وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص و العلوم الجنائية

من إعداد الطالبين:

- بن صافية رابح
- ايت خوجة احمد

إشراف الدكتور:

فرشة كمال

لجنة المناقشة

فرشة كمال.....مشرفا

الأستاذة :صويلح كريمة.....رئيسا

الأستاذة:سعادة فتيحة.....ممتحنا

السنة الجامعية:2013/2012

شكر و عرفان

نتقدم أولا بالحمد سبحانه و تعالى

الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم

الذي وفقنا في انجاز هذا البحث المتواضع

كما نتقدم بخالص الشكر وفائق التقدير

لأستاذنا الفاضل الدكتور:فرشة كمال

الذي تفضل بالإشراف على هذه المذكرة

والذي وجهنا و شجعنا على المضي قدما لاستكمال هذا البحث

كما نسدي بالشكر لأساتذتنا الكرام الذين يعود الفضل لهم في تكويننا

والى الأساتذة الكرام الذين سوف يتفضلون بمناقشة هذه المذكرة

إهداء

بسم الله الرحمان الرحيم.

...يرفع الله الذين امنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله بما تعملون خبير...

الاية11من سورة المجادلة.

"وقضى ربك الا تعبدوا الا إياه و بالوالدين احسانا" صدق الله العظيم.

إلى من أوصاني بهما القران، إلى أغلى ما املك في الدنيا،إلى التي حملتني وهنا ووضعتني وهنا وأرضعتني عذب الحنان وصفاء الحب وخالص العطاء،إلى من كانت شمعة تنير دربي، إلى من كانت تسقيني دعاء أو عطاء العوم حتى وصلت إلى أسمى المراتب

"أمي".

إلى سندي ودعمي في مشواري الذي علمني حب الخير والاعتماد على النفس، الذي جعلني اعرف معنى التحدي و النجاح، الذي أمل دوما أن يراني في الطليعة إليك "أبي".

إلى جميع إخوتي و أخواتي الأعزاء.

إلى كل من يقربنا من قريب أو بعيد.

إلى كل من افتكره قلبي و لم يذكره قلمي.

إلى هؤلاء جميعا نهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع.

احمد و رابح.

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

مقدمة:

المشروعية هي صفة كل ما هو مطابق للقانون، وهو مبدأ التصرف الإداري حيث تتوافر الضمانات الأساس للفرد، وحيث لا تستطيع الإدارة بموجبه العمل إلا طبقا للقانون، وهذا يعني أن تصرفات الأجهزة التي تتكون منها الدولة وعلى الخصوص الإجراءات التي تتخذها السلطة مقيدة بالقانون.

وما نعنيه بالقانون هو معناه الواسع، وهو بهذا المعنى يشمل أغلب القواعد وليس كلها في الحال مهما كانت عامة ومجردة ،وأيا كان مصدرها دستوريا أو تشريعيا أو عرفيا أو قضائيا أو إداريا، وهذا ما يجعل مصطلح المشروعية مرادفا للتنظيم القانوني وإن كان بعض الفقهاء لا يعرى بالتعريف الواسع للقانون من حيث كونه مصدرا للمشروعية، كالفقهاء الذين يحددون خضوع الإدارة للقوانين الشكلية فقط.

وبالتالي لابد للدولة وهي تقوم بأداء وظائفها الداخلية والخارجية من عنصر تنظيم سياسي مسؤول عن أداء هذه الوظائف يسمى بالسلطة السياسية ،وللسلطة السياسية ثلاث هيئات تتولى كل منها مهمة معينة فأولها الهيئة التشريعية حيث لها سلطة إصدار القواعد في ظل الدولة ،وهيئة قانونية ملزمة في نطاق التنفيذية تتولى تنفيذ ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد قانونية ،وهيأة ثالثة تتولى الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد وبينهم وبين باقي الهيئات ،ويطلق عليها الهيئة القضائية، وتفرض تنظيم عمل هذه الهيئات بما يتفق والقواعد القانونية أي سواء أكان دستوريا أو تشريعيا مصدره عاديا ،ومن أجل تحقيق كافة وظائف الدولة الأخرى من أمن وصحة عامة وكل ما يتعلق برفاهية أفراد المجتمع ،كان لابد من ضمان عدم تداخل واندماج هذه الهيئات في أعمالها فظهر ما يعرف ب (مبدأ الفصل بين السلطات) الذي تعد الشرعية فيه ركيزة أساسية تتمثل بالتلازم بين أعمال هذه الهيئات وبين القوانين ،فالقانون هو وسيلة السلطة السياسية بكافة هيئاتها لضمان الاستقرار الاجتماعي في كافة جوانبه الاقتصادية والسياسية

والاجتماعية ومنها الجنائية؛ وبالتالي إن مبدأ المشروعية لا يعني مجرد خضوع القوانين للرقابة بكافة أنواعها، بل تخضع أيضا لقواعد خارجية مع شكل من القواعد النفسية مثلا: أن تضع نصب عينيها تحقيق المصلحة العامة ،ومن البديهي إدراك أن تحقيق هذا الهدف مسألة لا تدخل ضمن القواعد الخارجية المفروضة على الإدارة.

أولا: مشكلة البحث:

يعد الجانب الجنائي والمتمثل في تجريم أفعال معاقب عليها من أخطر الوسائل التي تمارسها السلطة السياسية في الدولة، وذلك لمساس التجريم والعقاب بحريات الأفراد مساسا ملحوظا وبغية توضيح أساس التجريم والعقاب والمنطق الذي يحدد كل منهما وتأثير ذلك على حرية الأفراد وإيجاد ضمانة تتناول مبدأ لهذه الحريات فسوف يتم التطرق للشرعية ،في إطار التجريم والعقاب على أن هناك جوانب تتعلق بالإجراءات لم يتناولها.

حيث أن مبدأ الشرعية مجال واسع لا يمكن التطرق لكافة جوانبه في مضمون بحث واحد ،ولهذا سوف نتطرق لدراسة أهم مكوناته وأسسه الأساسية.

ثانيا: أهمية الدراسة

يثير مبدأ شرعية التجريم والعقاب تساؤلات كثيرة و السؤال الذي يطرح نفسه هو: ماهية مبدا الشرعية و العوامل المؤثرة فيه؟ وما هي الضمانات التي يمكن من خلالها منع تعسف القضاة من جهة ومنع تعسف السلطة التشريعية من جهة أخرى، عن طريق إيجاد ضمانات لتحقيق حالة متوازنة بينهما عند مواجهتهما للجريمة حيث تعكس كل هذه التساؤلات أهمية تناولت هذا المبدأ بالبحث والدراسة ،وهذا ما دفع بنا إلى اختيار هذا الموضوع.

ثلثا: منهجية البحث

تناول الفقه الجنائي مبدأ الشرعية بالعديد من الدراسات التي اتحدت في منهجية معالجته ،ولهذا سوف يتم تناول مبدأ الشرعية في هذا البحث على شكل دراسة لماهية مبدأ شرعية التجريم والعقاب ،بدأ بالتعريف بالمبدأ مع تحديد طبيعة النص الذي يحتوي على المبدأ، ووصولا إلى تحديد أهمية ونتائج مبدأ شرعية التجريم والعقاب ،من أهمية المبدأ في اتجاه مصلحة المجتمع والفرد ونتائجه على مدى سلطة القاضي في تحديد العقوبة، وسريان النص الجنائي في التشريع والقضاء ،وكذا العوامل المؤثرة في المبدأ وضمانات تطبيقية.

خطة البحث:

مقدمة:

فصل أول: ماهية مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

المطلب الأول: التعريف بالمبدأ

الفرع الأول: معنى المبدأ

أولا: المبدأ في الفقه الجنائي.

ثانيا: المبدأ في التشريع.

الفرع الثاني: حقيقة المبدأ

المطلب الثاني: طبيعة النص الذي يحتوي على المبدأ وعلاقته بالسياسة

الفرع الأول: الطبيعة الموضوعية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية.

الفرع الثالث: علاقته بالسياسة:

1-صعوبة تعريف الجريمة السياسية.

2-الأحكام المميزة للجرائم السياسية.

المبحث الثاني: أهمية ونتائج مبدأ شرعية التجريم والعقاب

المطلب الأول: أهمية المبدأ

الفرع الأول: في اتجاه مصلحة الفرد

الفرع الثاني: اتجاه مصلحة المجتمع

المطلب الثاني: نتائج شرعية التجريم والعقاب

الفرع الأول: مدى سلطة القاضي في تحديد العقوبة

أولا: وسائل أعمال التكييف.

اعتبار الواقعة المرتكبة جريمة

تحديد وصف قانوني للجريمة.

ثانيا: مدى سلطة القاضي في تحديد العقوبة

مفهوم وسلطة القاضي في تحديد العقوبة

مدى توافق سلطة القاضي في تقدير العقوبة

فرع ثاني: سريان النص الجنائي في التشريع والقضاء

اعتبار التشريع المصدر الوحيد في مجال التجريم والعقاب

أولا: استبعاد مصادر القانون من غير التشريع في مجال إنشاء الجرائم والعقوبات

ثانيا: المقصود بالتشريع كمصدر لإنشاء الجرائم والعقوبات

ثالثا: ضوابط التشريع في مجال التجريم والعقاب

رابعا: دور اللوائح الفرعية

وجوب التفسير الصارم للنصوص الجنائية

أولا: حقيقة ومؤدى التفسير الصارم للنصوص الجنائية

ثانيا: إشكالية تفسير النصوص الجنائية.

ثالثا: مقتضيات التفسير الصارم للنصوص الجنائية

ترجيح التفسير العقلاني

ب- حظر التفسير الواسع أو التفسير بطريقة القياس

ج- جواز التفسير الموسع في غير المسائل التجريم والعقاب

تقيد سلطة القاضي في تفسير النص الجنائي

الفصل الثاني: العوامل المؤثرة في المبدأ و ضمانات تطبيقه

المبحث الأول: العوامل المؤثرة في المبدأ

المطلب الأول: نطاق التجريم والعقاب في الظرف العادي

الفرع الأول: النطاق الزماني

مبدأ عدم رجعية القوانين

الاستثناء على مبدأ عدم رجعية القوانين

الفرع الثاني: النطاق المكاني

الجرائم المرتكبة في السفن والطائرات

المبادئ الاحتياطية

أولا: مبدأ الشخصية

ثانيا: مبدأ العينية

ثالثا: مبدأ العالمية

المطلب الثاني: نطاق التجريم والعقاب في الظروف الاستثنائية

الفرع الأول: الحروب والفتن الداخلية

أولا: حالة الحرب

ثانيا: الفتن الداخلية

الفرع الثاني: الكوارث والأزمات الاقتصادية

أولا: الكوارث

ثانيا: الأزمة الاقتصادية

المبحث الثاني: ضمانات تطبيق هذا المبدأ

المطلب الأول: الضمانات الداخلية

الفرع الأول: الرقابة السياسية ضمانة لتطبيق المبدأ

أولا: البرلمان

ثانيا: الرأي العام

الفرع الثاني: الرقابة القضائية ضمانة لتطبيق المبدأ

المطلب الثاني: الضمانات الخارجية

الفرع الأول: الضمانات الدولية العامة

الفرع الثاني: الضمانات الدولية الخاصة

خاتمة.

حري بنا ونحن بصدد تناول مبدأ شرعية التجريم والعقاب أن نحدد وبشكل دقيق خصائص هذا المبدأ، عن طريق تعريفه فقها وتشريعا وإرساء طبيعته، ومن الطبيعي أن يدخل كل ذلك في إطار هذا الفصل المتعلق بماهية مبدأ شرعية التجريم والعقاب ،والذي سوف يتم بحثه على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب.

يقصد بمبدأ الشرعية الجنائية أو الركن الشرعي للجريمة وجود نص يجرم الفعل و يقدر عقوبته قبل وقوعه، وعدم تمتع الفعل بسبب من أسباب الإباحة مثلا: وجود نص الفعل قبل وقوعه، أي وجود النص يسبق وقوع الفعل، فالمبدأ يقضي بعدم جواز معاقبة الشخص على فعل وقع منه إلا إذا كان هذا مجرما بنص قبل وقوع الفعل كما يجب أن يكون النص المجرم تشريعيا أو مكتوبا،كذلك عدم وجود سبب من أسباب الإباحة تبيح الفعل ،حيث يشترط المبدأ عدم اتسام الفعل بالمشروعية و هي تندرج تحت ثلاث عناصر، و هي ما يأمر به القانون وما يأذن به القانون،و حالات الدفاع الشرعي.

المطلب الأول: التعريف بالمبدأ.

لغرض وضع تعريف للمبدأ لابد من تحديد معناه في الفقه والتشريع وتقديره من ناحية ما وجه له من انتقاد وتأييد، ومن أجل بيان كل ذلك فسوف يتم التطرق إلى ما يلي:

الفرع الأول: معنى المبدأ:

من أجل بيان معنى المبدأ لا بد من بيان موقف الفقه الجنائي منه، وذلك موقف التشريع ولهذا سوف نتناول بحث هذا الفرع في نقطتين:

الأول نخصصه لدراسة المبدأ في الفقه الجنائي والآخر لدراسة المبدأ في التشريع وفق ما يأتي:

أولا: المبدأ في الفقه الجنائي:

لقد اختلف الفقه الجنائي في التسمية التي يطلقها على مبدأ الجريمة ولا عقوبة إلا بنص إذا أطلق عليه البعض مبدأ الشرعية[1]والآخر أطلق عليه مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات.

