ماهية مبدأ الشرعية الجزائية

اعـــــداد

حسن عبد الهادي خضير
كلية القانون
جامعة الكوفة

سعد فروري غافـل
كلية القانون
جامعة الكوفة

المقدمة

تتسع المصالح الاجتماعية يوما بعد يوم بفضل تطور الحياة وتقدمها مما يتطلب الامر ضرورة وجود القانون ليتولى مسألة تنظيم هذه المصالح وحمايتها، ولما كانت هذه المصالح متنوعة ، فأنه تبعا لذلك تعددت فروع القانون كقانون العقوبات والقانون المدني والقانون التجاري وقانون العمل، ولكن قانون العقوبات يختلف في مصدره عن فروع القانون الاخرى وذلك لانه محكوم بمبدأ الشرعية الجزائية وهذا المبدأ يعني ار ع وحده الذي يحدد الجرائم وعقوباتها وليس للقاضي ان يعتبر أي فعل جريمة مهما كان منافياً للاداب العامة او النظام العام ، أي ان المشرع يحدد الجرائم والعقوبات والقاضي ينفذ ماورد في التشريع من دون زيادة او تعديل او اكمال النقص.

ونظراً لأهمية مبدأ الشرعية الجزائية في تحقيق الاستقرار القانوني، فقد تبنته جميع قوانين العقوبات الا ما ندر واكثر من ذلك فأن دولاً قد جعلت منه

مبدأ دستورياً فنصت عليه في دساتيرها مما اعطاه قوة اكبر وفاعلية اكثر(١).

ولأهمية مبدأ الشرعية الجزائية في الحياة القانونية فقد اقتصرنا في بحثنا هذا على دراسة ماهية المبدأ في حد ذاته متخذين من مبدأ المقارنة بين التشريعات الجزائية اساساً في ذلك من دون التطرق الى النتائج المترتبة على هذا المبدأ آملين ان نبحثها مستقلاً.

وللاحاطة بماهية المبدأ بالشكل الذي يفي بالغرض فقد قسمنا بحثنا هذا الى مبحثين كان الاول للتعريف بالمبدأ والذي قسمناه الى مطلبين كان الاول لتعريفه فقهاً وقضاءً والثاني لظهور المبدأ ، وقد خصصنا المبحث الثاني لتقييم المبدأ وذلك في مطلبين كان الاول للمزايا والثاني للانتقادات الموجهة اليه ، وفي الخاتمة لخصنا اهم ما توصلنا اليه من نتائج.

... والله ولي التوفيق...

المبحث الاول

التعريف بالمبدأ وظهوره

أن مبدأ الشرعية الجزائية يعد من المبادئ الاساسية والمهمة في التشريع الجزائي ، وللالمام به يقتضي الامر ان نعرفه في الفقه والقضاء وذلك في مطلب اول ثم نبحث في ظهور المبدأ وذلك في مطلب ثاني.

---

(١) كالدستور الامريكي لعام ١٧٨٧ /المادة (١) والدستور المصري لعام ١٩٧١ /المادة ٦٦ والدستور السوري لعام ١٩٥٠/المادة١٠ والدستور العراقي لعام ١٩٧٠/المادة ٢١/الفقرة ب.

المطلب الاول

تعريف المبدأ في الفقه والقضاء

لتعريف مبدأ الشرعية الجزائية بشكل واضح وللوقوف على معانية المختلفة ، سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين يتضمن الفرع الاول تعريفه فقهاً والثاني تعريفه قضاءً.

الفرع الاول : في الفقه

ان مبدأ الشرعية الجزائية يقصد به ان المشرع وحده الذي يحدد الافعال التي تعد جرائم ويحدد العقوبات التي تقابل هذه الجرائم وهذا الامر يجعل السلطة التشريعية هي المختصة بأصدار القوانين ما دامت هذه السلطة هي مكمن الارادة العامة ويترتب على هذا ان القاضي ليس له ان يعد الفعل من قبيل الجرائم ويعاقب فاعله مهما كان هذا الفعل منافياً للاداب او المصلحة العامة اذا لم يكن منصوصا عليه في قانون العقوبات ، أي ان القاضي لايستطيع على وفق هذا المبدأ ان يخلق جرائم او يبتكر عقوبات (١)، لان تحديد الجرائم والعقوبات هو من اختصاص المشرع فقط وليس للقاضي سوى تطبيق النص المكتوب في القانون وبالتالي يعرف الافراد ماهو مباح لهم وما هو محظور عليهم ، ومبدأ الشرعية الجزائية يرتب واجبا على السلطة التنفيذية والسلطة القضائية ان لاتحرم أي فعل لم تحرمه السلطة التشريعية (٢).

