**جامعة محمد بوضياف المسيلة**

**كلية الحقوق والعلوم السياسية**

**قسم الحقوق**

**عنوان الدرس الثاني:**

**مبدأ الشرعية**

أستاذ الدرس:الدكتورةغضبان سمية أستاذ محاضر قسم "أ"

بريد أستاذ الدرس :somia.ghadbane@univ-msila.dz

الفئة المستهدفة من الدرس: طلبة السنة الثانية ليسانس

وحدة تعليم الدرس: الأساسية

– السداسي : الثالث .

–الوحدة : و ت أ 1.

– المعامل : 1

– أهداف المقياس ( وفق المنهاج) : تمكين الطالب من دراسة قانون العقوبات من خلال معرفة أساس تطوره وعلاقته بالفروع الأخرى ودراسة النظرية العامة للجريمة من حيث أركانها وجل المسائل المرتبطة بها

السنة الجامعية: 2020– 2021

المبحث الأول: ماهية مبدأ الشرعية

المطلب الأول: تعريف وأهمية مبدأ الشرعية ومصادره

أولا: تعريف مبدأ الشرعية

يقصد بمبدأ الشرعية أو الركن الشرعي للجريمة، وجود نص يجرم الفعل ويقدر عقوبته قبل وقوعه، وعد تمتع الفعل بسبب من أسباب الإباحة.

كما يقصد به أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني يحدد تلك الجريمة والجزاء المقرر لها بألفاظ كافية ومحددة، وذلك لمنع التحكم الذي يمكن أن يقع من القاضي إذا ما ترك له حرية تقدير الأفعال المجرمة وجزاءاتها، حيث أنه لا يمكن للقاضي أن يقضي بعقوبة قبل أحد إلا بعد أن يتحقق من وجود العناصر المكونة للجريمة والمتطلبة بواسطة القانون.

ويمكن القول بان لمبدأ الشرعية مفهومين يحرصان على حماية الحريات الفردية

الأول مفهوم شكلي: ويتمثل في ضرورة أن يحدد القانون الجرائم والجزاءات المقررة لها،

والثاني مفهوم موضوعي: يتمثل في تحديد معايير التجريم

وقد نص قانون العقوبات الجزائري في مادته الأولى على أنه "لا جريمة ولا عقوبة بغير قانون"

ثانيا: أهمية مبدأ الشرعية

إن الأهمية الأولى لمبدأ قانونية الجرائم والجزاءات أنه ضمان لحقوق الأفراد، ذلك أنه يضع لهم الحدود الواضحة لما هو مشروع وغير مشروع فيقدمون على الأفعال

المباحة وهم آمنين من العقاب، مما يحقق لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم ويحول دون تحكم القاضي فلا يملك الحكم بإدانة أحد على فعل غير مجرم.

ولمبدأ الشرعية أهمية بالنسبة للمصلحة العامة، إذ أن إسناد وظيفة التجريم والجزاء إلى المشرع وحده، يعطي قانون العقوبات أساسا قانونيا يجعله مقبولا لجهة امتثال المواطنين لقواعده مما يحقق مصلحة حقيقية للمجتمع.

ثالثا: مصادر مبدأ الشرعية:

أ-المصادر المكتوبة: وتتجسد هذه المصادر في كل من:

1-الدستور: هو مجموعة القواعد القانونية المحتواة في وثيقة أو عدة وثائق رسمية، تتبع في إعدادها وتعديلها إجراءات تختلف عن تلك المتبعة لإعداد وتعديل القواعد القانونية العادية.

وقد يتضمن الدستور الجزائري العديد من الأحكام التي تخص مبدأ الشرعية ومثال ذلك ما جاء في المادة 29 منه" كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

كما أكدت المادة 31 منه على ذات المبدأ بنصها "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

2-المعاهدات: تعرف المعاهدة على أنها اتفاق يكون أطرافه الدول أو غيرها من أشخاص القانون الدولي ممن يملكون أهلية إبرام المعاهدات، ويتضمن الاتفاق إنشاء حقوق

والتزامات قانونية على عاتق أطرافه، كما يجب أن يكون موضوعه تنظيم علاقة من العلاقات التي يحكمها القانون الدولي.

