وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون –تيارت–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر

الشعبة: حقوق

التخصص: القانون الجنائي

بعنوان:

مبدأ الشرعية الجنائية

من اعداد الطالبة:

- مداح الحاج
- مسلم أحمد

تحت اشراف الأستاذ(ة)

- أ.د. محمودي قادة

لجنة المناقشة

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة
بوشي يوسف	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
محمودي قادة	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا
بلحاج سليمة وسيلة	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا
قايد ليلى	أستاذ التعليم العالي	مدعو

السنة الجامعية: 2022-2023

شكر وتقدير

الشكر والتقدير الحمد لله وكفا والصلاة على الحبيب المصطفى ومن وفى أما بعد

الحمد لله الذي وفقنا في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله

تعالى أهدي عملي هذا إلى الشمعة التي أنارت دربي وفتحت لي أبواب العلم والمعرفة

إلى أعز إنسانة في الوجود التي ضحت من أجلي إلى أعز ما أملك أمي الغالية وإلى من

نذر ماله وأجهد نفسه لكي يعلمني من أجل تنوير طريقي وبناء منهجي في الحياة أبي

الغالي وإلى إخوتي وأخواتي الذين كانو بجانبي في السراء والضراء وإلى كل

أساتذتي

اهداء

إلى جميع الاهل والأقارب وأخص بالذكر الأم والأب والأخوة

والأصقاء إلى جميع من ساعدني من أساتذة من قريب أو بعيد وخاصة

المشرف الدكتور محمودي قادة على هذا العمل إلى كل من

جمعتني بهم لحظة صدق وفرقتني عنهم لحظة صدق . كما أهدي

هذا العمل المتواضع إلى أساتذتي ومن درسني على مستوى جميع

مراحل التعليم

اهداء

اللهم لك الحمد أنت نور السماوات والارض ومن فيهن ولك الحمد قيم السماوات والارض ومن فيهن ولا نحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك نحمد الله جل جلاله نحمده ونحمده كثيرا وعلى النعمة التي وهبنا إياها وعلى إعانته لنا في إتمام هدا العمل المتواضع ويسعدني أن أتقدم بخالص شكري وإمتناني وفائق إحترامي إلى كل من أمدنا بيد العون وساعدنا في إتمام هذا العمل وأخص بالذكر الدكتور المشرف محمودي قادة حفظه الله وأطال عمره لإشرافه على هذا البحث وملاحظته القيمة وتوجيهاته السديدة وتوصياته الدقيقة ونصائحه القيمة وإلى كل الطلبة سنة الثانية ماستر تخصص قانون جنائي كما أتقدم بأسمى معاني الشكر والعرفان إلى أعضاء اللجنة المناقشة أساتذتي الكرام الذين ساهمو في تكويني خلال مشواري الدراسي الجامعي والذين يشرفوننا اليوم بعضويتهم للجنة المناقشة

مقدمة

الجريمة وجدت بوجود الإنسان، وعنها تحدثت الكتب السماوية كأول فعل بشري مثير على الأرض لقوله تعالى: ﴿**فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ**﴾ [المائدة: 30]، إشارة إلى قتل قابيل لأخيه هابيل

ومن خلال وقوع الجريمة ومن رد الفعل عليها تك ونت النواة الأولى للأعراف في المجتمعات القديمة، إذ يؤكد الباحثون بأن المجتمع قد مر بمراحل عديدة من حيث تطور الجريمة وتوقيع العقاب، فمن نظام الأسرة إلى العشيرة ثم القبيلة إلى تشكيل الدول، حيث خضعت هذه الجماعات للعادات والتقاليد وما تكون لديها من أعراف نتيجة التطور الفكري، ما جعل الاهتمام بالجريمة والعقوبة يحتل أهمية خاصة في حياة تلك الجماعات.

لقد ربطت الدولة بين حق العقاب ومظاهر سيادتها، فالجريمة ضرر يعرض سيادة الدولة ومصالحها للخطر، ولذا فإن الرد على الجريمة هو من حق الدولة فقط، لها أن تقرر نوعه ومقداره، وكل ما يتعلق به هو من شأن السلطة العامة.

وهكذا فقد تحول الأمر تماما مع قيام الدولة، فبعد أن كان رد الفعل على الجريمة في المجتمعات السابقة رد فعل فردي أو اجتماعي انتقامي و ثأري، أصبح عقوبة تفرضها الدولة بنصوص قانونية مكتوبة مسبقا وصارمة بهدف الردع ووقاية المجتمع.

إلا أنه قد تسقط المسؤولية الجنائية للمجرم في بعض الظروف بحيث تعطل هذا المبدأ وتقيده رغم وجود نصوص قانونية مجرمة مسبقة لأفعاله، بحيث تخرج هذه الأفعال من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة.

ومن الأسباب التي دفعت بنا إلى اختيار هذا الموضوع أسباب شخصية وأسباب موضوعية، فالأسباب الشخصية تتمثل في ميولنا الشديد لدراسة هذا الموضوع إذ أننا نجد فيه أهمية بالغة للفرد والمجتمع بحيث يبين للفرد ما هو مباح وما هو غير مباح.

أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في أن هذا المبدأ يعد من أسس الحرية الفردية ويضمن حقوق الأفراد بتحديد الجرائم والعقوبات، كما يعطي للعقوبة أساس قانوني بحيث يجعلها مقبولة من طرف الرأي العام ويجعل الجريمة معروفة من قبل الأفراد.

الهدف من الدراسة وأهميتها :أن الهدف الرئيسي من دراسة هذا الموضوع هو الوصول إلى معرفة مبدأ الشرعية الجنائية، أي معرفة متى يجرم القانون الأفعال الصادرة من طرف الفرد، وكذا معرفة نطاق سريان النصوص القانونية من حيث الزمان والمكان وأهمية مبدأ الشرعية الجنائية في حياة الفرد والمجتمع هذا من جهة، ومن جهة أخرى معرفة متى تسقط المسؤولية الجنائية للمجرم رغم وجود نصوص قانونية مجرمة مسبقا لأفعاله، أما أهمية دراسة الموضوع فتبرز فيما يلي:

- إن مبدأ الشرعية الجنائية يضع حدودا فاصلة بين ما هو مباح وما هو محضور كما أنه يضمن حقوق المواطنين وحرياتهم فلا يمكن متابعة الأف ا رد إذا لم يوجد نص يجرم أفعالهم.
- إن مبدأ الشرعية الجنائية يعطي الجريمة والعقوبة أسسا قانونية يجعلها مقبولة من طرف الرأي العام باعتبارها توقع لصالح المجتمع وباسم القانون، كما أن هذا المبدأ يعتبر الحصن الواقي للمجرمين وغير المجرمين، بحيث يبين لغير المجرمين ما هو مشروع وما هو غير مشروع .

وبناء على ذلك نطرح الإشكالية التالية:

على أي أساس تحدد الجرائم ويوقع العقاب؟

ومحاولة منا للإجابة على هذه الإشكالية خصصنا الفصل الأول من هذه المذكرة للتعريف بمبدأ الشرعية الجنائية أي ذكر الجانب الإيجابي لنص التجريم وتناولنا في الفصل الثاني العوامل المؤثرة في المبدأ وضمانات المتهم بالمحكمة

واعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي الوصفي الذي رأيناه الأنسب لطبيعة موضوع بحثنا، فالمنهج التحليلي من خلال تحليل ومناقشة بعض النصوص القانونية، أما المنهج الوصفي من خلال التعرض لبعض المفاهيم والخصائص الخاصة بهذا البحث

الفصل الأول:

ماهية مبدأ الشرعية الجنائية

تمهيد:

يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون الجنائي، فقد نصت المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على أنه : « لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير امن بغير قانون».[1]

المادة تعالج مسألة تتمثل في معرفة مدى سلطة المحاكم في المهمة العقابية، هل هي حرة في تجريم ومعاقبة أي فعل ترى أنه جدير بالعقاب، أو على العكس من ذلك يجب عليها ألا تتصرف إلا في حدود معينة رسمها لها القانون تطبيقا للنص السابق ذكره[2]

مبدأ الشرعية الجنائية يسود في الدول القانونية وفحواه سيادة القانون وخضوع الجميع له حكاما ومحكومين وهذه السيادة تعني في مجال التجريم والعقاب حصر الجرائم والعقوبات في قانون مكتوب وواضح، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها من جهة، ثم العقوبات المقررة لها ونوعها ومدتها من جهة أخرى.[3]

ولدراسة هذا الموضوع قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول يتناول ظهور مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره، ويتناول المبحث الثاني النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية الجنائية.

[1] – أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات معدل ومتمم جريدة رسمية عدد 49، صادر 11 جوان 1966

[2] – صلاح الدين جبار، (مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 4، 2012، ص135

[3] – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص 74-73

المبحث الأول

ظهور مبدأ الشرعية الجنائية

في التشريعات السابقة عن قيام الثورة الفرنسية كان مبدأ الشرعية الجنائية مختلف عما هو عليه في وقتنا الحالي، فلم تكن هناك نصوص مكتوبة تجرم الأفعال مسبقا، فالعقوبات كانت في الغالب تَحَكُمية ومع ذلك فقد كانت هناك كثير من المبادئ والقواعد التي كان القضـــاة يســـتهدون بها، كالتقاليد والأعراف القضائية.[1]

ولمعرفة أصول مبدأ الشرعية الجنائية والتعريف به ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتعرض في الأول إلى نشأة مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره التاريخي، ونتعرض في الثاني إلى مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية.

المطلب الأول

نشأة مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره التاريخي

يعد مبدأ الشـرعية الجنائية أحد المبادئ الأسـاسـية التي قررتها التشـريعات المتعاقبة بدء بالتشـريع الإسلامي إلى غاية التشريع الحديث وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب، حيث نتناول في الفرع الأول نشأة مبدأ الشرعية الجنائية أما في الفرع الثاني فسنتناول التطور التاريخي لهذا المبدأ وفي الفرع الثالث نتناول أسسه الفلسفية والدستورية.

الفرع الأول: نشأة مبدأ الشرعية الجنائية

نتناول نشأة مبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الإسلامي (أولا) ثم في أوروبا (ثانيا).

أولا: في التشريع الإسلامي:

تعتبر الشريعة الإسلامية أول شريعة مقررة لمبدأ الشرعية الجنائية في الوقت الذي كانت فيه سائر أمم أوربا غارقة في الظلام وتعاني من تحكم السلطة وتعسفها، حتى وإن كانت بعض الشرائع الوضعية قبل الميلاد عرفته كقانون حمورابي.[2]

---

[1] – صلاح الدين جبار، مرجع سابق، ص136

[2] – ناصر حمودي، محاضرات في القانون الجنائي العام الأحكام العامة لقانون العقوبات والنظرية العامة للجريمة–، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، 2009-2010، ص 73

دلت الشريعة الإسلامية على هذا المبدأ في العديد من الآيات القرآنية الكريمة مثل قوله تعالى: ﴿**وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا**﴾ [الاسراء: 15]، وقوله عز وجل: ﴿**وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا**﴾ [القصص: 59]، وقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ**﴾[البقرة: 178]

ثانيا في أوروبا

في أوروبا كان لتعسف السلطة وتحكمها خصوصا السلطة القضائية في العصور الوسطى أثر في ظهور هذا المبدأ، حيث كان القضاة يملكون سلطة تحكمية في تجريم الأفعال والعقاب عليها بالرغم من انعدام النصوص التجريمية، فالقضاة كانوا يعاقبون بناء على رسائل الملك وبناء على وجهة نظرهم الأمر الذي أدى إلى انتهاك لحقوق وحريات الأفراد لعدم وجود ما يحدد مسبقا للفرد حدود المباح والمحظور.[1]

وإزاء هذا التحكم القضائي في حقوق الأفراد وحرياتهم وجه الفلاسفة النقد للسلطة بصفة عامة والسلطة القضائية على وجه الخصوص، وكان الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو أول من دعا إلى الشرعية في كتابه روح القوانين سنة 1748 منتقدا السلطة وداعيا إلى الفصل بين مختلف السلطات لحماية الأفراد من التعسف، ثم جاء «بكارايا» في كتابه « الجرائم والعقوبات» الذي نشره في سنة 1764 معتمدا فلسفة روسو وبالخصوص نظرية العقد الاجتماعي مؤكدا بأن القانون وحده هو الذي يحدد العقوبات المتناسبة مع الجرائم وأن سلطة التحديد هذه يملكها المشرع وحده الذي يجمع أفراد المجتمع بحكم العقد الاجتماعي.[2]

الفرع الثاني: التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية

كان لمونتسكيو وبكاريا الدور الكبير في ظهور مبدأ الشرعية الجنائية الذي تطور بشكل متسارع وعرفته المجتمعات والحضارات بحيث تضمنته وثائق الثورة الفرنسية، وتأكد بعد ذلك في إعلان حقوق

[1] – بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دون ذكر الطبعة دار الهدى الجزائر، دون ذكر سنة النشر، ص 09

[2] – بارش سليمان، مرجع السابق، ص 10.

الإنسان والمواطن لسنة 1789 في المادة 5 والمادة 8 منه[1]، وأكده بعد ذلك دستور الثورة الفرنسية لسنة 1791 و1793 ودخل بعد ذلك المجال التشريعي.[2]

أخذ القانون الإنجليزي بمبدأ الشرعية الجنائية منذ صدور ميثاق هنري الأول ثم تضمنه دستور كلاريندون وأكده بعد ذلك العهد الأعظم للملك جون سنة 1215 في مادته 29، وأكد عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المواد 9، 10، 11[3]، كما تضمنته أكثر من 50 اتفاقية تتعلق بحقوق الإنسان والحريات الفردية، ليستقر بعدها في غالبية الدساتير والقوانين الجزائية بوصفه ضمانة أساسية للحقوق والحريات، وصار ركيزة دستورية هامة وقد نصت عليه غالبية الدساتير الجزائرية ومنها المادة 46 من دستور 1996[4]، كما نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري، ونصت عليه المادة 111-3 من قانون العقوبات الفرنسي.[5]

الفرع الثالث: الأسس الفلسفية والدستورية لمبدأ الشرعية الجنائية

من خلال التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية تمكنا من استنتاج أسسه الفلسفية والدستورية وهو ما سنتعرض إليه في ما يلي:

أولا: الأسس الفلسفية

يقوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بصفة أساسية على دعامتين هما حماية الحرية الشخصية وحماية المصلحة العامة.

أما عن حماية الحرية الشخصية، فقد قام هذا المبدأ كعلاج ضد مختلف صور التحكم التي عان منها القضاء الجنائي ردحا طويلا من الزمن، فهذا المبدأ يضع للأفراد الحدود الواضحة لتجريم الأفعال قبل

[1] – تأكد هذا المبدأ في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 في المادة 5 و8 منه. أنظر هذه المواد على الموقع: : //http www.un.org/ar/documents/udhr إطلعت عليه يوم: 18/04/2023 على الساعة 17:00

[2] – ناصر حمودي، مرجع سابق، ص ص 74-75

[3] – تأكد هذا المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المواد 9، 10، 11. أنظر هذه المواد على الموقع.http//www.un.org/ar/documents/udhr اطلعت عليه يوم: 18/04/2023 على الساعة 18:00 .

[4] – دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1966، جريدة رسمية عدد 76، صادر سنة 1996، المعدل بموجب القانون رقم 1908 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 جريدة رسمية عدد 36، صادر في 16 نوفمبر 2008

[5] – ناصر حمودي مرجع سابق، ص 75

ارتكابها، فيبصرهم من خلال نصوص محدودة جلية لكل ما هو مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مباشرتها، كما يضمن لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم، ويحول بذلك دون تحكم القاضي، فلا يملك إدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم والعقاب الذي يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل، وقد عبر عن ذلك بكاريا، مؤكدا ما سبق أن قاله مونتسكيو من أن القوانين وحدها هي التي يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم، وان هذه السلطة لا يمكن أن يتولاها سوى المشرع بذاته الذي يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعي.[1]

كما يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية ثمرة من ثمار مبدأ الفصل بين السلطات، كما أن أساس هذا المبدأ هو المسؤولية الأخلاقية، حيث تتحدد مسؤولية الشخص بناء على الخطأ المنسوب إليه، والصادر عنه بناء على الإدراك وحرية الاختيار، حيث جوهر الخطيئة إدراك عدم مشروعية الفعل ثم إرادة ارتكابه، وهو ما يقتضي أن تكون عدم مشروعية الفعل قد حددتها النصوص القانونية العقابية مسبقا، وتبعا لذلك فقوام مبدأ الشرعية الجنائية مبدأ العدالة الذي يعد من الركائز الأساسية لقيام دولة القانون.[2]

ولهذا فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تلتزم به الدولة القانونية، حيث يضمن القانون احترام الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة الدولة. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا المعنى في نصها بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإن اتخذ من الحرية الشخصية بنيانا لإقراره وتوكيده إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد من محتواه، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازما إلا بالقدر وفي الحدود التي تكفل صونها.[3]

أما حماية المصلحة العامة، فتتحقق من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية إلى المشرع وحده، تطبيقا لمبدأ إنفراد المشرع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحريات، باعتبار أن القيم التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلي الشعب، وهو ماعبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في مصر في قولها بأن القيم الجوهرية التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا يمكن بلورتها إلا من

[1] – أحمد . فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، مصر، 2005، ص ص 31-32.

[2] – ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 76.