---

(١) د. مصطفى كامل ياسين/مذكرات في القسم العام من قانون العقوبات/مطبعة المعارف/بغداد/١٩٥٠/ص٢٣.

(٢) د. ماهر عبد شويش الدره / الاحكام العامة في قانون العقوبات / مطبعة دار الحكمة / الموصل/ ١٩٩٠/ ص٦٦.

الفرع الثاني : في القضاء

ان مبدأ الشرعية الجزائية يقضي ان تحديد الجرائم والعقوبات هو من صلاحية السلطة التشريعية وينحصر دور السلطة القضائية في تطبيق القانون ، وتبعاً لذلك فان دور القاضي الجزائي ينحصر في تطبيق القانون تطبيقاً سليماً ، وبالتالي يمتنع عن كل من شأنه ان يوصله الى التجريم أي خلق الجرائم والعقوبات ،أي ان القاضي الجزائي عندما يعاقب على أي فعل يتطلب الامر ان يوجد نص تجريم يبين اركان الفعل المراد تجريمه وعقوبته وان يكون هذا النص سارياً وقت اقترافه (الفعل) وان لايعتريه سبب من اسباب الاباحة (١).

وعلى اية حال فعلى القاضي ان لايلجأ الى القياس عندما ينعدم النص القانوني ، وان لايتولى اكمال النصوص القانونية غير الكاملة ، كما لايجوز له ان يتوسع في تفسير النصوص القائمه ، وان لايطبق النصوص القانونية الجنائية تطبيقا يجعلها تسري على الماضي ، وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية ، فقد جاء في حكم انه ' من المقرر انه لاعقوبة الابنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له مما مقتضاه عدم التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي وعد الاخذ فيه بطريق القياس'(٢).

يتضح لنا مما تقدم بأن القضاء الجزائي قد طبق مبدأ الشرعية الجزائية وهذا الامر طبيعي مادام ان مبدأ الشرعية قد اصبح مبدأ دستوريا في جميع دول العالم تقريباً (٣) ،وهذا يعني ان انتهاك هذا المبدأ يجعل حكم القاضي خاطئاً ومحلاً للنقض.

---

(١) المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات ط١ / مطبعة العاني /بغداد / ١٩٧٤/ ص٢٠-٢١.

(٢) انظر نقض مصري ١٩ مايو ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية / ج٥/ن٢٥٩/ص٤٧٥.

(٣) سنتناول بيان هذا الموضوع في المطلب الثاني من هذا البحث.

المطلب الثاني

ظهـور المبـدأ

يعـد مبـدأ الشـرعية الجزائيـة مـن ثمـرات النظـام الجنـائي الاسـلامي ، والشريعة الاسلامية هي اول من عرفته ، فالاسلام لم يعاقب على الجرائم التي وقعت قبله على اعتبار ان الاسلام قد جب ماقبله فقد جاء في قوله تعالى ((وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في امها رسـولاً يتلوا عليهم اياتنا)) (١)، وقوله تعالى ((رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسـل)) (٢)، وقوله تعالى ((وماكنا معذبين حتى نبعث رسولاً))(٣)، وفضلا عن الى هذه النصوص العامة في القرآن الكريم فقد طبق هنا في جرائم الحدود والقصاص والديات وفي التعازير ايضاً.

امـا فـي جـرائم الحـدود كقولـه تعـالى ((والسـارق والسـارقة فـاقطعوا ايديهما)) (٤) ، وقوله تعـالى ((الزانية والزاني فأجلدوا كل واحـد منهمـا مائـة جلدة)) (٥) .

