

جامعة القدس

الدراسات العليا

كلية الحقوق

بحث بعنوان: انحسار مبدأ الشرعية الجنائية

إعداد الطالب

مأمون جميل أحمد مصطفى

إشراف الدكتور

محمد الشالدة

2015

مقدمه:

مما لا شك فيه إن الإنسان يولد حرا , لا سلطان لأحد عليه,ولا قيود على تصرفاته.وأفعاله وأقواله وحركاته وتجسيدها لهذا المعني قال الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا" فالأصل في الإنسان انه يولد حرا في جميع صرافاته غير أن الإنسان مدني بطبعه_كما يقول إن خلدون كونه مخلوقا اجتماعيا فهو لا يستطيع العيش بمفرده بعيدا عن أقرانه من بني البشر أو بمناه عن أفراد المجتمع ولغرض التوفيق بين حرية الانسان من حيث الأصل في تصرفاته وبين طبعه المدني وحاجته الفطرية للآخرين كان لا بد من وجود نظام حكم يوازن بين مصلحة الإنسان كفرد وبين مصلحة المجتمع وهذا النظام الذي يحدد من حرية الإنسان على اعتبار إن حريته تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين.

فقد عاش الإنسان قبل ذلك زما من الصراع مع الطبقات ألكامه والملوك,وذلك لعدم وجود ضوابط محددة وقوانين توازن بين المصلحة ألكامه للمجتمع وبين المصلحة الخاصة للأفراد,وكان الإنسان طيلة هذا الوقت عرضه للظلم والاضطهاد والاعتداء على حقوقه وحريته فأمر تجريم الأفعال وإصدار العقوبات بحق الأفراد كان رهينة بيد المستنفذين من الطبقات الحاكمة والملوك والقضاة وفق المزاج والهوى ودون حسيب أو رقيب أو قيود.

ومع تطور حياه البشر,وتنقلها من مرحله العائلة فالقبيلة وصولا لمفهوم ألدوله,وظهور محدداتها وبروز مبدأ الفصل بين السلطات,أخذت العلاقة فيما بين ألدوله وأفرادها تتأصل على قاعدة ؟أيجاد التوازن بين المصلحة ألكامه التي تسعى ألدوله لتحقيقها وبين المصلحة الخاصة التي تسعى الأفراد لتأمينها من خلال ألكافظه على حقوقهم وحرياتهم ووسيلة تأصيل هذه العلاقة كانت القوانين التي تصدر عن ممثلي الشعب المنتخبين ,وترسم للأفراد حقوقهم وواجباتهم ,وما هو عمل المشروع وما هو عمل غير مشروع,ومن هذه القوانين التي نظمت العلاقة بين ألدوله وأفراد المجتمع القانوني الجنائي أو القانون الجزائي.

وقد قام القانون الجنائي على عدة مبادئ يعتبر أهمها على الإطلاق، مبدأ الشرعية الجنائية ويعني انفراد المشروع بتحدد الفعل المحظور بعيد عن التعسف والمزاجية الأمر الذي يحيط الأفراد مسبقا بما لهم وما عليهم فلا يفاجئوا بإدانتهم والحكم عليهم مسبقا، الأمر الذي يشكل صمام أمان ويحدث التوازن المطلوب بين حماية المصلحة العامة وما تمثله من قيم ومثل اجتماعيه وبين حماية المصلحة الخاصة وما تمثله من حقوق وحرّيات للأفراد في أن واحد.

وتتاول موضوع مبدأ الشرعية الجنائية وإنما هو بهدف إلقاء الضوء على ما يمثله هذا المبدأ من أهميه في حياة المواطنين كونه يحقق الأمن الأفراد المجتمع وهو أساس الاستقرار القانوني ويشكل الضمان لحقوق وحرّيات المواطنين ومن هنا حرصت كافة إعلانات حقوق الإنسان وداستير معظمها على الأخذ به.

وبالرغم من أهميه هذا المبدأ وما يمثله من حيث الأصل إلا أن الاشكاليه تكمن في التطبيق النظري والعملي له ولذلك يثور التساؤل هل بالفعل بقيت منطقة التجريم والعقوبات محرمه على غير المشرع خاصة في ظل ادعاءات البعض انه أصبح حبرا على ورق في عصرنا الحاضر ولا سيما مع تنامي ظاهرة ما يسمى بمحاربه الإرهاب في العالم والتطبيق الخاطئ لإعلان حاله الطوارئ وبالتالي ألقاء التهم جزافا وإيقاع العقوبات دون قانون الأمر الذي يشكل خرقا لمبدأ الشرعية الجنائية والخروج عليه وهذا من شأنه إفراغ المبدأ من مفهومه ومضمونه والرجوع بالمواطن إلى عهد الظلم والاضطهاد والاستبداد مرة ثانية.

إن السؤال يتمحور حول هل ما زال مبدأ الشرعية الجنائية قائما بمضمونه ومفهومه حتى هذا اليوم أم لا.

ولغرض هذه الدراسة، فقد اتبعت الباحث المنهج الوصفي والتحلي، من خلال التأصيل التاريخي لهذا الريداء واستعراض نصوص دساتير وقوانين بعض الدول المتعلقة بمبدأ الشرعية الجنائية، وتناولها

بالتحليل والدراسة ,مركزين على القانون الأساسي الفلسطيني والدستور اليمني وبعض قوانين البلدان العربية كالأردن ومصر وفي محاوله لأجابه هن هذه الاسئلة تم تقسيم البحث بالشكل التالي:

المبحث الأول: ماهية مبدأ الشرعية الجنائية

المطلب الأول : مفهوم ونشأة مبدأ الشرعية والفلسفة التي يرتكز عليها

الفرع الأول :مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية

الفرع الثاني:نشأة مبدأ الشرعية

الفرع الثالث:فلسفه المبدأ

المطلب الثاني :غاية مبدأ الشرعية الجنائية

الفرع الأول :مقتضى المبدأ

الفرع الثاني :الانتقادات التي تعرض لها

المبحث الثاني:حلقاا مبدأ الشرعية الجنائية

المطلب الأول :شرعيه الجرائم والعقوبات

المطلب الثاني :الشرعية الأجرئية

المطلب الثالث:شرعيه التنفيذ العقابي

المبحث الثالث:أثار وانحساا مبدأ الشرعية

المطلب الأول :أثار مبدأ الشرعية الجنائية

المطلب الثاني: انحساا مبدأ الشرعية

المبحث الأول

ماهية مبدأ الشرعية الجنائية

سنتناول في هذا المبحث مطلبين نتحدث في المطلب الأول عن مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية, ونشأته والفلسفة التي يرتكز عليها, وفي المطلب الثاني نتحدث عن غاية مبدأ الشرعية فنبحث ماله وما عليه.

المطلب الأول

مفهوم ونشأه مبدأ الشرعية والفلسفة التي يرتكز عليها

حتى يتسنى لهذا البحث أن يصل إلى الغاية المرجوة منه, يجب أن نتعرف على مفهوم مبدأ الشرعية ومضمونه ونؤصل ونبحث في الفلسفة التي تدعم وجوده, ولهذا سوف نقسم هذا المطلب لعدة فروع.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية

مفهوم الشرعية بوجه عام: الشرعية في اللغة مصدرها شرع وشرع دين :سنه وبينه.وفي تنزيل العزيز الحكيم "شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا" وشرع الأمر :وجعله مشروعاً مسنوناً .والشرعة: ما شرعه الله تعالى والشريعة هي المبادئ التي يتعين مراعاة في كل الأفعال والأقوال¹ وقوله تعالى "أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله"² وقوله تعالى "لكل جعلنا منكم شرعه ومنهاجا"³ ولا يختلف معنى الشرعة في اللغة عن مقصودها لدى فقهاء القانون, إذ يقصد بتلك المبادئ التي تكفل

¹ المعجم الوسيط دار إحياء التراث الإسلامي قطر قطر 2001 ص 479

² سورة الشورى الآية رقم 13

³ سورة الشورى الآية رقم 21

احترام حقوق الإنسان وأقامه التوازن بينهما, وبين المصلحة العامة التي يتعين على الدولة عند ممارسه وظائفها التقيد بها.¹

وفي الحقيقة ان مبدأ الشرعية يشمل جميع الفروع القانون² وقد عبر اليونان عن هذا المبدأ بأنه الترابط السياسي الذي يضع لكل مواطن مكانه بالمجتمع³ ولقد بين المؤتمر الدولي لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة 1959, إن مبدأ الشرعية هذا, اصطلاح يرمز إلى المثل والخبرة القانونية العلمية التي تعارف عليها جميع رجال القانون, في جزء كبير من العالم, وان هذا المبدأ يعتمد على عنصرين أولهما) انه مهما كان فحوى القانون فان كل سلطه في الدولة هي نتاج القانون, وتعمل وفقا للقانون.و(ثانيهما)افتراض إن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سامي, هو احترام حقوق الإنسان. واستخلص المؤتمر انه يمكن تعريف مبدأ الشرعية بأنه ذلك الذي يعبر عن القواعد والنظم والإجراءات الاساسيه لحماية الفرد في موجهه السلطة ولتمكينه من التمتع بكرامته الانسانيه. وهذه الأفكار _ إن كان غير متفق عليها بصفه دائمة _ تتشابه في كثير من النقاط لدى رجال القانون, في مختلف بلاد العالم وعلى اختلاف هياكلها السياسية وظروفها الاقتصادية.⁴

ويختلف مضمون الشرعية باختلاف مصدرها, فإذا كان المصدر هو الدستور كنا حيال شرعيه دستوريه يقابلها التزام سلطات الدولة برعايتها, وإذا كان المصدر هو القانون, كنا حيال شرعيه قانونيه يقابلها التزام المخاطبين بأحكامه وباحترامها.⁵

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا المصرية عن مبدأ الشرعية في حكمها الصادر عام 1992 في القضية 22 بقولها "الدولة القانونيه هي التي تتقيد في كاهه مظاهر نشاطها_ إي كانت طبيعة سلطاتها_ بقواعد قانونيه تعلق عليها. وتكون بذاتها ضابطا لإعمالها وتصرفاتها في إشكالها مختلفة. وذلك أن ممارسه السلطة لم تعد امتيازًا لشخصا لأحد, ولكنها تباشر بنيابة عن الجماعة

¹ د. احمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري(مصر: دار الشروق 2001) 200

² سواء القانون العام بجميع فروع و كذلك القانون الخاص.

³ د. سرور القانون الجنائي الدستوري مرجع سابق 20 وما بعدها.

⁴ د. عصام عفيفي حسين عبد البصير تجزئة القاعدة الجنائية (القاهرة: دار النهضة العربية 2003) 169

⁵ د. احمد فتحي سرور الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية (القاهرة: دار النهضة العربية 1995) 131

ولصالحها فدوله القانون ,هي التي تتوافر لكل مواطن في كنفها الضمانة التولية الحامية حقوقه وحرية وتنظيم السلطة وممارستها في اطار من المشروعية ,وهي ضمانات يدعمها القضاء من خلال استقلاله وحصانته ,ولتصبح القاعدة محور الكل وسلطه ورادعا ضد العدوان¹.

وعليه نستطيع القول بان مبدأ الشرعية وهو صفة لكل ما هوي مطابق للقانون وبالتالي يدخل في جميع فروع القانون باعتباره الحامي للحقوق ويخضع القانون الجنائي بشقيه _قانون العقوبات والإجراءات الجزائية _لمبدأ الشرعية ,فهذا القانون يتتبع بالخطي الواقعة الاجرامية,منذ تجريمها والمعاقبة حتى تنفيذ العقوبة المحكوم بتا عليه,وفي كافة المراحل يضع القانون الجنائي النصوص التي تمس حرية الإنسان.

مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية بشكل خاص: تكاد جميع التشريعات الجزائية تخلو من تعريف مبدأ الشرعة الجنائية ,حيث إن التعريف ليس من صميم عمل المشروع تاركا ذلك للفقهاء ولكن هذه التشريعات عالجت هذا المبدأ في نصوصها فمثلا قانون العقوبات اليمنى رقم 12 لسنة 1994 نص في المادة(2) منه"المسؤولية الجزائية شخصيه ولا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون,إما قانون العقوبات الأردني الساري المفعول في الضفة الغربية _فلسطين رقم 16 لسنة 1960,فقد نص في المادة (3) أثناء الحديث عن التطبيق الأحكام الجزائية من حيث الزمان بقولها لا يقضى بأي عقوبة لم ينصص القانون عليها حين اقتراف الجريمة ,, إما المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول بت وقت ارتكابها ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره.

