

التأصيل لمبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية
*Conceptualization to the principle of criminal legitimacy in Islamic
 jurisprudence and positive legislation*

خالد ضو*

جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، ttaalleebb@gmail.com

تاريخ القبول: 2020/11/04

تاريخ الإرسال: 2020/10/07

ملخص:

يدرس هذا البحث مبدأ الشرعية الجنائية دراسة تأصيلية لأحكامه وأسسها وتاريخه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وتهدف الدراسة إلى بيان أهمية هذا المبدأ في الموازنة بين المصلحة الفردية والجماعية، وجاءت مقسمة إلى ثلاثة أقسام، الأول منها يبين مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية وأسسها، والثاني عرض تاريخ هذا المبدأ في التشريعات القديمة والحديثة، وفي التشريعات السماوية والوضعية، أما القسم الثالث فقد تناول المآخذ الفقهية على مبدأ الشرعية، ثم عرج على النتائج التي تتمخض عن مبدأ الشرعية الجنائية، ومن أهم النتائج المتوصل إليها أن مبدأ الشرعية الجنائية من المبادئ الأساسية في أصول التجريم والعقاب، ومعناه وجود نص يجرم الفعل ويقدر عقوبته قبل وقوعه.

الكلمات المفتاحية: الشرعية؛ الجريمة؛ العقوبة؛ النص الشرعي؛ النص القانوني.

Abstract:

This research studies the principle of criminal legality, a conceptual study of its provisions, foundations and history in Islamic law and positive law. The study aims to demonstrate the importance of this principle in balancing the individual and collective interest. It was divided into three sections; the first of them clarified the concept of the criminal law's principle and its foundations. The second presented the history of this principle in ancient and modern legislation, and in heavenly and positivist laws, As for the third section, it dealt with doctrinal intrusions on the principle of legality, Then he reviewed the results of the principle of criminal legitimacy. Among the most important results reached is that the principle of criminal legitimacy is one of the basic principles in the principles of criminalization and punishment. It means that there is a text that criminalizes the act and appreciates its punishment before it occurs.

Keywords: legitimacy; crime; punishment; the legal text; legal text.

* المؤلف المراسل

مقدمة

أولاً- تمهيد:

إن الأصل في الأفعال الإباحة، ولكن ليست كل الأفعال التي يُقَدِّم عليها الأشخاص مباحة؛ لأنَّ حكم الأصل يتغيَّر بتغيُّر نوع الفعل وظروفه وصفته، ويبقى أمر الحكم على الفعل أهما مباح أم غير مباح منوط بالمشرِّع؛ سواء أكانت الأحكام الدينية أم القوانين الوضعية، فلا يُمكن لأيِّ شخص أن يحكم على فعل بأنه مُجرَّمٌ إلا بنص يُجرِّمه وهذا ضمن قاعدة: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"¹، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري²، ويُطلق عليه مبدأ الشرعية.

يتجلى مبدأ الشرعية في التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية في وصف الفعل بأنه جريمة؛ وتحديد عقوبة له، فلا يستطيع من أقدم عليه التحجُّج بإباحته لما ورد فيه من نص إلا إذا كان هناك سبب آخر من أسباب الإباحة.

يُقسِّمُ الفقهاء الجريمة إلى ثلاثة أركان، الأول: ركن مادي يتمثل في الفعل المُجرَّم للجاني أو امتناعه عن واجب، والنتيجة السلبية المحققة بذلك، ويجب أن تصل بينهما رابطة سببية، والثاني: ركن معنوي يتمثل في إرادة الجاني وقصده للفعل أو الامتناع المُجرَّمين مع العلم بتجريم الشرع أو القانون لهما، واتجاه إرادة الجاني لتحقيق النتيجة هو ما يحدّد القصد الجنائي، أما الثالث فهو ركن شرعي وهو النص الذي يُجرِّم ذلك الفعل ويُخرجه عن أصل الإباحة، ويضع عليه عقابا، وهذا ما يتعلّق بمبدأ الشرعية الجنائية وهو ما سيتم تأصيله من خلال النصوص الشرعية والقانونية.

ثانيا- أهمية الموضوع: تتجلى في عدة نقاط أذكر منها:

- اهتمامه بالأصل الشرعي والقانوني لمبدأ يُعدُّ من أهم المبادئ في التشريعات الحديثة.
- تعلُّقه المباشر بنظريتي الحق والتعسف في استعمال الحق، وهما من أهم وأكث النظريات الفقهية.

