مبدأ الشرعية في النظامين اللاتيني والنظام الانكلوسكسوني

أ.د.بصائر علي محمد(*)

م.م.سارة خالد محمد(**)

الملخص

فـي مجـال القانـون الجنائـي فإنـه لا يمكـن تجريم فعـل أو فرض عقوبـة على فعل دون وجـود نص قانوني يحـدد ذلك، ومن هذا المنطلـق كان ضـرورة وجود مبدأ الشـرعية، الـذي يترتـب عليه أن التشـريع هـو المصدر الوحيـد لقانون العقوبـات ولا يمكن اللجوء إلى القيـاس فـي التجريـم والعقاب، كمـا لا يمكن تطبيـق هذه النصوص بأثـر رجعي، والأنظمة القانونيـة تباينـت فيمـا بينها فـي صياغة مبدأ الشـرعية تبعاً لظروفها, فقد تدرجت بالأخذ به حتى أصبح مبدأً عالمياً، إلا أنه مع ذلك فلا نجد تكريـس هذا المبدأ في قانـون واحد وإنما على شـكل قوانين متفرقة، بينما فـي الدول الأخرى يتحـدد في قانـون العقوبات ويتـم تحديد جميع الجرائم والعقوبات بشكل واضح وثابت.

الكلمات الدلاليـة: مبدأ الشـرعية، النظام اللاتيني، النظام الانكلوسكسوني، التشريع.

المقدمة

يحكـم القانـون الجنائـي مبدأ الشـرعية والذي يتحدد بالنص على عدم مشروعية سلوكٍ مـا والنص على جزاء يقابله، وقد تمت صياغة هذا المبدأ بتأثير الثورات والظروف التي مرت بها البلدان آنذاك حتى تم تدويله والنص عليه في الاتفاقيات الدولية ليصبح أحد الحقوق الأساسية من حقوق الإنسان.

ويمثـل هـذا المبـدأ مصـدر الصفـة غير المشـروعة للفعل فهو يعبـر عن النص العقابي الوارد فـي قانون العقوبات, ولهذا المبدأ مظهر سياسـي مفاده أن من حق الدولـة ومن واجبها حفظ الأمـن والنظام داخل المجتمع بشـرط ألا تتعسـف في اسـتخدام هذا الحق الذي تمارسـه علـى المجتمـع وفـق قيـود وضوابـط معينة، وللمبـدأ جـذور عميقة فـي التاريـخ حيث كان نتـاج الثـورات التـي قامت بها الشـعوب على الحـكام نتيجة تعسـف القضاة ومـن أجل تقنين وتحديد الأفعال المجرمة والعقوبات المفروضة عليها،ولهـذا فقد اختلفت الأنظمـة القانونية في التعامل معه.

وفـي ضـوء ما تقـدم سنقسـم هـذا البحث علـى **مطلبين**: نبين في **المطلـب الأول** مفهوم مبـدأ الشـرعية مـن حيـث التعريـف والنتائج المترتبة عليه، ونسـتعرض في **المطلب الثاني** تأثيـر الانظمـة القانونية المقارنـة في صياغة مبـدأ الشـرعية وذلـك فـي كل مـن النظامين الانكلوسكسوني واللاتيني، ثم نتبع البحث باهم النتائج و المقترحات.

(*) الجامعة العراقية/ كلية القانون والعلوم السياسية bassier_ali@hotmail.com

(**) االجامعة العراقية /كلية القانونوالعلوم السياسية Sarosasos91@gmail.com

المطلب الأول

مفهوم مبدأ الشرعية

يمثل مبدأ الشرعية أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون الجنائي حيث لا يمكن وصف فعل بأنه مجرم دون وجود نص ينص على ذلك، ولا يمكن فرض عقوبة على فعل ما لم يوجد نص يبين تلك العقوبة، مما يستلزم وجود نصوص قانونية صادرة من السلطة المختصة (السلطة التشريعية) تحدد الأفعال المجرمة والعقوبات المفروضة عليها حتى لا يصار إلى خلق جرائم وعقوبات لم ينص عليها القانون. وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين: الأول يبحث في تعريف المبدأ والثاني يتناول النتائج التي تترتب عليه، وعلى النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول

تعريف مبدأ الشرعية

إن مبدأ الشرعية يمثل الركن الشرعي للجريمة, وهو يختلف عن المشروعية, ويقصد به حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة فالمفهوم يتعلق بالنص الجنائي والعناصر التي تضمن صحة شروط النص على نحو يكفل احترام حقوق الإنسان واقامة التوازن بينها وبين المصلحة العامة, أما مبدأ المشروعية في إطار القانون الجنائي فيقصد بها انتفاء التعارض بين الواقعة القانونية والنص العقابي وانتفاء التعارض بين النص والمصالح المرعية بالحماية, فالمشروعية تتعلق بالفعل أما الشرعية فتنصرف إلى النص نفسه[1].

وفي مجال القانون الجنائي ينصرف مفهوم الشرعية إلى أن للقانون مصدراً واحداً دون المصادر الأخرى كالعرف والشريعة الإسلامية[2]، فهو يقوم على حصر الجرائم والعقوبات في نصوص القانون حينما يحدد الأفعال التي تعد جرائم ويبين أركانها ويفرض العقوبات الملائمة لها ويلتزم القاضي بتطبيق ما يضعه المشرع فلا يجرم فعل إلا إذا وجد نص يعد هذا الفعل جريمة[3]،وهذا يعني وجوب وجود نصوص قانونية صادرة من السلطة المختصة لضبط سياسة التجريم والعقاب بحيث يخضع القانون الجنائي إلى هذا المبدأ كما إن السلطات الأخرى يجب أن تراعيه في جميع أعمالها القانونية فتخضع السلطة القضائية لما تضعه السلطة التشريعية من نصوص, كما تلتزم السلطة التنفيذية عند ممارستها لاختصاصها لهذا المبدأ عند عدم وجود تفويض لها والمشرع أيضاً ملزم عند صياغته للنصوص أن يبحث عن توازن بين حقوق الاتهام وحقوق الدفاع والموازنة أيضاً بين المصالح الفردية والعامة، فيلتزم القاضي بالتطبيق السليم للقانون فيكيف الأفعال تكييفاً سليماً فإذا انتفى النص فيحكم بعدم المسؤولية ولا يتوسع بتفسير النصوص الجنائية[4]، لذا كان هذا المبدأ كنتيجة لاعتماد مبدأ الفصل بين السلطات.

ويجد هذا المبدأ أساسه في أمرين: الأول, يقوم على الحرية الشخصية والثاني حماية المصلحة العامة, فبالنسبة للأساس الأول فقد جاء كرد فعل لما عاناه الأفراد من تحكم لفترة طويلة من الزمن حيث لم يكن الأفراد على علم بما هو مجرم فيجتنبوه, فكان مجيء هذا المبدأ عبارة عن ثورة في مجال الحقوق والحريات حيث يرسم الحدود الواضحة للأفعال المجرمة بما يوفر الطمأنينة لهم ويحول دون تحكم

القاضي وبهذا يعبر مونتسكيو وبيكاريا بالقول (إن القوانين وحدها هي التي يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم وأن هذه السلطة لا يمكن أن يتولاها سوى المشرع بذاته الذي يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعي)[٥].

وقد تم اطلاق عدة تسميات على مبدأ الشرعية منها الشرعية النصية[٦] وقانونية الجرائم والعقوبات[٧] وهو الأعم, وتدور جميع هذه التسميات حول معنى واحد وهو حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون حيث يحدد الأفعال المخالفة (الجرائم) ويبين أركانها والعقوبات المقررة لها من حيق مقدارها ونوعها ويكون فرضها من اختصاص السلطة التشريعية[٨]. وكذلك اطلق البعض[٩] عليه بمبدأ المشروعية حيث ارادوا بهذا المصطلح تعذر فرض أي عقوبة عند ارتكاب أي فعل لم يكن القانون قد نص على تجريمه ومهما كانت درجة جسامته[١٠].

ولم يتفق الفقه حول التسمية التي يتم اطلاقها على هذا المبدأ ومنبع هذا الاختلاف من موضع هذا المبدأ بالنسبة للجريمة فذهب اتجاه إلى عده أساس الجريمة وجوهرها فهو في مكانة أعلى من الركن المادي والمعنوي, إذ لا يمكن الكلام عن وجود جريمة دون وجود مبدأ الشرعية فعدم وجود هذا المبدأ لا نجده بتحليل الجريمة إلى أركانها وإنما نجده في كل ركن من أركانها وفي مجموعها[١١]. بينما يذهب اتجاه آخر إلى عد المبدأ ركناً في الجريمة يضاف إلى أركانها الأخرى (المادي والمعنوي) وهو بنفس مرتبة بقية الأركان حيث لا يتصور وجود جريمة دون استكمال أركانها مجتمعةً[١٢]. ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن مبدأ الشرعية ينصرف إلى النص الذي يجرم الفعل نفسه إذ يحدد الفعل والامتناع عنه المحظور فهو لا يعد جريمة ولا يؤاخذ مرتكبه إلا إذا نص القانون على ذلك[١٣].

