إلغاء النص الجنائي الموضوعي لعدم الدستورية

"الأسباب والآثار"

د.طارق محمد الجملي[1]

Abolition of the criminal text due to unconstitutionality

"Causes and Effects"

Dr.Tarek M . EL GAMLI

ملخص

يلتزم المشرع عند إصدار النص الجنائي بمجموعة من الضوابط الدستورية، التي تهدف إلى ضمان عدم التعسف في تقييد الحريات والحقوق، ولهذا فإن مخالفة المشرع لتلك الضوابط سوف يؤدي إلى وصم القانون بعدم الدستورية، وهو ما يجعله خاضعا لرقابة القضاء التي قد تنتهي إلى إلغائه.

إن الأثر الزمني لهذا الإلغاء يختلف باختلاف اتجاه النظام القانوني، وهو ما يرتبط بآثار تتعلق بالأفعال التي ارتكبت خلال نفاذ القانوني الذي ألغي لعدم الدستورية، سواء أكان القانون الملغي أنشأ وضعا تجريميا أم وضعا مبيحا، فالأثر الرجعي لحكم الإلغاء بسبب عدم الدستورية في ظل النظم التي تأخذ بهذا الأثر، سوف ينعكس على الأفعال المرتكبة، فيؤثر على المسؤولية الجنائية بمفهومها الواسع، سواء على قيام الجريمة أو انتفائها حسب الأحوال.

Abstract

When issuing the criminal text, the legislator is bound by a set of constitutional regulations, which aim to ensure that there is no arbitrariness in restricting freedoms and rights, and therefore the legislator's violation of these regulations will lead to the stigmatization of the law as unconstitutional, which makes it subject to judicial control that may end in its abolishment. The time effect of this cancellation varies depending on the different direction of the legal system, which is related to effects related to the acts committed during the enforcement of the law that was canceled for unconstitutionality, whether the repealed law established a criminal or permissible situation, the retroactive effect of the cancellation ruling because of the unconstitutionality in the systems that take in this effect, will be reflected in the acts committed, thus affecting criminal responsibility in its broadest sense, whether the crime was committed or its disappearance, as the case may be.

كلمات مفتاحية: إلغاء- دستورية- أثر- تجريم- إباحة- قانون عقوبات.

[1]- عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

المقدمة

إن التزام المشرع بالضوابط الدستورية عند صياغته وإصداره للنص القانوني يعد ضرورة من ضرورات تطبيقه، ذلك أن مخالفة تلك الضوابط من شأنها أن تصم ذلك النص بعدم الدستورية، الأمر الذي يخضعه لرقابة القضاء انتهاء بإلغائه.

ولا تبدو النصوص الجنائية بمنأى عن تلك الضوابط الدستورية والرقابة التي يمارسها القضاء، فقد يصدر المشرع نصا قانونيا جنائيا يخالف ضوابط التجريم والعقاب، أو يتجاوز ضرورات التجريم وضوابطه، أو قد لا يستجيب لقواعد إصدار النص التشريعي عموما، فيتصدى القضاء لهذا النص، ويقضي بإلغائه، فيثور بذلك التساؤل حول أثر ذلك الإلغاء بشأن قيام المسؤولية الجنائية أو انتفائها بالنسبة لما ارتكب من أفعال في ظل القانون المقضي بعدم دستوريته؛ فإذا كان النص الذي تقررت بموجبه أحكام المسؤولية أو انتفت، قد زال أثره، فهل يمتد ذلك إلى موجب تلك المسؤولية أو سبب انتفائها؟

إن خصوصية هذا الموضوع بالنسبة للنص الجنائي تبدو من حيث كون أن المسؤولية الجنائية تقوم أساسا على فكرة وجود النص، وخضوع الفعل للنص المجرم القائم وقت ارتكابه؛ ولهذا فالمسؤولية الجنائية من هذا الجانب تقوم على فكرتين رئيستين، الأولى: أن النص الجنائي عنصر رئيس في التجريم، لا قيام للمسؤولية بدونه، والثانية: أن عنصر الزمن الذي يرتكب خلاله الفعل ومدى قيام النص في تلك الفترة تعد مسألة دستورية في ذاتها، تحكم آلية تطبيق النص من حيث الزمان، وفقا لمبدأ عدم رجعية النص الجنائي الأشد.

ولهذا، ونظرا للأهمية الخاصة للجانب الموضوعي من النصوص الجنائية فإننا في هذا البحث سنقتصر على دراسة إلغاء النص الجنائي الموضوعي لعدم

الدستورية لارتباطه بفكرة المسؤولية الجنائية، لا بالإجراءات المتبعة في الدعوى وهذه المسألة تبدو لنا أكثر أهمية لاتصالها بفكرة التجريم وتقييد الحرية الشخصية.

ونشير هنا إلى مسألتين رئيستين، وهما: من ناحية، أن أثر الإلغاء على المسؤولية الجنائية لا نعني به المسؤولية الجنائية بمفهومها الضيق، بل نعني بذلك قيام أو انتفاء موجب المسؤولية، وهو وصف التجريم للفعل، ومن ناحية أخرى فإن الأثر المستهدف بالدراسة في هذه الورقة لا يقتصر على حالة إلغاء النص التجريمي الذي ينشئ جريمة، وإنما ينصرف أيضا إلى حالة إلغاء النص المبيح للفعل، متى صدر ملغيا لنص التجريم، وناله الإلغاء لاحقا لعدم الدستورية، ما يعني أن المقصود بالنص الجنائي، هو النص المرتبط بالتجريم أو الإباحة، وهذه الحالة الأخير تتجسد في حالة صدور قانون يبيح فعلا، كان مجرما بموجب قانون آخر.

ونظرا للخصوصية التي يتميز بها النص الجنائي، بوصفه ينشئ قيدا على الحرية الفردية، أو يحل هذا القيد، فإنه يُحاط في صياغته وتطبيقه بقواعد خاصة تلائم طبيعته، وتضمن تحقيقه لغرضه دون تعسف في المساس بالحقوق والحريات التي يرد عليها كقيد؛ ولذا فإن العيوب التي تنال من دستورية هذا النص تتميز هي الأخرى بخصوصية عن تلك التي تصيب النصوص غير الجنائية، وهذه الخصوصية هي التي تمنح موضوع هذه الدراسة أهمية من حيث طرح تلك العيوب وبيانها حالاتها **"مطلب أول".**

فضلا عن ذلك، فإن أهمية هذا الموضوع تتجسد في فكرة أثر الحكم بعدم الدستورية، سيما من حيث الزمان، فإذا كان الإلغاء التشريعي للنص لا يثير، وفقا للقاعدة العامة، أي إشكال في التطبيق، حال كون أثره يقتصر على المستقبل من لحظة نفاذ النص الجديد، ولا يمتد إلى الماضي إلا بنص صريح، فإن الإلغاء لعدم الدستورية قد يكون له أثرا على الماضي، وهي مسألة محل خلاف فقهي، انعكس- أي هذا الخلاف- على اتجاهات التشريع

والقضاء في شان تحديد هذا النطاق، وهو ما ينعكس بشكل مباشر على تحديد المسؤولية الجنائية **"مطلب ثان".**

ولدراسة عناصر هذا الموضوع، سنتناول أسباب عدم دستورية النص الجنائي "مطلب أول"، وأثر الحكم بعدم دستورية النص الجنائي الموضوعي "مطلب ثان".

المطلب الأول

أسباب عدم دستورية النص الجنائي الموضوعي

إن صدور الحكم بعدم دستورية النص الجنائي الموضوعي رهين بتوافر حالة من حالات عدم الدستورية التي تصيب ذلك النص، ذلك أن رقابة الإلغاء التي يمارسها القضاء الدستوري يجب أن تستند إلى مبرر يوصم به النص بعدم الدستورية؛ وللنص الجنائي الموضوعي حالات خاصة يوصم لأجلها بعدم الدستورية، سواء كان هذا النص نصا تجريميا، أو كان نصا مبيحا حل محل نص كان يجرم الفعل، ولهذا فإن أسباب عدم دستورية النص الجنائي، سوف تحدد مدى اتساع نطاق حالات إلغاء النص الجنائي لعدم الدستورية، وتبرز بالتالي أهمية دراسة تبعات الحكم بعدم دستورية مثل ذلك النص.

هذه الخصوصية التي تمثلها ضمانات إصدار النص الجنائي الموضوعي باعتباره نص ينشئ قيدا على الحريات والحقوق الشخصية، تجعل لهذا النص قواعد وضوابط تحدد مشروعيته، وتحد من سلطان المشرع في المساس بتلك الحريات والحقوق؛ ومن ثم فإن مخالفة المشرع لتلك الضوابط سوف تجعل هذا النص مشوبا بعدم الدستورية، ومؤهلا للإلغاء بسبب هذه الشائبة.

وفي إطار بيان الأسباب الرئيسة لوصم النص الجنائي بعدم الدستورية سنشير إلى أهم الضوابط التي يجب على المشرع عدم مخالفتها، وذلك للتركيز خصوصية النص الجنائي، ومن ثم فإنه لا يدخل في نطاق هذا الدراسة الأسباب العامة لعدم الدستورية، والتي يشترك فيها النص الجنائي وغيره من النصوص القانونية.

ويمكن القول إن أهم ضمانات النص الجنائي الموضوعي يمكن أن تتحدد في طائفتين، الأولى تتعلق بالشرعية الجنائية ضابطا لمضمون النص الجنائي الموضوعي **"فرع أول"**، والثانية تتعلق بمبدأ الملاءمة ضابط للتجريم والعقاب **"فرع ثان"**، ولهذا فإننا في هذا المطلب سنتطرق لهاتين المسألتين في فرعين منفصلين على النحو التالي:

الفرع الأول: الشرعية الجنائية ضابط دستورية التجريم والعقاب

إذا كان مبدأ الشرعية يعني التزام المشرع في التجريم بيان حدود الفعل المحظور ونوع ومقدار العقاب، وكذلك ضمان الالتزام في تطبيق النص بالوقت اللاحق لصدوره، فإن مخالفة هذه الضوابط قد لا تتخذ شكلا صريحا، إذ قد تحتمي تلك المحالفة بمظهر من المشروعية، بأن تتخذ شكل النص الذي يوحي بالاستجابة لمقتضيات مبدأ الشرعية، ويبرر ظاهريا حالة التجريم بمنحها طابع المشروعية بمعنى أن مخالفة مبدأ الشرعية لا تتخذ دائما وضعا شكلياً من خلال عدم الاستجابة للمظهر الخارجي للمخالفة، والتي تبدو عادة في شكل انعدام النص على نحو يسهل معه كشف تلك المخالف.

فمبدأ الشرعية، كونه يمثل ضمان عدم التعسف في التجريم، فإن مخالفته قد تكون موضوعية، بحيث يكون النص في ظاهره مستجيبا لمبدأ الشرعية، ولكنه يتضمن من الناحية الموضوعية انتهاكا لهذا المبدأ، ومخالفة للضمانة التي قُصد بها، وهو ما يعكس خطورة المخالفة في مثل هذه الحالات، ويعزز الحاجة لوجود رقابة

تضمن تعزيز المبدأ، انطلاقا من كونه مبدأ دستوريا، يتميز بالسمو في ذاته ما يجعل الالتزام به واجبا قانونيا على المشرع، دون أن يملك إيراد أي استثناء عليه.

والمخالفات الموضوعية لمبدأ الشرعية تتخذ نماذج مختلفة، يمكن أن نورد منها ما يلي :

1. عدم ضبط عناصر التجريم والعقاب :

إن وضوح عبارات النص التجريمي ودقة صياغتها يعدان أهم مظاهر الاستجابة لمقتضيات مبدأ الشرعية، إذ بغير هذا التحديد للعبارات لا يمكن الحد من سلطة القضاء في اختلاق الجريمة وتحديد معالمها؛ ولذلك سبق القول إن وجود النص الجنائي في حد ذاته لا يكفي للقول بتوافر مقتضيات الشرعية الجنائية، متى كان هذا النص لا يستجيب لفكرة التحديد التشريعي الدقيق لعناصر التجريم، من خلال الإعلان المسبق لمضمونها، وذلك لمنع ما قد يعتري النص من غموض في ألفاظه، على نحو يخول القضاء ممارسة اختصاص يتجاوز سلطته في الحكم.

وبسبب افتراض هذا الوضوح لعبارات النص الجنائي كلازم من لوازم تطبيق مبدأ الشرعية، بعض القوانين تحد من سلطة القاضي في التفسير، وتجعل من التفسير الضيق قيدا على سلطته؛ ومن ذلك ما تنص عليه المادة 111 الفقرة 4 من قانون العقوبات الفرنسي، حينما تقرر أن: "النصوص الجنائية تفسر تفسيراً ضيقا"[2].

إن الإلزام بالتفسير الضيق للنص الجنائي يقوم على افتراض أن عبارات النص بذاتها دالة على معناها، بحيث يقتصر دور القاضي على تطبيق النص وانحصار دوره في مجرد تفسيره بشكل يستجيب للمعاني الظاهرة للنص، ذلك أن إلزام القاضي بالتفسير الضيق لا يكون مقبولا إلا بافتراض وضوح عبارات النص

[2] -L'article 111-4 du code penal français prévoit : "La loi pénale est d'interprétation stricte".

في الدلالة على معانيها، وإلا تعطل تطبيق النص وانحرف تطبيقه عن مقاصد المشرع، بسبب غموضه وانعدام وسيلة فهمه[3]، ولهذا فإن وضوح النص الجنائي يعد مقوما من مقومات وجوده وتطبيقه.

وتجسيدا لرقابة القضاء على سلطة المشرع بشأن وضوح صياغة النص الجنائي والالتزام بدقة اللفظ، قرر المجلس الدستوري الفرنسي اعتبار نص المادة 222-31-1 من قانون العقوبات نصا غير دستوري، لكونه استعمل مصطلح "أحد أفراد الأسرة" ضمن العبارات التي تحدد نطاق تطبيق هذا النص" الخاص بجريمة زنا المحارم"، دون أن يكون هذا اللفظ محدد المعنى من حيث المقصود بأفراد الأسرة، الأمر الذي يعطي للمحكمة سلطة واسعة في تفسيره وتحديد نطاقه، وهو ما اعتبره المجلس مخالفا لمقتضيات مبدأ الشرعية، من حيث عدم استجابة النص للازم وضوحه وتحديد عباراته.

