مصادر قانون العقوبات
"التجريم والإباحة"
في القانون الليبي

د.طارق محمد الجملي
عضو هيأة تدريس بقسم القانون الجنائي
عميد كلية القانون– جامعة بنغازي

مقدمة

تعد مسألة تحديد مصادر التجريم و العقاب من أهم المسائل في مجال قانون العقوبات، لكونها تتعلق بأهم الضمانات التي يحفل أي نظم قانوني حديث بترسيخها في مواجهة التعسف في تقييد الحريات؛ فمصدر التجريم والعقاب يجب – وفقا لهذه الفلسفة – أن ينسجم ومبدأ الشرعية الجنائية، الممثل لأهم دعائم المشروعية الجنائية. إلا أنه وعلى الرغم من رسوخ مبدأ الشرعية الجنائية في النظم الجنائية الحديثة، فإن نطاقه في التطبيق مازال يثير العديد من الإشكاليات من حيث تحديد المصادر التي يمكن الاعتراف بها في مجال التجريم والعقاب، وذلك من حيث استجابتها لمقتضيات هذا المبدأ. فمناقشة المصادر المباشرة للتجريم والعقاب تثير إشكالا من حيث تحديد نطاق هذه المصادر، من ناحية انسجامها وفكرة صيانة الحقوق والحريات من التعسف، وهو ما يطرح مسألة نطاق ما يُعترف به من مصادر مكتوبة لا يصدق عليها وصف القانون بمفهومه الضيق كاللائحة؛ فضلا عن مدى أهمية المصادر غير المكتوبة كالعرف والشريعة الإسلامية كمصادر احتياطية

إن مشكلة التشريع اللائحي –في هذا الشأن- تبدو ذات طبيعة فنية خاصة؛ فمشكلة اللائحة لا تتجسد في طبيعتها الشكلية، فهي نص مكتوب، ولكن المشكلة تبدو من ناحية أخرى، فتحديد المسائل التي تنظم بتشريع عادي، وتلك التي تنظمها لائحة، يعد من أهم الضوابط التي يجب أن تحكم النشاط التشريعي، والذي من خلاله يتم تحديد نطاق التنظيم الذي يختص به كل تشريع، أو بالأخرى الجهة المصدرة له؛ إذ ينبغي أن يكون معلوماً لأدوات التشريع "بمفهومه الواسع" ما يجب أن ينظم بقانون، وما يكتفى في تنظيمه باللائحة؛ ولاشك في أننا هنا لا نثير المسألة من زاوية عدم المشروعية الإدارية التي يوصم بها نشاط السلطة التنفيذية حينما تنحرف في مسلكها عن الحدود التي رسمها لها القانون، فتمارس نشاطاً لا يقر لها ممارسته، إذ أن عدم المشروعية الإدارية يفترض أن المشرع لم يمنح لجهة الإدارة اختصاصاً معينا فيكون نشاطها خلافاً لذلك باطلاً أو منعدماً حسب الأحوال؛ ليس هذا ما نود إثارته في هذا المقام، فالذي نعنيه بالضوابط هنا تلك التي تحد من سلطة المشرع نفسه في منح السلطة التنفيذية اختصاصاً بطبيعته لا ينبغي أن يمارس إلا من قبل السلطة التشريعية، في إطار صياغة مبدأ الشرعية الجنائية.

فإذا كان في الإمكان القول إن الضابط يتعلق بطبيعة الموضوعات من حيث ثباتـها النسبي، أو تغيرها المطرد والذي يقتضي التدخل التشريعي من حين لآخر بالتعديل بما يتلاءم وهذا التغير، فتكون الطائفة الأولي مما ينظم بقانون، والثانية مما ينظم بلائحة[1]، فإن في جملة ما تعانيه بعض النظم القانونية من اضطراب تبرز مثل هذه الإشكالية، فنلاحظ ما ينبئ عن أن سلطة التشريع في تلك النظم لم تحط بجوانب هذه المسألة، أو ربما لم تعرها اهتماماً، فتنظم الكثير من التشريعات سواء العادية أو الفرعية أوضاعاً في شتى فروع القانون ـ لا تنسجم و الضابط الذي أسلفنا الإشارة إليه، ويهمنا هنا بحث المسألة من الجانب الجنائي بحيث نتساءل : إذا كانت السلطة التنفيذية تختص بتنظيم وضع من الأوضاع، فهل تملك أن تتبع أسلوب التجريم والعقاب لتنظيم جانب من جوانب هذا الوضع ؟ وبكلمة أوضح أتعد اللائحة مصدرا للتجريم والعقاب؟

ومن جانب آخر، فإن مشكلة تحديد المصادر تثير مسألة دور العرف والشريعة الإسلامية في مجال قانون العقوبات؛ حيث تتجسد الإشكالية بشأنهما بشكل واضح في كونهما مصدرين غير مكتوبين-بالمفهوم التشريعي للكتابة- حيث يثور بشأنهما التساؤل حول إمكانية تطبيقهما في مجال قانون العقوبات في ضوء الفهم السائد لمبدأ الشرعية الجنائية.

إن مشكلة قبول القاعدة غير المكتوبة لا تبدو فحسب من ناحية مدى قدرتها على إنشاء قاعدة إيجابية (تجريمية)، فقيمتها في إباحة الفعل المجرم تبدو هي الأخرى مسألة في غاية الأهمية في مجال هذا البحث؛ فهل يمكن أن تنشئ القاعدة غير المكتوبة وضعا مبيحا على اعتبار أن الإباحة لا تتعارض وفلسفة مبدأ الشرعية الذي لا يحظر صراحة سوى التجريم بغير قاعدة مكتوبة[2]؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تتوقف على تحديد نطاق القاعدة التي تحدد مصادر قانون العقوبات في الإباحة والتجريم، أي تلك التي تحدد المصادر المباشرة وغير المباشرة لقانون العقوبات، وهي التي من خلالها يمكن أن نحدد نطاق مشروعية التجريم ومدى نطاق قبول قواعد الإباحة.

ولا يغيب عن أذهاننا أن مفهوم قانون العقوبات الذي نسوقه في هذه الورقة لا يقف عند تلك المدونة التي رُسِمت ملامحها في مطلع الخمسينيات من القرن الماضي، وإنما نعني بها المصدر في كل قانون تجريمي.

---

[1] في شأن الضابط في تحديد الاختصاص اللائحي ، راجع /د.عمران عبد السلام الصفراني، ضوابط التشريع اللائحي في القانون الليبي،بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، تصدر عن كلية القانون-جامعة قاريونس "بنغازي"، العدد الثامن عشر، أكتوبر، 2009، ص 133-134.

[2] لا يغيب عن أذهاننا أن القاعدة المبيحة في مجال قانون العقوبات لا يصح وصفها بالمصدر وفقا للمفهوم الفني للمصطلح، على اعتبار أن هذه القاعد لا تنشئ وضعا بقدر ما أنها تمثل عودة للأصل، غير أننا نصف تلك القاعدة بالمصدر من حيث كونها قد تنشئ وضعا مقابلا لنص التجريم إن أجاز القانون ذلك ، فتكون بذلك مصدرا في العودة للأصل.

إن مناقشة هذه الإشكاليات يحتاج بداية بحث موقف المشرع الليبي من الصيغ المختلفة لمبدأ الشرعية الجنائية، لتحديد المصادر الأصلية للتجريم والعقاب في القانون الليبي، و من ثمَّ نحدد موقف المشرع الليبي من الشريعة الإسلامية والعرف كمصدرين لقانون العقوبات . ولذا فإننا سنتناول المسألة في مطلبين :

المطلب الأول : المصادر الأصلية للتجريم والعقاب.

المطلب الثاني : المصادر الاحتياطية لقانون العقوبات.

المطلب الأول
المصادر الأصلية للتجريم والعقاب
"الشرعية الجنائية في القانون الليبي "

إن نطاق تحديد مصدر التجريم والعقاب في أي نظام قانوني معاصر، يتوقف علي الصياغة التي يتبناها ذلك النظام لمبدأ الشرعية الجنائية، ذلك المبدأ الذي بموجبه تحدد المصادر المباشرة للتجريم، إذ لهذا المبدأ صياغات عدة تختلف في مضمونها وآثرها، فإذا نص المشرع علي **أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون**، فذلك يعني أن التجريم و العقاب لا يكون إلا بموجب نص قانوني بالمعني الضيق، أي التشريع العادي الذي يصدر عن السلطة التشريعية، ومن ثم فإنه وفقاً لهذه الصياغة ليس للائحة ولا لغيرها من المصادر شأن بالتجريم والعقاب، فلا يعتد بها كمصدر في هذا الشأن. إن مثل هذه الصياغة تبناها المشرع اليمني في قانون الجرائم والعقوبات في مادته الثانية، حيث نص علي أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ما يقتضي عدم الاعتراف للائحة بصفة المصدر في هذا الشأن، فإن خالفت السلطة التنفيذية أو حتى التشريعية هذا المسلك، فأصدرت الأولى ما ينطوي على معني التجريم أو منحت لها الثانية الاختصاص بذلك، فإن المسلكين سيوصمان بعدم الدستورية، لما لمبدأ الشرعية من طبيعة سامية، و إن لم يرد النص عليه في الدستور.

أما الصياغة الثانية لمبدأ الشرعية فيأتي نصها :" لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون"[3]، فوفقاً لمثل هذه الصياغة، التجريم والعقاب يجب أن يتضمنه نص قانوني بالمعنى الضيق؛ غير أن ذلك لا يعني أن يكون هذا النص هو المتضمن للنموذج التجريمي، وإنما يكفي أن يحيل النص القانوني – بمفهومه الضيق – لأي مصدر آخر ليكون الأخير هو المصدر للتجريم والعقاب. وفي هدا المعني تقرر المحكمة الدستورية المصرية أنه " المقصود بعبارة بناء على قانون والتي وردت بالمادة 66 من الدستور هو تأكيد ما جرى عليه العمل في التشريع من أن يتضمن القانون ذاته تفويضا إلى السلطة التنفيذية المكلفة بسن اللوائح في تحديد وتقرير العقوبات، ما مؤداه أن المادة 66

---

3 - نُصّ على مثل هذه الصياغة في الدستور المصري لسنة 2014 في مادته 95 .

من الدستور تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب؛ وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفي الحدود و الشروط التي يعينها القانون الصادر منها"[4].

ولذا فإنه في مثل النظم التي تأخذ بهذا الصياغة لا يعتد للائحة بصفة المصدر للتجريم والعقاب إلا بموجب تفويض من قبل السلطة التشريعية، وبكلمة أوضح، فإن مثل هذه الصياغة لمبدأ الشرعية وإن كانت لا تسمح للائحة بأن تكون مصدراً مباشرا للتجريم والعقاب، إلا أنها في الوقت نفسه تعترف لها بهذه الصفة بناء على تفويض من السلطة التشريعية. فالتجريم والعقاب وفقا لهده الصياغة من حيث أصله يجب أن يكون بناء على نص قانوني، أم التجريم والعقاب كنموذج فمن الممكن أن يصاغ بمصدر آخر. فهذه الصياغة من المرونة بما يسمح بتعدد مصادر التجريم، فالقانون بمعناه الضيق ليس بالضرورة هو مصدر التجريم والعقاب، ولكنه بلا شك هو مصدر مصادر التجريم والعقاب بصرف النظر عن طبيعة هذه المصادر، سواء أكانت مكتوبة أو لم تكن .