ويقوم هذا المبدأ على المسؤولية الأخلاقية والتي تحدد مسؤولية الشخص على أساس الخطأ المنسوب إليه والصادر عن إرادة ارتكاب الفعل وإدراك لعدم مشروعيته وهذا يمثل مبدأ من مبادئ العدالة التي تعد أساس قيام دولة القانون[١٤], فهو الضامن لحقوق وحريات الأفراد من تحكم القضاة بتحديد الجرائم والعقوبات ليضع الحد الفاصل بين العمل المشروع وغير المشروع[١٥].

أما الفقه العربي فالرأي الراجح فيه يذهب إلى انكار اعتبار هذا المبدأ كركن للجريمة وتبرير ذلك أن النص هو الذي يخلق الجريمة وهو مصدرها ولا يمكن تصور مصدر الشيء هو جزءٌ منه[١٦].

ونتفق مع الرأي الذاهب إلى أنه لا يمكن عد الشرعية ركناً للجريمة, فالركن هو ما يدخل في ذات الشيء ويكون جزءاً من ماهيته, أما الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده عدم ولا وجود ذاته ويكون خارج عن ماهية الشيء[١٧]، وعليه يمكن عده شرطاً لاعتبار الفعل مجرم.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية

يترتب علــى الأخذ بمبدأ الشــرعية النتائج الآتية:

١ـ التشريع مصدر التجريم والعقاب

إن مصدر التجريم والعقاب يعني الأشــكال التــي تظهر بها القاعدة الجنائية من حيث كونها مكتوبة في نص تشــريعي مقنن أو غير مكتوبة في صــورة عرف أو عادة أو مــن حيث كونها مصدراً مباشراً للقانون أو موجهاً له وهو تعبير عن الأشــكال والوســائل التي تبــدو فيها إرادة الدولة واضحة في إلزام الأفراد باحترام القاعدة القانونيــة بمــا تتضمنــه مــن تكليفــات[١٨]، إن التجريم والعقــاب يجب أن يكون بنص مكتوب يوضع من قبل الســلطة المخولة قانوناً (السلطة التشــريعية)،وهذا يعني أن السلطة القضائية لا تمتلــك تجريم أي فعل ولا فــرض العقوبة على أي فعــل غير تلك المنصوص عليها في القانون فســلطة القاضــي تنحصــر في تطبيــق القانون وضمن الحدود التي رسمها المشرع له وليس له الحق باستحداث جرائم وعقوبات لم ينص عليها القانــون, وهذا لا يمنع تخويل الســلطة التنفيذية صلاحية التشريع في مجالات معينة[١٩]،وترتب على ذلك اســتبعاد المصــادر الأخرى كالعرف ومبــادئ القانــون وقواعد العدالة وهــذه الميزة ينفــرد بهــا قانــون العقوبــات عــن القوانيــن الأخــرى، إلا أن هــذه الصفــة لا تنطبــق على جميــع النصــوص العقابية وإنمــا تنحصر في القواعد الإيجابية دون السلبية فموانع المسؤولية وأسباب الإباحة لا تشــملها هذه القاعدة ويجوز اللجــوء إلى المصادر الأخرى[٢٠] ، وهذا الأمر ناتــج عن الاســتدلال بمفهوم المخالفــة ذلك أن المشرع لا ينص إلا على الأفعال المجرمة دون المباحــة فالأخيرة لا يمكــن حصرها وكل ما لم يتم النــص على تجريمه فهو تنطبق عليه قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة[٢١].

٢ـ تفسير النصوص

يقصد بالتفســير تحديد المعنى الذي يقصده المشــرع من الفاظ النص ليكون صالحاً ليطبق على الوقائع ويكون ملائماً للحياة ويحقق أهداف التشــريع وفي نطاق قانــون العقوبات يتم اتباع قواعد خاصة في التفســير فيتقيــد القاضي بهذه القواعــد لتحديد حقيقة محتــوى النص الجنائي ويبحــث عــن المعنــى الحقيقي للقانــون وقيمه الموضوعية وهو ما يسمى التفسير الضيق[٢٢], والتفسير سكون على أنواع وهي:

أ-التفسير التشريعي: وهذا التفسير يقوم به المشرع ويصدر عن ذات السلطة التي وضعت النــص ويتــم مــن خــلال النصــوص القانونية ويستهدف هذا التشــريع تفسير نصوص سابقة اثارت خلافاً لــدى تطبيقها لما يتطلب ضرورة تدخل المشــرع،وهذا النوع من التفســير يتمتع بصفــة الإلــزام ذاتهــا التــي يتمتع بهــا النص القانوني الذي تم تفسيره من خلالها وهو جزءاً منه[٢٣].

ب-التفســير القضائي: وهو الــذي يقوم به القضــاء اثناء فصله للواقعــة المعروضة أمامه وتطبيــق النص القانوني وهذا التفســير يقتصر علــى هذه الواقعة دون غيرهــا وهو غير ملزم ويجــوز الرجوع عنــه حين يفصل فــي واقعة أخرى فهو غير ملزم لأي قاضٍ آخر ولو كان في مرتبة أقل[٢٤]، ومع ذلك فغالباً ما يتم الاستئناس

بـرأي المحاكـم الكبرى والأعلـى درجة حول تفسيرها للقانون ومحتوى النص. وهنا لابد من الإشـارة إلى أهمية الدور الذي يقوم به القضاء الذي يمكنه من خلال التفسـير من اعطاء معنىً جديد للنص في حال حصول فجوة بين التشريع والواقـع الاجتماعـي، وقد عمـل القضاء وعن طريق التفسـير إلى توسـيع النصوص الجنائية ولم يكـن ذلك خروجاً علـى القواعد الأصولية في التفسـير فيعمـل بحكم النص بمـا يتضمنه نطاقه لغةً أو منطقاً وقت تطبيقه دون النظر إلى وقت وضع النص, ويعد ذلك إعمالاً للنصوص الجنائيـة وتطويعـاً لهـا والتي تشـكل من أهم الواجبات المفروضة على المفسر حتى لا يكون النص عاجزاً عن مواجهة الظروف المستحدثة «فالنصوص متناهيـة والوقائع غير متناهية»، فعلـى سـبيل المثال واجـه القضـاء في مصر وفرنسـا فعل الاسـتيلاء على التيار الكهربائي, فقرر امتداد حكم السرقة عليه بتفسير أن طبيعة الكهرباء كونها مادة تأخذ حكم المنقول, وهذا ما أثبتـه التقدم العلمي مـن أن الكهرباء تتكون من إلكترونـات لكلٍ منهـا وزنٌ محددٌ ويحمل طاقة كهربائية محـددة[٢٥]، وهذا الدور يبرز بشـكل كبير في الدول التي تتبع النظام الإنكلوسكسوني، حيث يعد القاضي مشـاركاً في خلق القانون من خلال السـوابق القضائية, ولا أدل من ذلك حين قضـت المحكمـة العليا فـي الولايـات المتحدة الأمريكيـة بأن التشـريع الذي يجـرم العلاقات الجنسية الرضائية(فيما بين الجنس الواحد) بأنه دسـتوري, ثم بعد عشـرين سنة عدلت عن ذلك وأقرت بأن الدستور قد منع تجريم العلاقات بين الأفـراد البالغين من الجنـس الواحد, وكان ذلك نتيجة تبدل قيم المجتمع الأمريكي الذي بدأ يميل نحو الاعتراف بالعلاقات المثلية[٢٦].

ج-التفسـير الفقهـي: وهو الـذي يتم من قبـل فقهاء القانون ويشـكل ابـداءً للرأي حول نـص معين فهو غير ملزم وفائدته تكمن في مد القضاء العون لتطبيق القانون وتوجيه المشرع لاستكمال النقص الذي يعتري التشريع.