وذهب آخرون إلى تسميته بمبدأ المشروعية[2]، ولكن على الرغم من هذا الاختلاف إلا أن الفقه الجنائي متفق على مضمون هذا المبدأ ،إذ أنهم يقصدون بهذا المبدأ أن أي فعل لا يعد جريمة يوجب العقاب إلا إذا نص القانون على ذلك، المادة 1 من قانون عقوبات جزائري[3]، وهذا ثابت من تعار يف الفقهاء لهذا المبدأ... فقد عرف عند من أطلق عليه مبدأ الشرعية أنه، "حصر مصادر التجريم والعقاب في

---

[1]– محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص. 70.

[2]–ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار القاسية للطباعة، بغداد، 1990، ص. 19.

[3] –قانون العقوبات الجزائري،المادة 1.

نصوص القانون"، فتحديد الأفعال التي تعد جريمة أو جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها كل ذلك من اختصاص الشارع،[4]ومؤدى هذا المبدأ عند البعض (أن على المشرع أن يحدد سلفا ما يعتبر من الأفعال الصادرة عن الإنسان جريمة، فيحدد لكل جريمة نموذجها القانوني، كما يحدد لكل جريمة عقوبتها).

وقد أريد به عند من أطلق عليه مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات (أن المشرع وحده هو الذي يملك تحديد الأفعال المعاقب عليها ،والمسماة بالجرائم وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها والمسماة بالعقوبات) كما عرفه البعض منهم أنه: (القاعدة التي يستند إليها الوجود القانوني للجريمة، والمسوغ العادل لغرض العقاب).

أما من أطلق عليه مبدأ المشروعية فقد أراد به (تعذر فرض أي عقوبة عن ارتكاب أي فعل لم يكن القانون قد نص على تجريمه ، ومهما كانت جسامة خطورته)[5]، هذا وقد ظهر من يدعوا إلى مدلول جديد لمبدأ الشرعية لكي ينسجم ويتلاءم مع التطورات الحديثة[6]، إذ قرر هذا الاتجاه أن يكون التجريم والعقاب بالحد الذي لا يؤدي إلى تعسف السلطة التشريعية في التجريم والعقاب، وذلك حماية لمصلحة المجتمع وتقليل الفجوة التي يمكن أن تحصل بين القانون والمجتمع، فقد يفرض المشرع قيمة أخلاقية لا تتفق وأخلاق المجتمع وأن يحدد عقوبة لا تتناسب مع الجرم المرتكب ،فالمدلول التقليدي لمبدأ الشرعية أصبح لدى مؤيدي هذا الاتجاه غير متفق مع الفكر الديمقراطي الحديث للشرعية ،وإنما يجب تكملته لكي يكون معبرا بصدق عن مصالح المجتمع الذي سوف يطبق فيه.

---

[4]– محمود نجيب حسين، المرجع السابق، ص. 70–71.

[5]– طالب فرج عاصي، تفريد العقاب في ضوء قانون إصلاح النظام القانوني، بحث مقدم معهد القضائي في العراق, ص.25.

[6]– حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني–القسم العام–جامعة صنعاء،1991،ص.96–97 .

ولقد علمنا أن ظهور هذا المبدأ كان في البداية لمواجهة تعسف وتحكم القضاة ،فبدأت التشريعات مهمتها لتقييد سلطة القضاء ،إذا بدأت أولا بالتقييد المطلق لهذه السلطات ،إذا أصبح دور القاضي محدد بتطبيق النص دون أن يكون له أي سلطة تقديرية عند تطبيقه.

ونتيجة للنقد الموجه لهذه الصورة الجامدة للمبدأ فقد منح القاضي سلطة تقديرية في تحديد العقاب دون التجريم، إذ ظهر هذا الأخير من اختصاص المشرع فظهرت حالة تعسف السلطة التشريعية في التجريم والعقاب، بذلك نكون قد خرجنا من مشكلة تعسف القضاة إذ لا شيء يمنع السلطة التشريعية من صياغة النصوص في شكل فضفاض يمكن أن يتناول كثير من الأفعال[7]، ولضمان عدم إسراف السلطة التشريعية في التجريم وعدم القسوة في العقاب ،ومن أجل أن يحقق المبدأ غايته كان لابد من النص على معيار في الدستور يضمن تحقيق كل ما سبق، ومثال هذا المعيار عدم تجريم الأفعال التي تعتبر ممارستها حق من الحقوق التي كفلها الدستور كحرية العقيدة وحرية الفكر[8]، وحرية الانفعال والمراسلات، كما لابد من وجود قيود تحد من التعسف المحتمل من قبل المشرع، الأمر الذي سنتولى بحثه تفصيلا في الفصل الثاني.

وكما اختلف الفقه في التسمية التي تطلق على هذا المبدأ ،فقد اختلف الفقه في تحديد موضع هذا المبدأ من الجريمة[9] ،فذهب البعض ومنهم الفقيه الإيطالي (أنتوليزي) إلى أن المبدأ هو أساس الجريمة وجوهرها وأن موضوعه أعلى من الركن المادي والركن المعنوي للجريمة ،إذ لا يمكن الكلام على وجود

---

[7]– حسني الجندي، المرجع السابق، ص.121.

[8]– فوزية عبد الستار، (عدم المشروعية في عجلة القانون والاقتصاد)، مجلة قانون الاقتصاد، العدد3، السنة41، ديسمبر 1971، ص. 456–463.

[9]– باسم عبد الزمان الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة بغداد، سنة 2000، ص.35.

جريمة دون وجود مبدأ الشرعية، وذهب آخرون أمثال (فول هيبل) الألماني إلى اعتباره ركنا في الجريمة بجانب ركنيها المادي والمعنوي ولا يتصور وجود الجريمة دون اجتماع هذه الأركان الثلاثة.

وذهب اتجاه ثالث وهو اتجاه الفقه الغربي، إن المقصود بالمبدأ هو نص التجريم ذاته فهو الذي يحدد الفعل المحضور على أساس أن الفعل لا يعد جريمة إلا إذا وجد نصا بذلك.

ويرى غيرهم أن مبدأ الشرعية باعتبار ما يرتبه من نتيجة تتمثل بجعل النص التشريعي المصدر الوحيد للتجريم والعقاب ليس ركنا من أركان الجريمة ،وإنما هو كاشف على ركنيها المادي والمعنوي ،كما أنه كاشف لنوع العقاب المقرر على مرتكبيها ،لأنه جريمة فعل غير مشروع وليس في مبدأ الشريعة شيء غير مشروع ،وبالتالي فإن هذا المبدأ ليس جزاء عن الجريمة وهذا ما نفضله.

ثانيا: المبدأ في التشريع:

لقد نص على هذا المبدأ العديد من الدساتير والتشريعات العقابية[10]لمختلف الدول، ومن أجل تبيان معنى هذا المبدأ في التشريع سوف نتطرق إلى بعض التشريعات ،فمثلا :نص دستور جمهورية العراق عام 1970 في المادة 2 فقرة ب على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا تجوز العقوبة على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة أثناء اقترافه، ولا يجوز تطبيقه لعقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجرم.

ولا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ،ولا يجوز توقيع عقوبة أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون.

والملاحظ على موقف التشريع من هذا المبدأ ما يأتي:

---

[10]– محمد العوا،(مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن)، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع، العدد(3)، السنة 21، مارس1979، تونس، ص.84–88.

أنه أطلق تسمية قانونية الجرائم والعقوبات على هذا المبدأ، وذلك في الفصل الأول من الباب الأول الخاص بالتشريع العقابي.

استعماله لعبارة (... إلا بناء على قانون ...) وذلك إقرار منه بمنح الهيأة التنفيذية إصدار نظم وتعليمات وبيانات وقرارات تنطوي على تجريد بعض الأفعال والامتناع كون السلطة التنفيذية أقدر على وضع تفاصيل الأحكام الإجمالية الواردة في القانون، لقربها من الجمهور واحتكاكها به خلال ممارستها لوظيفتها، وهذا يعني أن وضع النص العقابي قد يكون من اختصاص السلطة التشريعية أو التنفيذية.

يلاحظ أن المبدأ قد شمل كلا من العقوبة والتدبير الاحترازي ،وقد عالج العقوبة ولم يفرد لها باب مستقل.

كما نص الدستور اليمني عام 1994 في المادة (46) على أن المسؤولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني، وكل منهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات ،ولا يجوز سن قانون يعاقب على أفعال بأثر رجعي لصدوره.

فنجد أن لفظ الشرعية والمشروعية والقانونية في كل من التشريع والفقه الجنائي ذات مضمون واحد، وهو أن أي فعل لا يعد جريمة ما لم ينص القانون عليه، ولا يجوز إنزال أي عقوبة ما لم ينص عليها القانون، وبذلك يكون الاختلاف في التسمية دون المضمون، وانطلاقا من التسمية التي تبناها المشرعين يتضح أن المبدأ في التشريع يعمل على تحقيق الشرعية.

وفي التشريع الجزائري نجد أن المبدأ في التشريع هو وجود نص يجرم الفعل ويقدر عقوبته قبل وقوعه، وعدم تمتع الفعل بسبب من أسباب الإباحة[11].

وجود نص يجرم الفعل قبل وقوعه: فالمبدأ يقضي بعدم جواز معاقبة الشخص على فعل وقع منه إلا إذا كان هذا الفعل مجرما بنص قبل وقوع الفعل ،كما يجب أن يكون النص المجرم تشريعيا مكتوبا.

عدم وجود سبب من أسباب الإباحة وعدم اتساع الفعل بالمشروعية ليندرج تحت ثلاثة عناصر:

- ما يأمر به القانون (حكم الإعدام ...).
- ما يأذن به القانون (الجراحة، الملاكمة، ...).
- حالات الدفاع الشرعي.

نجد ذلك في دستور 1996 في المواد 140 و 142 وقانون العقوبات المادة 46 منه[12].

الفرع الثاني: حقيقة المبدأ.

لقد عد المبدأ من المبادئ الدستورية في كثير من التشريعات ،كما رأينا إذ أن المبدأ عد محلا للنقاش الفقهي حول تقديره باعتباره أحد المبادئ الأساسية في التشريعات الجنائية، إذ لم يسلم هذا المبدأ من النقد الذي تمثل بالآتي:

-يؤدي هذا المبدأ بالتشريع الجنائي إلى العجز عن مواجهة التطور في الحياة وتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية، لأن المشرع عند صياغة النصوص المتضمنة للتجريم والمقررة للعقاب لا

---

[11]– بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون مدني جزائري طبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 94.

[12] –مرسوم رئاسي رقم 938/96مؤرخفي7ديسمبر96،معدل بموجب قانون رقم19/8مؤرخفي15نوفمبر2008،جريدة رسمية،عدد63،صادربتاريخ16 نوفمبر2008.

يمكن أن يحيط سلفا بكل ما قد تتمخض عنه ظروف الحياة الاجتماعية ،وهذا من شأنه الإضرار بالجماعة[13]

-تعارض المبدأ مع نظام تفريد العقاب إذ يعاب على المبدأ أن يفترض الجريمة كيانا قانونيا متجرئا عن شخص مرتكبها، ويحدد العقوبة وفق الأضرار المادية للجريمة لا وفق الخطورة الكامنة في شخص مرتكبها.

إن هذا المبدأ لا يتفق مع الاتجاهات الدستورية الحديثة في تفويض السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية اختصاص إصدار قرارات لها قوة القانون.

مخالفة مبدأ الشرعية لمبادئ الأخلاق على أساس أن المشرع لا يمكنه أن يحصر جميع الأفعال النافية للأخلاق على المستوى الفردي ليجرمها ويضع لكل منها عقوبة تلاؤمها.

على الرغم أن هذا المبدأ يضمن العدالة عندما يعلم الفرد مقدما أنه يرتكب فعلا من الأفعال المعاقب عليها، إلا أن هذا القول يعارض رأي من يذهب إلى حتمية الجرائم وعدم اختيار الفرد فيها لأن أصحاب هذا الرأي يرجعون وقوع الجريمة إلى أسباب وعوامل متى ما توافرت كان وقوعها حتميا.[14]

ولأنه لا يمكن لجميع الناس الإطلاع على العقوبات والجرائم المنصوص عليها في القانون حتى يتجنبوها، وبالتالي فإن هذا المبدأ لا يحقق المساواة بين الأفراد في المجتمع ولا يحقق العدالة.

ونظرا لهذه الانتقادات فقد قام مؤيدوا هذا المبدأ بالتصدي والرد عليها مضيفين إلى حججهم ما يؤيد ضرورة الأخذ به حيث تمثلت هذه الردود بالآتي:

---

[13]– محمود نجيب حسني ،المرجع السابق،ص. 133.

[14]–عدنان الخطيب،المبادئ العامة في مشروع قانون العقوبات الموحد،مطبعة جامعة دمشق, جزء أول,1961, ص.47 .

هذا المبدأ يؤدي بالتشريع إلى الجمود و العجز نتيجة لثبات القواعد الجنائية بسببه، قول مردود لأنه يمكن مواجهة الحالات الجديدة المتطورة بواسطة التشريع دائما.[15]

لا تعارض بين مبدأ الشرعية وبين العقاب لاعتراف المشرع للقاضي بسلطة تقديرية يستطيع من خلالها أن يحدد عقوبة تتلاءم وظروف الجاني، منها أن ينص القانون على عقوبات مختلفة مخبرا القاضي في تطبيق أي منهما بما يلاءم وظروف الجاني.

أن مبدأ الشرعية يتفق مع الاتجاهات الدستورية الحديثة التي منحت للسلطة التنفيذية حق التشريع سواء بتفويض عن السلطة التشريعية أو مباشرة منها في الظروف الاستثنائية.