وقد جاء في قرار المجلس المذكور: "بالنظر إلى أنه إذا كان متاحا للمشرع أن يضع تصنيفا إجراميًا محددًا لتعيين الاعتداء الجنسي بين المحارم، فإنه يجب أن يتقيد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فالامتناع عن التحديد الدقيق للأشخاص الذين يجب النظر إليهم في إطار هذا التنصيف باعتبارهم أفراد الأسرة، يقتضي بالنتيجة ودون ضرورة لدراسة المناعي الأخرى، إعلان الحكم المتنازع عليه مخالفاً للدستور"[4].

---

[3]- ومع ذلك، يثور في الفقه خلاف حول هذه المسألة، من حيث ضرورة تبني أسلوب التفسير المنطقي للنص الجنائي، على اعتبار أن الغاية من التفسير هي البحث عن إرادة المشرع، والبحث عن تلك الإرادة مثلما قد يستلزم تفسيرا ضيقا، فإن التفسير الموسع قد يكون هو السبيل للوصول إلى تلك الإرادة، على اعتبار أن هذا التفسير الأخير لا ينتهك مبدأ الشرعية، طالما أنه يعتمد معنى تستوعبه عبارات النص الجنائي محل التفسير.

[4]- حيث جاء في قرار المجلس في تأكيد ذلك :

" 1. Considérant qu'aux termes de l'article 222-31-1 du code pénal : « Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une soeur ou par toute autre

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا الاتجاه في مناسبة أخرى بقوله: "مع الأخذ في الاعتبار أنه يتعين على المشرع أن يمارس في المجال الجنائي بشكل كامل الاختصاص المخولة له بموجب المادة 34 من الدستور، وفي هذا الصدد، مبدأ وضوح القانون، الذي يتفرع من نفس المادة من الدستور، فإن هدف القيمة الدستورية للوضوح وإمكانية الوصول إلى القانون، والتي تنبثق من المواد 4 و 5 و 6 و 16 من إعلان 1789 تفرض على المشرع اعتماد أحكام دقيقة وصيغ لا لبس فيها؛ أنه يجب بالفعل حماية أهداف القانون ضد تفسير يتعارض مع الدستور أو خطر التعسف"[5].

---

personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait » ;

2. Considérant que, selon le requérant, en ne définissant pas les liens familiaux qui conduisent à ce que des viols et agressions sexuels soient qualifiés d'incestueux, ces dispositions portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines ; qu'elles porteraient également atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ;

3. Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ;

4. Considérant que, s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux , il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, la disposition contestée doit être déclarée contraire à la Constitution ;" Conceil comstitutionel, Décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011. https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011163QPC.htm. Consulté le 20/03/2020.

[5]- Le Conseil constitutionnel a décidé que: " Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et

وفي ذات السياق، أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا الاتجاه بقولها: "وحيث إنه من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية أن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها في أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين منها في أية تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرا، ويتعين بالتالي - ضمانا لهذه الحرية- أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة، بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون تلك القوانين جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو انبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها. كذلك فإن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يحال بين محكمة الموضوع وبين إعمال قواعد منضبطة تعين لكل جريمة أركانها، وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيه"[6].

---

l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire". Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005. https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2004509DC.htm Consulté le 20/03/2020. Et dans une autre décision, ce conseil confirme cette position en disant que: " Considérant, en premier lieu, que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire". Décision n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010. https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201073QPC.htm. Le 21/03/2020. voir aussi : Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985.https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/84183DC.htm. Consulté le 21/03/2020.

6- المحكمة الدستورية العليا المصرية، طعن رقم 114 لسنة 21 قضائية، جلسة 2 يونيه 2001.

في كل الحالات التي تناولتها القرارات والأحكام المشار إليها، المخالفة لمبدأ الشرعية لم تتخذ شكل انعدام النص، ولكنها تتجسد في وجود نص غامض لا يستجيب لفكرة التحديد الدقيق لعناصر التجريم، وهو بذلك، يمنح القاضي سلطات واسعة في تحديد نطاق النص، وهي نتيجة تطابق في آثارها ما يترتب على انعدام النص التجريمي، بل وتبدو أكثر خطورة على الحريات والحقوق بسبب ما تنتحله من مظهر يستجيب للمبدأ محل البحث.

وعلى الرغم من أهمية حالات غموض عبارات النص، فإن التزام المشرع بمبدأ الشرعية في مجال التجريم، لا يقتصر فقط على وجوب وضوح شق التكليف إذ الالتزام يظل قائما بشأن وضوح شق الجزاء أيضا، من لزوم حيث بيان نوع العقاب وتحديد مقداره؛ فالعقوبة الجنائية يجب أن تكون محددة النوع والمقدار بحيث يقتصر دور القاضي على تحديد القدر المناسب من بين الحدين الأعلى والأدنى اللذين يحددهما المشرع، ولهذا فإن هذا الأخير إذا ما رخص للمحكمة بتحديد نوع العقوبة أو مقدارها، دون ضوابط تشريعية تضمن عدم تجاوز القاضي لدوره كجهة حكم، فإن النص يكون مخالفا لمبدأ الشرعية مشوبا بعدم الدستورية.

وفي هذا الشأن تقرر المحكمة العليا الليبية أنه: "وحيث إن نعي الطاعن بعدم دستورية النص المطعون فيه سديد، ذلك أن المادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 3 / 8 / 2011 تنص على أن :... الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع ... وتنص المادة 31 من الإعلان الدستوري المؤقت على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ...لما كان ذلك وكانت الدية في جرائم القتل تجمع بين وصفي العقوبة والتعويض، فإنه يجب أن يحدد مقدارها بنص في القانون، وفي الحدود المقررة في المصدر الرئيسي للتشريع، عملا بالقاعدة الدستورية المشار إليها التي تقضي بألا عقوبة دون نص، وإذ خالف النص المطعون فيه ذلك، ولم يحدد مقدار الدية، وترك ذلك لولي الدم، فإنه يكون قد خالف المادة الأولى من الإعلان

الدستوري المشار إليها، وهو ما يقتضي تدخل المشرع لمعالجة ذلك، ويتعين معه الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه"[7].

وعلى هذا، فإن وضوح عبارات النص الجنائي في شقيه، وكفاية دلالاتها على المعنى الذي قصد منها، يعد من عناصر تحديد مشروعية النص الجنائي من الناحية الدستورية، حال كونها أحد نتائج الأخذ بهذا المبدأ، فضلا عن كون تلك العناصر ضمانات تتفرع عما يحيط به الدستور الحقوق والحريات الفردية من حماية، ما يقتضي أن يكون تقييدها غير مشروع إلا إذا تم بموجب نصوص واضحة ودالة على حدود التقييد، لهذا تتمتع هذه الضمانات بقيمة دستورية سامية، وإن لم يرد في الدستور ما يؤكدها بالنص الصريح؛ وبذا فإن إخفاق المشرع في الاستجابة لهذه الضوابط سيصم النص بعدم الدستورية بسبب مخالفته تلك الضمانات.

2.الإحالة التشريعية لمصدر غير تشريعي في شأن مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب:

من نتائج الأخذ بمبدأ الشرعية، أن النص يجب أن يتضمن في ذاته كافة عناصر التجريم، بحيث يكون في ذاته إعلانا كافيا عن بيان تلك العناصر، ولهذا فإن نزول المشرع عن تحديد تلك العناصر والتفويض في شأنها بالإحالة إلى مصدر آخر لا تتوافر فيه شروط مصدر التجريم وفقا لمبدأ الشرعية، سوف يمثل مخالفة لهذا المبدأ، ذلك أنه متى كان نص مبدأ الشرعية لا يسمح بهذا التفويض، فإن سلطة المشرع تكون مقيدة، ومخالفة هذا القيد سيصم مسلك المشرع بعدم الدستورية.

[7]- المحكمة العليا، طعن دستوري رقم 29 لسنة 59 ق، جلسة 2013/12/23.

ولهذا، فالنص التشريعي الذي يحيل إلى الشريعة الإسلامية أو إلى نص لائحي، سوف يكون نصا مخالفا لمبدأ الشرعية متى كانت صياغة هذا المبدأ لا تسمح بمثل تلك الإحالة.

غير أن مجرد ورود الإحالة في النص الجنائي لمصدر لا تتوافر فيه مقتضيات مبدأ الشرعية، يجب ألا يفهم على أنه إحالة في شأن مسائل التجريم، ما لم تكن الإحالة صريحة ودالة على هذا المعنى، ذلك أن هذا المبدأ-مبدأ الشرعية- فضلا عن كونه قيدا على سلطة المشرع، فهو وسيلة للتفسير الذي يضمن عدم التعسف في التجريم، إذ بغير هذه القيمة لمبدأ الشرعية، سيصبح تطبيق المبدأ معطِّلا -لمجرد الشبهة- لكثير من النصوص التي لم تثبت مخالفتها الصريحة لهذا المبدأ؛ ولذلك فحمل نص الإحالة على معنى يستوعبه هذا المبدأ، على نحو يضمن حماية الحريات والحقوق الفردية، هو الأولى من تخطئة النص وتعييبه.

وتجسيدا لهذا المعني، قررت محكمتنا العليا في شأن تفسيرها لنص المادة السابعة من قانون القصاص والدية، أن الإحالة التي تضمنتها هذه المادة لمبادئ الشريعة الإسلامية، تقتصر على المسائل التي لا تتعلق بالتجريم والعقاب، حال كون هذه المسائل لا يجوز الإحالة في شأنها لغير النصوص التشريعية:

"وحيث إن القانون رقم 6 لسنة 1994م في شأن القصاص والدية وتعديلاته قد خلا من تنظيم أحكام الاشتراك في جريمة القتل، وقد نص في مادته السابعة على الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لأحكامه، وإعمالا لنص المادة (31) من الإعلان الدستوري، والمادة الأولى من قانون العقوبات اللذان ينصان على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وما يقضيانه من عدم جواز الإحالة في شأن التجريم والعقاب، فإن هذه الإحالة تفسر في غير ما يتعلق بالتجريم والعقاب..."[8].

[8]- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 752 لسنة50ق، جلسة 2013/12/23.

ومن هذا يبدو واضحا أن المحكمة العليا شاءت أن تتبنى أسلوب تطويع النص لما يلائم القواعد العامة في النظام القانوني الذي ينتمي إليه النص، حال كون ذلك أولى من تعييبه، فقررت مشروعية النص من خلال تفسيره تفسيرا يلائم مبدأ الشرعية حسب فهم المحكمة، وهو ما يمثل المظهر القضائي في الاستجابة لهذا المبدأ.

هذا الاتجاه الذي انتهجته المحكمة العليا الليبية في فهم النص على نحو ينجيه من شائبة عدم الدستورية مع الحفاظ على الحماية التي يهدف إليها مبدأ الشرعية يعبر عن موقف سبق للمحكمة الدستورية العليا المصرية أن تبنته عندما قررت أنه: "وحيث إن من المقرر أن الرقابة على الدستورية لا تستقيم موطئا لإبطال نصوص تشريعية يمكن تأويلها - بمختلف طرق الدلالة المعتبرة- على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها، بل يجب - وبوصفها رقابة متوازنة لا يجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحة تقتضيها- أن تكون مبررة بدواعيها، كي لا يكون اللجوء إليها اندفاعا، أو الإعراض عنها تراخيا"[9].

هذا الاتجاه الذي عبرت عنها المحكمتان لا يخرج عن فكرة الرقابة على النص من حيث التزامه محاذير المساس بالحقوق والحريات، ولكنه ينتهج وسيلة أكثر فاعلية في تحقيق تلك الرقابة، تنجي النص من الوصم بعدم الدستورية وتضمن عدم تعطيله لمجرد الشبهة؛ غير أن ذلك لا يتسنى إلا متى كان النص يسمح بمثل هذا التفسير، ولهذا فإن خروج النص بشكل صريح على مقتضيات مبدأ الشرعية لا يمكن تقويمه وتصحيح الأوضاع التي يمسها إلا برقابة الإلغاء.

[9]- المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 35 لسنة 9 قضائية، جلسة 14 أغسطس 1994م.

3.عدم الاستجابة لمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي الأشد:

يعد مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي الأسوأ للمتهم فرعا من مبدأ الشرعية الجنائية، ولهذا فإن المشرع لا يملك الاختصاص بمد تطبيق النص الجنائي على وقائع سابقة على نفاذه، لما ينطوي عليه ذلك من عقاب على فعل ارتكب في وقت لم يكن مجرما، أو على الأقل لم يكن عقاب الفعل بمستوى العقاب الذي تضمنه النص الجديد[10]؛ ولهذا فإن النص الجنائي الذي يتضمن تطبيق حكمه على الماضي يعد نصا معيبا بعدم الدستورية لمخالفة مبدأ الشرعية.

ومن التطبيقات العملية لهذه الحالة من حالات مخالفة مبدأ الشرعية، نلاحظ أن القانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية تضمن مثل هذه المخالفة عندما نص في مادته الأربعين على سريانه بأثر رجعي، وقد طعن على هذه المادة بعدم الدستورية، لمخالفتها مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي، إلا أن المحكمة العليا الليبية لم تقل كلمتها بشأن هذا الطعن، حيث قضت بعدم اختصاصها النظر في المسائل المتعلقة بعدم الدستورية، حال كون قانونها الجديد في حينه لم يمنحها هذا لاختصاص، ما رأت أنه يسري على كل الدعاوى المنظورة، والتي لم يفصل فيها بما فيها الطعن المشار إليه، تطبيقا للأثر المباشر للقواعد المتعلقة بالاختصاص[11].

الفرع الثاني: ضابط مبدأ الملاءمة في التجريم والعقاب

يعد التجريم اختصاصا تشريعيا تمارسه السلطة التي يفوضها الدستور في إطار ضوابط وقيود، تحدد مدى ملاءمة ممارسة هذا الاختصاص للأهداف التي شُرع لأجلها، فتقييد الحرية من خلال حظر بعض الأفعال وفرض عقوبات في حالة مخالفة هذا التقييد، يجب أن يخضع لتوازن يبرر هذا التقييد، بحيث لا يلجأ المشرع

---

[10]-Conseil Constitutionel, Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986. https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86215DC.htm. Consulté le 21/03/2020.

[11]- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 28/3ق، جلسة 1982/10/30.

إليه إلا عند الضرورة لوجود التجريم (1)، وملاءمة ضوابط تطبيق العقاب لظروف مرتكب الفعل (2)، وهو يتقيد في ذلك أيضا بالنظام العام في الدولة باعتباره المحدد للمشروعية، سواء بالنسبة للنص المجرم أو النص المبيح (3).