- تصدُّره لأسس التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

- ارتباطه بالجريمة بل كونه ركن من أركانها، مما يجعله عُرضة للطرح والسؤال في مواضع كثيرة.

ثالثا- طرح الإشكالية: ينطلق هذا البحث من الإشكال الآتي:

- ما هي الأسس الشرعية والقانونية التي يقوم عليها مبدأ الشرعية الجنائية؟

ويندرج تحت هذا الإشكال التساؤلات الفرعية الآتية:

- ما المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية؟

- ما الصورة التي تجسد فيها هذا المبدأ في التشريعات القانونية عبر المراحل

التاريخية؟

رابعا- المنهج المتبع:

أنتهج في معالجة هذا المقال المنهج الوصفي التحليلي، حيث تمت دراسة مبدأ الشرعية دراسة تحليلية وفق ما نصت عليه الأحكام الشرعية والمواد القانونية المتعلقة بهذا المبدأ.

خامسا- أهداف المقال: يهدف هذا المقال إلى الآتي:

- بيان الركن الشرعي للجريمة الذي لا تقوم إلا به؛ من خلال تأصيل منطلقاته.

- بيان الأسس التي يقوم عليها مبدأ الشرعية في الفقه الجنائي.

- تحديد علاقة مبدأ الشرعية بالعقوبة المقررة على الجاني.

- بيان أهمية هذا المبدأ في الموازنة بين المصلحة الفردية والجماعية.

سادسا- خطة الدراسة: قُسمَ البحث إلى ثلاثة مباحث، كالآتي:

المبحث الأول: مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية وأساسه.

المبحث الثاني: تاريخ مبدأ الشرعية الجنائية.

المبحث الثالث: مآخذ مبدأ الشرعية ونتائجه.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية وأساسه

مبدأ الشرعية الجنائية من المبادئ الأساسية في أصول التجريم والعقاب، وقد أفتتح به قانون العقوبات الجزائري، وسيتم التطرق في هذا المبحث إلى مفهومه؛ وذلك بتعريف حدوده في اللغة والاصطلاح، ثم يأتي بيان الأسس التي يقوم عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية:

إن تحديد مفهوم هذا المبدأ متوقف على تحليل الألفاظ التي يتركب منها، إذ أن المبنى هو الذي يؤسس المعنى، وعليه سيأتي في هذا المطلب تعريف مفصل لألفاظ المصطلح من المعاجم اللغوية، ثم يأتي تعريفها كمصطلح مركب تركيباً إضافياً.

الفرع الأول: التعريف اللغوي لحدود المصطلح:

تتمثل حدود المصطلح في الألفاظ: "مبدأ"، "الشرعية"، "الجنائية"، وتفصيل تعريفها كالآتي:

أولاً- تعريف المبدأ لغة:

المبدأ من مادة (ب د أ)، جمعه مبادئ، وهو مصدر ميميّ من بدأً أو بدأً به، والمبدأ هو الافتراض أو المُسَلِّمة التي يسلم بها لوضوحها، وهو أيضاً المُعْتَقَد أو القاعدة الأخلاقية أو العقيدة التي يلتزم بها المرء في سلوكه، وهو قاعدة ومعياريّ تُبنى عليه قيم الأعمال.³

والمبدأ: هُوَ اللهُ تَعَالَى وَكُلُّ مَا بِهِ ابْتِدَاءُ شَيْءٍ، وجمعه مبادئ، والمبادئ: هي التي يتوقف عليها مسائل العلم، وهي إما تصورات أو تصديقات؛ أما التصورات فهي حدود الموضوعات وأجزاؤها وجزئياتها وأعراضها الذاتية، وأما التصديقات فإما بينة بنفسها وتسمى علوماً متعارفة، وإما غير بينة بنفسها فإن أذعن المتعلم بها بحسن الظن على المعلم سميت أصولاً موضوعة، وإن تلقاها بالإنكار والشك سميت مصادرات.⁴

ومبدأ الشيء أوله ومادته التي يتكون منها كالنواة مبدأ التخل، أو يتركب منها كالحروف مبدأ الكلام، ومبادئ العلم أو الفن أو الخلق أو الدستور أو القانون قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها.⁵

ثانياً- تعريف الشرعية لغة:

مصدرها الشرع، وهو من مادة (ش رع) ولهذا اللفظ عدة معانٍ لغوية، شرع الوارد يشرع شرعاً وشروعاً: تناول الماء بفيه، وشرعت الدواب في الماء تشرع شرعاً وشروعاً أي دخلت، ودواب شروغ وشروع: شرعت نحو الماء، والشرعية والشرع والمشرعة: المواضع التي يُنحدر إلى الماء منها، قال الليث: وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعةً من الصوم والصلاة والحج والنكاح وغيره، والشرعة والشرعية في كلام العرب: هي مؤرد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها ويستقون، وربما شرعوها دوابهم حتى تشرعها وتشرب منها، والعرب لا تسميها شريعةً حتى يكون الماء عداً لا انقطاع له، ويكون ظاهراً معيناً لا يسقى بالرشاء، وشرع إبله وشرعها: أوردتها شريعة الماء فشربت ولم يستق لها، وشرعت الدابة: صارت على شريعة الماء؛ وقد شربت غماراً والشرعية موضع على شاطئ البحر تشرع فيه الدواب.⁶

ومنه: شرعي أو شرعية أمر منسوب إلى الشرع، يُقال: حكم شرعي؛ أي: حكم خاضع لأحكام الشرع، وزواج شرعي؛ أي: زواج حسب أحكام الشرع والعقيدة، وطبيب شرعي؛ أي: طبيب مؤهل للإدلاء بشهادته أمام المحاكم، ويُقال: المحكمة الشرعية؛ أي: محكمة مختصة بأحكام الشريعة الإسلامية وشؤون الزواج والطلاق، ووثيقة شرعية؛ أي: وثيقة لها صفة قانونية.⁷

ثالثا- تعريف الجنائية لغة:

مصدرها الجناية، وهي من مادة (ج ن ي): جَنَى الثَّمَرَ مِنْ بَابِ رَمَى وَاجْتَنَاهَا بِمَعْنَى التَّقَطُّ، وَالْجَنَى مَا يُجْتَنَى مِنَ الشَّجَرِ يُقَالُ: أَتَانَا بِجَنَاحٍ طَيِّبَةٍ. وَرُطِبَ جَنِيٌّ حِينَ جُنِيَ، وَجَنَى عَلَيْهِ يَجْنِي جِنَايَةً أَوْ جُرْمًا، وَالتَّجَنَّى مِثْلُ التَّجَرَّمِ وَهُوَ أَنْ يَدْعِيَ عَلَيْهِ ذَنْبًا لَمْ يَفْعَلْهُ.⁸

ومنه جنائي أو جنائية، وهو ما يختص بالجنائية، يُقال: حكمت عليه المحكمة الجنائية؛ أي: المحكمة المختصة بالجنايات، ويُقال: القانون الجنائي؛ أي: قانون العقوبات والجناح.⁹

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لمبدأ الشرعية الجنائية:

مبدأ الشرعية هو مبدأ يسود في الدول القانونية، وفحواه خضوع الجميع للقانون؛ الحكام والمحكومين، ومبدأ الشرعية في التجريم والعقاب معناه حصر الجرائم والعقوبات في نصوص مكتوبة، وذلك بتحديد الأفعال التي تُعدُّ جرائم وبيان أركانها، وبيان العقوبات المقررة لها ونوعها ومدتها، وقد صيغ هذا القانون صياغة مختصرة كالآتي: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".¹⁰

وحسب التعريف يُلاحظ أن المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية أو الركن الشرعي للجريمة وجود نص يجرم الفعل ويقدر عقوبته قبل وقوعه، وعدم تمتع الفعل بسبب من أسباب الإباحة. وتفصيل ذلك كالآتي:

أولاً- وجود نص يجرم الفعل قبل وقوعه؛ أي: وجود النص يسبق وقوع الفعل، فالمبدأ يقضي بعدم جواز معاقبة الشخص على فعل وقع منه إلا إذا كان هذا الفعل مجرماً بنص قبل وقوع الفعل.

ثانياً- عدم وجود سبب من أسباب الإباحة تبيح الفعل: يشترط المبدأ كذلك عدم اتسام الفعل بالمشروعية، وهذه الأخيرة تندرج تحت ثلاثة عناصر: 1- ما يأذن به القانون (مثل العمليات الجراحية).

2- ما يأمر به القانون (مثل حكم الإعدام). 3- حالات الدفاع الشرعي.

يعني هذا المبدأ أنه لا تجريم ولا عقاب إلا بنص سابق، أي أن عملية التجريم والعقاب يجب أن تكون خاضعة لنصوص سابقة لفعل المتهم؛ إذ أنه من مقتضيات هذا المبدأ أنه إذا سُنَّ قانون يُجرم فعلاً معيناً ويعاقب عليه، فإنه لا ينطبق على الأفعال التي وقعت قبل صدوره.¹¹

المطلب الثاني: أهمية مبدأ الشرعية وأسسها:

بعد عرض تعريف مفصل لمبدأ الشرعية الجنائية، لابد من الإشارة لدرجة أهميته وبيان أسسه، وهذا المطلب سيأتي فيه تفصيل لأهمية مبدأ الشرعية وذكر للأسس التي يقوم عليها.

