# جامعة محمد بوضياف المسيلة

# كلية الحقوق والعلوم السياسية

# قسم الحقوق

**عنوان الدرس**

## الركن الشرعي للجريمة

**أستاذ الدرس:** الدكتور عنان جمال الدين محاضر قسم "أ"

**إسم المقياس:** محاضرات في النظرية العامة للجريمة

**الفئة المستهدفة:** طلبة السنة الثانية ليسانس

**الحجم الساعي:** 01 ساعة و 30 دقيقة في الأسبوع

**أهداف الدرس:** تتمثل أهداف الدرس فيما يلي:

تعريف الطلبة على الركن الشرعي للجريمة

تعريف الطلبة على اهمية الركن الشرعي والانتقادات الموجهة له

تعريف الطلبة على نتائج مبدأ الشرعية

**السنة الجامعية: 2021-2022**

**الركن الشرعي للجريمة**

رأينا في موضع سابق بأن ركن عدم المشروعية يقوم على عنصرين أساسيين هما: وجود نص قانوني يجرم الفعل ويعاقب عليه، وكذا عدم اقتران الفعل بسبب من أسباب الإباحة. وقبل التفصيل في هذا الركن فلا بأس من تعريفه وإعطاء نبذة تاريخية عنه، وبيان موقعه ضمن النصوص القانونية وأهميته.

**المقصود بمبدأ الشرعية**

عرف بعض الفقه مبدأ الشرعية بأنه:" نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل"، وعرفه البعض الآخر بأنه:" النص القانوني الذي يبين الفعل المكون للجريمة ويحدد العقاب الذي يفرضه على مرتكبها". ويعني هذا المبدأ حصر الجرائم والعقوبات في نصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له، بتحديد ما يعتبر من الأفعال جرائم وبيان أركانها والعقوبات المقررة لها.

وعلى القاضي التقيد بما وضعه المشرع من قواعد إذ ليس في وسعه تجريم فعل أو تقرير عقوبة لم يقررها المشرع سلفا بموجب نص قانوني صريح بذلك.

وقد تعرض الرأي القائل بوجود ركن شرعي للجريمة إلى جانب الركنين المادي والمعنوي لعدة انتقادات منها:

- عدم جواز اعتبار النص التجريمي الذي أنشأ الجريمة ركنا من أركانها، إذ لا يتصور اعتبار الخالق جزء مما خلق.

- النص المنشئ للجريمة متميز عما أنشأه ولا يندمج معه، فهو وعاء النموذج الإجرامي، ولا يصح القول بأن الوعاء أصبح عنصرا مما يحتويه.

- انطبق النص التجريمي على واقعة معينة لا يعني بالضرورة قيام الجريمة، لأن السلوك قد يقترن بظرف مادي يخلع عنه صفته الإجرامية بنص القانون، كما هو الوضع في حالات الدفاع الشرعي، أو كما في حالات الأعذار المعفية من العقاب.

وتفاديا لهذه الانتقادات حاول المتمسكون بالركن الشرعي إعطاءه مفهوما آخر بالقول أنه الصفة غير المشروعة للفعل، وهو حكم قانوني على علاقة تربط الفعل المرتكب بالقاعدة القانونية الجنائية.

**نبذة تاريخية عن مبدأ الشرعية**

ترجع أصول هذا المبدأ إلى العهد الأكبر الذي منحه ملك انجلترا (جون) للشعب عام 1216، ثم تبنته الثورة الفرنسية عام 1789 في إعلان حقوق الإنسان والمواطن، حيث تنص المادة الخامسة منه على:" ليس للقانون حق في أن يجرم شيئا إلا متى كان فيه ضرر لهيئة الاجتماعية، وكل ما لم يجرمه القانون يكون مباحا فلا يجوز أن يرغم الإنسان به".

وتنص المادة السابعة بأنه:" لا يجوز اتهام أحد أو توقيفه أو حبسه إلا طبقا للحالات وطبقا للأشكال التي حددها القانون"، أما المادة الثامنة منه فتنص على:" لا يجوز أن يعاقب القانون إلا العقاب اللازم الضروري، ولا يجوز أن يعاقب أحد إلا بموجب قانون مسنون قبل الجرم ومعمول به قانونيا".