1. تجاوز النص الجنائي ضرورات التجريم والعقاب:

إن اختصاص المشرع بالتجريم والعقاب ليس سلطة مطلقة، فمبدأ القسط في التجريم يحد من هذا الاختصاص، فلا يجوز للمشرع اللجوء للتجريم إلا إذا كانت المصلحة المستهدفة بالحماية لا تتحقق حمايتها إلا بهذا الأسلوب، فالتجريم استثناء لا يصار إليه إلا في حالة الضرورة[12]. ولهذا، فمبدأ الضرورة يعد أحد القيود التي تحد من سلطة المشرع في التجريم والعقاب، ومخالفة هذا المبدأ سيصم العقوبة بعيب الاستبداد[13]، وهو ما يترتب عليه عدم دستورية مسلك المشرع، إعمالا لمقتضيات حماية الحرية الفردية.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ، فإن بعض النظم القانونية تعززه بنصوص خاصة ولا تكتفي بمجرد استنتاجه من القواعد الدستورية العامة، ففي فرنسا مثلا ورد النص على هذا المبدأ بموجب نصوص صريحة، فنُصّ عليه في المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، كما استجاب البرلمان الفرنسي في كثير من المناسبات للدعوات الخاصة بتعديل بعض القوانين الجنائية المخالفة لهذا المبدأ[14].

وفي إطار تعزيز هذا المبدأ، أكد المجلس الدستوري الفرنسي في أحد قراراته أنه: "مع الأخذ في الاعتبار أن المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن تنص على أنه: يجب أن ينص القانون فقط على عقوبات ضرورية وواضحة تماما"[15]. وفي مناسبة أخرى، أكد المجلس مبدأ الضرورة كضابط

---

[12]- SIZAIRE,**paragraph 2.**

[13]-DE GOUVILLE PAULINE, **,Paragraph** 5.

[14]-SIZAIRE**Vincent.op-cit.**

[15]. -Le Conseil constitutionnel, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999.

للتجريم بقوله: "وبالنظر إلى أنه يترتب على هذه الأحكام، كمبادئ أساسية معترف بها في قوانين الجمهورية، أنه لا يمكن فرض عقوبة إلا بشرط احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومبدأ ضرورة العقوبات، مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي الأشد، وكذلك حقوق الدفاع"[16].

ولهذا فإنه كلما كان السلوك لا يتضمن خطورة تستأهل التجريم والعقاب فإن تجريمه يكون مخالفا لضوابط التجريم.

إن القيمة الدستورية لضابط الضرورة في التجريم والعقاب لها أساس وإن لم يرد النص عليها صراحة في الدستور، ذلك أن جل الدساتير تعنى بضمان حقوق أساسية للأفراد منها الحق في الحياة والحرية الشخصية، وتحظر تقييدها إلا لمبرر يسمو على هذه الحقوق؛ ولهذا فإن الطبيعة الدستورية لتلك الحقوق والحريات

---

https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99410DC.htm. Consulté le 20/03/2020.

[16]- Le Conseil constitutionnel a decidé que : "Considérant qu'ilrésulte de ces dispositions, comme des principles fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loipénaled'incrimination plus sévèreainsique les droits de la défense". Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325DC.htm. Le 20/03/2020.

ويلاحظ أن المجلس الدستوري أكد أهمية هذه الضمانات بالنسبة للعقوبة ذات الطبيعة الجنائية، وإن كان النطق بها موكولا لجهة غير قضائية حسب تعبير المجلس، فهي ضمانة مقرر في مواجهة العقوبة لذاتها، حيث قرر المجلس في هذا الشأن:

""14, Considérant que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose notamment que : "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires".

" 15,Considérant que le principe ainsi énoncé ne concerne pas seulement les peines prononcées par les jurisdictions répressives, mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition meme si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ;". Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987. https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/87237DC.htm. Consulté le 20/03/2020.

وفي شأن تقييم هذا الاتجاه التوسعي في تطبيق هذه الضمانات أنظر:

BOTTON, ,paragraph 6.

سوف تجعل من العقاب الجنائي بصوره المختلفة غير مشروع، إذا لم يستند إلى مبررات قوية، تجعل من التجريم ضرورة حتمية لمواجهة خطورة الفعل لحماية المصلحة المقصودة بالحماية.

وفي هذا الشأن قررت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلغاء نص المادة 48 من قانون العقوبات المصري بشأن تجريم الاتفاق الجنائي[17]، وأكدت المحكمة في سياق أسباب حكمها: أن "الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضا أو عاتيا، أو كان متصلا بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافيا بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسبا مع خطورة الأفعال التي أثمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده، ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافا؛ متى كان ذلك، وكانت الفقرة الثانية من المادة 48 تقرر عقوبة السجن على الاتفاق الجنائي على ارتكاب جناية، وكانت عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية، وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه، ولا يجوز أن تنقص عن ثلاث سنوات، ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة، إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا... ذلك أن محل الاتفاق - كما سبقت الإشارة- قد يكون ارتكاب جناية أو جنحة غير معينة بذاتها، وعندئذ توقع العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من المادة وحدها، وهي تصل إلى السجن خمس عشرة سنة أو الحبس ثلاث سنوات - حسب الأحوال - ولا شك أنها عقوبات مفرطة في قسوتها، تكشف عن مبالغة المشرع في العقاب بما لا يتناسب والفعل المؤثم".

[17]- المحكمة الدستورية العليا المصرية، طعن رقم 114 لسنة 21 قضائية، جلسة 2 يونيه 2001.

إن التوازن بين ضرورة التجريم وحماية الحقوق والحريات يمثل أساس وجوهر مبدأ الضرورة في التجريم، فكلما كان التجريم هو الوسيلة الوحيد لحماية المصلحة المحمية، كان مشروعا، وإلا عد تجاوزا وتعسفا في التقييد، والمرجع في تحديد احترام المشرع لهذا التوازن موكول للقضاء صاحب الاختصاص الدستوري الذي يبسط في بحثه طبيعة الفعل ونطاق التجريم والجزاء المرصود والحاجة إلى التجريم في إطار كفاية الوسائل القانونية غير الجنائية لحماية المصلحة المراد حمايتها.

2.مخالفة ضابط التفريد العقابي:

إن طبيعة غرض الردع الذي تهدف إليه العقوبة الجنائية يقتضي أن يكون الجزاء ملائما لجسامة الجريمة من ناحية، ولظروف مرتكب الفعل من ناحية أخرى، وذلك حتى يكون الجزاء كافيا لتحقيق غرضه من غير إفراط يتجاوز ضرورته، ولا تفريط يجرد الجزاء من فاعليته، ولهذا يمكن القول إن التفريد القضائي يمثل فكرة الالتزام بمبدأ الضرورة في تطبيق العقوبة وجدوها، ولكن في جانبه القضائي.

فإذا كان التفريد التشريعي الذي يمارسه المشرع يضمن الملاءمة بين جسامة الجريمة ومقدار ونوع العقاب بشكل مجرد، فإن التفريد القضائي الذي يمارسه القاضي، يضمن تحقيق غرض الجزاء على أسس واقعية، من خلال الأخذ في الاعتبار عند تحديد مقدار العقوبة بين حديها، ظروف مرتكب الفعل وخطورة الفعل، ذلك أن هذا التفريد يعد أحد مظاهر الأخذ بمبدأ ملاءمة التجريم والعقاب للفعل من حيث ضرورته وجدواه، وهو بهذه المثابة، يقلل من غلو مبدأ الشرعية،

بحيث لا يكون النص مطبقا بشكل جامد، يتجرد معه القاضي من سلطة التقدير والمواءمة[18].

ولهذا فإن أي نص جنائي يجرد القاضي من سلطة التقدير وتحديد الجزاء أو المعاملة العقابية الملائمة لظروف مرتكب الجريمة، سوف يعد نصا غير دستوري[19]، ذلك أن اعتبارات التفريد واختيار الجزاء تدخل ضمن الاختصاص الأصيل لسلطة الحكم، أي القضاة[20]، ولهذا فإن افتئات المشرع على تلك السلطة بالتقييد، فضلا عن كونه يمس بمبدأ المسؤولية الشخصية التي تقتضي مناسبة العقوبة لمرتكب الفعل[21]، ويجرد المحكوم عليه من إحدى ضمانات الملاءمة التي تعد عنصرا من عناصر مبدأ الضرورة في اختيار العقاب، وهو ما يصم سلوك القاضي عند تطبيق العقوبة بعدم المشروعية، لعدم استجابته لمقتضيات التفريد، فهو يعد أيضا- أي التقييد-انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات.

وفي هذا الشأن تؤكد المحكمة الدستورية العليا بمصر: "حيث إن قضاء هذه المحكمة، قد جرى على أن الأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، وأن تقرير استثناء من هذا الأصل -أياً كانت الأغراض التي يتوخاها- مؤداه أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم، وأن عقوبتهم بالتالي يجب أن تكون واحدة، لا تغاير فيها وهو ما يعني إيقاع جزاء في غير ضرورة بما يفقد العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابساتها؛ وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتضى، ذلك أن مشروعية

---

[18]-GROULEZ,p.2.

[19]-Conseil constitutionel, Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981. https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/80127DC.htm. Le 20/03/2020.

[20]- وتأكيدا على هذه الأهمية لمبدأ التفريد القضائي، تنص بعض قوانين العقوبات على هذا المبدأ، ومن ذلك المادة 1/132 من قانون العقوبات الفرنسي، حيث تنص على أن العقوبات التي تصدرها المحكمة يجب أن تكون فردية "أي خاضعة للتفريد" حيث نصت هذه المادة على:

".....Toute peine prononcée par la jurisdiction doit être individualisée".

[21]- يتبنى المجلس الدستوري الفرنسي هذا الفهم في تأكيد العلاقة بين مبدئي التفريد وشخصية العقوبة :

Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999.op-cit.

العقوبة من زاوية دستورية؛ مناطها أن يباشر كل قاض سلطته في مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديراً لهافي الحدود المقررة قانوناً، فذلك وحده الطريق إلى معقوليتها وإنسانيتها، جبراً لآثار الجريمة من منظور موضوعي، يتعلق بها وبمرتكبه"[22].

والواقع أن أغراض العقوبة لا تتحقق فقط بالتنفيذ، فعدم التنفيذ قد يكون في حد ذاته أحد وسائل تحقيق الإصلاح كغرض رئيس للعقوبة، ولهذا يبدو نظام وقف التنفيذ أسلوبا للمعاملة العقابية التي تهدف إلى تحقيق هذا الغرض؛ وفي هذا الشأن تؤكد محكمة النقض المصرية أن: "وزن العقوبة لا يكون بنوعها ومقدارها فحسب بل أيضاً بتنفيذها أو عدم تنفيذها، إذ أن وقف التنفيذ باعتباره من صميم عمل القاضي حين يصدر الحكم داخل في تقدير أثر العقوبة في الزجر، فهو إذًا عنصر من عناصرها التي تراعى عند إيقاعها"[23].

كما قضت أيضاً ذات المحكمة بأن "الحكم بوقف التنفيذ لا يكون إلا لتحقيق مصلحة اجتماعية، هي إصلاح حال المحكوم عليه، وتمهيد السبيل لعدم عودته إلى ارتكاب الجرائم...فإذا رأى القاضي من الظروف المتقدمة أن الجاني الذي ارتكب جناية أو جنحة سوف يقمع عن ارتكاب الجرائم، جاز له الحكم بوقف تنفيذ العقوبة التي قضى بها عليه بشرط أن يبين أسباب ذلك"[24].

ولهذا فإنه يمكن القول إن نظام وقف التنفيذ يدخل ضمن عناصر سلطة القاضي في تفريد العقوبة وتحديد نظام المعاملة العقابية الأنسب للمحكوم عليه[25] غير أنه بالنظر إلى الطبيعة الاستثنائية لهذا النوع من التفريد، فإنه يقع عادة في دائرة المصادرة التي يمارسها المشرع لسلطة القضاء في هذا الشأن، تحقيقا لضمان توقيع العقاب بشأن طائفة من الجرائم يقدر المشرع أهمية توقيع العقاب بشأنها، إلا

---

[22]- القضية رقم 64 لسنة 19 قضائية دستورية، جلسة 9 مايو 1998.

[23]- نقض جنائي 2 فبراير 1945م،مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج 3 ص 319 رقم 169.

[24]- نقض جنائي، جلسة 5 ديسمبر 1938م،مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج 1،ص 143،رقم294.

[25]- سالم، ص27، ص39.

أنه ونظرا لاتصاف هذا النظام –أي وقف التنفيذ- بصفة التفريد، ولكونه اختصاصا أصيلا يمارسه في إطار هذا التفريد، وليس مجرد ترخيصا من المشرع، يملك تقييده وإلغاءه، فإن ذلك يعني أن مصادرته بتجريد القاضي من سلطة إعماله، سيعد مخالفة تصم مسلك المشرع بعدم الدستورية، لذات الأسباب المتعلقة بنظام التفريد.