اما في جرائم القصاص والديه كقوله تعالى ((ياأيها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى)) (٦) ،وقوله تعالى ((وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس ،والعين بالعين ، والانف بالانف ،والاذن بالاذن ،والسن بالسـن، والجـروح قصاص ، فمن تصدق به فهو كفارة له ، ومن لم يحكم بمـا انـزل الله فأولئك

---

(١) سورة القصص آلاية (٥٩).

(٢) سورة النساء آلاية (١٦).

(٣) سورة الاسراء الاية (٥).

(٤) سورة المائدة آلاية (٣٨)

(٥) سور النور آلاية (٢).

(٦) سورة البقرة آلاية (١٧٨).

هم الظالمون))(٧).

اما في جرائم التعازير وهي الجرائم غير المحددة على سبيل الحصر وكذلك فأن عقوباتها ليست محددة كما هو الحال في جرائم الحدود القصاص والديات (٨).

فأن الشريعة الاسلامية قد طبقت مبدأ الشرعية الجزائية في هذا النوع من الجرائم ولكن طبقته تطبيقاً مرناً وفيه بعض التيسير (٩)،أي ان الشارع الاسلامي يتولى تحديد الجريمة تحديدا عاما ويترك تقدير العقوبة لولي الامر بحسب الظروف والاحوال ، ويقدر ولي الامر العقوبة ايضاً تقديراً عاماً تاركاً للقاضي مهمة تحقيق العدالة بحسب ظروف كل قضية فالشارع الاسلامي جعل للعقوبات حداً اقصى ولن يجعل لها حداً ادنى فالتعزير لايبلغ حد الجريمة من جنسه فالسرقة حدها قطع اليد وان أي عقوبة تعزيرية خاصة بالمال فانها لاتصل لهذا الحد وهذا لايعد خروجاً على مبدأ الشرعية الجزائية (١)

وقد عرفت اوربا مبدأ الشرعية الجزائية لاول مرة حينما اصدر ملك بريطانيا جون لرعاياه ((العهد الاعظم)) عام ١٢١٥م حيث نصت المادة (٣٩) منه ' لايمكن انزال عقاب بأي انسان حر الا بمحاكمة قانونية من انداده طبقا لقانون البلاد' ثم نقل هذا المبدأ الى امريكا الشمالية عن طريق المهاجرين

---

(٧) سورة المائدة الآية (٤٥).

(٨) يذهب رأي في الفقه الى ان الشريعة الاسلامية لم تأخذ بمبدا الشرعية الجزائية في هذا النوع من الجرائم، انظر د. علي حسين الخلف /الوسيط في شرح قانون العقوبات ، النظرية العامة /ج١/ط١/مطبعة الزهراء/بغداد/١٩٦٨/ص٦١/هامش رقم (٢).

(٩) الامام محمد ابو زهرة/الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي/الجريمة/دار الفكر العربي/ص ١٩٥ وابعدها .د. احمد فتحي بهنسي/العقوبه في الفقه الاسلامي /ط٢/مكتبة دار العروبة /القاهرة/١٩٦١/ص٣٥.

(١) الامام محمد ابو زهرة / المصدر السابق ، ص ١٩٦ وانظر بنفس المعنى د. عبد العزيز عامر / شرح الاحكام العامة للجريمة ، منشورات جامعة قاريونس / بنغازي/ص١٠٧-١١٤.

الانكليز حيث نص عليه اعلان حقوق الانسان الصادر في فلادليفيا عام ١٧٧٤م ثم طبقه قانون العقوبات النمساوي الصادر عام ١٧٨٧م ثم تبناه رجال الثورة الفرنسية (٢).

فقد اخذ به اعلان حقوق الانسان الصادر في ٢٦ اغسطس ١٧٨٩م التي نصت المادة الثامنه منه ' لايجوز البته عقاب أي شخص الا بمقتضى قانون صادر سابقاً على ارتكاب الجريمة ' ثم نص عليه قانون العقوبات الفرنسي لعام ١٨١٠م في المادة الرابعة منه (٣).