الفرع الأول: أهمية المبدأ:

ذهبت أغلب القوانين والآراء الفقهية إلى الأخذ بمبدأ الشرعية الجنائية، واعتمدوا في ذلك على مزاياه وفوائده في الحفاظ على أهم الحقوق؛ إذ أن هذا المبدأ يهدف إلى الموازنة بين المصلحة الفردية والجماعية، وتتمثل أهمية هذا المبدأ في وجهة نظر الأخذين به في عدة نقاط تندرج ضمن أصليْن أساسيَّين¹²؛ أوردهما في الآتي:

أولاً- دوره في مصلحة الفرد:

يتجلى دور مبدأ الشرعية في خدمة مصالح الفرد في النقاط الآتية:

- يحمي هذا المبدأ الفرد من التعسفات التي يُمكن أن تمارس في حقه.
- ينفي الغموض الذي يُمكن أن يحيط بالفعل المرتكب، حيث أن هذا المبدأ ينص على وضوح التشريع وكتابته وسهولة تركيبه، كما يُبين تفصيل كل جريمة والظروف المحيطة بها والعقوبة المُقدرة حسب كل ظرف.

- يحافظ على حرية الأشخاص بمنع السلطة من التحكم في حركة الأفراد فلا يعاقب الفرد أو يتابع إلا إذا كان الفعل الذي أتاه مجرماً قبل إتيانه بحيث يرمي إلى حماية الحرية الفردية من إطلاق السلطة القضائية، ومن تعسف السلطة التنفيذية وكذلك من انحراف السلطة التشريعية.

ثانياً- دوره في المصلحة العامة:

يتجلى دور مبدأ الشرعية في خدمة مصالح المجتمع في النقاط الآتية:

- النصُّ على تجريم الفعل والمُعاقبة على اقترافه رادعٌ للأشخاص عن اقتراف الجرائم، فهو وقاية للمجتمع.

- يُجسِّد مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ عدم رجعية القوانين.

- يعدُّ مبرراً لعقاب الأفراد المخالفين، ودافعاً لصفة التعسف عن السلطة والقانون، وإعطاء الصبغة القانونية لعقاب الجاني، وذلك بوجود نص يحدّد الأفعال التي يعاقب عليها القانون، ويعلم الجميع بهذا التجريم وبالعقوبة المقررة له.

- يحقّق العدل والمساواة بين طوائف المجتمع وشرائحه المختلفة.

- يُكسب هذه النصوص والقوانين احتراماً عاماً من الأشخاص ومن بقية السلطات، وذلك لتفرد المشرع بالتجريم والعقاب.

- يضعُ حدّاً لتحكم القضاة في التجريم والعقاب، فالقاضي مُلزم بتطبيق القانون وفق ما جاء نصه، دون اجتهاد إذا لم يُخوّله القانون من ذلك.

الفرع الثاني: أسس مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي:

يُبنى هذا المبدأ في الفقه الإسلامي على أساسين شرعيين كبيرين، لا يُمكن أن يتحقق من دونهما، وهذان الأساسان هما الأصل في اعتبار الأحكام والعمل بها وتصنيفها ضمن الشرعية أو خارجها، ويندرج تحتهما ضوابط فرعية كثيرة، ويتمثل هذان الأساسان في:

أولاً- الاعتماد على النص الشرعي:

يعتمد فقهاء الشريعة والمتصدرون للفتوى على النصوص الشرعية المتمثلة في القرآن والسنة كأساس أول في بناء الأحكام أو إصدار الفتاوى، ويكون اجتهادهم مبنياً على تلك الأسس، ويدلّ على ذلك نصوص كثيرة منها:

1- قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾. [المائدة:49]، قال الطبري في تفسيره: الآية:

أي بحكم الله الذي أنزله إليك في كتابه.¹³

2- قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾. [الحشر:7]، ونقل القرطبي

في تفسيره: الآية قائلاً: وقال ابن جريج: ما آتاكم من طاعتي فافعلوه، وما نهاكم عنه من معصيتي فاجتنبوه، وقال الماوردي: ذلك محمول على العموم في جميع أوامره ونواهيه.¹⁴

وهاتان الآيتان تدلّان على ضرورة الالتزام بما جاء في القرآن والسنة من أسس وأحكام، وحتى لو اجتهد العلماء في حكم مسألة عارضة يجب أن لا يعيدوا عن أسس الدين وضوابطه.