وتأكيدا لهذا المعنى، تقول المحكمة الدستورية العليا بمصر: "حيث إن السلطة التي يباشرها القاضي في مجال وقف تنفيذ العقوبة فرع من تفريدها؛ تقديراً بأن التفريد لا ينفصل عن المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية، ويتصل بالتطبيق المباشر لعقوبة فرضها المشرع بصورة مجردة، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية جميعها؛ وإن إنزالها بنصها على الواقعة الإجرامية محل التداعي، ينافي ملاءمتها لكل أحوالها وملابساتها؛ بما مؤداه أن سلطة تفريد العقوبة - ويندرج تحتها الأمر بإيقافها- هي التي تخرجها من قوالبها الصماء، وتردها إلى جزاء يعايش الجريمة ومرتكبها، ولا ينفصل عن واقعها. وحيث إن تناسب العقوبة مع الجريمة ومرتكبها، إنصافاً لواقعها وحال مرتكبها، يتحقق بوسائل متعددة، من بينها تلك التي يجريها القاضي -في كل واقعة على حدة- بين الأمر بتنفيذها أو إيقافها؛ وكان المشرع - بالفقرة الأخيرة من المادة 155 المطعون عليها- قد جرد القاضي من السلطة التي يقدر بها لكل جريمة عقوبتها التي تناسبها، بما يناقض موضوعية تطبيقها؛ وكان لا يجوز للدولة -في مجال مباشرتها لسلطة فرض العقوبة صوناً لنظامها الاجتماعي- أن تنال من الحد الأدنى لتلك الحقوق التي لا يطمئن المتهم في غيابها إلى محاكمة منصفة، غايتها إدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة وفقاً لمتطلباتها التي بينتها المادة 67 من الدستور؛ وكان من المقرر أن شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة محلها مرتبطتان بمن يكون قانوناً مسئولاً عن ارتكابها، على ضوء دوره فيها، ونواياه التي قارنتها، ومدى الضرر الناجم عنها، ليكون الجزاء عنها موافقاً لخياراته بشأنها؛ وكان تقدير هذه العناصر جميعها داخلاً في إطار

الخصائص الجوهرية للوظيفة القضائية، باعتباره من مكوناتها؛ فإن حرمان من يباشرونها من سلطتهم في مجال تفريد العقوبة بما يوائم -بين الصيغة التي أفرغت فيها ومتطلبات تطبيقها في حالة بذاتها- مؤداه بالضرورة أن تفقد النصوص العقابية اتصالها بواقعها، فلا تنبض بالحياة، ولا يكون إنفاذها إلا عملاً مجرداً، يعزلها عن بيئتها، دالاً على قسوتها أو مجاوزتها حد الاعتدال، جامداً فجاً، منافياً لقيم الحق والعدل.وحيث إن النص المطعون فيه - وعلى ضوء ما تقدم- يكون قد أهدر - من خلال إلغاء سلطة القاضي في تفريد العقوبة- جوهر الوظيفة القضائية؛ وجاء منطوياً كذلك على تدخل في شئونها؛ مقيداً الحرية الشخصية في غير ضرورة؛ ونائيًا عن ضوابط المحاكمة المنصفة؛ وواقعاً بالتالي في حمأة مخالفة أحكام المواد 41، 67 165، 166 من الدستور"[26].

وفي ذات السياق، وفي إطار إحدى الدراسات الخاضعة لإشراف المجلس الدستوري الفرنسي تم التأكيد على أنه "...إذا استبعد القانون التفريد من خلال صياغة عقوبة واحدة محددة، فإن ذلك من شأنه الإضرار بمبدأ التناسب"[27].

ولهذا، فإن حرمان القاضي من سلطة التفريد يعد تدخلا في شؤون السلطة القضائية، وتقييدا للحرية الشخصية، دون توافر مبرراتها التي يقدرها القاضي باستعمال مكنة التفريد، الأمر الذي يصم النص الجنائي بعدم الدستورية؛ وفوق ذلك فإن المساس بمبدأ التفريد القضائي سوف يخل بفكرة التناسب بين العقوبة وظروف الفاعل والفعل المرتكب، وهو ما يمس بجدوى العقوبة. ولهذا يمكن القول إن نص المادة 13 مكرر من القانون رقم 2 لسنة م1979 بشأن الجرائم الاقتصادية يعد

[26]- القضية رقم 64 لسنة 19 قضائية دستورية، سبقت الإشارة إليه.

[27]- Car si une loi écartait toute individualisation en fulminant une peine fixe, c'est le principe de proportionnalité qui serait blessé":

CANIVET, paragraph 6.

نصا غير دستوري فيما تضمنه من عدم جواز وقف تنفيذ عقوبة جريمة الصك بدون رصيد.

ومع ذلك، فإن عدم التفريد القضائي لا يعني الحالة التي يكون فيها النص متضمنا عقوبة من حد واحد، فوجود نصوص تتضمن عقوبات من حد واحد في القانون الليبي، كعقوبة الإعدام المقررة لبعض الجرائم، لا يعني أنها تنتهك مبدأ التفريد، طالما أنها تخضع لنص المادة 29 من قانون العقوبات التي تجيز تخفيض العقوبة بالنظر إلى توافر ظروف الرأفة[28].

3.النظام العام ضابط لمشروعية النص الجنائي:

إن موافقة النص القانوني عموما للنظام العام، يعد أحد ضوابط مشروعية النص من الناحية الدستورية، وعلى الرغم من الصعوبة التي تكتنف تعريف موضوع النظام العام، إلا أنه يمكننا التأكيد على أن بعض العناصر هي محل اتفاق من حيث كونها تمثل جزء من بنيان النظام العام، فمثلا تعد الشريعة الإسلامية أحد عناصر النظام العام في ليبيا لكون أحكامها تمثل قيم عليا بالنسبة للمجتمع الليبي ولهذا يجب أن يكون النص الجنائي متوافقا مع أحكامها، غير أن ذلك لا يعني بالضرورة أن يكون مضمون النص مستمدا من أحكامها، ولكن يجب على الأقل ألا يكون هذا المضمون متعارضا مع تلك الأحكام.

فالنظام العام يمثل عنصرا مهما في مجال التجريم والعقاب، يُراعى في إطار تحقيق توازن بين هذا النظام ومبدأ حماية الحريات والحقوق الفردية، وتجسيدا لأهمية هذه الموازنة، تضمنت بعض النظم القانونية النص عليها صراحة، ففي فرنسا، نص إعلان حقوق الإنسان والمواطن في مادته الحادية عشرة على منع تقييد

---

[28]- ولهذا قضت المحكمة العليا الليبية بدوائرها مجتمعة بخضوع عقوبة السجن المؤبد كبديل لعقوبة الإعدام قصاصا في حالة العفو، لنص المادة 29 عقوبات بحيث تخضع هذه العقوبة للتخفيف الوارد بهذا النص متى رأت المحكمة توافر أسبابه:
المحكمة العليا، الدوائر مجتمعة، طعن رقم 346 لسنة 55ق، جلسة 2014/03/24.

حرية الرأي، بما فيها الحرية الدينية، إلا إذا تعارضت مع النظام العام الذي يحدده القانون[29].

ولهذا فإن أي خلل في تحقيق هذا التوازن سوف يوصم بعدم الدستورية حال كون هذا النظام يمثل جزءا من فكرة الضرورة كمبرر للتجريم والعقاب، فلا تجريم مشروع يخالف النظام العام، ولا إباحة مشروعة تهدد النظام العام[30].

وتبدو أهمية هذا القيد على سلطة المشرع في ليبيا بشكل واضح بالنسبة للنصوص التي يمكن أن تقرر إباحة لفعل تجرمه الشريعة الإسلامية، كإباحة شرب الخمر، أو تشريع الزنا، أو تنظيم ممارسة القمار أو الميسر، وغيرها من الأفعال المحرمة التي يمكن أن يتقرر لها حالات تمارس خلالها استثناء من نصوص التجريم، رغم أنها أفعال مجرمة بإطلاق، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ ولهذا فتلك النصوص على فرض وجودها، سوف تمثل انتهاكا للنظام العام، ما يجعلها مشوبة بعدم الدستورية بصرف النظر عن موقع الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع، ذلك أن الأمر هنا لا يتعلق بطبيعة القاعدة المنتهكة بقدر ما يتعلق باحترام النظام العام كمبدأ سامٍ في ذاته، ولهذا فالنظام العام لا يمثل فقط قيدا تطبيقيا لفكرة الضرورة في مجال التجريم، لكنه يمثل التزاما تشريعيا بعدم إباحة بعض الأفعال التي يتطلب النظام العام تجريمها.

---

[29]-Mazeaud, paragraph 1-A.

[30]- Dans ce cadre, Le conseil constitutionnel francais a décidé que :"Considérant que la prevention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, la recherche et la condamnation des auteurs d'infractions sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle; qu'ilappartient au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre des quelles figurant notamment la . https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99411DC.htm. Consulté le 21/03/2020.

غير أن مخالفة النظام العام لا تقتصر فقط على ما يعتري النصوص الموضوعية التي تتضمن الجريمة والعقاب بشكل مباشر، ولكنه يمتد ليشمل كل نص يتضمن حكما مخالفا للنظام العام، وإن كان يتعلق بقواعد الإثبات، حال كون هذه القواعد تعد قواعد موضوعية، تتصل بفكرة التجريم والعقاب بشكل غير مباشر، مع عدم تجاهل فكرة أن مفهوم الدليل بالنسبة لجرائم الحدود، حيث يعتبر جزء من الجريمة.

وتجسيدا لمثل هذا الفهم، قررت المحكمة العليا الليبية عدم دستورية نص المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1453 في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة فيما تضمنته من جواز إثبات جريمتي السرقة والحرابة باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق، أو بأية وسيلة إثبات علمية أخرى، حال كون هذه المادة تقرر جواز إثبات هاتين الجريمتين بكافة طرق الإثبات، حيث اعتبرت المحكمة أن هذا الاتجاه التشريعي يخالف أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد مصدرا لهذا القانون، وهي أحكام ذات طبيعة دستورية، لا يجوز تعديلها بإرادة المشرع[31]، ويأتي هذا الحكم في إطار تأكيد أهمية موافقة القانون للشريعة الإسلامية كمصدر تاريخي[32] وهو ما يعزز المرتبة السامية للشريعة الإسلامية على نحو لا يجوز للمشرع التعديل في أحكامها بالحذف أو الإضافة، ولو في إطار التشريع الذي يملكه ضمن الاختصاصات التي ينحها له النظام الدستوري، وهذا يؤكد ارتباط الشريعة الإسلامية بفكرة النظام العام.

ومن خلال ما تقدم، يُلاحظ أن النص الجنائي يحاط في صياغته وإصداره بمجموعة من الضوابط التي تحدد مدى ملاءمته للنظام القانوني الذي أصبح ينتمي

---

[31]- محكمة عليا، طعن دستوري رقم 3 لسنة 56 ق، جلسة 2014/03/24.

[32]- بوزيد، تعليق على حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 56، منشور على صفحة مجلة دفاع عن القضاء الليبي: https://www.facebook.com/594958203872404/posts/1393897887311761/.
تاريخ الزيارة 2020/03/23.

إليه، وهذه لملاءمة هي التي تحدد مشروعية هذا النص من الناحية الدستورية، ومن خلالها يتحدد مصير النص وقابليته للاستمرار كنص نافذ، فإذا ثبتت مخالفة النص لتلك الضوابط، وتم الطعن عليه بالإلغاء، فإن مصير النص هو إلغاؤه، ليسقط من دائرة النصوص القابلة للتطبيق، وهنا يثور السؤال حول النطاق الزمني لهذا الإلغاء، أيعد النص ملغيا من تاريخ الحكم أم من تاريخ صدور النص نفسه؟

المطلب الثاني

نطاق أثر الحكم بعدم دستورية النص الجنائي الموضوعي

إن ثبوت المخالفة الدستورية للنص الجنائي، تمنح للقضاء الدستوري الاختصاص بإلغاء النص إعلاء لشأن مبدأ المشروعية، وإذا كان من المتفق عليه أن صدور هذا الحكم سينهي أثر النص، فإن مسألة النطاق الزمني لهذا الحكم من حيث ارتداده إلى الماضي، ستمثل أحد أهم المسائل القانونية المتعلقة بأثر هذا الحكم بالنسبة للنص الجنائي "الفرع الأول". فضلا عن أن تحديد هذا الأثر الزمني سوف ينعكس على أحكام المسؤولية الجنائية بشأن الأفعال التي ارتكبت قبل صدور الحكم بعدم الدستورية، حال كون إلغاء النص الجنائي سيثير مسألة أساس المسؤولية الجنائية سواء للأفعال التي تنظر أمام القضاء، أو التي صدرت بشأنها أحكام باتة وذلك متى كانت هذه الأفعال ارتكبت في ظل القانوني الملغي لعدم الدستورية "الفرع الثاني".

الفرع الأول: الأثر الزمني للحكم بعدم دستورية النص الجنائي

صدور الحكم بعدم دستورية النص القانوني عموما، يترتب عليه باتفاق إعدام هذا النص من تاريخ صدور الحكم، بحيث يصبح غير قابل للتطبيق منذ ذلك التاريخ، على اعتبار أن ذلك يعد من الآثار الطبيعية للحكم القضائي بالإلغاء، غير أن السؤال يبقى مطروحا حول مدى امتداد أثر هذا الإلغاء للماضي، فإذا كان الحكم

بعدم الدستورية يرتبط بمخالفة النص للأحكام الدستورية النافذة وقت صدوره، فإن إلغاءه لهذا السبب يستلزم النظر فيما إذا كان هذا الإلغاء ينال النص من تاريخ صدوره أم لا[33].

التجربة التشريعية و القضائية بشأن هذه المسألة تكشف أنه لا يوجد اتجاه موحد بشأن هذه المسألة، حيث يمكن ملاحظة ثلاثة اتجاهات، نوردها فيما يأتي، لنبين من خلال عرضها الموقف في ظل النظام القانوني الليبي:

الاتجاه الأول-الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية:

وفقا لهذا الاتجاه، فإن أثر الحكم يقتصر على المستقبل، بمعنى أن الوقائع التي ترتبت في ظل النص قبل إلغائه تظل صحيحة، كما يكون النص حجة للاستناد عليه بشأن ما نشأ عنه من حقوق طيلة الفترة السابقة على الإلغاء[34].

ويقوم هذا الاتجاه على فكرة ضمان الأمن القانوني، من خلال المحافظة على استقرار المراكز القانونية التي نشأت قبل إلغاء النص، ولا شك أن في هذا إعلاء لشأن الأمن القانوني في مقابل التضحية جزئيا بمبدأ المشروعية[35]. وكنتيجة لهذا الاتجاه، فإن الإلغاء لعدم الدستورية لا يحدث أثره إلا بالنسبة للمستقبل، ولهذا فلا أثر لهذا الإلغاء على الأفعال التي ارتكبت في ظل القانون الملغي، ومن باب أولى ما صدر في ظله من أحكام قضائية، يستوي في ذلك النص الجنائي وغيره من النصوص.

---

[33]- مثل هذه الإشكالية لا تثور في ظل النظم القانونية التي تتبنى أسلوب الرقابة السابقة على النص، وتمنع الرقابة اللاحقة، ففي مثل هذه النظم لا يتصور تطبيق النص المخالف للدستور حال كون مخالفته لهذا الأخير تستلزم منع تطبيقه كرقابة تمارس عليه في مرحلته كمشروع قانون، ومثل هذا التطبيق كان يتبناه الدستور الفرنسي قبل تعديل مادته 62، حيث كانت تقصر الرقابة على النص على الرقابة السابقة، وبتعديل هذا النص أصبح المجلس الدستوري يختص بالرقابة اللاحقة على النص بعد إجازته للتطبيق.

Voir: VALÉRIE et FATIN-ROUGE STÉFANINI p. 175.