وتبنته الأمم المتحدة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 في المادة 2/11 التي تنص على:" لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي".

وتنص أيضا المادة 1/15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على:" لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة، وإذا حدث بعد الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف". .

وقد عرفته الشريعة الإسلامية منذ ظهورها بنزول الوحي على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، ومنها قوله تعالى:" وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا" (سورة الإسراء 15)، وقوله "لئلا يكون للناس حجة بعد الرسل" (سورة النساء 165)، وقوله "لأنذركم به ومن بلغ" (سورة الأنعام 19)، وقوله أيضا:" لا يكلف الله نفسا إلا وسعها". (سورة البقرة 286).

ومن القواعد الأصولية العامة التي قررت هذا المبدأ قاعدة:" الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم"، وقاعدة:" لا حرمة لأفعال العقلاء قبل ورود النص".

**مبدأ الشرعية في التشريع الجزائري**

يتضمن التشريع الجزائري الساري العديد من النصوص القانونية، التي تفيد تبني المشرع الجزائري لهذا المبدأ، وتكريسه في مختلف التشريعات وهو ما سنبينه كما يلي:

**مبدأ الشرعية في الدساتير**

نظرا لأهمية مبدأ الشرعية فقد أصبح من المبادئ الدستورية التي لا يكاد يخلو أي دستور من النص عليه، سواء في الدساتير الغربية أو العربية، والدستور الجزائري الحالي (2016) إضافة إلى الدساتير السابقة لم يشذ عن هذه القاعدة، حيث كرسه في العديد من نصوصه ومنها:

المادة 58 التي تنص على:" لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

المادة 59 التي تنص على:" لا يتابع أحد أو يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها".

المادة 158 التي تنص على:" أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة".

المادة 160 التي تنص على:" تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية".

ومن مضمون المادة 158 من الدستور يتبين لنا أن القاضي الجنائي على خلاف القاضي المدني (المادة 124 مدني) لا يحكم إلا بالعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له، حتى ولو كان بصدد عقوبة ذات حدين أو استعمالا للظروف المخففة، إذ يتعين عليه التقيد بالحدود التي رسمها القانون.

**مبدأ الشرعية في قانون العقوبات**

نصت المادة الأولى من قانون العقوبات على أن:" لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون"، فهذه المادة حصرت مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون المكتوبة الصادرة عن البرلمان بغرفتيه (المادة 140 من الدستور)، واستبعدت المصادر الأخرى كالشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

غير أنه ليس هناك ما يمنع من الرجوع إلى هذه المصادر لاستخلاص (عدا التجريم والعقاب) مانع للعقاب أو المسؤولية، أو سبب من أسباب الإباحة، ويجد هذا سنده في نص المادة 39 عقوبات، التي جعلت من أمر القانون أو إذنه سببا من أسباب الإباحة، كما هو الوضع في قواعد الشريعة الإسلامية التي تبيح للزوج تأديب زوجته، وللأب تأديب ابنه، ضمن الحدود المقررة لذلك، إضافة إلى العرف الذي يمنح للمعلم وملقن الحرفة حق تأديب تلاميذه.

وجاءت المادة الثانية لتدعم الأولى بنصها على:" لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة"، فهذه المادة تؤكد على عدم رجعية النص الجنائي كأصل عام، واستثناء رجعيته إذا كان أصلح للمتهم، إلى جانب توفر شروط أخرى.

**أهمية مبدأ الشرعية:**

تظهر أهمية مبدأ الشرعية في العديد من النقاط أبرزها:

- هذا المبدأ يضع حدودا فاصلة بين الأفعال المشروعة والأفعال غير المشروعة.

- هو ضمانة أكيدة لحقوق الأفراد وحرياتهم، حيث لا يجوز مساءلة أحد عن فعل لم يصدر بشأنه نص يجرمه، كما لا يمكن معاقبة أحد عن جريمة إلا بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها.