٣-حظر القياس

عنـد نظر القاضي فـي الوقائع المعروضة عليـه لا يجـوز تجريـم الفعـل لم يتـم تجريمه بالقيـاس علـى فعـل تم النـص علـى تجريمه لوجود وقائع متشـابهة ومتقاربة بين الفعلين أو أن العقـاب يحقق نفـس المصلحة فيقرر توقيع العقـاب فـي الحالة الثانية، وهذا يشـكل اعتداء صريحاً علـى مبدأ الشـرعية الجنائية, ذلك أن الجرائـم والعقوبات لا يتـم تقريرها إلا من قبل المشـرع والقاضـي ينحصـر دوره في وضع النص موضـع التطبيـق, فإن قام مثـلاً بقياس جريمة السـرقة المتمثلة بأخذ مال منقول للغير دون رضـاه على فعل الاسـتيلاء علـى منفعة فيعتبر الأخير سرقة كون المنفعة مملوكة للغير فإنه يكون منتهكاً للشرعية[٢٧].

٤-عدم رجعية النص الجنائي

إن أحـكام قانون العقوبات تسـري على المسـتقبل وليـس الماضـي فلا يحكـم القانون الوقائـع التي وقعـت قبل نفاذه وهـذا يعني أنه لا يجـوز أن يطبـق قانون العقوبـات على فعل ارتكـب قبل نفـاذه وكان مباحاً فـي ذلك الوقت كمـا لا يجـوز تطبيق النـص العقابي على فعل ارتكب قبل نفاذه وكان معاقباً عليه بعقوبة أخف فـلا يتم توقيع العقاب ويزيد على ما كان يقضي به النص القديم[٢٨]، إلا إنه توجد عدة استثناءات على هذه القاعـدة تتمثل برجعية النص الجنائي

إذا كان أصلح للمتهم ورجعية القوانين المحددة الفتـرة والقوانين التفسـيرية، ففي هذه الحالات ينسـحب أثر النص الجنائي إلى الماضي ليحكم الحـالات التـي وقعت في وقت سـابق لنشـوء النص.

المطلب الثاني

تأثير الأنظمة القانونية المقارنة في صياغة مبدأ الشرعية

يتأثـر مبـدأ الشـرعية كغيره مـن المبادئ القانونيـة بالنظام العام السـائد فـي البلد, وهذا الأمر يتوقـف على نوع النظـام القانوني الذي يتبعهـا القانون, فيختلف الأمر فـي الدول التي تعتنـق النظام اللاتيني عن تلك التي تتبع النظام الإنجلوسكسوني. وفي هذا المطلب سنبين تأثير ذلك في فروعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

في النظام اللاتيني

إن الأخذ بمبدأ الشـرعية في الدول التي تعتنق هذا النظام قد انطلق من كتابات المفكرين والفلاسـفة ومناداتهـم بهذا المبـدأ حيث انتقدوا النظام العقابي السائد والقائم على أساس القسوة والتحكـم في تقدير الجرائم والعقوبات[٢٩]، فبين (مونتسـكيو) في كتابه (روح الشـرائع) أنه (لا حرية إذا لم تنفصل سـلطة القاضي عن السلطة التشـريعية)[٣٠]، وسـاند هذا الرأي (جان جاك روسـو) في كتابه العقـد الاجتماعـي[٣١]، وقد اسـتند المحامي الايطالي (بكاريـا) إلى كتاب العقـد الاجتماعي ليثبت أهـم المبادئ التي يقوم عليها التشريع العقابي العادل في كتابه (الجرائم والعقوبـات) فدعـا إلى تطبيق مبدأ (الشـرعية النصية) والتي تقوم على وجوب النص مسـبقاً علـى الجرائم والعقوبـات التي تفـرض عليها ولا بـد من الانذار قبـل العقاب وهو ما تقتضيه العدالـة ويفرضه المنطق السـليم[٣٢]، وأسـس هذا المبـدأ على أن مضمـون الجرائم هو الحد من حريـات الأفراد أي إنهـا التزامات الأفراد من الناحية الجنائيـة، وهذا يتطلب تحديد الفعل المجـرم والعقوبـة المحـددة له ليكـون الأفراد على علم مسـبق بـ(المحظـورات) وهي الجزء المقتطـع من حريته في السـلوك وبـ (المباح) الذي يمثل ما تبقى من حريته فيمتنع عن الاقدام علـى الأفعـال المحظـورة والتي تـم تحديدها بموجب القانون[٣٣].

وقـد أخـذت قوانين الـدول التي تعتنق النظـام اللاتيني بهـذا المبدأ ونصـت عليه في دساتيرها وقوانينها ففي فرنسا كان القضاء قبل الثورة الفرنسـية ١٧٨٩ يتمتع بسـلطة التجريم والعقاب, فكان يجرم افعالاً غير مجرمة ويقرر لها العقوبات التي يراها ملائمة ويختار اسلوب تنفيذها بما يحقق الغاية ومنها وبما يخدم الفلسفة السـائدة فـي ذلك الوقـت؛ لهذا كانـت الجرائم والعقوبـات تتصف بالتحكـم والانتقائية[٣٤]. إلا أنه بمجيء الثورة الفرنسـية وصدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩ نصت المادة الثامنة منه على أنه (لا يجوز البتة عقاب أي شـخص إلا بناءً علـى قانون صادر قبـل ارتكاب الجريمة, وليـس للقانون أن ينص إلا على العقوبات الضرورية بصورة مؤكدة).

تبع ذلك تقنين المبدأ في الدسـاتير الفرنسية التي صـدرت عقـب الثـورة الفرنسـية وذلك فـي المـادة الثامنة والعاشـرة من دسـتور عام

١٧٩١ والمادة الرابعة عشر من دستور ١٧٩٣ وبصدور قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٧٩١ فقد اقره والتزم به بصورة جامدة وعرف الجرائم وحدد العقوبات المفروضة عليها فكان دور القاضي يقتصر على تطبيق النص ولم تكن لديه أية سلطة تقديرية في مجال خلق الجرائم والعقوبات, وعند صدور العقوبات الفرنسي سنة ١٧٩٥ فقد نص بشكل صريح على مبدأ الشرعية في المادة الثالثة منه، كما نص على ذلك في قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٨١٠ في المادة الرابعة منه بالقول (لا عقاب على أية مخالفة أو جنحة أو جناية ما لم يكن قد نص على هذا العقاب قانون سابق على ارتكاب أياً منها)، فكانت هذه المادة بمثابة الحصن لمبدأ الشرعية حتى وإن لم تنص عليه الدساتير اللاحقة للثورة الفرنسية بشكل صريح حتى مجيء دستور ١٩٤٦ حيث تم تدوين هذا المبدأ إلى جانب هذه المادة[٣٥].

وبصدور قانون العقوبات الفرنسي سنة ١٩٩٢ نصت المادة (٣/١١١) على أنه (أولاً: لا يمكن عقاب أي شخص عن جناية أو جنحة لم تحدد أركانها بواسطة القانون, ولا عن مخالفة لم تحدد أركانها بواسطة اللائحة. ثانياً: لا يمكن عقاب أي شخص بعقوبة غير منصوص عليها في القانون إذا كانت الجريمة أو جنحة أو في اللائحة إذا كانت الجريمة مخالفة). وهذا يعني أن النص أجاز التفويض في المخالفات فأجاز صدورها بناءً على قانون, بينما حصر الجنايات والجنح بيد السلطة التشريعية حيث تصدر بقانون.

أما في ألمانيا فإن نشوء مبدأ الشرعية يعود إلى كتابات الفقيه الألماني (فويرباخ) حين ردد ألا عقوبة دون قانون, وكررها من بعده الفقهاء الآخرين[٣٦]، على أثر ذلك صدر قانون (كارولينا) ١٥٣٢ والذي أصدره (شارل كانت) فنصت المادة الرابعة عشر منه على أنه (لا يستطيع القضاة أن يحكموا على فرد بعقوبة الموت أو بأية عقوبة جزائية في الحالات التي لا ينص عليها الدستور الامبراطوري بعقوبة مخلة بالشرف أو بعقوبة بدنية)، وهذا يمثل قيداً على حرية القاضي الجزائي في اللجوء إلى القياس.

وفي إيطاليا يعود نشوء المبدأ إلى الفقيه (بكاريا) في كتابه (الجرائم والعقوبات) حين بين أن القوانين وحدها التي تحدد العقوبات التي تقابل الجرائم، ولا يستطيع القاضي أن يوقع سواها، وقد اعتنق المشرع الإيطالي هذا المبدأ قبل وحدة ايطاليا في دستور سردينيا لسنة ١٨٤٨ والذي أصبح دستوراً لإيطاليا بعد الوحدة عام ١٨٦١، كذلك تم النص عليه في دستور ١٩٤٧ بشكل صريح في المادة (١/٢٥) وفي قانون العقوبات النافذ لسنة ١٩٣٠ في المادة الأولى منه والمادة (١٩٩) وطبق هذا المبدأ على العقوبات والتدابير الاحترازية بوصفها احدى صور الجزاء الجنائي إلى جانب العقوبات.