وتعتبر المعاهدات مصدرا لمبدأ الشرعية، وهذا بعد أن يتم التصديق عليها من جانب السلطة المختصة داخل الدولة، وفور التصديق عليها تصبح المعاهدة جزءا من التشريع الداخلي.

3-التشريع العادي: هو الذي تقوم بوضعه السلطة صاحبة الاختصاص العام في ممارسة الوظيفة التشريعية، وذلك في حدود اختصاصاتها وطبقا للإجراءات المنصوص عليها، وتقوم عادة بهذه الوظيفة السلطة التشريعية، وحفاظا على مبدأ الشرعية، فإن الإدارة العامة تتقيد بما تضعه السلطة التشريعية من قوانين في المجالات التي يخولها إياها الدستور.

4-التشريع الفرعي اللائحي "التنظيم": يطلق عليه اسم التنظيم في التشريع الجزائري والذي يصدر من السلطة التنفيذية تمييزا له عن التشريع العادي أي القانون والذي يصدر دائما عن السلطة التشريعية، والسلطة التنظيمية يمارسها كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول.

ب-المصادر غير المكتوبة: وتتمثل في:

1-العرف: يقصد به في اللغة كل ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم وله ركنان:

الركن المادي: ويتمثل في الاعتياد على سلوك معين بصورة متكررة ومستمرة، أما الركن الثاني فهو الركن المعنوي: ويتمثل في الاعتقاد بالالتزام بذلك السلوك.

2-المبادئ العامة للقانون: يعرف الدكتور عوايدي المبادئ العامة للقانون بأنها مجموعة قواعد قانونية ترسخت في ضمير الأمة القانوني، يتم اكتشافها بواسطة القضاء ويعلنها هذا الأخير في أحكامه، فتكسب قوة إلزامية وتصبح بذلك مصدرا من مصادر مبدأ الشرعية.

كما يعرفها البعض الآخر بأنها تلك القواعد القانونية غير المكتوبة التي يقرره ويكتشفها القضاء ويعلنها في أحكامه، فتكسب قوة إلزامية وتصبح بذلك مصدرا من مصادر مبدأ الشرعية.

المطلب الثاني: الجدل الفقهي حول إقرار مبدأ الشرعية

ثار الجدل بين الفقهاء بين معارض لمبدأ الشرعية ومؤيد له، وكل له تبريراته.

أولا: الاتجاه المعارض: لم يسلم مبدأ الشرعية من النقد، فقد وجهت له انتقادات قاسية في محاولات لتعديل مضمونه

أ-بالنسبة لشق التجريم: لقد انتقد مبدأ الشرعية وقيل أنه مبدأ رجعي وجامد، كم أنه يصيب المشرع بالجمود، ويجرده من المرونة اللازمة في مواجهة الظواهر الإجرامية المستحدثة، التي قد لا تندرج بالنظر لحداثتها وأساليب ارتكابها تحت نص التجريم، مما يجعله يتسبب في إفلات المجرمين من التهرب من المسؤولية، بحيث يستفيدون من الثغرات الموجودة في القانون، كما ترجع عيوبه إلى نص التشريع نفسه، عندما لا يستطيع القاضي الوصول إلى تحديد التعريف الدقيق للعمل الإجرامي نتيجة للنصوص الغامضة، في حين لا يسمح له بالتفسير الواسع، ويؤدي ذلك إلى تعطيل النصوص التشريعية وتهرب الجناة من العقاب.