[34]- مثل هذا الاتجاه كانت تعبر عنه المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا بمصر قبل تعديلها، حيث توحي صياغة ألفاظها بهذا الاتجاه في شأن النصوص غير الجنائية، ومع ذلك وتفاديا للآثار غير المنطقية، تبنت المحكمة الدستورية تفسيرا يوسع من نطاق النص على نحو ما سنعرضه في هذه الدراسة.

[35]- البدري: ص 69.

ويبدو واضحا أن مثل هذا الاتجاه لا يقوم على مبرر مقبول، ذلك أن فكرة ضمان الأمن القانوني يجب ألا تقوم على أنقاض المشروعية، سيما في المجال الجنائي، لأن انهيار النص سيعني زوال سبب التجريم، وهو ما يتعارض ومبدأ الشرعية الجنائية، فضلا عن أن هذا الاتجاه يتجاوز بدون مبرر فكرة مخالفة النص للقاعدة الدستورية منذ لحظة صدوره، وهو ما يجعل مثل هذا الاتجاه غير مبرر ويؤدي إلى نتائج يمجها المنطق القانوني السليم فضلا عن قواعد العدالة.

الاتجاه الثاني- امتداد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى وقت صدور النص الملغي:

بالنظر إلى العيوب التي اعترت الاتجاه الأول، تقر بعض النظم القانونية مبدأ مفاده أن أثر الحكم بعدم الدستورية يمتد إلى مرحلة ما قبل صدور هذا الحكم، بحيث ينعدم وجود النص القانوني من تاريخ صدوره، فلا يكون له أي أثر.

ويقوم هذا الاتجاه على فكرة أن الحكم بعدم الدستورية هو في حقيقته حكم كاشف للعوار الذي اعترى النص القانوني، وهو بذلك لا ينشئ وضعا جديدا، يقتضي تطبيقه من تاريخ صدور الحكم، ولكنه يقرر عدم مشروعية النص من تاريخ صدوره، وهو ما يستلزم انسحاب هذا الحكم على القانون من ذلك التاريخ[36].

هذا الاتجاه تبنته بشكل صريح المحكمة الدستورية العليا في مصر بصدد تفسيرها لنص المادة 49 من قانون هذه المحكمة قبل تعديله، ولهذا فإن الحالة في مصر يمكن أن تنقسم في تحديد الموقف من هذه المسألة إلى مرحلتين: مرحلة ما قبل تعديل المادة 49 المشار إليها ومرحلة ما بعد تعديلها.

وفي شأن تفسير هذا النص قبل التعديل تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية: "إن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديداً، ولا تنشئ مراكز أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل، بل هي

[36]- القماطي: ص 11.

تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء، وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره الأمر، الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بياناً لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقاً للدستور، وفي حدوده المقررة شكلاً وموضوعاً، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية، ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور، فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره"[37].

وفي تبرير هذا الاتجاه، أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية، أن فلسفة الطعن بعدم الدستورية لا تتحقق إلا بإعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية حال كون وقف سير الدعوى للشك في دستورية القانون، يقتضي إعمال الحكم بعدم الدستورية بشأن تلك الدعوى المنظورة أمام المحكمة، رغم أن الواقعة محل الدعوى سابقة على الحكم بعدم الدستورية، وتقرر المحكمة في هذا الشأن أن: "المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أي من جهات القضاء، إما من تلقاء نفسها، أو بطريق الدفع من أحد الخصوم، وأوجب على الجهة القضائية -عند الشك في عدم الدستورية- وقف الدعوى أو تأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة، إنما كان يبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري، فيما لو قضى بعدم الدستورية، وهي منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي، لأصبح لزاماً على قاضى الموضوع -الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته- أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته، مما يأباه المنطق القانوني السليم، ويتنافى مع الغرض المرتجى من

[37]- المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية، جلسة 19 مايو سنة 1990م.

الدفع بعدم الدستورية، ولا يحقق لمبدي الدفع أية فائدة عملية، مما يجعل الحق في التقاضي - وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة 68 منه للناس كافة- بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد، ومجرداً من مضمونه، الأمر الذي ينبغي تنزيه المشرع عن قصد التردي فيه، وبالإضافة إلى ذلك فإن النص في المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية، هو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة للعمل بمقتضاه، ولما كان قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي، فإنه يكون متعيناً عليه عملاً بهذا النص ألا يُنزل حكم القانون المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل، وذلك يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضى بعدم دستوريته"[38].

ومع ذلك، فإن المحكمة الدستورية العليا المصرية تطبيقا لنص المادة 49 واستثناء على مبدأ سريان أثر الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي، قررت أن المسائل التي استقرت بحكم بات، أو الحقوق التي انقضت بالتقادم، لا يسري عليها أثر الحكم بعدم الدستورية، حيث أعلت المحكمة مبدأ استقرار المراكز القانونية كمبدأ يقصد لذاته في بعض التطبيقات، حيث جاء في حيثيات حكم هذه المحكمة: "...استقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص، ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم"[39].

[38]- المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية، سبقت الإشارة إليه.

[39]- المصدر نفسه.

إذا كان هذا هو اتجاه المحكمة عند تفسيرها لنص المادة قبل التعديل، فما هو الموقف بعد تعديل هذا النص، وإضافة عبارة صريحة بأن أثر الحكم يطبق من تاريخ نشره، مالم ينص الحكم على خلاف ذلك؟

إن تعديل نص المادة 49 المشار إليه منح للمحكمة صلاحية تحديد الأثر الرجعي للحكم، بحيث أصبح الأصل في الحكم سريانه بأثر مباشر من تاريخ نشره والاستثناء هو ما تقرره المحكمة، ومع ذلك، فإن الحكم بعدم الدستورية بشأن نص جنائي ظل يسري بأثر رجعي، وذلك وفقا لما يقرره النص بشكل صريح، ما يعني أن الحكم بعدم الدستورية سينال من أساس الإدانة، ما يقتضي نقضها، وعدم الاعتداد بالحكم الذي قررها.

ولهذا فإن تعديل نص المادة 49 لم يؤثر على مبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للأحكام التي تقرر إلغاء النصوص الجنائية، وما ترتب عليها من أحكام بالإدانة، ومن باب أولى يسري حكم هذا الإلغاء على الوقائع التي لم يفصل فيها القضاء.

إن هذا الاتجاه الذي أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر عند تفسيرها لنص المادة 49 قبل التعديل، يوافق، حسب فهمنا، موقف المحكمة العليا الليبية عندما تبنت في أحد أحكامها مبدأ سريان أثر الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي واعتبرت أن القانون محل الإلغاء بموجب هذا الحكم، سيضحى هو والعدم سواء ولم تستثنِ من ذلك إلا حالة المسائل التي استقرت بحكم بات، أو الحقوق التي أكملت مدة التقادم الخاصة بها، حيث قررت المحكمة في هذا الشأن: أن "يترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو نص فيه عدم جواز تطبيق ذلك النص أو القانون المحكوم بعدم دستوريته على الوقائع المطروحة، واعتبار ذلك النص أو القانون بمثابة العدم

مع مراعاة ما سبق بخصوص المراكز المستقرة بموجب أحكام باتة أو حقوق تقادمت"[40].

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة في تقريرها لهذا-وبخلاف المحكمة الدستورية العليا- لا تستند إلى نص يقرر ما انتهت إليه، حيث اجتهدت المحكمة وأعملت الأحكام العامة في شأن أثر الحكم بعدم الدستورية.

ولكن السؤال الذي يُطرح، هل انصراف أثر الحكم بعدم الدستورية إلى الماضي ينطبق على النصوص الجنائية أيضا؟

إن الإجابة عن مثل هذا التساؤل في التجربة المقارنة لبعض الدولة تبدو يسيرة، فقد أجابت المحكمة الدستورية العليا على هذا التساؤل عندما قررت، مستندة لنص المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر رجعي بشأن المسائل الجنائية، ولا يحد من هذا الأثر حالة صدور أحكام باتة، حيث تقرر المحكمة أن الحكم بعدم الدستورية سوف يسري بأثر رجعي بشأن تلك المسائل دون قيد، حيث قررت المحكمة هذا الحكم بقولها: "وقد أعملت المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضي لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية، فنصت على أنه "فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن" [41].

40- المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 57/1314ق، جلسة 2015/8/27.

41- المحكم الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية، سبقت الإشارة إليه.

هذا الوضوح للمسألة في إطار القانون المصري، لا يبدو كذلك في شأن الحالة الليبية، حيث لا يوجد نص صريح يتعلق بأثر الحكم بعدم الدستورية، ولهذا فإن المسألة تبقى من مسائل الاجتهاد، فهل يسري الحكم بعدم دستورية النص الجنائي على ما سبق من وقائع صدر بشأنها حكم نهائي؟

مبدئيا يمكن القول إن عموم العبارات التي استخدمتها المحكم العليا في حكمها المشار إليه، تسمح بالقول إن إلغاء النص الجنائي لعدم الدستورية سوف يسري حكمه على كل الوقائع التي سبقت صدور هذا الحكم، طالما لم يصدر بشأنها حكم بات، ذلك أن هذه الحالة تدخل كما أسلفنا في عموم ما انتهت إليه المحكمة من نتيجة، بحيث يسري الحكم بعدم دستورية النص الجنائي على الماضي، ويبقى حكم المسائل التي صدر بشأنها حكم بات محل بحث في الفرع القادم من هذه الدراسة، لارتباطه بالأثر الموضوعي للحكم بعدم الدستورية.

الاتجاه الثالث- تفويض جهة الحكم بشأن تحديد آثار الإلغاء لعدم الدستورية:

وفقا لهذا الاتجاه، فإن الحكم الصادر بعدم الدستورية يحدد النطاق الزمني للحكم، بحيث يكون الأصل سريان أثر الحكم بأثر فوري، مالم ينص الحكم على خلاف ذلك.

وإذا كان المشرع المصري يتبنى هذا الاتجاه بشكل جزئي كما سبق البيان فإن النظام القانوني الفرنسي يتبنى هذا الاتجاه بشكل صريح، وفقا للمادة 2/62 من الدستور الفرنسي بعد تعديلها، بحيث أصبحت تمنح المجلس الدستوري رقابة لاحقة على دستورية النصوص القانونية[42]، ولهذا فإن أثر الحكم بعدم الدستورية، بشكل مطلق، يتوقف على ما يحدده المجلس الدستوري، سواء كان النص المقرر عدم دستوريته جنائيا أو لم يكن.

[42]- LE BIHAN VALÉRIE.p.68

وقد تسنى لهذا المجلس تقديم نموذج لهذه المكنة في عدة مناسبات، نذكر منها ما قرره بشأن عدم دستورية المادة 1/365 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي[43]، فقرر المجلس عدم دستوريتها حال كونها لا تلزم المحكمة بذكر أسباب العقوبة ومبرراتها، وقصر أثر الحكم بعدم الدستورية على الدعوى المثار بشأنها النزاع، وبرر المجلس أن قصر أثر هذا الحكم على المستقبل مرده أن تطبيقه على الماضي سوف يقتضي تبرير العقوبات التي تضمنتها أحكام صادرة بالإدانة خلال الفترة السابقة على الحكم بعدم الدستورية، وهو أمر غير ممكن[44].

---

[43]- ويلاحظ أن هذا النص المقضي بعدم دستوريته ورد في متن قانون الإجراءات، إلا أنه يتعلق بقاعدة موضوعية، ترتبط بتحديد مبررات العقوبة المقضي بها، والعبرة هي بطبيعة النص لا بمحل وروده.

[44]- Le Conseil constitutionnel a décidé que: "Selon le deuxièm ealinéa de l'article 62 de la Constitution: "Une disposition declare inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette decision .Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause". En principe, la declaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliqué dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effetsque de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration.12. L'abrogation immédiate des dispositions contestée saurait pour effet de supprimer les modalities selon lesquelles, en cas de condamnation, la motivation d'un arrêt de cour d'assises doit être rédigée en ce qui concerne la culpabilité. Elle entraînerait ainsi des consequences manifestement excessives. Par suite, afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il y a lieu de reporter au 1er mars 2019 la date de cette abrogation, 13. Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger, pour les arrêts de cour d'assisesrendus à l'issue d'un procèsouvert après cette date, que les dispositions du deuxièmealinéa de l'article 365-1 du code de procedure pénale doivent être interprétées comme imposant également à la cour d'assises d'énoncer, dans la feuille de motivation, les principaux elements l'ayant convaincue dans le choix de la peine.14. Les arrêts de cour

وبشكل أكثر وضوحا، وفي مناسبة أخرى، فإن المجلس الدستوري الفرنسي وبصدد ما قرره بشأن عدم دستورية المادة 222-31-1 من قانون العقوبات المتعلقة بجريمة زنا المحارم، قرر: أن القرار بعدم دستورية هذه المادة يسري من تاريخ نشره، بالإضافة لانطباقه على الحالة المثار بشأنها النزاع، وأنه من هذا التاريخ لم يعد لهذه الجريمة وجود؛ والأثر الوحيد الذي قرره المجلس بالنسبة للجرائم التي ارتكبت قبل الحكم بعدم الدستورية، وهو أن أحكام الإدانة التي صدرت بشكل نهائي بشأن تلك الجرائم بعد تاريخ نشر القرار، يجب ألا تسجل في صحيفة السوابق[45].

حيث إن المجلس في قراره المذكور أكد الأثر المباشر للقرار بعدم الدستورية، وفقا لما تقضي به المادة 2/62 من الدستور الفرنسي، ولكنه مع ذلك، قرر أن الجرائم المرتكبة قبل نشر القرار وصدرت الأحكام النهائية بشأنها بعد نشره، فإنها لا تسجل في صحيفة السوابق.

والواقع أن هذا الاتجاه، وإن كان يستجيب لمبدأ الأمن القانوني من خلال احترام حجية الأحكام القضائية، واستقرار آثارها، فضلا عن كونه يحقق التوازن بين هذا المبدأ وفكرة المشروعية[46]، إلا أنه مع ذلك يؤدي إلى الإقرار بنتائج غير

---

d'assisesrendus en dernier ressortavant la publication de la présente décision et ceux rendus à l'issue d'un procè souvert avant la même date ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité". Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018.https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2017694QPC.htm. Consulté le 21/03/2020.

[45]– "Considérant que l'abrogation de l'article 222-31-1 du code penal prend effet à compter de la publication de la présente décision; qu'àcompter de cette date, aucune condemnation ne peut retenir la qualification de crime ou de délit «incestueux» prévue par cet article; que, lorsque l'affaire a été définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification ne peut plus figurer au casier judiciaire". Conseil constitutionnel, décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011.op-cit.