أما على مستوى التشريعات العربية فقد تبنت أغلب الدساتير وقوانين العقوبات مبدأ الشرعية ونصت عليه بشكل صريح أو أخذت به بشكلٍ ضمني في حالة عدم النص عليه،فأخذ الدستور المصري لسنة ١٩٣٢ في المادة السادسة منه على ذلك،وتبعها الدساتير اللاحقة له[٣٧]، وكان آخرها في الدستور النافذ لسنة ٢٠١٢[٣٨]، كذلك في قانون العقوبات النافذ رقم

(٥٨) لسنة ١٩٣٧ في المادة الخامسة والتي نصت على أنه (يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها)[٣٩].

وفي العراق نلاحظ أن دستورَي ١٩٢٥ و١٩٥٨ جاءا خاليين من الإشارة إلى مبدأ الشرعية كذلك قانون العقوبات البغدادي الملغي لعام ١٩١٨ فقد خرجت المادة (٤١) عن مبدأ الشرعية حين أجازت اللجوء إلى العرف فأجازت للمحاكم أن تبدل العقوبات المقررة في هذا القانون بعقوبات أخرى يقرها العرف العشائري حتى تم الغاء هذه المادة بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٦١ وكان من الأسباب الموجبة لهذا الإلغاء كون الثورة ألغت دعاوى العشائر التي كانت تجعل الفصل في الخصومات بين أفراد القبيلة طبقاً لعاداتها وكان هذا النظام ركيزة من ركائز الاقطاع بالرغم من أن القضاء لم يلجأ إلى تطبيقها في الدعاوى المعروضة أمامه، إلا أن بقائها في القانون لا ينسجم وهداف الثورة،إلا أنه باستقراء أحكام القضاء نلمس بوضوح أن التجريم والعقاب لا بد أن يستند إلى نص وكان احترام هذا المبدأ يشكل عرفاً قضائياً تسير عليه المحاكم[٤٠]، وقد تم النص لأول مرة على مبدأ الشرعية في الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ في المادة الثانية بالقول (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون, ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليه)، يبع ذلك دستور ١٩٦٨ وبصدور قانون العقوبات الحالي لسنة ١٩٦٩ نصت المادة الأولى منه على أنه (لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون), كما نص الدستور الحالي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٩/ثانياً) على أنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة).

ويلاحظ أن بعض الدول لم تورد مبدأ الشرعية في دستورها ومنها الاتحاد السوفيتي وذلك في المادة (١٠) و(١٦) من قانون العقوبات السوفيتي لعام ١٩٢٢ وقانون العقوبات لسنة ١٩٢٦ والمادة (٦) لقانون العقوبات الصادر عام ١٩٣٤, وذلك لدوافع سياسية واقتصادية ومعالجة الاختناقات الاقتصادية بعد الحرب الباردة ١٩٤٥[٤١], فالظروف استدعت الخروج عن مبدأ الشرعية لمواجهة المشاكل الاقتصادية والاهتمام بالنظام الاشتراكي وتصفية الرأسمالية حتى عام ١٩٥٨ تم اعادة العمل بمبدأ الشرعية[٤٢]، فالمشرع السوفيتي نظر إلى الجريمة كونها الفعل الموجه ضد مصلحة النظام السياسي؛ لذلك فالخروج على هذا المبدأ واللجوء إلى القياس في التجريم والعقاب كان السمة البارزة لهذا النظام[٤٣]، فعوقب على هجر الزوجة منزل الزوجية للإقامة مع عشيقها قياساً على جريمة الصيد بغير إذن رسمي (فعوقب العشيق ولم تعاقب الزوجة)، كما عوقب المسلم الذي يمارس الختان المقرر شرعاً بالعقوبة المقررة للإجهاض، كما تم القياس على جريمة السرقة من المنازل في المعاقبة على السرقة من الفنادق[٤٤].

كذلك في اسبانيا فقد خرج المرسوم التشريعي لعام ١٩٦٨ الذي اصدره (فرانكو) عن مبدأ الشرعية فنصت المادة الثانية منه على انطباق وصف العصيان العسكري والأعمال المشابهة لها على المعارضين السياسيين وعدهم

قطاع طرق ومرتكبين للعصيان العسكري[٤٥]

كذلك الحال في ألمانيا فإن صياغة مبدأ الشرعية كان لحماية مصالح مختلفة وعند وجود ثغرة فيه فيجوز للقاضي أن يجرم ويعاقب وفقاً للشعور الشعبي الصحيح وأسس التشريع العامة[٤٦]. وهو ما يسمى بـ(القانون الحي)؛ لذا كان القياس وسيلة تعد مشروعة لتفسير النصوص الإيجابية لمواجهة النقص الذي يعتري النص فكثيراً ما يتم لجوء القاضي إلى القياس لخلق تجريم يتناسب مع الواقعة المعروضة أمامه[٤٧]. وكان هذا في قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٣٥ حتى تم إلغاؤه سنة ١٩٤٦، وتم استبدال الشعور الصحيح والأسس العامة للتشريع بعبارات فضفاضة كالروح الوطنية أو الإحساس السليم للأغلبية[٤٨].

وأخيراً في الدنمارك فوفقاً للقانون الصادر سنة ١٩٣٠ في المادة (١/٢٦٣) فقد نصت على حرمة المراسلات وقياسها على استراق السمع هاتفياً[٤٩]. ولهذا يشير الفقه الجنائي الدنماركي إلى أن الأخذ بالقياس معمولاً به في الدنمارك منذ عام ١٩٦٦ ولا مانع من اللجوء إليه طالما أنه لا يتم إساءة استعماله وذلك في الحالات التي يكون فيها المشرع قد سهى عن ذكرها وأن اللجوء إلى القياس افضل من اللجوء إلى الصياغات الفضفاضة[٥٠].

إن الإلتزام بمبدأ الشرعية خضع لاعتبارات عديدة خاصةً الاعتبارات السياسية وطبيعة الأنظمة الحاكمة فقد تنصلت الأنظمة الدكتاتورية عن المبدأ وعدته عائقاً يحول دون قيام القانون الجنائي بوظيفته الأساسية ورأت أنه لا بد من الأخذ بنظر الاعتبار أن أساس التجريم الخطورة الاجتماعية وليس النص القانوني وهذا يتطلب قيام القاضي بدور إيجابي يتمثل بالقياس ليحقق الحماية الفاعلة لهذا القانون, وهذا ما رأيناه بالنسبة لألمانيا النازية والاتحاد السوفيتي والتي حرص فيها النظام السياسي على تحقيق أقصى حالات الحماية لنظامها[٥١]، فمتى ما كانت هناك خطورة على المصالح الأساسية وإن لم يكن هناك ضرر عد الفعل مجرماً وهذا لا يتطلب وقوع نتيجة وعلاقة سببية حسب مفهوم هذا النظام، إلا إن القول بعدم أخذ الأنظمة الدكتاتورية بهذا المبدأ لا يؤخذ به على اطلاقه فبعض الدول رغم كونها دكتاتورية إلا أنها التزمت بهذا المبدأ كإيطاليا وفق قانون العقوبات لسنة ١٩٣٠[٥٢]. أما بالنسبة للأنظمة الديمقراطية فيرى رأي أن عرفاً دستورياً ساد فيها يقضي بضرورة الإلتزام بهذا المبدأ ومحاولة من هذه الدول لتوحيد السياسة الجنائية فيها وهذا يفسر قرب تواريخ صدور قوانينها[٥٣]. ومع ذلك فهناك دول ديمقراطية لم تأخذ بالشرعية كالدنمارك وفق قانون العقوبات الصادر عام ١٩٣٠[٥٤]، إلا أنها عادت وأخذت به وفق دستور ١٩٥٣ النافذ في المادة (٢/٧١) منه.