عن ميمون بن مهران قال: كان أبو بكر الصديق إذا ورد عليه حكم نظر في كتاب الله تعالى فإن وجد فيه ما يقضي به قضى به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله صلى الله عليه

وسلم فإن وجد فيها ما يقضي به قضي به، فإن أعياء ذلك سأل الناس: هل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضي فيه بقضاء؟ فربما قام إليه القوم فيقولون: قضي فيه بكذا وكذا، فإن لم يجد سنة سنه النبي صلى الله عليه وسلم جمع رؤساء الناس فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضي به، وكان عمر يفعل ذلك، فإذا أعياء أن يجد ذلك في الكتاب والسنة سأل: هل كان أبو بكر قضي فيه بقضاء؟ فإن كان لأبي بكر قضاء قضي به، وإلا جمع علماء الناس واستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضي به¹⁵، وهذا يدل على التزام الصحابة بالنصوص والضوابط الشرعية في اجتهاداتهم.

ثانيا- رد الرأي المخالف للشرع:

من الأسس الشرعية الكبرى في اعتماد الأقوال هو موافقتها لما جاء في الشرع؛ فإن وافقت كان بها، وإن خالفت فهي مردودة، لما روته عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ، فَهُوَ رَدٌّ»¹⁶.

وللفقهاء في هذا أقوال ماثورة دلت على شدة التزامهم بالنص الشرعي، ومن أشهر الأقوال:
- قال الإمام مالك بن أنس: "إنما أنا بشر، أخطئ وأصيب، فانظروا في رأيي؛ فكلما وافق الكتاب والسنة فخذوا به، وكلما لم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه"¹⁷.

- قال الإمام الشافعي إذا صح الحديث فهو مذهبي¹⁸.
وكل الفقهاء المجتهدين والأعلام المشهورين قالوا مثل هذا القول أو ما يدل عليه، وفي هذا إقرار بالشرعية، حيث أنه لا يمكن تقييد مسلم بشيء أو إلزامه به إلا إذا كان له أصل في كتاب الله أو سنة رسول الله، وبالتعمق في هذه النظرة نجد أنها هي جوهر مبدأ الشرعية.

الفرع الثالث: أسس مبدأ الشرعية في القانون:

تتعدّد الأفكار التي يبني عليها مبدأ الشرعية الجنائية، وتجتمع هاته الأفكار تحت أساسين كبيرين بُني عليهما هذا المبدأ، ودعا لهما في الوقت نفسه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى كان هذان الأساسان من أهم نتائجه، وتمثل الأسس التي يقوم عليها ولأجلها مبدأ الشرعية في الآتي:

أولا- الفصل بين السلطات:

ينطلق مبدأ الشرعية من فكرة الفصل بين السلطات؛ أي استقلالية كل سلطة من السلطات الثلاث باختصاصها، فالسلطة التشريعية هي التي تحدد الأفعال التي تُعدّ جرائم وتقدر لها

العقوبات المناسبة، والسلطة القضائية تطبق ما شرعته السلطة التشريعية عمليا في الأحكام والقرارات الصادرة عنها، ولا يُمكن للقاضي أن يجتهد من تلقاء نفسه في التجريم والعقاب إن لم يُخوّله المُشرّع من ذلك، أما السلطة التنفيذية فلها دور التنفيذ فقط، حيث تطبق بدورها قرارات السلطة القضائية.¹⁹

ثانيا- بناء وتكريس دولة القانون:

نتج مبدأ الشرعية من نبذ العصبية المقيتة والتسلط في الأحكام والقرارات التي احتكرتها في فترة ما الأسرة الحاكمة؛ إما ملك أو شيخ قبيلة أو صاحب نفوذ، وعليه فالنظام القانوني الذي كرّسه مبدأ الشرعية يقضي بتطبيق القانون على الجميع دون تفریق بين رئيس ومرؤوس، أو قريب أو بعيد، حيث يكون المشرع ممثلا للمجتمع، منتخبا من طرفه، وهادفا إلى حماية المجتمع والفرد على حدٍ سواء، وعندما يتولى سلطة التجريم والعقاب فهو يقف دون استبداد السلطات، ثم إن كون التجريم والعقاب مقنن بنصوص مكتوبة يجعله مُتميّزا بخاصيّتي العمومية والتجريد مما يكسبه الاحترام من الجميع.²⁰