يقوم بكفالة حقوق الأفراد وحرياتهم لعلمهم المسبق بما هو مباح من أفعال، وما هو محظور عليهم وبذلك يمارسون حقوقهم وحرياتهم، خوف من تعسف القضاة.

أن القول بحتمية الجريمة وإنكار مبدأ حرية الاختيار كما سبق لدى الفاعل يقود إلى نتيجة خطرة أخرى مفادها أن لا محل لامتناع مسؤولية الفاعل إذا انتفت حرية الاختيار لديه طالما كان وجوده مبعث خطر على المجتمع ،فالمصاب مثلا بعاهة عقلية يكون مسؤولا عن الخطورة الكامنة في شخصه ولكن لا عقاب عليه.

هذا المبدأ يحقق العدل والمساواة بين جميع الأفراد حيث يجعلهم سواسية أمام القانون لأن المشرع نص على التجريم والعقاب مسبقا، وبطريقة عامة ومجردة دون أن يعلم مسبقا بمن سوف يقوم بارتكاب الجريمة.

[15]– محمود نجيب حسني،الرجع السابق،ص.73 .

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لهذا المبدأ فقد اتفق أغلب الفقهاء على ضرورة بقاءه في قانون العقوبات، وقد وردنا تأكيد ذلك في العديد من المؤتمرات الدولية[16]، كمؤتمر جمعية قانون العقوبات الدولية المنعقدة في باريس عام 1936 ومؤتمر جمعية القانون المنعقد في لاهاي عام 1937 ، كما تم تأكيده في المؤتمر الدولي الرابع للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة المنعقدة في ميلانو عام 1956 ،إذ جاء في قراراته " أن الروح الحقيقية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة يجب أن تتجلى في الأهمية الكبرى التي تعلقها على وسائل الوقاية من الجريمة، وإن أعمال الوقاية لا يمكن ممارستها إلى مع الاحترام التام للكرامة الإنسانية وذلك بالتمسك التام بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وفي إقامة الضمانات التي من شأنها أن تؤمن حقوق الفرد بصورة عملية ".

وبالتالي يتضح لنا ضرورة بقاء هذا المبدأ باعتباره مبدأ قانوني ودستوري كما رأينا بل وعلاوة على ما تقدم فقد جاء النص عليه في المادة (11) عن الإعلام العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 48/09/10 التي نصت على أن (كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريء إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له جميع الضمانات اللازمة للدفاع على نفسه ، ولا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل يكن في حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطني الدولي، فلا توقع عليه أي عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل ألجرمي)، وفي عام 1966 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي عدت سارية المفعول في عام 1967 حيث نصت في المادة 9 منها (لا يجوز القبض على أحد أو حبسه بشكل تعسفي ،كما لا يجوز حرمان أحد من حريته إلا على أساس من القانون وطبقا للإجراءات المقررة فيه).

[16]– محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص. 133.

وبالتالي فالمبدأ أصبح دولي بالنص عليه في هذه الاتفاقيات لأنها ملزمة لكل الدول الأعضاء في الأمم المتحدة.

المطلب الثاني: طبيعة المبدأ.

من أجل الوقوف على حقيقة أهمية مبدأ الشرعية ظهرت لنا الحاجة في بحث طبيعة النص الذي تضمن هذا المبدأ، فعن طريق بيان طبيعته يمكن استخلاص القيمة القانونية للمبدأ... ومنه سوف نتطرق لتناول هذا المبدأ في فرعين:

الفرع الأول: الطبيعة الموضوعية

لقد اختلفت التشريعات في الأخذ بمبدأ شرعية التجريم والعقاب ، فاتفق العديد منها بالأخذ به في الدستور أو القانون العادي كالدستور التونسي واللبناني وذهب القسم الآخر إلى عدم النص على هذا المبدأ كقانون العقوبات الدنمركي عام 1930 والألماني عام 1871 المعدل بتاريخ 1935 ، وقانون العقوبات الصادر عام 1926 والسوفياتي السابق[17].

فتطبيق المبدأ في الاتجاه الأول وجوبي وبالتالي لا يوجد أي خلاف حول ذلك والمشكل المطروح هو مدى إلزامية تطبيق المبدأ في الاتجاه الآخر.

وبالتالي هل أن النص الذي يحتوي النص قد كشف عن وجوده أم أنشأه؟

وهذا السؤال له معنى ومن أجل الإجابة عليه وجب تبيان متى يعد منشأ ومتى يكون كشف[18].

---

[17] –ضاري محمود خليل،المرجع السابق،ص.183.

[18]–حسني الجندي،المرجع السابق،ص139 .

فالنص في اللغة (هو الكلام المنصوص، والنص من كل شيء مصدر وجمعه نصوص منتهاه والنص من الكلام ما لا يحتمل إلا معنى واحد ولا يحتمل التأويل، وهو عند الأصوليين ذو معاني متعددة أهمها كل لفظ مفهوم المعنى بأن يكون موضوعه قاعدة تحكم سلوك الأفراد في الجماعة والتي يتعين عليهم الخضوع لها، والطبيعة الموضوعية تحتوي على قواعد موضوعية تحدد نماذج السلوك الموصوفة جرائم والعقوبات أو فلنقل الجزاءات المقررة لها، وهذه تكون ما نطلق عليه "قانون العقوبات".

وبالتالي فلقد بات من الواضح أن النص الذي قرر مبدأ الشرعية هو ذو طبيعة كاشفة للمبدأ وليس منشأ له، وذلك لأن مبدأ شرعية التجريم والعقاب سابق في ظهوره على النص المقرر له[19]، كما أن الطبيعة الكاشفة للنص المقرر للمبدأ تأيده مبادئ العدالة تلك المبادئ التي تمثل روح التشريع، فمن هذه المبادئ كفالة الحريات والحقوق العامة وعدم المساس بها ،حتى ولو لم ينص التشريع على ذلك، ومن ثم فإن مبدأ الشرعية يعد محمولا به حتى وإن لم ينص عليه، إذ أصبح من المبادئ المستقرة في ضمير الجماعة، كما تقضي به الفطرة السليمة وإن لم ينص عليه في القانون.

كما أن الطبيعة الكاشفة للنص المقرر للمبدأ تأيده أحكام القضاء في الدول التي لم تنص على المبدأ صراحة ، فعلى الرغم من أن القانون الأساسي لم ينص صرامة على ذلك لكن للقاضي سلطة تقديرية في التجريم والعقاب باعتبار أن مبدأ الشرعية أصبح عرفا قضائيا تسير عليه المحاكم في تطبيقاتها القضائية.

ومن هنا كان من الضروري تحديد الطبيعة الموضوعية الكاشفة للنص الحاوي على مبدأ شرعية التجريم والعقاب فلا يجوز للقضاء أن يطبق نصوص بأثر رجعي إلا في حالات استثنائية.

التشريع العادي:

[19] –محمد العوا،المرجع السابق،ص.127.

هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة ووفقا للدستور، فالتشريع يجب أن يتضمن إذا قواعد قانونية ومن صفات القاعدة القانونية الهوم والتجريد أي يجب أن يتناول جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم شروط التجريم دون تمييز، فالأصل أن القانون الجنائي الوضعي يستمد نصوصه من القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية طبقا للأوضاع الدستورية ،فهذه القوانين هي عنوان إرادة المجتمع التي تتجلى باشتراك العناصر التشريعية في وضعها وإصدارها طبقا لأحكام الدستور ،وبما أن اختصاص السلطة التشريعية بالتشريع هو اختصاص أصلي فتستطيع أن تجرم من الأفعال ما تشاء ، وأن تفرض العقوبة التي تراها مناسبة.

التشريع الفرعي:

هي عبارة عن نصوص تصدر عن السلطة التنفيذية متضمنة القواعد التي تفصل أحكام التشريعات وتوضحها ، وتبين كيفية تنفيذها وتطبيقها ، وهذه الأنظمة إما تصدر عن رئيس الجمهورية أو الوزراء المختصة أو الإدارات العامة والمجالس البلدية[20].

فهذه الجهات تقوم بالتشريع طبقا للاختصاص الذي يخوله لها الدستور، ويشمل الأنظمة والتعليمات والقرارات التي تصدر من سلطة تنفيذية بقصد تنظيم تفاصيل تطبيق التشريع العادي مع ترتيب مصالح المجتمع.

والتشريع الأدنى يمكن أن يلغى بتشريع مماثل له في القوة أو أعلى منه وفق التدرج في القوانين[21].

[20] –بلعليات ابراهيم،المرجع السابق،ص.125.

[21] –محمد العوا،المرجع السابق،ص.133.

أما فيما يتعلق بتحديد القيمة القانونية للنص الدولي الذي احتوى على مبدأ الشرعية، فنقول أنه عبارة عن قواعد تنظم العلاقة بين الدول وتتناول أنواع من السلوك الإجرامي والعقاب المحدد لها، والذي يكون ذات مصلحة دولية.

وتبرز القيمة القانونية للنص الدولي من خلال بيان الصلة بينه وبين النص الداخلي ، إذ تظهر هذه الصلة من ناحية إلزام النص الدولي الداخلي بإصدار أو عدم إصدار قواعد جنائية للمشرع.

فتقرير المبدأ في النصوص الدولية أصبح مبدأ دولي وتلك هي قيمته الحقيقية في وقتنا الحاضر.

الفرع الثاني: طبيعة الجريمة:

قبل التطرق إلى طبيعة الجريمة وجب علينا تعريف الجريمة فمن الناحية القانونية فهي فكرة قانونية مجردة بأكثر مما يراها سلوكا واقعيا وحقيقة اجتماعية ، ومن الناحية الاجتماعية فهي سلوك واقعي صادر عن إنسان له دوافع ودلالات في كل جريمة على حدى ، ورغم ما للمفهوم الاجتماعي للجريمة من أهمية، فإن صلته واهنة بالنظرية العامة للقانون الجنائي.

ولا ينكر الفقه صعوبة تعريف الجريمة من الوجهة القانونية ، فالجريمة تعكس لنا صورة الوحشية وعدم الأمانة والفجور أو عدم الانضباط الاجتماعي ، وثمة تعريفات شتى للجريمة من المنظور القانوني، منها ما هو قانوني محض ينطلق من كونها ظاهرة قانونية فحسب، ومنها ما هو قانوني اجتماعي يزاوج في تعريفه للجريمة[22].

[22]– علي حسين الشرفي، شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمنى، القسم العام،جزء الاول، النظرية العامة للجريمة، الطبعة الثالثة، دون دار نشر 1997، ص.106.

وللتطرق للطبيعة القانونية، فإنه قد استمد هذا المبدأ أهميته على أساس سياسي تمثل في ضرورة مواجهة الظلم الذي كان نتاج تعسف القضاة في أحكامهم، وذلك عند النظر في المنازعات المعروضة قيدا على سلطة القضاة، فظهر المبدأ لضمان حرية الأفراد من أمن وطمأنينة وهو يعتبر من المبادئ القانونية وذلك من خلال النص عليه في شتى التشريعات المتباينة في مدى قيمتها القانونية ، كالنصوص الدولية والعادية فالتشريع يتدرج إلى ثلاث أنواع وهي:

الدستور: والذي يعني مجموعة من القواعد الأساسية التي تبين نظام الحكم وتوزع السلطات والهيأة التي تتولى هذه السلطات، وعلاقة كل هذه السلطات بالأخرى ، كما تبين حقوق الفرد في الدولة.

التشريع العادي:الذي تضعه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها و يشمل جميع القوانين التي لا تتعلق بالنظام الأساسي للدولة.

التشريع الفرعي:هو ما تصدره السلطة التنفيذية في الأحوال الاستثنائية التي تقوم فيها بوظيفة التشريع وطبقا للاختصاص الذي يخوله لها الدستور ويشمل الأنظمة و التعليمات والقرارات التي تصدر من سلطة تنفيذية.

الفرع الثالث: علاقته بالسياسة:

أولا: صعوبة تعريف الجرائم السياسية:

لا تحتاج الجرائم العادية إلى تعريف ولا تثير مشكلة في تحديد طبيعتها [23]، أما الجرائم السياسية فقد شغلت اهتمام الفقه منذ زمن بعيد، وتثور المشكلة تحديدا بشأن ما يطلق عليه بالجرائم السياسية ، إذ وفقا

[23] -محمود نجيب حسني،المرجع السابق،ص.147.

لأي معيار يمكن نعت الجريمة بأنها سياسية؟ ويمكن رد صعوبة تعريف الجريمة السياسية ذاتها[24]، فهي تختلف من دولة ذات نظام حكم ديكتاتوري أو شمولي أو ديني إلى دولة ليبرالية، فليس ثمة وجود قانوني محض للجريمة السياسية ، حيث أن التشريعات تعزف دائما عن التصدي لتعريف هذه الجريمة بل إن النظرة إلى هذه الجريمة قد تختلف في الدولة الواحدة من عصر لآخر فمحاولة قلب نظام الحكم في الدولة يصبح عملا إجراميا، في حالة فشله والعكس في حالة النجاح وبالتالي المجرم السياسي اليوم قد يكون هو الحاكم غدا، وثانيهما عملي يتجلى في اختلاط الجريمة السياسية بغيرها من الظواهر الإجرامية الحديثة كجرائم الإرهاب والجرائم المذهبية ، وما يمكن أن نطلق عليه الجرائم السياسية العارضة، والجرائم السياسية المختلطة، ومن الصعوبة بمكان استخلاص الصفة السياسية لهذه الجرائم.