ثم ترسخ المبدأ اكثر فأكثر عندما اقرته الجمعية العامة للامم المتحدة في البيان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام ١٩٤٨م ،كما نص عليه الميثاق الذي وقعه وزراء المجلس الاوربي في روما في ٦نوفمبر ١٩٥٠ في المادة السابعة منه(٤)

هذا وقد تبنت جميع دول العالم تقريباً مبدأ الشرعية الجزائية فنصت عليه في قوانين العقوبات كالقانون الايطالي في مادته الاولى والقانون الالماني في المادة الثانيه عشره منه والقانون البلجيكي في المادة الثانيه(٥).وكذلك اقرته قوانين الدول العربية كالقانون المصري (المادة الخامسة). والقانون الجزائري (المادة الاولى) والقانون التونسي (الفصل الاول) والقانون المغربي(الفصل

---

(٢) يرى جانب من الفقه ان مبدأ الشرعية الجزائية اول ما عرفته الثورة الفرنسية وذلك في اعلان حقوق الانسان الصادر عام ١٧٨٩م . انظر د. السعيد مصطفى السعيد / الاحكام العامة في قانون العقوبات /ط٢ /مكتبة النهضة العربية ١٩٥٣/ ص٨٧ ، د. عباس الحسني شرح قانون العقوبات العراقي الجديد / المجلد الاول / القسم العام /ط٢ / مطبعة الارشاد بغداد ١٩٧٢ /ص١٩ .

(٣)Donnedieu De Vaberes , Traite. De Droite Criminel . N .٩٣ P.٥٢

(٤) د.ماهر عبد شويش الدره/المصدر السابق/ص٦٧ .

(٥) انظر د.ذنون احمد /شرح قانون العقوبات العراقي/دراسة مقارنة ج١ الاحكام العامة/ط١ /مطبعة النهضة العربية ١٩٧٧/ص ٢٤ /هامش رقم١ .

الرابع) والقانون الكويتي (المادة الاولى) والقانون السوري (الفقرة الاولى من المادة الاولى) والقانون اللبناني (الفقرة الاولى من المادة الاولى) والقانون الاردني (المادة الاولى) والقانون الليبي (المادة الاولى) والقانون البحريني (المادة الثالثة).

هذا وان بعض القوانين قد رفضت تطبيق المبدأ كالقانون السوفيتي الصادر عام١٩٢٦ والصادر ١٩٣٤ وكذلك القانون الدانماركي الصادر عام ١٩٣٣، والقانون الالماني النازي الصادر عام ١٩٣٥ ،حيث ان هذه القوانين اجازت القاضي ان يلجأ للقياس عند انعدام النص القانوني في القضية المعروضة امامه ، هذا وان المشرع السوفيتي قد عدل عن هذا الاتجاه فنص على مبدأ الشرعية في القانون الصادر عام ١٩٥٨ وقانون عام ١٩٦٠ (١). الذي بقي نافذا حتى تفكك الاتحاد السوفيتي عام ١٩٩١م.

اما عندنا في العراق فأن قانون العقوبات البغدادي الذي صدر أبان الاحتلال البريطاني عام١٩١٨م لم ينص على مبدأ الشرعية الجزائية الا أن القضاء العراقي لم يخلق جرائم جديدة ، ولذلك اعتبر رأي في الفقه ان مبدأ الشرعية كان يجد اساسه في عرف قضائي حيث ان الادانة كانت تستند دائما على نص في القانون (٢).

وقد عالج المشرع العراقي هذا النقص التشريعي فنص على مبدأ الشرعية في الدستور العراقي لعام ١٩٦٨ في المادة الثانية والعشرين وكذلك الدستور العراقي لعام ١٩٧٠ النافذ في المادة الحادية والعشرين ب- لاجريمة ولاعقوبة الا بناء على قانون ، ولايجوز العقوبة الا على الفعل الذي يعده القانون جريمة اثناء اقترافه ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجرم

---

(١) د.علي حسين الخلف،د.سلطان الشاوي/المبادئ العامة في قانون العقوبات/مطابع دار الرسالة/الكويت/١٩٨٢/ص٣٥.

(٢) د.مصطفى كامل ياسين/المصدر السابق/ص٣٢.

،كما نص قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ في المادة الاولى منه " لاعقاب على فعل او امتناع الا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه . ولايجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون " .

وبهذا فأن مبدأ الشرعية عندنا في العراق قد أصبح مبدأ دستوريا لايلتزم به القاضي فقط وانما المشرع ايضا عندما يتولى مسألة التشريع ، وبهذا فأنه يتمتع بقوة اكبر مما لو نص عليه قانون العقوبات وحده .