فما موقف المشرع الليبي من الصياغات المتعددة لمبدأ الشرعية؟

إن موقفه-أي المشرع الليبي- من مسألة تحديد مفهوم الشرعية الجنائية مرة بعدة مراحل أختلف فيها موقفه من تحديد نطاق مصدرية التجريم والعقاب؛ ولفهم موقف المشرع الليبي نرى أنه من الضروري تعقب هذا التطور لموقفه للحكم على حقيقة التغير في سياسته في هدا الشأن، وبكلمة أكثر وضوحا، هل التطور في الصياغة التي يتبناها المشرع الليبي في كل مرحلة ينبئ عن تطور في مفهوم الشرعية الجنائية؟ و إذا كان الأمر كذلك، فهل هذا التطور يعكس تبني لاتجاه ايجابي يتفادى عيوب الصياغات الأخرى للمبدأ ؟

الفرع الأول
تطور مفهوم الشرعية الجنائية في القانون الليبي
"اضطراب المفهوم وغياب السياسة الجنائية"

يعد النص على مبدأ الشرعية الجنائية هو الأساس في تحديد مصادر التجريم والعقاب، بل ويعد هذا النص هو القيد على سلطة القضاء في تحديد ما يعد جريمة وما يمكن تطبيقه كعقوبة[5]. وفي إطار هذه الأهمية للنص على مبدأ الشرعية، حظي هذا المبدأ بالنص عليه في مختلف المراحل

---

[4] المحكمة الدستورية المصرية، جلسة 6/ابريل 1991، قضية رقم 16-17 لسنة 11 قضائية.

[5] خلافا لذلك، يرى البعض أنه لا حاجة لوجود نص قانوني يؤكد مبدأ الشرعية الجنائية، حيث إن وجود قانون للعقوبات يحدد الجرائم وعقوباتها بالتفصيل، يعد مسلكا من المشرع يدل على أن وجود النص شرط أساس للتجريم والعقاب، وإلا ما كانت هناك حاجة لوجود ذلك التفصيل للجرائم. في هذا المعنى انظر :د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 1977، ص 89.

إلا أننا نعتقد أن التنظيم القانوني للجرائم في قانون العقوبات لا يعني إلا أن تلك الأفعال في تلك الفترة يجرمها القانون، دون أن يدل ذلك المسلك على أن المشرع وحده هو من يملك التجريم، فضلا عن أن مبدأ الشرعية يحدد بشكل واضح نوع النص الذي يمكن أن يكون مصدرا للتجريم والعقاب وهذا لا يعكسه مجرد تنظيم الجرائم بموجب القانون.

السياسة من تاريخ الدولة الليبية؛ ولكن ما يلاحظ هو أن سياسة المشرع الليبي لم تكن مستقرة– من ناحية صياغة مضمون مبدأ الشرعية الجنائية – في كل مرحلة من تلك المراحل؛ فقد مرت هذه الصياغة بمراحل أربع، مرحلة قانون العقوبات متزامنة مع مرحلة الدستور الليبي لسنة 1953المطابقة صياغته لما هو منصوص عليه في الإعلان الدستوري المؤقت لسنة 1996، ثم مرحلة الإعلان الدستوري لسنة 2011 الصادر عن المجلس الانتقالي الليبي كمرحلة ثانية، والمرحلة الأخرى تلك التي يتضمنها مشروع الدستور الليبي، فهذه المرحلة الأخير وإن لم تدخل صياغة مبدأ الشرعية خلالها حيز التنفيذ إلى حين كتابة هذه الورقة، إلا أنها تعبر عن اتجاه تشريعي جدير بالإشارة إليه في هذه الدراسة. ولأن مرحلتي دستور سنة 1953 و الإعلان الدستوري المؤقت يتماثلان في صياغة مضمون مبدأ الشرعية، فإننا نرى دراستهما كمرحلة أولى أخذا في الاعتبار تاريخ الدستور الليبي لسنة 1953، تليها مرحلة قانون العقوبات ثم مرحلة الإعلان الدستوري لسنة 2011 وأخيراً مرحلة مشروع الدستور الليبي.

المرحلة الأولى : مبدأ الشرعية في ظل الدستور الليبي لسنة 1953 والإعلان الدستوري المؤقت لسنة 1969

يتفق-كما سلف القول- الدستور الليبي لسنة 1953 والإعلان الدستوري المؤقت لسنة 1969 في تحديد مفهوم الشرعية الجنائية، وذلك بنصهما على صياغة لمبدأ الشرعية قوامها لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون (المادة 17 من دستور سنة 1953 والمادة 31 من الإعلان الدستوري المؤقت لسنة 1969)، ولهذه الصياغة دلالة خاصة كما أسلفنا، حيث إنها تعني أن القانون وحده يحدد مصادر التجريم والعقاب، غير أن ذلك لا يعني أنه المصدر الوحيد للتجريم والعقاب. فهذه الصياغة لمبدأ الشرعية تعتمد مبدأ التفويض القانوني في التجريم كصورة من صور الشرعية الجنائية، على نحو يمكن أن يسمح بوجود مصادر أدنى من القانون كاللائحة أو مصادر غير مكتوبة للتجريم والعقاب، متى أحال القانون إليها؛ فالقانون ليس هو بالضرورة مصدر التجريم المباشر، ولكنه – كما أسلفنا – مصدر مصادر التجريم والعقاب.

لا شك أن هذه الصياغة لمبدأ الشرعية من الممكن أن تقيم وضعا مخالفا لمقتضيات الشرعية الجنائية، فالإحالة للمصادر غير المكتوبة وإن كان يوافق هذه الصياغة لمبدأ الشرعية، إلا أن فلسفة المبدأ التي تقوم على فكرة الأعلام المسبق بمضمون القاعدة وحدود المنقوص من الحرية التي يتضمنها التجريم ستكون مهدورة؛ فكل ما تعنيه الصياغة الحالية لا يتجاوز تحديد قاعدة التجريم، ولكن النص القانوني المباشر لن يتضمن حدود التجريم، ما يعني أن نطاق التجريم و مضمون العقاب لن يكون من الممكن تحديده بموجب النص القانوني المباشر المتضمن للإحالة، وهو ما يعد في نظرنا مخالفا لمقتضيات الشرعية الجنائية. إن ارتباط القانون أو السلطة المختصة بإصداره بفكرة التجريم والعقاب لا يعني أن سلطة إصداره تستحوذ على رسم معالم الشرعية الجنائية، فالارتباط هو ارتباط

نفعي يتعلق بتحديد غاية محددة، فإن اعتمدت السلطة التشريعية نهجا مخالفا لمقتضيات الشرعية الجنائية فإننا نكون أمام مخالفة لهذا لمبدأ وإن كان القانون هو أساس ذلك النهج .

المرحلة الثانية :مبدأ الشرعية الجنائية في ظل قانون العقوبات الليبي لسنة 1953:

ففي ظل قانون العقوبات الليبي تبنى المشرع صياغة خاصة لمبدأ الشرعية، حيث نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، فمقتضى أن التجريم والعقاب لا يكون إلا بنص، سيعني أن المشرع الليبي من ناحية لا يعترف لغير النصوص المكتوبة بصفة المصدر في مجال التجريم والعقاب، كما يعني إن كل النصوص المكتوبة تصلح لأن تكون مصدراً، ويقصد بالنصوص المكتوبة تلك التي تصاغ في قوالبَ تشريعية، أي ما يصدق عليه وصف التشريع أي كانت درجته، عادياً أم لائحياً، وهو ما يمكن معه القول إن هذه الصياغة لمبدأ الشرعية – من حيث الأصل – تعترف للائحة بصفة المصدر في مجال التجريم والعقاب، فاللائحة نص وفقاً للمفهوم الذي تعنيه الصياغة موضوع البحث، فإذا كان الأمر كذلك، فهل يعني هذا أن المشرع الليبي وفقاً لما تبناه من صياغة لمبدأ الشرعية كان يعترف لغير القانون بمفهومه الضيق بصفة المصدر في مجال التجريم والعقاب ؟

يبدو أن المشرع الليبي وفقاً للمادة الأولى من قانون العقوبات تبنى لمبدأ الشرعية صياغة تعترف للائحة – من حيث الأصل – بصفة المصدر للتجريم والعقاب، فإذا كان المشرع يكتفي بمجرد النص كأساس للتجريم والعقاب، فإن اللائحة تفي بما استلزمه المشرع، فلا أحد يجادل في طبيعتها التشريعية – النصية – إذ ليس القانون وحده هو مصدر التجريم والعقاب إذن؛ فهو أحد مصادره بالإضافة للائحة، إذ كلاهما نص. **ولا ينبغي** الاعتراض على مثل هذا الفهم **بمقولة** إن المادة الثانية من قانون العقوبات أشارت بمفهومها إلى ما يقيد منطوق نص المادة الأولى من ذات القانون، حينما أشارت إلى أن الجرائم تخضع **للقوانين** المعمول بها وقت ارتكابها، بحيث استعمل المشرع في هذا النص مصطلح قانون، فدل ذلك على أن المقصود بلفظ النص الوارد بالمادة الأولى، النص القانوني[6]، فهذا الاعتراض على وجاهته إلا أنه يصطدم بقواعد التفسير، فنص المادة الأولى قد دل **بمنطوقه** على أن النص هو مصدر التجريم والعقاب، ومفهوم النص ينصرف لمعنى التشريع بالمفهوم الواسع، ودلَّ نص المادة الثانية **بمفهومه** على أن الجرائم يعاقب عليها بمقتضى القوانين..... الخ، فدلالة نص المادة الثانية هي دلالة ظاهر أي دلالة مفهوم، ودلالة نص المادة الأولى هي دلالة نص أي منطوق؛ ذلك أن المادة الأولى وردت بشأن تحديد مضمون مبدأ الشرعية

---

[6] . من ذلك / رأي لـ د. الهادي أبو حمرة، توزيع وظائف الدولة كآلية لحماية الحريات، القانون الجنائي نموذجا، بحث منشور بمجلة المحامي ، تصدر عن نقابة العامة للمحامين الليبيين، العدد (65-66) السنة 17، يوليو –سبتمبر ، 2006 ،ص55. يلاحظ أن مثل هذا الفهم استند إليه في تحديد مضمون مبدأ الشرعية في فرنسا إبان سريان قانون العقوبات الصادر سنة 1810م حيث لم يكن يتضمن هذا القانون نصاً بشان مبدأ الشرعية فاعتُمد على ما ورد بشان قاعدة عدم رجعية القانون بالمادة الرابعة والتي وردت بشأن تحديد سريان القانون من حيث الزمان. ويلاحظ أن مثل هذا الفهم كان لضرورة تتمثل في انعدام النص على مبدأ الشرعية في ذلك القانون ، خلافاً للوضع في القانون الليبي- في ظل قانون العقوبات- حيث ورد النص على مبدأ الشرعية وهذا النص هو الأولى في فهم مضمون هذا المبدأ .

فهي نص – منطوق – في هذا المعنى، والمادة الثانية وردت في شأن تحديد نطاق تطبيق قانون العقوبات من حيث الزمـان، فدلالتها على مبدأ الشرعية دلالة ظاهر – مفهوم – والقاعدة في التفسير أنه إذا تناقضت دلالة المنطوق مع دلالة المفهوم غلبت دلالة المنطوق[7]. ولا شك في وجود تناقض بين الدلالتين، فالمادة الأولى تكتفي بالنص المكتوب عموماً، والمادة الثانية أشارت إلى النص القانوني، فيغلب معنى المادة الأولى على الثانية، فيُحمل لفظ قانون في المادة الثانية على ما ورد بالمادة الأولى لا العكس، بحيث يفهم مصطلح قانون على معنى القانون بمعناه المكتوب، سواء كان فرعيا أو لائحيا، لا بمعناه الضيق.