وبما أن المشروع ترك مسألة التعريف للفقهاء بالفعل هذه المبدأ وتناوله بالتعريف , مبدأ الشرعية الجنائية سواء أطلق عليه مبدلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص,أو مبدأ شرعيه الجرائم والعقوبات ,فيقصد ب هان

¹ وزارة العدل المصرية قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية \الاحكام\الدستوريهتاريخ الحكم 22 يناير 1992 في القضية رقم 22 لسنة القضائية 8 دستوري

المصدر الوحيد للتجريم والعقاب، وحو القانون المكتوب، وعليه فالمشروع وحده دون غيره يقوم مستقبيا بتحديد الأفعال التي تعتبر بنظره جرائم، فيحدد لكل جريمة أنموذجها القانوني وبينين مضمونها، من أركان وعناصر، بمنتهى الوضوح والدقة، بحيث لا يكتنفها الغموض كما انه يحدد العقوبات المقررة لهذه الجرائم نوعا ومقدارا. ويترتب على هذا المفهوم إن أي فعل لا يمكن اعتباره جريمة، أو فعلا غير مشروع يستلزم العقاب، إلا إذا وجد نص قانوني يجرم هذا الفعل بدقه متناهية، وخلاف ذلك يعني أن أي فعل أو تصرف لم تحدد أركانه. وعناصره من خلال القاعدة الجنائية، ولم تقرر له عقوبة محددة فلا يمكن القول مطلقا بمعاقبه فاعله، ولو كان هذا الفعل يشكل خروجا على القواعد. الأخلاقية وقيم المجتمع. فالإنسان من حيث الأصل حر في أفعاله، والتجريم هو استثناء على القاعدة لذلك فهو بحاجة لنص يحظر هذه الأفعال. وعرفه البعض بقوله يقصد بشرعيه الجرائم والعقوبات استنادها إلي قانون يقرها، فكما انه لا جريمة إلا بناء على نص القانون يضمني على الفعل بصفه عدم المشروعة، فانه لا يجوز توقيع عقوبة ما لم تكون مقدارا بنص قانوني، كآثر لارتكاب الجريمة ويذهب جانب من الفقه إلى القول، بان مبدأ الشرعية الجنائية في شقه المتعلق بالعقاب حصر الاختصاص بتقرير العقوبات في السلطة التشريعية، وتحديد دور القاضي في مجرد تطبيق العقوبة التي ينصص عليها القانون على من ارتكب الجريمة في الحدود التي يسمح بتا القانون فلا يقضي في جريمة بعقوبة لم ينصص عليها القانون. المفهوم السابق لمبدأ الشرعية الجنائية، وفق ما عرفته النظم الوضعية يتفق تماما مع المفهوم الراسخ في الشريعة الاسلاميه فالجريمة كما عرفها فقهاء الشريعة منهم الماوردي، على أنها محظور شرعي، والفعل لا يكون محظور في الفقه الجنائي الإسلامي، إلا إذا وجد حكمان: الأول تكليفي بموجب نص من المشرع، يقتضي من المكلف الفعل، أو الكف عنه. والثاني وضعي يحدد العقوبة المقررة إذا خالف المكلف الحكم التكليفي، فقوله سبحانه "إن الله يأمركم إن تؤذوا الأمانات إلي أهلها" فيها طلب بفعل أمر، إلا هو رد الأمانة إلي أصحابها، ويترتب على مخالفه هذا الفعل إنزال العقوبة بالمخالف وكذلك الحال في قوله تعالي "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق" [فيها نهى عن قتل النفس بغير

حق ومؤدى ذلك إنزال العقوبة بمن يخالف هذا النهي، فالحكم التكليفي يقتضي وجود نص صريح من
المشرع، يأمر أو نهى، فالحكم التكليفي يقتضي وجود نص صريح من المشرع، يأمر أو نهى عن فعل
معين، مع عقوبة لمن يخالف فحوى هذا التكليف وهذا هو عين مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

إما في أحكام القضاء_ بالنسبة لتعريف المبدأ_ فنجد أن المحكمة الدستورية المصرية العليا في القضية
رقم 12 لسنة 1992 تقول مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وما اتصل بت من عدم جواز تقرر رجعيه
النصوص العقابية غايته حماية الحرية الفردية وصونها من العدوان .

(1) د. محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات القسم العام مرجع سابق 71

(2) د. فتوح عبد الله الشاذلي، المسؤولية الجنائية (بيروت، الشرقية للنشر والتوزيع بدون

تاريخ) 291 وما بعدها

(3) سورة النساء إية 5

(4) سورة الإسراء آية 23

(6) د. عبد الفتاح الصيفي، الأحكام ألعامه لنظام الجزائري (الرياض: مطابع جامعه الملك

سعود 1416هـ) 8_78

(2) قرار جمهوري بالقانون رقم 12 لسنة 1994 بشأن الجرائم والعقوبات ووزارة الشؤون ألقانونه

(3) قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 الجريدة الرسمية الاردنيه عدد 1487 الصادر بتاريخ 1960/5/1 وهو ساري في الضفة الغربية دون
قطاع غزة بموجب المنشور العسكري الصادر عن الحاكم الإسرائيلي بتاريخ 1967/11/8 المنشور في العدد 1 من المناشير والأوامر والتعيينات
(الاحتلال الإسرائيلي/الضفة الغربية) والذي جاء ينصص على سريان القوانين التي كانت سارية قبل الاحتلال بتاريخ 1967/6/5 وما بعدها تسري القوانين
الإسرائيلية.

(4) منقول عن كتاب عصام عفيفي تجزئه القاعدة حرفيا.

(5) محمود مطفي، شرح قانون العقوبات القسم العام، (مصر: دار النهضة العربية، 1974) 63 وانظر لطفا كذلك د. محمود نجيب حسني شرح قانون

العقوبات القسم العام (مصر: دار النهضة العربية 1989) 70.

عليها في إطار من الموازنة بين موجباتها من ناحية وما يعتبر لازماً لحماية مصلحة الجماعة والتحويلة لنظامها من ناحية أخرى¹

الفرع الثاني

نشأة المبدأ

لقد مرت البشرية منذ القدم بأشكال مختلفة من الصراع بين الشعوب والطبقات الحاكمة، لنيل الحقوق والحريات في مواجهه الظلم والاستبدال، وتبعاً لذلك فقد مر مبدأ الشرعية الجنائية بمراحل مختلفة منذ العصور القديمة فالعصور الوسطى حتى عصرنا الحديث.

ففي العصور القديمة حيث رجل القبيلة، رأس السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية في آن واحد، فلم تخضع لنصوص مكتوبة تتضمن الأفعال المجرمة وعقوبتها، بل كان رجل القبيلة هو من يشرع التهمه وهو من يعاقب عليها، وفق الهوى والمزاج مستندا في ذلك إلي مصلحة الجماعة، الأمر الذي كان من شأنه التعسف والبطش والظلم دون قيد أو شرط .

هذا وقد تعددت الآراء حول الجذور الأولى لنشأة مبدأ الشرعية، فذهب بعض فقهاء إن فكرت القوانين المكتوبة عند العراقيين القدامى .بتحديد كان أورنمو عام (2111_2103ق.م) وقانون لبث عشتار عام (1934_1924ق.م) وقانون حمو رابي عام (1694ق.م) ثم ظهر عند اليونان من خلال قانون داروكن عام (620ق.م) ومنهم من أرجعها إلي قانون الروماني في عصره الجمهوري، بحجه أن فقهي الروماني (اولبيانوس وبولس) صرحا بهذا المبدأ في القانون الألواح الأثنى عشرة لعام(450ق.م)

1 وزارة العدل المصريه \الاحكام\الدستوريه بتاريخ الحكم 22 يناير 1992 في القضية رقم 22 السنه

القضائيه 8 دستوري زيارة للموقع الالكتروني بتاريخ 17\11\2010

(2) فارس عبد الكريم قانونيه التجريم والعقاب في القانون والشرعيه

(3) د.رمسيس بهنام النظرية العامة للقانون الجنائي (الاسكندريه منشاه المعارف 1965) 194 سامح جاد مبادئ قانون العقوبات القسم

العام (القاهرة : مطابع دار الورد 1986) 65

(4) احمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري (القاهرة : دار الشروق لنشر 2001) 25 وانظر لطفا كذلك د.عصام عفيفي مرجع سابق وانظر لطفا د.السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامه في قانون العقوبات ص88ود.رمسيس بهنام الجريمه والمجرم والجزاء ص9 والدكتور

مأمون سلامة قانون العقوبات القسم العام ص24

ولكن سرعان ما فقد أهميته ,إذا صار للقاضي سلطه التجريم والعقاب دون تقيد بالقانون واستمر للقاضي هذا السلطان خلال العصور الوسطى¹

ولكن فقهاء²القانون يجمعون على أن مبدأ الشرعية لم يظهر بمفهومه الحقيقي,إلا بعد ظهور محددات الدولة الحديثة,وتطور فكرة الفصل بين السلطات ,فعلى الرغم من الإشارة لهذا

المبدأ في عدد من المواثيق هنري الأول في انجلترا عام 1100م,ثم تضمنه دستور كلاريندون ,وبعد ذلك تأكيد هذا المبدأ بمقتضى الوثيقة التي صدرت عام 1215م عن الملك جون في انجلترا,وأطلق عليها اسم (ماجنا كارتا (magnocharta) أي العهد الأعظم الذي منحه الملك جون لرعاياه مؤكدا على مبدأ الشرعية,حيث نصت المادة 39منها على انه لا يمكن انزل العقاب بأي إنسان حر إلا بعد محاكمته محاكمه قانونيه من أئداده وطبقا للقانون³ إلا أن هذه المواثيق والقوانين التي كان يضعها الملوك بأنفسهم سرعان ما كانوا يخالفونها ,وخاصة إذا ما تعرضت مع مصالحهم ,فإرادة الملك واو أمره وحدها هي القانون,وهي ملزمة لغيره وغير ملزمة له ,فكان للملك سلطه التجريم والعقاب .

إما في العصور الوسطى.فقد كان الأمر مختلفا إذا كانت سلطه التجريم والعقاب رهينة في يد القضاة,بعيدا عن النص القانوني وهذا الأمر أوجد تخبطا عند القضاة في إحكامهم ,وغلب عليها طابع التعسف والظلم وكان من شأن ذلك إن تتعالى أصوات الناقدین من الفلاسفة والكتاب ,للمناداة بتحكيم مبادئ العدل والأنصاف وكان على رأسهم روسو ومونتكيو وبيكار وفولتير .

ولذلك فقد شهدت العصور الحديثة,تطورا حقيقيا على يد هؤلاء المفكرين,خاصة عندما أسس العلوم الجنائية وأقاموها على فكرة العدل والحق وفي عام 1964صدر كتاب الايطالي بيكار يا وفيه تحدث عن قاعدة قانونيه الجرائم والعقوبات ودعم كيانها وأكد على ضرورتها الاجتماعية وكان الفضل للألماني فيربا في صياغة القاعدة الجنائية بشكلها الحالي ثم ابدأ بنشر هذا المبدأ في إعلانات حقوق الإنسان كالإعلان الصادر في فيلادلفيا في الولايات المتحدة الامريكه عام 1774م ,على الماده

³ د.رمسيس بهنام,النظريه العامه مرجع سابق 149

على يد المهاجرين الانجليز الذين نقلوه إلى أمريكا الشمالية ثم تبعه إعلان آخر أكد في المادة الثانية من حقوق الإنسان الصادرة عام 1789م من خلال تبني قاده الثورة الفرنسية له حتى أضحي لهذا المبدأ أهميه لصيقة بحقوق الإنسان وذات طابع عالمي وتم النص عليه أيضا في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1984م وتم في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عام 1950م ثم تبناه العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966

والتطور اللافت هو تبني هذا المبدأ من معظم الدول في العالم حيث أصبحت تنصص عليه دساتيرها وقوانينها كمبدأ من مبادئ حقوق الإنسان كما فعلت مصر ولبنان والكويت والعراق واليمن وفلسطين على

¹ احمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري, مرجع سابق, 30 وكذلك رمسيس بهنام, النظرية مرجع سابق .150

سبيل المثال حيث رسخت اليمن هذا المبدأ في دستورها حيث تنص المادة 47 المسئولية الجنائية شخصيه ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني وكل متهم برئ حتى إدانته بحكم قضائي بات ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي

أفعال بأثر رجعي لصدوره 1 وكذلك فعلت مصر في دساتيرها المختلفة ,وأخرها دستور 1971 حيث نصت المادة 2\66 لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على القانون 2 وما أكدت المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري هذا المبدأ وكذلك النظام الدستوري لقطاع غزة لعام 1962 حيث تتضمن هذا المبدأ في المادة الخامسة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون 3 أما في الأردن فلا نجد نصا صريحا لهذا المبدأ في دستورها الصادر 1952 ولكنه يفهم ضمنا من نص المادة الثامنة منه بقولها لا يجوز أن يوقف احد أو يحبس إلا وفق أحكام القانون 4 لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني 5

وبذلك غدا مبدأ الشرعي من المبادئ الدستورية الهامة ,الذي تضمنه معظم الدساتير الدول في العالم مما اوجب على المشروع في هذا الدول عند إصدار قانون العقوبات التقييد بنصوص الدستور وإلا كان عرضه للطعن بعدم دستوريته 6.