[3] – أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 32

خلال السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير في شأن تحديد الأفعال التي يجوز تأثيمها وعقوباتها لضمان مشروعيتها وعلى هذا النحو يعرف المواطنون سلفا القيم التي ينبني عليها المجتمع ويحميها قانون العقوبات مما يسهم في الحفاظ على الثقة بين الشعب والدولة والحفاظ على الاستقرار في المجتمع.[1]

ثانيا: الأساس الدستوري والقانوني لمبدأ الشرعية الجنائية

أكد الدستور الجزائري لعام 1996 في عدة نصوص منه على مبدأ الشرعية الجنائية، فقد ذكره في الباب الأول وفي الفصل الرابع الخاص بالحقوق والحريات في المواد 29، 45، 46، 47، كما تطرق إليه أيضا في الباب الثاني وفي الفصل الثالث الخاص بالسلطة القضائية في المواد 140 و142. وهو بذلك يرتفع بالمبدأ من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري وبهذا يستفيد المبدأ من كافة الضمانات التي يمنحها الدستور لمبادئه.[2]

أما في قانون العقوبات الجزائري، فقد نصت المادة الأولى على مضمون مبدأ الشرعية بنصها :" لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير "قانون، وتأكيدا لهذا المبدأ، فقد جاءت النصوص اللاحقة لتدعم مضمون المادة الأولى، فنصت المادة الثانية على مبدأ عدم الرجعية الذي يعتبر دعامة لمبدأ الشرعية ونصت المادة الثالثة على تحديد نطاق قانون العقوبات.[3]

كما أكد الدستور المصري عام 1971 صراحة هذا المبدأ في المادة 66 منه، ومن قبله دستور 1923 في المادة السادسة منه. وتمتد جذور هذا المبدأ إلى متطلبات مبادرة القانون وديمقراطية نظام الحكم، ومن ثم فإن اعتباره من مقومات الشرعية الدستورية لا يستند فحسب إلى نص المادة 66 من الدستور المصري، بل يعتمد كذلك على ما نص عليه الدستور المصري في المادة 64 من أن سيادة القانون الأساسي الحكم في الدولة، وما نص عليه في المادتين 2 و4 من الدستور المصري بشأن ديمقراطية نظام الحكم، كما يستخلص هذا المبدأ كذلك مما قررته المادة 187 من الدستور المصري من أن الأصل في أحكام القوانين هو سريانها

[1] – المرجع نفسه، ص 32

[2] – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 77.

[3] – المرجع نفسه، ص 78.

اعتبارا من تاريخ العمل بها، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا المبدأ وأعلنت قيمته الدستورية في عدد من أحكامها.[1]

وعلى الرغم من عدم النص على هذا المبدأ في الدستور الفرنسي القديم، فقد أكد الفقه الجنائي قيمته الدستورية على أساس أنه جزء من القانون العام العرفي في فرنسا، وهو قانون أسمى في التشريع ذاته ولا يمكن المساس به، وجاء كل من دستوري فرنسا لعام 1946 وعام 1958 فأكدا بصفة رسمية في مقدمة كل منهما أن إعلان عام 1789 يحتل مكانا رفيعا في قيمة البناء القانوني الفرنسي ويأخذ موقع القلب من الكتلة الدستورية التي تحتوى على الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية، ويتكامل هذا المبدأ مع عدة مبادئ دستورية أخرى، هي مبدأ المساواة وأصل البراءة المفترض في المتهم ومبدأ المحاكمة المنصفة التي تسهم كلها في تحديد نطاق التجريم والعقاب الذي يتم طبقا لشرعية الجرائم والعقوبات.[2]

وبعد أن تطرقنا في المطلب الأول لنشأة مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره التاريخي، نتناول في المطلب الثاني مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية.

المطلب الثاني

مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية

تتحقق الجريمة بالفعل الصادر عن الإنسان فيتخذ صور مادية معينة، وتختلف الأفعال المادية باختلاف نشاطات الإنسان وهذا ما يجعل المشرع يتدخل لتحديد فئة من هذه الأفعال الضارة أو الخطرة على سلامة أفراد المجتمع فينهي عنها بموجب نص قانوني جزائي يجرم هذه الأفعال ويحدد عقوبة من يأتي على ارتكابها. وما عدا ذلك يبقي الإنسان حرا في تصرفه شرط أن لا يلحق الضرر بالغير، فالنص القانوني هو مصدر التجريم وهو المعيار الفاصل بين ما هو مباح وما هو منهي عنه، وهذا ما يعرف بمبدأ الشرعية

[1] – أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص34

[2] – أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 35.

الجنائية[1]، الذي سنحاول التعرف عليه، حيث نتناول المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية الفرع الأول)، أقسام الشرعية الجنائية (الفرع الثاني) ثم الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية الجنائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية

يقصد بمبدأ الشرعية الجنائية الركن الشرعي للجريمة، كما يفهم منه أيضا مبدأ المشروعية، لذا وجب علينا أن نفرق بين الشرعية والمشروعية، حيث أن الشرعية تتمثل في حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة، فهي تتعلق بالنص الجنائي وبالعناصر الشكلية والموضوعية التي تضمن شروط صحة النص، كما يقصد بالشرعية تلك المبادئ التي تكفل احترام حقوق الإنسان وإقامة التوازن بينها وبين المصلحة العامة، والتي يتعين على الدولة التقيد بها عند ممارستها لصلاحياتها العامة.[2]

بينما يقصد بالمشروعية انتفاء التعارض بين الواقعة القانونية وبين نصوص التجريم والعقاب، وبالأحرى انتفاء التعارض بين النصوص والمصالح والأموال المشمولة بحماية هذه النصوص، فهي بذلك تنصرف إلى أسباب الإباحة، فالمشروعية تتعلق بالفعل، في حين أن الشرعية تتعلق بالنص.[3]

كما يقصد بمبدأ الشرعية في مجال القانون الجزائي أن لهذا القانون مصدرا واحدا هو القانون المكتوب وهو بذلك يختلف عن فروع القانون الأخرى التي تضيف إلى نص القانون مصادر أخرى كالعرف والشريعة الإسلامية.[4]

والى جانب ذكر المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية، سوف نتعرف أكثر على هذا المبدأ من خلال إعطاء تعريف خاص به (أولا) وكذلك إبراز مضمونه (ثانيا).

أولا: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية

أعطيت العديد من التعاريف لمبدأ الشرعية الجنائية، التي اختلفت باختلاف الزوايا التي ينظر منها إليه، فاليونانيون قد عبروا عن هذا المبدأ بأنه: «الترابط السياسي الذي يضع كل مواطن مكانه في المجتمع»،

[1] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 48.

[2] – ناصر حمودي، مرجع سابق، ص77

[3] – المرجع نفسه، ص 77

[4] – أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 49

في حين عبر عنه المجتمع الدولي لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة 1959 بأنه : اصطلاح يرمز إلى المثل والخبرة العلمية القانونية التي يجمع عليها رجال القانون في جزء كبير من العالم، ورأى المؤتمرون أن المبدأ يقوم أو يعتمد على عنصرين أساسيين، هما انه مهما كان فحوى القانون، فان كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون وتعمل وفقه، والثاني افتراض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سام هو احترام حقوق الإنسان» واستخلص المؤتمرون تعريف لمبدأ الشرعية في أنه: « ذلك الذي يعبر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة، ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية»[1]

كما عرف بالعديد من التعاريف التي يمكن إجمالها فيما يلي: « نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل»، « النص القانوني الذي يبين الفعل المكون للجريمة ويحدد العقاب الذي يفرضه على مرتكبها»، وهناك من قال بأن الشرعية الجنائية تقضي وجوب وجود نصوص قانونية صادرة عن سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم والجزاء والمتابعة الجزائية[2]، مبدأ الشرعية الجنائية إذن هو حصر الجرائم والعقوبات في نصوص القانون، حيث يختص هذا الأخير بتحديد الأفعال التي تعتبر جرائم وبيان أركانها وفرض العقوبات على هذه الأفعال، وعلى القاضي تطبيق ما يضعه المشرع من قواعد في هذا الشأن فلا يستطيع القاضي تجريم فعل إلا إذا وجد نصا يعتبر هذا الفعل جريمة.[3]

ثانيا مضمون مبدأ الشرعية الجنائية

القانون الجنائي بمختلف فروعه يخضع لمبدأ الشرعية منذ تجريم الواقعة ووقوعها مرورا بمحاكمة الشخص وتوقيع العقوبة عليه وتنفيذها، ومقتضى مبدأ الشرعية الجنائية أن تراعيه السلطات الثلاث في الدولة في كل تصرفاتها وأعمالها القانونية، فمن جهة لا يملك القاضي تجريم فعل أو توقيع العقوبة عليه ما لم يرد نص بتجريمه أو توقيع العقوبة عليه، كما يقع على القاضي عبء التطبيق السليم لهذه النصوص التي يجب أن تكون واضحة كل الوضوح ومن جهة ثانية فسلطة التجريم والعقاب من اختصاص السلطة

[1] – ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 77

[2] – المرجع نفسه، ص ص 77-78

[3] – رضا فرج شرح قانون العقوبات الجزائري – الأحكام العامة للجريمة، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976، ص 103

التشريعية، ولا تملك السلطة التنفيذية ممارسة هذا الاختصاص دون تفويض[1]، فهذا يعني أن المشرع الجنائي يحتكر سلطة وضع القواعد القانونية في هذا المجال وهذا بخلاف ما هو عليه الحال في القانون المدني مثلا.[2]

كما يجب على المشرّع أيضا فيما يخص الإجراءات الجنائية أن يبحث عن توازن مرض بين حقوق الاتهام وحقوق الدفاع، لأنّ القانون يحمي الحريات الفردية بقدر حمايته لمصالح المجتمع، فلابد أن تضمن للدفاع حرية التعبير، بدون أن تخل بحق سلطة الاتهام من التعبير عن رأيها حماية للمصلحة العامة. كما يقضي هذا المبدأ استبعاد أي إجراء إداري مسبق على الحكم، كوضع المتهم في معسكر اعتقال أو حرمانه من حقوقه المدنية، كما ينتج عن هذا المبدأ، ضرورة أن يعرف الجاني مسبقا المحكمة المختصة، بنفس المقدار الذي يعرف به الجريمة والعقوبة، ويقتضي مبدأ الشرعية، أيضا، أن لا يعاقب المتهم قبل أن تثبت إدانته ويستنفذ طرق الطعن المقررة في القانون[3]

وإذا قلنا بأنه يقع على القاضي عبء التطبيق السليم للقانون فهذا يقضي أولا أن يكيف الأفعال التكييف الصحيح، فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه على الواقعة، يجب على النيابة

العامة أن تأمر بحفظ الدعوى، وإذا كانت القضية على مستوى التحقيق، يجب على قاضي التحقيق أن يصدر أمر بانتفاء وجه الدعوى، وإذا كانت القضية على مستوى قاضي الحكم، فعلى القاضي أن يحكم ببراءة المتهم مهما كانت التهم المنسوبة إليه، كما يجب على القاضي أيضا احتراما لمبدأ الشرعية الجنائية، أن لا يفرط في التوسع في تفسير النصوص القانونية.[4]

الفرع الثاني: أقسام الشرعية الجنائية

إن الشرعية الجنائية جزء من الشرعية العامة، لكن مساسها بالحقوق والحريات هو الذي جعلها تبرز على غيرها من أقسام الشرعية الأخرى في الدولة، حيث كلما أطلق لفظ الشرعية انصرفت الأذهان إلى

[1] – أنظر : مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره عل الموقع : إطلعت عليه يوم 15/04/2023 على الساعة 10:00.
http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net

[2] – أنظر : المادة 1 من الأمر رقم 5875 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد 31. الصادر في 13 ماي 2007

[3] – صلاح الدين جبار، مرجع سابق، ص ص 147-148

[4] – صلاح الدين جبار، مرجع سابق، ص ص 148-149

الشـرعية الجنائية وهي تتكون من ثلاثة أقسـام رئيسـية هي الشـرعية الموضـوعية (أولا)، الشـرعية الإجرائية (ثانيا)، وشرعية التنفيذ العقابي (ثالثا).

أولا: الشرعية الموضوعية

وهي القسـم الأول من أقسـام الشـرعية الجنائية وهو يعبر عنه في المادة الأولى من ق.ع. ج: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، وهو حصر مصادر التجريم والعقاب في النص التشريعي الصادر عن السلطة المختصة وفقا للأحكام الدستورية في الدولة، وهو ما نص عليه المشرع في المادة السالفة الذكر. فبمقتضـى هذا القسـم تم حماية الإنسـان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشـريعية المعبرة عن إرادة الشـعب، وزيادة على ذلك أن يكون هذا القانون قبل ارتكاب الفعل، ودون أن يطبق بأثر رجعي، وعدم لجوء القاضي للقياس في مجال التجريم والعقاب، وكذا إلزام القاضي بمبدأ التفسير الضيق وذلك بإتباع قواعد خاصة في التفسير الكاشف فقط عن إرادة المشرع عند وضع النص.[1]

ثانيا: الشرعية الإجرائية

وهي أن تكون الإجراءات التي تتبعها الجهات والأجهزة مقررة بموجب نصـوص قانونية، وهي الحلقة التي تكفل احترام الحرية الشـخصـية للمتهم، وافتراض براءته في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ ضـده، وبذلك تكون الشـرعية الإجرائية امتداد طبيعي لشـرعية الجرائم والعقوبات، بل في الواقع أكثرها أهمية وأعظمها شـأنا، فهي الإطار الذي لا يمكن تطبيق القاعدة الموضـوعية إلا من خلاله، وتقوم الشـرعية الإجرائية أساسا على افتراض براءة المتهم، وألا يتخذ ضده أي إجراء إلا بنص في قانون الإجراءات الجنائية، والثالث يتمثل في ضرورة إشراف القضاء على كل الإجراءات المتخذة ضده، حيث أن قرينة البراءة لا تسقط إلا بحكم إدانة المتهم، وهنا فقط يصبح أمر المساس بحريته أمرا مشروعا بحكم القانون، غير أن ذلك لا يعد

[1] – أنظر : مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره على الموقع: إطلعت عليه يوم 15/04/2023 على الساعة 10:30.
http://sciencesjuridiquse.ahlamontada.net

حقا مطلقا، بل يجب أن يتحدد نطاقه وفقا للهدف من الجزاء الجنائي، ومن هنا تظهر أهمية الحلقة الثالثة من الشرعية الجنائية، وهي شرعية التنفيذ العقابي.[1]

ثالثا : شرعية التنفيذ العقابي

شرعية التنفيذ العقابي تعد الحلقة الثالثة من حلقات الشرعية الجنائية، حيث تقتضي أن يجري تنفيذ الحكم الصادر ضد المتهم وفقا للكيفيات التي حددها القانون، تحت رقابة وإشراف القضاء، خاصة في ظل الاهتمام المتزايد بهذه المرحلة الذي بدأ مع مدرسة الدفاع الاجتماعي، وتبلور مع منظمة الأمم المتحدة التي قامت بإصدار القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة المساجين، التي بينت بدقة المبادئ التي تحكم مرحلة التنفيذ العقابي، مما يعد شرعية لهذا التنفيذ.[2]

وبالتالي يمكننا القول أن هذه الحلقة لم تبق مجرد مبدأ دستوري بل ارتقت لمرتبة المبادئ الدولية مع صدور قرار عن الجمعية العامة للأمم المتحدة توصي الدول بضرورة العمل بالقواعد النموذجية الدنيا السابقة وهو القرار رقم: 2858 الصادر في 20/12/1971، والقرار 32-8 الصادر في 06/11/1974 وهي القواعد التي عنيت الدول بإدراجها في قوانينها، باعتبار القانون الأداة التشريعية الصالحة للشرعية الجنائية. وهو ما قام به المشرع الجزائري في قانون تنظيم السجون، خاصة القانون الأخير المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم 05-04 المؤرخ في 06/02/2005[3]، وتقوم شرعية التنفيذ العقابي على ضرورة تحديد أساليب التنفيذ وضماناته وأهدافه المنصوص عليها بالقانون المعبر عن إرادة الشعب والذي لا يسمح بالمساس بحرية الشخص أو حياته، وأن يكون تنفيذ العقوبة خاضعا لإشراف قاضي يطلق عليه اسم قاضي تنفيذ العقوبات.[4]

[1] – أنظر : مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره على الموقع: إطلعت عليه يوم : 25/04/2023 على الساعة 11:00.
http://www.maitremahmoudyacoub.blogspot.com

[2] – ناصر حمودي، مرجع سابق، ص81

[3] – قانون رقم 05-04 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، جريدة رسمية، عدد 12، صادر في 13/02/2005.

[4] –. ناصر حمودي، مرجع سابق، ص81

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية الجنائية

تم البدء بتوجيه الانتقادات لمبدأ الشـــرعية الجنائية مع ظهور المدرســـة الوضـــعية الإيطالية والمدارس اللاحقة لها، فظهر اتجاهان أحدهما يعارض مبدأ الشرعية (أولا) والآخر يناصره (ثانيا).

أولا: الاتجاه المعارض لمبدأ الشرعية الجنائية

لم يســـلم مبدأ شـــرعية الجرائم والعقوبات من النقد، فقد وجهت له انتقادات قاســـية في محاولات لتعديل مضمونه، ونحاول أن نحصرها في نقطتين، الأولى تتعلق بشق التجريم والثانية تتعلق بشق العقاب.