ولعل الشاهد على هذا المعنى هو ما ورد بالمادة (507)[8] من قانون العقوبات حينما حددت هذه المادة النطاق الذي يُعترف فيه للائحة بصفة المصدر في مجال التجريم والعقاب، فقُصِر هذا النطاق على المخالفات دون الجنح والجنايات، إذ هذا هو المعنى الذي يفهم من نص المادة 507؛ بما يعني أن المشرع يعترف من حيث الأصل للائحة بصفة المصدر في هذا الشأن، إلا أن نطاقها ينحصر في المخالفات، فلو كانت اللائحة ليست مصدراً للتجريم والعقاب وفقاً للمادة الأولى المشار إليها لما كان مقبولاً أن تعترف المادة 507 لها بذلك في نطاق المخالفات، وإلا أُعتبر ذلك تضارباً بين نصوص القانون الواحد، ذلك أن المشرع حينما يعتمد صياغة لمبدأ الشرعية فإنه لا يملك أن يورد عليها استثناء حتى وإن لم تكن تلك الصياغة مقرر بموجب نص في الدستور كما هو الوضع في القانون الليبي في حينه، والقول بغير ذلك سوف يؤدي إلى إفساح المجال أمام المشرع لانتهاك هذه الصياغة، بأن يقرر إحالة لمصدر لا تعترف به تلك الصياغة كمصدر للتجريم تحت مشروعية الاستثناء، ومن ثم لا يمكن اعتبار نص المادة 507 مخالفاً لنص المادة الأولى، بمقولة إنه استثناء عليها، فلا يقبل إيراد استثناءات على الصياغة التي يقررها المشرع لمبدأ الشرعية.

وعلى ذلك فإن المشرع الليبي- في ظل قانون العقوبات- يعترف من حيث الأصل للائحة بصفة المصدر للتجريم والعقاب، أما المادة (507) فهي تنظيمية حددت نطاق التجريم الذي تختص به السلطة التنفيذية، وليس في ذلك تعارضاً بين النصين، إذ التقييد لا يعني التعارض.

ولذلك يمكن القول إن التجريم والعقاب في ظل صياغة مبدأ الشرعية المنصوص عليها في قانون العقوبات كان يُكتفى في شأنهما بمجرد النص المكتوب ليعد مسلك أداة التشريع موافقاً

---

7 . يقصد بدلالة المنطوق ، المعنى الذي يفهم من النص إذا كان هذا الأخير ورد أصلا لبيانه ، كما تعرف بأنها المقصود أصالة من سوق الكلام؛ أما دلالة المفهوم فهي المعنى الذي يفهم من النص دون أن يكون مقصود البيان ، بحيث يقتضيه سياق النص . راجع في ذلك / أد سليمان الجروشي، أصول الفقه، 2009، ص26.

8 . تنص هذه المادة على أنه : (كل من خالف لوائح البوليس الصادرة عن جهات الإدارة العامة والبلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح ، بشرط أن لا تزيد مدة الحبس على أسبوع و الغرامة على عشرة جنيهات ، فإن كانت العقوبة المقررة باللائحة زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها .
فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة عوقب من يخالفها بغرامة لا تجاوز جنيهاً واحداً) يلاحظ أن صياغة النص تنبئ بأن المشرع يتحدث عن اللائحة باعتبارها من مصادر التجريم .

لمقتضيات ذلك المبدأ. وكل ما في الأمر أن اللائحة قد حدد نطاق مصدريتها للتجريم والعقاب في حدود المخالفات، فالتجريم والعقاب في الجنايات والجنح يكون بقانون، أما في المخالفات فتستوي اللائحة والقانون.

وإذا كان الأمر كذلك فإنه -وفي ظل مثل هدا الوضع – كان من النتائج المترتبة على تبني تلك الصياغة - آنذاك- إمكانية أن يفوض المشرع الليبي السلطة التنفيذية في تحديد أحد عناصر الجريمة، جناية أو جنحة، بل لم يكن هناك ما يمنع المشرع من تفويض هذه السلطة في إصدار لوائح تتضمن جرائم بدرجة جناية أو جنحة، فالمادة الأولى من قانون العقوبات تكتفي بمجرد النص كمصدر للتجريم والعقاب، وهذا هو القيد على سلطة المشرع في التجريم والعقاب، لأن هذه المادة نصّ في تحديد مفهوم مبدأ الشرعية، فلا يملك المشرع مخالفتها، أما المادة (507) فلا شأن لها برسم معالم هذا المبدأ، فهي نص تنظيمي في تحديد نطاق اللائحة فقط ولا يقيد المشرع[9]، إذ النص القانوني لا يقيد نصاً قانونياً آخر متعارضاً معه متى كان لاحقاً عليه في الصدور، ما يعني أن المشرع يملك مخالفة هذا النص بمنح اللائحة تفويضاً بالتجريم في غير المخالفات، وبدون هذا التفويض يظل نطاق اللائحة في التجريم منحصراً في المخالفات.

وعلى هذا الفهم الذي نتبناه لمفهوم الشرعية الجنائية في ظل قانون العقوبات، فإنه إذا كان المشرع الليبي ينص في المادة 507 من قانون العقوبات على عدم اختصاص اللائحة بالتجريم والعقاب إلا في حدود المخالفات، فإن ذلك لا يمنع المشرع من النص على ما يخالف هذه المادة، إذ هي ليست نصّاً في مبدأ الشرعية من ناحية، ولا يمكن من ناحية أخري القول بأنها ستقيد نصاً لاحقا عليها في الصدور، بل النص اللاحق سيعد استثناء عليها، **ولكن يجب ألا يفهم على أنه من قبيل التناقض في قناعتنا** التسليم بجواز الاستثناء على نص المادة 507 وعدم جوازه بالنسبة للصياغة التي قد يتبناها المشرع لمبدأ الشرعية، ذلك أن هذه المادة ليست صياغة لمبدأ الشرعية، وإنما هي قيد عليه في القانون الليبي، ومن ثم فأي نص يوسع من صلاحيات اللائحة في مجال التجريم والعقاب فهو يعود بنا للصياغة الأصلية لمبدأ الشرعية وفقا للمادة الأولى من قانون العقوبات الليبي، وهو ما يعطي لهذا النص مشروعيته .

المرحلة الثالثة : مبدأ الشرعية في ظل الإعلان الدستوري الليبي الصادر سنة 2011

إن مفهوم الشرعية الحائية الذي نزعم أن المشرع الليبي تبناه في ظل قانون العقوبات لم يصمد طويلا، فبالإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الانتقالي الليبي سنة 2011 أصبح لمبدأ الشرعية الجنائية صياغة مختلفة؛ فلا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، هي الصياغة التي تبناها

9- خلافاً للمشرع الفرنسي الذي نص صراحة في المادة 2/111 عقوبات على صياغة مبدأ الشرعية جاعلاً نطاق اللائحة في التحريم والعقاب قاصراً على المخـــالفات كما سنرى لاحقاً.

واضع الإعلان؛ فما دلالة هده الصياغة من حيث أثرها على تحديد مصادر التجريم والعقاب في القانون الليبي ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل ستفرض بالضرورة تحديد العلاقة بين نص المادة الاولى من قانون العقوبات الليبي و المادة 31 من الاعلان الدستوري آنفة الذكر، حيث إن اختلاف الصياغة بين النصين المذكورين ينطوي بالضرورة على اختلاف معنى ومضمون المبدأ الذي أعلن عنه كل نص، فصياغة نص المادة 31 تشير بشكل واضح الى أن التجريم يقتضي وجود نص مكتوب وهو بالضرورة النص التشريعي، ولكن أي نص يقصد هنا؟

إن إطلاق مصطلح نص لا يمكن فهمه في تقديرنا إلا بحمل اللفظ على معناها الواسع الذي يقتضي اعتبار النصوص التشريعية مهما اختلفت درجتها نصوصا في تطبيق نص المادة 31، وهو ما يعني أن هذه الأخيرة تعترف من حيث الأصل للائحة بصفة المصدر باعتبارها نصا، إذ لا يصح تقييد لفظ نص بغير مقيد أو مخصص، وهو ما يعني أن الإعلان الدستوري يتفق من حيث المبدأ مع صياغة نص المادة الأولى من قانون العقوبات في الاعتراف للائحة بصفة المصدر في مجال التجريم والعقاب؛ غير ان المادة 31 من الاعلان الدستوري تتجاوز نص المادة الاولى من ناحيتين :

الناحية الأولى: إن نطاق التجريم الذي تمنحه هذه المادة للائحة -أي للسلطة التنفيذية- لا يقتصر على المخالفات، فالتقييد الذي تقرره المادة 507 من قانون العقوبات لن يجد مجاله للتطبيق في هذا الشأن لسببين: الأول إن المادة 31 من الإعلان الدستوري تعد نصا دستوريا لا يصح تقييده بنص قانوني عادي، خصوصا وأن المادة 507 لا تعد نصا في مبدأ الشرعية كما أسلفنا، فلا تكتسي أي قيمة دستورية حتى وفقا للمعيار الموضوعي للقواعد الدستورية. أما السبب الثاني فإن المادة 31 – حتى على فرض مساواتها في الدرجة لنصوص قانون العقوبات- نص لاحق على نصوص هذا- فلا يصح تقييدها بنصوص سابقة عليها متحدة معها في صفة العموم والخصوص.

أما الناحية الثانية : نلاحظ أن المادة 31 من الإعلان الدستوري الليبي تنص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، وهو ما يعني أن دور اللائحة في التجريم -ومن باب أولى- لا يقتصر على الدور المباشر الذي يتمثل في تضمن اللائحة عناصر التجريم، بل أن هذا النص يقدم-حسب فهمنا - نطاقا أوسع من ذلك لمفهوم مبدأ الشرعية؛ حيث إن عبارة بناء على نص سوف تعني أنه سنكون أمام احترام لمبدأ الشرعية متى كان النص المكتوب هو ما يؤسس للتجريم والعقاب، فالتفويض بالتجريم بناء على نص سيكون متوافقا مع مبدأ الشرعية الذي تبنته المادة31 المذكورة،

وإن تم هذا التفويض بموجب لائحة، حيث لا قيد عليها ولا إخراج لها من حومة الاختصاص الذي قررته هذه المادة[10].

إن هذا الفهم الذي نقدمه لمفهوم الشرعية وفقا لما تضمنته المادة 31 من الإعلان الدستوري سيقود إلى نتيجة رئيسة، وهي أن التجريم في القانون الليبي ـ في ظل نص الإعلان الدستوري- يمكن أن يتم بموجب نص قانوني أو لائحي، كما يمكن أن يتم التفويض أو الإحالة بموجب هذين النصين إلى أي مصدر آخر وإن كان هذه الأخير مصدرا غير مكتوب، وهو ما يمكن أن يمثل في تقديرنا – وفي كثير من التطبيقات-خروجا عن فلسفة المبدأ وأهدافه.