المبحث الثاني: تاريخ مبدأ الشرعية الجنائية

مبدأ الشرعية الجنائية من الحقوق الأساسية التي يكفلها كل قانون كما جاء في المبحث السابق، وقد مرّ تطور هذا المبدأ بمراحل تاريخية حسب تطور النصوص القانونية والشرعية، حيث أن مُجرّد وضع قانون هو تأصيل للشرعية، دون النظر لمدى تحقيقها ضمن ذلك القانون، وفي العناصر الآتية تفصيل لتاريخ هذا المبدأ في التشريعات القديمة والحديثة حسب التسلسل الزمني؛ بدايةً من ظهور القوانين والتشريعات المكتوبة، إلى القوانين الحديثة، ثم بيان أصول هذا المبدأ في التشريع الجزائري على وجه الخصوص.

المطلب الأول: مبدأ الشرعية في التشريعات القديمة:

المقصود بالتشريعات القديمة ما كان من قوانين وضعية معروفة ومنصوص عليها في العصور السّابقة، وسيأتي الكلام أيضا عن الشرائع السماوية السابقة للإسلام، وأضيفت للتشريعات القديمة لأنها حُرّفت ولم تسلم من الوضع:

الفرع الأول: مبدأ الشرعية في الشرائع السماوية السابقة:

كان مبدأ الشرعية هو منطلق التشريعات السماوية كلها، حيث لا تكليف إلا بتبليغ، وهذا ما تقتضيه أحوال إقامة الحجّة، وما تتطلبه مقتضيات الدعوة، وقد وردت نصوص كثيرة في ديننا الإسلامي تُخبر بذلك، منها:

- يقول تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾. [الإسراء:15].

- ويقول تعالى أيضا: ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَإِن مِّنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ﴾. [فاطر:24].

فالله سبحانه قضى بعذله أن لا يُحاسِبَ أحدًا من الناس إلا إذا بلغه الرسالة، وأنذره بسوء العاقبة إن خالف²¹، وبالنظر في هذه النصوص وتفسيراتها وما جاء موافقا لمعناها نجد أنها لبّ مبدأ الشرعية الجنائية، وهي أصل قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فحين يقول الله لن نعذب حتى نبعث رسولا أي حتى يكون عندهم علم بالمطلوب وإدراك للمرغوب.

الفرع الثاني: مبدأ الشرعية في النظم القانونية القديمة:

في العصور القديمة لم تكن القوانين مكتوبة وكان كبار رجال القبيلة يفصلون في الجرائم مستنديين الى مصلحة الجماعة وأعرافها ولم تكن تخلو في أحيان كثيرة من القسوة والتعسف كالصلب والقتل والجلد وتقطيع الأوصال والرمي في البحر والإلقاء من مكان شاهق أو الإلقاء الى الوحوش المفترسة، وكذلك والمزاجية والعنصرية كالتمييز والتحيز، وكانت هذه العقوبات مبنية أساساً على رغبة الانتقام ولا تعرف للرحمة طريقا إلا في حالات نادرة، وعبر الزمن تحولت تلك الأحكام إلى أعراف اجتماعية، وقد كان العراقيون القدماء هم من ابتدع فكرة القوانين المكتوبة، وهذه أشهر القوانين التي عُثر عليها وتعود لحضارة بلاد الرافدين:²²

أولا- قانون أورنمو (2111-2103 ق.م): وهو أقدم قانون مكتشف حتى الآن، وقد سبق قانون حمورابي بثلاثة قرون، حيث عُثر على قسم من الألواح التي تضمنت هذا القانون في مدينة نمر والقسمة الأخر منها في مدينة أور، وقد كتب باللغة السومرية.

ثانيا- قانون عشتار (1934-1924 ق.م): الملك لبث عشتار هو خامس ملوك سلالة إيسن وقد أصدر القانون باللغة السومرية أيضا، ويتكون هذا القانون من مجموعة قواعد جاءت لنشر العدل في البلاد والقضاء على الشكاوى والعداوة بالقوة وجلب الرفاهية للسومريين.

ثالثا- تقنين آشنونا: أصدره ملك مدينة آشنونا؛ إحدى مدن العراق القديمة، تاريخه غير معروف، ويعتقد أنه قبل قانون حمورابي بنصف قرن، ويحتوي على مجموعة من المواد التي عالجت الكثير من المواضيع أهمها: "الزراعة - القروض - الودائع - الجرائم"، وهي أقدم وثيقة تاريخية قسمت المجتمع إلى ثلاث طبقات: الأحرار، المساكين، العبيد.