¹ الدستور اليمني المعدل لسنة 2001 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد السابع (الجزء الثاني) الصادر بتاريخ 12 محرم 1422هـ الموافق 15 ابريل 2001م

² منقول عن كتاب عصام عفيفي تجزئه القاعده الجنائيه حرفيا

³ النظام الدستوري لقطاع غزة . الوقائع الفلسطينية: العدد غير الاعتيادي بتاريخ 29/3/1962 وتعديل بقرار من رئيس الجمهورية الصادر بتاريخ 29/5/1962, كما نشر في مجموعة القوانين الفلسطينية الجزء السابع والثلاثون اكتوبر سنة 1985 صدرت بمدينة غزة اعداد وتجميع الاساتذة مازن سيسالم اسحق منها سليمان الدحود ومذكرة بشأن اعلان النظام الدستوري الوقائع الفلسطينية في العدد غير الاعتيادي بتاريخ 29/3/1962,675/3/29 زمن الادارة المصرية لقطاع غزة .

⁴ الدستور الاردني المنشور في العدد 1039 من الجريدة الرسمية الأردنية (الحكم الاردني) بتاريخ 1/8/1952 صفحة 3 .

⁵ القانون الاساسي الفلسطيني المنشور في العدد 0 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 07/7/2002, صفحة

⁶ ويرى جانب من الفقه ان الدستور , هو افضل مكان لتقنين مبداء الشرعية الجنائية , وان النص على هذا المبدأ في التشريع العقابي يعد تزييدا لا لزوم له , تأباه فنون الصياغة والبلاغة التشريعية , ويرجع ذلك الى ان مبدأ الشريعة الجنائية يمثل اهم المبادئ التي تكفل حماية الحرية الفردية , ومن ثم يتعين على المشروع الدستوري في أي دولة ان يكفل له الحماية الدستورية , برفعه الى مصاف المبادئ الدستورية الهامة , التي يتضمنها الدستور . حتى لا يستطيع المشرع العادي ان يخالفه في قانون العقوبات , او القوانين المحلق به او الخاصة , والا امتنع على القاضي تطبيق النص المخالف لتعارضه مع الدستور , ويديهي ان ايراد المبدأ في الدستور يغني عن ترديده في قانون العقوبات, وبهذه النظر اخذت اللجنة التي وضعت مشروع قانون العقوبات في مصر سنة 1966, فلم تورد في مشروع نص عن المبدأ اكتفاء بورودة في الدستور , وهو نظر سليم في فن التشريع .

أما بخصوص نشأه هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية فقد سبقت الشريعة الإسلامية غيرها من شرائع في التأكيد على مبدأ الشرعية الجنائية ,وانه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في الشريعة الإسلامية ,ومن النصوص القرآنية الصريحة في هذا المعنى قوله تعالى "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا 1 . وقوله تعالى ما كان ربك يهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا 2 وقوله جل وعلا لئنلا يكون للناس على وجه الله حجه بعد الرسل 3.

¹ سورة الاسراء الآية 15

² القصص,الآية 59

³ النساء, الآية 165

جل شأنه "لأنذركم بت ومن بلغ" 1. وقوله تعالى " ليكلف الله نفسا إلا وسعها " 2 . وقوله تعالى " قل
للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف " 3.

1 الأنعام ,الاية 19.

2 البقرة ,الاية 286.

3 الأنفال ,الاية 38.

4.د.عصام عفيفي .تجزئة القاعدة الجنائية ,مرجع سابق ,272 .على الرغم من تميز الشريعة الاسلامية , وسيقها في تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية , او بالاحرى مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص . إلا انه هناك من شكك في ذلك ,وزعما بان الشريعة الإسلامية قد طبقت باثر رجعي , وذلك لان اسلوب تطبيق هذه القاعدة يختلف في جرائم الدود عنه في جرائم القصاص والدية وجرائم التعزير. لتوسع في هذا الموضوع وما اثير من شبهات حول تطبيق هذا المبدأ في الفقه الجنائي الاسلامي راجع مؤلف الاستاذ عبدالقادر التشریح الجنائي الاسلامي كذلك انظر الدكتور عصام عفيفي حسين تجزئة القاعدة الجنائية.

وأضافه إلى ذلك فانه هناك العديد من القواعد الأساسية , والكلية في الشريعة الإسلامية, التي استتبطها الفقهي من نصوص القرآن , وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم والتي تنصص وتؤكد على الشريعة الجنائية , في مجال التجريم والعقاب ومن هذا القواعد :

أ_ لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص

ب_ ألا صل في الأشياء الإباحة

ج_ لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم التكليف أصلا لما كلف بت ولا يكلف

شرعا إلا بفعل ممكن مقدر لكل معلوما له على يحمله على امتثاله

فهذه القواعد جمعيا قاطعة غب انه لا جريمة إلا بعد بيان العقوبة , وإلا بعد إنذار , وان الله سبحانه لا يأخذ الناس بعقاب , إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسله , وانه ما كان ليكلف نفسا إلا بما تطيقه1.

جل شأنه "لأنذركم بت ومن بلغ"2. وقوله تعالى " ليكلف الله نفسا إلا وسعها"3 . وقوله تعالى " قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف"4.

الفرع الثالث

فلسفه المبدأ

لقد تحدثت فيما سبق عن مفهوم ونشأت مبدأ الشرعية ,وعرفنا انه بصيغته الحالية كان كفاح تاريخي طويل ,وانعكاس للصراع بين الشعوب المتعطشة للحرية والاستقلال وبين الطبقات الحاكمة المتسلطة

المتعسفة في الحكم ومن هنا فقد قام هذا المبدأ على أساس الموازنة بين حماية المصلحة الفردية وحماية المصلحة العامة.

فحماية المصلحة الفردية تحقق بموجب مبدأ الشرعية، حيث يقوم المشروع بتعريف أفراد المجتمع سلفاً بالفعال التي تدخل في نطاق التجريم، وببيان عقوبتها فيبصرهم من خلال النصوص القانونية المكتوبة ما هي الأفعال المشروعة من عدمها، وذلك قبل الإقدام عليها فيكون من حق الأفراد في المجتمع القيام بأي أفعال ما لم يرد النص قانوني مكتوب بوضوح يجرم هذا الفعل، استناداً لقاعدة الأصل في الأفعال الاباحية وبالتالي لا يكون الإنسان عرضه للوقوع في شباك الجريمة دون علم بل يكون في مأمن على نفسه من المسؤولية الجزائية وهذا بحد ذاته يحمي حرية الفرد الشخصية ويحمي حقوقه، ويضمن له الأمن والطمأنينة على حياته دون جزع او خوف من التهديد بالعقاب، وهذه غاية المبدأ فالقاضي ليس له سلطه التجريم أو عقاب بل هو مقيد بالنص القانوني الذي يضعه المشروع فيحدد ما هيه الجريمة وأركانها ويحدد عقوبتها بدقه. وبالتالي لا يكون له الحق في أذانه المتهم إلا إذا وجد نص يجرمه ينطبق عليه¹ وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية بهذا المعنى في قولها "مبدأ الشرعية الجرائم والعقاب واتخذ من ضمن الحرية الشخصي بنيانا لإقراره وتوكيده إلا إن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد من محتو فلا يكون أنفاذ هذا المبدأ لازماً إلا بالقدر وفي حدود التي تكفل صونها²

أما حماية المصلحة العامة فتتحقق من خلال نظريه العقد الاجتماعية التي نادي بتا جان جاك روسو والتي بموجبها تنازل الفرد عن جزء من حريته لصالح الدولة، مقابل قيام الدولة بتوفير الحماية له، فالجريمة عندما تقع تخل بأمن المجتمع واستقراره لذلك فأن على المجتمع وحده ممثلاً بسلطة

¹ د. احمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري مرجع سابق 26 وكذلك انظر د. محمود مصطفى، مرجع سابق 64 وانظر د. عصام عفيفي مرجع سابق 181

² دستوره عليا في 1997/2/22 في القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية دستورية وكذلك قرارها لنفس القضية مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تلتزم به الدول القانونية على خلاف الحال في الدولة البوليسيه حيث يضمن القانون احترام الحقوق والحريات في مواجهه الدولة موقع وزارة العدل المصرية قاعده التشريعات

³ د. احمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري 27 وانظر لطفا د. محمد على الحلبي شرح القانون العقوبات (عمان): دار ومكتبه بغدادي 30(1993)

التشريعية تحديد قيم المجتمع ومصالحه ,من خلال تحديد الأفعال غير المشروعة فيجرمها ويحدد العقوبة لها فيصبح أفراد المجتمع على دراية بالقيم والمصالح التي تعد بنيان هذا المجتمع ,والتي تكون مصادرة بنصوص قانون العقوبات مما يجعلهم يحترمونها ولا يتعدون عليها وبذلك نضمن الترابط فيما بين أفراد المجتمع.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان العقوبة التي هي من حق الدولة بموجب نظريه العقد الاجتماعية تهدف لتحقيق الردع العام وفي ذلك يقول مونتسكيو عن فاعليه العقوبة تقاس بمقدار العقاب التي تقاس بدورها بمقدار التأكيد من توقيع العقوبة والاحاطة يا سلفا.

ومن هنا فان فلسفه المبدأ تركز على إحداث التوازن بين حماية المصلحة الفردية بما تمثله من حقوق وحریات للمواطنين وبين حماية المصلحة العامة بما تمثله من قيم ومصالح بحيث لا تطغي أحدهما على الأخرى وهذه هي دولة القانون 1

المطلب الثاني

غاية مبدأ الشرعية

لقد أسلفنا إن مبدأ الشرعية كان ثمرة كفاح طويل خاضته الشعوب مع السلطات الحاكمة عبر التاريخ ومما لا شك فيه أن لهذا المبدأ غاية مهمة في حياة الأفراد والمجتمع لذلك سوف نقسم المطلب لعدة فروع

الفرع الأول

مقتضى المبدأ

يقضي مبدأ الشرعية الجنائية أن تقوم سلطات الدولة الثلاث بمراعاته , في كل تصرفاتها وإعمالها القانونية , فمن ناحية لا يملك القاضي التجريم ما لم يرد نص تجريمه أو توقيع عقوبة لم يرد بتا النص , أو استعمال القياس . فالقاضي لا يملك خلق جريمة جديدة أ , عقوبة جديدة لجريمة ألقائمه , ومن ناحية أخرى فان السلطة التجريم والعقاب تكون من اختصاص السلطة التشريعية فلا يجوز ان تكون الوعاء الذي تستقى منه القاعده الجنائية حكمها الا من خلال هذه السلطة¹ ولا تمتلك السلطة التنفيذية مباشرة هذا الاختصاص من دون تفويض من السلطة التشريعية وان ترعي عن وضع النص ان يكون محددًا, ذا اثر مباشر فلا يرجع تطبيقه الي الماضي²

وإذا كان الاصل ان التجريم والعقاب من الخصائص السلطة التشريعية فأنا قد نجد السلطة التنفيذية تباشر هذا الاختصاص في حدود ضيقه , وبناء على تفويض من السلطة التنفيذية أن ينص مقدما على ما يعده من الافعال أو التصرفات جرائم معاقب عليها وان يجتهد في جعل ما يصوغه من هذه النصوص موضعا لاركان كل الجريمة ولما هيه العقوبات المقررة لها ومقدارها أو كيفية تقديرها³

¹ عصام عفيفي , مرجع سابق 180

² د. محمود مصطفى , شرح قانون العقوبات القسم العام (القااهرة مطبعة جامعه القايرة 1983) 63

³ د. رمسيس بهنام الجريمة والمجرم والجزاء مرجع سابق 89

ومن جانب ثالث فان التجريم لا يكون الا في المستقبل, اعمالا لقاعده عدم رجعيه القوانين الجنائيه , التي لا تعد نتيجته لمبدأ الشرعية بل انها لب هذا المبدأ ويترتب على ذلك انه في حاله عدم وجود نص فانه يتعين على القاضي الجنائي ان يقضي بالبراء مهما كان الامر مستهجنا¹ أو معيبا²

الفرع الثاني

انتقادات لتي تعرض لها

لم يسلم مبدأ الشرعيه الجنائيه من الانتقادات برغم من ان المدرسه ساقط عدد من مزايا هذا المبدأ نذكر منها

1_ ان مبدأ الشرعيه الجنائيه هو انعكاس لمبدأ الفصل بين السلطات ذلك ان تنظيم مسائل الحقوق والحريات من اختصاص السلطه التشريعيه وحدها فلا يحق للسلطه القضائيه هان تتدخل في عمل السلطه التشريعيه فتسلبها سلطه التجريم والعقاب³