إن هذا النطاق الواسع لمصادر التجريم والعقاب الذي تقدمه المادة 31 من الإعلان الدستوري، يبدو متعارضا مع نص المادة الأولى من قانون العقوبات الليبي، وهو ما يفرض طرح التساؤل حول العلاقة بين النصين، وبكلمة أكثر وضوحا، أنحن –بشأن العلاقة بين النصين- أمام حالة من حالات الإلغاء أم عدم الدستورية؟

قد يُعترض على مثل هذا التساؤل بمقولة إن التعارض وإن صح وجوده بين النصين، إلا أنه تعارض شكلي لا ينشئ حالة صدام يمكن أن تثير مسألة الإلغاء بينهما، على اعتبار أن النص الدستوري هو الذي وسع نطاق التجريم، ولذلك فإن النص القانوني، ونقصد هنا المادة 1 عقوبات، يستجيب لمقتضيات النص الدستوري، بحيث يمكن القول إن الحالة التي يوسع فيها النص الدستوري الاختصاص الممنوح بموجب نص قانون، لا يجعل الأخير نصا متعارضا؛ بحيث يمكن القول إن التعارض لا يتحقق من الناحية العملية إلا في الحالة التي يتضمن فيها النص الدستوري تقييدا على نص قانوني سابق، من خلال الانتقاص من الاختصاص، وهو ما لا يتوافر في الحالة الراهنة. فهل لمثل هذا الفهم وجاهة؟

قد يبدو لمثل هذا الفهم للعلاقة بين النصين قدر من الوجاهة، إلا أنه يظل محل نظر؛ فالتعارض وإن قلت حدته في الحالة التي يوسع فيها النص الدستوري الاختصاص مقارنة بتلك التي يضيق فيها من هذا الأخير، إلا أن الاختلاف في الحالتين هو اختلاف في درجة التعارض لا في أصله، ولهذا فنحن أمام حالة تعارض بين النصين في كلا الحالتين، وهو تعارض يقتضي تحديد أثره، أهو تعارض ملغي أم تعارض يقود لاعتبار النص القانوني – ونعني نص المادة 1من قانون العقوبات الليبي – نص غير دستوري ؟

---

[10]. ويظل السؤال مطروحا فيما إذا كان يمكن القول إن التفويض هنا لن يعقد إلا للسلطة التشريعية استنادا للقواعد العامة في التفسير والتي يحكمها منطق أن التجريم والعقاب اختصاص تشريعي صرف لا تفوض فيها إلا بموجب قانون.

إن صدور النص الدستوري المتعارض مع نص قانوني سابق عليه، لا يؤدي فحسب إلى اعتبار نص القانون مجرد نص غير دستوري، لأن مثل هذه النتيجة ستعني أن التعارض بين نص دستوري وآخر قانوني، أدنى في آثاره من التعارض الذي يمكن أن يحصل بين نصين قانونيين متلاحقين، ومفاد ذلك أنه في هذه الحالة الأخيرة سيعد – باتفاق – النص اللاحق ملغيا للنص السابق؛ في حين لو سلمنا بالفهم الذي يقصر أثر التعارض بين النص القانوني والدستوري على مجرد عدم الدستورية، فهذا سيعني أن هذا التعارض لن ينتج أثره التلقائي إلا بالإلغاء القضائي، فإزالة عوار المخالفة الدستورية لا يتم إلا بحكم قضائي، وفي هذا تنكيس للقاعدة وانتقاص من شأن النص الدستوري. فالمنطق يقتضي-حسب قناعتنا- أن النص الدستوري اللاحق سيلغي النصوص القانونية المتعارضة معه والقائمة وقت نفاده؛ وذلك تطبيقا لنص المادة 2 من القانون الليبي التي قررت قواعد الإلغاء التشريعي فلا يخرج من نطاقها التشريع الدستوري؛ أما حالة عدم الدستورية، فتقتصر على النصوص القانونية اللاحقة في صدورها على نفاذ الدستور. إن إعمال هذا المنطق يقتضي القول إن نص المادة الأولى من قانون العقوبات الليبي ألغيت ضمنا بموجب الإعلان الدستوري الليبي، بحيث تكون المادة 31 من هذا الأخير هي المرجع في تحديد مصادر التجريم والعقاب على نحو ما سلف بيانه.

المرحلة الرابعة : مبدأ الشرعية الجنائية في مشروع الدستور الليبي

يبدو أن واضع مشروع الدستور الليبي شاء تبني صياغة خاصة لمبدأ الشرعية، تختلف في مضمونها عن تلك التي يتضمنها الإعلان الدستوري، أو التي كان ينص عليها قانون العقوبات؛ فالمادة 62من هذا المشروع تنص على أنه "..... لا جانية ولا جنحة إلا بقانون، ولا عقوبة سالبة للحرية في المخالفات ..."، ومقتضى هذا النص أن نطاق اللائحة في التجريم لا يشمل الجنايات والجنح، وأن دورها قاصر على المخالفات. وعلى الرغم من أن هذا النص لا يعبر عن موقف للقانون الليبي باعتبار أن مشروع الدستور لم يدخل – إلى حينه – حيز النفاذ، إلا أنه- أي النص - من المكن أن يعبر عن اتجاه تشريعي للمسألة موضوع النقاش، حيث نعتقد أنه إذا قدر للنص، التطبيق سيثير مجموعة من الإشكاليات أهمها :

1. يفترض النص أن التجريم في الجنايات والجنح لا يكون إلا بقانون، وهو بذلك قصد تأكيد الضمانة في التجريم لهذه الدرجة من الجرائم لخطورتها، ولكنه في ذات الوقت - يبدو أنه- يهدر ضمانة التجريم بالنسبة للمخالفات، فلا تحديد للجهة التي تختص بالتجريم في حدود المخالفات، حيث النص اقتصر على ذكر الجنايات والجنح وسكت عن المخالفات، ما يجعل الباب مشرعا أمام المصادر الأخرى –بما في ذلك القرارات التي تصدرها جهة الإدارة الدنيا – لتنشئ قواعد تجريم بدرجة مخالفة، إذ هذا هو المعنى الذي نفهمه من سكوت المشرع عن تقييد مصادر التجريم في هذه الدرجة من الجرائم.

لا شك أن المخالفات على ضآلة شأنها، تمثل قيودا على الحرية الفردية، ما يستوجب إخضاعها لقواعد الشرعية الجنائية في مجال التجريم والعقاب، ولا يقلل من حدة الإخراج من نطاق ضوابط الشرعية الجنائية القول إن عقوبة المخالفة – وفقا لما يقرره نص المادة 62 من مشروع الدستور- لا تصل إلى حد العقوبة السالبة للحرية، لتكون عقوباتها عقوبات مالية أقل جسامة ما يجعل من انخفاض مستوى الحماية مبررا أو على الأقل أقل حدة، فهذا القول مردود عليه بأن الغرامة عقوبة جنائية، وتوقيعها يجب أن يخضع للضمانات المقررة لهذه العقوبات، فالذمة المالية للشخص مصونة فلا تمس إلا في الحدود التي يرسمها القانون، فالمخالفة جريمة وإن قلت درجة جسامتها.

2. يحدد النص نوع العقوبة التي توقع على المخالفات، وهو ما يعد -بحسب رأينا- مصادرة على سلطة المشرع في التفريد، فالمشرع هو من يحدد نوع الجزاء الجنائي المناسب للفعل المرتكب؛ ولا شك أن هذا التحديد التي فرضته المادة 62 سيؤدي إلى توسع دائرة العقاب بدرجة جنحة بالنسبة لأفعال كان يفترض العقاب عليها بوصف مخالفة، على اعتبار أن المشرع سيجد أن بعض الأفعال و إن كانت بمستوى قليل الخطورة، إلا أن العقاب عليها بغرامة مالية لا يحقق الردع المطلوب، وحيث إنه لا عقاب على المخالفات بعقوبات سالبة للحرية وفقا لنص المادة 62، فإنه لا مجال للعقاب عليها بعقوبات سالبة للحرية إلا برفع درجة خطورتها، وهو ما سيثير إشكالا حول التزام المشرع بمبدأ التناسب من ناحية وبمعيار الجدوى من ناحية أخرى، فلا عقاب بعقوبة تفوق جسامة الفعل (التناسب) ولا عقاب على فعل بعقوبة أقل في آثارها من خطورة الفعل (الجدوى).

في الواقع إن هذا الإشكال الذي يتضمنه النص المقترح بمشروع الدستور– أي نص المادة 62- يمكن بيان أسبابه في سياق مصدره تاريخي؛ حيث إن الدستور الفرنسي ينص في المادة 34 على انعقاد الاختصاص بالتجريم في الجنايات والجنح للقانون، أي للمشرع، ثم أفردت المادة 37 حكما عاما بموجبه تختص اللائحة بتنظيم المسائل التي لا ينظمها القانون، فدخلت المخالفات في حومة التجريم الذي تختص به اللوائح[11]، وقد تبنى قانون العقوبات الفرنسي هذا التقسيم بشكل صريح بموجب المادة 111/2؛ وعلى الرغم من أن منح السلطة التنفيذية اختصاصا بالتجريم عدّ ثورة من جانب الفقه في حينه، فإن المجلس الدستوري الفرنسي وجد مثل هذا المسلك يمثل ماسا بالحقوق والحريات[12]، على أساس أن التجريم في أصله يجب أن تختص به السلطة التشريعية؛ وللتقليل من

---

[11] مع ملاحظة أنه وفقا لإعلان حقوق الإنسان والمواطن (الفرنسي) في المادة 8، التجريم والعقاب يجب أن يكون بموجب قانون ، فلا يعطي النص للائحة أي صلاحية في التجريم. أنظر في هذا الشأن :

GRANDE Elisabetta, droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique, vision globale, [article], revue internationale de droit comparé année 2004, 56-1, p 119.
http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2004_num_56_1_19252. Le 24/02/2018.

[12]DE LAMY Bertrand, Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26 (Dossier :La Constitution et le droit pénal) − Août 2009, p.5. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51488.pdf.Le 24/02/2018

حدة أثر اختصاص السلطة التنفيذية بالتجريم في المخالفات، قرر المجلس أن هذه السلطة لا تختص في هذا شأن التجريم إلا بإنشاء عقوبات غير سالبة للحرية[13]. ليبدو أن هذا التحديد لاختصاص السلطة التنفيذية يأتي في سياق حل لمشكلة يتضمنها نص قانوني، وهو ليس بالضرورة حلا مثاليا، فتدخل مجلس الدستوري ينبئ – في نظر المجلس-عن وجود مشكلة في إسناد الاختصاص بالتجريم للسلطة التنفيذية بالتجريم، ولهذا فإن الحل الذي يقدمه هو حل للمشكلة وليس أنموذجا لما ينبغي أن يكون. لذا يمكن القول إن المشكلة المتعلقة باختصاص السلطة التنفيذية بالتجريم، تتعلق عند ما يقول بها بأصل اختصاصها لا بدرجته، بمعني أن من يتحفظ على دور اللائحة في التجريم ينكر عليها هذا الاختصاص من أساسه لا على حدود ما تملكه من اختصاص، وهو ما يجعل التفصيل الذي يقدره واضع مشروع الدستور غير قائم على أساس فلسفي ولا تكئة تاريخية تقيمه وتبرره.

3. نص المادة 62 من مشروع الدستور تثير إشكالا حول تحديد اختصاص المشرع بالتجريم في المخالفات، فهل يفهم من صياغة النص عندما قرر أن لا جناية ولا جنحة إلا بقانون أن المخالفات تخرج عن اختصاص المشرع، أم أن قاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل ستمنح للقانون الاختصاص بالتجريم في مجال المخالفات أيضا.