إلا إن رأياً في الفقه الجنائي يرفض ربط الخضوع لمبدأ الشرعية لطبيعة النظام السياسي وإنما يخضعه لطبيعة السياسة الجنائية المتبعة في هذه الدولة، ويرى إن سبب التصدع الذي اصاب المبدأ يعود لتقلص سيادة القواعد الجنائية وتشظيها في قوانين خاصة فظهر قانون العقوبات المالي والاقتصادي والبيئة والانترنت وقانون العقوبات الخاص بالأسحلة والمخدرات والإرهاب والكمارك والشركات وغيرها من المجالات[٥٥]. بالإضافة إلى صياغة المبدأ

بالشكل الذي يسمح بالتفويض فيجوز صدور القانون بناءً على قانون يصدر من السلطة التنفيذية بتفويض السلطة التشريعية[٥٦]، كما ذهبت بعض التشريعات إلى تضمين نصوص القوانين العقابية بعبارات عامة تسمح للقاضي تطبيقها على الأفعال الدائرة في نطاق هذا التجريم، وصياغة النصوص على شكل يسمح بتجزئة القاعدة الجنائية (القاعدة على بياض)[٥٧]، كل هذه الحالات اعطت مرونة لمبدأ الشرعية على نحو لا تجعل الأخذ به يعد خروجاً على المبدأ ما دامت تطبق وفق القيود والضوابط[٥٨].

الفرع الثالث

في النظام الانكلوسكسوني

إن الاعتماد الأولي لهذه الأنظمة كان لمبدأ العدالة الموضوعية والتي تقوم على المعاقبة على أي فعل يعرض المجتمع للخطر بغض النظر عما إذا كان هذا السلوك مجرم وقت ارتكابه ام لا تغليباً لمصلحة المجتمع على الفرد،وهذا ما أخذت به قوانين الاتحاد السوفيتي (١٩١٨-١٩٥٨) والقانون الجنائي النازي (١٩٣٣-١٩٤٥)، كما ظهر هذا المبدأ في كتابات الفقيه الألماني (رادبروخ Radbruch) عام ١٩٤٥ حيث نص على (وجوب النظر إلى القانون الوضعي على أنه متعارض مع العدالة ولا يجوز تطبيقه في الحالات التي تشهد تناقضاً بين القانون الأساسي والعدالة إلى درجة غير مقبولة ليتنحى هذا القانون لصالح العدالة)[٥٩].

إلا إن ظهور الشرعية الصارمة بصورتها الحالية والتي لا تحمل الفرد المسؤولية الجنائية عن أي فعل ما لم يكن مجرماً وقت ارتكابه قد انطلق من ميثاق العهد الأعظم الذي وضع من قبل الملك جون عام ١٢١٥ وقد نص على هذا المبدأ نتيجة ضغوط وثورة من قبل الشعب الانكليزي على استبداد الملك جون نتيجة عدم تحديد الأفعال المجرمة والعقوبات المفروضة عليها في شريعة يسهل الرجوع إليها ليتمكن الأفراد العلم بالأفعال التي يجب تجنبها مما اضطر الملك جون إلى تضمين هذا المبدأ على شكل نصوص مكتوبة[٦٠]، فتم النظر إلى هذا المبدأ كونه حصن المواطن في مواجهة السلطة فتحميه من نظام الأكثرية الساحقة والتي تم تشبيهها بتنين البحر الاسطوري, وما القانون الجنائي إلا الميثاق الأعظم للمجرم كونه يضمن له أنه لن يعاقب إلا وفق أحكام القانون وضمن الحدود التي رسمها له[٦١].

وعلى الرغم من صدور العديد من القوانين في مجال التشريع الجنائي إلا أن البرلمان الانكليزي لم يصدر عنه ما يقرر هذا المبدأ, فالقواعد الجنائية وفق النظام الانكليزي تعتمد على مصدرين الأول يقوم على السوابق القضائية والأعراف (القانون العام) والذي يقصد به القواعد القانونية غير المدونة وهي متكونة من قرارات المحاكم والأعراف السائدة في المجتمع ولا تجتمع تحت تقنين واحد يصدر عن السلطة التشريعية بل يتبعثر بين قواعد القانون العام الانجليزي القديم والذي تطور بفعل قرارات القضاء لفترات طويلة بالإضافة إلى التشريعات الخاصة التي تصدر عن البرلمان من وقت لآخر حسب المتطلبات الآنية[٦٢]. والثاني التشريع الذي يصدر من البرلمان وفي

وقـت لاحق حيـث احتل مكاناً رئيسـياً فأصبح الفـرد لا يعاقب إلا عند مخالفته القانون، ورغم ذلـك مـا تزال هنـاك العديـد مـن الجرائم هي جرائـم بمقتضـى القانون العام وليسـت مقررة في التشـريع،فالقتل مثلاً هو جريمة في القانون العـام إلا أن عقوبته مقررة بموجب قانون القتل الصـادر ١٩٣٥، والسـبب يعود إلـى عوامل تاريخيـة تتعلق بعدم الثقة في القانون المكتوب، فالإنكليز يعتقدون أن القانون الوضعي المسنون يمثـل العجلة التي يمتطيها الاسـتبداد والتحكم، أما القانون المسـتند إلى الأسلاف فهو الحصين الحامي للشـعب والكافل والضامن لحريته[٦٣]، كما يذهـب الفقه الإنكليزي إلـى أن الأخذ بهذا المبدأ بصيغته المكتوبة يشـكل عائقاً أمام تطور القانون وعقبة أمام أداء المحاكم؛ لذلك لم تطبق المحاكم مبدأ الشـرعية بشـكل صارم وأصدر البرلمـان قرارات بشـكل رجعي تلـك المتعلقة بالحرمان من الإرث وتوريث الألقاب والحقوق والمصادرة.

وقـد هيمن العـرف القضائي على القانون الانجليزي خلال العصور الوسـطى وكان ذلك واضحـاً فـي القضايـا الجزائية التـي نظرتها المحاكـم؛ لـذا كان للقاضـي القـدرة على خلق الجرائـم والعقوبـات, أما في العصـر الحديث فلـم يعد العـرف هو المصدر المسـتقل للقانون الانجليزي بل ظهر التشريع كمصدر إلى جانب العرف وذلك بصدور العديد من التشريعات من البرلمان منذ منتصف القرن التاسـع عشر[٦٤]، فنلاحـظ مثـلا القانون الخـاص بجريمة القذف ١٨٤٣ وقانـون الإجـراءات الجنائيـة ١٨٥١ وقانـون السـرقة ١٩١٦ وقانـون التزويـر ١٩٣١ وقانـون منع الجريمـة ١٩٥٣ وقانون المـرور١٩٥٦ والقانون الخاص بجريمة القتل ١٩٥٧ وقانون الأسلحة النارية ١٩٥٧ وقانون العدالة الجنائية ١٩٦٧ وقانون الجرائم الجنسية ١٩٧٦ وغيرها[٦٥].

وعلـى المسـتوى القضائـي فقـد اعترف القضاء بهذا المبدأ وأخذ يشـدد عليه في أحكامه فقد أقر مجلس اللوردات وهو أعلى هيئة قضائية بأن المجلس ليس من سلطاته الحكم بالعقاب عن أفعـال لم يصدر عن البرلمان تشـريعاً يجرمها ويعاقـب عليهـا فهذه السـلطة مقصـورة على البرلمان[٦٦]، وكذلك قضت محكمة الاسـتئناف الجزائية بأن عملية انشاء وخلق الجرائم الجديدة لم يعد من اختصاص القضاء وإنما هو مقصور علـى المشـرع[٦٧]. وهـذه الأحـكام وإن كانت قـد انهت التـردد حول دور العرف والسـوابق القضائيـة في خلق الجرائـم والعقوبات, إلا أنه لا تزال المحاكم تسـتند إليها في بعض الحالات التـي لـم تعالج تشـريعياً حيـث لم تأخـذ بمبدأ الشرعية على اطلاقه[٦٨].

كما أن تفسـير النصـوص الجنائية كان يتم بشـكل ضيق ومن بريطانيا كان ظهور التفسير الضيق للنصوص الجنائية؛ وذلك لكثرة الجرائم المعاقب عليها بعقوبة الإعدام رغم تفاهة الكثير منها نتيجة لقسـوة القوانيـن الجنائية قبل أن يتم ادخال الإصلاح عليها في القرن التاسـع عشر، ومن هنا انتقلت هذه القاعدة إلى القانون الأمريكي وإلى الدول التي تأثرت بالنظام الإنجليزي، فتم اعتمادهـا لا لكونها قاعدة مسـتقلة وإنما نتيجة من نتائج قاعدة وجوب انذار المخاطب بالقاعدة الجنائيـة إنذاراً واضحـاً قبل اخضاع سـلوكه لنص التجريم (fair warning rule)[٦٩].