¹ وهذا ما يحدث في القوانين الوضعيه ولكن ماذا عن اليمين حيث تنص ماده 3 من الدستور اليمني التشريعيه الاسلاميه مصدر جميع التشريعات وكذلك 74 حيث تنص لا جريمه ولا عقوبه الا بناء على نص شرعي او قانوني وهذا النص مغاير ونادر بنسبه للدول العربيه ويقول القاضي شائف الشيباني في احدي محاضراته أمام طلاب المعهد العالي للقضاء اليمني ان القا ي يجوز ان يستنبط التجريم حتى لو لم ينص عليه على اساس هذا النص وللكن لا يجوز ذلك في مصر وذكر فضه عن قاضي مصري قام بتجريم فعل على اساس ان الدستور المصري ينص على ان الشرعيه الاسلاميه مصدر رئيسي قامت المحكمه النقض بنقض هذا القرار لخطا بتطبيق القانون والسؤال ما مدى صحه ذلك والاصل ولنطرح مثال لو قال شخص بفعل فاحشه مع حيوان فلا يوجد في القانون العقوبات اليمني يحكم ذلك والاصل بالتالي اعلان براءة المتهم لعدم وجود النص ولكن وحسب رأي القاضي شائف الشيباني فان القاضي يستطيع ايقاع عقوبه تعزيبه عليه وفقا لاحكام الشرعيه الاسلاميه ولكن ما مدى صحه ذلك جاء في قرار محكمه النقض في الطعن رقم 20889 لسنة 62 القضائيه لما كان من المقرر ان ما نص عليه الدستور في ماده الثانيه منه ان مبادئ التشريعيه الاسلاميه المصدر الرئيسي لتشريع ليس واجب الاعمال بذاته وانما هو دعوة لشارع كي يتخذ الشرعيه الاسلاميه مصدرا رئيسيا فيما يستنه من قوانين ومن ثم فان احكام تلك الشرعيه لا تكون واجبه التطبيق بالتعويل على نص الدستور الا اذا استجاب الشارع لدعوته وافراغ هذه الاحكام في نصوص تشريعيه محددة ومنضبطه تنقلها الي مجال العمل والتنفيذ وبالتالي فانه لا مجال للتجدي باحكام الشرعيه الاسلاميه ما دار السلطه التشريعيه لم تفرغ مبادئها في تشريع وضعي محكمه النقض المصري ,مجموعه الاحكام الصادره عن الدوائر الجنائيه السنه الثامنه والاربعون من يناير الي ديسمبر 1997

² د.عصام عفيفي تجزئه القاعده الجنائيه مرجع سابق 181

³ د.عبد الفتاح الصيفي الاحكام العامه لنظام الجزائي مرجع سابق 72

2_ ان مبدأ الشرعيه ضمان لوحده القانون وترابطه ووضوحه بالنسبه للكافه انطلاقا من مبدأ انفراد التشريع وهذا يؤدي الي العدل بين الناس كونهم جميعا سواء امام القانون فمبدأ الشرعيه ينص على الجريمه ويحدد عقوبتها بنص قانوني فكل من يرتكب هذه الجريمه تطبق عليه عقوبه المحدده وهذا بخلاف لو كانت سلطه التجريم والعقاب متروكه للقضاة عندها لنا ان نتصور تضارب واختلاف آراء القضاة حول تكييف الفعل الواحد من حيث استحقاقه للعقاب اصلا ومن حيث نوع ومقدار العقاب الذي يوقع من اجله الامر الذي يعدم المساواة بين المواطنين الامر الذي يوقع الناس في حيرة من أمرهم لعدم علمهم بحكم القانون علة وجه اليقين

والتحديد , وهذا بحد ذاته ينسف مبدأ الشرعيه من جذوره فأمره ضبط ما هو فعل محظور وتحديد عقوبته محدده له يضمن ترابط ووحده¹

3_ ان مبدأ الشرعيه وان كان الشكل حمايه لغير المجرمين في الوقت نفسه يعتبر عهدا اعظم للجاني حيث يجد في ظله يضمن حقوقه ويحميه من بطش وتعسف السلطه الحاكمه من غلو القضاة لان حديد ماهيه الجريمه وعقوبتها بدقه يلزم المشرع والقاضي بهذا التحديد زيديا عنه توقيع أشد.

4_ ان مبدأ الشرعيه له مكانته في نفس العامه ذلك انه يمنح الجزاء والعقوبه اساسا قانونيا ويجعلها مستساغه لدى الرأي العام , كونها تنفذ باسم الحق العام فالعقوبه بحد ذاتها بغايه على النفس لما تحمل في طياتها من قهر وعنف ولكن تحديد الفعل المكون للجريمه مسبقا وترتيب العقوبه لهذا الفعل وتنفيذها باسم القانون فستكون مقبوله لافراد المجتمع على اعتبار انها رد فعل عادل لجزر المجرم أو لا وردع من تسول له نفسه اوتكاب ذات الفعل²

5_ ان لمبدأ الشرعيه الجنائيه دورا وقائيا من الوقوع في شباك الجريمه ذلك ان المشروع عندما يحدد الفعل المكون للجريمه ويحدد عقوبته سلفا فهذا من شأنه بث الرعب في النفوس من تسول لهم انفسهم الاقدام على هذا الفعل وتفرض عليهم التفكير مليا في عقوبتها الوخيمه فيبتعدون عنها خشيه من ايذاء

¹ د.عبد الفتاح الصيغي الاحكام العامه للنظام الجزائي مرجع سابق 73

² د.محمود نجيب حسني قانون العقوبات القسم العام مرجع سابق 72

العقوبه عليهم فهذا المبدأ يشيع بين افراد عامل الرهبه والخوف ذلك ان من طبع البشر الاذعان لاوامره ونواهي المشروع¹.

وعلى الرغم مما ساقه أنصار المدرسه التقليديه من مزايا لهذا المبدأ, لكنه لم يسلم من النقد والعيوب التي وجهت له من خصومه انصار المدرسه الوضعيه وذلك في اواخر القارن التاسع عشر, فعاابوا عليه من العيوب وهي على النحو التالي.

الحياه الحديثه , 1_ يعني انصار المدرسه الوضعيه على مبدأ الشرعيه .أنه أضحي مبدأ رجعيًا,ويقف عقبه امام مستلزمات وذلك انه تم تحديد العقوبه الي جسامه الجريمه ودون النظر الي شخصيه الجاني , فالمشروع يحدد الفعل الجرمي,ويحدد عقوبته دون

ولذلك فهم ينقدون هذا المبدأ من هذه الجهه , وينادون بالأتي (أولاً)ى: بتقسيم المجرمين بدلا من تقسيم الجرائم بدل الفعل المجرم للجريمه وبالتالي فهم يرون ضرورة النظر الي شخصيه كل جاني على حده

¹ مرجع سابق 72

والظروف التي احاطت بكل واحده منهم ,وتنوع العقوبه تبعاً لها بالنسبه للمجرمين وان اتحدث الجريمه التي ارتكبوها (ثانياً) يطالبون بترك حريه للقاضي في تحديد العقوبه التي يراها مناسبه مع مدى الخطورة الاجراميه عند كل جاني¹

وسرعان ما رد عليهم انصار المدرسه التقليديه ,بانه غاب عن موجهي هذا النقد ,ان معظم التشريعات المعاصره تمنح القضاء صلاحيات واسعه ,بحيث يكون في وسع القاضي ان يحكم بالعقوبه مشدداً او مخففاً ,بالنظر لخطورة الجريمه وظروفها بالنظر لشخصيه الجاني في أن واحد , ويدللون على ذلك ان معظم نصوص قانون العقوبات تتضمن حد ادنى وحد اقصى للعقوبه,ومنها ما يتضمن او ما بينهما , مع امكانيه النطق بالعقوبه وقف تنفيذها بشروط محددة , وبهذا لم يعد النقد الأول لمبدأ الشرعيه ذي اهميخ او فائده تذكر²

2_ كما ينبغي أنصار المدرسه الوضعيه ,على المبدأ الشرعيه , انه أضحى عنونا للجمود ,ولم يعد قادرا على حمايه المجمع ,خاصه مع تطور الحياه والتقدم العلمي المهول, في الوقت الذي يقف هذا المبدأ عاجزا عن سد الثغرات الناتجه عن هذا التطور,وظهرو أفعال جديده جديرة بالتجريم³ وفي نفس الوقت

¹ الدكتور عميد عبد اللطيف ابو هدمه

² سامح جاد مبادئ قانون العقوبات مرجع سابق 57د.محمود مصطفى شرح قانون العقوبات مرجع سابق 65 د.محمود نجب حسني قانون العقوبات مرجع سابق 113

³ د.عميد عبد اللطيف ابو هدمه مقال .مرجع سابق

فان القاضي مسلوب سلطه التجريم والعقاب , ومقيد بنص القانون وبالتالي يفلت مرتكبو هذه الأفعال من العقاب لعجز المشرع عن وضع تعريف جامع لكل ما يمكن ان يؤلف جريمه في المستقبل.ويدللون على ذلك بمن يتناول الطعام في مطعم دون ان يدفع ثمنه ,فانه لا يعد سارقا,لان السرفه نعمي اختلاس مال منقول مملوك للغير بدون رضاه,وتتناول الطعام في المطعم تم برضاء صاحبه المطعم الذي قدم هذا الطعام بنفسه وبالتالي فهم ينادون بضرورة تدخل القاضي لسد هذا النقص من خلال اعمال التفسير والقياس وقد لاقت هذه الفكرة رواجاً, عندما نصت المادة 16 من قانون العقوبات الروسي الصادر عام 1926 على انه "اذا كان الفعل ذا خطورة اجتماعيه ولم يرد بتجريمه نص صريح طبق عليه

اقرب النصوص اليه : ونحننا نحو القانون العقوبات ألماني في الماده الثانيه الصادر في 28 يونيو سنه 11935

وهذا وقد تصدر أنصار المدرسه التقليديه للرد علة هذا النقد للمبدأ فانكرو جمود النص القانوني, قائلين بأمكانيه تعديله استجابيه لمقتضيات تطور الحياه,وكلما دعت الحاجه محذرين من اللجوء للقياس ,لانه بمثابة هدم لمبدأ الشرعيه وهدر للحقوق والحريات ,وعليه فأذا ظهرت أفعال تعتبر ضارة بالمجتمع ,فلا يوجد ما يمنع تصدي المشرع لها من خلال وضع نصوص تكفل حمايه المجتمع من هذه الافعال, بتجريمها وتحديد عقوبتها كما فعل المشرع المصري عندما جرم من تناول الطعام دون دفع ثمنه كما ورد في المثال أعلاه , وحدد عقوبته وذلك بموجب الماده 324 مكرر عقوبات والمضافه بالقانون رقم 136

1 د. عصام عفيفي تجزئه القاعده الجنائيه مرجع سابق 220, وانظر كذلك د.مأمون سلامه قانون العقوبات القسم العام مرجع سابق 25 وانظر كذلك د.احمد فتحي سرور القانون الجنائي مرجع سابق 28

لسنة 1956, والمعدله بالقانون رقم 29 لسنة 1982 وبهذا لم يعد أيضا النقد الثاني لمبدأ الشرعيه ذا اهميه تذكر فيبقى مبدأ الشرعيه صامدا امام منتقديه¹

ومهما يكن من انتقاد لهذا المبدأ فكل ذلك لا يوازي الاعتداء على غايه المقصودة منه او حجم الضرر والظلم والتعسف وهدر الحقوق للمواطنين, فيما لو لم يؤخذ به خاصة_ انه كما اسلفنا_ كان ثمرة التكفاح المرير الذي خاضته الشعوب مع الطبقات الحاكمة عبر التاريخ, هذا من ناحيه ومن ناحيه اخرى فهو صفة ملازمه لدوله القانون والديمقراطيه, كما ان التخلي عنه من قبل بعض الدول يجعلها نحو الاستبداد والظلم كما كان الامر في العصور القديمه ولذلك يظل هذا المبدأ مؤشراً كما اسلفت على دوله القانون, مما يؤكد على ذلك عودة بعض الدول التي تخلت عنه وقتا ما تم عادت لتتمسك به مثل السوفيت التي

ألغت المبدأ من قانون العقوبات الصادر 1926 ثم عادت لتؤكد عليه في قانون العقوبات

السوفيتي الصادر عام 1966م, وهذا وقد أسفرت المناقشات التي دارت في المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات الذي انعقد في لاهاي سنة 1937 عن الاعتراف بمبدأ شرعيه الجرائم والعقوبات بكل قيمته²

1 د.السعيد مصطفى السعيد الاحكام العامه في قانون العقوبات مرجع سابق 88

د.محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات مرجع سابق هامش 74

فتقوم شرعية التنفيذ على عاملين:

العامل الأول: ضرورة تحديد أساليب التنفيذ وضمانه وأهدافه بقانون, ذلك أن القانون باعتباره المعبر عن الإرادة العامة يسمح بالمساس بالحرية.