إن الإشكاليات التي يثيرها مشروع الدستور لا تقف عند حد صياغة مبدأ الشرعية الجنائية؛ فعلى الرغم من أن الصياغة التقليدية لهذا المبدأ لا تعترف بنصوص المعاهدات الدولية في مجال التجريم والعقاب ما لم تسن في قوالب تشريعية [14]، فإن المرتبة التي منحها مشروع الدستور الليبي للمعاهدات الدولية تجعلنا نتساءل عن دورها في مجال التجريم والعقاب. فالمادة 13 من المشروع تنص على أنه "تكون المعاهدات والاتفاقيات الدولية المصادق عليها في مرتبة أعلى من القانون وأدني من الدستور، وتتخذ الدولة التدابير اللازمة لإنفاذها بما لا يتعارض وأحكام هذا الدستور" أيعني هذا النص أن هذه الاتفاقيات والمعاهدات التي تصادق عليها ليبيا تعد مصدرا مباشرا للتجريم والعقاب ؟

يبدو مثل هذا التساؤل وجيها بالنظر إلى ما يمنحه المشروع للاتفاقية والمعاهدة من رفعة مقارنة بالقانون العادي، فإذا كان القانون وفقا لنص المشروع يعد مصدرا للتجريم، فهل يمكن القول إن المعاهدات والاتفاقيات تكون كذلك من باب أولى لعلو مرتبتها؟

---

[13].Conseil constitutionnel dans sa décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973, paragraphe 11, affirme: "Considérant qu'il résulte des dispositions combinées du préambule, des alinéas 3 et 5 de l'article 34 et de l'article 66 de la Constitution, que la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesure privative de liberté".
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1973/73-80-l/decision-n-73-80-l-du-28-novembre-1973.7378.html. Le 01/03/2018.

[14] د.مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار غريب للطباعة، القاهرة ، مصر،ص27

إن إمعان النظر في نص المادة 13 و استذكار فلسفة مبدأ الشرعية المنصوص عليه في ذات المشروع، تجعلنا نجيب بالنفي وذلك لسببين، أولهما يتعلق بصياغة نص المادة 13 سالف الذكر، والثاني يتعلق بفلسفة مبدأ الشرعية :

فمن ناحية الصياغة، فإن المادة 13 وإن منحت للمعاهدات الدولية مرتبة متميزة عن القانون، إلا أن ذلك لا يعني دخولها حيز النفاذ تلقائيا، فالمادة نفسها توجب على الدولة اتخاذ إجراءات إنفاذ تلك المعاهدات، وهو ما يعني أنها- أي هذه المعاهدات- لا تعد جزءا من النظام القانوني الوطني إلا بعد تنفيذها بالطرق التي يحددها القانون، وهو ما يفهم من مقتضى صياغة المادة، وهي بعد ذلك فقط ستصبح قانونا يستجيب لمقتضيات مبدأ الشرعية؛ ولهذا فنص المادة 13 كل ما يمنحه للمعاهدة بعد تنفيذها هو صفة السمو والرفعة في مواجهة النص القانوني، وهو ما لا يجعلها قبل ذلك قابلة للتطبيق. فنص المادة 62 من المشروع يشترط أن يكون مصدر التجريم – على الأقل في الجنايات والجنح – قانونا، والمعاهدة قبل تنفيذها لا تعد قانونا فلا تكون من بين مصادر التجريم والعقاب. وعلى ذلك فإنه يجب التأكيد على أن إعطاء صفة السمو للنص المستقى حكمه من اتفاقية أو معاهدة دولية، لا يعني منحه صفة النفاذ التلقائي في ضوء ما تُفصح به صياغة نص المادة 13 كما أسلفنا.

ومن حيث فلسفة مبدأ الشرعية، فإن نص التجريم يجب أن يتضمن عنصري القاعدة الجنائية الموضوعية، التكليف والجزاء، بحيث يكون هذا التحديد دقيقا و واضحا، وهو ما لا تستجيب له قواعد التجريم التي تتضمنها نصوص المعاهدات الدولية، حيث تكون نصوصها عادة متضمنة لشق التجريم دون تحديد الجزاء، وهو ما يجعل من مسألة اعتبارها مصدرا مباشرا للتجريم غير ممكنة من الناحية القانونية لكونها تتعارض وأحكام مبدأ الشرعية.

وهو ما نخلص معه إلى أن المعاهدات الدولية لا تعد مصدرا للتجريم والعقاب إلا إذا تمت صياغة أحكامها في نصوص تشريعية تتضمن شقي التكليف والجزاء.

الخلاصة مما تقدم، أنه يبدو واضحا من خلال تعقب سياسة المشرع الليبي بشأن الاتجاهات المختلفة لصياغة مبدأ الشرعية، أنها لا تقوم على فلسفة واضحة تعكس توجها نحو التطوير أو حتى التغيير في الموقف من سياسة تحديد مصادر قانون العقوبات. فالانتقال من صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ثم الرجوع إلى صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص هو اتجاه نحو التقييد في تحديد المصادر كما أسلفنا، وعلى ذلك فإن العودة إلى صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص التي تبناها الإعلان الدستوري لسنة 2011 تعبر عن توسيع " مفرط" في مصادر التجريم والعقاب يتجاوز الصياغة التي تضمنها الدستور الليبي لسنة 1953 والإعلان الدستوري المؤقت

لسنة 1969، ما يجعلنا نتساءل عن الحكمة التي استهدفها واضع النص، أهي مبنية على اعتبارات فنية تتعلق بسياسة التجريم وضوابطه؟ الإجابة ستبدو بالنفي عندما نلاحظ مقدار الاضطراب بمجرد مطالعة الصياغة التي تبناها مشروع الدستور الليبي والتي عادت إلى مبدأ التقييد في تحيد مصادر التجريم والعقاب.

يبدو لنا أن الموقف المتغير لا يستهدف تغييرا في السياسة الجنائية بقدر ما يعبر عن ثقافة واضع النص وحدود إلمامه بمشكلة الصياغة، وهو ما يقتضي قدرا من الاهتمام بالمسألة لكونها تتعلق بجوهر حماية الحقوق والحريات التي يحفل بها أي نظام دستور.

الفرع الثاني

الموقف الملائم من الصياغات المختلفة لمبدأ الشرعية

إن تقييم موقف المشرع الليبي من الصياغات المختلفة لمبدأ الشرعية يجب أن يأخذ في الاعتبار الخلفية التاريخية لمبدأ الشرعية، أهو قد أقر للفصل بين السلطات، فتكون السلطة التشريعية هي صاحبة اختصاص التجريم دون السلطة التنفيذية، فلا تكون وفقاً لذلك للأخيرة الاختصاص بالتجريم العقاب ؟ أم أن أساس هذا المبدأ هو تحقيق العدالة بأن لا يعاقب شخص عن فعل يشكل جريمة إلا بعد إعلانه بهذا التجريم والعقاب مسبقاً بموجب نصوص مكتوبة؟

يبدو واضحا أن الصياغات التي تعتمد مبدأ التفويض التشريعي في التجريم والعقاب تتضمن مخالفة لفلسفة مبدأ الشرعية الجنائية، لكونها من الممكن أن تسمح بالإحالة لقواعد غير مكتوبة، ولهذا فإن صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون أو بناء على نص، لا تتفق مع مقتضيات الشرعية الجنائية. كما أن الصياغة التي تمنح للائحة اختصاص مطلقا بالتجريم والعقاب دون قيد، تتضمن إخلالا بالضمانات التي يرسمها الدستور للحقوق والحريات، فالتجريم في الجانيات والجنح ينبغي ألا يترك الاختصاص بشأنه للائحة، فعلى الرغم من أن ضمانات الإعلام بنص التجريم متوافرة في اللائحة كما القانون لكونهما نصوص مكتوبة يسهل الرجوع إلى مضمونهما، إلا أن ضمانات احترام ضوابط التجريم تبدو أكثر وضوحا في القانون، لما يحاط به صدوره من ضوابط إجرائية تكفل رقابة ذاتية لسلطة الإصدار، لمراقبة جدوى التجريم وضرورته بالنسبة لجرائم على درجة من الخطورة كالجنايات والجنح، وهو ما لا يتحقق بالنسبة للائحة التي تبسّط إجراءات إصدارها، حيث توكل للسلطة التنفيذية باختصاص تقديري مطلق .

إن سلب السلطة التنفيذية اختصاص التجريم في الجانيات والجنح يقوم إذن على فكرة الحماية الإجرائية السابقة على إصدار النص، لا على أساس فكرة الإعلام المسبق بالتجريم. في حين منح

الاختصاص بالتجريم في المخالفات وهي جرائم قليلة الشأن بالنظر لعقوباتها لا يستدعي هذا القدر من الحماية الإجرائية السابقة على الإصدار.

نعتقد إذن أن مسلك واضع مشروع الدستور الليبي فيه- من حيث الأصل- قرب من الاتجاه الصواب؛ حيث إن جميع الجنايات والجنح – كقاعدة عامة – يتسم تجريمها بالثبات و الاستقرار، فلخطورتها يواجهها المشرع بعقوبات أشد من تلك المقررة للمخالفة وهذه الخطورة – على نحو يقدره المشرع – يفترض فيها من الخطورة، ما يجعلها تتمتع بالثبات النسبي فتكون مما ينظم بموجب قانون. غير أننا نلاحظ أن مشروع الدستور الليبي لا يبدو واضحا في موقفه من منح الاختصاص للقانون بالتجريم في المخالفات وهو ما يعد قصورا في صياغته. ونرى أنه ينبغي أن يترك الأمر بشأنها- أي المخالفات- للائحة كلما كان موضوعها مما تختص بتنظيمه السلطة التنفيذية[15]، ولا يتدخل المشرع بشأنها إلا إذا كان الموضوع المراد حمايته لا يدخل في اختصاص السلطة التنفيذية .بحيث ينبغي أن تنفرد السلطة التنفيذية بالتجريم عند مستوى المخالفات لتنظيم المسائل الداخلة في اختصاصها لقلة شأنها، ما يجعل من اللائحة المصدر المناسب لتنظيمها، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي في المادة 2/111 من قانون العقوبات. غير أننا مع ذلك لا نتفق مع صياغة مبدأ الشرعية التي يتضمنها مشروع الدستور من حيث كونه لا يمنح لسلطة التجريم صلاحية إقرار عقوبات سالبة للحرية في المخالفات، فذلك يخالف مبدأ التفريد التشريعي ويؤدي إلى التوسع في التجريم بدرجة جنائية.

ولا يمكن الاعتراض على منح اللائحة الاختصاص بوضع قواعد تجريمية في حدود المخالفات بمقولة إن ذلك مخالف لمبدأ الشرعية، فهذا المبدأ لا يكون منتهكاً إذا توافر في مصدر التجريم عنصران، إمكانية العلم بمضمون التجريم من الكافة و تجريد القاضي من سلطة التجريم . ففي ضوء الغاية التي كان يسعى الفقيه **بيكاريا** لتحقيقها من خلال المناداة بمبدأ الشرعية والتي تتمثل بالدرجة الأولى في حرمان القاضي من سلطة التجريم، يمكن القول إن هذا المبدأ لم يُقصد به حرمان السلطة التنفيذية من مهمة التجريم، وإنما الحرمان منصرف فقط للسلطة القضائية[16]. فإذا منح المشرع للسلطة التنفيذية اختصاصاً بالتجريم، فيجب ألا يعاب عليه ذلك بمخالفته للأساس الذي يقوم عليه مبدأ الشرعية، فالمعيار هو مدي اتفاق الجريمة من حيث طبيعتها لما يدخل في اختصاص السلطة التنفيذية لتنظيمه بتشريع لائحي، وقد أشرنا سلفاً إلى أن الضمانات التي تحيط بإصدار النص هي التي تحد من نطاق اللائحة في التجريم والعقاب بان تجعله قاصرا على المخالفات.

---

[15] د. محمود نجيب حسني، مرجع سبق ذكره، ص 86.
[16] محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، ص134.