رابعا- قانون حمورابي (1810- 1750 ق.م): وهو مجموعة من القواعد والقوانين التي سنّها الملك البابلي حمورابي والذي حكم في الفترة 1750-1792 قبل الميلاد، حيث حكم هذا القانون الناس الذين يعيشون في إمبراطوريته التي شملت الكثير من العراق الحديث وامتدت على الخليج العربي وعلى طول نهر دجلة والفرات، ويحتوي هذا القانون على 282 مادة تُناقش مجموعة من المواضيع بما في ذلك القتل والاعتداء والطلاق والديون والتبني ورسوم التجارة والممارسات الزراعية.

يمكن القول إن جذور المبدأ هي من نتاج الفكر العراقي القديم، ثم تبعتها لاحقا قوانين اليونان (قانون دراكون، 620 ق.م) وهو أول مشروع في أثينا في اليونان القديمة، وقد قام باستبدال القانون العرفي والخصومات الدموية التي كانت سائدة آنذاك بتشريع مكتوب بحيث يتولى القضاء مهمة تنفيذه، ونظرًا لصرامته المعهودة، ارتبط المصطلح دراكوني بالقواعد أو القوانين الصارمة، وبعده القانون الروماني (قانون الألواح الاثني عشر، 450 ق.م)، وهو تشريع قديم سُنَّ في الرومان، وكتب على ألواح، حيث مثلت هذه اللوائح جوهر دستور الجمهورية الرومانية، وجاءت اللوائح الاثنا عشر كنتيجة لصراعٍ سياسي طويل بين البليس (العامة) والباتريكيان (النبلاء).²³

إن مبدأ الشرعية يتجسد تلقائيا في مُجرّد سنّ قانون مكتوب معروف للعامة، إذ أنه يستوفي شروط التجريم والعقاب آنذاك، لذا فالقوانين القديمة المذكورة كلها جسدت مبدأ الشرعية بطريقة أو بأخرى، لكن بصورة نظرية، أما التطبيق فقد تكون فيه شرعية لكن ليس بالنسبة ذاتها التي نجدتها في التنظير، إذ أنه قديما لم يكن ما نعرفه الآن من الفصل بين السلطات، ومهما كان هناك قانون يبقى قرار الملك فيصلا في كل حكم.

الفرع الثالث: مبدأ الشرعية عند العرب قبل الإسلام:

لم يكن للعرب قبل الإسلام تشريع منظم يحتكمون إليه، إنما كانوا يخضعون للنظام القبلي الذي يسود فيه غالبا رأي رئيسها وهو الذي يقضي بين الناس، كما تُعرض بعض القضايا على

الكهان أو العرافين أو كبار القبيلة، والأصل في الحكم القبلي الاعتماد على الأعراف السائدة، والتي لا تُعد ضابطاً بالنسبة لأصحاب النفوذ، وهذا ما يجعل النظام القبلي قائماً على العصبية، والقواعد العرفية فيه ليست مُلزِمة للجميع.²⁴

قد تُعدُّ الأعراف القبليَّة السائدة في تلك الحقبة من قبيل الشرعية عندهم؛ إذا اتسمت بالعدل والمساواة، حيث أن الفعل الذي يقبله العرف لا يكون مُجرِّماً ولا مُحَرِّماً ولا يعاقب فاعله، والفعل الذي يُعَدُّه العرف خاطئاً يقع على صاحبه العقاب المناسب في ذلك العرف، وهذا بغض النظر عن شمولية العرف أو العصبية أو التفريق في المعاملة، وعليه فالأعراف والتقاليد في المناطق أو الأزمنة التي ليس بها تشريعات قانونية تُعدُّ هي الأصل في الشرعية.

المطلب الثاني: مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي والتشريعات الحديثة:

إنَّ مجرد إطلاق مُسمَّى التشريع أو القانون على مجموعة من القواعد أو الضوابط يوحي بمفهوم الشرعية، حيث أن تلك القواعد ستكون ملزمة لمن وُجِّهت إليهم، كما لا يمكن محاسبتهم إلا وفق ما جاء في تلك القواعد، وهذا لبُّ مبدأ الشرعية - كما ذكر آنفاً-، وفي هذا المطلب تأصيل للمبدأ في الفقه الإسلامي والتشريعات الحديثة.