فبالنسبة لشق التجريم فقد أنتقد مبدأ الشرعية وقيل فيه أنه مبدأ رجعي وجامد، يجعلنا عبيد للنص الوضعي، كما أنه يصيب التشريع بالجمود ويجرده من المرونة اللازمة في مواجهة الظواهر الإجرامية المستحدثة التي قد لا تندرج بالنظر لحداثتها وأساليب ارتكابها تحت نص التجريم، مما يجعله يتسبب في إفلات المجرمين والتهرب من المسؤولية بحيث يستفيدون من الثغرات الموجودة في القانون.[1]

كما ترجع عيوب مبدأ الشرعية إلى نصوص التشريع نفسه، فالمشرع لا يستطيع أن يحدد سلفا كل الأفعال الخطرة الواجب حصرها، وتجريمها، وقد تكون هذه النصوص في بعض الأحيان غامضة أو فضفاضة بحيث لا يسمح للقاضي بالتفسير الواسع وهذا ما يجعله في حيرة من أمره مما يتسبب في تعطيل النصوص التشريعية وتهرب الجناة من العقاب.[2]

وبالنسبة لشق العقاب فقد انتقد مبدأ الشرعية لكونه يتعارض مع أهم مبادئ السياسة الجنائية الحديثة، وهو مبدأ تقرير الجزاء الجنائي الذي يترتب على تطبيقه اختلاف العقاب نوعا ومقدارا بالنســـبة للفعل الواحد تبعا لدرجة خطورة كل من ســـاهم في ارتكابه، وعلى الرغم من أهمية مبدأ تقرير العقوبة، فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يقف عقبة أمام القاضي تحول بينه وبين اختيار العقوبة التي تتلاءم وشخصية المجرم، ذلك أن هذا المبدأ يفرض على القاضي نوع العقوبة ومقدارها بالنسبة لكل فعل تبعا لجسامته دون

[1] – عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دون ذكر الطبعة دار الهدى الجزائر، دون ذكر سنة النشر، ص 51

[2] – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 82

اعتداد بدرجة خطورة الفاعل، وفي هذا تفويت لفرصة الاستفادة مما يحققه التقدم العلمي والفني من نتائج ترتبط بالجريمة والمجرمين.[1]

ثانيا: الاتجاه المناصر لمبدأ الشرعية الجنائية

بالرغم من الانتقادات المعارضة لمبدأ الشرعية الجنائية، إلا أن القوانين الحديثة تجتهد لتتجاوز هذه الانتقادات، فجمود النص يمكن تداركه بمرونة يلجأ لها المشرع في عبارات يحقق بها التوازن بين حقوق الأفراد ومصلحة المجتمع، ومما يساعد على تجاوز جمود النص الأخذ بنظرية التفسير الكاشف والابتعاد عن نظرية التفسير الضيق في مجال تفسير نصوص التجريم، ويعني ذلك إعطاء سلطة للقاضي في تفسير النص التجريمي القائم وتطبيقه بكل ما تتسع له حكمة الشارع منه ولو لم تشر إليه حرفية النص وقد عمدت التشريعات الحديثة أيضا إعطاء القاضي سلطة تقديرية تسمح له بتفريد العقاب والملائمة بين العقوبة وشخصية الفاعل.[2]

وقد عرض مبدأ الشرعية الجنائية على بساط البحث في مؤتمرات دولية، وأسفرت المناقشات التي دارت في هذه المؤتمرات عن ضرورة التمسك بمبدأ الشرعية والإبقاء عليه بكل قيمته، لما له من قيمة في تحقيق مصلحة الفرد والمجتمع باعتباره صمام الأمان للحقوق والحريات الفردية.[3]

[1] – عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص52

[2] – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص 83-84

[3] – فتوح عبد الله الشاذلي شرح قانون العقوبات، القسم العام دون ذكر الطبعة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 137

المبحث الثاني

أهمية مبدأ الشرعية ونتائجه

يعتبر مبدأ الشـرعية احد أهم الأعمدة التي تقوم عليها الدولة الديمقراطية فهو يضـمن حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من أي تعسـف من قبل الحكام او القضـاة من جهة، ويكفل من جهة أخرى حماية المجتمع عن طريق معاقبة الجناة وهذا هو المفهوم الضيق لمدلول مبدأ الشرعية الجزائية .

ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج مهمة وهذا ما سـنوضّـحه من خلال المطلبين التاليين : أهمية مبدأ الشرعية الجزائية من خلال التطرق لمجموعة من الخصائص المميزة له وهذا ما سنتناوله في (المطلب الأول) ثم التطرق إلى أهم النتائج المترتبة عن هذا المبدأ وهو ما سيعالجه (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

أهمية مبدأ الشرعية الجزائية

يعتبر مبدأ الشـرعية من أهم القواعد الدسـتورية التي يجب على سـلطات الدولة احترامها والعمل بمقتضاها.

وتبرز هذه الأهمية من خلال عدة خصـائص أهمها : ضـمان الحريات الفردية في إطار النظام الإجتماعي (الفرع الاول)، ثم بيان نصـوص التجريم (الفرع الثاني)، ثم من خلال وضـع حدي العقوبة (الفرع الثالث)، ثم من خلال احترام القاضـي لمبدأ الفصـل بين السـلطات (الفرع الرابع) ثم من خلال تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة (الفرع الخامس) .

الفرع الأول: ضمان الحقوق والحريات الفردية في إطار النظام الإجتماعي

يسـتمد مبدأ الشـرعية أهميته من حيث انه يعتبر من الضـمانات المهمة المقررة للحقوق والحريات الفردية من جهة أخرى، ويشـكل حماية للمجتمع من جهة أخرى، ففي ظل هذا المبدأ يؤمن الفرد من جانب السلطات العامة التي لا تستطيع أن تحاسبه إلا بموجب النص القانوني، بعد أن تبين له ما هو المحظور

عليه عمله وفي ذلك صيانة للحريات الفردية من تعسف السلطات العامة فالمبدأ يعتبر السياج الذي يحمي الفرد وحقوقه من طغيان السلطة.

أما حمايته للمجتمع، فتبدأ من حيث أن للقاعدة الجنائية دورها الوقائي فيمنع الجريمة، فحيث تبدو الأوامر واضحة والعقاب محدد يمتنع الأفراد عن مقارفة الإجرام[1]، أي انه يضفي حماية مزدوجة حماية للمجني عليه من حيث ضمان حقوقه، وحماية للجاني من حيث عدم إمكان تجريم السلوكات التي يأتيها والعقاب عليها إلا إذا كان هناك نص تشريعي يصفها بهذا الوصف ويعاقب عليها، فلا يجوز العقاب إلا بما يقرره ه القانون من عقوبات .

الفرع الثاني: وضع حدود التجريم

يضع هذا المبدأ حدا بين الأفعال المشروعة والأفعال غير المشروعة[2]، وذلك عن طريق رسم الحدود الفاصلة بين ما يعتبر في نظر المشرع سلوكات جديرة بالتجريم والعقاب لأنها تمس بأمن الجماعة واستقرارها وسكينتها وكيانها وبين ما لا يعتبر كذلك من الأفعال المباحة طبقا للقاعدة العامة القائلة بان الأصل العام في الأشياء هو الإباحة.

الفرع الثالث: وضع حدي العقوبة

يعطي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أساسا قانونيا للعقوبة حيث يجعلها معقولة لدى الرأي العام باعتبارها توقع لمصلحة المجتمع إذ أنها توقع باسم القانون.[3]

حيث تنص المادة 142 من دستور 1996 على انه " تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدئي الشرعية والشخصية " فلا تترك لأهواء الأفراد بحيث أن القاضي ملزم قانونا بالقضاء، والحكم بالعقوبة التي يقررها القانون وهي حدود ما يخوله من سلطة تقديرية فلا يقضي إلا بما حدده القانون وحتى في المجالات التي

[1] – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام الجريمة، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية– الساحة المركزية– بن عكنون الجزائر، 2002، ص 79.

[2] – رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري (الأحكام العامة للجريمة) الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، ط2، 1976، ص 103.

[3] – المرجع السابق ص 103.

يسمح ! له القانون باستعمال سلطته التقديرية فان المشرع قد قيده بنظام قانوني يندرج في تخفيفه بحسب ما نصت عليه المادة 53 من قانون العقوبات.

وهذا ما يعني أن المبدأ يرتبط بمبدأين أساسيين من مبادئ الدولة الحديثة وهما مبدأ سيادة القانون ومبدأ الفصل بين السلطات، فالدولة الحديثة على اختلاف أشكالها تعتبر نفسها دولة قانونية، أي تعترف بسيادة القانون كأحد اهم الدعائم الدستورية الكبرى في نظام الدولة الديمقراطية، ومعناها التزام الحاكم والمحكوم بقاعدة القانون فإذا كان هذا الأخير يطبق على أفراد المجتمع فهو يطبق أيضا على جميع أجهزة الدولة وهو الحكم بين تصرفات الدولة وتصرفات الأفراد العاديين، فأساس العقاب هو الخروج عن مبدأ الشرعية، كما يستند حق الدولة في العقاب إلى القانون بعيدا عن التعسف والطغيان، ويدعم هذا المبدأ الفصل بين السلطات حيث يظهر في المجال العقابي انه مبدأ يقيم حاجزا بين سلطات الدولة الثلاث فلا يسمح بافتئات إحداهما على الأخرى.[1]

الفرع الرابع: إحترام القاضي لمبدأ الفصل بين السلطات

إن القاعدة الجنائية الموضوعة من قبل المشرع موجهة للقاضي الجزائي لتطبيقها، فيمتنع عليه طبقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أن يجرم ما لم يجرمه المشرع ومنه القانون أو يعاقب بما لم يقرره هذا الأخير فيمتنع عليه استعمال القياس في المجال الجنائي فال يقيس فعلا غير مجرم فيضفي على الأول وصف الجريمة نتيجة استعمال القياس، كما يمتنع عليه التفسير الذي من شانه أن يوسع من مدلول النص التجريمي فيدخل في نطاقه ما لم يقرر المشرع، لان مثل هذا التفسير يعتبر خرقا لمبدأ الشرعية والقاضي ملزم بتطبيق المبدأ القانوني الذي يقضي بان الشك يفسر لصالح المتهم متى ظهر أي التباس أو غموض في مضمون النص.

الفرع الخامس: تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة

يستمد هذا المبدأ أيضا أهميته من كونه مصدر أمان وضمان أكيد للمجرم من احتمال تطبيق أي عقوبة قاسية ووحشية لا تتناسب وجسامة الخطأ أو الجريمة التي ارتكبها أو تتجوز العقوبة المبينة في النص.

[1] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 79-80.

غير أن مبدأ شـرعية الجرائم والعقوبات لم يسـلم من النقد، حيث قيل انه مبدأ رجعي وجامد يجعلنا عبيدا للنص الوضعي ويفسح مجالا للمجرمين في التهرب من المسؤولية الجزائية، فالمشرع لا يستطيع أن يحدد سلفا كل الأفعال الخطرة الواجب حصرها وتجريمها[1]، وبالتالي فان المبدأ من جهة يجافي في كثير من الأحيان قواعد الأخلاق ويقصر من حماية مصالح المجتمع، وأن المشرع قد ينتبه إلى ذلك بعد أن يكون قـد عبـث العابثون بمصالح المجتمع[2]، لان هؤلاء الأخيرين يعرفون نصوص القانون ويستفيدون من تلك المعرفة لارتكاب أفعال غير منصوص على اعتبارها جرائم مع أنها تثير الضمير العام[3] مما يؤدي إلى إفلاتهم من العقوبات رغم إضـرارهم بالمجتمع ومخالفتهم للأخلاق وقال بهذا النقد فقهاء القانون الألماني إبان الحكم النازي وفقهاء القانون السوفياتي بغرض حماية المجتمع من الأفعال الضارة بحيث يعد الفعل جريمة حسبهم إذا أضر بالمصالح الأساسية للمجتمع حتى رغم وجود النص التشريعي، وتطبيقا لهذا الفكر القانوني[4] نص قانون العقوبات للجمهورية السوفياتية الاشتراكية الاتحادية لروسيا الصادر في 22/11/1926، والذي يبدو قد تأثر إلى حد ما بمشروع قانون العقوبات الإيطالي الذي وضعه فيري .

وقد وردت القاعدة المقررة للقياس في المادة 16 من القانون السوفياتي المذكورة، التي نصت على انه "إذا كان فعل أو آخر يكون خطرا اجتماعيا غير منصوص عليه مباشرة في القانون الموجود، فان الأساس وحدود مسـؤوليته مرتكب هذا الفعل تتحدد طبقا لمواد القانون الذي ينص على جرائم من النوع الأكثر شبها بذلك الفعل" ولكن قانون العقوبات الذي تضمن هذا النص الغي بقانون المبادئ الأساسية للتشريع الجنائي السوفياتي المتضمن هذا إقرار تماما لمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات بقانون عقوبات جمهورية روسيا الجديد الذي نبذ قاعدة القياس والذي اقر قانونية الجرائم والعقوبات .

وبنفس المعنى جاءت المادة الأولى من قانون العقوبات الأيسلندي الصادر في 12/02/1940[5].

وللرد على هذا النقد نقول أن جمود النص يمكن التخلص منه بمرونة يلجا إليها المشرع في عبارات يحقق بها

[1] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 82.

[2] – عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ديوان المطبوعات الجامعية. الساحة المركزية بن عكنون– الجزائر، ط4، 1994، ص 39–40.

[3] – فؤاد رزق، الأحكام الجزائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 10.

[4] – عادل قوره، المرجع السابق، ص 39–40.

[5] – أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان– الأردن، ص 52–53

التوازن بين مصلحة المجتمع وحقوق الأفراد، فلا تكن ضيقة تجعل مهمة القاضي مقتصرة على التطبيق الحرفي فتجعله عاجزا على أن يجد لها الوسيلة إلى حماية المجتمع من الأفعال الضارة به، ولا تكون واسعة فتتيح له إهدار حقوق الأفراد . وهو ما أشار إليه المؤتمر الدولي الرابع للقانون الجنائي المنعقد في باريس 1937 بقوله " إن مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات هو ضمانة لا معدى عنها لحماية الحرية الفردية، ويلزم إبعاد طرق القياس عن نصوص التجريم في عبارات مرنة تسمح للقاضي عند تطبيقها مراعاة ظروف الحياة الاجتماعية ومقتضيات المصلحة العامة والدفاع الاجتماعي ويساعد أيضا على تجاوز جمود النص الأخذ بنظرية التفسير الكاشف وهجر نظرية التفسير الضيق في مجال تفسير النص التجريمي القائم وتطبيقه ما تتسع له حكمة الشارع منه ولو لم تشر إليه حرفية النص.[1]

وقد هاجم هذا المبدأ أنصار المدرسة الوضعية متهمينه بأنه لا يراعي بأنه لا يراعي احد أهم مبادئ السياسة الجنائية الحديثة في تفريد العقوبات وتدابير الأمن، فهو يتعامل مع الجريمة على أنها كيان قانوني قائم بحد ذاته، لذا نادت المدرسة الوضعية بتصنيف المجرمين بدلا من تقسيم الجرائم، وإذا كان تعيين التدبير الاحترازي الواجب التطبيق يختلف من فاعل لأخر حسب شخصيته فانه يتعذر على المشرع تحديده سلفا ويتعين أن يترك تقدير التدبير الاحترازي من ثم للقاضي والتوسع تبعا لذلك في منح السلطة التقديرية للقاضي.[2]

وقد رد أنصار المدرسة التقليدية الحديثة على هذا النقد فذكروا إن تحقيق العدالة يقتضي أن يأخذ القاضي في اعتباره شخصية الجاني حين توقيع العقوبة فتطبيق عقوبة واحدة على فاعلين يختلف كل منها في الدوافع والأسباب التي أدت إلى ارتكاب الجريمة لا يؤدي إلى تحقيق العدالة، فقد يرتكب شخص جريمة السرقة لإحضار الدواء لابنه المريض بينما يرتكب آخر سرقة ليلعب القمار فليس من العدالة المساواة بينهما في العقوبة، ولذلك فان إدخال العناصر الشخصية في تقدير العقوبة ليس فيه إهدار لمبدأ الشرعية وإنما يحقق تفريد العقوبة، وقد سايرت التشريعات المختلفة الاتجاهات الحديثة في تفريد العقاب دون إهدار لمبدأ الشرعية فنصت على عقوبات تتراوح بين حدين أقصى وأدنى، وتركت للقاضي أن يختار العقوبة المناسبة بالنسبة

[1] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 84

[2] – عادل قورة، المرجع السابق، ص 39-40

للفاعل من بين أكثر من عقوبة منصـــوص عليها للجريمة المقترفة، وأخذت بنظام الظروف المخففة وبنظام وقف تنفيذ العقوبة ونظام الاختيار القضائي[1] ولهذا أبطلت الاتجاهات الحديثة، في التشريعات والفقه الجنائي حجة المدرسة الوضعية حين أجازت تفريد العقوبة في نطاق شرعية الجرائم والعقوبات .

المطلب الثاني

نتائج مبدأ الشرعية

لمبدأ شـرعية الجرائم والعقوبات أهمية بالغة، ولهذا حرصـت الدسـاتير والقوانين على تكريسـه والنص عليه وتولي المؤلفات الفقهية عناية لمبدأ الشـرعية بل وتعتبره أهم المبادئ في مجال القانون الجنائي وأصـبح من المؤكد اليوم أن لمبدأ الشرعية نتائج هامة غير مذكورة يسلم بها الفقه ويأخذها القضاء بعين الاعتبار، ويمكن إجمال هذه النتائج فيما يلي[2]

الفرع الأول: إعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للتجريم والعقاب

اعتبار التشريع المصدر الوحيد في مجال التحريم والعقاب يقتضي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون اعتبار هذا الأخير وحده مصـــدر للجرائم والعقوبات[3]، وخلافا لما كان يؤدي إليه نظام التعزيز في التشـــريع الجنائي الإسلامي[4] فالمبدأ على هذا النحو يستبعد سائر المصادر المألوفة الأخرى كأحكام الشريعة والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وعليه فان مصـدر التجريم يجب أن ينحصـر في نطاق النصـوص القانونية المكتوبة التي تقوم بوضعها السلطة المختصة بالتشريع وذلك تطبيقا للنصوص الدستورية والقانونية حيث تنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير امن بغير قانون"

[1] – سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2000 ص 325-326.

[2] – سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 39.

[3] – محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، (القسم العام من قانون العقوبات)، 2002، ص 166.

[4] – عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون العقوبات (الأحكام العامة لقانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء)، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003، ص 13.

ونعني بوجوب التجريم والعقاب بنص جنائي مكتوب أن السلطة المخولة قانونا لوضع قواعد تجريمه ووضع العقوبات المناسبة لها السلطة التشريعية باعتبارها صاحبة الاختصاص في التجريم والعقاب، فتنص المادة 98 من التعديل الدستوري الصادر سنة 1996.

يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما الشعبي الوطني ومجلس الأمة وله السيادة في إعداد القوانين والتصويت عليها " وتنص المادة 122 من التعديل الدستوري " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها الدستور قواعد العقوبات والإجراءات الجزائية، لا سيما تحديد الجنايات والجنح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها ....." وهذا يعني أن السلطة القضائية لا تملك التجريم والعقاب فال يتعدى اختصاصها تطبيق النصوص الجنائية وفقا لما يحدده القانون وذلك تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

إلا انه بالرجوع للقواعد العامة في التشريع وحكم المادة 122 من التعديل الدستوري نجد أن المنصوص عليه هو حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص القانونية المكتوبة واستبعاد أي قاعدة غير مكتوبة في هذا المجال، هذا من جهة ومن جهة أخرى فانه إذا كان يقال أن السلطة التشريعية هي وحدها المختصة بالتشريع في مجال التجريم والعقاب، فانه ليس هناك ما يمنع أن تخول السلطة التنفيذية صلاحية التشريع في مجالات تتعلق بالمخالفات فتقوم بتجريمها والعقاب عليها بإصدارها للوائح وتسمى لوائح الضبط والبوليس عملا بحكم المادة 122 من التعديل الدستوري لسنة 1996 التي تقرر أن البرلمان يشرع في مجال قانون العقوبات لا سيما الجنايات والجنح، مما يعني اختصاصه بالتشريع في مجال المخالفات وإمكان التشريع فيها من الطرف السلطة التنفيذية تطبيقا للقواعد العامة .

وبالرغم من ذلك فقد يقتضي تحديد عناصر بعض الجرائم تطبيق قواعد جنائية، فالسرقة مثلا تقتضي ثبوت ملكية الشيء إلى المجني عليه، لذلك فان توافر هذا الركن في الجريمة يقتضي تطبيق قواعد القانون المدني التي تحدد طرق اكتساب الملكية وانقضاءها، كما أن خيانة الأمانة تقتضي وجود عقد من عقود الأمانة كالإيجار أو الوديعة أو الوكالة يربط بين الجاني والمجني عليه مما يستوجب الرجوع إلى قواعد القانون المدني التي تحدد أركان هذه العقود وشروط انعقادها[1]. كما أن العرف وبالرغم من إنكاره كمصدر

[1] – رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري (الأحكام العامة للجريمة) الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، ط2، 1976، ص 104.

لإنشـــاء الجرائم والعقوبات، إلا أننا نعترف له بدور هام في حالتين، أولهما في مجال أســـباب الإباحة حيث يعتبر اسـتعمال الحق سـببا لإباحة بعض الجرائم بشـروط معينة، ويتم تقدير اسـتعمال الحق أحيانا بمقتضـى العرف، ومثال الحق المعترف به عرفا كسـبب لإباحة الجرائم حق الولي تأديب الصـغير، ولو ترتب على هذا التأديب ارتكاب فعل يشكل حسب الأصل جريمة كجريمة الضرب أو السب، كما أن مزاولة بعض الألعاب الرياضية تعتبر وفقا للعرف سبب من أسباب إباحة ما قد يتمخض عنها من أفعال تشكل جرائم . وثانيهما في مجال تحديد بعض المفاهيم الداخلة في البناء القانوني لبعض الجرائم، وهو أمر نادر ولكنه قائم على سـبيل المثال في جريمة الفعل العلني الفاضح أي المخل بالحياء وهو ما نصت عليه المادة 333 من قانون العقوبات " كل من ارتكب فعلا علنيا مخلا بالحياء يعاقب بالحبس من شـهرين إلى سـنتين وبغرامة من 500 الى 2000 دج قد ساهم العرف على مر الزمن في بلورة فكرة الحياء، فلم يعد الظهور بملابس الاستحمام على الشواطئ أو في حمامات السباحة جريمة الفعل العلني الفاضح.[1]

الفرع الثاني: التفسير الضيق للنص الجزائي

وجوب التفسـير الصـارم والكاشـف للنصـوص الجزائية التفسـير عملية ذهنية يهدف المفسـر منها الكشـف عن حقيقة ارادة المشـرع وتحديد مضـمون من خلال الألفاظ والعبارات الواردة في القاعدة القانونية المراد تفسـيرها . ويتنوع التفسـير بحسـب مصـدر إلى تفسـير تشـريعي وقضـائي وفقهي، وبحسـب أسـلوبه إلى تفسير لغوي وآخر منطقي، وبحسب مداه ونتائجه إلى تفسير مقرر أو كاشف وتفسير مضيق وتفسير موسع بطريق القياس . والتفسـير أيا كان نوعه باسـتثناء التفسـير بطريق القياس يهدف إلى الكشـف عن مضـمون الإرادة الحقيقية للمشرع من خلال ألفاظ وعبارات النص المراد تفسيره.[2] فالتفسير التشريعي والذي يسمى أيضا بالتفسير الحقيقي أو الأصلي قد يأتي في صورة نص مستقل لاحق على صدور النص التجريمي ويهدف به المشـــرع إلى إجلاء الغموض الذي لازم النص الصـــادر عنه فيصـــدر في شـــكل تشـــريع لفك غموض النصوص.

[1] – سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق ص 349.

[2] – علي عبد القادر القهوبي، أصول المحاكمة الجزائية (الدعوى العمومية، الدعوى المدنية)، ص 24-25.

وقد يدرج هذا التفسير مباشرة في النص التجريمي ومثال ذلك ما جاء في المادة 356 من قانون العقوبات المعرفة للكسر وكذلك المادة 358 التي تعرف المفاتيح المصطنعة، وقد يأتي التفسير صورة تصحيح لنص سابق مثل الخطأ المطبعي . حيث يدرج نص في الجريدة الرسمية تصحيحا يتمم أو يعدل النص الأصلي قد اخذ القضاء الفرنسي من هذا النوع من التفسير موقف الرفض حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بان هذه التصحيحات ليست لها قيمة ذاتية ومن ثم تترك للقاضي سلطة تقديرية في الأخذ بالنص الأصلي أو النص الصحيح[1]. والتفسير القضائي يصدر عن القاضي أثناء فصله في واقعه معروضة عليه وهدف تطبيق القانون على هذه الواقعة[2]، وهذا النوع من التفسير لا يلزم القضاة الآخرين ولا يقيد نفس القاضي . غير أن التفسير الصادر عن المحكمة العليا تستأنس به المحاكم الدنيا إن لم تلزم به. ومن أمثلة التفسير القضائي ما توصلت إليه المحكمة العليا في الجزائر من أن تحريض الفسق يجب أن يتم لإرضاء شهوات الغير والتفسير الفقهي يصدر عن شرح القانون وهو وإن كان مجرد إبداء للرأي وغير ملزم لأية جهة فانه يعد وسيلة تساعد في تطبيقه للنصوص وفي توجيه المشرع لاستعمال النصوص وإعادة صياغتها . وأهمية هذه التفرقة أن التفسير التشريعي دون القضائي والفقهي، ملزم ذلك انه يتخذ بشكل النصوص فتكون له قوتها .[3]

أما التفسير اللغوي فهو الذي يعتمد على المعاني اللغوية للألفاظ والعبارات التي يتكون منها النص.[4]

والأصل أن المعنى اللغوي ما قصده المشرع مثلا حينما نص في المادة 244 من قانون العقوبات على معقبة كل من ارتدى بغير حق بزة نظامية أو لباسا مميزا لوظيفة أو إشارة رسمية أو وساما وطنيا أو أجنبيا فلفظ يرتدي له مضمون محدد في اللغة وهو وضع الأوسمة والإشارات على الجسم، وهو ما قصده المشرع من هذا اللفظ، كما أن تحديد مدلول البزة النظامية أو الأوسمة أو الإشارات يتم بعملية لغوية وصفية يقوم بها

[1] – سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري (شرعية التجريم)، ج1، مطبعة عمار قرفي، باتنة 1992، ص 30

[2] – رضا فرج، المرجع السابق، ص 104.

[3] – عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية، في ضوء الفقه والقضاء، منشاة المعارف، الإسكندرية، ص 219.

[4] – عبد القادر القهوجي، المرجع السابق ص 25.

المفسر لتحديد قصد الشارع وبالتالي معرفة مضمون النص القانوني، ويسمى التفسير هذه الحالة بالتفسير الحرفي .[1]

وقد لا يجدي هذا الأسلوب إذ يكون الشارع قد أراد ببعض الفاض النص مدلولا اصطلاحيا خاصا، فيكون على المفسر أن يبحث في اللغة القانونية عن مدلولها ويحق للمفسر أن يستعين بكل الوسائل التي تمكنه من تحليل ألفاظ النص على هذا النحو، فله أن يبحث في تاريخ النص ويحدد مصدره التاريخي ويرجع إليه وله أن يلجا إلى الأعمال التحضيرية سواءا كانت مذكرات إيضاحية أو مناقشات برلمانية أو مناقشات عامة أو محاضرات اللجان الفنية التي عهد إليها بوضع النص، وإذا وضع النص بلغتين أو أكثر فمن حق المفسر أن يقارن صيغه المتعددة، وكل ما ذكرنا من وسائل إنما كان على سبيل المثال، والنتائج التي تقود إليها كل وسيلة ليست ملزمة للمفسر فمن حقه أن يرفض الأخذ بها إن لم يقتنع بأنها تكشف عن قصد الشارع.[2]

بينما يتجاوز المفسر ألفاظ النص وعباراته في التفسير المنطقي وذلك بالبحث عن قصد المشرع أو العلة التي من اجلها وضع النص.[3]

حيث ينص قانون العقوبات الجزائري في المواد 264 إلى 274 على جرائم الضرب والجرح وعلى جريمة إعطاء مواد ضارة (المادة 275) ويستهدف المشرع من هذه النصوص حماية حق الفرد في سلامة الجسم ولكن إذا فرضنا أن الجاني نقل إلى المجني عليه . جراثيم أمراض أو وجه إليه أشعة ضارة أضرت به أو أخلت بالسير العادي لأجهزته الداخلية وربما نتج عنها عاهة مؤقتة أو مستديمة فان هذه الأفعال لا تعتبر جرحا أو ضربا فقد يقال عندئذ انه لا تجريم على هذه الأفعال، ولكن بالرجوع إلى علة النص وللحق الذي تدخل القانون لحمايته وهو حق الفرد في سلامة جسمه وفي ضمان السير العادي للجسم فكل فعل يسمى

[1] – عادل قورة، المرجع السابق، ص 43.

[2] – عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية، المرجع السابق، ص 220.

[3] – عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 25

هذا الحق يجب اعتباره من قبيل الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة وبذلك تطبيق هاته النصوص على الحالات التي ترد على ذهن المشرع عند وضعه للنص.[1]

والتفسير المقرر أو الكاشف هو الذي يكشف عن حقيقة قصد المشرع وقد يصل المفسر إلى تلك الحقيقة باستخدام الأسلوب اللغوي في التفسير، فإذا لم ينجح فما عليه إلا أن يستخدم الأسلوب المنطقي، وقد ينتهي به الأمر في هذا الشأن إلى تفسير النص تفسيرا ضيقا وذلك حين تفيد الفاض النص أكثر مما أراد المشرع تحميلها، وقد يفسره تفسيرا موسعا حين تفيد ألفاظ هذا النص اقل مما أراد المشرع تحميلها.[2]

ويجب أن لا يكون للمفسر هدفا سوى الكشف عن قصد المشرع وذلك بالاستعانة بكل أسلوب ممكن بشرط ألا يؤدي هذا التفسير إلى الخروج على قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات أي أن التفسير يجب أن يقف عند الحد الذي يخشى فيه خلق جرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون أو إباحة أفعال جرمها القانون[3]. ولكن ما القول لو أن غموض النص جعل أمر تفسيره يبدو مستحيلا وأدى تأويله إلى وجوه متعددة متساوية القيمة في النظر القاضي، منها ما هو في مصلحة المتهم ومنها ما هو في غير صالحه فبأيها يأخذ القاضي ؟.

يرى البعض أن قاعدة الشك يفسر لصلح المتهم يمكن أن تطبق هنا ذلك بإهمال النص المستحيل وتفسيره وعدم تطبيقه ترجيحا لمصلحة المتهم .

ويرى آخرون أن هذه القعدة لا شان لها بتفسير القوانين، فالامتناع عن تطبيق النص في هذه الحالة ليس تطبيقا لقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم، وإنما تطبيقا لقاعدة أهم واشمل هي قاعدة الشرعية، إذ يتعارض مبدأ الشرعية مع تطبيق نص غامض يستحيل تفسيره ولكن مثل هذا الفرض باستحالة تفسير النص أمرا نادرا، وذلك أن المشرع يعير اهتماما كبيرا لوضوح النص.[4]

[1] – رضا فرج، المرجع السابق، ص 106-107.
[2] – عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 25.
[3] – عيد الله سليمان، المرجع السابق، ص 86.
[4] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 86.

وإذا كان النص غامضا فمن المستبعد أن يبلغ غموضه القدر الذي يجعل الكشف عن قصد المشرع مستحيلا. ويهمنا أن نقرر أن مجال أعمال قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم هو استحالة الكشف عن قصد الشارع لا مجرد صعوبة ذلك

ونلاحظ أن المجال الرئيسي لتطبيق هذه القاعدة هو الإثبات حيث تتعادل أدلة الإدانة وأدلة البراءة فيكون متعينا ترجيح الثانية باعتبار أن الإدانة تبنى على اليقين لا على الشك وأن الأصل في الإنسان البراءة، فما لم يكن ممكنا القطع بما بنفيها تعين الإبقاء عليها[1]. وقد تمسك القضاء الجزائري بهذا التفسير في احد أحكامه حيث أيدت المحكمة العليا للقضاة في حكمهم بالبراءة بقولها " ويتبين من ظروف القضية والمستندات التي بالملف ومن التناقضات في تصريحات الشاهدة الرئيسية والعلاقات المتوترة السائدة بين عائلتي المشتكي والمتهمة أن الشك كبير يخيم على مدى اقتراف المتهمة الوقائع المنسوبة إليها والشك يفسر لصالح المتهم".[2]

الفرع الثالث: حظر القياس

القياس هو وسيلة عملية تهدف إلى استكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق إيجاد الحل لمسالة مماثلة لها . و. على هذا النحو فان القياس ليس وسيلة لاستخلاص إدارة القانون في إطار الصيغة التي استعملها، بل انه يفترض أن القانون لم ينظم المسالة محل البحث ولم يقدم لها مباشرة الحل الواجب التطبيق[3]. ولا شك أن مبدأ الشرعية يحول دون القياس على نصوص التجريم[4] فلا يجوز للقاضي أن يجرم فعلا لم يرد نص بتجريمه قياسا على فعل ورد نص بتجريمه بحجة تشابه الفعلين، أو يكون العقاب في الحالتين يحقق نفس المصلحة الاجتماعية مما يقضي تقرير عقوبة الثاني على الأول لان في ذلك اعتداء صريح على مبدأ الشرعية[5] . فلا يستطيع القاضي فعلا أن يقيس فعل الاستيلاء على المنفعة على فعل الاختلاس ويعتبر من يحصل على منفعة شيء مملوك لغيره وبدون وجه حق سارقا ولا يستطيع أن يقيس على إحدى وسائل

[1] – عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية، المرجع السابق، ص 226.

[2] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 87.

[3] – احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات البنائية، دار الفقه العربية، ط7، 1993 ص 66

[4] – عادل قوره، المرجع السابق، ص 45

[5] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 85

التدليس التي نص عليها القانون (م 372 عقوبات) وسيلة لم يرد بها نص ويعتبر من يستولي على مال الغير عن طريق هذه الوسيلة مرتكبا جريمة النصب .[1]

وحظر القياس لا يعني حظر التفسير الواسع . ولكن التمييز بينهما عسير وقد اختلفت الآراء في تفسير بعض النصوص فيما إذا كان القول بحكم معين هو ثمرة القياس أو ثمرة التفسير الواسع . ويرى أن معيار التميز بينهما هو دخول الحكم في نطاق نص التجريم أو خروجه عنه وتوضيحا لذلك تقرر أن لنص التجريم نطاقا يحدده المفسر وفقا لما يراه مطابقا لقصد الشارع، فان دخل الفعل في هذا النطاق فان القول بتجريمه لن يكون على أساس من القياس ولو حدد هذا النطاق على نحو متسع، أما إذا سلم المفسر بخروجه على هذا النطاق على نحو متسع، أما إذا سلم المفسر بخروجه على هذا النطاق وقال مع ذلك بتجريمه طبقا للنص نفسه فذلك قياس محظور.[2]

على أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لا يتعارض إلا مع استعمال القياس من اجل خلق جريمة جديدة أو عقوبة جديدة أو ظروف جديدة . ولكنه لا يتعارض مطلقا بالنسبة إلى تطبيق النصوص المقررة لصالح المتهم كالتي تقرر أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب أو الأعذار القانونية المخففة.

ففي هذه الحالات لا يؤدي القياس إلى الإفتات على سلطة المشرع وحده في التجريم وفرض العقاب بل إن القياس هو اصطحاب على الأصل العام في الأفعال وهو الإباحة ومن ثم فهو جائز قانونا . وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية كذلك على إجازة القياس لصالح المتهم.[3]

الفرع الرابع: حظر تطبيق نصوص التجريم والعقاب بأثر رجعي

إن النصوص التشريعية ليست أبدية وهي قابلة للتغيير بل يجب أن تكون متغيرة لمجابهة التطور الذي يحدث في العلاقات الاجتماعية. لذلك فان النص الجنائي شانه في ذلك شان النصوص الأخرى ينشا في لحظة معينة ويسري ابتداء من هذه اللحظة ثم ينقضي هذا النص في زمن معين عند إلغائه، فلا سلطان للنص قبل اللحظة الأولى ولا بعد اللحظة الثانية.

[1] – رضا فرج، المرجع السابق، ص 107

[2] – عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية، المرجع السابق، ص 224.

[3] – احمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 66.

وإنما يسري مفعوله ويصلح بين اللحظتين، ويحدد الدستور لحظة العمل بالقانون فيشترط النشر بعد الإصدار وبعد النشر يصبح القانون نافذ المفعول ويكسب سلطانه حتى لحظة إلغائه[1]. وهذا الأخير قد يكون صريحا ضمنيا، والإلغاء يكون صريحا إذا جاء في القانون الجديد نص يقرر صراحة إلغاء النص القديم، كنص المادة 468 من قانون العقوبات التي تنص : " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر ..". وقد يكون الإلغاء ضمنيا عن طريق تنظيم القانون لواقعه واحدة بقانونين متلاحقين مما يفهم معه أن النص الجديد يلغى النص القديم.