الخاتمة

لما كان مبدأ الشرعية يمثل أحد المبادئ المهمة التي تحكم القانون الجنائي، فالأنظمة القانونية حرصت على الأخذ به وتضمينه في الدساتير ليرقى إلى مصاف النصوص الدستورية ويكتسب علوية هذا القانون, كذلك النص عليه في القوانين الجنائية ليكون مبدأً ملزماً لجميع السلطات, وكان هذا الأمر واضحاً في النظام اللاتيني ، إلا أنه في النظام الإنكلوسكسوني مرً بمراحل حتى وصل إلى الصورة التي هي عليه الآن , فالدول التي تتبع هذا النظام وإن لم تقنن جميع المسائل في قانون واحد إلا أنها سعت وبشكل متسارع في الآونة الأخيرة إلى تقنين جميع المسائل المجرمة ترسيخاً لقاعدة اليقين القانوني التي هي نتيجة من نتائج الأخذ بمبدأ الشرعية, ومن خلال هذا البحث توصلنا إلى نتائج ونقدم بعض المقترحات .

أولاً: النتائج

١- يعني مبدأ الشرعية في نطاق القانون الجنائي أن أي فعل لا يتم تجريمه إلا بوجود نص قانوني ينص على تجريمه, ولا تفرض عقوبة بغير نص يحددها.

٢- يترتب على الأخذ بمبدأ الشرعية أن يكون التشريع هو المصدر الوحيد للقانون, بالإضافة إلى حظر القياس في التجريم والعقاب, مع عدم رجعية النص الجنائي.

٣- مبدأ الشرعية تم الأخذ به بصورة صارمة في النظام اللاتيني, إلا أنه كان بصورة متتابعة ومر بعدة مراحل في النظام الإنكلوسكسوني حتى تم ترسيخه بشكل واضح وأصبح الأخذ به أمر مستقر في الدساتير والقوانين.

٤- يتمثل وجود مبدأ الشرعية في النظام اللاتيني في الغالب بوجود قانون واحد يقنن جميع الأفعال المجرمة وينص على عقوبتها وإن وجود قوانين أخرى إلى جانب هذا القانون لا يخل بمبدأ الشرعية, أما في النظام الإنكلوسكسوني فيوجد في القانون العام الذي هو عبارة عن أعراف راسخة لدى الشعب بالإضافة إلى وجود تشريعات تنظم بعض المسائل.

ثانياً: المقترحات

١- ضرورة تفعيل الرقابة المختلفة سواء كانت دستورية (المحاكم الدستوري) أو سياسية (السلطة التشريعية) لضمان التزام جميع المؤسسات بهذا المبدأ .

٢- إن الإلتزام بمبدأ الشرعية يتطلب عدم اللجوء إلى التعديل المتكرر للقوانين أو استحداث قوانين جديدة وإنما يمكن اللجوء إلى تجريم الأفعال باستخدام التفسير لنصوص قانون العقوبات، فهذا الأمر يحدث إرباك لدى الأفراد الذين لا يمكن لهم الدفع بالجهل بالقانون.

الهوامش

(١) د. حمودي ناصر، محاضرات في القانون الجنائي (النظرية العامة للجريمة)، كلية الحقوق جامعة أكلي محند أولحاج, الجزائر، ٢٠١٠، ص٧٣.

(٢) احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي

العام،الديـوان الوطني للأشـغال التربوية،الجزائر، ٢٠٠٢، ص٤٩.

(٣) رضـا فـرج، شـرح قانـون العقوبـات الجزائري (الأحكام العامة للجريمة)

الشـركة الوطنية للنشـر والتوزيـع، الجزائر، ١٩٧٦، ص١٠٣.

(٤) صـلاح الديـن جبـار، مبـدأ الشـرعية الجنائية في الشـريعة الإسـلامية والقانـون، المجلـة الجزائرية للعلـوم القانونيـة والاقتصادية والسياسـية، جامعة الجزائر، العدد الرابع، ٢٠١٢، ص١٤٧، ١٤٨.

(٥) نقلاً عن د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدسـتوري، دار النهضـة العربيـة، ٢٠٠٣، ص٣١، ٣٢.

(٦)ينظر في د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانـون العقوبات(القسـم العام)،بغداد، ٢٠١٨، ص٤٠.

(٧) ينظر في د. علي حسـين الخلف، الوسـيط في شـرح قانون العقوبات (النظرية العامة)، ج١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٦٨، ص٣٠.

(٨)عبد الفتـاح الصيفي،القاعدة الجنائية، الشـركة الشرقية، لبنان، ١٩٥٩، ص٢٩٠.

(٩) ينظـر في د ضـاري خليل محمود، البسـيط في شـرح قانون العقوبات (القسم العام)، دون ذكر اسم المطبعة، بغداد، ١٩٨٢، ص١٤، د. مصطفى كمال وصفي، الشرعية بين الشريعة الإسـلامية والقانون الوضعي، المجلة الجنائية القومية، مصر،العدد الأول، ١٩٧٦، ص١٦١.

(١٠) د. عادل يوسـف الشـكري, فن صياغة النص العقابي, مرجع سابق, ص١٢٩.

(١١) وهذا الاتجاه يمثله (فرانك ودونا) من ألمانيا و(ماتنسـيني وانتوليزي) من إيطاليا،ينظر د. باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، اطروحة دكتوراه،كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٠، ص٣٤.

(١٢) د. عبـد الفتـاح مصطفـى الصيفـي، القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص٢٤٤.

(١٣)د. باسـم عبد الزمان الربيعي، مرجع سـابق، ص٣٤.

(١٤)د. ناصر حمودي، مرجع سابق، ص٧٦.

(١٥) د. عـدي جابر هـادي، مصطفى فاهم جفات، أثـر النظـام السياسـي فـي صياغـة النـص الجزائـي (دراسـة مقارنـة)، منشـورات زين الحقوقية،بيروت، ٢٠٢٢، ص٩٠.

(١٦)ينظر في ذلك د. محمد مصباح القاضي، قانون العقوبات (القسـم العام)، دار النهضة العربية، مصـر، القاهـرة، ٢٠١٣، ص٤٤٤ د. محمود نجيب حسـني، شـرح قانون العقوبات (القسـم العام)، مرجع سـابق، ص٩٦؛ د. سـليمان عبد المنعم, النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سـابق, ص٣٠٤؛ د. عـوض محمـد عـوض, قانـون العقوبات(القسـم العـام)، دار الجامعـة الجديدة, مصر, الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص٥٤.

(١٧) عبـد المجيـد الزروقي, أصول الفقه (مسـار عملية استنباط القانون الإسلامي- منهجية الفقه وفلسـفته), دار الكتب العلميـة, دون ذكر مكان الطباعة, ٢٠١٧, ص٢١٣.

(١٨) د. عبـد الفتـاح مصطفـى الصيفـي، القاعدة الجنائية، مرجع سابق, ص٣٢٦.

(١٩)سـليمان عبد المنعـم، النظريـة العامة لقانون العقوبـات، دار الطبعة الجديدة للنشـر المكتبة القانونية،جامعة الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص٣٥٠.

(٢٠) فتـوح عبـد الله الشـاذلي، قانـون العقوبـات (القسـم العـام)، دار المطبوعـات الجامعيـة، الاسكندرية،١٩٩٢، ص١٤٨.

(٢١) علـي عبـد القـادر القهوجـي، شـرح قانون العقوبـات، القسـم العـام، نظريـة الجريمـة، منشورات الحلبي، بيروت،٢٠١١، ص٧١.

(٢٢)د. رمسـيس بهنـام، النظريـة العامـة للقانون الجنائي، ط٣, منشـأة المعارف، الاسـكندرية، ١٩٩٧، ص٢٣٦.

(٢٣) فتوح عبد الله الشـاذلي، شرح قانون العقوبات

القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص١٥٢

(٢٤) سلطان الشاوي، محمد عبدالله الوريكات، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار وائل للنشر, عمان،٢٠١١، ص١١٧.

(٢٥) د. محمد سليم العوا، تفسير النصوص الجنائية (دراسة مقارنة)، مكتبة عكاظ للنشر والتوزيع, ١٩٨٨، ص١٦٢.

(26) Mauro Coppelle tti, The Judicial process in Comparative Persspective , (Oxford Clareudon press, 1991, P.26.

(٢٧) عبد الرحمن خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠٠٨، ص٥٥.

(٢٨)امين مصطفى محمد، قانون العقوبات (القسم العام_ نظرية التجريم في القانونين المصري والكويتي)، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ٢٠١٠، ص٥٤-٥٥.

(٢٩) د. رفاعي سيد سعيد، تفسير النصوص الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٣٥٣.

(٣٠) ينظر في مونتسكيو، روح الشرائع،ترجمة عادل زعيتر وانطوان نخلة قازان، ط٢، مركز الطباعة الحديث، بيروت، ٢٠٠٥، ص٥٠.

(٣١) ينظر في جان جاك روسو، العقد الاجتماعي، ترجمة ذوقان فرقوط، دون ذكر المطبعة، بيروت، دون ذكر السنة، ص٢٠ وما بعدها.

