 2/421، الشربيني، مغني المحتاج، 5/435، البهوتي، كشاف القناع، 6/89.

(69) البهوتي، كشاف القناع، 6/149-150.

(70) الكاساني، بدائع الصنائع،7/94.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

الخاتمة

تهدف هذه الدراسة الاستشرافية إلى تسليط الضوء على الوضع القائم للإحالة التشريعية الواردة في القانون الجنائي الوضعي وتشريعات الحدود وقانون القصاص والدية، وما يجب أن يكون عليه في المستقبل، لا سيما في حال قرر المشرع تحديث هذه القوانين. وبناءً على ذلك، سعى الباحثان إلى تقديم رؤية شاملة لمسألة الإحالة، من خلال دراستها وفق تعدد المدارس القانونية، بدءًا بالمدرسة اللاتينية التي ينتمي إليها التشريع الجنائي الليبي _أو على الأقل هذه هي الفكرة السائدة عن انتماء التشريع_ والتي ترى في الإحالة نقضاً لمبدأ الشرعية الجنائية؛ كونها تخول القاضي سلطة صناعة النص، مما يؤدي إلى انتهاك مبدأ الفصل بين السلطات. ثم المدرسة الأنجلوسكسونية، التي تتيح للقاضي ممارسة سلطة التشريع والمساهمة في التجريم والعقاب، ولا غرابة في ذلك إذا علمنا بأن هذه المدرسة تقوم على السوابق القضائية بالأساس. ونظرًا لاستناد تشريعات الحدود وقانون القصاص والدية في ليبيا إلى الشريعة الإسلامية، كان لزاماً دراسة نصوص الإحالة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي؛ بغية إيجاد توازن يجمع بين مرونة النص وانضباطه.

لم تهدف الدراسة إلى خلق تطابق بين المدارس الثلاث، بل سعت إلى خلق تواؤم بينها من خلال بيان أثر كل منها على الإحالة، من حيث مشروعيتها، وضوابطها، وحدود سلطة القاضي في إعمال النص وتطبيقه. ولهذا اكتفى الباحثان بهذه الخاتمة دون وضع نتائج كما هو معتاد في أغلب البحوث.

التوصيات

1. ضرورة إجراء حوارات علمية مكثفة مع أعضاء الجهاز القضائي كونهم من يتعامل مع النصوص القانونية، ويعرف مواطن الخلل فيها، وعوائق التنفيذ، لوضع نصوص يمكن الاعتماد عليها في حل المختنقات القانونية.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

2. التواصل مع المراكز البحثية الليبية والدولية المهتمة بهذا الجانب وإجراء حوارات معمقة يمكن الاستفادة منها في تطوير المنظومة التشريعية الليبية.

3. وضع خطة للمراقبة الدورية على النصوص القانونية ومدى نجاحها في حل الإشكاليات الموضوعة لأجلها، وذلك من خلال الدراسات البحثية والإحصائيات والنشرات الدورية على فترات محددة.

4. الاهتمام بإقامة دورات مكثفة للكادر القضائي تركز على مناهج صناعة النص وتفسيره وسبل توظيفه، والاطلاع على الاتجاهات الحديثة في ذلك، وسبل مواءمتها مع مقتضيات الهوية الليبية.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

قائمة المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: السنة النبوية.

1.البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مصر، القاهرة، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية للنشر، ط1، 2011م.

2.الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الكبير «سنن الترمذي»، تحقيق وتخريج الأحاديث: شعيب الأرنؤوط، بدون ذكر الدولة والمدينة، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009م.

3.ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بدون ذكر دولة أو مدينة، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009م.

ثالثاً: الكتب.

الكتب القانونية.

1.الجملي، طارق محمد، القانون الدستوري الجنائي (الحقوق والحريات في مجال الدعوى الجنائية)، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، ط1، 2024م.

2.الجملي، طارق محمد، إشكالية القصاص والدية في القانون الليبي، دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعين اليمني والسوداني، ليبيا، بنغازي، دار الساقية للنشر، ط 1، 2008م.

3.الجملي، طارق محمد، دراسات في السياسة الجنائية للمشرع الليبي، دار الفضيل للطباعة والنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، ط2، 2024.

4.الدوري، ميثاق غازي، الأمن القانوني الجنائي (دراسة تحليلية مقارنة) المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2023م.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

5.العبيدي، عبد المنعم ساسي، المبادئ العامة للقانون الجزائي (دراسة مقارنة) دار الكتاب، تونس، 2017م.