وعلى ذلك، لسنا نسلم بالقول الذي يرى أن هذا المبدأ قد قرر للفصل بين السلطات لتستقل السلطة التشريعية بالتجريم دون السلطتين التنفيذية والقضائية، فهذا القول مردود عليه بالآتي :

1.إنه حتى وإن سلمنا جدلاً بأن الفصل بين السلطات في التجريم يشمل السلطة التنفيذية بالإضافة للقضائية التي لا خلاف بشأنها، فإن التساؤل المطروح هو على أي أساس قيل بأن التجريم هو اختصاص مقصور على السلطة التشريعية، فقبل القول بالفصل بين السلطات يجب أن نحدد اختصاص كل سلطة، وليس هناك معياراً واضحاً ومسلماً به يقرر أن التجريم دائما هو من اختصاص السلطة التشريعية حتى يمكن القول بالفصل بين السلطتين بشأنه، اللهم إلا إذا استندنا إلى الفهم السائد عند البعض لمبدأ الشرعية والذي يقرر أن التجريم من اختصاص السلطة التشريعية، وفي ذلك مصادرة للمطلوب بلا شك.

2. إن العلاقة بين مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ الشرعية يمكن تلمسها من خلال الظروف التاريخية التي عاصرت ظهور المبدأ و كانت مبرراً له، والتي تتمثل في حالة الجور والتعسف التي سادت النظام القضائي آن ذاك، حيث كان القاضي هو المشرع و الحكم في آن معا، ما جسد في نظر **بيكاريا** أقصى صور التعسف، لذا لم يكن أمامه إلا المناداة بحرمان القاضي من سلطة التجريم وإسناد هذه المهمة لسلطة أخرى هي التشريعية، ليستقل القاضي فقط بمهمة تطبيق القانون العقابي[17]، والضمانة الوحيد لترسيخ هذا المبدأ هي الاستناد للفصل بين السلطات الذي كان من الإفرازات الفكرية لتلك المرحلة، لذا فمبدأ الشرعية حينما يستند لمبدأ الفصل بين السلطات، فهو يقرر الفصل بين السلطتين القضائية والتشريعية، دون أن يفهم من ذلك أن التجريم هو دائماً من اختصاص السلطة التشريعية، فقد تشاركها السلطة التنفيذية فيه، وآن ذاك يجب أن يحدد اختصاص كل واحدة في مجال التجريم، وهذا فهم يبتعد عن معنى استئثار إحداهما بهذا الاختصاص برمته.

المطلب الثاني
المصادر الاحتياطية لقانون العقوبات
"إشكالية الإباحة والتجريم"

تتميز بعض فروع القانون كالقانون المدني بتحديد مصادرها الاحتياطية، فالمادة الأولى من القانون المدني تعد المرجع في تحديد مصادره؛ غير أن مثل هذا التحديد لا يتضمنه قانون العقوبات، الذي تبدو صياغة الشرعية الجنائية إعلانا واضحا في اعتبار النص التشريعي مصدر التجريم والعقاب، وهو ما يطرح تساؤلا حول قبول هذا القانون لمصادر احتياطية إلى جانب النص التشريعي؛ قد تبدو الإجابة من اليسر بمكان بحيث يمكن القول إن مبدأ الشرعية لا يجيز تعدد

[17] د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سبق ذكره، ص 78.

المصادر؛ غير أن مثل هذا الفهم لا يخلو من تسرع لكونه يغفل مسألتين رئيستين، الأولى وهي أن المشرع الليبي في بعض تشريعات الحدود نص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا يصار إليه عند تخلف النص التشريعي، وهو ما يطرح التساؤل حول نطاق هذه الإحالة ومدى شمولها للمسائل التي تتعلق بالتجريم والعقاب، وذلك عندما لا يرد بشأنها نص؛ أما المسألة الثانية فتتعلق بدور العرف في مجال التجريم والعقاب، أللعرف دور إنشائي أو مبيح في مجال تطبيق قانون العقوبات؟

سنطرح هاتين المسألتين في فرعين، الأول لتحديد مركز الشريعة الإسلامية في مجال التجريم والعقاب، الثاني نخصصه لتحديد دور العرف في مجال التجريم والعقاب.

الفرع الأول
الشريعة الإسلامية مصدر لقانون العقوبات

تُعد الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا مهما للتجريم والعقاب، استقى المشرع الليبي منها أحكام جرائم الحدود والقصاص والدية، ولهذا لا خلاف حول القيمة المادية لهذه الأحكام كمصدر للتجريم والعقاب، كما أنه لا خلاف من حيث الأصل حول خروج أحكام الشريعة الإسلامية عن حومة المصادر **المباشرة** للتجريم والعقاب، لافتقادها لمقومات المصدر وفقا للمفهوم السائد لمبدأ الشرعية الجنائية؛ ومع تبدو المشكلة في هذا المقام من ناحيتين: الأولى مدى إمكان اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا لإباحة فعل يجرمه القانون، والثانية تتمثل في تحديد نطاق الإحالة التي أوردها المشرع الليبي في بعض تشريعات الحدود وقانون القصاص والدية.

1.الشريعة الإسلامية مصدر لإباحة فعل يجرمه القانون

من الممكن أن يجرم القانون فعلا تبيحه أو تدعو إليه إحكام الشريعة الإسلامية، كأفعال الحجامة مثلا التي تمثل في حقيقتها اعتداء على جسد الإنسان دون ترخيص، والتي من الممكن أن يشكل جريمة الإيذاء المنصوص عليها في قانون العقوبات. وفي هذا المقام فإن التساؤل يثار حول مدى صمود نص التجريم أمام الإباحة التي تقررها تلك الأحكام، أيعتد في هذه الحالة بنص التجريم أم بالإباحة ؟

وإن كانت القاعدة تقرر أن اجتماع المبيح والمجرم يُرجح حكم المبيح، فإن هذه القاعدة تفترض أن الحكمين يتضمنهما نص أو نصوص تشريعية، إذ التجريم الذي يتضمنه النص التشريعي لا يمكن أن يستبعد حكمه إلا بنص قانوني، فأحكام الشريعة الإسلامية في ذاتها–من حيث المبدأ- لا تعطل نصا تشريعيا، إلا إن ذلك لا يعني أن الإباحة التي تتضمنها مهدورة القيمة من الناحية القانونية؛ فالمادة 14 من قانون العقوبات الليبي تنص على أنه" لا تخل أحكام هذا القانون في أي

حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء" فمقتضى هذا النص أن الإباحة التي يقررها نص شرعي ستمثل استثناء على نص التجريم، لتكون أحكام الشريعة الإسلامية سببا لإباحة الفعل[18]. غير أنه يجب أن نسجل في هذا الشأن مجموعة من الملاحظات المهمة :

1- إن الإباحة المقررة بموجب أحكام الشريعة الإسلامية مصدرها الحقيقي نص المادة 14 باعتبارها نص الإحالة، ولهذا فإن قاعدة صمود نص التجريم في مواجهة قواعد الإباحة غير التشريعية لا تخرج منها الحالة الراهنة، على الاعتبار أن الإحالة للشريعة الإسلامية في هذه الحالة مقررة بموجب نص تشريعي، ولا خلاف في أن النص التشريعي يمكن تخصيصه بنص تشريعي مساو له في الدرجة. فضلا عن ذلك فإن نص المادة 14 المذكور هو في حقيقته تكرار لما قرره المشرع في المادة 69 التي قررت اعتبار ممارسة الحق سببا لإباحة الفعل، حيث لم يحدد النص مصدر الحق المبيح للفعل، ولهذا يدخل في حومة الحقوق المبيحة للفعل تلك التي مصدرها من الشريعة الإسلامية.

2- حدد النص الحقوق التي لا تخل الشريعة الإسلامية بها، وهي الحقوق الشخصية، وهو ما يثير التساؤل حول غيرها من الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية والتي لا تعد حقوقا شخصية، أيشملها نص الإباحة؟

يقرر جانب من الفقه أن الحماية التي تقررها المادة 14 تقتصر على الحقوق الشخصية بمفهومها الضيق، ويزيد هذا الاتجاه من تقييد نطاق هذه الحقوق فيجعلها قاصرة على الحقوق الناشئة عن الزواج[19] .

غير أننا نعتقد أن هذا الفهم على وجاهته يظل محل نظر! إذ لاشك أن ما تقرره المادة 14 سالفة الذكر يأتي في سياق تعزيز مكانة الشريعة الإسلامية من خلال احترام ما تقرره من حقوق، وهو ما يجعل اقتصار حكم المادة 14 على طائفة من تلك الحقوق دون غيرها أمرا غير منطقي ولا يقيمه أساس يمكن قبوله، سيما و أن مثل ذلك الفهم سيتعارض وعموم ما تقرره المادة 69 من قانون العقوبات، و التي تعد ممارسة الحقوق سببا لإباحة الفعل، دون أن تحدد نوع الحق ولا مصدره، ففهم المادة 14 بألفاظها الظاهرة فيه تقييد لنطاق الحماية لممارسة الحقوق المقررة في الشريعة الغراء، ولذلك فإننا نعتقد أن الضمانة التي قررتها المادة 14 لا تخل بعموم ما تقرره المادة 69، ما يعني أن الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية أي كان نوعها تعد مصدرا لإباحة الفعل لتكون ممارستها بمنأي عن تطبيق أي نص تجريمي عملا بنص المادة 14 المذكورة.

---

[18] د.مأمون سلامة، مرجع سبق ذكره، 31.

[19] د.عوض محمد، قانون العقوبات –القسم العام، منشأة المعارف ، 1995، الإسكندرية، مصر ، ص 19.

2 .أحكام الشريعة الإسلامية مصدر غير مباشر للتجريم والعقاب

بعض التشريعات التي أصدرها المشرع الليبي مستقاة من الشريعة الإسلامية، تضمنت نصوصا تقضي بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص تشريعي في تلك القوانين، وبصرف النظر عن حدود تلك الإحالة من حيث ما يمكن الرجوع إليه في الشريعة الإسلامية (أيسر المذاهب أو المبادئ)، فإن تلك الإحالة تثير إشكالا عندما ترد في متن قانون يتعلق بالتجريم والعقاب، كقانون القصاص والدية،قانون حدي السرقة والحرابة و قانون حد الزنا، وقد تضمنت تلك القوانين سكوتا عن تنظيم بعض المسائل الجنائية كالمعاملة العقابية للشريك في تلك الجرائم، فالسؤال الذي أثارته تلك الإحالة كان يتعلق بنطاقها، بمعنى أتشمل تلك الإحالة كل ما لم يرد بشأنه نص بما في ذلك المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب؟

يرى البعض أن نصوص الإحالة للشريعة الإسلامية التي وردت في بعض التشريعات تعني الرجوع للشريعة الإسلامية في كل المسائل التي لم ينظمها التشريع المتضمن لتلك الإحالة، على أساس أن تلك الإحالة لم تحدد نطاق ما يرجع في شأنه للشريعة الإسلامية فيجب العمل بها على عمومها[20].

غير أن هذا الاتجاه لا يبرر فهمه للإحالة في إطار مقتضيات مبدأ الشرعية؛ فالرجوع للشريعة الإسلامية في مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب،هو في حقيقته تطبيق لما لا يعد نصا تشريعيا، وهو ما يعد مخالفا لمبدأ الشرعية ذو الطبيعة الدستورية؛ ولا يستقيم في هذا المقام المحاججة بنص الإحالة بمقولة إنه استثناء على مبدأ الشرعية، ذلك أن الطبيعة الدستورية لنص الشرعية تسمو به عن سلطة المشرع العادي، فلا يملك الأخير تقييده أو وضع استثناء عليه، فإن هو فعل فلا طاعة له في ذلك، إذ لا طاعة للمشرع في معصية الدستور[21].