(٣٢) تشيزاري دي بكاريا، الجرائم والعقوبات،ترجمة يعقوب محمد حياتي،دون ذكر المطبعة، الكويت، ١٩٨٥،ص١٠٢ وما بعدها.

(٣٣) ينظر في محمد الحبيب بودن، الشرعية الجنائية، مجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد الثاني، ١٩٧٦، ص١٢.

(٣٤) د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي،مرجع سابق، ص١٣٥.

(٣٥) د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، القاهرة، ١٩٥٢، ص٩٠؛ د. فتوح عبدالله الشاذلي، قانون العقوبات (القسم العام)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الاسكندرية، ١٩٩٢، ص١٣١.

(٣٦)د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي،القاعدة الجنائية، مرجع سابق, ص٢٩٥.

(٣٧) اخذ به دستور ١٩٥٦ في المادة (٣٢) والمادة الثامنة من دستور ١٩٥٨ والمادة (٢٥) من دستور ١٩٦٤ ، ودستور ١٩٧١ في المادة (٦٦) منه.

(٣٨) تم تعديل هذه المادة وفق تعديل الدستور المصري لعام ٢٠١٤ حيث كانت المادة (٧٦) تنص على أنه (... ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص دستوري أو قانوني) لتكون السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصلي في التشريع مع عدم غلق الباب أمام السلطة التنفيذية بناءً على تفويض مسبق من السلطة التشريعية.

(٣٩)كما أقر قانون العقوبات الأهلي عام ١٨٨٣ هذا المبدأ فنصت المادة (١٩) على أنه (يكون العقاب على الجنايات والجنح والمخالفات على حسب القانون المعمول به وقت ارتكابها)

(٤٠) مصطفى فاهم جفات، د. عدي جابر هادي، مرجع سابق، ص١٠٣.

(٤١)وكمثال على ذلك فقد خرجت المحاكم عن مضمون المادة (٩٩) من قانون العقوبات لسنة ١٩٣٤ واجازت بيع كميات كبيرة من الكحول المقطر إلى المنازل قياساً على بيع كميات كبيرة من السمك إذا كان الغرض من الشراء هو البيع، كذلك قياس سرقة المواشي بالنسبة للمربين على غير المربين خلافاً للمادة (١٦٦) التي كانت تحكم بالسجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات لأن الحكم على غير المربين

كان ذا عقوبة غير مشـددة. جمال البنا,, القانون والقضاء في المجتمع الاشتراكي, مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر،١٩٦٣، ص١٠١.

(٤٢) جاسـم العبودي، التجريـم والعقاب في إطار الواقـع الاجتماعي,,ص٣٦،منـذر كمـال عبد اللطيف،السياسـة الجنائية فـي قانون العقوبات العراقي, ، ص٢٥.

(٤٣) د. صالح محسوب، مرجع سابق،ص١١٢.

(44) Johnson, An Introduction to the soviet legal system, London, 1972, p.39, Solomon, soviet criminologists and criminal policy, London 1970, p.174.

(٤٥) د. احمد فتحي سـرور، الشـرعية الدستورية لحقـوق الإنسـان والإجـراءات الجنائيـة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥، ص٦٥.

(٤٦) د. صالح محسوب، مرجع سابق، ص١٢٤.

(٤٧) د. عبـد الرحيـم صدقي، الإرهاب السياسـي والقانـون الجنائـي، دار النهضـة العربيـة، القاهرة، دون ذكر سنة الطباعة، ص٣٩.

(٤٨) عبد الرؤوف مهدي, المسـؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن،منشـأة المعارف، الاسكندرية،مصر، ١٩٧٦، ص٦٢.

(٤٩)د. أكـرم نشـأت ابراهيم،القواعـد العامـة في قانـون العقوبـات، ط٢، مكتبـة السـنهوري، بغداد،٢٠٠٨،ص٨٤.

(٥٠)د. أكرم نشأت ابراهيم، السياسة الجنائية، .دار الثقافة، الأردن، عمان، ٢٠٠٨، ص٧٨.

(٥١) أحمـد محمد خليفة، النظريـة العامة للتجريم, اطروحـة دكتـوراه، كليـة الحقـوق، جامعـة القاهرة، ١٩٥٩، ص١٥٧.

(٥٢) مصطفـى فاهـم جفـات، د. عـدي جابـر هادي،مرجع سابق،ص٩٧.

(٥٣) د. عـدي جابـر هـادي، أثر النظام السياسـي فـي صياغـة النـص العقابـي، بحث منشـور فـي مجلـة الكوفـة، العـدد الثامـن والثلاثون، ٢٠١٨،ص١٦١، د. عبـد الرحيـم صدقـي، السياسـة الجنائيـة فـي العالم المعاصـر، دار المعارف، مصر، القاهرة، ١٩٨٧، ص١٦٥.

(٥٤) د. أكـرم نشـأت ابراهيم، القواعـد العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص٧٨.

(٥٥)معالـي حميـد سـعود الشـمري, ظاهـرة تشـظي النصـوص العقابيـة فـي السياسـة الجنائيـة المعاصرة، اطروحة دكتـوراه، كلية الحقوق،جامعة النهرين، ٢٠١٩، ص١٩٤.

(٥٦) وقـد نصت المـادة (١) من قانـون العقوبات العراقـي رقم (١١١) لسـنة ١٩٦٩ على أنه " لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون ينص علـى تجريمه وقت اقترافه..."،أما المادة (١٩/ثانيـاً) مـن دسـتور العراق لعـام ٢٠٠٥ فقـد نصت على أنـه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

(٥٧) يقصـد بتجزئـة القاعدة الجنائيـة عجز المادة القانونيـة عن احتواء القاعـدة الجنائية بأكملها فيصار إلى تفريقها في أكثر من مادة مثل المادة (٤٦٣) والمـادة(١٧٠) مـن قانـون العقوبات العراقي النافذ،كذلك المادة(٩) من قانون حماية الصحفيين رقم (٢١) لسنة ٢٠١١ والمادة (٦) من قانون حماية الاطباء رقم ٢٦ لسـنة ٢٠١٣ والمـادة ١٠ مـن قانـون رقم ٨ لسـنة ٢٠١٠ الخاص بحماية المسـتهلك والمـادة (٤٧/ثانياً) من القانون المرقم (٥٥) لسـنة ٢٠٠٢ الخاص بالآثـار والتـراث العراقـي. أما القاعـدة على بيـاض فيقصد بها عدم احتواء القاعدة الجزائية على عنصري التجريـم والعقوبة أي إن النص يحتوي علـى أحد العنصريـن ويحيل العنصر الآخـر إلى القوانيـن الأخرى مثل ذلـك المادة (٣٢٦) والمـادة (٣٢٩) مـن قانـون العقوبات العراقي، ينظر في عبد الفتاح الصيفي، القاعدة

الجنائية، مرجع سابق، ص١٣١، محمود طه جلال، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة،مرجع سابق، ص١٩٣.

(٥٨) محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، مرجع سابق، ص١٩٣.

(٥٩) وهذا ما أشارت اليه المحكمة الدستورية الألمانية عام ١٩٩٦ في قرارها الصادر في قضية (ستريلتس وكيسلر strelez and Kessler) حين تساءلت المحكمة عن امكانية تطبيق القانون الجنائي الألماني الذي يعفي من المسؤولية كبار المسؤولين الذين اطلقوا النار على الذين يحاولون الهروب من الجمهورية الألمانية والذين ابدوا دفعهم بأن ذلك يتعارض مع حظر تطبيق مبدأ رجعية القانون الجنائي والمادة (١٠٣) من الدستور الألماني فرفضت المحكمة هذا الدفع وبررت ذلك أن الحظر المفروض على تطبيق القانون بمفعول رجعي يستمد تبريراته من الثقة الموضوعة بالأنظمة الجنائية التي يسنها تشريعاً ديمقراطياً يحترم حقوق الإنسان. انطونيو كاسيزي، القانون الجنائي الدولي, ط١، ترجمة مكتبة صادر ناشرون، لبنان، بيروت، ٢٠١٥، ص٧٠

(٦٠)مصطفى فاهم جفات،د. عدي جابر هادي، أثر النظام السياسي في صياغة النص الجزائي، مرجع سابق، ص١٠٣.

(٦١) انطونيو كاسيزي، مرجع سابق، ص٧١.

(٦٢) د. كاظم عبدالله الشمري، تفسير النصوص الجزائية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، اطروحة دكتوراه،كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص٢٩،د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص٦٢.