ويحكم قانون العقوبات من حيث تطبيقه الزماني قواعد هي : ان يتم تطبيقه بأثر فوري ومباشر، فيطبق قانون العقوبات على ما يقع في ظل سريانه كعدم تطبيقه على الماضي، وهو ما يعرف بمبدأ عدم رجعية قانون العقوبات وهو المبدأ الأصلي، ومنصوص عليه في التعديل الدستوري لسنة 1996 في المادة 46 والتي تنص : " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم "، وتطبيق قانون العقوبات بأثر رجعي، أي العودة بالقانون الجديد على الماضي وتطبيقه على وقائع وقعت قبل نفاذه وهي، قاعدة استثناء من الأصل حيث نص المشرع الجزائري في المادة 02 من قانون العقوبات على انه " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه اقل شدة " ويعني هذا بلغة الفقه وجوب تطبيق القانون الأصلح للمتهم، ويرى الفقهاء أن تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم لا يعتبر اعتداء على مبدأ الشرعية طالما أن تطبيقه لا ينطوي على إهدار للحريات.

[1] – رضا فرج، المرجع السابق، ص 109.

الفصل الثاني:

العوامل المؤثرة في المبدأ وضمانات تطبيقه

تمهيد:

بعد أن قمنا بتحديد شـامل لماهية مبدأ شـرعية الجنائية وتبيان أهميته ونتائجه، فسـوف نتطرق إلى دراسـة العوامل المؤثرة فيه لأن هذا المبدأ كغيره من المبادئ، يتأثر بعوامل عديدة توسـع أو تضـيق من نطاقه وقد يصـاحبه ظرف عادي ومرات أخرى ظرف استثنائي قد يؤدي إلى تهديد كيان الدولة وسلامتها، لتظهر لنا الحاجة الماسـة لمبدأ الشـرعية الذي هو وسـيلة بين أيدي الأفراد، وهذا من أجل تحقيق حرياتهم وتبيان حقوقهم وهذا من أجل حمايتها وصـونها، وبالتالي عدم التوسـع في التجريم والعقاب والعكس حتى لا يؤدي إلى خرق هذا المبدأ تحت ذرائع كثر، من بينها ذريعة تأثير هذه العوامل وهذا من أجل أن نعرف كيف نحمي مبدأ الشـرعية[1]، ومن أجل توضـيح كل ما سـبق لزم أن نبحث عن تلك العوامل حتى نثبت أثرها على المبدأ باتسـاعه وتطبيقه، وبعد ذلك نتطرق إلى الضمانات المتهم بالمحكمة التي بها يتم تطبيق مبدأ الشرعية بما يناسب المحيط الاجتماعي.

وكما نعلم أن كل نظام حكم يهدف إلى تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية وخصوصا السياسية، والتي تمارس في الوسط الاجتماعي مستعينا بالقانون، وهذا بتوفير وسائل لتحقيق الهدف الأسمى وهو تحقيق الاستقرار الأمني في الوطن وبالتالي من هنا ظهر دور هذه الوسـائل التي لها دور مؤثر في مبدأ شـرعية من حيث مضـمونه ما يترتب عليه من نتائج.

[1] -Jean-Claude Soyer, droit pénal et procédure pénale. L.G.D.J. 20 et 24, rue Soufflot, quatrième édition, 1976,p .66-67

المبحث الأول :

العوامل المؤثرة في المبدأ

من أجل الوقوف على حقيقة تأثير هذه العوامل وجب علينا التمييز بين تأثير هذه العوامل تحت ظرف عادي وآخر استثنائي، يعد بمثابة تهديد يؤثر على كيان الدولة ووجودها، وبالتالي سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نقوم بد ا رسة نطاق التجريم والعقاب في الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول:

نطاق التجريم والعقاب في الظرف العادي

تتنوع الأهداف التي يبغي المشرع تحقيقها عند ممارسة التجريم والعقاب، فهي إما أن تكون سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو جنائية، وبالتالي يحدد المشرع عقوبات على كل من يقوم عمدا بفعل يقصد به المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها، فدور العامل السياسي في التجريم واضح والمتمثل في الاعتداء على استقلال البلاد وبالتالي سوف نتطرق إلى النطاق ألزماني والمكاني مع تبيان أثارهما.[1]

الفرع الأول :النطاق الزماني

لقد قام المشرع وذلك بصدد مكافحة الجريمة بتشريعات عقابية حيث هذه الأخيرة تكون متماشية مع حركة المجتمع ونشاط المجرمين، وهذا ما أدى بالمشرع إلى تغيير أو تبديل القانون الجنائي ليصبح تطبيقه لاغيا عن الجرائم التي وقعت قبل صدوره، وبالتالي نافذا بالنسبة للجرائم الواقعة بعد ذلك، وهذه نافذة بعد إصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية[2].

1. القوانين تكون مبدأ عدم رجعية القوانين:

لقد نصت المادة الثانية من قانون العقوبات على ما يلي: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي" أي أن القانون لا يحكم الوقائع التي سبقته، وإنما يحكم الوقائع بعد نفاذه ويترتب على هذه المادة قاعدة عدم رجعية القوانين العقابية الأسوأ للمتهم، كما ورد أيضا في نص المادة التي ذكرت سابقا" إلا ما كان أقل

[1] – محمود إسماعيل محمد، دراسات في العلوم السياسية مكتبة القاهرة الحديثة، د.ط، دار المعرفة للنشر والتوزيع، د.س، ص 22

[2] – عبد الله سليمان، شرح قانون عقوبات جزائري، ج1، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2005، ص 82.

شدة "فينتج عن هذه القاعدة حالة أخرى هي رجعية القوانين العقابية الأصلح للمتهم وبالتالي سنتطرق إليها فيما بعد.

قاعدة عدم رجعية القوانين العقابية الأسوأ للمتهم:

وهو القانون الجنائي الجديد الذي يجرم فعل لم يكن مجرم من قبل، وهو الذي لا يمكن أن يكون ساري المفعول أو أن يطبق على الأشخاص اللذين قاموا بالفعل قبل صدور القانون الجديد، وهذا من جهة التجريم، والعقاب لا يمكن أن نطبقه ويسري على الأشخاص وهذا بالنسبة للجرائم التي ارتكبت قبل صدوره.

كما تتطلب هذه القاعدة تحديد تاريخ الواقعة، فإذا قام المتهم بارتكاب الجرم قبل صدور القانون فلا يكون نافذ عليه، ويطبق عليه إذا كان فعله صادرا بعد ذلك، ولكن إذا كان تاريخ الواقعة مجهول حيث يقع شك في تاريخ فعله فإن القاعدة هي القانون الجديد الأسوأ له وبعد صدور القانون إذا كان أصلح له.[1]

2. الاستثناء على مبدأ عدم رجعية القوانين:

قاعدة رجعية القوانين العقابية الأصلح للمتهم:

أي أن القانون العقابي يزيل صفة التجريم عن فعل، ويمكن أن يطبق على من ارتكب هذا الفعل قبل صدوره، والقانون الجديد الذي يكون أقل وأخف عقوبة تطبق على الأفعال المرتكبة قبل صدوره شريطة ألا يكون قد صدر حكم نهائي على الفعل المجرم وبالتالي يطبق الأصلح للمتهم بأثر رجعي وعلة هذا الاستثناء أن المشرع إذا ألغى عقوبة أو خفضها، فلأنه رأى في شدتها ما لا يتماشى مع العدل أو كان في ذلك التشديد مالا يفيد المجتمع.

[1] – منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، بدون طبعة، دار العلوم، عنابه، 2006، ص. 133

ومن أجل أن يكون هناك أثر رجعي وجب أن يتوفر فيه شرطين:

الشرط الأول: صدور القانون قبل حكم نهائي

من أجل أن يستفيد المتهم من القانون الأصلح يجب أن يصدر هذا القانون قبل أن يصبح حكم نهائي، وهذا الحكم النهائي هو الذي يصدر بعد استنفاده لجميع طرق الطعن المختلفة من معارضة واستئناف والتماس إعادة النظر وغيرها، فإذا تم الحكم على المتهم بحكم ابتدائي ومازالت أمامه فرص للطعن المختلفة من معارضة واستئناف والتماس إعادة النظر وغيرها، وبعد ذلك ظهر هناك قانون جديد في هذا الوقت بالتحديد وكان هذا الأخير الأصلح للمتهم فإنه يستفيد منه[1]، ويصبح الحكم الصادر في شأنه لاغيا.[2]

غير أن المشرع الجزائري خرج بصفة استثنائية عن هذه القاعدة في القانون رقم 99-08 المؤرخ في 13-07-1999 المتعلق باستعادة الوئام المدني إذا نصت المادتان 37 و38 منه على أن القانون يستفيد منه المحكوم عليه نهائيا.[3]

أما إذا حاز الحكم قوة الشيء المقضي فالأصل أن لا يستفيد المحكوم عليه من القانون الجديد وعادة ما يستفيد المحكوم عليه في هذه الحالة من عفو رئاسي.

الشرط الثاني: صلاحية القانون للمتهم:

حيث يقوم القاضي بالموازنة بين القانون الجديد والقديم ويوازن أيهما أصلح للمتهم في تطبيقه عليه وذلك دون تخيير للمتهم.

والقاضي وهو يقوم بمهامه يعتمد على ضوابط محددة مستمدة من ترتيب قانون العقوبات من حيث أنواع الجرائم وتدرجها مع العقوبات، كما يسقط القاضي كلا القانونين بحيث يضع المتهم في وضع أحسن وهو القانون الأصلح لتطبيقه أي أنه لا يشترط أن يكون القانون الجديد هو الأخف من القديم، بل يمكن

[1] – عبد الله سليمان، المرجع السابق ص.143

[2] – منصور الرحماني المرجع السابق، ص.136

[3] – القانون رقم 99_08 المؤرخ في 13-07-1999 المتعلق باستعادة الوئام المدني، نصت المادتان 37و 38 عليه

أن يكون القانون الجديد أشد بصفة عامة، ولكنه أخف لفعل المتهم فيكون الجديد أصلح للمتهم من ناحية التجريم أو الفعل من عدمه من ناحية العقاب أو للاثنين.

أولا : من ناحية التجريم

يكون القانون الجديد أصلح للمتهم في الحالات التالية:

- إذا أضـيف في هذا الأخير ركن آخر من أركان الجريمة لم يكن موجودا في القانون القديم مما يعني أن الفعل المتهم لا يشكل جريمة بالمعيار الجديد.
- إذا تم إضـافة سـبب من أسـباب الإباحة أو مانعا جديد من موانع المسـؤولية[1]، أو مانع من موانع العقاب يتوفر عليه المتهم.
- إذا كان الفعل مجرما في القانون القديم ثم حذف في القانون الجديد فأصبح ذلك الفعل مباحا، مثلا إلغاء المادة التي تجرم الفعل.
- أن يغير القانون الجديد من وصـــف الجريمة التي ارتكبت قبله من جناية إلى جنحة أو جنحة إلى مخالفة.
- إذا تم إجازة القاضي بمنح وقت التنفيذ بعد أن كان يمنع عليه ذلك.

ثانيا: من ناحية العقاب

فالقانون يكون أصلح للمتهم إذا قرر عقوبة أخف من التي كانت موجودة في القانون القديم، ومثال ذلك القانون رقم 98 – 10 المعدل والمتمم لقانون الجمارك، الذي بموجبه أصـــبحت العقوبة الحبس المقررة لجنحة الاستيراد أو التصدير بدون تصريح من شهرين إلى ستة أشهر المادة 325 قانون الجمركي[2] بعدما كانت من 12 شهر إلى 24 شهرا المادة 324 قانون الجمركي".[3]

[1] – حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني– القسم العام–جامعة صنعاء، 1991، ص 138.

[2] – القانون الجمركي الجزائري، المادة 325

[3] – منصور رحماني، المرجع السابق، ص. 136 – 137.

ثالثا: التطبيق الفوري للقوانين:

إن القوانين الشـــكلية التي تتعلق فقط بمعاينة الجرائم ومتابعتها تكون فورية التطبيق، كما أنها لا تمس بعناصـر الجرائم ولا بالمسـؤولية ولا بالعقوبة فإن هذه القوانين تطبق فور نفاذها، بحيث تطبق من أجل الجرائم المرتكبة قبل صـدور هذه القوانين حتى ولو كانت الدعوى قد بوشـرت عند صـدور هذه القوانين مالم يصـدر حكم نهائي ولكنه يعرف حدين.[1]

فلا يطبق القانون الجديد فورا كلما وجد لصـــالح المتهم أو المحكوم حق مكتســـب، وبالتالي القانون الجديد الذي يحذف أحد طرق الطعن أو يقلص من مهلتها أو أثرها، كما أنه لا تطبق هذه القوانين على من اسـتفاد من طرق الطعن التي يحددها القانون أو أجل صـدور الحكم الذي أدانه، ومن ثم يسـتبعد تطبيق القانون الجديد لكونه يمس بحق مكتسب.

لا يؤدي تطبيق القانون الجديد بأي حال من الأحوال إلى إبطال الإجراءات التي تمت صـحيحة في ظل قانون سابق.

ومنها ما جاء به القانون رقم 2-01-2018 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية [2]بخصـــوص الأمر بالحبس المؤقت إذ نص على أن يكون بموجب أمر الوضـــع في الحبس وليس بناء على مجرد أمر إيداع، فهذا الإجراء الجديد لا يكون له أثر على صـــحة أوامر الإيداع الحبس التي أصدرها قضاة التحقيق في ظل القانون السابق.

الفرع الثاني: النطاق المكاني:

وهنا ينبغي تحديد المكان الذي يغطيه تطبيق هذا النص، وذلك من خلال تحديد المكان الذي وقعت فيه الجريمة وهو ما يســـمى بســـريان قانون العقوبات من حيث المكان والذي يحكمه مبدأ الإقليمية ونقصد به تطبيق قانون العقوبات على كل الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة مهما كانت جنسية مرتكبيها

[1] – أحسن بوسعيقة، الوجيز في القانون الجزائي القسم العام – طبعة الأولى، دار هومة للطباعة، بن عكنون، 2001، ص. 70

[2] – القانون رقم01-08 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات الجزائية

حسب ما ذكرته المادة 3 من قانون العقوبات الجزائري على كل الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية، وبالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الدولي العام يمكن تحديد إقليم الدولة على أنه الإقليم البري وتحدده الحدود السياسية للدولة والإقليم البحري ويشمل المياه الإقليمية للدولة والإقليم الجوي، وهو طبقات الجو الذي يعلو الإقليمين البري والبحري للدولة.[1]

الجرائم المرتكبة في السفن والطائرات:

فيما يخص السفن فقد نصت المادة 590 من قانون الإجراءات الجزائية

الجزائري "تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنايات والجنح التي ترتكب في عرض البحر على بواخر تحمل الراية الجزائرية أيا كانت جنسية مرتكبيها، وكذلك الشأن بالنسبة للجنايات والجنح التي ترتكب في ميناء بحرية جزائرية على ظلم باخرة تجارية أجنبية".

فإذا وجدت سفينة جزائرية في مياه إقليمية أجنبية تطبيق عليها القوانين التابعة لتلك الدولة[2]

فيما يخص الطائرات:

نصت المادة 551 من قانون الإجراءات الجزائرية تختص الجهات القضائية الجزائرية بنظر الجنايات والجنح التي ترتكب على متن طائرات جزائرية أي كانت جنسية مرتكب الجريمة، كما أنها تختص أيضا بنظر الجنايات والجنح على الطائرات الأجنبية إذا كان الجاني أو المعني من جنسية جزائرية أو إذا هبطت الطائرة بالجزائر بعد قيام الجناية أو الجنحة وتختص بنظرها المحاكم التي وقع بدائر لها هبوط الطائرة في حالة القبض على الجاني ما إذا كان مرتكب الجريمة قد قبض عليه بالجزائر، فإذا كانت الطائرة أجنبية والجاني أجنبي والمجني عليه أجنبي لكن الطائرة هبطت في الجزائر يطبق عليه القانون الجزائري إذا كان الجاني جزائري والمجني عليه جزائري حتى ولو كانت الطائرة أجنبية.

المبادئ الاحتياطية:

أولا: مبدأ الشخصية

[1] – بلعيات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون عقوبات جزائري، طبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.101

[2] – عبد الله سليمان المرجع السابق، ص. 106-107.

يطبق القانون الجزائري على كل شخص يحمل الجنسية الجزائرية ارتكب جناية أو جنحة في الخارج ثم عاد إلى الجزائر وهو ما يعبر عنه بمبدأ الشخصية الإيجابية.

كما يطبق القانون الجزائري إذا كان المجني عليه في جناية أو جنحة جزائري والجاني أجنبي ويسمى بمبدأ الشخصية السلبية وهو مبدأ مكمل لمبدأ الإقليمية لأن لو اكتفينا بمبدأ الإقليمية سيعني هذا أن كل شخص ارتكب جريمة في الخارج ثم عاد إلى الجزائر سوف لن يعاقب، إضافة إلى أنه لا يجوز للدولة أن تسلم الجاني الذي يحمل جنسيتها إلى الدولة التي وقعت فيها الجريمة فهذا مخالف لمبادئ الدستور.

ومن شروط تطبيق مبدأ الشخصية بالنسبة للجنايات لابد من شروط:[1]

- أن توصف الجريمة أنها جناية في نظر القانون الجزائري بغض النظر لوصفها في نظر الدولة التي وقعت فيها الجريمة.
- أن يكون الجاني متمتع بالجنسية الجزائرية سواء أكانت أصلية أو مكتسبة ولو اكتسبها بعد ارتكاب الجريمة.
- أن ترتكب الجريمة خارج إقليم الجزائر .
- أن يعود الجاني إلى الجزائر فلا يحاكم غيابيا.
- أن لا يكون قد حكم على الجاني نهائيا أو قضى العقوبة أو سقطت بالعفو عنه بالدول الأجنبية إذ لا يحاكم الشخص مرتين عن فعل واحد.