[46]- الشاعر، ص10

منطقية، حيث تظل الأفعال خاضعة للقوانين غير الدستورية لمجرد صدور الأحكام بالإدانة في ظلها، رغم الإقرار بعدم دستوريتها، وهذا يتجاهل زوال أساس الإدانة المتمثل في نص التجريم المقضي بعدم دستوريته.

يبدو من خلال ما تقدم، أن الإقرار بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية بشكل مطلق بالنسبة للنصوص الجنائية، هو الأكثر استجابة لقواعد العدالة، وتحقيقا لأهداف القانون الجنائي من حيث تعزيز مبدأ الشرعية الجنائية، بحيث لا يُحمّل الأفراد، لمجرد الاستناد على مبرر الأمن القانوني، تبعات تفريط المشرع في الضمانات التي يقررها الدستور لضمان عدم التعسف، ذلك أن التضحية بما يستوجبه مبدأ الأمن القانوني بشأن استقرار آثار الأحكام الباتة، يبقى أقل إضرارا بالنظام القانوني من حالة التضحية بالضمانات التي يكفلها الدستور للحريات والحقوق الفردية.

إن ضمانات الأمن القانوني تقوم على اعتبارات عامة، في حين أن حماية الحقوق والحريات تجتمع فيها اعتبارات فردية، تستجيب لحماية الأفراد في مواجهة التعسف، وأخرى عامة تقوم على فكرة تعزيز مبدأ دولة المؤسسات التي تحترم الدستور، وتعلي من شأن الفصل بين السلطات في كل المجالات، بما فيها مجال التجريم والعقاب، وهي جميعها -حسب رأينا- تسمو على اعتبارات استقرار الأحكام القضائية، ذلك أن استقرار هذه الأحكام يجب ألا يكون على حساب العدالة التي وجدت الأحكام القضائية لتعزيزها والذود عنها.

الفرع الثاني: الأثر الموضوعي للحكم بعدم دستورية النص الجنائي

الحكم بإلغاء النص الجنائي، سواء كان نصا مجرِّما أو مبيحا، سوف يعني تغييرا في عناصر الواقع المرتبط بالفعل المرتكب في ظل هذا القانون المحكوم بعدم دستوريته، والمسألة لا تتعلق -تبعا لذلك- بالحالة القانونية فحسب، والمتمثلة في زوال النص وانعدام وجوده القانوني، وإنما تتجاوز ذلك إلى حد تأثير ذلك الإلغاء على قيام المسؤولية الجنائية عن الفعل المرتكب، سواء كان الإلغاء يقتضي إعادة الإباحة للفعل"1"، أو خضوعه للنص المجرم من جديد "2"، ففي الحالتين يثور التساؤل حول أثر ذلك الإلغاء على ما أُرتكب من أفعال في ظل القانون الملغي لعدم الدستورية، طالما أن أثر الإلغاء سيمتد إلى الماضي.

1.أثر الحكم بعدم دستورية النص المُجرِّم:

إذا حكم بعدم دستورية النص الذي يجرم الفعل، وأصبح هذا الأخير غير مجرم، أو يخضع لنص يقرر عقوبة أقل، فهل يسري بشأنه الحكم بعدم الدستورية؟

حسم المشرع المصري مسألة أثر الحكم بعدم دستورية النص الجنائي، وقرر سريان أثره على كل الجرائم التي ارتكبت في ظل القانون الملغي، بما فيها أحكام الإدانة، وإذا كانت المحكمة العليا الليبية قد قررت امتداد أثر الحكم بعدم الدستورية للماضي، وهو ما يشمل الأفعال الجنائية، فإن السؤال يثور حول مدى انطباق هذا الحكم على الأفعال التي صدر بشأنها أحكام باتة، أيشملها هذا الأثر؟

القانون الليبي يخلو من نص صريح يعالج المسألة، إلا أن الحالة الليبية تكشف لنا عن تطبيقات لأثر الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في بعض المناسبات، فهل تكفي تلك التطبيقات للإجابة عن السؤال المطروح؟

بالرجوع إلى اللائحة الداخلية للمحكمة العليا الليبية، نتبين أنها لم تتضمن حكما خاصا بالمسألة، ومع ذلك فإن المادة 25 من هذه اللائحة تضمنت حكما يتعلق بأثر حكم العدول عن المبادئ التي تصدرها المحكمة العليا، حيث قررت أنه "يسري

المبدأ الذي تقرره الدوائر مجتمعة على جميع الطعون التي يتم نظرها بعد صدوره إلا إذا كان متعلقا بمسائل الاختصاص أو المواعيد أو الإجراءات أو بطرق الطعن فلا يسري إلا على الدعاوى والطعون التي ترفع بعد صدوره. وإذا تضمن المبدأ قاعدة أصلح للمتهم فهو الذي يطبق دون غيره"[47].

فهل يمكن أن يكون هذا النص بما تضمنه بشأن المبادئ التي تتضمن أحكاما أصلح للمتهم متكأ لتطبيق حكمه بشأن الأحكام التي تصدر بعدم دستورية القوانين الجنائية؟

أولا يجب أن نشير أن هذا النص يتعلق بالمسائل المنظورة أمام القضاء، أي أنه لا يتناول مسألة الأحكام القضائية الباتة، ولهذا فإن هذا النص لا يقدم سندا للنقاش بشأن مصير الأحكام الباتة، ومن ناحية أخرى، فإن الحكم الذي يتضمنه هذا النص لا يضيف جديدا إلى ما قررته المحكمة العليا في حكمها المشار إليه، بشأن امتداد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى الماضي، وانطباقه على المسائل التي لم يصدر بشأنها حكم بات، ولهذا فإن نص المادة 25 سالف الذكر لا يقدم عنصرا يمكن الاستناد إليه من باب القياس لمعالجة المسألة محل البحث.

ولهذا ووفقا لهذا الوضع المعقد للحالة الليبية بشأن هذه المسألة، فإن الإجابة المبدئية قد تكون بالنفي، والتسليم بعدم جواز سريان أثر الحكم بعدم الدستورية على أحكام الإدانة الباتة التي صدرت وفقا للقانون الملغي، ذلك أن عبارات حكم المحكمة العليا المشار إليه، في ظاهرها، توحي بمثل هذا الفهم، عندما تعد الأحكام الباتة قيدا على رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، وهو حكم عام أوردته المحكمة بدون تحفظ يمكن الاستناد إليه لتقييد أثره.

---

[47]-قرار الجمعية العمومية للمحكمة العليا بجلستها رقم 283 لسنة 1372 بإقرار اللائحة الداخلية للمحكمة العليا. متاح على موقع المحكمة العليا:https://supremecourt.gov.ly/التشريعات-المنظمة-للمحكمة/.تاريخ الزيارة 2020/03/24.

لكن الأمر لا يبدو لنا كذلك، إذ أن الإقرار بالإدانة ليست من إطلاقات القضاء، ولا هي مكنة يقيّم جدواها لا هو ولا المشرع؛ إذ لا يملك القضاء، أيا كانت درجته أو مرحلة التقاضي التي يعبر عنها، تبرير إنشاء الإدانة متى انتفى موجبها، فحكم القضاء يكشف عن الإدانة من خلال تطبيق نص التجريم ولا ينشؤها، فلا يمكن القول إن الحكم بذاته يقيمها، ويسند وجودها.

ولهذا فإن انتفاء سند الإدانة يعني انتفاء مبررها وموجبها، وهو ما يجرد أي حكم من شرعيته، أيا كانت الصفة التي اكتسبها بفوات الطعن أو استنفاذ طرقه، ذلك أن انتفاء موجب الإدانة بإلغاء الحكم، يقتضي قطعا نقضها نزولا عند مبدأ الشرعية الجنائية، الذي لا يمكن أن ينقض إلزاميته حكم تحصن بفوات الميعاد، بل إن هذا الحكم بزوال سند الإدانة يفقد وجوده القانوني، وإلا أصبح القضاء تحكما ورجوعا لزمن التقدير التحكمي في التجريم والعقاب.

هذا الوضع الذي نرى معه سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي بشأن ما هو أصلح للمتهم، يمكن أن نستشهد له بما هو مقرر في نص المادة 25 من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا، فهي وإن كان مجال إعمالها لا ينطبق على الحالة الراهنة كما سبق البيان، إلا أنها تقدم سندا لفكرة سريان مبادئ أحكام المحكمة العليا بأثر رجعي متى كانت تقرر أوضاعا أصلح للمتهم.

فضلا عن ذلك، فإن تصحيح الوضع لمصلحة المحكوم عليه بعد صدور الحكم البات، لا يعد أمرا مبتدعا في إطار أحكام القانون الليبي، حيث يعترف المشرع بزوال أثر الحكم البات في مناسبات عدة، متى كان ذلك لغرض تخفيف العقاب أو امتناعه، من ذلك حالة العفو عن القصاص بعد صدور الحكم الباب، حيث إن زوال موجب العقوبة، وهي الإعدام، بالعفو، أقتضى من المشرع قبول تعديل العقوبة رغم صدور حكم بات في الدعوى، طالما أن ذلك لمصلحة المتهم.

هذا الاتجاه الذي تعبر عنه المادة الاولى من قانون القصاص والدية يمكن القياس عليه -حسب رأينا- بالنسبة للمسألة موضوع البحث، دون أن يحتج على ذلك بعبارات حكم المحكمة العليا آنف الذكر، فقد بينا أن القضاء لا يملك نقض الشرعية الجنائية إلا بموجبها، وهي وجود النص، وهو ما انعدم في هذه الحالة بالحكم بعدم الدستورية، كما أن القياس في هذه الحالة جائز لكونه في مصلحة المتهم، وهو قياس على قواعد موضوعية، لا تغل فيها سلطة القضاء عن إعمال هذا القياس.

وفوق ذلك، وهو الأهم حسب تقديرنا- فإن آلية تصحيح الوضع الناشئ عن الحكم بعدم دستورية النص المجرِّم يمكن أن يستند إلى حالات الطعن بالتماس إعادة النظر، والتي تقرر جواز إعادة النظر في الأحكام النهائية لمصلحة المتهم على نحو ما سنعرضه لاحقا، متى ظهرت أدلة تستوجب الحكم بالبراءة.

فضلا عن ذلك فإن سريان الحكم بعدم الدستورية رغم صدور الحكم البات يجد له تطبيقات في القانون القضاء المقارن، حيث تبناه المشرع المصري بشكل صريح في قانون المحكمة العليا الدستورية، كما سبق البيان، وقد أكدته هذه المحكمة في أحد أحكامها بقولها: "وقد أعملت المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضي، لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية، فنصت على أنه "فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن، أما في المسائل الأخرى غير الجنائية فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على ما سلف بيانه، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانوني آخر ترتكن إليه، ويحد من إطلاقه الرجعية عليها، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في تعليقها على نص المادة 49 منه، حيث جاء بها أن القانون "تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فنص على عدم جواز تطبيقه من

اليوم التالي لنشر الحكم، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة، واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن، ولو كانت أحكاماً باتة" وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة بحكمها الصادر في الدعوى الدستورية رقم 16 لسنة 3 قضائية بتاريخ 5 يونيه سنة 1982م، وحكمها الصادر في الدعوى الدستورية رقم 48 لسنة 3 قضائية، بتاريخ 11 يونيه سنة1983"[48].

وإذا كان الحكم بعدم الدستورية يشمل في أثره الرجعي حالة صدور حكم بات بالإدانة، فإن السؤال الذي يطرح هو ما آلية تصحيح الوضع في مثل هذه الحالة؟ وبكلمة أوضح كيف تتم إزالة أثر هذا الحكم؟

القاعدة أن الأحكام القضائية لا تنقض إلا وفقا للإجراءات التي يحددها القانون، فإذا كان التماس إعادة النظر، يعد طريقا غير عادي للطعن في الأحكام الصادرة بالإدانة متى كان الطعن لمصلحة المتهم، فهل من بين حالات هذا الطريق من طرق الطعن حالة صدور حكم بعدم دستورية نص تجريمي؟

بالنسبة للحالة وفقا للقانون المصري، فإنه وفقا للمادة 49 من قانون المحكمة العليا، الحكم بعدم دستورية النص الجنائي من شأنه اعتبار الإحكام الصادرة بالإدانة كأن لم تكن، أي أن هذا النص بذاته قرر إلغاء هذه الأحكام دون حاجة لإجراء آخر بحيث يتولى النائب العام-وفقا لما قررته المادة 49- بتنفيذ الحكم بعدم الدستورية وهو ما يعني الإفراج عن المحكوم عيه أو إعادة محاكمته حسب الأحوال.

[48]- المحكم الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية، سبقت الإشارة إليه.

وفي القانون الليبي، لا يوجد نص خاص يعالج المسألة، ومع ذلك فإن المادة 5/402 إجراءات جنائية تضمنت حالات إعادة النظر في الجنايات والجنح[49] وذكرت من بينها حالة: "إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع، أو إذا قمت أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة، ولكن من شأن هذه الوقائع أو الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه"، حيث نرى أن هذه الحالة تتوافر في حالة صدور حكم بعدم دستورية نص تجريمي، إذ يعد هذا الحكم من قبيل الأوراق التي تثبت عدم قيام نص التجريم، حيث لم يميز نص المادة 402 بين البراءة لأسباب قانونية أو لأسباب واقعية، ولهذا فإن إلغاء النص لعدم الدستورية يسري عليه حكم هذه المادة لشمول حكمها له.

كما نعتقد أنه بطريق القياس، فإن هذه المادة تنطبق حتى في حالة أن إلغاء النص لعدم الدستورية لم يترتب عليه البراءة، وإنما تخفيف العقاب بالخضوع لنص جنائي آخر، ذلك أن قواعد العدالة تقتضي إعمال هذا القياس طالما أنه في مصلحة المتهم، ولا ينتهك حكمة النص التي تقرر من أجلها التماس إعادة النظر، والتي تقوم على تصحيح الحكم لوجود وقائع لاحقة على صدور حكم الإدانة، بما ينتفي معه مظنة التقصير في الدفاع، وهو ما يصدق بشكل واضح على حالة صدور حكم بعدم الدستورية، فإذا كانت العلة هي البراءة لظهور أدلة جديدة، فإن البراءة لا تعني دائما التحلل من الالتزام من العقاب، ولكنها تتحقق من خلال تغيير وصف الجريمة للأقل جسامة أو بنزول مقدار العقاب.