العامل الثاني: لا بد أن يخضع تنفيذ العقوبة لاشراف قاض, يطلق عليه قاضي التنفيذ وتتسم هذه الشرعية بذات الأهمية, التي تتسم بتا شرعية الجرائم والعقوبات, والشرعية الاجرائية وتقوم على مبرراتها فشرعية التنفيذ تعبر عن التوازن بين المحكوم عليه وحقوق المجتمع.

إذا يمتد نطاق مبدأ الشرعية الجنائية إلي قواعد تنفيذ العقوبات باعتبار أن مضمون العقوبات لا يتحقق إلا بتنفيذ², ولقد اهتم الدستور اليمني في المادة 50 منه بشرعية التنفيذ العقابي لا يجوز تنفيذ العقوبات بوسائل غير مشروعة وينظم ذلك القانون والمادة 48 وكل إنسان تقييد حريته بأي قيد يجب أن تصان كرامته.وكذلك في نفس المادة... يحظر حبس أو حجز أي إنسان في غير الأماكن الخاضعة لقانون تنظيم السجون ويحرم التعذيب والمعاملة غير الانسانية عند القبض اثناء فترة الاحتجاز أو السجن.

ولكن بعض التشريعات ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث استحدثت نظام قاضي تطبيق العقوبة ومن قبيل ذلك قانون الإجراءات الفرنسي سنة 1958، والقانون الإيطالي سنة 1975 ويختص هذا القاضي بالإشراف على تنفيذ العقوبات، سواء ما يتم داخل السجن أو خارجه²

المبحث الثالث

أثار وانحسار مبدأ الشرعية

سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين، نتحدث في المطلب الأول عن الآثار التي تترتب على مبدأ الشرعية الجنائية، وفي المطلب الثاني نتحدث عن التراجع الذي أصاب مضمون مبدأ الشرعية الجنائية.

المطلب الأول

أثار مبدأ الشرعية الجنائية

إن مبدأ الشرعية وفقاً للمفهوم وسالف الذكر، يترتب عليه نتائج واثار في غاية الأهمية يمكن لأي باحث إن يضع يده عليها ويعدها، وهي ليست بضرورة محصورة كما ذهب بعض فقهاء القانون الجنائي² في نقطة أو نقطتين بل يمكن تعدد أثار هذا المبدأ وفق فهم الباحث وتحليله وقد تعدد الاجتهادات من باحث إلى آخر، ومن الممكن إن يندرج تحت الاثر الواح لهذا المبدأ عدة أثار فرعية، غير أنها في نهاية تصب في قالب واحد، وعليه فمن أهم أثار هذا المبدأ ما يلي:

أولاً: إن من أهم أثار ونتائج مبدأ الشرعية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون" وهو انفراد التشريع وحده بتنظيم مسائل وحده بتنظيم مسائل الحقوق والحريات، أي حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص التشريعية فقط² فسلطة التجريم والعقاب من اختصاص المشرع وحده، واليه فقط يتم الرجوع

لمعرفة إن كان هذا الفعل أو الامتناع عنه يخضع لتجريم ام لا , وهذه النتيجة حتمية لمبدأ الشرعية لا سيما وأن السلطة الشتر يعيه وحدها دون غيرها, تمثل أرادة قاطبة , وتنبو عنه في وضع القوانين , وبمقتضى نظرية العقد الاجتماعي.

وعليه فان تنظيم مسائل الحقوق والحريات ,من شان السلطة التشريعية , بصفتها الممثلة عن الشعب ,حيث تتفرد انفرادا مانعا في تشريع , يحول من حيث الأصل دون تدخل السلطة التنفيذية ,عن طريق إصدار اللوائح في مجال التجريم والعقوبات.

ويتربى على كون النصوص التشريعية المصدر الوحيد لتجريم والعقاب ,وجوب توافر صفات خاصة في هذه النصوص,بحيث تكون مكتوبة, وبوضوح ودقة لا يشوبها لبس توافر غموض فيبعدها عن التأويل والتفسير ,لان من شأن التأويل خلق جرائم لم يقصدها المشرع.

ثانيا: يترتي على حصر سلطة التجريم والعقاب بالنصوص التشريعية فقط,أخراج مصادر أفرود القانون الأخرى, كالعرف والقياس ومبادئ القانون الطبيعي قواعد العدالة والانصاف من مصادر التجريم والعقاب. فالفعل لا يعتبر جريمة ولا تقرير له عقوبة ما لم يرد نص تشريعي يجرمه ويقرر عقوبته ,حتى لو اعتبر هذا الفعل منافيا للاخلاق أو خالف العرف ومبادئ القنون الطبيعي وقواعد العدالة,لكون هذا المصادر لا تنشئ جريمة زلا تقرر عقوبة فالعرف مثلا لا يخلق جريمة ,ولا تقرر عقوبة. فالعرق مثلا لا يخلق جريمة ,ولا يقرر عقوبة لم يرد لهما ذكر في القانون ,كما لا يمكنه الغاه جريمة أو عقوبة منصوص عليهما في القانون ايضا 1.

غير إن مصدر العرف والقياس ومبادئ القانون الطبيعي ,وقواعد العدالة إن لم تلعبوا بالكن مصادر رئيسية للتجريم والعقاب , فهي تبقى مصادر لقانون العقوبات من ناحيتين ,فهي تعتبر مصادر رئيسية إلي جانب النصوص التشريعية لغرض منع العقاب وتخفيفه كمنع العقاب, عن يظهر على الشواطئ بملابس السباحة, كون العرف يسمح بذلك وهنا يوجد دور واضح على العرف في مجال الاباحة وهذا من ناحية ومن ناحية ثانية,تعتبر مصادر الثانوية ,فتحدد عناصر بعض الجرائم,كجريمة سرقة مثلا تتطلب ملكية الغير للمسروق, ومما لا شك فيه إن الثبوت ملكية الشئ,يتطلب اللجوء للقواعد المنصوص عليها في القانون المدني,الأمر الذي يعني اللجوء لمصادر القانون المدني ومنها العرف والمبادئ القانون الطبيعي والقواعد العادلة وبذلك يكون لهذه المصادر دور ثانوي في تجريم والعقاب 2

اضف إن تحديد أركان بعض الجرائم تعتمد على تفسير العرف, وهناك العديد من المصطلحات يختلف تفسيروها بحسب العرف السائد بالبلاد, ولذلك يتم اللجوء للعرف لبيان المقصود بهذه المصطلحات مثل : العام, الشرف والادب ألعامه, فهنا يوجد دور تفسيري للعرف.2

ثالثا: يترتب على مبدأ الشريعة أيضا ,انه لا يحق سلطة التنفيذية تجريم أفعال لم ينص

عليها القانون_بمقتضى انفراد التشريعي_الا في نطاق الذي يسمح الدستور

رابعا: ويترتب على مبدأ الشرعية أيضا , عدم أحقية السلطة القضائية -في أطار القانون الجنائي- أن تحاكم شخصا على فعل ,إلا إذا وجد نص صريح السلوك لهذا الشخص غير مشروع ومحددا له عقوبة في القانون ,وبخلاف ذلك فيتوجب على القاضي الحكم بالبراءة استصحابا لمبدأ الأصل في الإنسان البراءة. فمهمة القاضي إذا تقصر على تطبيق النص دون وضعه ومن هنا فلا يجوز للقاضي تجريم أفعال ,أو وضع عقوبات غير منصوص عليها في القانون ,هذا من جهة ومن جهة أخرى ,فلا يحق له التوسع في تفسير النصوص الجنائية وتوسيعا يؤدي بت إلي خلق جرائم وتقرير عقوبات لا يوجد لهما أصل القانون1.

غيران التفسير المسموح للقاضي القيام به هوالتفسير الذي يكون في أطار البحث عن المعنى الحقيقي الذي أراد المشرع من وراء النص الواجب التطبيق ,لجعله صالحا على واقع الحية على إن يكون التفسير صارما2 في حدود ما قصد المشرع ,فيعمد القاضي على تحليل ألفاظ النص وتحديد علته والمذكرات الايضاحية ,والمناقشات التي أرادت وقت صياغته والعله التي دعت لوجوده بخلاف ذلك فان توسع القاضي في تفسير يعتبر خروجا على مبدأ الشرعية الجنائية وفي نفس الوقت لا يشفع للقاضي تذرعه بحماية المصلحة العامة3.

وبذلك نجد إن سلطه القاضي الجزائي ,مقيدة ومحصورة في تطبيق النص الجزائي ,وهو المصدر الوحيد لتجريم والعقاب ,لا يتعداه المصادر الاخرى ' فليس بمقدوره إن يخلق جريمة أو يقرر عقوبة,إلا بوجود النص التشريعي الذي يخرج هذا الفعل عن مشروعيته ,فاذا وجد النص حكم بموجبه ,والم يسعفه ذلك حكم بالبراءة ,مستندا لاصل البراءة في المتهم, وبالطبع ذلك بخلاف القاضي المدني صاحب الصلاحيات الواسعه , والذي مهمته تكمن في ايجاد الحل المناسب للقضية المعروضة امامه في بشتى الطرق ,وغير مقبول منه إن يتوقف عند نقطة معينة لعدم وجود النص ,وبالتالي هو ملزم بايجاد حل

فان اسعفه النص كان بت ونعمة ,وان لم يسعفه توجب عليه البحث في المصادر الأخرى,كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعية 2
خامسا: ويترتب على مبدأ الشريعة أيضا ,حظر القياس في اطار القانون الجنائي,والمقصود بالقياس اعطاء فعل غير منصوص عليه في القانون ,حكم فعل منصوص عليه, وذلك لاتحاد العلة بينهما ,وهذا القياس العادي أو اعطاء فعل غير منصوص عليه في القانون, حكم فعل منصوص عليه ,وذلك كون علة حكم في الفعل غير المنصوص عليه في القانون اقوى .

منها في الفعل المنصوص عليه وهذا هو النوع من القياس , ويطلق عليه القياس من باب اولى 1.
ومن المتفق عليه بين رجال القانون انه اذا جاز للقاضي القيام بتفسير النصوص الجنائية بهدف البحث عن المعنى الحقيقي الذي قصده المشرع من خلال النص, فانه لا يجوز اللجوء للقياس مطلقا.2.وذلك لأنه يترتب على استخدامه أنشاء جرائم وتقرير عقوبات لا اصل لها في القانون , الأمر الذي يعد طعنه لمبدأ الشرعية الجنائية وخروجا عليه وعليه لا يجوز للقاضي تحت أي سبب كان , إن يجرم فعلا لم ينص عليه , قياسا على فعل منصوص عليه , لان من شأن هذا العمل خلق جرائم لا وجود لها في نصوص القانون ,ولا يشفع للقاضي إن يستخدم القياس في التجريم والعقاب حرصه الظاهر على حماية المجتمع ,إذا لم تجرم هذه الأفعال بقانون ومما لا شك فيه إن حظر القياس في اطار القانون الجنائي نتيجة منطقية لمبدأ الشرعية, الذي حصر مصادر التجريم والعقاب في حدود نصوص القانون 3.

على إن حظر القياس اذا كان ممنوعا في تقرير الجرائم والعقوبات ,كونه يخلق جرائم ويقرر عقوبات لم يقصدهاذي بشكل مساسا بمبدأ الشرعية فانه غير ممنوع من عقوبات لم يقصدها المشرع ,الأمر يشكل مساسا بمبدأ الشرعية فانه غير ممنوع من الاستخدام في أطار نصوص الاباحية أو الامتناع المسؤلية أو الاعفاء من العقاب 4 ,وهذا أمر بديهي ذلك أن استخدام القياس لهذاه الحالات ,لا ينطوي عليه خلق جرائم أو تقرير عقوبات بل فيه استصحاب على الأصل العام في الأفعال وهو الاباحه و فلا يصطدم مع مفهوم مبدأ الشرعية ,من حيث الأصل وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في معظم دول 5.

ومن هنا ذهب القضاء المصري². لاعتبار الدفاع الشرعي سببا عاما لاباحة كل الجرائم رغم أن النص كان مقيدا في الجرائم القتل والضرب والجرح, وبموجب هذا الحكم أصبحت أحكام الدفاع الشرعي تسري على كل فعل يرتكب دفاعا عن النفس, أو المال وفق ما تم تحديده في المواد (245-251) من قانون العقوبات وذلك باستخدام القياس والنظر إلي لعله الاباحه وكذلك الأمر عندما قرر القضاء المصري الاعفاء من العقوبة في الجريمة النصب وخيانة الامانة والغضب بتهديد التي تقع بين الازواج , أو بين الاصول والفروع قياسا على نص المادة 312 قبل تعديلها بالقانون رقم 64 لسنة 1947م والتي تعفي من عقوبة جريمة السرقة التي تقع بين

الزوجين أو تقع الاصول والفروع لاتحاد العله في منع العقاب لهذه الجرائم , فأعمال القياس هنا لا يمس بمبدأ الشرعية¹.