ب-بالنسبة لشق العقاب: لقد انتقد مبدأ الشرعية لكونه يتعارض مع أهم مبادئ السياسة الجنائية الحديثة، وهو مبدأ تفريد الجزاء الجنائي الذي يترتب على تطبيقه اختلاف العقاب نوعا ومقدارا بالنسبة للفعل الواحد، تبعا لدرجة خطورة كل ما ساهم في ارتكابه، وعلى

الرغم من أهمية مبدأ تفريد العقوبة، فإن مبدأ الشرعية يقف عقبة أمام أداء القاضي تحول بينه وبين اختيار العقوبة التي تتلاءم وشخصية المجرم، ذلك أن هذا المبدأ يفرض على القاضي نوع العقوبة ومقدارها بالنسبة لكل فعل تبعا لجسامته دون اعتداد بدرجة خطورة الفاعل، وفي هذا تفويت لفرصة الاستفادة مما يحققه التقدم العلمي من نتائج ترتبط بالجريمة والمجرمين.

ثانيا: الاتجاه المؤيد: يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى تأييد مبدأ الشرعية، ويرى أنه يحقق مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة.

أ-بالنسبة لمصلحة الفرد: إن هذا المبدأ يعد السياج الحقيقي لحماية حقوق والحريات الفردية، فلا يملك القاضي متابعة اشخص بأفعال لم يجرمها المشرع، ولا يقرر عقوبات غر تلك التي حددتها النصوص التشريعية، كما أن تحديد الجرائم والعقوبات ينذر الأفراد مقدما بما هو محظور عليهم ارتكابه من أفعال، فلا يفاجئون بأمور تقيد من حرياتهم وتنال من حقوقهم.

ب-بالنسبة لمصلحة الجماعة: إن مبدأ الشرعية يحقق المساواة بين أفراد المجتمع، وعدم التمييز بينهم، كما يساهم في علو مبدأ سيادة القانون، وألا تقوم أي سلطة باغتصاب اختصاصات سلطة أخرى، وفي ذلك تأكيد لمبدأ الفصل بين السلطات، بل وأكثر من ذلك فإن لمبدأ الشرعية دور وقائي، ذلك أنه ينذر الأفراد مقدما بالأفعال المجرمة، مما يسمح له بإحجام بعضهم على الأقل عن ارتكاب الجرائم.

المطلب الثالث: النتائج المترتبة علىمبدأ الشرعية

لمبدأ الشرعية ثلاث نتائج أساسية هي:

أولا: تفسير النصوص الجنائية : يقصد بتفسير النص القانوني، البحث عن المعاني الحقيقية التي يقصدها المشرع من وراء النص الذي يبدو غامضا، ويجعله صالحا للتطبيق

على نحو يحقق إرادة المشرع من تقرير هذا النص بشأن تلك المصلحة التي قصد المشرع حمايتها.

والأصل أن المشرع يلتزم طبقا لمبدأ الشرعية، أن يصدر النص الجنائي واضحا لا لبس فيه ولا غموض من أجل أن يتمكن الشخص العادي من فهمه، حتى لا يقع تحت طائلة الجزاء المقرر في حالة مخالفته، كما أن وضوح النص الجنائي يمكن القاضي من تطبيقه بيسر على نحو يسهل له عملية تكييف سلوك المتهم، ومدى خضوعه لهذا النص، وبالتالي الحكم بإدانته أو ببراءته.

ولكن قد يحدث وأن يصدر النص الجنائي غامضا يحتمل التأويل، وفي هذه الحالة يقتضي الأمر تفسيره حتى يمكن تطبيقه على نحو صحيح.

والتفسير ينقسم إلى ثلاث أنواع فهناك:

التفسير التشريعي: وهو الذي تتولاه السلطة التي أصدرت النص التشريعي، وهذا النوع من التفسير قد يصدر في صورة نص قانوني، أو في صورة لائحة.