بالنسبة للجنح:

- أن توصف بأنها جنحة في كلا الدولتين.
- أن يتمتع الجاني بالجنسية الجزائرية.
- أن ترتكب الجريمة الخارج.
- أن يعود الجاني إلى الجزائر.

[1] – بلعيات إبراهيم، المرجع السابق، ص 106

- أن لا يكون قد حكم عليه.

ثانيا: مبدأ العينية:

وهو تطبيق قانون العقوبات على كل شـــخص يحمل جنســـية أجنبية ارتكب في الخارج جريمة تمس بالمصالح الأساسية للدولة، بشرط أن يتم القبض عليه في الجزائر أو يستلم من طرف الدولة التي وقعت فيها الجريمة.

شروط تطبيقها :

- أن يرتكب الجاني جنحة أو جناية تمس بمصلحة الدولة
- أن يتميع الجاني بجنسية أجنبية
- أن تقع الجريمة بالخارج
- أن لا يكون قد حكم عليه وقضى العقوبة.[1]

ثالثا: مبدأ العالمية:

وهو تطبيق قانون العقوبات على كل شـــخص يحمل جنســـية أجنبية ارتكب جرائم خطيرة ضـــد الإنسانية في الخارج وتم القبض عليه في الجزائر.

حيث أنه لم يرد هناك نص تصـريح يفيد المشـرع الأخذ به، إلا أنه ونظرا لتعاون الدول في مكافحة الإجرام أمكن تطبيق هذا المبدأ ومن جرائم الحرب ومن أمثلتها جرائم التجارة بالمخدرات والأسلحة وأعضاء الإنسان والقرصنة والإرهاب.[2]

[1] – منصور رحماني، المرجع السابق ص.153

[2] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص.122

المطلب الثاني:

نطاق التجريم والعقاب في الظروف الاستثنائية

عملا بمبدأ المشروعية يتعين على الإدارة الالتزام بالقانون في أي وقت وأي كانت الظروف... حيث إن كان هذا المفهوم صالحا في ظل ظروف وأزمات عادية فإنه لا يصلح في ظل ظروف أزمة غير اعتيادية وقد يترتب على تطبيقه استفحال أزمة بما يؤدي إلى انهيار الدولة، أو تعرض سلامتها لمخاطر شديدة فأي مجتمع قد يتعرض في بعض الأحيان إلى حالات طارئة غير اعتيادية كالحرب والكوارث الطبيعية وأوبئة ... الخ تهدد كيان المجتمع وتعرض تنظيمه السياسي لأخطار كبيرة.

ففي مثل هذه الظروف الاستثنائية لابد وأن توسع الإدارة من اختصاصاتها حتى وإن خرجت عن الضوابط المقررة في القوانين القائمة، لأنها لا تساعف الإدارة في مواجهة تلك الظروف التي تقتضي سرعة في التصرف للحفاظ على سلامة البلاد ودرء الأخطار عنها.

ولكن كل هذا لا يحيد على كون أن مبدأ سلامة الشعب القانون الأعلى الذي يجب أن يسمو على القوانين الوضعية

ففي الظروف الاستثنائية تمنح لرئيس الجمهورية في بعض الأحوال التي يتولى فيها سلطة التشريع.

ورئيس الجمهورية لا يصدر المراسيم التشريعية لصفته رئيسا للسلطة التنفيذية، بل باعتباره يمارس أيضا وفي بعض الأحوال الاستثنائية التي نص عليها الدستور مهام السلطة التشريعية، ولذلك لا تعتبر المراسيم التشريعية عملا تنفيذيا، وإنما هو عمل تشريعي بحت، وهذه المراسيم لا تختلف عن التشريع في شيء، إلا في صدوره عن رئيس ج حين يمارس السلطة التشريعية بدلا عن مجلس الشعب، وهو يعتبر في منزلة التشريع الصادر على مجلس الشعب ومرتبته فيمكن أن تنظمه الأمور التي لا يجوز تنظيمها أصلا إلا بالتشريع، وبالتالي يكون المراسيم التشريعية مصدرا للتجريم والعقاب[1]، ويستطيع أن الأفعال يجرم ويفرض

[1] – احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص.181

العقوبة لهذه الأفعال وضمن الحدود المرسومة له، ويتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع بحسب دستورنا الحالي في الحالات الثلاثة التالية:

في المدة الفاصلة بين ولايتي مجلسين أي خلال الفترة الواقعة بين انتهاء ولاية مجلس الشعب السابق وبدء ولاية مجلس الشعب الجديد.

خارج دورات انعقاد مجلس الشعب أي خلال الفترات التي يكون فيها مجلس الشعب موجود ولكنه غير منعقد.

في أثناء انعقاد دورات مجلس الشعب إذا وجد الضرورة القصوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية أو بمقتضيات الأمن القومي.

ففي هذه الأخيرة يكون مجلس الشعب موجودا ومنعقدا[1]، ولكن هناك ظروف استثنائية بالغة الأهمية، وهذه الظروف قد تستدعي اتخاذ تدابير تشريعية عاجلة، وإلى إحاطة هذه التدابير بشيء من التشريع لذلك يكون من الأفضل أن يعهد إلى رئيس الجمهورية.

الفرع الأول: الحروب والفتن الداخلية

تتخلل مسار الدول التنظيم شؤونها أزمات تؤثر على سياستها الداخلية والخارجية إذ أصبح مرور الدولة بهذه الأزمات سمة لهذا العصر فتؤثر على كيانها ووجودها فكان لا بد للهيئات أن تمنح الوسائل الكافية لمواجهة هذه الأزمات، إذ نجد نفسها عاجزة عن مواجهة خطر الأزمة التي وقت فيها ومن بين هذه الأزمات نج حالة الحروب والفتن الداخلية، حيث تجد الدولة نفسها عاجزة عن استعمال الوسائل العادية لحفظ امن والنظام ورد الخطر عن مواطنيها فتظهر الحاجة إلى وسائل جديدة سوف يتم التطرق إليها.

أولا: حالة حرب

يراد بحالة الحرب حالة القتال الفعلي وأن لم يسبق إعلان الحرب وحالة الهدنة التي يتوقف فيها القتال ويعتبر في حكم حالة الحرب الفترة التي يحدث فيها خطر الحرب متى انتهت فعلا بوقوعها، وهذا حسب

[1] – منصور رحماني، المرجع السابق، ص 120

نص المادة 189 من قانون العقوبات العراقي وقد تم تعريفه حســـب نص المادة 220 من قانون العقوبات اليمني أنه كل تدخل من طرف دولة أجنبية في الشؤون الداخلية[1]، وذلك بالمساس بأحد أركان الوطن.

كما يظهر تأثير حالة الحرب على نطاق التجريم والعقاب ما قرره مجلس قيادة الثورة المرقم 1370 والمنشـــور في جريدة الوقائع العراقية بعدد 2974 لعام 1983، والذي فرض عقوبة الإعدام لجرائم الهروب إلى جانب العدو أو الهروب من الخدمة العسكرية أو التخلف عنها أو التآمر على الدولة مع العدو.

ولقد تدخل المشـرع الجزائري لضـمان حقوق الأفراد في التعويض عن الأضـرار المادية الشـخصـية والناتجة عن الحرب، إذ رفض القضـــاء الإداري النظر في الطعون الموجهة إلى القرارات والأفعال التي تتخذها الحكومة بسـبب ظروف الحرب، ولو كان التشـريع الخاص قد أهمل ولم يؤخذ به فان هذا لا يعني إن المشـرع قد رفض الحق بالتعويض وهكذا فان عدم خضـــوع القرارات والأفعال المتعلقة بالحرب يعود لنظرية (لا) أعمال الحكومة وانم الإرادة المشرع الضمانة)، أما القضاء الفرنسي فاعتبرها بأنها بمنأى عن رقابة القضاء.

ثانيا: الفتن الداخلية:

وهذا يعود إلى ظهور اضـــطرابات داخلية مثل النزاعات القبلية التي تحدث ما بين الاعراش داخل إقليم الوطن مما تؤدي إلى اضـطراب ومناوشـات تؤدي إلى رفع حالت الطوارئ وتدخل الدولة بشـتى الطرق وهذا بنزول الجيش إلى الميدان، وهذا من اجل إعادة السكينة والهدوء إلى الشارع.

وفي هذه الحالة تكون السلطة المطلقة في يد رئيس الجمهورية، حيث انه يقوم بتشريع مراسيم رئاسية اضطرارية، وذلك من اجل الحفاظ على الأمن والسلامة الداخلية للبلاد.

فالفتن الداخلية تؤثر على نطاق التجريم والعقاب[2]، وقد عاقب المشرع على إثارة أو الشروع في إثارة الحروب الأهلية والعصيان المسلح، وكذلك تجريم إذاعة أخبار لفرض تكدير الأمن العام أو إلقاء الرعب بين الناس بما يكون سبب لحدوث فتن داخلية، فالعقاب يكون بالسجن على حسب الواقعة المرتكبة.

[1] – عبد الله سليمان المرجع السابق، ص.193

[2] – احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص.185

فكل النصـــوص التي أتت في قانون العقوبات قررت تجريم الأفعال والمعاقبة عليها، لتجنب حدوث الفتن والحروب الداخلية لما تلحقه من ضرر بالغ بحياة المجتمع في كافة جوانبه.

فنجد جريمة الســرقة المعاقب عليها في المادة 350 قانون عقوبات جزائري وجرائم الخصـاء 274 قـانون عقوبات جزائري، الجرائم المخلة بالحياء 333 قـانون عقوبات جزائري، جريمة هتك العرض المادة 336 قانون عقوبات جزائري.

الفرع الثاني: الكوارث والأزمات الاقتصادية:

إن الدولة كيان يتكون من مؤسسات, وهذه المؤسسات تعمل على تسيير البلاد ولكن هذه الأخيرة قد تتعرض إلى أزمات تستوجب معاملة خاصة, وهذا من اجل القضاء على هذه الأخيرة نهائيا، وفي ظرف قياســي اســتعجالي, وهذا من اجل لم شمل الوطن ومن أمثلة هذه الأزمات نجد الكوارث وتدهور النظام الاقتصادي.

أولا: الكوارث:

تعرف الكوارث الطبيعية بأنها "وضـع خطير قد نشـأ أما بفعل الطبيعة كالفيضـانات والزلازل وإما بفعل الإنسان كالحرائق مثلا"[1] وشكلت الكوارث كالعوامل السابقة أثرا واضحا في نطاق التجريم والعقاب، إذ قررت بعض التشريعات الحبس بجنحة وضع المواد السامة أو الضارة كارثة تتمثل في تعطيل أي مرفق عام أو ضرر جسيم بالأموال، أو حدوث عدد من الإصابات الجسيمة وكذالك تشديد العقاب على من يرتكب جرائم الأضــرار بالأموال، أو حدوث عدد من الإصــابات الجســيمة كما قررت تشــديد العقوبة على من يرتكب جرائم الإضرار بالأموال إذ ما ارتكب في وقت هياج أو فتنة أو كارثة.

وانطلاقا من ضـرورة حماية وجود الدولة وضـرورة مواجهة الكوارث قد اهتم قانون العقوبات بتحقيق حماية المجتمع والأفراد عن طريق تثبيت الأمن، خصـــوصـــا عند حدوث الكوارث، إذ اعتبر الكوارث ظرفا

[1] – باسم عبد الزمان الربيعي، سياسة التجريم والعقاب في الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة بغداد 1997، ص. 124

مشددا بجريمة السرقة حيث ينتهز الفاعل لارتكاب السرقة فرصة قيام حالة هياج أو فتنة أو حريق أو غرق سفينة أو أية كارثة أخرى حسب المادة 350 من ق ع ج.

ففي حالة الكوارث تكون جميع إدارات الدولة في حالة استنفار وهذا من اجل حماية الفرد وكذلك تقديم المساعدة[1]، وهذا من خلال عدة جهات من الحماية المدنية والأطباء وكذلك الهلال الأحمر وقد يتعدى ذلك إلى تدخل الجيش وهذا من اجل الحفاظ على الأمن والسلم الوطنيين.

ثانيا: الأزمة الاقتصادية

فالدولة قد تمر بهذه الأزمة مثلها مثل باقي الدول الأخرى نتيجة لعوامل داخلية تتعلق بعملية إدارة السوق وتداول السلع والخدمات والأوراق المالية أو لعوامل خارجية تتعلق بعلاقة الدولة مع غيرها من الدول في المجال الاقتصادي.

وللدولة عند مرورها بهذه الأزمة أن تتخذ كافة الإجراءات التي تضمن لها حسن مواجهة الظرف الاقتصادي والأزمات الاقتصادية الداخلية تنتج عن غلاء السعار ونقص المد خول الفردي للمواطن وكذلك إلى انتشار البطالة وقلة رأسمال الدولة وعدم وجود المستثمرين المحليين والأجانب بكثرة، وأيضا نتيجة التخلف في المجال العلمي والتكنولوجي[2]، مما يؤدي إلى عدم تمكن الدولة من استغلال ثرواتها بشكل جيد، وهذا لنقص التعداد والإمكانية في المجال الصناعي والتكنولوجي...الخ مما يؤدي إلى ظهور أزمات داخلية تمس بأمن وسلامة الدولة.

والأزمات الخارجية نجد منها تسليط عقوبات على الدولة هذا من طرف دول قوية، وكذلك تمسك هذه الأخيرة بالسوق العالمية وغلاء أسعار المنتوجات المستوردة خاصة القمح والشعير وهذا بالعملة الصعبة وقلة إرادات الدولة مما يؤدي إلى تفاقم الديون والأزمات، مما ينتج عنه دائما التبعية للخارج وبالتالي يكون اقتصادها هش وضعيف.

[1] – عبد الله سليمان المرجع السابق، ص 183

[2] – حسني الجندي، المرجع السابق، ص. 130

والأســـباب تكاثرت وتعددت وقد ذكرنا بعض منها وكلها تؤدي إلى ظهور الأزمة الاقتصـــادية في داخل البلاد وزعزعت اقتصاده وأركانه.

وبعد هذا الاســـتعراض للعوامل المؤثرة على نطاق التجريم والعقاب[1]، يتبين لنا كيف يتأثر نطاقها اتسـاعا وتشـديد بحسـب العوامل المؤثرة العادية والاسـتثنائية، مما يعني تأثر مبدأ الشـرعية التجريم والعقاب. وهذا يتطلب إيجاد الضمانات الأزمة لتطبيق هذا المبدأ بالاتجاه السليم والذي يحقق لهذا المبدأ نتائجه.

[1] – محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص.197

المبحث الثاني:

ضمانات تطبيق هذا المبدأ

مما لاشك فيه أن مجرد النص على مبدأ شرعية التجريم والعقاب، سواء كان ذلك في صلب الدستور أو القانون العادي أو حتى في الاتفاقيات الدولية لا يكون كافا لضمان تطبيقه ومن ثم جني ثماره، إذ لابد من وجود وسيلة نتمكن من خلالها من ضمان تطبيق هذا المبدأ، وتتجسد هذه الوسيلة بما يعرف بالرقابة فما هي الرقابة؟ وكيف نضمن حسن تطبيق مبدأ الشرعية؟ وبالتالي سوف نتطرق إلى كل من الضمانات الداخلية والخارجية على حد سواء.

المطلب الأول:

الضمانات الداخلية

وتتمثل الضمانات الداخلية في ضمانيتين تتمثل الأولى فيها بالرقابة السياسية والثانية في القضائية، فالأولى تعمل على التحقق من مدى مطابقة أحكام القانون الدستوري، حيث نجد أجهزة متعددة تسهر على حسن سيرها، منها البرلمان وال أ ري العام، أما الرقابة القضائية فهي تسهر على البت في مصير قانون ما من حيث كونه يخالف ,أو لا يخالف الدستور، فهي رقابة يقو بها القضاء سواء كان ذلك بواسطة المحاكم العادية أو الغير العادية.

الفرع الأول :الرقابة السياسية ضمانة لتطبيق المبدأ:

لقد عرفت الرقابة السياسية بأنها إناطة مهمة الرقابة على هيأة سياسية من أجل التحقيق من مدى مطابقة أحكام القانون للدستور[1]، وعرفت أيضا بالرقابة التي تقوم بها هيأة سياسية نص الدستور عليها وعلى اختصاصها بالرقابة.[2]

و بالتالي فإن الرقابة السياسية تنص على التحقيق فيما إذا كان مشروع قانون ما يخالف أو يناقض الدستور فهي تعتبر رقابة وقائية، فهي تمارس على القانون المراد إصداره، والدساتير اختلفت في تبيان الهيأة

[1] – بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون مدني جزائري طبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص122 .

[2] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص133 .

التي تتولى هذه الرقابة، فيكن إلى تعهد هذه الرقابة إلى هيأة متخصصة في النظر في دستورية مشروعات القوانين كما هو الحال في جمهورية فرنسا الرابعة الصادر عام1946 ، وإما إذا تعهد مهمة الرقابة إلى هيأة متخصصة تمارس عدة اختصاصات بينها ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، وهذا ما حدث في الدستور الفرنسي لعام 1799.