يتضح لنا مما تقدم بأن مبدأ الشرعية الجزائية قد عرفته الشريعة الاسلامية في وقت كان العالم يعيش في ظلام الجهل والتخلف ولم يسبقها في ذلك أي تشريع اخر ، فالمتقصي للحقيقة يجد ان الاسلام بمبادئه السمحاء قد عرف المبدأ في جرائم الحدود والقصاص والديات بل وحتى في مجال التعازير، وهذا مايؤكد اصالة شريعتنا الغراء وشموليتها لكافة قضايا الانسان .

المبحث الثاني
تقييم المبدأ

لاشك في ان مبدأ الشرعية الجزائية يعد مبدءاً قانونيا مهماً في التشريع الجزائي نظرا لاهميتة بعد ان كان النظام الجزائي متروكا لتحكم القاضي وعدم العدالة لذا جاء نظام الشرعية ليحقق تكامل النظام القانوني ، ولكن مبدا الشرعية الجزائية على الرغم من مزاياه الانه تعرض لانتقادات عليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبحث في الاول مزايا المبدأ وفي الثاني الانتقادات الموجهه للمبدأ .

المطلب الاول

المـــــــــزايا

ان مبدأ الشرعية الجزائيه يتمتع بالعديد من المزايا بحيث اصبح الان من المبادئ الدستوريه والقانونيه ، نظرا لما يتمتع به هذا المبدأ من ايجابيات فهو يعد وسيلةً فعالة لضمان حقوق وحريات الافراد، فقد كان القاضي هو الذي يحدد الجرائم ويحدد عقوباتها فكان الافراد في حيرة من امرهم لايعرفون ماهو مباح لهم وما هو محظور عليهم وهذا الامر جعل الفرد يتردد عندما يقوم بأي تصرف خشية من ان يكون هذا التصرف يحقق معنى الجريمة ،فاذا ماتم النص على المبدأ فأن الفرد سوف يعرف ماله وما عليه فتصبح كل مالم يتم تحديده في القانون مباحاً يستطيع الفرد ان يمارسه بكل حرية وبدون تردد وبهذا تصان حقوق وحريات الافراد ، ومبدأ الشرعية هو مما تقتضيه العدالة والمنطق ، فالعدالة تتطلب ان يعرف الفرد مسبقاً وبشكل واضح ماهي الافعال التي تعد جرائم حتى يكون الفرد بمنأى عنها ، وهذا التحديد للجرائم والعقوبات يعطي للعقوبة اساساً قانونياً بحيث يجعلها مقبولة من قبل الافراد فالمجتمع عادة ما يبغض العقوبة اذا كانت تحكميه وغير محدده ولكن متى ماتم تحديدها وبشكل دقيق فان هذا يجعلها مقبولة من قبل افراد المجتمع لسبق معرفتهم بها ، وفضلا عن هذا كله فان مبدأ الشرعية الجزائية هو مما تقتضيه المصلحة العامة فبه يتحقق مبدأ وحدة القضاء وعدم تناقض احكامه ، وذلك لان النص القانوني سوف يطبق على جميع الافراد من دون تمييز بينهم ويصبح القاضي ينفذ ما ورد في نصوص القانون من دون الاعتماد على اجتهاداته الشخصيه (١) .

---

(١) Donnedieu de vaberes.op.cit no ٩٦.p٥٣.

ود.محمود نجيب حسني/شرح قانون العقوبات/القسم العام.ط٤/دار النهضة العربية/القاهرة/١٩٧٧/ص٨٠

والدكتور ماهر عبد شويش الدره/المصدر السابق/ص٦٨-٦٩.