وثاني نوع من التفسير هو التفسير القضائي ويتولى هذا النوع من التفسير القاضي، وهو يصدد نظره للدعوى، أما ثالث نوع من التفسير فهو التفسير الفقهي ويتولاه فقهاء القانون عندما يتعرضون لدراسة النص التشريعي، والبحث عن قصد المشرع من ورائه، وللتفسير عدة طرف يأتي في مقدمتها، البحث عن معاني الألفاظ من جهة، وقصد المشرع والغرض من النص من جهة أخرى.

ثانيا: عدم رجعية القانون الجنائي : أي لا يخضع للعقاب إلا الأفعال التي ترتكب في ظل القانون الجنائي بعد نفاذه، ولهذا لا يجوز أن يتناول العقاب أفعالا ارتكبت قبل صدور القانون الجنائي الجديد، سواء أكان القانون الجديد قد شدد العقوبة التي كان القانون الملغى قد قررها للجريمة، أم أن هذا القانون قد جرم الفعل الذي كان مباحا من قبل.

ثالثا: حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع

تختص السلطة التشريعية بصفة عامة بإصدار التشريعات المختلفة، والنصوص التشريعية نوعان: قوانين تصدرها السلطة التشريعية ولوائح تصدرها السلطة التنفيذية، وليس هناك ما يمنع من أن تختص السلطة التنفيذية استثناءا بإصدار لوائح تحدد بعض عناصر التجريم، ولا يعد ذلك مخالفا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ولا يتعارض هذا مع الدستور الذي قرر أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون" ولم يقرر "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"، وهو ما يفهم عنه أنه يمكن لأي قانون أن يفوض السلطة التشريعية في تحديد عناصر التجريم بواسطة لوائح.

المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري وتقييمه

المطلب الأول: تطبيق مبدأ الشرعية على الجرائم والعقوبات

أولا: تطبيق مبدأ الشرعية على الجرائم: مهما كانت الأفعال خطيرة على المجتمع، إلا أنها ليست كلها مخالفة للنظام العام، فما هو مخالف في مجتمع ما، ليس جريمة في مجتمع آخر، مثال: الزنا في المجتمع العربي هو مخالفة للنظام العام، وتترتب عنه عقوبة، أما في المجتمعات الغربية فليس محالفة للنظام العام، ولا تترتب عليه عقوبة إذا كان ذلك برضا الطرفين.

بهذا نستنتج أنه لا عقاب على أفعال، إلا إذا نص عليها المشرع، بنص صريح إذ يجب أن تكون الجريمة محددة، وأن يكون التجريم واضح.

وقد تم تكريس هذا المبدأ في الدستور الجزائري في مادته 47 التي تنص على أن: "لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها".

كما تم تطبيقه في قانون العقوبات الذي نص صراحة في مادته الأولى:"أن لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون"

1-يجب أن تكون الجريمة محددة: يقتضي مبدأ الشرعية أن يحدد القانون أركان الجريمة، وهكذا فبمقتضى القانون، وتحديد قانون العقوبات تجرم الاعتداءات على الغير وممتلكاتهم، مثال ذلك: الكذب لا يعاقب عليه القانون إلا إذا كان في صورة شهادة زور أمام المحكمة حسب المواد: 232-241.

2-يجب أن يكون التجريم دقيقا: قانون العقوبات يشمل على نصوص عديدة، تحدد الجرائم بالتفصيل، إذ لو لم يكن قيام الجريمة متوقفا على وجود نص مكتوب يحدد أركانه وجزاءاتها لما كان المشرع قد أقدم على وضع هذه النصوص العديدة.

حيث أن هناك تجريم دقيق مثل: السرقة مادة 350 من ق ع ج، وهو اختلاس شيء مملوك للغير بصفة التمليك، ومن ثم لا تقوم السرقة إذا لم يحصل اختلاس، غير أنه من الممكن أن لا يكون التجريم دقيق كل الدقة فقط يكفي المشرع بالتنصيص على أن عملا ما معاقب عليه دون بيان العناصر المكونة له ومن هذا القبيل:

- جرائم الخصاء المادة 274 ق ع ج.
- الجرائم المخلة بالحياء المادة 333 ق ع ج
- جرائم هتك العرض 333 ق ع ج.