- السلطة التشريعية (البرلمان بغرفتيه طبقا للمادة 112 من الدستور) هي وحدها صاحبة الاختصاص في التجريم والعقاب (المادة 140 من الدستور)، ولا يعتبر الفعل جريمة إلا إذا أصبغت عليه هذه السلطة هذا الوصف.

- يعطي هذا المبدأ أساسا قانونيا للعقوبة، مما يجعلها عادلة ومقبولة لدى الرأي العام، فهي توقع باسم القانون ولمصلحة المجتمع.

- ينتج عن إعمال مبدأ الشرعية استبعاد إمكانية تطبيق عقوبة أشد على المجرمين مما كان مقررا لها وقت ارتكاب الفعل.

**نقد مبدأ الشرعية:**

من الانتقادات التي وجهت إلى مبدأ الشرعية نذكر:

- قيل بأنه مبدأ رجعي وجامد، حيث يصبح القاضي عبدا للنص، مما يتيح للمجرمين استغلال الثغرات القانونية للإفلات من العقاب، وكذا ارتكاب كل ما من شأنه الإضرار بمصالح الجماعة، والتي لم يتدخل بعد المشرع بتجريمها. فالمشرع لا يستطيع أن يحدد سلفا كل الأفعال الخطيرة وتجريمها.

- هذا المبدأ عاجز عن مواكبة التقدم العلمي ومسايرة الوسائل المستجدة التي يستعملها المجرمون في اقتراف جرائمهم.

- تقيدا بمبدأ الشرعية قد يكون النص التجريمي غامضا أو لا يعرف الفعل الإجرامي تعريفا دقيقا، وهذا ما يعطل مفعول هذه النصوص ويسهم في إفلات الجناة من العقاب، لأنه لا يسمح للقاضي بالتفسير أو القياس، مما جعل البعض يعتبره مبدأ لا اجتماعيا Anti social فهو يقيد القاضي ولا يسمح له بتجريم ما يهدد أمن المجتمع واستقراره.

**الرد على هذه الانتقادات:**

رغم الانتقادات الموجهة إلى هذا المبدأ إلا أن جانبا كبيرا من الفقه يتمسك به، لما فيه من ضمانات لحقوق الأفراد وحرياتهم وللاعتبارات التالية:

- فيما يتعلق بعدم مواكبة السلطة التشريعية لما يستجد في عالم الإجرام، وعدم إمكانها تحديد كل الأفعال المجرمة سلفا، ولتجاوز هذا العيب فإن الدستور وبنص المادة 142 يعطي لرئيس الجمهورية إمكانية التشريع بأوامر، في المسائل العاجلة، وفي حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو خلال العطل البرلمانية، بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

كما تمنحه المادة 107 من الدستور إمكانية التشريع في الحالات الاستثنائية.

المادة 135 من الدستور تعطي للبرلمان إمكانية الاجتماع في دورة غير عادية.

- يمكن تفادي جمود النص بلجوء المشرع إلى وضع عبارات سهلة توازن بين حقوق الأفراد ومصلحة المجتمع، فلا هي ضيقة بحيث تصعب من عمل القاضي الذي يتقيد بها ويطبقها حرفيا، ولا هي واسعة يهدر من خلالها حقوق الأفراد.

**النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية:**

يترتب على الأخذ بمبدأ الشرعية عدة نتائج مهمة يمكن إيجازها كما يلي:

- حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية المكتوبة الموجودة في قانون العقوبات والقوانين المكملة له، واستبعاد المصادر الأخرى المعروفة كقواعد الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

- منع التفسير: وإذا اقتضى الأمر ذلك، فيجب ألا يتعدى حدود البحث عن إرادة المشرع، دون أن يتعداها إلى حد خلق جرائم وعقوبات جديدة.