وقد نحى المشرع الاردني -وهو ذاته التشريع الساري في فلسطين- ما ذهب إليه القضاء المصري, حيث نص في المادة 425 عقوبات لسنة 1962, فأعفى من العقاب مرتكبي الجرائم المنصوص عليها في فصول السرقة والاحتتيال وإسادة الائتمان والاختلاس, إذا وقعت أضرار بالمنجى عليه بين الأصول والفروع أو الزوجين غير المتفرقين قانونا, أو بين الأربة والربيبات من جهة, وبين الأب والأم من جهة ثانية, ولا شك فان علة الإعفاء من العقوبة تكمن في حرص المشرع على الحفاظ على أسرار الأسرة وما يعنيه ذلك من استتباب العلاقات.

سادسا: ومن آثار مبدأ الشرعية أيضا, عدم رجعية القانون الجنائي³, ومما لاشك فيه أن هذا الأثر لمبدأ الشرعية يشكل في حد ذاته قاعدة من قواعد القانون الجنائي, ويقصد بذلك أن نصوص قانون العقوبات تطبق من حيث الأصل بأثر فوري فقط على جميع أفعال التي تقع لحظة نفاذه, فالعبرة بالقانون الذي وقع السلوك أثناء سريانه⁴, وبالتالي لا تطبق نصوص القانون الجنائي على الأفعال التي ارتكبت قبل سريانه, ويترتب على ذلك أن القانون واجب التطبيق على الجريمة, وهو القانون النافذ وقت ارتكاب الجرم وليس النافذ وقت المحاكمة لمرتكبة⁵, وهذه نتيجة منطقية, إذ لا يعقل أن يعاقب القانون على أفعال ارتكبت قبل نفاذ القانون الجديد, وكانت هذه الأفعال مباحة في ظل القانون القديم, وإلا اعتبر ذلك خرقا لمبدأ الشرعية لما فيه اعتداء على الحقوق والحريات⁶.

فنصوص القانون الجنائي بعد سريانها, يكون لها من حيث الأصل سلطان مطلق, وذلك بتطبيقها بأثر مباشر على جميع الأفعال التي تقع من تاريخ نفاذه هذه النصوص, حتى تاريخ إلغاء العمل بتا, وإلغاء النصوص قد يكون بشكل صريح في حال صدرت نصوص جديدة ألغت صراحة النصوص القديمة, أو قد يكون إلغاء ضمناً في حال تناولت النصوص الجديدة جميع موضوعات النصوص القديمة, والتطبيق المباشر لنصوص القانون الجنائي من حيث الزمان هو بلا شك تجسيد لمبدأ الشرعية الجنائية².

ومن الجدير ذكره إن هذه القاعدة الجنائية لم تعرف بشكل واضح في النظم الوضعية كما عرفت في الشريعة الإسلامية, استناداً إلي قوله تعالى "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا" وفي الآية دلالة واضحة على عدم رجعية التعاليم لحقوق الإنسان جريم والعقوبات في الشريعة الصل في الإسلامية, ومن خلالها توصل فقهاء الشريعة الإسلامية التي تنصص على إن الأشياء الاباحة, ثم ظهرت هذه القاعدة بعد اندلاع الثورة الفرنسية, حين تم النص في إعلان حقوق الإنسان والمواطن في مادته الثامنة والصادر 1789, ثم الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته معظم الدول على تضمينها في دساتيرها ومنها القانون الاساسي الفلسطيني, والدستور اليمني في المادة 103 تنشر القوانين في الجريدة الرسمية وتذاع خلال اسبوعين من تاريخ اصدارها ويعمل بتا بعد ثلاثين يوم من تاريخ نشرها, ويجوز مد أو قصر هذا الميعاد بنص خاص والمادة 104 لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بتا ولا يترتب اثر على ما وقع قبل اصدارها....

أما في القانون الاساسي الفلسطيني نصت المادة 116 تصدر القوانين باسم الشعب العربي الفلسطيني وتنتشر فور اصدارها في الجريدة الرسمية ويعمل بتا بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشرها ما لم ينصص القانون علة خلاف ذلك. وقد ورد كذلك في المادة 15 من القانون الاساسي..... ولا عقاب إلا على أفعال اللاحقة لنفاذ القانون².

ونصت المادة 71 من النظام الدستوري الاردني لقطاع غزة لعام 1962 "لا تجري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك

وكذلك الحال في الدستور الاردني لعام 1952 , وقرر العمل بالقانون بمضي ثلاثين يوما من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ,وفق نص المادة 2\93 يسري مفعول باصداره من جانب الملك ومرور ثلاثين يوما على نشرة في الجريدة الرسمية ...

وفي مصر فقد أكد الدستور المصري الصادر في عام 1971 بوضوح على هذه القاعدة في المادة رقم 66 من انه "لا عقاب على الأفعال اللاحقه لصدور القانون الذي ينص المادة 66 من الدستور ,وقد قيدت المشرع في ذلك مما يعني إن مخالفة المشرع لهذا المبدأ وقعه في مخالفة دستورية.

فمبدا عدم رجعية القانون , غدا مبدأ دستوريا لا يجوز لاي قانو جنائي اغفاله, ونتيجة لذلك جائت نصوص قوانين العقوبات لهذه الدول متفقه مع إحكام الدساتير , فقد نصت المادة.

الثالثة من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 ،وهو القانون النافذ في الضفة الغربية في معرض تناول سلطان النص الجزائي ، من حيث الزمان . حيث نصت على انه "لا يقضى بأي عقوبة لم ينص عليها حين اقتراف الجريمة وتعتبر الجريمة تامة إذا تمت أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت حصول النتيجة ". وكذلك الأمر فقد نصت المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري أنه "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول بت وقت ارتكابها " وكذلك فعل قانون العقوبات اليمني في نص المادة 4 " يطبق القانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة ...".

فدساتير هذه الدول وقوانين العقوبات الخاصة فيها ، تتضمن قاعدة عدم رجعية القانون بشكل عام وتنص على نفاذ القوانين بعد مرور المدة المشار اليها أعلاه ،ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

وهذا وقد استقر الفقه والقضاء لمعظم الدول على هذه القاعدة ، حيث أكدتها محكمة التميز الأردنية بقولها "إن كل قانون جديد ،يفرض عقوبة أشد لا يطبق على جرائم المقترنة قبل نفاذه 2"وقد سارت محكمة النقض المصرية على هذا النحو ،حيث قررت أن " النص الواجب التطبيق على الجريمة هو النص المعمول به وقت ارتكابها وليس النص المعمول بت وقت محاكمة مرتكبها .2"

وتجدر الإشارة ،هنا بأن ما تم تقديمه للحديث عن مبررات مبدأ الشرعية يصلح لأن يقدم تبريرا لمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي ، كذلك حيث إن هذا المبدأ فيه حماية للمراكز القانونية القائمة للإفراد ، وحماية للحقوق والحريات المكتسبة ،فالرجعية في النصوص الجنائية تتنافى مع ما يتطلبه مبدأ الشرعية من احاطة الأفراد بالأفعال غير مشروعة ، والمعقب عليها قبل الإقدام على ارتكابها ،والذي من شأنه تولد اليقين لهؤلاء الأفراد3.

على انه كان الأصل عدم رجعية القانون الجنائي ,وفق ما تم تنبيانه أعلاه ,فهذا الأصل مقرر صالح المتهم و حتى لا يفاجأ بتوقيع عقوبة عليه عن فعل اقترافه وقت الاباحية , وبالتالي لا يمنع هذا الأصل من ورود الاستثناء عليه, في حال كان التطبيق القانون الجنائي يآثر رجعي وهو قانون الاصلح المتهم , فاذا كانت قاعدة عدم تطبيق القانون الجنائي يآثر رجعي احتراماً لمبدأ الشرعية , فمؤدي هذا انه إذا كان تطبيق القانون بآثر رجعي لا يعتبر خروجاً على مبدأ الشرعية ,فلا مانع من النزول عن هذه القاعدة ولعلة هذا الاستثناء منطقية وعادلة , ذلك إن فكرة التجريم والعقاب مرهونه بفكرة الضرورة والمنفعة التي تعود على المجتمع لحماينه وبالتالي إذا لم تعد للعقوبة هذه الفائدة , فلا محل لتوقيعها , ومثال ذلك قيام المشرع بالغاء وصف الجريمة عن فعل ما , فهذا أقرار منه انه لم يعد يشكل هذا الفعل خطراً على الجميع وبالتالي لا وجه

للاصرار على توقيعها , ويكون القانون القديم أصلح للمتهم , في حال كانت نصوص القانون الجديد تجرم فعلاً كان مباحاً أو تشدد عقاباً على فعل كان معاقباً عليه من قبل , فتطبيق هذا الاستثناء يكون عندما يصب في صالح المتهم ,ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء ,نفاذ القانون الجديد قبل صدور حكم قطعي , ويزول هذا الشرط في حال قيام المشرع في القانون بالغاء الفعل الذي كان مجرماً من ذي قبل²

وقد نصت المواد الاربعة والخامسة والسادسة من قانون العقوبات الاردني , على القانون الاصلح للمتهم , حيث نصت المادة الرابعة على "1- كل القانون يعدل شروط التجريم تعديلاً في مصلحة المشتكي عليه يسري حكمة على الأفعال المقترفة , قبل نفاذه وما لم يكن قد صدر بشأن تلك الأفعال حكم مبرم 2- كل قانون يعادل حق الملاحقة , يطبق على الجرائم السابقة له إذا كان أكثر مراعاة للمدعي عليه 3- إذا عين القانون الجديد مهلة للممارسة حق الملاحقة فلا تجري هذه المهلة إلا من يوم نفاذ القانون .وإذا عدل القانون مهلة موضوعية من قبل فهي تجري وفقاً للقانون القديم , على إن لا تتجاوز مداها المدة التي عينها القانون الجديد محسوبة من يومنفاذه. 4- إذا عدل قانون ميعاد الذي عينه القانون الجديد محسوباً من يوم نفاذه.

ونصت المادة الخامسة من ذات القانون "كل قانون جديد يلغي أو يفرض عقوبة أخف يجب أن يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه" وإذا صدر قانون جديد بعدم حكم مبرم يجعل الفعل الذي حكم على فاعله من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية.

ونصت المادة السادسة أيضا : كل قانون يفرض عقوبات اشد لا يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه. ومن التدقيق في هذه المواد وتحليلها نجدها قد نصت بشكل واضح على رجعية القانون الجنائي حال كان الاصلاح للمتهم واعدت هذه المواد الحالات التي يكون فيها القانون أصح للمتهم.

أما قانون العقوبات اليمني نص في المادة 4 منه "...على أنه إذا صدر قانون أو أكثر بعد وقوع الجريمة وقبل الفصل فيها بحكم بات يطبق أصلها للمتهم ،وإذا صدر قانون بعد الحكم البات يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية ، ومع ذلك في فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون تطبيقه على ما وقع خلالها "

سابعاً : ويترتب على مبدأ الشرعية أيضا إن الأصل في الأفعال الأباحتة ،وهذا الأصل نتيجة منطقية لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون ، وقد توصل فقهاء الشرعية الإسلامية لهذا الأصل واستخلصوه من الآية الكريمة ، قوله تعالى " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا". فقالوا بالقاعدة الشرعية المعروفة ، إن الأصل في الأشياء الأباحتة ،فكل فعل لم يجرمه القانون أو الشارع فهو مباح ، ذلك إن التجريم هو الأستثناء بحاجة لدليل ، وعليه فأى فعل مهما بدى معيب ومنافى للأخلاق ، أو ضارا بمصالح المجتمع لا يمكن المعاقبة عليه ، طالما لم يتناوله المشرع وبالتجريم والعقاب ، ويترتب على هذا الأصل ، أصل آخر وهو الأصل في المتهم البرائة ما لم يقوم الدليل على الأدانة 2 .

ثامناً:ويترتب على مبدأ الشرعية ، عدم أيقاع أية عقوبة على الفرد ، إلا بحكم قضائي ، مع تحديد القانون ورقم المادة التي تجرم الفعل المعاقب عليه .

المطلب الثاني

انحسار مبدأ الشرعية

لقد عرفنا أن مبدأ الشرعية ، كان نتاج كفاح طويل ، وصراع بين الطبقات الحاكمة والطبقات المحكومة ، أسفر في النهاية على تأكيد سيادة الشعب ، من خلال السلطة التشريعية التي ينتخبها وتمثله تحت قبة البرلمان ، وهذه السلطة وحدها تختص - دون غيرها - في تنظيم مسائل الحقوق والحريات من -حيث

الأصل - بمقتضى نظرية العقد الاجتماعي , وراينا إن مبدأ الشرعية يضع حدا فاصلا بين ما هو مشروع وبين ما هو غير مشروع وفق لما يحدده المشرع , الأمر الذي يبصر الأفراد بما هية الأفعال , للحيولة دون الوقوع في الجريمة وبالتالي نيل العقاب .