6.حمودة، محمد، القانون المقارن (التعددية والمواءمة) مجمع الأطرش، تونس، ط1، 2024م.

7.رزق، سلوى حسين، المبادئ الدستورية للعقوبات الجنائية والتأديبية، دار الفكر والقانون، مصر، 2012.

8.سرور، أحمد فتحي، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط3، 2004م.

9.عياري، منير، أحكام تأويل القانون، تونس، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، 2022م.

10.غنيم، سامي محمد، جرائم الفساد في التشريع الجنائي، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2018م.

كتب الفقه الإسلامي.

11.الآمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ضبط: إبراهيم العجوز، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط5، 2005م.

12.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.

13.البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعليه: هلال مصيلحي مصطفى هلال، لبنان، بيروت، دار الفكر، ب.ط، 1982م.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.

ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

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

15.الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لبنان، بيروت، دار الفكر، ب.ت.

16.الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين بن الحسين التيمي، المحصول، دراسة وتحقيق: طه جابر فياض العلواني، بدون ذكر دولة أو مدينة، ط 3، 1997م.

17.الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج عن معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ضبط وتحقيق: محمد محمد تامر، شريف عبد الله، مصر، القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2006م.

18.الصاوي، أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، على الشرح الصغير للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مصر، القاهرة، مكتبة الخانجي، الجمهورية العربية الليبية، طرابلس، دار مكتبة الفكر، الطبعة الأخيرة، 1952م.

19.الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق وتعليق: محمد تامر، مصر، القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2011م.

20.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.

21.القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لبنان، بيروت، دار الفكر،

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

ب.ط، 2004م

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

23.أبو غرارة، ضو مفتاح، الحكم الشرعي وإشكالاته، كتاب غير مطبوع.

24.ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مصر، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، المكتبة الأزهرية للتراث، ب.ط، 1986.

رابعاً: البحوث العلمية

1.الشيلابي، جمال محمد، الإحالة في التشريع الليبي (تشريعات الحدود أنموذجاً) بحث منشور بمجلة الجامعة الأسمرية، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، العدد (8) السنة الرابعة، 2007.

2.أبو غرارة، ضو مفتاح، في الدور التشريعي للمحكمة العليا في تفسير كليات الشريعة الإسلامية «مبادئ – قواعد – كليات»، بحث غير منشور.

3.حليم، نعمة حسين، شرعية الجرائم والعقوبات، بحث منشور في مجلة القرار للبحوث العلمية، العدد (6) المجلد (2) السنة (1) يونيو 2024.

4.سلامة، مأمون محمد، قانون العقوبات بين الفكر المحافظ وبين الفكر المتطور، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة بنغازي، المجلد (1) العدد يونيو لسنة 1971.

5.عبدالعزيز، محمد عبدالله، المنطلقات الفلسفية للتجريم والعقاب في المدرسة الأنجلوسكسونية، بحث منشور بمجلة العلوم التربوية والدراسات الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة تعز، العدد (21) يناير 2022.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33

خامساً: أحكام المحكمة العليا الليبية

1.طعن جنائي رقم 52/16ق، جلسة 14/3/1970، مجلة المحكمة العليا، س6، ع4.

2.طعن جنائي رقم 16/5 ق، جلسة 2/1/1960، مجلة المحكمة العليا، ع2.

3.طعن رقم 752/55 ق، قضاء دوائر المحكمة العليا مجتمعة، جلسة 2013.12.23.

سادسًا: القوانين والتشريعات.

1.الجريدة الرسمية، العدد (22) السنة السادسة، قانون العقوبات الليبي رقم (48) لسنة 1956.

2. الجريدة الرسمية، العدد (6) السنة الثالثة، قانون رقم (11) لسنة 2014 بإنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد.

3. الجريدة الرسمية، العدد (2) السنة الثانية، قانون رقم (5) لسنة 2024 بشأن تعديل بعض أحكام قانون إنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد.

Copyright©2024University of Benghazi.This open Access article is Distributed under a CC BY-NC-ND 4.0 license.
ISSN: Online 2790-9247, ISSN:Link 2790-9247
https://www.journals.uob.edu.ly/JOLS DOI: https://doi.org/10.37376/jols.vi33