والفقه مختلف حول مدى اعتبارها كذلك ولازالت أحكام القضاء مترددة إن لم تكن مضطربة في مدى نعت الجريمة بأنها سياسية.

ثانيا: الأحكام المميزة للجرائم السياسية.

تكاد الجرائم السياسية تتميز عن غيرها من الجرائم العادية بأحكام خاصة موضوعية وإجرائية، ففي مجال الأحكام الموضوعية يلاحظ أن المشرع الجنائي يستبعد بعض أنواع العقوبات في مجال الجريمة السياسية ، فلا يطبق على الجرم السياسي كما هو الحال في فرنسا عقوبة الإعدام أو الإكراه البدني وكثيرا ما يصدر قانون بالعفو عن المجرمين السياسيين، وهو حكم أكدت عليه معظم الاتفاقيات الدولية بشأن تسليم المجرمين، وتنص المادة 53 من الدستور المصري الصادر سنة 1981 على أن "تسليم اللاجئين السياسيين محظور" ويبدوا تميزها في إنشاء المحاكم ويبدوا هذا في مصر وفرنسا على حد سواء.

[24] -فوزية عبد الستار،المرجع السابق،ص.111.

المبحث الثاني: أهمية ونتائج مبدأ شرعية التجريم والعقاب:

عموما يهدف هذا المبدأ إلى الموازنة بين المصلحة الفردية والجماعية ، كما أن نتائجه لا تقتصر على الجانب التشريعي وإنما تتصل في دور القاضي الجنائي أيضا ، وبالتالي سوف نتطرق في المطلب الأول لأهمية المبدأ ، وفي المطلب الثاني إلى نتائجه.

المطلب الأول: أهمية المبدأ.

عموما يهدف هذا المبدأ إلى الموازنة بين المصلحة الفردية و الجماعية.

الفرع الأول: الحماية القانونية للفرد

إن هذا المبدأ مبني على حماية حرية الأشخاص والمحافظة على سلامتهم [25]، وذلك في تقييد السلطة ومنعها من التحكم في حركية الأفراد، فالفرد محمي قانونيا وبالتالي فلا يتابع إلا إذا كان الفعل الذي أتاه مجرما قبل إتيانه ، لأنه لا يتمسك للفرد بجهل القانون وتحديد الأفعال المجرمة من طرف المشرع ،وساعد كثيرا في اجتنابها من طرف الفرد، فللقانون دور وقائي.

الفرع الثاني: الحماية القانونية للمجتمع

إن التجريم والعقاب من اختصاصات المشرع ، وبالتالي فقد تفرد بها مما أدى إلى كون النصوص القانونية ذات وقار، لخصوصية العمومية والتجريد، ولأنها تصدر عن ممثلي الشعب فصدورها من طرف هذا الأخير يقيد السلطة في تنفيذها[26].

المطلب الثاني: نتائج شرعية التجريم والعقاب

لا تقتصر نتائج مبدأ شرعية التجريم و العقاب على الجانب التشريعي، وإنما تتصل بدور القاضي الجنائي أيضا،إذ إن القاضي و هو يواجه الجريمة يتمتع بسلطة معينة داخل مبدأ الشرعية...بحيث يتم معالجة مدى سلطة القاضي في تحديد الجريمة في الفرع الأول ، و سلطة القاضي في تحديد العقاب في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مدى سلطة القاضي في تحديد العقوبة

[25]-عدنان الخطيب،المرجع السابقً،158.

[26] -حسني الشرفي،المرجع السابقً،.172.

مما سبق تبين كيف أن نشوء مبدأ شرعية التجريم و العقاب كان لمواجهة تعسف القضاة ، فكان من بين أهم نتائجه أن تقرر الجريمة و العقاب بموجب نص تشريعي، دور القاضي فيه لا يتعدى تطبيقه على ما يعرض عليه من وقائع،فالفعل أو الامتناع لايطبق عليه وصف الجريمة ما لم يكن مطابق في أوصافه و عناصره للنموذج الذي حدده المشرع في النص، ومن هنا ظهرت فكره بناء نظرية تهدف إلى بيان العوامل التي تؤدي إلى تحقيق المطابقة بين الواقعة و النص ، وقد أطلق على هذه النظرية بالتكييف،فما هو التكييف؟وما هي شروطه وما هي وسائل تحقيقه والنتائج المترتبة عليه؟من خلال هذا الموضوع سوف يتبين اثر مبدأ شرعية التجريم والعقاب على سلطة القاضي في تحديد الجريمة[27].

أولا: وسائل أعمال التنفيذ:

اعتبار الواقعة المرتكبة جريمة:

فدراسة أي جريمة مهما بدت خصوصيتها تتطلب الإلمام بأحكام النظرية العامة للجريمة وتفترض الإحاطة بأركانها، وهو نتيجة دراسة قانون العقوبات العام فدراسة جرائم القتل أو السرقة أو التزوير على سبيل المثال يقتضي الإلمام ابتداء وعموما بفكرة أركان الجريمة ،حسب المادة 1 من قانون العقوبات الجزائري[28].

وبالتالي فعند تحقق التماثل بين الجريمة وبين الواقعة المرتكبة باستعمال الأدلة ،ولكن تطابق الواقعة المرتكبة والنموذج القانوني قد لا يطبق عليه وصف الجريمة استثناءا، لتوافر أسباب الإباحة، فالفعل و

[27]-حسني الجندي،المرجع السابق،ص.88.

[28] -ضاري محمود خليل،المرجع السابق،ص.140.

الامتناع لا يكون جرما إلا إذا عجز الفاعل عن تبريره بأحد الأسباب التي تجيزه وتبيحه، وبالتالي لاعتبار الواقعة المرتكبة جريمة يجب توافر شروطها من الركن المادي والمعنوي وكذلك الشرعي.

وتظهر هناك بعض العوائق في تحديد الواقعة المرتكبة جريمة كما سبق في أسباب الإباحة ، مثل الدفاع الشرعي والقوة القاهرة والمجنون ، وبالتالي يصعب على القاضي تحديد الجزاء لأن إن كان لكل جريمة على حدة الجزاء المقرر لها عند ارتكابها ، فإن النظرية العامة للجزاء الجنائي تساهم في تحديد هذا الجزاء سواء في تخفيفه أو تشديده وكذلك مشاكل تطبيق النص الجنائي وصلة قانون العقوبات بقانون الإجراءات الجنائية.

تحديد وصف قانوني للجريمة:

وهي المادة القانونية المنطبقة على الواقعة المعدة جريمة، فالتشريع العقابي يحتوي على مواد قانونية عديدة تضمنت تجريم الأفعال المعاقبة عليها، فالقاضي له سلطة تقديرية وفي بعض الحالات مقيدة فالركن المعنوي مثلا، كجريمة الضرب المفضي إلى الوفاة دون قصد هو مساس بجسم قصد إزهاق روحه، بينما هو في جريمة القتل العمد هو قصد إزهاق روح[29].

فالقاضي هنا يحدد الوصف القانوني للواقعة المرتكبة أمامه ،هل هي من نوع الجريمة الأولى أم الثانية ويتحقق ذلك عن طريق عملية التكيف، وللوقوف على الوصف الذي يجب أن يعتمده القاضي للواقعة المعروضة أمامه كان لابد من التميز بين نوعين من التعدد ، إذ يظهر من خلال التعريف السابق للتعدد أن هناك نوعان.

[29] –طالب فرج عاصي،المرجع السابق،ص.128.

التعدد المعنوي للجرائم: أو الصوري للجرائم (أن يرتكب الجاني فعلا ماديا واحدا ينطبق عليه أكثر من نص من نصوص قانون العقوبات) سواء ترتب على ذلك الفعل نتيجة واحدة أو أكثر مختلفة أم مماثلة ويأخذ القاضي بأشدها.

التعدد المادي: ويسمى بالتعدد الحقيقي: يرتكب الفاعل عدة جرائم مستقلة في أوقات مختلفة معاقب عليها وتسند جميعها للفاعل نفسه وهذه الأفعال قد توجد بينها رابطة وقد لا توجد.

فالظروف التي تغير من وصف الجريمة هي عناصر تدخل في تكوينها كي تحدد وصفها القانوني بين مجموعة من الجرائم تحمل اسما واحدا وتشترك في أركانها ، فيقتصر دور هذه الظروف على تحديد مكان الجريمة، مجموعة من الجرائم تحمل الاسم نفسه فالفعل العمد له أركان حددتها نص المادة (40) من قانون العقوبات العراقي النافذ، فإذا غير الظرف من وصف الجريمة كان لهذا التغير مظهر بدل عليه هو خضوع الجريمة مقترنة بالظرف لنص قانوني يختلف عن النص الذي كانت تخضع له، وليس متجرئة من هذا الظرف[30].

ومن هنا يتبين الدور الذي يلعبه التكييف ودوره في وصف الفعل المرتكب.

مدى توافق سلطة القاضي في تحديد العقوبة:

فسلطته ليست تحكمية تعطي للقاضي إمكانية فرض سلطة عقوبات، لم يرد بشأنها نص إنما هي في حد ذاتها سلطة تقديرية هدفها تحقيق الملائمة بين شخصية الجاني والعقوبة، وبالتالي فإن سلطة القاضي الجنائي لا تتعارض مع مبدأ الشرعية، إذ يظل القاضي محددا بقيود معينة حتى عند ممارسته لسلطته التقديرية ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

[30] –نبيل صقر،قضاء المحكمة العليا في الاجراءات الجزائية،الجزء الاول،دار الهدى،الجزائر،2008،ص.205.

سلب السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقاب في بعض الأحيان، فعند توافر شروط نص التجريم لا يجب للقاضي أن يحكم بغير هذه العقوبة بأن ينزل أو يرتفع بها، كما فعل المشرع العراقي حسب المادة (1/406) من قانون العقوبات فبموجب هذه المادة ليس للقاضي أن يحكم بغير الإعدام عند توافر القتل عمدا مع سبق الإصرار وإن كان له سلطة في مجال تكييف الواقعة المرتكبة ، والمادة 26 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لأصول المحاكمة.

عدم تعارض التدرج الكمي للعقوبة مع المبدأ:فالقاضي يظل مقيدا في الحد الأدنى والأقصى الثابت بنص التجريم ،كما أن القاضي لا يقضي بعقوبة جديدة بل بما قرره المشرع سلفا ، وبالتالي فلا تعارض بين السلطة الممنوحة للقاضي في حالة التدرج الكمي وبين مبدأ الشرعية.

عدم تعارض نظام العقوبات التخييرية مع المبدأ:فالقاضي لا يستطيع اختيار عقوبة جديدة غير محددة في نص عقابي، فله مثلا أن يفرض عقوبة الحبس المؤبد أو المؤقت من قتل نفسا عمد (405 عراقي) وليس له أن يقرر عقوبة أخرى

عدم تعارض التخفيف أو التشديد الاستثنائي للعقوبة على المبدأ فليس له أن يتجاوز ضعف الحد الأقصى للعقوبة وعدم تجاوز مدة السجن المؤقت في أي شرط ،فعلى الرغم من أن القاضي له سلطة في التخفيف بموجب نص القانون ،إلا أن المشرع قد قيده بحد أدنى وأعلى لا يستطيع القاضي تجاوزهما وهذا ينسجم مع مقتضيات مبدأ الشرعية[31].

عدم تعارض إيقاف تنفيذ العقوبة مع المبدأ: فالقاضي ملزم بالشروط المحددة سلفا في التشريع ولا يستطيع أن يحيد عن تطبيقها.

ثانيا: مدى سلطة القاضي في تحديد العقوبة:

[31] –نبيل صقر،المرجع السابق،ص.206.

مفهوم وسلطة القاضي في تحديد العقوبة.

وهنا نتطرق لتطور سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ثم تحديد معناها فيما يلي:

السلطة المطلقة: فمثلا في المجتمعات البدائية كانت السلطة مجتمعة في يد رئيس القبيلة ويطبقها على أفراد قبيلته إذ يحكم بما يشاء دون التقييد بأي قاعدة، وكذلك المماليك كانوا يباشرون سلطة القضاء بأنفسهم، إلا أن هذه السلطة المطلقة استأثر بها القضاة فأساؤا استعمالها وسرعان ما وجهت لها انتقادات وتنديدات بالاستبداد القضائي مما أدى إلى تقييد سلطة القاضي لنظم نظام جديد.

نظام السلطة المقيدة: إذ يجرد القاضي من كل سلطة تقديرية في المجال التجريمي والعقاب وما على القاضي سوى تطبيق نوع ومقدار العقوبة المحددة سلفا للجريمة من طرف المشرع، إلا أن هذا النظام أيضا لم ينجوا من الانتقادات إذ اعتبر أنه انحرف عن العدالة، وشدد العقوبة لتظهر عدم المساواة بين المواطنين أمام القانون مما أدى إلى ظهور نظام آخر[32].

نظام السلطة النسبية في تقديم العقوبة: فهو نظام تعاوني بين المشرع والقاضي يقوم على مساهمة كل واحد منهما في تحديد العقاب الملائم للجاني، فالمشرع يخصص عقوبات متنوعة لأصناف متعددة، أما القاضي يتولى سلطة توقيع العقوبة المناسبة لتأهيل المجرم، فالقاضي يحدد ويقدر العقوبة التعزيرية المناسبة بين الحدين الأعلى والأدنى المقررين للجريمة مراعيا كافة الظروف المخففة والمشددة خاصة درجة المسؤولية وبواعث الجريمة وخطورة الفعل والظروف المحيطة به[33].