وفي هذه الحالة يتولى القاضي استخلاص أركان الجريمة، إذ أننا نستطيع أن نقول أن المشرع يلتزم بالتحديد الدقيق للجزاء، وأن يضع حدا أقصى للجزاء حتى يكون الأفراد على علم بما سيتعرضون له من عقوبة إذا ما أقدموا على ارتكاب جريمة ما.

3-التفسير الضيق للنص الجزائي: وضعت قاعدة التفسير الضيق للنص الجزائي لصالح المتهم، وكذلك النصوص المتعلقة بالشكل والإجراءات التي جاء بها المشرع الجزائري ضمانا لحريات الفرد، أما إذا كان النص واضحا فليس على القاضي تفسيره، بل عليه تطبيقه عملا بمبدأ "لا اجتهاد مع صراحة النص".

ثانيا: تطبيق مبدأ الشرعية الجزائية على العقوبات

مثل ما لا جريمة إلا بنص فلا عقوبة إلا بنص، والقاعدتان مكملتان لبعضهما البعض، إذ أنه من الضرورة أن يكون المرء على دراية ليس فقط الفعل المجرم، بل يجب أيضا أن يعلم بالعقوبة التي يتعرض إليها لو قام بالفعل المجرم، وبالتالي يتعين على المشرع أن يتولى بنفسه التخصص على عقوبة معينة لكل تجريم، وإذا كان من الجائز أن يفوض المشرع السلطة التنفيذية رسم بعض التجريمات دون وضع العقوبات، فهذا الأمر جائز في المخالفات فحسب، أما في مواد الجنايات والجنح فهو مجال اختصاص المشرع، ومن جهة أخرى لا يجوز للقاضي أن ينطق ما نص عليه قانون العقوبات في نطاق ممارسته للقانون من حدود، غير أنه من الممكن أن يقضي القاضي بعقوبة تفوق الحد الأقصى المقر قانونا عند توافر ظرف العود المادة 50 مكرر من قانون العقوبات، كما يجوز له أيضا أن ينزل الحد الأدنى المقرر قانونا إذا تحصل المتهم على ظروف التخفيف المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري.

بحيث يترتب على مبدأ الشرعية الجرائم والعقوبات امتناع القضاء عن الحكم بعقوبة لم نص عليها القانون، أو الحكم بعقوبة مقررة على جريمة أخرى على سبيل القياس، وإذا حدد القانون عقوبة بين حدين فلا يجوز للقاضي أن يتخطى الحد الأقصى أو ينزل عن الحد الأدنى.

المطلب الثاني: تطبيق مبدأ الشرعية على تدابير الأمن

يقضي مبدأ الشرعية أن تدبير الأمن لا تطبق على من هم في وضع سليم، وإنما على الذين هم في وضع خطير يقتضي بتطبيقها عليهم بذلك، لذلك يتعين على المشرع أن يتعرف على العناصر الأساسية لحالة الخطورة، وهكذا تفاديا لأي تعسف يجب أن تتضمن حالة الخطوة ركنا ماديا، بحيث يكون اعتقاديا ارتكاب الجريمة لاحقا مبنيا على وقائع مسبقة ومحددة بدقة، ويمكن التأكد منها لكي يستطيع القاضي أن يؤسس حكمه، وقد تستخلص خطورة الجريمة من أسباب ذاتية، كالإدمان على الكحول والمخدرات والخلل العقلي.

قد تتجلى في مظهر خارجي بأدلة يمكن معاينتها بصفة علمية، كما لا يجوز له أن يحكم على المتهم بتدابير أمن لم ينص عليها القانون.