وبهذا يتضح ان مبدأ الشرعية يتمتع بالعديد من المزايا على الرغم من اختلاف الفقه في تسويغ المبدأ ، حيث عدّه البعض وسيلة لمكافحة الاجرام وردع الجناة فالنص علىالجريمة وعقوبتها يعد من وسائل الردع ولكن يرد على هذا بأن قلة من الافراد بأستطاعتهم ان يطلعوا على القانون وبالتالي فأن مبدأ الشرعية لايستطيع ان يحقق الردع الا بالاطلاع عليه ، وعده أخرون انه يتصل بفكرة العدالة بعلاقة وثيقة لان قيام المسؤولية الجزائية تتطلب ان يعلم الافراد بأنهم يرتكبون فعلا مجرماً وهذا الامر يتطلب تحديد الجرائم مسبقاً وهذا الرأي يقوم في اساسه على مبدأ حرية الاختيار في تحديد المسؤولية الجزائية، واذا كان التحديد المسبق للجرائم والعقوبات يتمتع بوجاهة الا انه يرد على ذلك ايضا وكما هو الحال في الرأي السابق بأنه قلة من الافراد يستطيعون الاطلاع على نصوص القانون ، وبرره جانب اخر من الفقه اعتبارات من القانون العام ، فالفرد بمقتضى نظرية العقد الاجتماعي التي جاء بها جان جاك روسو لايفقد من حريته الا بقدر ما يتنازل عنها لمصلحة المجتمع ، والقانون بأعتباره تعبير عن الارادة العامة عليه ان يحدد هذا الامر وبالتالي فأن كل ما لايمنع فهو مباح ، هنا من جانب ومن جانب اخر فأن الذي يسوغ مبدأ الشرعية هو مبدأ الفصل بين السلطات ، فالقاضي لاينشأ جرائم وعقوبات وانما هو من اختصاص السلطة التشريعية(١).

والذي نراه بأن مبدأ الشرعية يجد تسويغه على اساس فكرة الردع والعدالة ، فالنص على المبدأ يعد رادعا للافراد بأنهم سوف يتعرضون للعقوبة اذا ماأرتكبوا فعلا يعاقب عليه قانون العقوبات ، وهو ايضا يحقق العدالة لان الافراد سوف يعرفون مسبقا ماهي الافعال المجرمة وماهي عقوباتها وما عدا ذلك يعد مباحا، اما بصدد ما قيل بأن فكرة الردع وتحقيق العدالة لايمكن ان

---

(١) انظر في تفصيل ذلك د. مصطفى كامل ياسين/المصدر السابق/ص ٢٤-٢٨.

تتحقق الا بأطلاع الافراد على نصوص القانون وهذا الاطلاع لايتحقق الا بالنسبة لعدد قليل من الافراد ، فأن هذا الامر ليس ذا أهمية فما دام القانون قد نشر في الجريدة الرسمية فأنه يفترض علم الكافة به وهذا ما سارت عليه دول العالم .

المطلب الثاني

الانتقادات

على الرغم من المزايا التي يتمتع بها مبدأ الشرعية الجزائية الا انه تعرض لعدة انتقادات من اهمها : انه يطبع النصوص القانونية بصفة الجمود فلا تستجيب للتطورات الحاصلة في المجتمع سواء كانت اجتماعية ام اقتصادية وهذا التطور يؤدي بطبيعة الحال الى ظهور صور جديدة من النشاط الانساني تتطلب التجريم فلا يستطيع القاضي في ظل مبدأ الشرعية ان يتدخل ويجرم صور السلوك الاجرامي التي استجدت ، لان التجريم هو من اختصاص السلطة التشريعية، يضاف الى ذلك بأن مبدأ الشرعية قد قيد سلطة القاضي في تقدير العقوبة الملائمة لحالة الجاني ، وذلك لان المشرع عندما يحدد عقوبة كل جريمة فأنه يحددها بقدر الضرر الذي تحدثه ولا يستطيع ان يأخذ بنظر الاعتبار ظروف الجناة ، لاسيما وان هذه الظروف تختلف من جريمة الى اخرى ، وهذا يتعارض مع النظريات الحديثة في العقاب التي تهتم بدراسة شخصية المجرم وان العقوبة يجب ان تتلائم والخطورة الكامنة في شخصة وبهذا فقد اعتبر المبدأ بأنه اصبح رجعيا .