والتشريع الدستوري لا يعتبر مصدرا مباشرا لقواعد التجريم والعقاب وإذا اشتمل على بعض المبادئ والأحكام الدستورية كحمايته للحريات والحقوق الفردية في المادة 40 وما بعدها عن الدستور المصري وأهم

---

[32]-بلعليات ابراهيم،المرجع السابق،ص.186.

[33] -حسني الجندي،المرجع السابق،ص.149.

ما تضمنه الدستور من مبادئ دستورية جنائية يتمثل في تقرير مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وشخصيته العفوية كما يحظر الدستور تسليم اللاجئين السياسيين، كما يقرر عدم سقوط الدعوى الجنائية بالتقادم عن جرائم الاعتداء وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكلفها الدستور.

والتشريع العادي الصادر عن السلطة التشريعية هو المصدر الطبيعي والأصيل للجرائم والعقوبات، أما التشريع الصادر من السلطة التنفيذية، فهو أيضا وعلى نحو ما سوف نعرض مصدر للجرائم والعقوبات وهو نوعين: النوع الأول تشريع صادر عن رئيس الدولة بمقتضى ما خوله الدستور إياه من اختصاص تشريعي استثنائي في حالات يعينها وبشروط خاصة، ويطلق عليها لوائح لها قوة القانون أو القرارات بقوانين وبالتالي لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولم يقل بقانون لكي لا يحصر مبدأ الشريعة في القوانين العادية الصادرة عن مجلس الشعب، بل ليجعله شاملا للقوانين الصادرة عن رئيس الجمهورية. والنوع الثاني للتشريع الصادر عن السلطة التنفيذية يتمثل في التشريع الفرعي أو اللوائح التنفيذية في مفهومها الدقيق. وهي نقل عن التشريع العادي في المرتبة فليس لها من التشريع سوى المسمى في مفهومه الواسع، لكنها من حيث الموضوع مجرد لوائح تنفيذية وهي أنواع ثلاثة: لوائح التنفيذ، ولوائح التنظيم، ولوائح الضبط[34].

ثالثا: ضوابط التشريع في مجال التجريم والعقاب:

ينبغي لكي يعد التشريع، أيا كان نوعه، مصدرا شرعيا لقواعد التجريم والعقاب، وبما يجعله بمنأى عن غضة البطلان أو عدم المشروعية أن يتوافر فيه شرطان: أولهما صدوره عن السلطة مختصة بإصداره وفقا للدستور والقانون وطبقا للإجراءات المرسومة في هذا الخصوص[35]، ثانيهما تقيده بمبدأ تدرج التشريعات على نحو لا يجوز فيه لتشريع أدنى أن يخالف التشريع الأعلى منه مرتبة،فالأول يجب لصحة التشريع

[34] –باسم عبد الزمان الربيعي, المرجع السابق،ص.221.

[35] –محمد العوا،المرجع السابق،ص.29.

الجنائي أن يكون صادرا عن سلطة مختصة بإصداره، ووفق الإجراءات الشكلية الواجب مراعاتها في هذا الخصوص.

الفرع الثاني: سريان النص الجنائي في التشريع والقضاء.

سوف نتطرق إلى النص الجنائي في التشريع و القضاء الجزائري وبالتحديد سريانه و هذا باعتبار التشريع المصدر الوحيد في مجال التجريم والعقاب وهذا باستبعاد مصادر القانون من غير التشريع وكذلك تبيان المقصود بالتشريع كمصدر لإنشاء الجرائم والعقوبات مع تبيان دور اللوائح الفرعية مع وجوب التفسير الصارم للنصوص الجنائية من حيث تبيان حقيقة ومؤدى التفسير الصارم لهذه النصوص،كما سوف نتطرق إلى إشكالية تفسير النصوص الجنائية و مقتضياته من ترجيح التفسير العقلاني إلى أخره.

اعتبار التشريع المصدر الوحيد في مجال التجريم والعقاب.

أولا: استبعاد مصادر القانون من غير التشريع في مجال إنشاء الجرائم والعقوبات:

يقتضي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون اعتبار الأخير وحده مصدر الجرائم والعقوبات ويقصد بنص القانون النص التشريعي المكتوب الذي يقرر قواعد عامة مجردة.

ويستبعد بذلك كل ما عدا ذلك من مصادر القانون الأخرى[36]، فلا مجال للعرف ولا لمبادئ القانون الطبيعي أو قواعد العدالة في مجال التجريم والعقاب، كما لا يمكن العقاب على فعل مهما بدا مخالفا لقواعد الدين أو الأخلاق أو العادات والقيم لدى الجماعة.

[36]– تحدد المادة الأولى من القانون المدني المصري مصادر القانون في التشريع والعرف والمبادئ التشريعية الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ولكن كان من المسلم به إنكار العرف كمصدر لإنشاء الجرائم والعقوبات فإنه يجوز الاعتراف بدورها للعرف في حالتين أولهما في مجال أسباب الإباحة حيث يعتبر استعمال الحق سببا لإباحة بعض الجرائم بشروط معينة، ومثال ذلك حق المعلم والولي في تأديب التلميذ والصغير ولو ترتب على مثل هذا التأديب ارتكاب فعل يشكل بحسب الأصل جريمة كجريمة الضرب أو السب، والألعاب الرياضية ... الخ، فلقد ساهم العرف على مر الزمن في بلورة فكرة الحياء، وتجدر الإشارة إلى ما للعرف والعادات من دور في مجال التجريم فيما يتعلق بجرائم غش وتقليد المنتجات في المجال التجاري والصناعي، إذ يمكن اللجوء في ظل غياب اللوائح المنظمة لمواصفات هذه المنتجات إلى ما هو سائد من عادات تجارية وصناعية حتى يمكن القول بقيام جريمة غش أو تقليد تجاري أو صناعي.

ثانيا: المقصود بالتشريع كمصدر لإنشاء الجرائم والعقوبات:

يشمل التشريع كل نص قانوني مكتوب، يمثل قاعدة عامة مجردة، ويكون صادرا عن سلطة مختصة بإصداره، والتشريع على صور ثلاث: أساسي أو دستوري ويتمثل في الدستور الصادر عن سلطة تأسيسية وعادي صادر عن السلطة التشريعية كقاعدة عامة بوصفها سلطة التشريع الأصلية[37]، أو الصادر عن السلطة التنفيذية أحيانا ممثلة في رئيس الدولة والتشريع الفرعي أولا كي صادر من السلطة التنفيذية لا بحسبانها ذات اختصاص تشريعي بل باعتبارها سلطة تنفيذية ،ويتمثل في لوائح التنفيذ والتنظيم والضبط.

وللقضاء سلطة مراقبة صحة التشريع من حيث الشكل فإذا تخلفت كان له الامتناع عن التطبيق للتشريع المخالف.

[37] -عدنان الخطيب،المرجع السابق،ص.163.

و فيما يتعلق بالشرط الثاني فما الثابت أن للقضاء أيضا حق مراقبة مدى احترام التشريع لمبدأ التدرج ،بحيث يمتنع على تطبيق التشريع المعروض عليه من ثبت مخالفته من حيث الموضوع للتشريع الأعلى منه.

حيث يحق للقضاء مراقبته من حيث الموضوع بغية التحقق من عدم مخالفته لتشريع صادر عن السلطة التشريعية ،أو من باب أولى لأحكام الدستور، لكن المسألة قد تدق بشأن حق القضاء في مراقبة التشريع العادي مما آدا لإنشاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، و لم تتوانا من الاضطلاع بدورها فحكمت بعدم دستورية الكثير من التشريعات الجنائية التي ارتأت مخالفتها للمبادئ و الأحكام الدستورية.

ثالثا: دور اللوائح الفرعية:

لكن كان الدستور ينص كما أشرنا إلى أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون،فإن مؤدي ذلك أن اللوائح التي تصدر وفقا للقانون تعد بذاتها مصدرا للتجريم و العقاب.

و لكن الملاحظ أن القانون قد يجرم الفعل في قالب عام و يجدد عقوبته تاركا للائحة تفصيل هذا الفعل المجرم و إبراز جوانبه.

وجدير بالإشارة إلى أن المشرع يجدد "النصاب العقابي" الذي يمتنع تجاوزه عراقيل السلطة التنفيذية فيما تصدره من لوائح عامة أو محلية فإذا كانت العقوبة المقررة في هذه اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها، وهو ما يستفاد من نص المادة 380 المشار إليها في الفقرة الأولى[38].

وجوب التفسير الصارم للنصوص الجنائية:

[38] –طالب فرج عاصي،المرجع السابق،ص.92.

أولا: حقيقة و مؤدى التفسير الصارم للنصوص الجنائية

يقصد بهذا التفسير الصارم تفسير النصوص الجنائية المتعلقة بالتجريم والعقاب تفسيرا دقيقا أو مضيفا أو منضبط على نحو يتحدد فيه جيدا نطاق هذه النصوص.

وبما لا يسمح باللجوء إلى القياس الذي يوسع من هذا النطاق، ولا شك أن مبرر مثل هذا التفسير مزدوج: فهو من ناحية أولى يعكس طبيعة النصوص الجنائية بوصفها نصوص استثنائية تحظر وتعاقب فكأنها تقيد الأصل العام، إذ الأصل في الأشياء الإباحة ومن ناحية ثانية فإن جزاء مخالفة النصوص الجنائية ينطوي على قدر من الجسامة مقارنا بغيره من الجزية القانونية الأخرى.

ثانيا: إشكالية تفسير النصوص الجنائية:

تفسير النصوص الجنائية هو ضرب من ضروب التفسير القانوني عموما، والتفسير عمل ذهني محفوظ بالمخاطر لابد من الإقدام عليه أحيانا لما قد يعتري النص: فقد يكون هذا النص غامضا فيتعين استيضاحه، وقد يكون متلبس إذ تتناقض عباراته أو متعارض مدلوله اللغوي مع مفهومه القانوني فيتوجب استظهار معناه الحقيقي، وقد يكون من حيث نطاقه بالغ الضيق فيقول أقل مما أراد، أو بالغ الاتساع فيقول أكثر مما يجب وفي الحالتين يتوجب تحديد نطاقه ورسم حدوده، وقد اختلف الفقه حول مشكلة تفسير النصوص الجنائية على وجه التحديد فمن قائل بوجوب تفسيرها وفقا لقواعد التفسير وضوابطه المرعية عموما وأنه ليس صحيحا ما يقال أن ثمة تفسيرا واسعا وآخر ضيق إذ التفسير واحد متى التزمنا أصوله

وقيوده، وعلى العكس فهناك من يرى ضرورة الحذر في المجال الجنائي على نحو يكون فيه التفسير ضيقا أو مضيفا[39].

وأخيرا فالتفسير لدى البعض ليس إلا البحث عن قصد المشرع حالة غموض النص سواء تمثل هذا القصد في إرادة المشرع المفترضة أو في إرادة القانون ذاته.

وفي كافة هذه الصور يصبح التفسير ضرورة غايتها تحديد معنى النص الجنائي سواء من حيث إيضاح غموضه أو ضبط مفهومه المشوب بعيب في الصياغة أو تحديد نطاقه.

ثالثا: مقتضيات التفسير الصارم للنصوص الجنائية:

ترجيح التفسير العقلاني:

ويقصد بذلك عدم التقيد بحرفية الألفاظ المستخدمة في النص متى كانت تقتصر على بلوغ غايته ويسمى أحيانا بالتغير الغائي ، ويمكن الوصول إليه بعدة وسائل منها، الرجوع إلى الأعمال التحضيرية التي صاحبت صدور النص والمزاوجة بين المدلول اللغوي للفظ وبين مفهومه القانوني والإحاطة بالسياق التاريخي لصدور النص والاستهداء بالمصلحة القانونية التي استهدف المشرع حمايتها بتقريره تجريم الفعل والعقاب عليه، ومن أبرز أمثلة التفسير العقلاني ما هو حاصل بشأن تفسير جريمة الجرح أو الضرب المنصوص عليها في القانون.

حظر التفسير الواسع أو التفسير بطريق القياس:

[39]–W Addams (S.M) Introduction to the study of law third edition cars well Torun to Calgary van couver.1987.p9.

ومؤدى ذلك أنه يمتنع القاضي تفسير النص الجنائي بما يحمله أكثر مما يحتمل أو بما يتجاوز حدود المصلحة القانونية المحمية بواسطة التجريم والعقاب[40]، وقد يعبر عن خطر التفسير الواسع أو بطريق القياس بوجوب التفسير المضيق للنص الجنائي ،ويرى أغلب الفقه أن الخطر إنما يرد على اللجوء للقياس دون التفسير الواسع الذي يظل جائزا متى تطابق مع إرادة المشرع ومع الاعتراف بصعوبة التميز بين التفسير الواسع والتفسير بطريق القياس، فإن معيار هذا التمييز وفقا للفقه المتقدم هو دخول الحكم في نطاق نص التجريم أو خروجه عنه.

والواقع أن التفسير الواسع والتفسير بطريق القياس كليهما محظور لسببين: أولهما أنهما متداخلان على نحو يتعذر فيه بالفعل التفرقة بينهما وثانيهما أن القول بدخول الفعل نطاق نص التجريم أو خروجه من هذا النطاق لا يشفي غليل في التعرف على معيار محدد للتفرقة بينهما، ولهذا نخلص فيما نعتقد إلى وجوب خطر كل تفسير واسع، سواء تم الوصول إليه بطريق القياس أم استجلاء المصلحة القانونية أو استظهار قصد الشارع[41].