وإذا خير القانون القضاء بين عدة عقوبات، فلا يجوز له استبدالها بعقوبة غير مقررة، وإلا كان ذلك خروجا على ما يفرضه مبدأ الشرعية من التزامات.

وتدابير الأمن هي:

1-الحجز القضائي في مؤسسة علاجية: هو وضع الشخص بناءا على أمر، أو قرار قضائي في مؤسسة مهيأة لهذا الغرض، بسبب خلل في قواه العقلية قام بارتكابه الجريمة،

2-الوضع القضائي في مؤسسة علاجية: هو وضع شخص مصاب بإدمان اعتيادي، ناتج عن تعاطي مواد كحولية أو مخدرات أو مؤثرات عقلية تحت الملاحظة في مؤسسة مهيأة لهذا الغرض، وذلك بناء على أمر أو حكم أو قرار قضائي "مادة 19 – 26 من ق ع ج"

المطلب الثالث: تقييم مبدأ الشرعية

أولا: الايجابيات

يرى العديد من فقهاء القانون، أن مبدأ الشرعية يمثل سياجا يحمي الفرد من تعسف السلطة، كما أنه يبرر عقاب السلة للأفراد إذا خالفوا القانون، ومن جهة ثانية فإن هذا المبدأ يشعر الناس أنهم سواسية أمام القانون، فمن تعدى على شخص نال الجاني جزاءه كائنا من كان، وهذا من شأنه أن يوفر للأفراد الأمن والطمأنينة، واحترام القانون يؤدي إلى الانطلاق في الحياة والإبداع فيه بخلاف ما لو كان هذا المبدأ غائبا، حيث يصبح كل فرج خائفا أن يشكل فعله جريمة يعاقب عليه، وهذا يؤدي إلى الإحجام عن ارتكاب الجرائم، ومن جهة السلطة يضع هذا المبدأ حدا لتحكم القضاة في التجريم، والعقاب كما انه يفصل بين السلطات المهتمة بشأن الجريمة مما يؤدي في الأخير إلى تحقيق العدالة، ولا يسمح بتعدي سلطة على سلطة أخرى، فمهمة السلطة التشريعية وضع التشريع بوضوح، فعليها أن تحدد كل جريمة بعناصرها، وظروفها المكونة لها والعقوبات المقدرة لها بوضوح أيضا، أما السلطة القضائية فمهمتها تطبيق ذلك التشريع بحسب الوقائع المعروضة، وتحكم بالإدانة أو البراءة، أما السلطة التنفيذية، فليس لها الحق أن تعاقب أحد إلا بما حكم به القاضي.

ثانيا: الانتقادات

تعرض هذا المبدأ إلى عدة انتقادات على الرغم من الأهمية القصوى التي يتمتع بها في المواد الجزائية، حيث يرى بعض الفقهاء عدم القدرة على حماية مصالح المجتمع الأساسية، ومن بين الانتقادات الموجهة لهذا المبدأ ما يلي:

-يسمح هذا المبدأ للمجرمين التهرب من العقاب وعدم تحملهم المسؤولية، ذلك أن هؤلاء يقومون بالأفعال التي تشكل خطرا على الأمن واستقرار المجتمع، والتي لم ينص المشرع على تجريمها، وبهذا فهم يستفيدون من هذه الثغرات ونتيجة لذلك يرى هؤلاء الفقهاء أن هذا المبدأ هو مبدأ جامد وقاصر على تحقيق أهداف القانون الجنائي، كما أنه لا ينص على العديد من الأفعال غير الأخلاقية التي يرتكبها الأفراد دون أن تجرم أفعالهم.

-وكذا عدم مراعاة أحوال الجاني الشخصية حيث يعاقب الجناة جون اعتبـــار لظـــروفهم الشخصية المختلفة، ومن ثم دعا هؤلاء إلى تقييم المجرمين بدلا من تقييم الجرائم.