و تحرك هذه الرقابة من طرف الذين يساهمون في تحضير القوانين فإذا أثيرت قضية دستورية لمشروع القانون، فإن عملية تشريعية لن تستمر إذا ما ثبت مخالفة المشروع للدستور وهكذا ما قرت دستور عام 1958 الفرنسي في المادة (61) منه التي نصت على أن لا يجوز لرئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أن يطلب قبل موافقته رئيس الجمهورية على مشروع القانون من المجلس الدستوري أن ينظر في دستورية القوانين، والدساتير الجزائرية الأربعة في كل من المادة 40 من دستور 1963 المادة 45 من دستور 1976 ونفس المادة من دستور 89 أما دستور و1996 فأتى بالمادتين 140، 142 التي، وبالتالي فإنه يمكن تشكيل هذه الهيأة عن طريق التعيين، وهذا إما عن طريق السلطة التنفيذية أو من قبل السلطة التشريعية وإما عن طريق الانتخاب، وقد يتم اختيار أعضاء هيأة الرقابة من قبل هيأة الرقابة ذاتها ومن هنا يمكن ضمان تطبيق مبنى شرعية التجريم والعقاب عن طريق هذه الرقابة، فإذا ما كان مشروع القانون المراد إصداره مخالف لما يقرره مبدأ الشرعية باعتباره مبدأ دستوري فإنه يمكن إثارة عدد دستورية هذا المشروع، ومن ثم الحيلولة في إصداره وبذلك نحافظ على مبدأ الشرعية وضمان تطبيقه، ولكن هذه الرقابة تعرضت إلى انتقاد والمتمثل في إعطاء الرقابة إلى هذه الهيأة قبل اكتمال التشريع، إنما هو تدخل في صنع القوانين ومن ثم فإن هيأة الرقابة هذه تصبح القابض الحقيقي والسيد المطلق في الدولة، إذ تعبر على إرادتها، وعلى المعنى الذي تعطيه لهذه الإرادة سوف يتوقف مصير العملية التشريعية.[1]

والرقابة السياسية لها أجهزة متعددة تتمثل في الأتي:[2]

أولا: البرلمان

[1] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص. 181

[2] – أحمد فتحي سرور، القانون الدستوري، مطابع الشروق، القاهرة، 2002، ص 33.

فأغلب البرلمانات تأخذ بفكرة تشكيل اللجان البرلمانية التي تختص بموضوعات معينة، حيث ترسل إليها كل مشروعات واقتراحات القوانين، ومن ثم بإمكانها أن تشرع في النظر في مدى اتفاق هذه المشروعات مع الدستور، فإن كانت مخالفة لما يقرره مبدأ الشرعية فان هذه اللجان البرلمانية تحكم بعدم دستورية هذه المشروعات.

ثانيا: الرأي العام

لقد أصبح للرأي العام دور فعال وهام في الرقابة السياسية نتيجة التطور الحاصل داخل الجماعات الإنسانية في المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية[1]، فظهرت تجمعات هدفها الدفاع عن شرعية القوانين وحسن سير الإدارة في أعمالها، فأصبحت معيار حقيقي يختص بالتعبير عن إرادة الشعب بما يعرض بالرأي العام، حيث انه إذا ما صدر قانون يخالف مبدأ الشرعية الدستورية والاتحادات بمهمة التصدي لهذا القانون غير الدستوري مستعينة بوسائل الإعلام المختلفة ذلك ومن صحف يومية ووسائل مسموعة أو مرئية، فتدعو إلى إلغاء هذا القانون الغير دستوري .

و لكن هذه الرقابة تبقى دائما محصورة في مشروعات القوانين دون القوانين النافذة / فإذا صدر قانون يخالف مضمون أو نتائج مبدأ الشرعية، فإنه لا يمكن اللجوء إلى هذه الرقابة لأنها لا غير فعالة، ولهذا فإن هناك نوع أخر من الرقابة وهي الرقابة القضائية.

الفرع الثاني : الرقابة القضائية ضمانة لتطبيق المبدأ:

والرقابة القضائية في مجمل تعريفها هي "البت في مصير قانون ما من حيث كونه يخالف أو لا يخالف الدستور يعود إي هيأة قضائية أي إلى محكمة".[2]

و عرفت أيضا "هي الرقابة التي يقوم بها القضاء سواء كان ذلك بواسطة المحاكم العادية أو محكمة مختصة للرقابة"[3]، حيث يتمتع القضاء بالحياد والاستقلال، وتوفر ضمانات مهمة تحقق حسن سير القضاء, كما فعل دستور جمهورية اليمن الحالي في المادة (147) في النص على أن القضاء "سلطة مستقلة قضائيا

[1] – فوزية عبد الستار، عدم المشروعية، مجلة قانون والاقتصاد، العدد 3، ديسمبر 1971.، ص 77

[2] – بلعيات إبراهيم، المرجع السابق، ص. 122

[3] – أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص.133.

وماليا وإداريا...." كما نص على هذا المبدأ دستور جمهورية العراق وهذا لعام 1970 في المادة (63-1) كالتالي: "القضاء مستقل لا سلطة عليه لغير القانون"، إذ يجب أن يستقل القضاء في ممارسة اختصاصه في الهيأة التنفيذية أما في الدستور الجزائري فنجد المادة 140 من دستور 1996 التي تنص على أن أساس القضاء الشرعية والمساواة وكذلك المادة 142 التي تنص على ما يلي: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير إلا بنص"، فالرقابة القضائية يعمل على إرساء الشرعية والمساواة، فالسلطة التنفيذية لا تدخل في السلطة القضائية، فيجب أن تستقل السلطة القضائية عن الهيأة التشريعية، بأن لا تتدخل الأخيرة في قضية مطروحة أمام القضاء أو تنفيذه حكما قضائيا أو أن تعطله.[1]

فالاتجاهات الدستورية عرفت نوعين من الرقابة القضائية.

فالأولى سميت (رقابة امتناع) حيث يمنع القاضي عن تطبيق القانون الغير دستوري في نزاع يعرض عليه فليس لحكمه الامتناع أثر إلا بين المتخاصمين دون سواهم، فلا يؤدي امتناع القاضي عن تطبيق القانون الغير دستوري إلى إنهاء الوجود القانوني له، وقد تكون الرقابة القضائية على دستورية القوانين (رقابة إلغاء), إذ يطعن بعدم دستورية القانون هذا النوع من الرقابة أمام محكمة مختصة فإذا تبين للمحكمة صحة الطعن وثبت لها عدم دستورية القانون عمدت إلى إلغائه فيسري حكم الإلغاء على الجميع وليس في مواجهته الحضور فقط فيؤدي ذلك إلى إنهاء الوجود القانوني للنص وبالتالي إلغاء النص الذي أصدرته الهيأة التشريعية، وبالتالي فهذا النوع من الرقابة يمتاز بخطورته لذلك فإن أغلب الاتجاهات الدستورية التي أخذت بهذا النوع جعلت مهمة الرقابة معقودة بمحكمة واحدة دستورية .

ولكن إذا ما حدث وأن صدر قانون يخالف مضمون مبدأ الشرعية أو إحدى نتائجه، فإنه يمكن الطعن بعدم دستورية هذا القانون أمام المحكمة الدستورية المختصة ولكن من له الحق في الطعن.

والطاعن يختلف حسب اختلاف نوع الرقابة القضائية، فإذا كانت رقابة إلغاء فإن غالبية الدساتير لم تعطي حق الطعن للأفراد بل قصرته على بعض هيأة الدولة فتوجد بعض الدول أسندت مهمة تحريك الرقابة على جهات حكومية لا إلى أفراد، فهنا الجهات التي لها الحق في الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا هي

[1] – نصرت حيدر، الرقابة على دستورية (القوانين، بحث منشور في مجلة المحامين السورية، العدد 11، 12، 26، سنة أربعون، 1975، ص 286

رئيس الجمهورية[1]، رئيس الوزراء، وزير العدل، الوزير المختص وعكس الاتجاه الأول فنجد بعض الدول تختص المحكمة العليا فيها بما يلي :

الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة:

إذ تفصل الدائرة الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات، وذلك بطريق الفصل في الطعون والقرارات سواء عن طريق الدعوى أو الدفع .

وبالتالي فهنا يمكن القول أن للأفراد أن يقدموا طعنا بعدم الدستورية، وذلك إما مباشرة بدعوى أمام المحكمة العليا حيث يكون الخصم في هذه الدعوى هو القانون ذاته المطعون فيه بعدم الدستورية

كما يكون للأفراد الطعن بعدم دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي أمام أي من المحاكم المختصة حيث ترفع هذه الأخيرة هذا الطعن إلى المحكمة العليا للبت في دستورية القانون ومن ثم إصدار قرارها على ضوء ذلك

وبالتالي فإنه يعتقد أن في إعطاء الأفراد الحق في الطعن أمام المحكمة الدستورية[2]، إنما يشكل ضمانة لاحترام نصوص الدستور وحماية أوفر لمبدأ الشرعية إذا كانت رقابة امتناع فإن الطاعن فيها هم الأطراف في الدعوى سواء أكانت جزائية أو مدنية فيقدم الخصوم فيها دفعا بأن القانون المراد تطبيقه هو قانون غير دستوري، إذ تفحص المحكمة دستورية هذا القانون وتصدر قرارها على ضوء ذلك.

وبالتالي فإن كل من الرقابة السياسية والقضائية ضرورية لضمان تطبيق مبدأ الشرعية ونتائجه، وبالتالي فإن لا بد من تعزيز عناصر الرقابة السياسية وزيادة تفعيل دور الأفراد والأحزاب والتجمعات الاجتماعية المختلفة في تحقيق التوافق بين القوانين وبين مبدأ شرعية التجريم والعقاب .

و يتحقق كل هذا عن طريق رفع مستوى الوعي السياسي والثقافي لهذه التجمعات[3]، وضرورة اعتبار ما تقدمه من اقتراحات وارد في هذه العملية التشريعية أو مضمون التشريع، إذ لا بد في الأخذ بالرقابة

[1] – عدنان الخطيب، المرجع السابق، ص 173

[2] – احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص.91

[3] – عدنان الخطيب، المرجع السابق، ص.91

القضائية وهذا لما توفره من مواجهة فعالة للقانون الغير دستوري بعد صدوره ولما توفره الرقابة من رأي ملزم ومؤثر في القانون ذاته الغير دستوري على أن تكون هذه الرقابة رقابة إلغاء أمام هيأة خاصة تتكون من أعضاء بعضهم من البرلمان والبعض الأخر من القضاة، على أن يكونوا من ذوي الخبرة والحياد الكفاءة، ومن ثم تضمن عدم عضوية القضاء على الهيأة التشريعي فيما إذا كانت هذه الهيأة مكونة من القضاة فقط، ولهذا ندعو ا المشرع للأخذ بهذا الأسلوب لما تشكله هذه المحكمة من ضمانة لتطبيق المبادئ الدستورية ومنها مبدأ الشرعية التجريم والعقاب .

المطلب الثاني:

الضمانات الخارجية

سبقت الإشارة إلى ضرورة هذا المبدأ دوليا، حيث نظمته اتفاقيات دولية منها الاتفاقية الدولية في شان الحقوق المدنية والسياسية التي سبقت الإشارة إليها، ومن هنا يظهر التساؤل الأتي:

ماهي الضمانات التي يمكن من خلالها إلزام الدول بالأخذ بهذا المبدأ، وما يترتب عليه من نتائج فيما إذا نص عليه في الاتفاقيات الدولية ؟ يمكن إجمال هذه الضمانات بنوعين أولهما عام والآخر خاص.

الفرع الأول : الضمانات الدولية العامة

لقد عرف القانون الدولي مبدأ مهم يتعلق بالمعاهدات الدولية، هو مبدأ الالتزام الصارم، ولحسن نية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الدولية من قبل جميع أعضاء الأسرة الدولية، فقد ثبت هذا المبدأ في ميثاق منظمة الأمم المتحدة بموجب الفقرة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة.[1]

لقد ورد هذا المبدأ في المادة (26)، (27) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات الدولية[2]، ولقد تم ذكره ضمن إعلان مبادئ القانون الدولي عام 1970 المتعلق بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول استنادا لميثاق منظمة الأمم المتحدة بصريح النص "كل دولة ملزمة بتنفيذ التزاماتها التي أخذتها على نفسها بحسن النية

[1] -cloude Lombois, droit pénal intentionnel ,dallez, 1971p, 47-48.

[2] – اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية، المادتين 27 و26

استنادا لميثاق منظمة الأمم المتحدة ...."[1]، وبالتالي فهذا المبدأ يضمن تطبيق ما أتى في المعاهدات الدولية وكذلك ما استقر عليه العرف الدولي لأن هذا المبدأ يتناسب مع تصرفات الدول وسياستها مع القواعد الدولية، وهذا أكانت مكتوبة أو عرفية وذلك لا بالتزام الدول بالأخذ بما ورد فيها عن طريق تطبيقها أو الرضوخ لها سواء بنص صريح أو تلقائيا.

- وبالتالي فكل ما ورد في النصوص الدولية من معاهدات واتفاقيات تحتوي على مضمون مبدأ شرعية التجريم والعقاب
- وبالتالي وجب على الدول الالتزام به وهذا طبقا لمبدأ احترام المعاهدات الدولية.
- و بالتالي يدخل في ذهننا سؤال بخصوص هذا الموضوع يتمثل بالسند القانوني الذي يلزم الدول الغير الموقعة على المعاهدة بالالتزام بما ورد فيها .

فلو فرضنا مثلا وجود اتفاقية بين دول معينة وهذه الاتفاقية نجد في بنودها ما قرره مبدأ شرعية التجريم والعقاب، وبالتالي هنا هل تلتزم الدول الأخرى بنا ورد في هذه الاتفاقية أم لا ؟

و حسب الفقه فهذه الدول التي لم تكن طرف في المعاهدة تسمى (بالدول الثالثة)[2] ومن أجل إيضاح وتبيان التزامات الدولة الثالثة بما ورد في المعاهدة وجب علينا ملاحظة الأتي :

- ضرورة معرفة هل هذه الدولة المسماة الثالثة عضو من أعضاء الأمم المتحدة ؟

فإن كانت عضوا في الأمم المتحدة فهي بالتالي ملزمة بما ورد في المعاهدة من التزامات طالما كانت هذه الأخيرة موقعة ضمن ميثاق الأمم المتحدة ذلك **حسب** ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة "لكي يكفل أعضاء الهيئة لأنفسهم جميع الحقوق والمزايا المرتبة على صفة العضوية، يقومون في حسن نية بالالتزامات الواردة التي أخذوها على أنفسهم بهذا الميثاق"

[1] – طلاليف، قانون المعاهدات الدولية، نقادو تطبيق المعاهدات، ترجمة صالح مهدي العبيدي، الكتاب الثاني، مطبعة العاني، بغداد، 1987، ص. 87

[2] – أيمن سبعاوي إبراهيم، تطبيق المعاهدات الدولية وسريانها من حيث الزمان والمكان، رسالة دكتورا، جامعة بغداد، 1999، ص. 218

و من خلال نص المادة السابق ذكرها، يتضح لنا أن دول الأعضاء في الأمم المتحدة ملزمة بالأخذ بما ورد بالاتفاقيات المبرمة في ظل هذا الميثاق.[1]

- أما إذا كانت الدول الثالثة غير منتمية إلى منظمة الأمم المتحدة، فهنا وجب علينا معرفة موضوع الاتفاقية المبرمة، فإذا كان موضوعها متعلق بحفظ السلم والأمن الدوليين كانت وجوبية على الدولة الثالثة حتى ولو لم تكن عضو في الأمم المتحدة وهذا طبق لنص المادة (8) من المادة الثانية من الميثاق التي نصت على ما يلي "تعمل الدول على تسيير الدول الغير الأعضاء فيها على هذه المبادئ بقد ما تقتضيه ضرورة حفظ السلم والأم الدولي" وبالتالي هنا ينظر تأثير نص المعاهدة على سريانها.[2]
- و بالتالي هنا يظهر لنا جليا أنه إذا لم يكن موضوع الاتفاقية متعلق بالسلم والأمن الدوليين فما ورد في القاعدة المذكورة سالفا يمكن أن يصبح ملزم للدولة الثالثة، على اعتبار أن ما يورد في القاعدة الدولية المكتوبة يمكن أن يعد مبدأ عرضي من مبادئ القانون الدولي وهنا يظهر لنا أنها ملزمة للغير.[3]

وهذا ما نعقده بالنسبة للسند القانوني الذي يلزم الدولة الثالثة بمبدأ شرعية التجريم والعقاب الوارد في الاتفاقية الدولية .

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أنه إذا كانت الدولة الثالثة عضو في منظمة الأمم المتحدة، فمضمون الاتفاقية يكون ساري عليها، وكذلك الأمر إذا تعلق بالأمن والسلم الدولية وعكس ذلك فالأمر يرجع إلى النصوص المكتوبة والعرف الدولي فيما بين الدول

.

[1] – مجلس أوربا المعاهدات الأوربية لحماية حقوق الإنسان، (دار العلم للملايين)

[2] – حسن جميل، حقوق الإنسان في الوطن العربي بدون سنة نشر، بدون طبعة، ص.132

[3] – أيمن سبعاوي إبراهيم, المرجع السابق، ص.218

الفرع الثاني : الضمانات الدولية الخاصة

لقد قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بإصدار اتفاقية دولية بخصوص الحقوق المدنية والسياسية بقرارها المرقم 2200 أثناء اجتماعاتها في دورة الانعقاد العادي الحادي والعشرون بتاريخ 16 ديسمبر وهذا سنة 1966 لتدخل هذه الاتفاقية حيز التنفيذ طبقا لحكم المادة (49)، وهذا اعتبارا من 15 جوان 1967، وبالتالي قامت بإصدار اعتراف لكرامة الإنسان وصيانة الحقوق المدنية والسياسية له وتعزيز للاحترام العالمي لحقوق الإنسان ومراعاتها[1]، وهذه الاتفاقية تضمنت نصا يحتوي على مضمون مبدأ شرعية التجريم والعقاب وذلك في المادة السابعة منها : " ....كما لا يجوز حرمان أحد من جريمة على أساس من القانون وطبقا للإجراءات المقررة فيه".