وقد عرفنا أن احد أهم الاثار التي ترتبت على مبدأ الشرعية , وهو اختصاص المشرع وحدة في التجريم الأفعال وترتيب العقوبات لها , وخالصة ما تقدم , فان منطقة تنظيم الحقوق والحريات محرمة على غير المشرع, متروحة له وحدة لكي ينفرد فيها بوصفة ممثلا لارادة الشعب ويمارس انفراده هذا في حدود الدستور , وفي هذا المطالب سوف نبحث عن تراجع مبدأ الشرعية في القانون اليمني , باعتبار مكان البحث ,الفلسطيني باعتبار موطن الباحث.

أقول المبدأ بالمقارنة مع مضمونه من حيث والنشأة بمقتضى العقد الاجتماعي في القانون اليمني: نقطة البدء من الدستور , حيث جاء في النص المادة 47 منه" المسؤولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي أو قانوني وكل متهم برئ حتى تثبت اداته بحكم قضائي بات ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدروه.

فمبدأ الشرعية قد يرد بصيغة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون" أو " بناء على قانون أو بنص قانوني" والحقيقة إن اختلاف الصيغتين يترتب عليهما أثار قانونية غاية في الأهمية فالصيغة الاولى تعني إن القانون هو التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية , منفردة بمالها من صلاحية كونها ممثلة للشعب وتعبّر عن ارادته , ومن المفترض إن يكون القانون بهذا القانون بهذا المعني وحده مصدرا لتجريم والعقاب , فهذا الأصل وهذا بمقتضى نظرية العقد الاجتماعي.

أما الصيغة الثانية , بناء على القانون , كما وردت في الدستور اليمني " بنا على نص شرعي أو قانوني " فهذا يوسع من مفهوم القانون ليشمل نصوص الدستور , والقانون والقرارات بقانون واللوائح , وهذا يعني أن الدستور اليمني عندما أورد و عبارة " بناء على نص أو قانوني , ولم يقتصر على عبارة , بقانون فهو لم يوردها عبثا , بل قصد أسناد مهمة تحديد الجرائم والعقوبات احيانا للسلطة التنفيذية وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلي القول , بان المقصود بعبارة " بناء على القانون " أي إن يتضمن القانون تفويضا لسلطة التنفيذية المكلفة بسن اللوائح في تحديد بعض الجرائم , وتقرير عقوبتها وفقا لاعتبارات تحددها السلطة التشريعية² , بهذا فقد أجازت هذا المادة إن يعهد القانون الذي تضعه السلطة التشريعية ,إلي السلطة التنفيذية صلاحيا اصدار اللوائح تحدد بعض جوانب التجريم والعقاب

ومعنى ذلك انه إذا كان الأصل انفراد المشرع بسلطة التجريم والعقاب وفق الحدود الدستور , حيث يحق للرئيس برأسيها -الرئيس والحكومہ - سلطة التجريم والعقاب وفق حدود الدستور ,حيث يحق للرئيس إصدار قرارات لها قوة القوانين , كما يحق للحكومة اصدار اللوائح2.

فالدستور مثلا يأتي في اعلى السلم الهرمي للقوانين في كل الدول , ومن الممكن إن تتضمن بعض احكامه قواعد جنائية , فالقانون الاساسي الفلسطيني مثلا أورد في الباب الثاني تنظيما كاملا للحقوق والحريات من المادة (3319) وهي غالبيتها تعتبر قواعد جنائية, يجب على المشرع وهو يضع النصوص ابتشريعة عدم مخالفتها وإلا كان النص غير دستوري.

وياتي القانون في المرتبة الثانية , بعد الدستور وهو ما يصدر عن السلطة التشريعية , وقد نظم الدستور اليمني في الباب الثالث منه إحكام السلطة التشريعية .وكان من المفترض إن تكون السلطة التشريعية هي المصدر الرئيسي لتجريم والعقاب.

أما القارات بقوانين فهي تلك التي يصدرها الرئيس , اتنادا لحالات الضرورة التي لا تحتل التأخير, في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي , على إن تعرض على المجلس التشريعي في أول جلسة انعقاد , وافق عليها قراها وان رفضها زال عنها كل اثر قانوني.

واخيرا اللوائح هي التي تصدر عن الحكومه في اطار ادارتها لمرافق الدولة , وبموجب المادة 120 من الدستور اليمني , وبموجب هذه اللوائح فيكون من صلاحية السلطة التنفيذية تناولها بعض الأفعال بالتجريم والعقاب.

بناء على ما سبق نستطيع القول بان الدستور اليمني قد خرج على مفهوم مبدأ الشرعية من حيث الأصل , فعندما تمنح السلطة التجريم والعقاب في بعض الامور , تحت دريعة الضرورة أو التفويض من قبل السلطة التشريعية, أو تحت أي مبرر كنا بلا شك أمام خرق واضح لمبدأ الشرعية من ناحية النظرية , وخروجا من المقتضى نظرية القعد الاجتماعي التي هي أساس هذا المبدأ.

أما بالنسبة لقانون العقوبات اليمني رقم 12 لسنة 1994 وهو صادر بقرار جمهوري راس السلطة التنفيذية وهو يعد خروجا واضح لمبدأ الشرعية.

وكذلك قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم 13 لسنة 1994 وهو كذلك صادر بقرار جمهوري هو خرق آخر لمبدأ الشرعية .

أما في فلسطين , فقد جاء القانون الاساسي الفلسطيني في المادة 15 منه ينص لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني ... ولا يفضل التكرار فلقد تحدثنا سابقا عن معنى ذلك ولكن سوف نتحدث عن خرق مبدأ الشرعية على ارض الواقع على اعتبار إن أهل مكة أدري بشعابها.

نتيجة للانقسام الحاصل بين الضفة الغربية وقطاع غزة , نجد إن السلطة التنفيذية في شطري الوطن هي الحاكم والناهي في كافة مناحي الحياة , وقد نتج عن حالة الانقسام هذه تحيد كامل للسلطة التشريعية , والتي من المفروض إن تكون الممثلة لارادة الشعب , الأمر الذي يشكل خروجاً على مبدأ الشرعية , وهذا الخروج على مبدأ الشرعية , تمثل في اصدار العديد من القرارات بقوانين من قبل السلطة التنفيذية, وزج الشعرات من المواطنين في الضفة الغربية وقطاع غزة على حد سواء في السجون, لشهور طويلة دون توجيه اتهام أو محاكمة.

فلك إن تصور قيام رئيس هيئه القضاء العسكري في الضفة الغربية باصدار مئات قرارات التوقيف لمواطنين لمدة ستة شهور قابلة للتمديد بدون توجيه لائحة اتهام أو محاكمة عادلة مستندا في ذلك لنص المادتين 83 و 88 من قانون اصول المحاكمات الجزائية لعام 1979م وعلى الرغم من قيام المعتقلين بالظعن بهذه القرارات أمام المحكمة العدل العليا الفلسطينية , لعدم ولاية القضاء العسكري عليهم بصفتهم مواطنين مدنين , ورغم قول القضاء كلمته بعدم قانونية التوقيت ومخالفته نص المادة 101\2 من القانون الاساسي الفلسطيني , ونص المسادة 34 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 , وان قرار التوقيف يشكل غصبا للسلطة ويمس بحياة الموقفين الشخصية ورتبت القضاء على ذلك الغاء قرارات التوقيف المطعون فيها في جميع القضايا التي سجلت امامه , وقرر اخلاء سبيل الموقفين. نجد إن السلطة التنفيذية تضرب عرض الحائط بقرارات الافراج , الأمر يعتبر هدرا للحقوق والحريات وخروجاً على مبدأ الشرعية الجنائية.

وتجدر الاشارة هنا هنا الرئيس الفلسطيني كذلك ونتيجة الاوضاع السياسية التي تمر بتا الضفة الغربية وقطاع غزة ,استخدم صلاحية بموجب المادة 43 من القانون الاساسي المشار أعلاه , فاصدر استنادا لحالات الضرورة التي تحتل التأخير , في ظل تعطيل انعقاد المجلس التشريعي العيديد من القرارات

بقوانين . ولسنا هنا بصدد البحث في القانونية هذه الإجراءات من عدمها ,وبقدر ما يهنا التركيز على قيام السلطة التنفيذية ممثلة بالرئيس من اصدار قرارات بقوانين تنظم مسائل الحقوق والحريات , والتي هي بمقتضى مبدأ الشرعية من اختصاص المشرع وحده.

ولعل من اهم هذه القرارات ذات الصلة ببحثنا هذا , هو القرار بقانون رقم 4 لسنة 22004 المتضمن ستة مواد قانونية , وبموجب هذا القرار بقانون حظرت القوه التنفيذية التابعه لحركة حماس وواعبارها خارجة على القانو , وفوق ما نصت المادة رقم 1 من القرار وجاءت المادة رقم 2 لتجريم والانتساب لهذه القوه , وتحدد عقوبة الاعتقال المؤقت من ثلاث إلى سبع سنوات بل وذهبت المادة رقم 3 من القرار معتبر كل من سلاح أو قدم مساعدة أو اخفي أي من منتسبي هذه القوتمتدخلا في الجريمة , ويعاقب بنفس عقوبة المنتسب لهذه القوه, فيما نصت المادة رقم 4 على رفع سرية المصرفية , والتحفظ على اموال المنتسبين للقوة التنفيذية علة إن يكون ذلك بحكم قضائي.

ومهما يكن من أمر , فان القرار بقانون يبقى من صنيعته السلطة التنفيذية .الممثلة في شخص الرئيس والذي امتد ت صلاحيته إلى حد تناول بعض الأفعال بالتجريم والعقاب فلم تعد منطقه تنظيم الحقوق والحريات محرمة على غير المشرع , متوركه له وحدة لكي ينفرد بتا بوصفه ممثلا لارادة الشعب ,بل نجد السلطة التنفيذية تجريم الأفعال وتقرر العقوبات مما يعني في حقيقة الأمر الخروج على مضمون مبدأ الشرعية ومخالف لمقتضى نظرية القعد الاجتماعي.

ومما سبق يتبين انه , كلما شهدت المجتمعات أزمات سياسية , واضطرابات ما بين الشعب والطبقة الحاكمة , وكلما شهدنا تراجعاً وافولاً لمبدأ الشرعية , وكلما كانت العلاقة قائمة على الموازنة ما بين حماية المصلحة العامة كلما شهدنا التزاماً بمبدأ الشرعية ولذلك فالمعادلة طردية بينهما .16 لسنة 1960 مثل توجيه النيابة العامة تهمة حجز أوراق ثبوتية مستند مرة على إحكام المادة 1\222 من القانون ذات الرقم 200\2009المذكور كما حصل في القضية الجزائرية محكمة صلح الخليل , ومستند مرة ثانية رغم أنها نفس التهمة على إحكام المادة 1\204 كما حصل في القضية الجزائرية ذات الرقم 1074\2008 إما نفس المحكمة وبالرجوع لهاتين المادتين , نجد إن المادة 222 لا يوجد فيها بند أ أو بند ب , فتغدوا التهمة في غير محلها , اضافة إلى أن هذه المادة تجرم اعمال وتعرقل سير العدالة

فنصت المادة على أن " كل من أخفى أو أتلّف قصدا وثيقة أو مستندا أو أي شيء آخر مهما كان نوعه أو شوهه لهدرجة تجعله غير مقروءة أو تجعل معرفة حقيقة غير ممكنة ، وهو يعلم أنه ضروري في أية اجراءات قضائية قاصدا بعمله هذا أن يحول دون استعماله في معرض البيئة ،يعاقب ...". وكذلك الحال بالرجوع لنص المادة 1/204 نجدها تنصص على أن " من أخذ أو نزع أو اتلف أتلافا تاما أو جزئيا أو ورقا أودعت خزائن المحفوظات أو دواوين المحاكم أو المستودعات العامة أو سلمت إلى وديع عام بصفته هذه يعاقب ...".

وبالتدقيق في نصوص هاتين المادتين نجدهما يجرمان إعمالا وأفعلا ليس لها علاقة لا من قريب أو من بعيد ، بتهمة حجز أوراق ثبوتية ، وبالتالي فإن قيام النيابة العامة بتطبيق نصوص هذه المواد على هذه التهمة والتوسع في تفسيرهما ، أو القياس عليها ، لهو خلق لجرائم لم يتناولها المشرع ، الأمر الذي يعد خروجاً على مبدأ الشرعية .