ليس ثمة ما يمنع تفسير النصوص الجنائية تفسير موسعا، بل وبطريق القياس إذا كان ذلك لا يتعلق بمسألة في التجريم والعقاب، ومبرر ذلك أن مثل هذا التفسير لا يشكل إفتئاتا على حقوق وحريات الفرد المتهم بل ينطوي على مصلحة له، تتمثل في خروجه من دائرة العقاب ويلاحظ أيضا في نفس السياق التوسع في تفسير استعمال الحق كأحد أسباب الإباحة ، بحيث أصبح شاملا لبعض الأفعال غير

---

[40] -بلعليات ابراهيم،المرجع السابق،ص.129.

[41]– محمود إسماعيل محمد، دراسات في العلوم السياسية مكتبة القاهرة الحديثة، بدون طبعة ،بدون دار نشر، بدون سنة ، ص.22.

المنصوص صراحة على إباحتها كمزاولة الألعاب الرياضية فيما لو تمخضت على ارتكاب فعل يشكل جريمة جرح أو ضرب.

تقيد سلطة القاضي في تفسير النص الجنائي:

فالنص الجنائي يجب أن يتميز بـ :

عدم الإفراط بالتجريم والعقاب مع وضوح النص الجنائي، حتى يسهل على القاضي التطبيق ، وإذا وجد القاضي صعوبة أو غموض في النص فعليه اللجوء للتفسير الضيق وهو البحث عن إرادة المشرع.

فالقاضي يتميز بالتبعية للمشرع ، حيث يحرم على القاضي التدخل في تجريم الفعل حتى بطريق غير مباشر، لأن المشرع تتجة إرادته على العموم إلى حماية المصلحة العامة والفردية، وبالتالي فما على القاضي سوى إتباع هذا الطريق.

وكل هذا راجع إلى كون تقييد سلطة القاضي ،يرجع بحماية للمصلحة العامة الفردية والجماعية ،وبالتالي يظهر تقيد السلطة التقديرية للقاضي في نصوص القانون القطعية وكذلك بعض القرائن القانونية وغيرها من الاستثناءات التي أتى بها المشرع.

العوامل المؤثرة في المبدأ وضمانات تطبيقه.

بعد أن قمنا بتحديد شامل لماهية مبدأ شرعية التجريم والعقاب وتبيان أهميته ونتائجه، فسوف نتطرق إلى دراسة العوامل المؤثرة فيه لأن هذا المبدأ كغيره من المبادئ ، يتأثر بعوامل عديدة توسع أو تضيق من

نطاقه وقد يصاحبه ظرف عادي ومرات أخرى ظرف استثنائي قد يؤدي إلى تهديد كيان الدولة وسلامتها، لتظهر لنا الحاجة الماسة لمبدأ الشرعية الذي هو وسيلة بين أيدي الأفراد ، وهذا من أجل تحقيق حرياتهم وتبيان حقوقهم وهذا من أجل حمايتها وصونها ، وبالتالي عدم التوسع 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 الشرعية[42]، ومن أجل توضيح كل ما سبق لزم أن نبحث عن تلك العوامل حتى نثبت أثرها على المبدأ باتساعه وتطبيقه ، وبعد ذلك نتطرق إلى الضمانات 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 الوسائل التي لها دور مؤثر في مبدأ شرعية من حيث مضمونه ما يترتب عليه من نتائج.

المبحث الأول: العوامل المؤثرة في المبدأ:

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

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 بدراسة نطاق التجريم والعقاب في الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول: نطاق التجريم والعقاب في الظرف العادي.

تتنوع الأهداف التي يبغي المشرع تحقيقها عند ممارسة التجريم و العقاب، 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 و المكاني مع تبيان أثارهما[43].

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.[44]

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 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:

---

[43] –محمد اسماعيل محمد،المرجع السابق،ص.173.

[44]– عبد الله سليمان، شرح قانون عقوبات جزائري، جزء أول،بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2005، ص. 82.

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[45].

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.

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

الشرط الأول: صدور القانون قبل حكم نهائي

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

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[46]، ويصبح الحكم الصادر في شأنه لاغيا[47].

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 و 38 منه على أن القانون يستفيد منه المحكوم عليه نهائيا[48].

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

---

[46] -عبد الله سليمان،المرجع السابق'ص.143.

[47] -منصور الرحماني ،المرجع السابق،ص.136.

[48] -القانون رقم 99_08المؤرخ في13-07-1999المتعلق باستعادة الوئام المدني،نصت المادتان37و38عليه.

وهو القانون الأصلح لتطبيقه أي أنه لا يشترط أن يكون القانون الجديد هو الأخف من القديم، بل يمكن 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 أضيف 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 إضافة سبب من أسباب الإباحة أو مانعا جديد من موانع المسؤولية[49] ، 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 وصف 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 أصبحت العقوبة الحبس المقررة

[49] –حسني الشرفي،المرجع السابق،ص.138.

لجنحة الاستيراد أو التصدير بدون تصريح من شهرين إلى ستة أشهر "المادة 325 قانون الجمركي "[50]بعدما كانت من 12 شهر إلى 24 شهرا المادة "324 قانون الجمركي"[51].

ثالثا: التطبيق الفوري للقوانين:

إن القوانين الشكلية التي تتعلق فقط بمعاينة الجرائم ومتابعتها تكون فورية التطبيق، كما أنها لا تمس بعناصر الجرائم ولا بالمسؤولية ولا بالعقوبة فإن هذه القوانين تطبق فور نفاذها ، بحيث تطبق من أجل الجرائم المرتكبة قبل صدور هذه القوانين حتى ولو كانت الدعوى قد بوشرت عند صدور هذه القوانين مالم يصدر حكم نهائي ولكنه يعرف حدين[52]

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

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

---

[50] –القانون الجمركي الجزائري،المادة325.

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

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

ومنها ما جاء به القانون رقم 01-08 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية [53]بخصوص الأمر بالحبس المؤقت إذ نص على أن يكون بموجب أمر الوضع في الحبس وليس بناء على مجرد أمر إيداع، فهذا الإجراء الجديد لا يكون له أثر على صحة 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 يسمى بسريان 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 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[54].

الجرائم المرتكبة في السفن والطائرات:

فيما يخص السفن فقد نصت المادة 590 من قانون الإجراءات الجزائية

[53] -القانون رقم01_08المؤرخ في 26جوان2001المعدل والمتمم لقانون الاجراءات الجزائية.

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

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[55].

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

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.

---

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

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[56]:

– 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.

[56]– بلعيات إبراهيم، المرجع السابق، ص. 106.

– أن ترتكب الجريمة الخارج.

– أن يعود الجاني إلى الجزائر.

– أن لا يكون قد حكم عليه.

ثانيا: مبدأ العينية:

وهو تطبيق قانون العقوبات على كل شخص يحمل جنسية 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

– أ ن تقع الجريمة بالخارج

– أن لا يكون قد حكم عليه وقضى العقوبة[57]

ثالثا: مبدأ العالمية:

وهو تطبيق قانون العقوبات على كل شخص يحمل جنسية أجنبية ارتكب جرائم خطيرة ضد الإنسانية في الخارج وتم القبض عليه في الجزائر.

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

حيث أنه لم يرد هناك نص تصريح يفيد المشرع 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[58].

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 هي القانون الأعلى الذي يجب أن يسمو على القوانين الوضعية

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

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

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[59]، ويستطيع أن يجرم الأفعال ويفرض 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.

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

ففي هذه الأخيرة يكون مجلس الشعب موجودا ومنعقدا[60]، 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 و الخارجية 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 و الفتن الداخلية،حيث تجد الدولة نفسها عاجزة عن استعمال الوسائل العادية لحفظ امن و النظام ورد الخطر عن مواطنيها فتظهر الحاجة إلى وسائل جديدة سوف يتم التطرق إليها.

أولا: حالة حرب:

يراد بحالة الحرب حالة القتال الفعلي و أن لم يسبق إعلان الحرب و حالة الهدنة التي يتوقف فيها القتال و يعتبر في حكم حالة الحرب الفترة التي يحدث فيها خطر الحرب متى انتهت فعلا بوقوعها، و هذا حسب نص المادة 189 من قانون العقوبات العراقي و قد تم تعريفه حسب نص المادة 220 من قانون العقوبات اليمني أنه كل تدخل من طرف دولة أجنبية في الشؤون الداخلية[61] ، و ذلك بالمساس بأحد أركان الوطن. كما يظهر تأثير حالة الحرب على نطاق التجريم و العقاب ما قرره مجلس قيادة الثورة المرقم 1370 و المنشور في جريدة الوقائع العراقية بعدد 2974 لعام 1983، و الذي فرض عقوبة الإعدام لجرائم

[60] –منصور رحماني،المرجع السابق،ص.120.

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

الهروب إلى جانب العدو أو الهروب من الخدمة العسكرية أو التخلف عنها أو التآمر على الدولة مع العدو.

ولقد تدخل المشرع الجزائري لضمان حقوق الأفراد في التعويض عن الأضرار المادية و الشخصية الناتجة عن الحرب، إذ رفض القضاء الإداري النظر في الطعون الموجهة إلى القرارات و الأفعال التي تتخذها الحكومة بسبب ظروف الحرب ، و لو كان التشريع الخاص قد أهمل ولم يؤخذ به فان هذا لا يعني إن المشرع قد رفض الحق بالتعويض و هكذا فان عدم خضوع القرارات و الأفعال 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 اضطرابات داخلية مثل النزاعات القبلية التي تحدث ما بين الاعراش داخل إقليم الوطن مما تؤدي إلى اضطراب و مناوشات تؤدي إلى رفع حالت الطوارئ و تدخل الدولة بشتى الطرق و هذا بنزول الجيش إلى الميدان ، و هذا من اجل إعادة السكينة و الهدوء إلى الشارع.

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

فالفتن الداخلية تؤثر على نطاق التجريم و العقاب [62]، و قد عاقب المشرع على إثارة أو الشروع في إثارة الحروب الأهلية والعصيان المسلح، و كذلك 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.

فكل النصوص التي أتت في قانون العقوبات قررت تجريم الأفعال و المعاقبة عليها ، لتجنب حدوث الفتن و الحروب الداخلية لما تلحقه من ضرر بالغ بحياة المجتمع في كافة جوانبه.

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

الفرع الثاني: الكوارث و الأزمات الاقتصادية:

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

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 ، و في ظرف قياسي استعجالي, وهذا من اجل لم شمل الوطن ومن أمثلة هذه الأزمات نجد الكوارث وتدهور النظام الاقتصادي.

أولا: الكوارث:

تعرف الكوارث الطبيعية بأنها ((وضع خطير قد نشأ أما بفعل الطبيعة كالفيضانات و الزلازل و إما بفعل الإنسان كالحرائق مثلا))[63]و شكلت الكوارث كالعوامل السابقة أثرا واضحا في نطاق التجريم و العقاب ، 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 و كذالك تشديد العقاب على من يرتكب جرائم الأضرار بالأموال، أو حدوث عدد من الإصابات الجسيمة كما قررت تشديد العقوبة على من يرتكب جرائم الإضرار بالأموال إذ ما ارتكب في وقت هياج أو فتنة أو كارثة.

و انطلاقا من ضرورة حماية وجود الدولة و ضرورة مواجهة الكوارث قد اهتم قانون العقوبات بتحقيق حماية المجتمع و الأفراد عن طريق تثبيت الأمن ، خصوصا عند حدوث الكوارث ، إذ اعتبر الكوارث ظرفا 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.

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

ففي حالة الكوارث تكون جميع إدارات الدولة في حالة استنفار و هذا من اجل حماية الفرد و كذلك تقديم المساعدة [64]، و هذا من خلال عدة جهات من الحماية المدنية و الأطباء وكذلك الهلال الأحمر و قد يتعدى ذلك إلى تدخل الجيش وهذا من اجل الحفاظ على الأمن و السلم الوطنيين.

ثانيا: الأزمة الاقتصادية

فالدولة قد تمر بهذه الأزمة مثلها مثل باقي الدول الأخرى نتيجة لعوامل داخلية تتعلق بعملية إدارة السوق و تداول السلع و الخدمات و الأوراق 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 و الأزمات الاقتصادية الداخلية تنتج عن غلاء السعار و نقص المد خول الفردي للمواطن و كذلك إلى انتشار البطالة و قلة رأسمال الدولة وعدم وجود المستثمرين المحليين و الأجانب بكثرة ، و أيضا نتيجة التخلف في المجال العلمي و التكنولوجي [65]، مما يؤدي إلى عدم تمكن الدولة من استغلال ثرواتها بشكل جيد، وهذا لنقص التعداد و الإمكانية في المجال الصناعي و التكنولوجي...الخ مما يؤدي إلى ظهور أزمات داخلية تمس بأمن و سلامة الدولة.

و الأزمات الخارجية نجد منها تسليط عقوبات على الدولة و هذا من طرف دول قوية، و كذلك تمسك هذه الأخيرة بالسوق العالمية و غلاء أسعار المنتوجات المستوردة خاصة القمح و الشعير و هذا

[64] -عبد الله سليمان،المرجع السابق،ص.183.

[65] -حسني الشرفي،المرجع السابق،ص.130.

بالعملة الصعبة و قلة إرادات الدولة مما يؤدي إلى تفاقم الديون و الأزمات ، مما ينتج عنه دائما التبعية للخارج و بالتالي يكون اقتصادها هش و ضعيف.

و الأسباب تكاثرت و تعددت وقد ذكرنا بعض منها و كلها تؤدي إلى ظهور الأزمة الاقتصادية في داخل البلاد و زعزعت اقتصاده و أركانه.