أضف إلى ذلك، أن الفقرة 4 من المادة 402 تقرر جواز إعادة النظر متى ألغي حكم صادر عن محكمة مدنية، وكان الحكم الجنائي مبنيا عليه، حيث إن هذه الفقرة لم تستلزم البراءة التامة كأثر مترتب على إلغاء الحكم المدني، ولهذا، فإنه من باب أولى تطبيق حكمها طالما أن الحكم الجنائي مستند على قانون تقرر فيما بعد

[49]- يلاحظ أن المخالفات مستبعدة لتفاهة عقوباتها.

عدم دستوريته، لأنه إذا كان في الحالة الأولي يجوز إعادة النظر لانهيار الأساس الواقعي للحكم، فإن الحالة الثانية تقوم على فكرة زوال الأساس القانون للحكم، وهي الأولى بإعادة النظر.

2.أثر الحكم بعدم دستورية النص المبيح:

وفي مثل هذه الحالة، فإن القانون المقضي بإلغائه يقرر وضعا مبيحا للفعل، بحيث يترتب على الإلغاء لعدم الدستورية، زوال الإباحة وخضوع الفعل للتجريم كما لو صدر قانون قرر إباحة شرب الخمر مثلا، فتقرر إلغاؤه، فهل يمتد أثر الإلغاء إلى الماضي؟

نشير هنا أن امتداد أثر الإلغاء يستلزم أولا تحديد مصير القانون السابق على القانون المقضي بإلغائه "أ"، ثم بيان حكم المسؤولية الجنائية من حيث مدى مسؤولية الشخص الذي ارتكب الفعل في ظل قانون مبيح، ثم ارتد فعله خاضعا للنص المجرم "ب".

بداية، ووفقا لعموم نص حكم المحكمة العليا الليبية المشار إليه، فإن أثر الإلغاء ينسحب على الماضي، طالما لم يصدر حكم بات، أو سقط الحق بالتقادم ولما كانت الدعوى الجنائية لا تسقط بالتقادم، فإن القيد الوحيد الذي يحد من خضوع الفعل للأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، هو صدور الحكم البات، ذلك أن صدور هذا الحكم يمنع من العودة للمحاكمة، طالما أن ذلك يهدف إلى تقرير وضع أسوأ للمحكوم عليه، بخلاف الحالة المطروحة في الفقرة السابقة، بحيث يسري فيما عدا الحكم بعدم الدستورية على الماضي.

ونعتقد أن هذا هو الحكم الذي يتبناه المشرع المصري، عندما قيد عدم الاعتداد بالأحكام الجنائية بأن تكون أحكاما صادرة بالإدانة، ولهذا فالحكم البات الصادر بالبراءة لا يمكن تصحيحيه حتى لو انهار أساس البراءة القانوني، ذلك أن هذه البراءة سوف تجد أساسها في مثل هذه الحالة في الأصل العام الذي يفترض البراءة، ويجعلها عنصرا من مبدأ الشرعية الإجرائية.

أ. أثر إلغاء النص المبيح على سريان النصوص العقابية السابقة على صدوره:

القاعدة في مجال إلغاء النصوص التشريعية وفقا للمادة الثانية من القانون المدني الليبي، أن النص التشريعي لا يُلغى إلا بنص لاحق عليه، سواء كان هذا الإلغاء صريحا أو ضمنيا، ولهذا فإن ثبوت صفة النص التشريعي للنص اللاحق، تعد شرطا لإلغاء النص السابق، وهذه الصفة لا يكتسبها النص اللاحق إلا إذا اكتملت شروط نفاذه، وهو أمر يرتبط بمشروعيته وقت صدوره؛ ولهذا فإن النص غير الدستوري يفتقد لحظة إصداره لمقومات نفاذه، وهو، بهذه المثابة، سوف يبدو مجرد عمل مادي، إلى أن يتدخل القضاء بإلغائه، وإزالة شبهة وجوده، حال كونه مجرد واقعة مادية.

هذا التصور سوف يقودنا إلى نتيجة مفادها أن النص المقضي بعدم دستوريته لم يكن نصا تشريعيا، لافتقاده لشرط نفاذه، ولهذا، فهو لن ينتج أثره في إلغاء النصوص السابقة على صدوره في حالة نصه على ذلك، أو تعارضه معها، أو إعادة تنظيم حكمها، لتكون تلك النصوص هي النافذة خلال الفترة السابقة على الحكم بعدم الدستورية، واللاحقة عليه من باب أولى؛ ذلك أن فترة تعطيل العمل بالقانون السابق لا تعد إلغاءً بالمعني الصحيح، على اعتبار أن الإلغاء التشريعي يلزم له النص القانوني المشروع، وهو ما لا يتوافر في النص غير الدستوري، فلا يتحقق به حكم الإلغاء.

ولهذا، فإن إلغاء القانون المبيح لعدم الدستورية، سيعني زواله، ومن ثم خضوع الأفعال المرتكبة قبل الحكم بالإلغاء للقانون المجرم للفعل.

ويجب التنويه إلى أن سريان الحكم بأثر رجعي في هذه الحالة لا ينتهك مبدأ عدم الرجعية، لأن هذا المبدأ ينطبق على النصوص القانونية، لا الأحكام القضائية.

فضلا عن أن موجب حكم الإلغاء لعدم الدستورية هو نفاذ القانون المطبق قبل صدور القانون الملغي لعدم الدستورية، كما سبق البيان، ولهذا فالقانون سوف يطبق بوصفه القانون النافذ وقت ارتكاب الفعل، كأثر لانعدام القانون المقضي بعدم دستوريته.

وبإعمال هذا المنطق في ضوء ما قررته المحكمة العليا الليبية بشأن المادة الثالثة مكرر من قانون القصاص والدية، بخصوص ما تضمنته من عقوبة الدية في القتل الخطأ، بأنها جزاء غير دستوري، لعدم تحديد مقدارها، ما يعد مخالفا لمبدأ الشرعية[50]،فإن مقتضى ذلك الحكم هو اعتباره حكم بعدم دستورية النص برمته بما فيه شق التكليف المتضمن حظر القتل الخطأ الوارد بالمادة الثالثة من ذات القانون، لكون الدية في هذا النوع من القتل -وفقا للقانون الليبي- هي الجزاء الوحيد وقد سقط لعدم الدستورية، فبانعدام شق الجزاء في النص ينعدم شق التكليف، إذ لا عبرة بأحدهما دون الآخر؛ فضلا عن أن عدم تحديد مقدار الدية في المادة الثالثة، يجعل حكمها حكم المادة الثالثة مكرر، فعدم التحديد في المقدار مساو في مخالفته لمبدأ الشرعية لحالة الإحالة لأولياء الدم، إذ في الحالتين- ووفق منطق المحكمة العليا- لم يحدد المقدار بنص قانوني صريح.

ولا يصح القول هنا أن الإحالة للشريعة الإسلامية بموجب المادة السابعة من قانون القصاص والدية، سوف تجعل من الدية محددة وفقا لما تقرره الشريعة الإسلامية، وهو ما يحفظ لنص المادة الثالثة كيانه ونطاقه في التطبيق، ذلك أن مثل

[50]- المحكمة العليا، طعن دستوري رقم 29 لسنة 59 ق، سبق الإشارة إليه.

هذا الفهم يتعارض مع حكم المحكمة بشأن عدم الدستورية، لأنها قررت أن الدية لها وصف العقوبة، و إن توافرت فيها عناصر التعويض، وهي بهذه المثابة لا يمكن أن تتحدد بغير النص القانوني، فإن اعتبرت المحكمة تحديدها من أولياء الدم مخالفا لمبدأ الشرعية، فبذات المنطق سيكون تحديدها وفقا للشريعة الإسلامية بشكل مباشر غير دستوري، لانعدام النص وفق منطق ذات الحكم.

عليه، وحيث إنه سبق القول إن الإلغاء لعدم الدستورية يمتد إلى لحظة صدور القانون، فإن من آثار هذا الفهم عدم الاعتداد بكل ما نشأ عن نص المادة الثالثة من قانون القصاص والدية من آثار، بما في ذلك أثره في إلغاء نص المادة 377 عقوبات في شأن القتل الخطأ، فيعد -تبعا لهذا الفهم- نص هذه المادة هو الواجب التطبيق على جرائم القتل الخطأ، لكون حكم إلغائه انتفى، وزال بزوال سببه.

ولا يغير من الأمر شيئا كون قضاء المحكمة العليا الليبية في شأن عدم الدستورية، قد جرى على عدم التصريح بالإلغاء، والاكتفاء بنسبة شائبة عدم الدستورية للنص، فذلك في حقيقته حكم بالإلغاء، إذ أن منح المحكمة العليا اختصاص الرقابة بشأن عدم الدستورية وفقا للمادة 23من القانون رقم 6 بشأن المحكمة العليا، هو في حقيقته اختصاص لتقرير مدى الملاءمة، فإن قررت المحكمة عدم الملاءمة بين النص والدستور، عد ذلك حكما بالإلغاء، دون الوقوف على عبارات الحكم، إذ العبرة في تفسير الحكم بالمقاصد والمعاني وبحقيقة الاختصاص ولا يصح أن يوصف مسلك المحكمة بأنه رقابة امتناع، وذلك لوجود وجود نص يمنحها سلطة الرقابة، وهو ما يعد منحا لاختصاص أوسع من مجرد تقرير عدم الدستورية.

ب. أثر إلغاء النص المبيح على قيام الجريمة:

إذا صدر الحكم بعدم دستورية النص الجنائي المبيح للفعل، فإن مقتضى ذلك -كما سبق البيان- إعادة إنفاذ النص المُجرم بأثر رجعي، ما يعني أن هذا النص سوف ينطبق على الواقعة دون غيره، متى توافرت شروطه، وإذا كان الأمر من ناحية سريان النص بأثر رجعي لا يثير إلا إشكالا من حيث سند قبول هذا الأثر فإن الأمر قد لا يبدو كذلك بالنسبة لحالة أثر هذا السريان على المسؤولية الجنائية لتعلق المسألة بعناصر موضوعية، وهي نوع المسؤولية الجنائية. فهل سريان النص التجريمي من مقتضياته اكتمال عناصر المساءلة الجنائية عن الأفعال التي ارتكبت خلال نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته؟

نرى أنه يجب التمييز بين مسألتين، فمن حيث سريان النص العقابي، فإن هذا النص سوف يكون منطبقا على الواقعة باعتباره النص النافذ وقت ارتكابها، تطبيقا لأحكام الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، أما من حيث اكتمال عناصر المساءلة الجنائية فإننا نحتاج لبيان توافر عناصر هذه المسؤولية.

فمن حيث قيام موجب المسؤولية من الناحية القانونية، وهو الجريمة، فإن قيامها في مثل هذه الحالة لا يكفي فيه مجرد وجود نص التجريم، ذلك أن الفعل المنسوب للمتهم يجب أن ينطبق عليه وصف التجريم وفق هذا النص، أي أن يلائم الفعل النموذج التجريمي، وهو ما يتحقق باكتمال العناصر اللازمة لقيام الجريمة وهنا نرى أنه يجب التمييز بين الجرائم الخطئية "أولا" والجرائم العمدية "ثانيا":

أولا: فبالنسبة للجرائم الخطئية، فإننا نعتقد أن الفعل سيخضع لنص التجريم حال كون الجريمة يكفي لقيامها توافر الركن المادي وركن الخطأ، وهذا الأخير لا صلة له بوجود نص التجريم، ولا يدخل فيه ما يمكن أن يكون قد أصاب الإرادة من تظليل بسبب وجود النص المبيح غير الدستوري؛ ولهذا فإن عنصر الخطأ يتحقق

بمجرد أن ينطبق على سلوك الشخص وصف الانحراف عن سلوك الشخص العادي، ولهذا سوف يخضع لنص التجريم، إعمالا لأثر الحكم بعدم الدستورية.

وتطبيقا لهذا الفهم فإن إلغاء نص المادة الثالثة من قانون القصاص الودية لعدم الدستورية، وفقا لما قررته المحكمة العليا في حكمها المشار إليه سالفا، مقتضاه خضوع الفعل لنص المادة 377 من قانون العقوبات على كل أفعال القتل الخطأ التي لم يصدر بشأنها حكم بات، باعتباره النص المجرم للفعل، ولا يغير من الأمر شيئا كون الفعل وقت ارتكابه كان يخضع لنص المادة الثالثة من قانون القصاص والدية، والتي كانت تخرج الفعل من حومة التجريم، من خلال وضع جزاء لا ينطبق عليه وصف الجزاء الجنائي، فذلك لا يغير من الأمر شيئا، ذلك أن العبرة بالنص المجرم فعلا وقت ارتكاب الفعل، فضلا عن أن سريان أحكام المادة 377 عقوبات لا ينتهك قواعد عدم الرجعية بشأن القانون الأسوأ، حال كونه نصا نافذا من الناحية الفعلية وقت ارتكاب الفعل، كما أن قاعدة عدم سريان الأثر الرجعي تنطبق على القانون الذي ينشئ عناصر تجريمية جديدة أسوأ للمتهم، ولهذا فإنه يخرج عن نطاقها أثر الحكم القضائي الذي يكشف عن واقع قائم وقت ارتكاب الفعل، وهو ما يترتب عليه انطباق القانون النافذ وقت ارتكاب الفعل.

ولكن هل يمكن القول هنا إن القانون الملغي لعدم الدستورية يعد هو الأصلح للمتهم، وأنه ينبغي انطباقه دون غيره، على اعتبار أن القوانين الأصلح للمتهم تنطبق بمجرد صدورها، وإن لم تكن نافذة، وهو ما يتوافر بالنسبة للقانون الملغي لعدم الدستورية، ولو من باب القياس في مصلحة المتهم من حيث اعتباره قانونا غير نافذ؟

إن القانون الملغي لعدم الدستورية يفقد وجوده القانوني بهذا الحكم، ولهذا لا يصح تطبيق الأحكام المتعلقة بنصوص القانون عليه، حال كونه ليس قانونا بالنظر إلى مآله بموجب حكم إلغائه، فعلة القياس منتفية، وهو صفة القانون الأصلح للمتهم فإذا ما ألغي النص لعدم الدستورية زال وجوده القانوني، وصار مجرد واقعة مادية وهو ما تنتفي معه إمكانية تطبيقه كقانون على الوقائع التي حصلت في ظله، وهو ما يؤكد أن النص النافذ قبل صدوره يكون هو الواجب التطبيق.