- حظر القياس: فمهمة القاضي هي تطبيق القانون وليس خلق جرائم، إذ لا يجوز له تجريم فعل لم يرد بشأنه نص، قياسا على فعل آخر مجرم لتشابههما، كما لا يجوز له تطبيق عقوبة جريمة أخرى على الجريمة المعروضة أمامه، والتي لم يتم التنصيص عليها، بحجة تحقيقهما لنفس الغاية الاجتماعية، والقاضي في هذه الحالة يكون قد نصب نفسه مشرعا، وتعدى حدود مهامه وهذا ممنوع قانونا.

وإذا كان القياس محظورا في مسائل التجريم والعقاب، إلا أنه جائز فيما سواه إذا تعلق الأمر بالبحث عن سبب من أسباب الإباحة أو مانع من موانع المسؤولية أو العقاب.

**قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم**

قد يشوب النص الجنائي غموض يجعل من الصعب على القاضي تفسيره، لأن الإشكال لا يثور عند وضوحه، إذ يسهل على القاضي تفسيره وتطبيقه سواء كان في مصلحة المتهم أو في غير مصلحته. وهنا يتعين على القاضي أن يطرق جميع وسائل التفسير لتسهيل تطبيقه.

لكن قد تبدو هذه المهمة مستحيلة مع غموضه، فما الذي على القاضي فعله خاصة إذا تساوت الأوجه التي ضد المتهم ومعه؟

يرى بعض الفقه إمكانية تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم في هذه الحالة، بينما يرى البعض الآخر بأنه لا مجال لإعمال هذه القاعدة، بل يحل محلها إعمال قاعدة الشرعية التي تتعارض مع نص غامض لا يمكن تفسيره.

وفرض وجود نص غامض يستحيل تفسيره أصبح نادر الحدوث حاليا، لأن المشرع أصبح يتحرى الدقة والوضوح عند وضع القاعدة القانونية، وأصبح مجال إعمال القاعدة "قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم"هو الإثبات، وذلك عندما تتساوى أدلة الإدانة مع أدلة البراءة، فهنا ترجح الثانية على الأولى، لأن الإدانة لا تبنى إلا على اليقين، والأصل هو براءة المتهم حتى تثبت إدانته على وجه اليقين.

وهي الفكرة التي أخذ بها القضاء الجزائري في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1987/11/10 والذي جاء فيه:" يتبين من ظروف القضية والمستندات التي بالملف ومن التناقضات في تصريحات الشاهدة الرئيسية والعلاقات المتوترة بين السائدة بين عائلتي المشتكي والمتهمة أن الشك كبير يخيم على مدى اقتراف المتهمة الوقائع المنسوبة إليها، والشك يفسر لمصلحة المتهم".

**عناصر الركن الشرعي**

سبق القول بأن ركن عدم المشروعية يقوم على عنصرين أساسيين هما، خضوع الفعل لنص تجريمي، وعدم اقترانه بسبب من أسباب الإباحة، وفيما يلي تفصيل هذين العنصرين.

**خضوع الفعل لنص تجريمي**

حدد قانون العقوبات مجموع السلوكات التي وجد المشرع بأنها جديرة بالتجريم، وبين من خلال نصوص هذا القانون الجزاء المناسب لكل فعل عقوبة أو تدبيرا. وسنقوم في هذا العنصر ببيان القاعدة الجنائية من حيث ماهيتها، وتفسيرها، وتطبيقها من حيث الزمان والمكان والأشخاص.

**المقصود بالنص الجنائي:**

عملا بمبدأ الشرعية يجب أن ينحصر مصدر التجريم والعقاب في قانون العقوبات والقوانين المكملة له، والتي تختص السلطة المختصة بالتشريع بسنها. فالقواعد المتعلقة بالتجريم والعقاب هي قواعد مكتوبة صادرة عن السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في هذا المجال.

وفي هذا الصدد تنص المادة 112 من الدستور على أن:" يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".

كما تنص المادة 7/140 على أن:" يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجلات الآتية:..القواعد العامة لقانون العقوبات، والإجراءات الجزائية، لا سيما تحديد الجنايات والجنح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها، والعفو الشامل وتسليم المجرمين، ونظام السجون".