و بعد هذا الاستعراض للعوامل المؤثرة على نطاق التجريم و العقاب [66]، يتبين لنا كيف يتأثر نطاقها اتساعا و تشديد بحسب العوامل المؤثرة العادية و الاستثنائية، مما يعني تأثر مبدأ الشرعية التجريم و العقاب.و هذا يتطلب إيجاد الضمانات الأزمة لتطبيق هذا المبدأ بالاتجاه السليم و الذي يحقق لهذا المبدأ نتائجه...

[66] -محمود نجيب حسني،المرجع السابق،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 ، و تتجسد هذه الوسيلة بما يعرف بالرقابة فما هي الرقابة؟وكيف نضمن حسن تطبيق مبدأ الشرعية؟ و بالتالي 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 و الثانية في القضائية, فالأولى تعمل على التحقق من مدى مطابقة أحكام القانون الدستوري، حيث نجد أجهزة متعددة تسهر على حسن سيرها، منها البرلمان و الرأي 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،[67] و عرفت أيضا بالرقابة التي تقوم بها هيأة سياسية نص الدستور عليها و على اختصاصها بالرقابة .[68]

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 ، و الدساتير اختلفت في تبيان الهيأة 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 عام 1946، و إما إذا تعهد مهمة الرقابة إلى هيأة متخصصة تمارس عدة اختصاصات بينها ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، و هذا ما حدث في الدستور الفرنسي لعام 1799.

---

[67]– بلعليات إبراهيم،المرجع السابق،ص.122.

[68]–دكتور أحسن بوسقيعة، المرجع السابق،ص.133.

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 و هكذا 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 ، و الدساتير الجزائرية الأربعة في كل من المادة 40 من دستور 1963 و المادة 45 من دستور 1976 و نفس المادة من دستور 89 أما دستور 1996 فأتى بالمادتين 140، 142 التي، و بالتالي فإنه يمكن تشكيل هذه الهيأة عن طريق التعيين، و هذا إما عن طريق السلطة التنفيذية أو من قبل السلطة التشريعية و إما عن طريق الانتخاب، و قد يتم اختيار أعضاء هيأة الرقابة من قبل هيأة الرقابة ذاتها و من هنا يمكن ضمان تطبيق مبنى شرعية التجريم و العقاب 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 ، و من ثم الحيلولة في إصداره و بذلك نحافظ على مبدأ الشرعية و ضمان تطبيقه ، و لكن هذه الرقابة تعرضت إلى انتقاد و المتمثل في إعطاء الرقابة إلى هذه الهيأة قبل اكتمال التشريع ، إنما هو تدخل في صنع القوانين و من ثم فإن هيأة الرقابة هذه تصبح القابض الحقيقي و السيد المطلق في الدولة، إذ تعبر على إرادتها ،و على المعنى الذي تعطيه لهذه الإرادة سوف يتوقف مصير العملية التشريعية .[69]

و الرقابة السياسية لها أجهزة متعددة تتمثل في الأتي:[70]

أولا: البرلمان

---

[69]-عبد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص. 181 .

[70]-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 و اقتراحات القوانين ، و من 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 و هام في الرقابة السياسية نتيجة التطور الحاصل داخل الجماعات الإنسانية في المجالات السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية[71]، فظهرت تجمعات هدفها الدفاع عن شرعية القوانين و حسن 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 و الاتحادات بمهمة التصدي لهذا القانون غير الدستوري مستعينة بوسائل الإعلام المختلفة و ذلك من صحف يومية و وسائل 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 [72]، فإنه لا يمكن اللجوء إلى هذه الرقابة لأنها لا غير فعالة ،و لهذا فإن هناك نوع أخر من الرقابة و هي الرقابة القضائية.

الفرع الثاني : الرقابة القضائية ضمانة لتطبيق المبدأ:

[71] –فوزية عبد الستار،المرجع السابق،ص.77.

[72]–منصور عبد الستار،المرجع السابق،ص.145.

و الرقابة 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)[73]

و عرفت أيضا (هي الرقابة التي يقوم بها القضاء سواء كان ذلك بواسطة المحاكم العادية أو محكمة مختصة للرقابة) [74] / حيث يتمتع القضاء بالحياد و الاستقلال ، و توفر ضمانات مهمة تحقق حسن سير القضاء, كما فعل دستور جمهورية اليمن الحالي في المادة (147) في النص على أن القضاء (سلطة مستقلة قضائيا و ماليا و إداريا ....) كما نص على هذا المبدأ دستور جمهورية العراق و هذا لعام 1970 في المادة (1/63) 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 و المساواة و كذلك المادة 142 التي تنص على ما يلي (لا جريمة ولا عقوبة و لا تدابير إلا بنص) ، فالرقابة القضائية يعمل على إرساء الشرعية و المساواة ، 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[75]

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، و قد تكون الرقابة القضائية على دستورية

---

[73]-بلعيات إبراهيم، المرجع السابق ، ص. 122.

[74]-أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ، ص. 133.

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

القوانين (رقابة إلغاء), إذ يطعن بعدم دستورية القانون هذا النوع من الرقابة أمام محكمة مختصة ,فإذا تبين للمحكمة صحة الطعن و ثبت لها عدم دستورية القانون عمدت إلى إلغائه فيسري حكم الإلغاء على الجميع و ليس في مواجهته الحضور فقط فيؤدي ذلك إلى إنهاء الوجود القانوني للنص وبالتالي إلغاء النص الذي أصدرته الهيأة التشريعية ، و بالتالي فهذا النوع من الرقابة يمتاز بخطورته لذلك فإن أغلب الاتجاهات الدستورية التي أخذت بهذا النوع جعلت مهمة الرقابة معقودة بمحكمة واحدة دستورية .

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

و الطاعن 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 رئيس الجمهورية[76] ، رئيس الوزراء ، وزير العدل ، الوزير المختص و عكس الاتجاه الأول فنجد بعض الدول تختص المحكمة العليا فيها بما يلي :

الرقابة على دستورية القوانين و اللوائح و الأنظمة:

إذ تفصل الدائرة الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين و اللوائح و الأنظمة و القرارات ، و ذلك بطريق الفصل في الطعون و القرارات سواء عن طريق الدعوى أو الدفع .

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

[76] -عدنان الخطيب،المرجع السابق،ص.173.

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 و من ثم إصدار قرارها على ضوء ذلك

و بالتالي فإنه يعتقد أن في إعطاء الأفراد الحق في الطعن أمام المحكمة الدستورية[77]، إنما يشكل ضمانة لاحترام نصوص الدستور و حماية 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 و تصدر قرارها على ضوء ذلك .

و بالتالي فإن كل من الرقابة السياسية و القضائية ضرورية لضمان تطبيق مبدأ الشرعية و نتائجه ،و بالتالي فإن لا بد من تعزيز عناصر الرقابة السياسية و زيادة تفعيل دور الأفراد و الأحزاب و التجمعات الاجتماعية المختلفة في تحقيق التوافق بين القوانين و بين مبدأ شرعية التجريم و العقاب .

و يتحقق كل هذا عن طريق رفع مستوى الوعي السياسي و الثقافي لهذه التجمعات[78] ، و ضرورة اعتبار ما تقدمه من اقتراحات وارد في هذه العملية التشريعية أو مضمون التشريع، إذ لا بد في الأخذ بالرقابة القضائية و هذا لما توفره من مواجهة فعالة للقانون الغير دستوري بعد صدوره و لما توفره الرقابة من رأي ملزم و مؤثر في القانون ذاته الغير دستوري على أن تكون هذه الرقابة رقابة إلغاء أمام هيأة خاصة تتكون من أعضاء بعضهم من البرلمان و البعض الأخر من القضاة ، على أن يكونوا من ذوي الخبرة و الحياد و الكفاءة، و من ثم تضمن عدم عضوية القضاء على الهيأة التشريعي فيما إذا كانت هذه

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

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

الهيأة مكونة من القضاة فقط، و لهذا ندعو ا المشرع للأخذ بهذا الأسلوب لما تشكله هذه المحكمة من ضمانة لتطبيق المبادئ الدستورية و منها مبدأ الشرعية التجريم و العقاب .

المطلب الثاني: الضمانات الخارجية :

سبقت الإشارة إلى ضرورة هذا المبدأ دوليا،حيث نظمته اتفاقيات دولية منها الاتفاقية الدولية في شان الحقوق المدنية و السياسية 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 والأخر خاص.

الفرع الأول :الضمانات الدولية العامة

لقد عرف القانون الدولي مبدأ مهم يتعلق بالمعاهدات الدولية، هو مبدأ الالتزام الصارم ، و لحسن 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 .[79]

و لقد ورد هذا المبدأ في المادة (26) ، (27) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات الدولية [80]، ولقد تم ذكره ضمن إعلان مبادئ القانون الدولي عام 1970 المتعلق بالعلاقات الودية و التعاون بين الدول استنادا لميثاق منظمة الأمم المتحدة بصريح النص (كل دولة ملزمة بتنفيذ التزاماتها التي أخذتها على نفسها

[79]-(cloude) Lombois , droit pénal intentionnel ,dallez , 1971 p, 47-48.

[80] –اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية،المادتين27و26.

بحسن النية استنادا لميثاق منظمة الأمم المتحدة ....) [81]، و بالتالي فهذا المبدأ يضمن تطبيق ما أتى في المعاهدات الدولية و كذلك ما استقر عليه العرف الدولي لأن هذا المبدأ يتناسب مع تصرفات الدول و سياستها مع القواعد الدولية، و هذا أكانت مكتوبة أو عرفية و ذلك لا بالتزام الدول بالأخذ بما ورد فيها عن طريق تطبيقها أو الرضوخ لها سواء بنص صريح أو تلقائيا .

و بالتالي فكل ما ورد في النصوص الدولية من معاهدات و اتفاقيات تحتوي على مضمون مبدأ شرعية التجريم و العقاب .

و بالتالي وجب على الدول الالتزام به و هذا 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 و هذه الاتفاقية نجد في بنودها ما قرره مبدأ شرعية التجريم و العقاب ، 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) [82] و من أجل إيضاح و تبيان التزامات الدولة الثالثة بما ورد في المعاهدة و جب علينا ملاحظة الأتي :

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

---

[81]- أ.ن. طلاليف ، ترجمة الدكتور صالح مهدي ألعبيدي ، قانون المعاهدات الدولية ، نقادو تطبيق المعاهدات ، الكتاب الثاني ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1987 ، ص. 87.

[82]-أيمن سبعاوي إبراهيم ، تطبيق المعاهدات الدولية و سريانها من حيث الزمان و المكان ، رسالة دكتورا ، جامعة بغداد، 1999 ، ص. 218.

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

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 .[83]

2–أما إذا كانت الدول الثالثة غير منتمية إلى منظمة الأمم المتحدة، فهنا وجب علينا معرفة موضوع الاتفاقية المبرمة ، فإذا كان موضوعها متعلق بحفظ السلم و الأمن الدوليين كانت و جوبية على الدولة الثالثة حتى ولو لم تكن عضو في الأمم المتحدة و هذا 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 و الأم الدولي) و بالتالي هنا ينظر تأثير نص المعاهدة على سريانها.[84]

3–و بالتالي هنا يظهر لنا جليا أنه إذا لم يكن موضوع الاتفاقية متعلق بالسلم و الأمن 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 .[85]

و هذا ما نعقده بالنسبة للسند القانوني الذي يلزم الدولة الثالثة بمبدأ شرعية التجريم و العقاب الوارد في الاتفاقية الدولية .

---

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

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

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

و من خلال ما سبق يتضح لنا أنه إذا كانت الدولة الثالثة عضو في منظمة الأمم المتحدة ، فمضمون الاتفاقية يكون ساري عليها ، و كذلك الأمر إذا تعلق بالأمن و السلم الدولية و عكس ذلك فالأمر يرجع إلى النصوص المكتوبة و العرف الدولي فيما بين الدول .

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 و العشرون بتاريخ 16 ديسمبر و هذا سنة 1966 لتدخل هذه الاتفاقية حيز التنفيذ طبقا لحكم المادة (49) ، و هذا اعتبارا من 15 جوان 1967، و بالتالي قامت بإصدار اعتراف لكرامة الإنسان و صيانة الحقوق المدنية و السياسية له و تعزيز للاحترام العالمي لحقوق الإنسان و مراعاتها [86] ، و هذه الاتفاقية تضمنت نصا يحتوي على مضمون مبدأ شرعية التجريم و العقاب و ذلك في المادة السابعة منها : (.... كما لا يجوز حرمان أحد من جريمة على أساس من القانون و طبقا للإجراءات المقررة فيه).

و من 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 و المشهودة لهم باختصاصهم في ميدان حقوق الإنسان ، و ذلك عن طريق الانتخاب و ذلك بالاقتراع السري ، و هذا بعد أن يتم ترشيحهم من قبل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية حيث ينتخب أعضاء اللجنة لمدة 4 سنوات ، و يجوز إعادة انتخابهم عند ترشيحهم على أن يلتزم الأمين العام للأمم المتحدة بتزويد اللجنة بما يلزمها من الموظفين و التسهيلات التي تمكنها بالقيام بأعمالها، و ذلك بشكل

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

فعال ، حيث تقوم اللجنة بإصدار قراراتها بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، و النصاب يتكون من إثنى عشر عضو[87] ، و تتولى اللجنة دراسة تقارير مقدمة لها من الدول الأطراف و تحيل تقاريرها بعد أن تقوم بدراسة ملفات ، و بعد ذلك تقرر ما تراه مناسبا من تعليقات مع نسخ من التقارير التي تستلمها من الدول إلى المجلس الاقتصادي و الاجتماعي.