ثانيا: بالنسبة للجرائم العمدية، وهذا الحالة تفترض وجود نص يجرم الفعل بوصف العمد، كان نافذا قبل صدور النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته، ولهذا فإن قيام الجريمة التي يتضمنها ذلك النص، سوف يقتضي قيام الركن المعنوي في جانب الجاني، والذي يتمثل في القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة.

وإذا رجعنا لتصور الواقعة، فإن مرتكب الفعل أقدم على ارتكابه متصورا عدم خضوعه لنص التجريم، أي معتقدا إباحة الفعل، مستندا في ذلك للنص القانوني المبيح، أي أن ارتكاب الفعل يقوم على فرضية إباحته.

ولأن الحكم بعدم دستورية النص المبيح يُفقد هذا النص صفته القانونية فيستحيل إلى واقعة مادية من تاريخ صدوره، فإن ذلك يعني أن تلك الواقعة المادية ساهمت في تظليل مرتكب الفعل من خلال اعتقاده بإباحته، وهذا من شأنه أن ينفي لديه القصد الجنائي، لتخلف عنصر العلم حيث تنص المادة 67 عقوبات على أن: "الغلط في الفعل المكون لجريمة يعفي الفاعل من العقاب عليها"، كما يمكن اعتبار الغلط الذي يقع فيه مرتكب الفعل بسبب وجود نص الإباحة غير الدستوري، حالة من حالات تضليل الغير التي تنفي القصد الجنائي وفقا للمادة 68 عقوبات.

غير أنه ينبغي لانطباق هذا الحكم أن يكون النص المبيح قد ساهم فعلا في اعتقاد مرتكب الفعل بإباحته، وهذا مسألة يجب على مرتكب الفعل إثباتها، حيث لا يقبل منه مجرد الاستناد لقاعدة افتراض العلم بالقانون، ليبرر أن علمه بنص الإباحة مفترض، لأن ذلك النص بمجرد الحكم بعدم دستوريته فقد صفته القانونية من تاريخ صدوره، ولهذا لا يسري عليه ما يسري على النصوص القانونية من أحكام، بما في ذلك افتراض العلم بها.

ونشير هنا إلى أنه يجب ألا يختلط على الفهم في هذا المقام، فكرة افتراض العلم بالقانون للقول إن استبعاد النص المجرم غير مقبول، لافتراض العلم به فمرتكب الفعل لن يدعي في مثل هذه الحالة عدم علمه بنص التجريم، ولكنه سيستند إلى وجود واقعة مادية ضللته، واعتقد من خلالها مشروعية فعله، وهو ما يعرف بحالة الغلط في الوقائع، وهذا أمر يستوعبه نص المادة 67 سالف الذكر، وهو ما ينفي عنه القصد الجنائي، فلا يسأل عندئذ إلا عن جريمة خطئية، إذا كان القانون يعاقب عليها بهذا الوصف.

ومما سبق نخلص إلى أن أثر الحكم بعدم الدستورية يتوقف على الاتجاه الذي يتبناه النظام القانوني، وعلى الرغم من أن النظام القانوني الليبي يخلو من نص يحدد أثر هذا الحكم، فإن اتجاه المحكمة العليا الليبية الذي قرر تطبيق أثر هذا الحكم بأثر رجعي، يبدو الاتجاه الملائم من حيث تحقيق أهداف القانون الجنائي، الأمر الذي يقتضي امتداد أثر الإلغاء على الماضي، سواء من حيث إعادة إنفاذ القوانين المشتبه في إلغائها بموجب النص المقضي بعدم دستوريته، أو من حيث خضوع الأفعال المرتكبة قبل صدور حكم الإلغاء للقانون النافذ وقت ارتكابها؛ ويتوقف مدى ونطاق المسؤولية الجنائية في هذه الحالة على طبيعة القانون الملغي من حيث اتصاله بالإباحة أو التجريم، وكذلك من حيث نوع الجريمة التي يتضمنها النص النافذ بموجب حكم الإلغاء لعدم الدستورية.

الخاتمة

إن الطبيعة الخاصة للنص الجنائي، باعتباره يتضمن تقييدا للحقوق والحريات، أو يمنح في بعض حالاته فسحة من الحرية، تتجاوز بعض القيود التي يقررها النظام العام، تجعله يحاط بمجموعة من الضوابط الخاصة، التي تقتضيها ضرورة الحد من التعسف في تحديد نطاق القواعد الجنائية.

ولا شك أن ارتباط تلك الضوابط بالحريات والحقوق العامة أو بالنظام العام يجعلها ضوابط ذات طبيعة دستورية، ذلك أن المخالفة الدستورية لا يشترط لقيامها تعارض النص مع قاعدة صريحة، تؤثم تلك المخالفة، فطالما تلك المخالفة تتحقق من خلال تعارض النص مع مبادئ دستورية يقرها النظام القانوني، فإننا نكون أمام عثرة دستورية، ولهذا فإن مبدأ الضرورة في التجريم، ومبدأ التفريد القضائي وفكرة النظام العام، ووجوب احترامها في إطار ممارسة المشرع لوظيفة التجريم، تجد سندها في النصوص التي تقر حماية للحقوق والحريات العامة، فطالما أن التجريم ينطوي على تقييد الحرية، أو على الحد من ممارسة الحق، فإنه سيشكل مساسا بالقواعد التي تكفل تعزيزهما، وهو بذلك-أي هذا التقييد- سيبدو غير دستوري، إذا لم يستجب للضوابط التي تكفل عدم الشطط والتعسف في ممارسة تلك الوظيفة، ومخالفة المشرع لهذه الضوابط ستخضع لرقابة القضاء لتقييم مدى دستورية النص، وهو ما ينتج عنه إلغاء النص متى ثبتت عدم التزام المشرع بتلك الضوابط.

وعلى الرغم من اختلاف الاتجاهات الفقيهة والتشريعية في تحديد أثر الحكم بعدم الدستورية من حيث سريانه على الماضي، فإن الاتجاه التي تبنته المحكمة العليا الليبية يبدو الأكثر استجابة لأهداف القانون الجنائي، فإلغاء النص الجنائي، وانسحاب أثر الإلغاء على الماضي بشأن حالتي الإدانة والبراءة، يبدو موافقا لفلسفة مبدأ الشرعية من ناحية، ولفكرة العدالة من ناحية أخرى.

وإذا كان سريان الحكم بعدم الدستورية زمنيا على الماضي لا يثير إشكالا بشأن إلغاء النصوص المجرمة، فإن سريانه بأثر رجعي بشأن إلغاء النصوص المبيحة، وما يقتضيه ذلك من إعادة إنفاذ القانون المجرم النافذ قبل صدور القانوني الملغي لعدم الدستورية، قد يثير ظاهريا مشكلة عدم الرجعية، وهي بلا شك مشكلة لا تثور بشأن الحالة الراهنة، حال كون هذا المبدأ يقيد النصوص القانونية، لا أثر الأحكام، سيما أن الحكم بعدم الدستورية هو في حقيقته حكم مقرر، ولهذا، فإن انطباق القانون المجرم يكون بالاستناد لفكرة أثره المباشر حال كونه القانون النافذ وقت ارتكاب الفعل.

ولاشك أن خلو القانون الليبي من أحكام صريحة تنظم أثر الحكم بعدم الدستورية، وتبين آثاره خصوصا في نطاق تطبيق القانون الجنائي، يعد قصورا يفتح الباب أمام الاجتهاد، الذي قد لا يلبي متطلبات العدالة في ظل نصوص قانونية تقيد هذا الاجتهاد، وتحد من آثاره؛ فالتماس إعادة النظر، وإن كان سيمثل وسيلة لتصحيح ما ينتج عن إلغاء نص التجريم، فإن تطبيقه يقتصر على الجنايات والجنح وهو ما يخرج المخالفات من نطاقه، وهي وإن كانت جرائم قليلة الشأن، إلا أن العقاب عليها من خلال الاعتراف بالأحكام الباتة الصادرة بشأنها قبل الإلغاء، يعد مخالفا لمبدأ الشرعية، والذي لا يميز في نطاق تطبيقه بين الجرائم حسب جسامتها حيث تستوي أمامه الجرائم الجسمية واليسيرة والتافهة.

لا يختلف تعقيد الأمر بالنسبة لحالة إلغاء النص المبيح، والذي من آثاره إعادة إنفاذ النص الملغي، وتطبيقه على الواقعة، الأمر الذي لا يكفي لمواجهة آثاره الاستناد للقواعد العامة، والتي قد يترتب عليها نتائج تأباها العدالة، كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية في الجرائم الخطيئة.

ولهذا فإن من الأهداف التي يجب أن يتوخاها من توكل إليه مهمة وضع الدستور في ليبيا، إقرار نظام متكامل، يعزز ضوابط المشرع في مجال التجريم والعقاب، من خلال النص الصريح عليها، على نحو يقطع بإلزاميتها، فضلا عن وجوب تبني قواعد واضحة لتنظيم آثار الحكم بعدم دستورية النص الجنائي، من خلال النص الصريح على آثار الحكم بعدم الدستورية، بحيث يعترف بالأثر الرجعي المطلق لهذا الحكم، ويحدد آليات تصحيح الأحكام الصادرة بناء على النص الملغي وينص صراحة على أحكام المسؤولية الجنائية في حالتي إلغاء النص المبيح والمجرّم.

إن التنظيم القانوني الواضح لمسألة دستورية النص القانوني، والجنائي على وجه الخصوص، وما يترتب عليها من أحكام، سوف يضمن تطبيقا صحيحا للقواعد الجنائية، ويعزز فكرة الرقابة على المشرع في ممارسته لمهمة التجريم، بما يضمن حماية حقيقية للحقوق والحريات في مواجهة التعسف والشطط في التجريم والعقاب.

ثبت المراجع

أولا- الكتب والبحوث:

أ. بالعربية:

- البدري (هشام محمد)، الأثر الرجعي للأحكام القضائية في تأثيره على الأمن القانوني.

- بوزيد (جمعة)، تعليق على حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 56، منشور على صفحة مجلة دفاع عن القضاء الليبي.

- الشاعر (رمزي طه)، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983م.

- القماطي (حميد محمد عبد السلام)، أثر الحكم الصادر عن القضاء الدستوري، مقدم للمؤتمر العلمي للمحاكم والمجالس الدستورية العربية، المنعقد بالأردن، خلال الفترة 28-29 فبراير 2016م، تحت عنوان (تحديات الواقع والإصلاحات الممكنة في ضوء المتغيرات الإقليمية).

ب. باللغة الفرنسية:

-BOTTON (Antoine), Droit pénal, procedure pénale et liberté individuelle, article publié sur internet: https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/bilan-de-trois-annees-de-qpc-droit-penal-procedure-penale-et-liberte-individuelle.

-CANIVET (Guy) - Membre du Conseil constitutionnel cahiers du conseil constitutionnel n°16 (dossier: le conseil constitutionnel et les diverses branches du droit) - juin 2004.

https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-juge-judiciaire-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel.

-DE GOUVILLE PAULINE (Le Monnier), « Le principe de nécessité en droitpénal. À propos de l'ouvraged'O. Cahn et K. Parrot (dir.), Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droitpénal. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, coll. LEJEP, 2013 », Les Cahiers de la Justice, 2014/3 (N°3), p. 495-503. DOI: 10.3917/cdlj.1403.0495. URL: https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2014-3-page-495.htm. consulté le 22 mars 2020.

-MAZEAUD (Pierre), Libertés et ordre public,2003, Article publié sur internet: https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/libertes-et-ordre-public.

-SIZAIRE **(Vincent)** , « Mort et résurrection du principe de nécessité pénale: A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », *La Revue des droits*

de l'homme [En ligne], ActualitésDroits-Libertés, mis en ligne le 27 mars 2017,. URL :http://journals.openedition.org/revdh/3038 ; DOI :https://doi.org/10.4000/revdh.3038.

-VALÉRIE (Bernaud), et FATIN-ROUGE STÉFANINI (Marthe) « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le comité Balladur », Revue française de droit constitutionnel, vol. hs 2, no. 5, 2008.

-LE BIHAN VALÉRIE (Goesel), Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale , Revue française de droit constitutionnel, 2001/1 (n°45), p. 67-83. DOI : 10.3917/rfdc.045.0067. URL: https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel -2001-1-page-67.htm.

ثانيا- الرسائل العلمية:

-GROULEZ (Margaux), L'individualisation de la sanction pénale, Master 2 Recherche: Droit privé approfondi, spécialité pénale, Université Lille 2 Droit et Santé Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Lille, France, 2016-2017.

ثالثا- الأحكام القضائية والقرارات:

أ. الأحكام الليبية والعربية:

1. الأحكام الليبية:

- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 28/3ق، جلسة 1982/10/30.
- المحكمة العليا، طعن دستوري رقم 29 لسنة 59 ق، جلسة 2013/12/23.
- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 752 لسنة50ق، جلسة 2013/12/23.
- المحكمة عليا، طعن دستوري رقم 3 لسنة 56 ق، جلسة 2014/03/24.
- المحكمة العليا، الدوائر مجتمعة، طعن رقم 346 لسنة 55ق، جلسة 2014/03/24.
- المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 57/1314ق، جلسة 2015/8/27.

2.الأحكام المصرية:

-محكمة النقض المصرية، نقض جنائي، جلسة 5 ديسمبر 1938م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج 1،ص 143،رقم294.

-محكمة النقض المصرية، نقض جنائي 2 فبراير 1945م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج 3 ص 319، رقم 169.

-المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية، جلسة 19 مايو سنة 1990م.

-المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 35 لسنة 9 قضائية، جلسة 14 أغسطس 1994 م.

-المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 64 لسنة 19 قضائية دستورية، جلسة 9 مايو 1998.

-المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 114 لسنة 21 قضائية، جلسة 2 يونيه 2001.

ب. قرارات المجلس الدستوري الفرنسي:

-Décision n°80-127 DC du 20 janvier 1981.

-Décision n°84-183 DC du 18 janvier 1985.

-Décision n°86-215 DC du 3 septembre 1986.

-Décision n°87-237 DC du 30 décembre 1987.

-Décision n°93-325 DC du 13 août 1993.

-Décision n°99-411 DC du 16 juin 1999.

-Décision n°2004-509 DC du 13 janvier 2005 .

-Décision n°2010-73 QPC du 3 décembre 2010.

-Décision n°2011-163 QPC du 16 septembre 2011.

-Décision n°2017-694 QPC du 2 mars 2018.