ومن أجل ضمان تنفيذ بنوده، فقد شكلت بموجب هذه المادة (28) من الاتفاقية لجنة حقوق الإنسان تضمن ثمانية عشر عضو من بين موظفي الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، الذين يتميزون بالأخلاق العالية والمشهودة لهم باختصاصهم في ميدان حقوق الإنسان، وذلك عن طريق الانتخاب وذلك بالاقتراع السري، وهذا بعد أن يتم ترشيحهم من قبل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية حيث ينتخب أعضاء اللجنة لمدة 4 سنوات، ويجوز إعادة انتخابهم عند ترشيحهم على أن يلتزم الأمين العام للأمم المتحدة بتزويد اللجنة بما يلزمها من الموظفين والتسهيلات التي تمكنها بالقيام بأعمالها، وذلك بشكل فعال، حيث تقوم اللجنة بإصدار قراراتها بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين والنصاب يتكون من إثنى عشر عضو[2]، وتتولى اللجنة دراسة تقارير مقدمة لها من الدول الأطراف وتحيل تقاريرها بعد أن تقوم بدراسة ملفات، وبعد ذلك تقرر ما تراه مناسبا من تعليقات مع نسخ من التقارير التي تستلمها من الدول إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

ولكن الدور الرقابي المهم الذي تمارسه هذه اللجنة يتمثل فيما قررته المادة 41 من هذه الاتفاقية والمتمثل باختصاص اللجنة في تسليم التبليغات التي تتضمن إدعاءات دولة طرف بأن دولة أخرى لا تقوم بأداء التزاماتها، بموجب هذه الاتفاقية بما في ذلك مسألة شرعية التجريم والعقاب[3]، فهنا تقوم اللجنة بعرض

[1] – مجلس أوربا المعاهدات الأوربية لحماية حقوق الإنسان (دار العلم للملايين)

[2] – صالح جواد الكاظم، دراسة في المنظمات الدولية، بدون طبعة، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1995، ص. 131

[3] – حسني الجندي، المرجع السابق، ص.21

مســـاعيها الحميدة على الدول المعنية وهذا من أجل الوصـــول إلى حل ودي على أســـاس احترام حقوق الإنســـان لحريته الأســـاســـية المقررة في هذه الاتفاقية، حيث أنه يجوز للجنة أن تطلب من الدول المعنية أن تزودها بأي معلومات تتصـــل بأي موضـــوع محال إليها ويجوز لها كذلك أن تقوم في حالة عدم التوصـــل إلى حل يرضي الدول المعنية أن تعين لجنة توفيق خاصة تسمى (لجنة التوفيق)، وهذا طبقا لما قررته المادة 42 من الاتفاقية تعرض هذه اللجنة مساعيها الحميدة على الدول الأطراف المعنية وهذا من أجل تسوية المسألة بشكل ودي.

وبالتالي فإذا لم يتوصل الأطراف إلى حل فتقوم هذه اللجنة بإعداد تقرير يحتوي كافة الوقائع المتصلة بأحداث وتطورات الواقعة القائمة بين الدول المعنية[1]، كما يحتوي على وجهات نظر حول مدى إمكانية التوصـــل إلى حل ودي وعلى الدول المعنية من جهتها أن تخطر رئيس لجنة الحقوق الإنســـانية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلامها للتقرير، وبالتالي تقوم بتبليغه فيما إذا كانت موافقة أم لا على محتويات تقرير لجنة التوفيق ولكن لجنة حقوق الإنسان من جانبها ملزمة بموجب المادة 45 من الاتفاقية على تقديم تقرير سنوي عن نشاطاتها الجمعية العامة للأمم المتحدة وذلك عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

ومن خلال نص الفقرة الأولى من المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة فإن على الجمعية العامة وهي في طور القيام بوظيفتها القيام بدراسات وتوصيات تستهدف بالخصوص الإعانة على تحقيق حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس كافة على السواء وهذا حسب نص المادة 62 فقرة الثانية منها، أي أن للمجلس الاقتصادي والاجتماعي حسب هذه المادة القيام بتقديم توصيات فيما يخص نشر احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية[2] مع مراعاتها وبهذا يظهر لنا جليا أن ما تقوم به لجنة حقوق الإنسان واللجنة التوفيقية من إعداد لتقارير عن المسائل المشار إليها سابقا يصبح توصيات ملزمة للأعضاء عن طريق تبنيها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة أو المجلس الاقتصـــادي والاجتماعي فيها، وبالتالي تتحقق به ضـــمانة مطلقة لتطبيق ما ورد في المادة التاسعة من الاتفاقيات الدولية الحقوق المدنية والسياسية المذكورة سلفا.

[1] – منصور رحماني، المرجع السابق، ص. 152

[2] – صالح جواد الكاظم، المرجع السابق، ص. 131

الخاتمة

تطرقنا من خلال هذه الدراسة إلى أحد أسس قانون العقوبات وهو مبدأ الشرعية الجنائية أو مبدأ شرعية الجرائم العقوبات والذي مفاده أن لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون مكتوب صادر عن السلطة المختصة في البلاد وفق مقتضيات الدستور وقد ترتب على هذا المبدأ عدة نتائج هامة من شأنها تعزيز مبدأ سيادة القانون والذي يضم بين جنباته عدة مبادئ أخرى أهمها مبدأ الأمن القانوني كضمان وحماية للحقوق والحريات الفردية في مواجهة سلطات وصلاحيات كلا من السلطة التنفيذية والسلطة القضائية من خلال إسناد مهمة تحديد الأفعال المحرمة وكذا العقوبات وتدابير الأمن المقررة لكل فعل للسلطة التشريعية كإختصاص أصيل على أن يراع في ذلك الدقة والوضوح في ألفاظ ومصطلحات الجريمة والعقوبة مع النص على مبدأ عدم جواز رجوع القوانين الجزائية على الماضي لتجريم، أتعال كانت مباحة، على أن تعمل السلطة القضائية على تطبيق النص دون أن تكون لها صلاحية إنشاء نص تحريمي أو استحداث عقوبة ما لم ينص عليها القانون من خلال تقييد سلطة القاضي في تفسير النصوص وحضر القياس مطلقا ما يساهم في تحقيق مبدأ حياد القضاء ونزاهته واستقلاليته، كما رأينا أن مبدأ الشرعية الجزائية يكرس مبدأ وحدة القضاء في الدولة ما يؤدي إلى تحقيق مبدأ المساواة في القانون وأمام القانون، وفي مقابل ذلك تسهر السلطة التنفيذية على إنفاذ القانون وتطبيق أحكام القضاء، ولا شك أن ذلك يكرس مبدأ الفصل بين السلطات.

لذلك يمكننا القول أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يكرس وبصورة حقيقية مبدأ سيادة القانون في الدولة الديمقراطية على أن يراعي:

- ضرورة إحترام المشرع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بإعتباره مبدأ دستوريا فيما يتعلق بضرورة مراعاة الدقة والوضوح في الألفاظ والمصطلحات عند وضع النص التجريمي والابتعاد عن العبارات الفضفاضة وذات المعاني المتعددة وغير المحددة، فكلما كانت صياغة النصوص غير واضحة وغامضة كلما توسعت سلطة القاضي في تفسيرها بما قد يؤدي إلى خلق نصوص جديدة متضمنة جرائم من قبل القاضي لم تكن موجودة أصلا، مما يسهم في هدر هذا للبدأ والاعتداء على الحريات والحقوق الفردية.

- لتحقيق الأمن القانوني وبالتالي سيادة القانون لابد من الحد من التفويضات الممنوحة للسلطة التنفيذية فيما يتعلق بسن القوانين الجزائية الأمر الذي نتج عنه آثار عديد أهمها التضخم القانون الجنائي ما أدى إلى تمديد الأمن القانون للأفراد بتهديد حرياتهم وحقوقهم، لذلك لا بد من التضييق إلى أقصى حد واستبدال المجال الجزائي بالجال الإداري والعقوبات الإدارية، ليبقى التشريع الجزائي منوط بالسلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل فقط، ما يحفظ احترام وحماية الحقوق والحريات الفردية، واحترام كل سلطة من السلطات لمهامها ما يعزز احترام مبدأ الفصل بين السلطات

قائمة المراجع:

✍ **القرآن الكريم**

الكتب:

1. أحسن بوسعيقة، الوجيز في القانون الجزائي القسم العام – طبعة الأولى، دار هومة للطباعة، بن عكنون، 2001
2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002
3. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، مصر، 2005
4. أحمد فتحي سرور، القانون الدستوري، مطابع الشروق، القاهرة، 2002
5. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات البنائية، دار الفقه العربية، ط7، 1993
6. أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان– الأردن
7. بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دون ذكر الطبعة دار الهدى الجزائر، دون ذكر سنة النشر
8. بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون مدني جزائري طبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007
9. حسن جميل، حقوق الإنسان في الوطن العربي بدون سنة نشر، بدون طبعة
10. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني –القسم العام–جامعة صنعاء، 1991
11. رضا فرج شرح قانون العقوبات الجزائري – الأحكام العامة للجريمة، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976
12. سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري (شرعية التجريم)، ج1، مطبعة عمار قرفي، باتنة 1992
13. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2000
14. صالح جواد الكاظم، دراسة في المنظمات الدولية، بدون طبعة، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1995

15. طلاليف، قانون المعاهدات الدولية، نقادو تطبيق المعاهدات، ترجمة صـــالح مهدي العبيدي، الكتاب الثاني، مطبعة العاني، بغداد، 1987
16. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون العقوبات (الأحكام العامة لقانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء)، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003
17. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية، في ضوء الفقه والقضاء، منشاة المعارف، الإسكندرية
18. عبد الله ســليمان، شــرح قانون العقوبات الجزائري القســم العام الجريمة، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية –الساحة المركزية –بن عكنون الجزائر، 2002
19. عبد الله سـليمان، شـرح قانون العقوبات الجزائري القسـم العام، الجزء الأول، الطبعة السـادسـة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005
20. عبد الله ســليمان، شــرح قانون عقوبات جزائري، ج1، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، ســنة 2005
21. علي عبد القادر القهوبي، أصول المحاكمة الجزائية (الدعوى العمومية، الدعوى المدنية)
22. فتوح عبد الله الشـــاذلي شـــرح قانون العقوبات، القســـم العام دون ذكر الطبعة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003
23. فؤاد رزق، الأحكام الجزائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998
24. مجلس أوربا المعاهدات الأوربية لحماية حقوق الإنسان، (دار العلم للملايين)
25. محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، (القسم العام من قانون العقوبات)، 2002
26. محمود إسماعيل محمد، دراسات في العلوم السياسية مكتبة القاهرة الحديثة، د.ط، دار المعرفة للنشر والتوزيع، د.س
27. محمود نجيب حســـني، شـــرح قانون العقوبات القســـم العام، النظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989
28. منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، بدون طبعة، دار العلوم، عنابه، 2006

الدساتير:

1. دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1966، جريدة رسمية عدد 76، صادر سنة 1996، المعدل بموجب القانون رقم 1908 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 جريدة رسمية عدد 36، صادر في 16 نوفمبر 2008

القوانين:

1. قانون رقم 05-04 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، جريدة رسمية، عدد 12، صادر في 13/02/2005
2. القانون رقم 99_08 المؤرخ في 13-07-1999 المتعلق باستعادة الوئام المدني، نصت المادتان 37و 38 عليه.
3. القانون رقم01-08 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات الجزائية.

الأوامر:

1. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات معدل ومتمم جريدة رسمية عدد 49، صادر 11 جوان 1966.
2. الأمر رقم 5875 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد 31. الصادر في 13 ماي 2007

الرسائل والمذكرات

أ. **الدكتوراه:**

1. أيمن سبعاوي إبراهيم، تطبيق المعاهدات الدولية وسريانها من حيث الزمان والمكان، رسالة دكتورا، جامعة بغداد، 1999.

ب. الرسائل:

1. باسم عبد الزمان الربيعي، سياسة التجريم والعقاب في الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة بغداد 1997.

المجلات:

1. صلاح الدين جبار، (مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 4، 2012.
2. فوزية عبد الستار، عدم المشروعية، مجلة قانون والاقتصاد، العدد 3، ديسمبر 1971.
3. نصرت حيدر، الرقابة على دستورية (القوانين، بحث منشور في مجلة المحامين السورية، العدد 11، 12، 26، سنة أربعون، 1975.

المحاضرات:

1. عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ديوان المطبوعات الجامعية. الساحة المركزية بن عكنون- الجزائر، ط4، 1994.
2. عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دون ذكر الطبعة دار الهدى الجزائر، دون ذكر سنة النشر
3. ناصر حمودي، محاضرات في القانون الجنائي العام الأحكام العامة لقانون العقوبات والنظرية العامة للجريمة-، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، 2009-2010

.4

قائمة المراجع باللغة الأجنبية:

1. Jean-Claude Soyer, droit pénal et procédure pénale. L.G.D.J. 20 et 24, rue Soufflot, quatrième édition, 1976.
2. cloude Lombois, droit pénal intentionnel ,dallez, 1971

مواقع الأنترنت:

1. تأكد هذا المبدأ في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 في المادة 5 و8 منه. أنظر هذه المواد على الموقع: http// : www.un.org/ar/documents/udhr إطلعت عليه يوم: 18/04/2023 على الساعة 17:00
2. تأكد هذا المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المواد 9، 10، 11. أنظر هذه المواد على الموقع.http//www.un.org/ar/documents/udhr اطلعت عليه يوم: 18/04/2023 على الساعة 18:00
3. مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره عل الموقع : إطلعت عليه يوم 15/04/2023 على الساعة 10:00. http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net
4. مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره على الموقع: إطلعت عليه يوم 15/04/2023 على الساعة 10:30. http://sciencesjuridiquse.ahlamontada.net
5. مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره على الموقع: إطلعت عليه يوم : 25/04/2023 على الساعة 11:00. http://www.maitremahmoudyacoub.blogspot.com

الفهرس

شكر وتقدير .....

اهداء.....ب

مقدمة.....أ

الفصل الأول:

ماهية مبدأ الشرعية الجنائية

تمهيد: 5

المبحث الأول: ظهور مبدأ الشرعية الجنائية 6

المطلب الأول: نشأة مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره التاريخي 6

الفرع الأول: نشأة مبدأ الشرعية الجنائية 6

الفرع الثاني: التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية.....7

الفرع الثالث: الأسس الفلسفية والدستورية لمبدأ الشرعية الجنائية.....8

المطلب الثاني: مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية.....11

الفرع الأول: المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية.....12

الفرع الثاني: أقسام الشرعية الجنائية 14

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية الجنائية 17

المبحث الثاني: أهمية مبدأ الشرعية ونتائجه.....19

المطلب الأول: أهمية مبدأ الشرعية الجزائية 19

الفرع الأول: ضمان الحقوق والحريات الفردية في إطار النظام الإجتماعي.....19

الفرع الثاني: وضع حدود التجريم 20

الفرع الثالث: وضع حدي العقوبة.....20

الفرع الرابع: إحترام القاضي لمبدأ الفصل بين السلطات 21

الفرع الخامس: تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة.....21

المطلب الثاني: نتائج مبدأ الشرعية.....24

الفرع الأول: إعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للتجريم والعقاب 24
الفرع الثاني: التفسير الضيق للنص الجزائي 26
الفرع الثالث: حظر القياس 30
الفرع الرابع: حظر تطبيق نصوص التجريم والعقاب بأثر رجعي 31

الفصل الثاني:

العوامل المؤثرة في المبدأ وضمانات تطبيقه

تمهيد: 34
المبحث الأول :العوامل المؤثرة في المبدأ 35
المطلب الأول:نطاق التجريم والعقاب في الظرف العادي 35
الفرع الأول :النطاق الزماني 35
الفرع الثاني: النطاق المكاني: 39
المطلب الثاني:نطاق التجريم والعقاب في الظروف الاستثنائية 43
الفرع الأول: الحروب والفتن الداخلية 44
الفرع الثاني: الكوارث والأزمات الاقتصادية: 46
المبحث الثاني:ضمانات تطبيق هذا المبدأ 49
المطلب الأول:الضمانات الداخلية 49
الفرع الأول :الرقابة السياسية ضمانة لتطبيق المبدأ: 49
الفرع الثاني : الرقابة القضائية ضمانة لتطبيق المبدأ: 51
المطلب الثاني:الضمانات الخارجية 54
الفرع الأول : الضمانات الدولية العامة 54
الفرع الثاني : الضمانات الدولية الخاصة 57
الخاتمة 59
قائمة المراجع: 62

ملخص:

يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية في شقيه الموضوعي أهم ركائز القانون الجزائي و الذي مضمونه أن لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون، ونظرا للأهمية البالغة لهذا المبدأ خاصة فيما يتعلق بتحقيق الأمن القانوني كضمانة للحقوق والحريات الفردية في مواجهة السلطة القضائية والذي يعد أحد مظاهر سيادة القانون في الدول الديمقراطية فقد نصت عليه جميع المواثيق الدولية و الإقليمية ذات الصلة بحقوق الإنسان، كما اعتبرته بعض الدول مبدأ دستوريا من خلال النص عليه في دسياتير وتعزيز ذلك بالنص عليه ضمن المواد الأولى لقوانينها العقابية، وقد أفرز هذا المبدأ عدة نتائج تدعم بدورها مبدأ سيادة القانون وهي حصر مصادر التجريم و العقاب في التشريع وبالتالي استبعاد جميع مصادر التشريع الأخرى كالشريعة الإسلامية والعرف، وعدم رجعية قانون العقوبات للوقائع والأفعال التي وقعت قبل دخوله حيز النفاذ، و تقييد السلطة القضائية بمنع القياس في باب التجريم و العقاب مع ضرورة الإلتزام بالتفسير الضيق للنص الجزائي

الكلمات المفتاحية : مبدأ الشرعية، لجنائية، عدم رجعية القانون، حضر القياس،

Abstract:

The principle of criminal legality in its substantive aspect is the most important pillar of the criminal law, whose content is that there is no crime, no punishment, and no security measure without law, and given the extreme importance of this principle, especially with regard to achieving legal security as a guarantee of individual rights and freedoms against the judiciary, which One of the manifestations of the rule of law in democratic countries stipulated by all international and regional covenants related to human rights, as all states considered it a constitutional principle by stipulating it in their constitutions and strengthening that by stipulating it within the first articles of their penal laws, and this principle has produced several results that support its role The rule of law is the restriction of the sources of criminalization and punishment in the legislation, the non-retroactivity of the criminal law of the past, the restriction of the judiciary by preventing measurement in the context of criminalization and punishment, and the need for a narrow interpretation of the penal text.

***Keywords**: Criminal legitimacy; Non retroactivity of laws*