ومن هذا المنطلق يجب استبعاد كل قاعدة غير مكتوبة، كما أن الاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب نص المادة 150 من الدستور، ورغم سموها على القانون، إلا أنها لا تصلح لأن تكون مصدرتا للتجريم والعقاب، حيث يتعين على المشرع تكييف تشريعه الجنائي وفق مقتضيات هذه الاتفاقية، (وإن كانت قواعد القانون الجنائي الدولي تأخذ حكما خاصا).

وفي الأخير يلاحظ أن المادة 7/140 من الدستور قد قصرت تدخل السلطة التشريعية في الجنايات والجنح، وعليه ليس هناك ما يمنع السلطة التنفيذية من التشريع في مجال المخالفات (لوائح الضبط والبوليس كما يسميها بعض الفقه).

**تفسير النص الجنائي**

التفسير هو محاولة استكشاف المعاني الواردة في النص التشريعي التي قصدها المشرع، ويكون عند صدور قانون يشوب بعض مواده الغموض أو تنقصها الدقة والتحديد. والتفسير محكوم بقاعدة عدم الخروج على مبدأ الشرعية، حتى لا يصل القاضي إلى حد تجريم أفعال أو تقرير عقوبات غير مقررة قانونا، وهو على أنواع:

**التفسير التشريعي:** وهو تفسير صادر عن المشرع في صورة نص قانوني لاحق، يفسر نص قانوني سابق، قدر المشرع بأنه بحاجة إلى توضيح وتفسير، ومن أهم مميزات هذا النوع من التفسير أن النص المفسر يسري بأثر رجعي، أي من تاريخ صدور القانون المفسر.

أحيانا يرد التفسير مباشرة في النص التجريمي، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 355 و 356 و 358 من قانون العقوبات)، وهذا النوع نجده بكثرة في النصوص الخاصة، أو ما يسمى القوانين المكملة لقانون العقوبات.

**التفسير القضائي:** وهو تفسير صادر عن القاضي أثناء فصله في واقعة معروضة أمامه، وهدفه تطبيق القانون تطبيقا سليما.

**التفسير الفقهي:** وهو تفسير صادر عن فقهاء وأساتذة القانون بمناسبة شرحهم وتعليقهم على النصوص القانونية، وهو تفسير مفيد للمشرع لتدارك ما يعتري القوانين من نقص وغموض، وكذا القاضي إلا أنه غير ملزم له، والتفسير الوحيد الملزم للقاضي هو التفسير التشريعي لأنه يصدر بموجب قانون.

**طرق التفسير:** للتفسير طرق عدة منها:

**الطريقة اللغوية:** وهي طريقة نرجع فيها إلى ألفاظ النص المراد تفسيره للكشف عن قصد المشرع، متى وجد في النص خطأ مطبعي أو سوء اختيار المصطلح واللفظ المناسب، ومن أمثلة ذلك:

- المادة الأولى من قانون العقوبات التي تنص على:" لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، فنية المشرع في لفظ قانون انصرفت إلى القانون بمعناه الضيق، أي القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية، وليس القانون بمعناه الواسع الذي يشمل القواعد المكتوبة وغير المكتوبة، وهذا ما أكده النص الفرنسي في لفظ Loi.

- قبل صدور القانون 14-01 المؤرخ في 4 فبراير 2014 المعدل والمتمم لقانون العقوبات(الجريدة الرسمية لسنة 2014، العدد 53) وبرجوعنا إلى النص الفرنسي فالمادتان 334 و 335 تعاقبان على هتك العرض attentat à la pudeur وليس الفعل المخل بالحياء outrage public à la pudeur الذي تعاقب عليه المادة 333 عقوبات، كما أن المادة 336 تعاقب على الاغتصاب viol وليس هتك العرض.

**الطريقة المنطقية:** هذه الطريقة لا تعتمد على ألفاظ النص الظاهرية، وإنما معانيه ومراميه، ويستعان فيها بالأعمال التحضيرية للقانون، مثل المشروع التمهيدي للقانون، ومختلف النقاشات التي أجريت أمام اللجان أو المناقشة العامة أمام البرلمان، وفي الجزائر يوجد ما يسمى بالجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة، التي تضمن مختلف هذه النقاط.