و لكن الدور الرقابي المهم الذي تمارسه هذه اللجنة يتمثل فيما قررته المادة 41 من هذه الاتفاقية و المتمثل 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 و العقاب[88]، فهنا تقوم اللجنة بعرض مساعيها الحميدة على الدول المعنية و هذا من أجل الوصول إلى حل ودي على أساس احترام حقوق الإنسان لحريته الأساسية المقررة في هذه الاتفاقية، حيث أنه يجوز للجنة أن تطلب من الدول المعنية أن تزودها بأي معلومات تتصل بأي موضوع محال إليها و يجوز لها كذلك أن تقوم في حالة عدم التوصل إلى حل يرضي الدول المعنية أن تعين لجنة توفيق خاصة تسمى (لجنة التوفيق)، و هذا طبقا لما قررته المادة 42 من الاتفاقية تعرض هذه اللجنة مساعيها الحميدة على الدول الأطراف المعنية و هذا من أجل تسوية المسألة بشكل ودي.

و بالتالي فإذا لم يتوصل الأطراف إلى حل فتقوم هذه اللجنة بإعداد تقرير يحتوي كافة الوقائع المتصلة بأحداث و تطورات الواقعة القائمة بين الدول المعنية[89]، كما يحتوي على وجهات نظر حول مدى إمكانية التوصل إلى حل ودي و على الدول المعنية من جهتها أن تخطر رئيس لجنة الحقوق الإنسانية

87- الدكتور. صالح جواد الكاظم، دراسة في المنظمات الدولية، بدون طبعة، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1995، ص. 131

88 -حسني الجندي،المرجع السابق،ص.21.

89 -منصور رحماني،المرجع السابق،ص.152.

خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلامها للتقرير، و بالتالي تقوم بتبليغه فيما إذا كانت موافقة أم لا على محتويات تقرير لجنة التوفيق و لكن لجنة حقوق الإنسان من جانبها ملزمة بموجب المادة 45 من الاتفاقية على تقديم تقرير سنوي عن نشاطاتها الجمعية العامة للأمم المتحدة و ذلك عن طريق المجلس الاقتصادي و الاجتماعي.

و من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة فإن على الجمعية العامة و هي في طور القيام بوظيفتها القيام بدراسات و توصيات تستهدف بالخصوص الإعانة على تحقيق حقوق الإنسان و الحريات الأساسية للناس كافة على السواء و هذا حسب نص المادة 62 فقرة الثانية منها، أي أن للمجلس الاقتصادي و الاجتماعي حسب هذه المادة القيام بتقديم توصيات فيما يخص نشر احترام حقوق الإنسان و الحريات الأساسية[90] مع مراعاتها و بهذا يظهر لنا جليا أن ما تقوم به لجنة حقوق الإنسان و اللجنة التوفيقية من إعداد لتقارير عن المسائل المشار إليها سابقا يصبح توصيات ملزمة للأعضاء عن طريق تبنيها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة أو المجلس الاقتصادي و الاجتماعي فيها، و بالتالي تتحقق به ضمانة مطلقة لتطبيق ما ورد في المادة التاسعة من الاتفاقيات الدولية الحقوق المدنية و السياسية المذكورة سلفا.

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

خاتمة:

إن مبدأ شرعية التجريم و العقاب قد خطى خطوة إيجابية نحو الأمام سعت معظم الدول إلى تجسيده على أرضية الواقع و هذا بالالتزام بمبادئه و تطبيقها، و يظهر ذلك من خلال الاتفاقيات الدولية ما بين الدول و كذلك في نظمها الداخلية.

حيث أن مبدأ الشرعية يسهر على تحقيق العدل و المساواة داخل المجتمع، و تبيان الواقعة الإجرامية لنص القانوني المطبق عليها، حتى يكون الفرد علي بينة منها.

و رغم كل ايجابيات مبدأ الشرعية إلا أنها لم تسلم من الانتقادات الموجهة إليها، و رغم ذلك مازال هذا المبدأ صامدا ليومنا هذا، إذ يعتبر في بعض الدول من المبادئ الدستورية ،و نصت عليها في دساتيرها .

و نضرا للأهمية العملية للمبدأ سواء للإفراد أو القضاء ،فهو يعتبر كما اشرنا أداة إنذار مسبق للعلم بالأفعال المجرمة و العقوبة المقررة لها، فقد وجد القضاء في المبدأ الأساس القانوني لتجريم الأفعال و تحديد العقوبات، فهو أفضل حل لمنع تسلط القضاة في الأفعال و تحديد العقوبات و الأحكام.

و رغم أن لكل بلد اعتبارات لمؤثرات البيئة و المعتقدات ، و سياسة جزائية و تشريعية متبعة فيها، إلا أننا نجد أن هناك قاسم مشترك بين تلك السياسات، ولنجاح هذا المبدأ لابد من تكريس ضماناته لتخدم كل من المجتمع و الدولة، و أن تكون النصوص التجريمية معبرة فعلا عن مطالب محددة بالضرورة الاجتماعية، و أن لا تتجاوز السلطة المشرعة حد الضرورة لتحقيق مصلحة المجتمع.

ونجد إن مبدأ شرعية التجريم و العقاب،قد لقي جل الاهتمام من طرف المشرع الجزائري،إذ نجد إن قانون العقوبات الجزائري قد ركز على مبدأ الشرعية،و هذا من خلال وضع نص قانوني يجرم واقعة معينة،ويضع عقوبة لهذا الأخيرة.

حيث أن هذا المبدأ أصبح من بين القواعد العامة في الجزائر،فهو مبدأ دستوري لا يمكن الاستغناء عنه.

وفي نظري إن هذا المبدأ قد سعى إلى تحقيق نوع من الاستقرار و الطمأنينة بين أفراد المجتمع،وبالتالي وجوده ضروري لكلا الطرفين الدولة و المجتمع.

قائمة المراجع

أولا باللغة العربية

الكتب:

1- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي- القسم العام- دار هومة للطباعة و التوزيع ،ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية ،بن عكنون، ط1 .2001.

2- احمد فتحي سرور، القانون الدستوري، مطابع الشروق ،القاهرة ،2002 .

3- ا.ن طلاليف،ترجمة الدكتور صالح مهدي العبيدي، قانون المعاهدات الدولية،نقد تطبيق المعاهدات، الكتاب الثاني، مطبعة العاني ، بغداد،1987.

4- بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة و طرق إثباتها في القانون المدني الجزائري، ط1 ،دار الخلدونية، الجزائر ،2007 .

5- حسن الجندي،شرح قانون العقوبات اليمني-القسم العام-جامعة صنعاء،1991.

6- حسن جميل،حقوق الإنسان في الوطن العربي،بون دار نشر،بدون سنة.

7- صالح جواد الكاظم،دراسة في المنظمات الدولية، بدون طبعة،مطبعة الإرشاد،بغداد ،1995.

8- طالب فرج عاصي،تفريد العقاب في ضوء قانون إصلاح النظام القانوني،بحث مقدم للمعهد القضائي في العراق.

9- عدنان الخطيب،المبادئ العامة في مشروع قانون العقوبات الموحد،مطبعة جامعة دمشق،جزء أول،1961.

10- علي حسين الشرفي،شرح قانون العقوبات اليمني،القسم العام،الجزء الأول،النظرية العامة للجريمة،الطبعة الثالثة،دون دار نشر،1997.

11- ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات-القسم العام- دار القادسية للطباعة ،بغداد ،1982.

12- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، جزء الأول، ديوان المطبوعات، ،2005 .

13- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للعقوبات و التدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6، 1989.
14- منصور رحماني ،الوجيز في القانون الجنائي العام ،دار العلوم، عنابه ،2006.
15- نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا في الإجراءات الجزائية ،الجزء الأول ، دار الهدى، الجزائر،2008.

.

رسائل

1- أيمن سبعاوي إبراهيم،تطبيق المعاهدات الدولية و سريانها من حيث الزمان و المكان ،رسالة دكتورا،جامعة بغداد،1999.
2- باسم عبد الزمان الربيعي ،نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، رسالة دكتوراه ،جامعة بغداد ،سنة 2000.

المقالات

1- دكتورة فوزية عبد الستار ،عدم المشروعية، مجلة قانون و الاقتصاد، العدد 3 ،السنة41 ،ديسمبر 1971.
2- محمد العوا مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن بحث منشور في مجلة القضاء و التشريع العدد 3 السنة 21 مارس 1975 تونس .
3- المجلة القضائية ،العدد الثالث، الديوان الوطني للأشغال التربوية ،مطبعة الحراش ،1996.

مصادر الانترنيت

جندي عبد المالك،المسؤولية الجنائية،www .ALWATANVOICE.COM،تم الاطلاع عليه بتاريخ2013.04.25،ص.30-55.

النصوص القانونية

ا-الدستور

دستورية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية,المؤرخ في 28 نوفمبر سنة 1996,منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم438/96المؤرخ في 7 ديسمبر سنة1996،جريدة رسمية،عدد76،صادر بتاريخ8 ديسمبر سنة 1996،متمم بالقانون رقم 03/02،مؤرخ في10 افريل 2002،جريدة رسمية،عدد25،صادر بتاريخ 14 افريل 2002،معدل بموجب قانون رقم 19/8 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008،جريدة رسمية،عدد63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر سنة 2008.

ب- المعاهدات الدولية

مجلس أوربا-المعاهدات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان

-اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية،المادتين26،27.

ج-النصوص التشريعية

-قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر رقم 66-156،جريدة رسمية،عدد 49 مؤرخة في11 جوان 1966،معدل و متمم بقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية ,عدد 84 ,المؤرخة في24 ديسمبر 2006.

-أمر رقم 155/66المؤرخ في 8 جوان 1966,يتضمن قانون الاجرءات الجزائية ,جريدة رسمية,عدد 48, صادر بتاريخ 10 جوان سنة 1996,معدل ومتمم .

د-اجتهاد القضائي

- الاجتهاد القضائي، قرارات المجلس الأعلى ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

ثانيا:قائمة المراجع باللغة الأجنبية

1-Lombois (Claude) , droit pénal international, Dalloz , 1971.

2-Soyas (jean Claude), droit pénal et procédure pénal, L.G.D.J. 20 et 24 rues Soufflot, quatrième édition 1, 1976.

3-Wad dams(S.M), introduction to the study of law, third edition, corps well, Toronto, Calgary, nancouver, 1987.

الفهرس

خطة البحث.....1.

مقدمة.....6.

الفصل الأول:ماهية مبدأ شرعية التجريم و العقاب.....8.

المبحث الأول:مفهوم مبدأ شرعية التجريم و العقاب.....9.

المطلب الأول:التعريف بالمبدأ.....10.

الفرع الأول:معنى المبدأ.....11.

أولا:المبدأ في الفقه الجنائي.....3.

ثانيا:المبدأ في التشريع.....12.

الفرع الثاني:حقيقة المبدأ.....16.

المطلب الثاني: طبيعة النص الذي يحتوي على المبدأ.....20.

الفرع الأول: الطبيعة الموضوعية.....22.

الفرع الثاني:الطبيعة القانونية.....23.

الفرع الثالث: علاقته بالسياسة.....24.

أولا: صعوبة تعريف الجرائم السياسية.....24.

ثانيا: الأحكام المميزة للجرائم السياسية.....24.

المبحث الثاني: اتجاه مصلحة المجتمع.....26.

المطلب الأول:أهمية المبدأ.....27.

الفرع الأول:اتجاه مصلحة الفرد.....27.

الفرع الثاني: اتجاه مصلحة المجتمع.....27.

المطلب الثاني:نتائج شرعية التجريم و العقاب.....27..

الفرع الأول:مدى سلطة في تحديد العقوبة.....28.

أولا: وسائل أعمال التنفيذ.....28.

ثانيا:مدى سلطة القاضي في تحديد العقوبة.....31.

ثالثا: ضوابط التشريع في مجال التجريم و العقاب.....33.

الفرع الثاني: سريان النص الجنائي في التشريع و القضاء.....33.

أولا:استبعاد مصادر القانون من غير التشريع في مجال إنشاء الجرائم و العقوبات.....34.

ثانيا:المقصود بالتشريع كمصدر لإنشاء الجرائم و العقوبات.....34.

ثالثا:دور اللوائح الفرعية.....35.

الفصل الثاني:العوامل المؤثرة في المبدأ و ضمانات تطبيقه.....40.

المبحث الأول:العوامل المؤثرة في المبدأ.....41.

المطلب الأول:نطاق التجريم و العقاب في الظرف العادي.....42.

الفرع الأول:النطاق ألزماني.....42.

1-مبدأ عدم رجعية القوانين.....37.

2-الاستثناء على مبدأ عدم رجعية القوانين.....38.

الفرع الثاني:النطاق المكاني.....47.

المطلب الثاني:نطاق التجريم و العقاب في الظروف الاستثنائية.....51.

الفرع الأول:الحروب و الفتن الداخلية.....52.

أولا:حالة حرب.....47.

ثانيا:الفتن الداخلية.....48.

الفرع الثاني: الكوارث و الأزمات الاقتصادية.....55.

أولا: الكوارث.....49.

ثانيا: الأزمة الاقتصادية.....50.

المبحث الثاني: ضمانات تطبيق هذا المبدأ.....58.

المطلب الأول: الضمانات الداخلية.....59.

الفرع الأول: الرقابة السياسية ضمانة لتطبيق المبدأ.....59.

أولا:البرلمان.....53.

ثانيا:الرأي العام.....53.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية ضمانة لتطبيق المبدأ.....61.

المطلب الثاني: الضمانات الخارجية.....65.

الفرع الأول: الضمانات الدولية العامة.....65.

الفرع الثاني: الضمانات الدولية الخاصة.....67.

خاتمة.....71.