واقليما كذلك يمكن التدليل على خرق مبدأ الشرعية ، والحقيقة أنه لا يتسع المجال للغوص في سرد عشرات بل مئات الوقائع ، ونكتفي هنا بمثال واحد للتدليل على ذلك ، فقضية الصحفي المصري مجدي حسين أمين عام حزب العمل المعارض شاهد على ذلك ، حيث حكمت المحكمة عليه المحكمة العسكرية المصرية بالسجن لمدة عامين ، بتهمة دخول قطاع غزة في عام 2009 بشكل غير مشروع ونجد هنا خرق مبدأ الشرعية كان من ناحيتين أولا : محاكمته أمام محكمة عسكرية رغم أنه مواطن مصري مدني ، الأمر الذي يخالف أحكام الدستور المصري وقانون الإجراءات الجزائية ،اللذان يفرضان عرضه على قاضية الطبيعي ، وهو القانون المدني وليس

القاضي العسكري ، وثانيا : تم توجيه تهمة له لا أصل لها في قانون العقوبات المصري فعوقب على فعل لم يتناوله المشرع بالتجريم والعقاب .

وأخيرا : فإن خرق مبدأ الشرعية على المستوى الدولي غدا من سمات العصر الحديث ، خاصة في ظل ما يسمى بمحاربة الإرهاب وهنا أيضا لا يتسع المجال للحديث عن خرق مبدأ الشرعية دوليا ، ونكتفي بالتعرض لمعتقل غوانتانامو ، والذي أصبح ذات شهرة عالمية ، فهذا المعتقل يمثل في العصر الحديث أحد أبرز الأمثلة ، للتدليل على أفول وتراجع مبدأ الشرعية الجنائية ،فمئات المواطنين من الدول

الأسلامية والعربية والأوروبية محتجزين فيه، منذ ما يزيد على الستة أعوام دون اتهام أو محاكمه ، بصفتهم مقاتلين أعداء ، مما يرجعنا التاريخ إلى العصر الحجري في التعامل مع حقوق وحرّيات الإنسان ، أما قضية الصحفي السوداني سامي الحاج موظف قناة الجزيرة الفضائية عنا ببعيد ، حيث أطلق سراحه بعد مضي ستة أعوام في السجن المذكور ، دون اتهام أو محاكمة فهل يوجد أكثر من ذلك هدرًا للحقوق واعتمادًا على الحريات.

ولكل ما سبق ، نستطيع القول أن مبدأ الشرعية الجنائية يشهد أفولًا وتراجعا ملحوظا وبالمقارنة مع مفهومه من حيث الأصل ، حيث أصبح مهددا ، نتيجة الخروج عليه ، وعدم الألتزام به ، بفعل السلطة التنفيذية واعتدائها على اختصاص السلطة التشريعية ، تحت ذرائع وحجج الضرورة والمصلحة العامة وقوانين الارهاب ، وفق ما رأينا أعلاه ، حيث لم تعد سلطة التجريم والعقاب قاصرة على المشرع وحده ، بل أصبحت السلطة التنفيذية والدولة صاحبة النفوذ تتدخل في التجريم والعقاب ، وهذا مؤشر خطير كونه ، يمثل اعتداء على سيادة الشعب ، ويبدو أنه كلما كان الوضع السياسي مضربا كلما شهدنا تراجعا لمبدأ الشرعية ، ذلك لطغيان السلطة التنفيذية ، وتحكمها في زمان الأمر ، مع تحيد كامل لدور السلطة التشريعية ، الأمر الذي ينبئ بالخروج على نظرية العقد الاجتماعي ، وبالتالي الخروج على مبدأ الشرعية الجنائية .

ومهما يكن من أمر فتبقى نهاية المطاف دولة القانون ، هي الدولة التي تتبنى مبدأ الشرعية الجنائية فتعمل على أحداث التوازن بين حماية المصلحة العامة من خلال المحافظة على قيم ومصالح المجتمع ، وبين المصلحة الخاصة من خلال تأمين وضمان حقوق وحرّيات المواطنين وهذا لا يتحقق ألا بتبني مبدأ الشرعية الجنائية وشرعية الجرائم والعقوبات .

الخاتمة :

من خلال هذا البحث وقفنا على حقيقة مفادها أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني)، يفيد أن أي فعل لا يمكن اعتباره جريمة يعاقب عليها ، إلا إذا وجد نص في القانون ، فالأصل في الأفعال الأباحت .

وقد رأينا من خلال بحثنا إن هذا المبدأ كان نتاج تطور تاريخي طويل ، وتتويج للصراع المحتدم ما بين الشعوب والسلطة الحاكمة ، لنيل الحرية ومقاومة الظلم . وقد ظهر هذا المبدأ- في النظم الوضعية - بشكل واضح مع ظهور محددات الدولة ، وبروز مبدأ الفصل بين السلطات . حتى غدا هذا المبدأ عالميا وذات صفة انسانية ودستورية ، حيث حرصت إعلانات حقوق الإنسان على تبنيه ضمن مواثيقها ، وأخرها الإعلان العالمي لعام 1948 ، وكما تضمنته معظم دول العالم في دساتيرها .

غير إن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في معرفته منذ أربعة عشر قرنا ، حيث أن أصل هذا المبدأ راسخ في نصوص القرآن الكريم وقال تعالى " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا " .

وعرفنا إن فلسفة المبدأ تقوم على أساس إحداث الموازنة فيما بين حماية المصلحة الفردية التي تمثل حقوق وحريات الأفراد ، وبين حماية المصلحة العامة ، التي تمثل القيم والمصالح داخل المجتمع ، وأنه لا مجال لتغليب مصلحة على أخرى ، مهما كان الدافع وراء ذلك .

وهذا قد تبين لنا إن مبدأ الشرعية غايته تحقيق الامن والاستقرار للمواطنين ، وهو الضامن للحقوق والحريات ، وأساس الاستقرار القانوني ، ولهذا ذهب أنصار المدرسة التقليدية للقول بضرورة تبني المبدأ وردوا على اوجه النقد التي ساقها ، أنصار المدرسة الموضوعية ، وقد رأينا وجهة ما ذهب إليه مؤيدوا هذا المبدأ ، لأن من شأن الخروج عليه ، هدر الحقوق والحريات وما من شك فإن التمسك بمبدأ الشرعية ، أفضل بكثير من القضاء عليه من خلال منح القضاء سلطة التجريم والعقاب أو منحهم حق اعمال القياس .

وقد وقفنا من خلال هذا البحث على حلقات مبدأ الشرعية ، وكذلك على اثار هذا المبدأ والتي كان أهمها حصر مصدر سلطة التجريم والعقاب بالنص القانوني ، واستبعاد ما عدا ذلك من مصادر ، وكذلك عدم رجعية القانون الجنائي ، إلا إذا كان هو القانون الاصلح للمتهم .

وفي النهاية توصلنا الاشكالية البحث ، وتبين لنا أن مبدأ الشرعية يشهد افولا وتراجعا في العصر الحديث ن مقارنة مع مفهومه -من حيث الأصل - وهذا الافول والتراجع يحدث كلما احتدت الازمات السياسية ، فلم تعد منطقة التجريم والعقاب محرمة على غير المشرع ، وذلك بفعل تدخل السلطة التنفيذية ، تحت ذرائع شتى منها الضرورة والمصلحة العامة وخلصنا إلى ضرورة التمسك بهذا المبدأ باعتباره انعكاس لدولة القانون .

واخر قولنا إن الحمد لله رب العالمين فما كان من خطأ وتفسير فمني والشيطان الرجيم ، وما كان من توفيق وسداد ، فمن الله العزيز الحكيم ، وفوق كل ذي علم عليم .

المصادر والمراجع

المصادر:

القران الكريم

2- المعجم الوسيط دار إحياء التراث الإسلامي, قطر, 2001,

القوانين والداستير

الدستوري اليمني لسنة 2001

القانون الاساسي الفلسطيني 2002

الدستور الأردني لسنة 19520

الدستور المصري 1971

قانون العقوبات اليمني رقم 12 لسنة 1994

قانون العقوبات الأردني رقم 6 السنة 1960

قانون العقوبات المصري

قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم 13 السنة 1994

الكتب القانونية

د.احمد فتحي سرور ,القانون الجنائي الدستوري ,مصر دار الشروق 2001

د.احمد فتحي سرور الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ,القاهرة

: دار النهضة العربية, 1995

د.السعيد مصطفى السعيد,الإحكام العامة في القانون العقوبات , القاهرة :دار المعارف

.1963

د.رمسيس بهنام ,النظرية العامة للقانون الجنائي ,الاسكندرية :منشأة المعارف 1965.

د.رمسيس بهنام , الجريمة والمجرم والجزاء :القاهرة :منشأة المعارف 1976.

د.سامح جاد,مبادئ قانون العقوبات القسم العام ,القاهرة :مطابع دار الوزان ,1986

د.عبد الفتاح الصيفي القاعدة الجنائية ,بيروت :الشرقية للنشر والتوزيع ,بدون تاريخ .

د.عبد الفتاح الصيفي ,الإحكام العامة للنظام الجزائي الرياض :مطابع جامعة الملك

السعود 1416هـ.

د.عصام عفيفي حسين عبد البصير,تجزئة القاعدة الجنائية :القاهرة دار النهضة العربية

2003.

د.عوض أبو جراد ,ضمانا المحاكمة العادلة في القانون الاخذات الجديد في الضوء

المعايير الدولية ,عمان :بلا نشر .بلا سنة ,بحث غير منشور

د.فتوح عبد الله الشاذلي ,المسؤولية الجنائية القاهرة :دار المطبوعات الجامعية 2001.

د.كامل السعيد ,شرح الإحكام العامة في القانون العقوبات الأردني, عمان :دار الثقافة

للنشر 1983.

د.مأمون سلامة ,قانون العقوبات القسم العام . القاهرة, دار النهضة العربية, 1992.

د.محمد صبحي النجم,قانون العقوبات , القسم العام . عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر

2000.,

د.محمد علي الحلبي ,شرح قانون العقوبات, عمان :دار ومكتبة بغدادي ,1993.

د.محمود مصطفى,شرح قانون العقوبات القسم العام ,القاهرة : مطبعة جامعة القاهرة,

1983

د.محمود مصطفى ,شرح قانون العقوبات القسم العام , مصر : دار النهضة العربية

1974,

د.محمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات ,قسم العام ,مصر : دار النهضة العربية ,

1963

د. محمود نجيب حسني , شرح القانون الاجرائات الجنائية , القاهرة : دار النهضة العربية

19 ,

الرسائل العلمية

د. عوض ابو جراد ,الاهلية الاجرائية في الاعتراف الجنائي ,رسالة ماجستير الجامعة

البنانية ,1995.

المقالات

31-د.العميد عبد الطيف ابو هدمة منشور على الموقع الالكتروني

<http://www.aladel.gov.ly/main/modyles/sections/item.php?itemid=>

289

اللجنة الشعبية للعدل زيارة للموقع بتاريخ 2010\11\21

32-د.فارس عبد الكريم ,قانونية التجريم والعقاب في القانون والشرعية (مقال :زيارة على
موقع الانترنت بتاريخ 2010\11\20).موقعدولة المواطن

[http://www.irqnta.com/new/index.php?option=com_content&view=ar
158ticle&id=](http://www.irqnta.com/new/index.php?option=com_content&view=ar158ticle&id=)

المواقع الالكترونية

33.قاعدة التشريعات المصرية.

[8http://www.arablegalportal.org/egyptverdictRef.aspx?v=](http://www.arablegalportal.org/egyptverdictRef.aspx?v=)

التشريعات الاردنية

[http:// www.lob.gov.jo/ui/main.html](http://www.lob.gov.jo/ui/main.html)

34-المقتفي مجموعة التشريعات والاحكام الفلسطينية

35 -بوابة الحكومة المصرية

<http://www.egypt.gov.eg/arabic/laws/constitytiom/defaylt.aspx>

الصفحة	الموضوع
1	المقدمة
4	المبحث الأول: ما هي مبدأ الشريعة الجنائية
4	المطلب الأول: مفهوم ونشأة الشريعة وفلسفة التي يتركز عليها
4	الفرع الأول: مفهوم مبدأ الشريعة الجنائية
8	الفرع الثانية: نشأة المبدأ
11	الفرع الثالث: فلسفة المبدأ
13	المطلب الثاني: غاية المبدأ
13	الفرع الأول: مقتضى المبدأ
14	الفرع الثاني: الانتقادات التي تعرض لها
18	المبحث الثاني: حلقات مبدأ الشريعة
18	المطلب الأول: شرعية الجرائم والعقوبات
20	المطلب الثاني: الشرعية الاجرائية
23	المطلب الثالث: شرعية التنفيذ العقابي
25	المبحث الثالث: آثار وانحسار مبدأ الشريعة
25	المطلب الأول: آثار مبدأ الشرعية الجنائية

33	المطلب الثاني: انحصار مبدأ الشرعية
39	الخاتمة
40	المراجع