وهذه الانتقادات لم تنل من المبدأ ، فالنقد الاول رد عليه بأن المشرع يستطيع ان يتدخل ويسد النقص الحاصل في التشريع كلما استجدت حالة تطلبت التجريم ، كما ان المبدأ لايقيد سلطة القاضي في اختيار العقوبة المناسبة لشخص الجاني ، فنظام تفريد العقوبة قد اقرته التشريعات العقابية، فبموجب

هذا النظام يستطيع القاضي ان يجعل العقوبة تتناسب وحالة الجاني وظروف ارتكاب الجريمة(١).وهذا كله لايقلل من اهمية مبدأ الشرعية الجزائية بأعتباره ضمانا لحرية الفرد وهذا ما ذهب اليه مؤتمر جمعية قانون العقوبات الدولية المنعقد في باريس عام ١٩٣٦م ومؤتمر جمعية القانون المقارن المنعقد في لاهاي عام ١٩٣٧م(٢).

وعلى اية حال فأن الانتقادات التي سبق بيانها قد دفعت مبدأ الشرعية الى التطور على صعيد الجرائم وعلى صعيد العقوبات ، فبالنسبة للجرائم فأن المشرع اصبح لايستبد بسلطة خلق الجرائم وانما خول السلطة التنفيذية احيانا وفي حدود معينة سلطة خلق الجرائم والعقوبات ، بحيث تمت صياغة مبدأ الشرعية على نحو يسمح بمثل هذا التفويض وهذا ما نجده في التشريع العراقي مثلا سواء في الدستور ام في قانون العقوبات حيث تمت صياغته بعبارة ((الا بناء على قانون)) وهذا التعبير قصد به لمواجهة الحالات التي يفوض بها المشرع سلطة خلق الجرائم والعقوبات الى جهة اخرى ، اما على صعيد العقوبات فأن القوانين قد جعلت للعقوبة حدا اعلى وحدا ادنى او وضع عقوبات تخييرية ليطبق القاضي العقوبة التي تتناسب وحالة الجاني ، والاخذ بنظام الظروف المخففه ، واجاز للقاضي وقف تنفيذ العقوبة اذا لاحظ ان وقفها اجدى في اصلاح الجاني ، كما اعطى للسلطة التنفيذية حق العفو الخاص والافراج الشرطي (٣).

---

(١) د.محمود نجيب حسني /المصدر السابق/ص٨١. ود.علي حسين الخلف /المصدر السابق/ص٦٥. د.ماهر عبد شويش الدره/المصدر السابق/ص٧٢-٧٣.

(٢) د.مصطفى كامل ياسين/المصدر السابق/ص٢٩.

(٣) د. علي حسين الخلف د. سلطان الشاوي / المصدر السابق . ص ٣٤-٣٥ . د. ماهر عبد شويش الدره / المصدر السابق /ص٧٤-٧٥. وبينفس المعنى د. عبد العزيز عامر / المصدر السابق / ص ٩٢-٩٦.

الخاتمه

تبين لنا من خلال البحث ان مبدأ الشرعية الجزائية يعد من اهم المبادئ القانونية التي تحقق الاستقرار القانوني الذي يجعل المشرع هو الذي يتولى تحديد الجرائم والعقوبات وليس القاضي كما كان الحال في الماضي في ظل القوانين الوضعية ، مع منح القاضي سلطة تفريد العقاب .

وقد وجدنا بأن مبدأ الشرعية الجزائية هو من ابداعات شريعتنا الاسلامية الغراء ، فهي اول من عرفت المبدأ وطبقته في جرائم الحدود والقصاص والديات والتعازير وهي بذلك قد سبقت كل الانظمة القانونية الاخرى في هذا المجال.

واعتبرنا ان مبدأ الشرعية الجزائية يجد تسويغه على اساس فكرة الردع والعدالة ، فالنص عليه يعد رادعا للافراد بأن العقوبة تنالهم اذا ما اقترفوا فعلا مجرما ، وهو يحقق العدالة لان الافراد سوف يعرفون مقدما الجرائم وعقوباتها وفكرة الردع والعدالة تتحقق عن طريق نشر القانون في الجريدة الرسمية ، اذ يعد النشر دليلا على علم الكافة به وهذا ما سارت عليه دول العالم.

وقد لاحظنا بأن الانتقادات التي تعرض لها مبدأ الشرعية لم تقلل من اهمية المبدأ باعتباره الضمانة لحرية الافراد وضمان حقوقهم وقد دفعت هذه الانتقادات الى ان يتطور المبدأ ويصبح مبدأ راسخا في كافة التشريعات الوضعية الا ما ندر.