وفي محاولة لتفادي هذا النقد، هل يمكن القول إن الإحالة للشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص يمكن أن تشمل مسائل تتعلق بالتجريم والعقاب، بشرط أن يكون الحكم المحالة إليه في الشريعة الإسلامية يتضمن وضعا أفضل مما يقرره القانون، فكلما كانت الإحالة سيترتب عليها تخفيف للعقوبة مقارنة بتلك المقررة في القانون طبقت الإحالة، ويكمن أن يؤسس مثل هذا الرأي لموقفه على أساس أن مبدأ الشرعية مقرر لحماية حقوق المخاطبين بالقاعدة القانونية من توقيع عقوبة غير منصوص عليها أو عقوبة أشد مما هو مقرر في القانون، فإن كانت العقوبة المقررة في الشريعة الإسلامية أقل

---

[20] من ذلك ما يكرسه حكم المحكمة عليا في الطعن الجنائي رقم 1985،السنة القضائية 50، أيضا الطعن الجنائي رقم 51/224.

[21] بعض الدساتير تسمح بشكل صريح تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بشكل مباشر من خلال منح الحكم الشرعي صفة المصدر وه ما يمنح لمبدأ الشرعية صياغة أكثر مرونة ، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة من الدستور اليمني نمن أنه :[لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون أو نص شرعي] حيث تسمح هذه الصياغة بالتجريم والعقاب استناداً لنص شرعي، وهو ما يجعل لهذا النص قسمة دستورية في مجال التجريم والعقاب.

من حيث جسامتها فلا مخالفة لمبدأ الشرعية إن هي طبقت، على اعتبار أن تطبيقها يأتي في سياق مصلحة المخاطبين بالقاعدة الجنائية؟

نعتقد أن هذا القول على وجاهته إلا أنه لا يخلو من قصور في أساسه، فمن ناحية، إن الفلسفة التي يقوم عليها مثل هذا الرأي لا سند لها، فمبدأ الشرعية يقرر قاعدة واضحة مفادها أن التجريم والعقاب لا يتقرران إلا بنص مكتوب، فمصلحة المخاطب بالقاعدة الجنائية مقياسها حمايته من التعسف في التقدير، وهو ما يتحقق بالمصدر المكتوب سلفا، ما يجعل مبرر الرأي محل النقد غير واقعي، فضلا عن أن مثل هذا الاتجاه يقع في مخالفة خطيرة جدا، لكونه يقرر مفاضلة بين النص المكتوب وأحكام الشريعة الإسلامية، فيقرر أن الأفضلية تكون لما يقرر عقوبة أقل، وهذا ما لا سند له حتى في ظل الإحالة؛ فنص الإحالة يفترض أن إعمالها لا يكون إلا في حالة انعدام النص، فوجود النص المنطبق سيمنع تطبيق نص الإحالة، فكيف يمكننا تبرير إعمالها في مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب على أساس أفضلية ما يترتب على تطبيقها مقارنة بنص تجريمي آخر يمكن انطباقه على الواقعة؟

تتبنى محكمتنا العليا "الليبية" اتجاها أكثر وضوحا في هذا الشأن، وذلك بمناسبة تصديها لطعن يتعلق بنطاق تطبيق المادة 7 من القانون رقم 6 لسنة 1996بشأن القصاص والدية، حيث قررت أن الإحالة للشريعة الإسلامية التي تضمنتها المادة المذكورة لا تشمل المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب، وبذلك فالإحالة قاصرة على المسائل التي لم يرد بشأنها نص متى كانت لا تتعلق بالتجريم والعقاب، فالمحكمة في حكمها تقرر أن نص الإحالة يجب تفسيره في حدود ما لا يخالف مبدأ الشرعية الجنائية، الذي يمثل قيدا على عموم نص المادة 7 الخاص بالإحالة؛ وفي هذا الشأن قررت المحكمة أنه " ....وحيث إن القانون رقم 6 لسنة 1994 في شان 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، وإعمالا لنص المادة 31 من الإعلان الدستوري والمادة الأولى من قانون العقوبات اللتان تنصان على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وما يقضيانه من عدم جواز الإحالة في شان 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، ولما كانت المادة 101 من قانون العقوبات تنص على أن من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها إلا ما استثني بنص خاص، وإذ لم يرد ما يستثني معاقبة الشريك في القتل من عقوبة الفاعل، يتعين من ثم الأخذ بالمبدأ الذي يقرر عقوبة الشريك في الجريمة المذكورة وفقا لأحكام قانون العقوبات ..."[22].

---

[22] محكمة عليا ، قضاء الدوائر مجتمعة في الطعن رقم 55/752ق، جلسة 2013/12/23.
يبدو واضحا عدم دقة المحكمة في اختيار العبارات الدالة على تحديد القانون الواجب التطبيق ، حيث تشير في حكمها إلى أن قانون العقوبات سيطبق على الشريك ، وهو بلا شك تعبير غير دقيق ، حيث إن الشريك سيعاقب بالإعدام قصاصا وفقا لقانون القصاص والدية وذلك استنادا لأحكام المادة 101 من قانون العقوبات التي حدد مصدر العقوبة ، وهذا لا يمكن معه القول إن قانون العقوبات هو الواجب التطبيق .

يبدو جليا وجاهة المنطق الذي تستند إليه محكمتنا العليا في تقرير النتيجة التي انتهت إليها، وهي نتيجة نتفق – من حيث المبدأ- مع المحكمة في أساسها؛ فمبدأ الشرعية في صياغته التقليدية لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أو إلا بقانون يمنع الإحالة للشريعة الإسلامية في مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب، إذ وفقا لهذا المبدأ، التطبيق المباشر للشريعة الإسلامية في مجال التجريم والعقاب لا يتسنى إلا إذا صيغت أحكامها في قوالب تشريعية؛ ولكن مع ذلك يظل قضاء المحكمة محل نظر إذا ما تم تقييمه في ظل مستجدات النظام القانوني الليبي؛ فبصدور الإعلان الدستوري أصبح لمبدأ الشرعية صياغة خاصة قوامها لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص؛ فلهذه الصياغة خصوصية في تحديد طبيعة مصادر التجريم والعقاب كما سلف البيان في مقام من هذه الدراسة؛ حيث وفقا لهذه الصياغة يكفي أن يحيل النص القانوني إلى أي مصدر آخر وإن لم يكن مكتوبا ليكون هذا المصدر أساسا للتجريم والعقاب، ولهذا فإنه وفقا لنص المادة 31 من الإعلان الدستوري النافذة حين كتابة هذه الورقة، يكفي وجود نص تشريعي يحيل للشريعة الإسلامية ليمكن تطبيق إحكام هذه الأخيرة بما في ذلك المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب، إذ تطبيق التجريم والعقاب المستمد من الشريعة الإسلامية يتم بناء على نص الإحالة، وهو ما يتفق ومفهوم المبدأ الذي تقرره المادة 31 من الإعلان الدستوري.

لا شك أن هذه النتيجة في غاية الخطورة، لا لأنها تمنح القاضي سلطة التطبيق المباشر لأحكام الشريعة الإسلامية، فذلك إعلاء لشأنها بما يليق بها، ولكن الخطورة تمكن في أن الإحالة قد لا تكون منضبطة بشأن تحديد ما يمكن الرجوع إليه عند اختلاف الآراء، كما هو الحال بالنسبة لصياغة المادة 7 من القانون رقم 6 في شأن القصاص والدية، وهو ما يجعل للمحكمة سلطة الاختيار، وفي ذلك إنشاء لحكم التجريم على نحو يخالف مبدأ الشرعية الجنائية، فالمحكمة في مثل هذه الحالة ستتحول من سلطة تطبق نص الإحالة، إلى مفوض ينتقي الحكم الملائم، وهي مهمة تشريعية بلا جدال، ممارستها من قبل المحكمة تنتهك الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الشرعية، والمتمثل في مبدأ الفصل بين السلطات، فضلا عن أن هذا الانتقاء سيخلق اختلافا في الأحكام بحسب الموقف الذي تتبناه كل محكمة تجاه الاختلاف بشأن المسألة في الشريعة الإسلامية.

وعلى ذلك وعلى الرغم من التحفظ على الصياغة التي يتبناها المشرع الليبي لمبدأ الشرعية التي وفقا لنص المادة 31 من الإعلان الدستوري الليبي، يمكن أن تكون أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا للتجريم والعقاب إذا ما أحال إليها نص تشريعي.

الفرع الثاني

دور العرف في مجال التجريم والعقاب

إن الصياغة الواضحة لمبدأ الشرعية لا يمكن أن تعترف للعرف بدور يُعترف فيه إليه بصفة المصدر المنشئ للتجريم والعقاب، فالعرف ليس نصا مكتوبا؛ غير أن الإشكال يبدو في الحقيقة بالنسبة للدور السلبي للعرف، بمعنى أيمكن اعتبار العرف مصدرا لإباحة فعل يجرمه القانون؟

يرى البعض أن مبدأ الشرعية الجنائية وإن كان يقيد نطاق مصادر التجريم والعقاب باستلزام النص المكتوب، إلا أن هذا التقييد لا يهدر المصادر الأخرى بإطلاق، فالتقييد يقتصر على الحالة التي يُلجأ فيها للمصدر لإنشاء جريمة وعقاب، أما إذا كان المصدر من قبيل المصادر التي تحل القيد على الحرية، أي تبيح فعلا يجرمه القانون، فإن هذا المصدر وإن لم يكن مكتوبا لا يتعارض تطبيقه مع مقتضيات مبدأ الشرعية الذي يقوم على أساس حماية الحقوق والحرية في مواجهة التعسف في التقييد[23]، وهو- مبدأ الشرعية - في ذلك يحقق مصلحة عامة تخدم أهداف القانون الجنائي من حيث تبرير العقوبة لدى المخاطبين بالنص، فالعقوبة خطيرة، وهي بغيضة إذا اتسمت بالاستبداد، وهي عادلة إذا وقعت وفقا للقانون، ولهذا فالنصية تهدف- ضمن أهدافها- إلى تبرير توقيع العقاب[24]. وعلى ذلك - و وفقا لهذا الفهم- فإن العرف يمكن عدّه مصدرا احتياطيا في تطبيق قانون العقوبات متى كان أساسا لإباحة بعض الأفعال التي يجرمها القانون، فللعرف – وفقا لهذا الفهم- دور سلبي، لا ينشئ جريمة ولا عقاب ولكنه يعيد الفعل إلى حومة الإباحة، فلا يقتضي ذلك وجود النص المكتوب[25] .

غير أننا نرى أن هذا الفهم محل نظر، ذلك أنه يلزم لاعتبار العرف مصدرا للقانون بوجه عام، أن يكون مشروعا، ومعنى المشروعية في هذا الشأن هو أن تكون القاعدة المضطردة غير مخالفة للنظام العام و الآداب، وهذه الفكرة بالذات تجعلنا نشك في وجود قاعدة يصح وصفها بالعرفية بالمعنى الفني للكلمة، يمكن أن تنشئ وضعا يبيح فعلا يجرمه القانون[26]، ذلك أن هذا الوضع يعني أننا أمام تعارض بين قاعدتين، قاعدة تشريعية تجرم الفعل وأخرى يفترض أنها عرفية تقضي بإباحته، وهذا التعارض في حد ذاته يهدر القيمة القانونية لهذه الأخيرة، لتخلف شرط مشروعيتها.

بمعني، أن السلوك المضطرد بمخالفة القاعدة القانونية الجنائية لا يمكن أن ينشا به عرف، لأن هذا الأخير يجب أن يكون موافقا للنظام العام، والقواعد الجنائية هي صميم هذا النظام، فضلا عن أن التسليم بإمكانية نشوء عرف مبيح لفعل يجرمه القانون، سوف يعني أن القاعدة العرفية يمكن

---

[23] د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سبق ذكره، ص 92

[24] د.محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص12.