(٦٣) د. مجيد حميد العنبكي، السوابق القضائية في نظام القانون الانجليزي، مجلة القانون المقارن والتي تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية، العدد١٢، ١٩٨١، ص٢٠.

(٦٤) د. محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي اجراءاته في التشريعين المصري والسوداني،ج٢، المطبعة العالمية، مصر، القاهرة، ١٩٦٤، ص٧٢.

(٦٥) د. رفاعي سيد سعيد، تفسير النصوص الجنائية (دراسة مقارنة)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨،ص٣٦٤.

(٦٦) وذلك في قضية (knuller case) عام ١٩٧٢، ينظر د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٦٧)وذلك في قضية (R.V neland) 1953 و(foshua V.R) 1955،ينظر د. محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص١٨.

(٦٨) في قضية (sha) ادان مجلس اللوردات البريطاني المتهم (sha) بقضية التآمر على افساد اخلاق الجمهور حيث كان قد نشر كتيباً يحتوي على اعلانات عن صور لبعض العاهرات وتفاصيل لطبيعة ممارستهن ليتم اغراء الرجال والتعامل معهن ، وقد تم تأييد الحكم من قبل محكمة الاستئناف الجزائية ومجلس اللوردات وقرر أنه لا تزال للمحاكم الجنائية بعض السلطة بصدد العقاب على النشاط الذي يؤدي إلى الإضرار بسعادة الشعب وذلك في الحالات التي مازالت تخضع للشريعة العامة، إلا أن المتهم دفع بأن نشاطه يعد مشروع ولا يمكن تجريمه من قبل المحاكم،إذ إن هذه السلطة قد اغلقت أمام المحاكم و أصبح لا يمكن تجريم الأفعال إلا بواسطة القانون الصادر عن السلطة التشريعية، ينظر د. رفاعي سيد سعيد, مرجع سابق، ص٣٦٧.

(٦٩) د. سليم العوا،مرجع سابق،ص١٥٥-١٥٧.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

١- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ٢٠٠٢.

٢- د. احمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية لحقوق الإنسان والإجراءات الجنائية،دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥.

٣- د. أحمد فتحي سرور،القانون الجنائي الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

٤- د. أكرم نشأت ابراهيم، السياسة الجنائية، .دار الثقافة، الأردن،عمان، ٢٠٠٨.

٥- د. أكرم نشأت ابراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات، ط٢، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨.

٦- د. امين مصطفى محمد، قانون العقوبات (القسم العام_ نظرية التجريم في القانونين المصري والكويتي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٧- انطونيو كاسيزي، القانون الجنائي الدولي،ط١، ترجمة مكتبة صادر ناشرون، لبنان، بيروت، ٢٠١٥.

٨- تشيزاري دي بكاريا، الجرائم والعقوبات، ترجمة يعقوب محمد حياتي، دون ذكر المطبعة، الكويت، ١٩٨٥.

٩- جاسم العبودي، التجريم والعقاب في إطار الواقع الاجتماعي

١٠- جان جاك روسو، العقد الاجتماعي،ترجمة ذوقان فرقوط، دون ذكر المطبعة،بيروت،دون ذكر السنة.

١١- جمال البنا، القانون والقضاء في المجتمع الاشتراكي، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر،١٩٦٣.

١٢-حمودي ناصر، محاضرات في القانون الجنائي (النظرية العامة للجريمة)، كلية الحقوق جامعة أكلي محند أولحاج، الجزائر، ٢٠١٠.

١٣- رضا فرج, شرح قانون العقوبات الجزائري (الأحكام العامة للجريمة)،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٧٦.

١٤- رفاعي سيد سعيد، تفسير النصوص الجنائية (دراسة مقارنة)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

١٥- رفاعي سيد سعيد، تفسير النصوص الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

١٦- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط٣، منشأة المعارف،الاسكندرية، ١٩٩٧.

١٧- د. السعيد مصطفى السعيد،الأحكام العامة في قانون العقوبات،القاهرة، ١٩٥٢.

١٨- د. سلطان الشاوي، محمد عبدالله الوريكات، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار وائل للنشر، عمان،٢٠١١.

١٩-د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الطبعة الجديدة للنشر، المكتبة القانونية، جامعة الاسكندرية، ٢٠٠٠.

٢٠- د. ضاري خليل محمود، البسيط في شرح قانون العقوبات (القسم العام), دون ذكر اسم المطبعة، بغداد، ١٩٨٢.

٢١-عبد الرحمن خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، دار بلقيس، الجزائر،٢٠٠٨.

٢٢- عبد الرحيم صدقي، الإرهاب السياسي والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة،دون ذكر سنة الطباعة.

٢٣- د. عبد الرحيم صدقي، السياسة الجنائية في العالم المعاصر، دار المعارف، مصر، القاهرة، ١٩٨٧.

٢٤- د. عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية،مصر، ١٩٧٦.

٢٥- د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية، لبنان، ١٩٥٩.

٢٦-عبد المجيد الزروقي، أصول الفقه (مسار عملية استنباط القانون الإسلامي- منهجية الفقه وفلسفته)، دار الكتب العلمية، دون ذكر مكان الطباعة، ٢٠١٧.

٢٧-عدي جابر هادي، مصطفى فاهم جفات، أثر النظام السياسي في صياغة النص الجزائي (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية،بيروت، ٢٠٢٢.

٢٨- د. علي حسين الخلف، الوسيط في شرح قانون العقوبات (النظرية العامة)، ج١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٦٨.

٢٩- د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة،منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١١.

٣٠- د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات(القسم العام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

٣١- د. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الاسكندرية، ٢٠١٨.

٣٢- د. فتوح عبدالله الشاذلي، قانون العقوبات (القسم العام)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الاسكندرية، ١٩٩٢.

٣٣- د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات(القسم العام)، بغداد، ٢٠١٨.

٣٤-د. محمد سليم العوا، تفسير النصوص الجنائية (دراسة مقارنة)، مكتبة عكاظ للنشر والتوزيع، ١٩٨٨.

٣٥-د. محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي اجراءاته في التشريعين المصري والسوداني، ج٢، المطبعة العالمية، مصر، القاهرة، ١٩٦٤.

٣٦- د. محمد مصباح القاضي، قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ٢٠١٣.

٣٧- مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر وانطوان نخلة قازان، ط٢، مركز الطباعة الحديث، بيروت، ٢٠٠٥.

ثانياً: الرسائل والأطاريح

١- أحمد محمد خليفة، النظرية العامة للتجريم، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٩.

٢- باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٠.

٣- كاظم عبدالله الشمري، تفسير النصوص الجزائية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.

٤-معالي حميد سعود الشمري، ظاهرة تشظي النصوص العقابية في السياسة الجنائية المعاصرة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة النهرين، ٢٠١٩.

ثالثاً: البحوث والدوريات

١-د. عدي جابر هادي, أثر النظام السياسي في صياغة النص العقابي، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد الثامن والثلاثون، ٢٠١٨.

٢- صلاح الدين جبار، مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد الرابع، ٢٠١٢.

٣-د. مجيد حميد العنبكي، السوابق القضائية في نظام القانون الانجليزي، مجلة القانون المقارن والتي تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية، العدد١٢، ١٩٨١.

٤- محمد الحبيب بودن، الشرعية الجنائية، مجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد الثاني, ١٩٧٦.

٥- مصطفى كمال وصفي، الشرعية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المجلة الجنائية القومية، مصر، العدد الأول، ١٩٧٦.

رابعاً: المراجع الأجنبية

1- Mauro Coppelle tti, The Judicial process in Comparative Perspective , (Oxford Clareudon press, 1991.

2- Johnson, An Introduction to the soviet legal system, London, 1972.

The principle of legitimacy in the Latin and Anglo–Saxon systems

Prof.Dr. Bassair Ali Mohammed(*)

Assist.Lect. Sarah Khaled mohammed(**)

Abstract

In the field of criminal law, it is not possible to criminalize an act or impose a penalty on an act without the existence of a legal text that specifies this. From this standpoint, it was necessary to find the principle of legality, which results in legislation being the sole source of penal law and it is not possible to resort to analogy in criminalization and punishment, nor can these texts be applied retroactively. Legal systems differed among themselves in formulating the principle of legality according to their circumstances, It has been gradually adopted until it became a global principle. However, we do not find this principle enshrined in a single law, but rather in the form of separate laws, while in other countries it is defined in the penal code, and all crimes and penalties are clearly and consistently defined.

Keywords: principle of legality, Latin system, Anglo-Saxon system, legislation.

(*)(**)University of Iraq / College of Law and Political Science