المصادر

القرآن الكريم

اولاً:- الكتب

١. د.احمد فتحي بهنسي/العقوبة في الفقه الاسلامي/الطبعة الثانية/مكتبة دار العروبة /القاهرة /١٩٦١.

٢. د. السعيد مصطفى السعيد/الاحكام العامة في قانون العقوبات /الطبعة الثانية/مكتبة النهضة العربية/١٩٥٣.

٣. د.ذنون احمد/شرح قانون العقوبات العراقي/دراسة مقارنة/الجزء الاول /الاحكام العامة /الطبعة الاولى /مطبعة النهضة العربية /١٩٧٧.

٤. د.عباس الحسني/شرح قانون العقوبات العراقي الجديد/المجلد الاول/القسم العام /الطبعة الثانية/مطبعة الارشاد/بغداد/١٩٧٢.

٥. د.عبد العزيز عامر/شرح الاحكام العامة للجريمة/منشورات جامعة قاريونس/بنغازي.

٦. د.علي حسين الخلف/الوسيط في شرح قانون العقوبات/ النظرية العامة /الجزء الاول /الطبعة الاولى/مطبعة الزهراء/بغداد/١٩٦٨.

٧. د.علي حسين الخلف ،د.سلطان عبد القادر الشاوي/المبادئ العامة في قانون العقوبات /مطابع دار الرسالة/الكويت/١٩٨٢.

٨. د.ماهر عبد شويش الدره /الاحكام العامة في قانون العقوبات /مطبعة دار الحكمة /الموصل/١٩٩٠.

٩. المحامي محسن ناجي/الاحكام العامة في قانون العقوبات /الطبعة الاولى /مطبعة العاني/بغداد ١٩٧٤.

١٠.الامام محمد ابو زهرة /الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي –الجريمة /دار الفكر العربي.

١١.د.محمود نجيب حسني/شرح قانون العقوبات /القسم العام/الطبعة الرابعة

/دار النهضة العربية /القاهرة /١٩٧٧.

١٢.د. مصطفى كامل ياسين /مذكرات في القسم العام من قانون العقوبات/مطبعة المعارف/بغداد/١٩٥٠.

(١٤). Donnedieu De Vaberes .Traite .De Droite Criminel .

ثانياً: الدساتير والقوانين العراقية :-

١.الدستور العراقي لعام ١٩٦٨.

٢. الدستور العراقي لعام ١٩٧٠.

٣.قانون العقوبات البغدادي /اشرف على طبعه وعلق عليه كامل السامرائي/مطبعة المعارف/بغداد/١٩٦٢.

٤. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

ثالثاً:-الدساتير: والقوانين العربية :-

١. الدستور المصري لعام ١٩٧١ .

٢. الدستور السوري لعام ١٩٥٠

٣. قانون العقوبات المصري /اعداد سهير سعيد شاكر/دار الفكر العربي /١٩٨٢.

٤. قانون عقوبات الجماهيرية العربية اللبية /المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة /مطبعة دار السلام /بغداد/١٩٨٠.

٥. قانون العقوبات السوري/المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة /مطبعة دار السلام /بغداد ١٩٨١.

٦. قانون العقوبات اللبناني /المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة /مطبعة دار السلام /بغداد ١٩٨١.

٧. قانون الجزاء الكويتي /المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة /الجزء الثالث /مطبعة دار السلام /بغداد /١٩٧٤.

٨. قانون عقوبات البحرين لعام ١٩٥٥.

٩. قانون العقوبات الجزائري لسنة ١٩٦٦/المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة /الجزء الثامن /مطبعة دار السلام /بغداد ١٩٧٧.

١٠.القانون الجنائي المغربي/المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة /الجزء السابع/مطبعة دار السلام /بغداد/١٩٧٦.

١١.المجلة الجنائية التونسية /المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية /١٩٩٢.

١٢.قانون العقوبات الاردني لسنة ١٩٦٠ /اعداد المحامي رمزي احمد ماضي/مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع /عمان ٢٠٠٠.