[25] د جلال ثروت، نظم القسم العام في القانون المصري، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989، ص44.

[26] في ذات الاتجاه/ د. مأمون سلامة، مرجع سبق ذكره، 28-29

أن تلغي ولو جزئيا نصا تشريعيا، إذ الإباحة في هذا الفرض ليست مجرد تقييد للنص التجريمي بقدر ما ستمثل ترجيحا لحكم العرف -المدعى – على حكم النص التشريعي، وهذا لا يمكن أن يفهم إلا على أساس فكرة الإلغاء؛ وهو منطق غير مقبول لمخالفته قواعد التدرج في ترتيب مصادر القانون.

إن أغلب الأمثلة التي يطرحها الفقه للتدليل على دور العرف في مجال تطبيق قانون العقوبات، لا يستند إنشاء القاعدة فيها إلى العرف، وإنما إلى نص القانون، فالإشارة إلى أن العرف يمكن أن يمارس دورا في تحديد عناصر بعض الجرائم أو لإباحة الفعل، هي في حقيقتها حالات لا ينشئ خلالها العرف قواعد بقدر ما يقرر قواعد تتضمنها نصوص تشريعية؛ ففكرة أن العرف – كما يرى البعض[27] - من الممكن أن ينشئ قواعد لتحديد عناصر بعض الجرائم – كدور يُسند للعرف في مجال التجريم والعقاب- هو في حقيقته فهم غير دقيق، فالعرف عندما يحدد عنصر الملكية في جريمة السرقة، هو لا ينشئ قاعدة مستقلة، فالملكية يُحدد شروطها نص القانون، فإن انعدم النص ولم يوجد في الشريعة حكم يحددها، فإن الرجوع للعرف يكون استنادا لنص القانون المحدد لمصادر القانون المدني. ولهذا فإن العرف ليس هو المصدر المباشر للقاعدة القانونية، فهو في مثل هذه الحالة يستند إلى قواعد أخرى تشريعية.

كما أن إشارة بعض الفقه إلى دور العرف المبيح والاستشهاد على ذلك بإباحة الفعل الفاضح إذا ارتكب في مكان مخصوص لا يصدق عليه –عرفا- وصف المكان الذي قصده المشرع بالتجريم عند ارتكاب الفعل فيه[28]، وهو فهم لا يخلو من عدم دقة – في تقديرنا- ذلك أن دور العرف – حسب فهمنا – في مثل هذه الحالة لا يتجاوز كونه وسيلة للتفسير من خلال تحديد نطاق تطبيق النص التجريمي[29]، فمن خلال العرف يمكن تحديد المقصود بالفعل الفاضح مثلا في بعض الجرائم، فاعتبار بعض الأفعال لا تدخل في حومة التجريم والعقاب بوصفها أفعالا فاضحة لأن العرف يبيح إتيانها في ظروف معينة في بعض المجتمعات، لا يعني أن العرف قد أباح الفعل، وإنما هو تحديد لنطاق تطبيق النص القانوني، وهو بهذا المعنى يعد وسيلة لتفسير النص لا للحد من نطاقه، فالإباحة تعني أن الفعل شمله نص التجريم ثم خرج من نطاقه لاعتبارات تخص ظروف ارتكاب الفعل أو مرتكبه، وهذا لا يصدق على المثال المطروح، حيث الفعل لم تتوافر فيه شروط التجريم. فدور العرف في التفسير يختلف عن دوره كسبب مبيح، فالتفسير يعني أن العرف يؤكد وجود النص بتحديد مضمونه ونطاقه كأداة من أدوات فهمه التي يلجأ إليها المطبق للنص، وهذا لا يجعل العرف في منازعة وجود مع النص القانوني المجرم للفعل بحلاف فكرة الإباحة التي تفترض هذا التضاد على نحو لا يحتمل وجودهما في آن معا.

---

[27] د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سبق ذكره، ص 92.

[28] نفس المرجع،نفس الصفحة.

[29] يشير بعض الفقه إلى دور العرف في تفسير قواعد التجريم والعقاب ، ولكن دون أن يحدد الفارق بين هذا الدور للعرف وما يدعى له من أدوار أخرى في مجال تطبيق النص العقابي، مثال ذلك أنظر / مأمون سلامة ، مرجع سبق ذكره، ص 30.

الخاتمة

يعد النص التشريعي المصدر الوحيد في مجال قانون العقوبات، فهو مصدر التجريم والعقاب، لكون مبدأ الشرعية يفترض النصية كأساس لهذا التجريم، ولأن الإباحة لا تتقرر إلا بنص تشريعي كضرورة من ضرورات النظام القانوني، فإذا كان التجريم لا يتقرر إلا بنص فالإباحة لا تتقرر هي الأخرى إلا بنص، غير أن الفارق بين الإباحة والتجريم في هذا الشأن سيبدو من حيث إن التجريم لا يحتمل الإحالة، فالمصدر التشريعي هو ما يجب أن يكون مصدر التجريم، في حين الإباحة مصدرها النص التشريعي سواء مصدرا مباشر كما هو الحال لنص المادة 70 الخاص بالدفاع الشرعي، أو غير مباشر كالنصوص التي تقرر أن الحق والواجب سببين للإباحة دون أن تحدد مضمون الحق والواجب، فتكون تلك إحالة لمصادر أخرى تحدد مضمون تلك الحقوق ونطاقها، ولا شك أن تلك الحقوق قد تكون مصادر غير مكتوبة كالعرف والشريعة الإسلامية.

على الرغم من أن صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون تمثل أقصى درجات الحماية في مجال التجريم والعقاب، لكونها تمنع اللجوء للمصادر غير المكتوبة، إلا أن هذه الحماية ستبدو – في تقديرنا- عديمة الجدوى بالنسبة للمخالفات، لقلة شأنها وضآلة عقوباتها، فضلا عن أن منح السلطة التنفيذية اختصاصا بالتجريم في حدود المخالفات، لا يخالف فلسفة مبدأ الشرعية ولا يمثل انتهاكا لضمانات الحماية في مواجهة التعسف، لكون عقوباتها لا تمثل مساسا جسيما بالحقوق التي يحميها القانون.

أضف إلى ذلك أن صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ستعني أن السلطة التشريعية هي فقط من تملك اختصاص التجريم، وهذا بتقديرنا سوف يجعلنا أمام إسراف في التشريع بشأن التجريم في المخالفات، حيث إن تجريمها لا يكون إلا بقانون، فهي من طبيعتها التميز بالتغير ما يقتضي التدخل دائماً بموجب قانون للتعديل أو الإلغاء، فضلاً عن أن ذلك من شأنه حرمان السلطة التنفيذية من استعمال التجريم كوسيلة لتنظيم أوجه النشاط الداخل في اختصاصها، وهذا الحرمان كما أسلفنا في موضعه من هذه الورقة، لا يمكن تبريره استناد لمبدأ الفصل بين السلطات.

إن الصياغة الغامضة التي يتبناها مشروع الدستور الليبي لمبدأ الشرعية، أورثت فهما مفاده منح الاختصاص بالتجريم في الجنح و الجنايات للسلطة التشريعية دون تحديد دورها في مجال المخالفات، فيكون الاختصاص بشأن الأخيرة قاصرا على السلطة التنفيذية[30]، فهذا قد يعني عند بعض مذاهب التفسير أن السلطة التنفيذية سوف تمارس اختصاص التجريم في حدود المخالفات لتنظيم النشاط الداخل في اختصاصها، وفيما عدا ذلك هي غير مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص، ما يعني أن المخالفات لا تتقرر إلا في حدود الأنشطة التي تنظمها جهة الإدارة، أي أن هذا النوع من الجرائم سيصبح من قبيل الجرائم الماسة فقط بنشاط الإدارة، فالقانون لا يجرم بدرجة مخالفة. إن هذا من شأنه التوسع في مجال التجريم بدرجة جنحة أو جناية مادامت السلطة التشريعية لا تملك التجريم بدرجة مخالفة، اللهم إلا إذا قلنا باختصاصها استناداً لقاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل، وهو فهم نراه يحتاج إلى وقوف أمام عبارات النص الغامض لإثباته.

يبدو أكثر فاعلية تبني صياغة لمبدأ الشرعية تحدد للقانون اختصاصا مطلقا في التجريم دون التقيد بدرجة من درجات الجرائم، ومنح الاختصاص للائحة بالتجريم في حدود المخالفات دون تحديد نوع العقاب الذي تلجأ له السلطة التنفيذية، إن مثل هذا الاتجاه سيمثل – حسب وجهة نظرنا- اتجاها أكثر عملية في تحقيق الحماية من التعسف، فضلا عن تحقيق قدر من المرونة لا تخالف فلسفة الشرعية الجنائية.

30. في اتجاه مماثل،تنص المادة 111/2 من قانون العقوبات الفرنسي على أنه : (لا يعاقب شخص عن جناية أو جنحة ما لم تكن أركانها معرفة بقانون ، كما لا يعاقب شخص على مخالفة ما لم تكن أركانها محددة بمقتضى لائحة).
L'articl 111/3 du code penal français prévoit; " La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants".
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B280F62AD9F104C05E94319887F05EAF.tplgfr36s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149814&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180224.
Le24/02/2018.

المراجع

أولا: الكتب العربية :

-د.جلال ثروت، نظم القسم العام في القانون المصري، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989.

-أد.سليمان الجروشي، أصول الفقه، الطبعة الأولى، 2009.

-د.عوض محمد، قانون العقوبات –القسم العام، منشأة المعارف، 1995، الإسكندرية، مصر، ص 19.

-د.مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار غريب للطباعة، القاهرة، مصر.

-د.محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي.

-د.محمود نجيب حسني :

الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.

شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 1977.

ثانيا: البحوث باللغة العربية :

د.الهادي أبو حمرة، توزيع وظائف الدولة كآلية لحماية الحريات، القانون الجنائي نموذجا، بحث منشور بمجلة المحامي، تصدر عن نقابة العامة للمحامين الليبيين، العدد (65-66) السنة 17، يوليو –سبتمبر، 2006.

-د.عمران عبد السلام الصفراني، ضوابط التشريع اللائحي في القانون الليبي،بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، تصدر عن كلية القانون-جامعة قاريونس "بنغازي"، العدد الثامن عشر، أكتوبر، 2009.

ثالثا: البحوث باللغة الفرنسية :

Le principe de la légalité criminelle dans la ،Bertrand -DE LAMY jurisprudence du Conseil constitutionnel ،Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26 (Dossier :La Constitution et le droit pénal) – Août 2009،.p.5

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51488.pdf.

principe de légalité et civilisation ، droit pénal،-GRANDE Elisabetta
revue internationale de droit ، [article]، vision globale،juridique
56-1.،comparé année 2004
http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2004_num_56_1_19252.

رابعا: الأحكام والقرارات:

1.القضاء الليبي:

محكمة عليا، الطعن الجنائي رقم 1985،السنة القضائية 50، أيضا الطعن الجنائي رقم 51/224.
محكمة عليا، قضاء الدوائر مجتمعة في الطعن رقم 55/752ق، جلسة 2013/12/23.

2. القضاء المصري:

المحكمة الدستورية المصرية، جلسة 6/ابريل 1991، قضية رقم 16-17 لسنة 11 قضائية.

3 المجلس الدستوري الفرنسي :

décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973،-Conseil constitutionnel
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1973/73-80-l/decision-n-73-80-l-du-28-novembre-1973.7378.html.