الفرع الأول: الشرعية في الشريعة الإسلامية:

لا يوجد نص في القرآن الكريم أو السنة النبوية فيه ذكر صريح لهاته القاعدة أو حث على العمل بهذا المبدأ، ولكن يُمكن استنتاجها من بعض النصوص الشرعية بسهولة²⁵، ومن النصوص:

- يقول تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾. [الإسراء:15]

- ويقول أيضاً: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهِلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَاتِ رُسُلًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا

مُهْلِكِي الْقُرَى إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ﴾. [القصص:59]

- ويقول أيضاً: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾. [المائدة:95]، فنجد القرآن

الكريم في عدة مواضع يُبرئُ مما قد سلف ويرفع عنه المؤاخذة حين ينص على تحريمه وإنكاره، كما جاء قوله تعالى في تحريم زوجة الأب: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾.

[النساء:22]، وقوله في الجمع بين الأختين: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾.

[النساء:23]، وهذا يدل على أخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ لا جريمة إلا بنص.²⁶

- ويقول النبي صلى الله عليه وسلم: «أَلَا وَإِنَّ كُلَّ رَبِّا مِنْ رَبِّا الْجَاهِلِيَّةِ يُوضَعُ، لَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا يُظْلَمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ، أَلَا وَإِنَّ كُلَّ دَمٍ مِنْ دِمَائِ الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ وَأَوَّلُ مَا أُضْعَ مِنْهَا دَمُ الْحَارِثِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ؛ كَانَ مُسْتَرْضِعًا فِي بَيْتِ لَيْثٍ فَقَتَلْتَهُ هَدِيْلًا».²⁷

وقد عرّف الماوردي الجرائم بأنها: "محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير"²⁸، ومن خلال هذا التعريف نجد أن الشريعة الإسلامية منعت من بعض الأفعال وحرمتها، ونصت على عقوبة فاعلها، وهذا موافق لمبدأ الشرعية الجنائية في القوانين الوضعية.

من القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية: أنه "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"، أي أن أفعال المكلف المسؤول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها، وهناك قاعدة أساسية أخرى تقضي بأن: "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة"، أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلاً بالإباحة الأصلية، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه، وهاتان القاعدتان تؤديان معنى واحداً هو أنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك، فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسؤولية ولا عقاب على فاعل أو تارك. ولما كانت الأفعال المحرمة لا تعتبر جريمة في الشريعة بتحريمها وإنما بتقرير عقوبة عليها، سواء كانت العقوبة حداً أو تعزيراً، فإن المعنى الذي يستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.²⁹

الفرع الثاني: الشرعية في القوانين الوضعية الحديثة:

ليس المقصود بالحديث القوانين المعاصرة؛ وإن كانت المعاصرة ضمنية في الحداثة، إنما المقصود بها القوانين التي وضعت عند تكوّن الدول والأقاليم السياسية، وفي العناصر الآتية تأصيل لمبدأ الشرعية في القوانين الحديثة.

أولاً- الشرعية في القوانين الغربية الحديثة:

لم يظهر مبدأ الشرعية الجنائية في القوانين الوضعية بالصورة التي هو عليها الآن إلا بعد ظهور الدول المنقسمة ذات السيادة المستقلة، لأنه في عصر الملكية المطلقة كانت أوامر الملك فقط تتمتع بقوة القانون، والأمر الذي لا يجعلها تُعدّ كمبدأ للشرعية أنها كانت تحتكم للإرادة والعاطفة، فلا عدل ولا مساواة، وفي القرون الوسطى كان القضاة يتمتعون بسلطة التجريم والعقاب دون نص،

حتى اشتدّ نقد الفلاسفة لهذا، وظهر مبدأ الفصل بين السلطات، وصار الحق في التجريم والعقاب للسلطة التشريعية فقط.³⁰

أخذ القانون الإنجليزي بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات منذ صدور قانون هنري الأول، ثم تضمنه دستور كلاريندون، ثم أكدت فرنسا هذا المبدأ في المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789م، ثم جاء النص على هذا المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1948م فأضحى ركنا أساسيا لكل نظام قانوني، ثم جاء أيضا في المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة سنة 1950م، وجاء أيضا في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسة الصادر سنة 1966م، وقد صار هذا المبدأ من حقوق الإنسان ذات الطابع العالمي، حيث نصت عليه القوانين الوضعية؛ في الدساتير أو قوانين العقوبات أو القوانين الجزائية، وهو من الأسس التي يقوم عليها النظام الديمقراطي.³¹

ثانيا- الشرعية في القانون الجزائري:

أكد المشرع الجزائري على مبدأ الشرعية الجنائية في جميع الدساتير وفي عدة نصوص، وهذا ما يجعله يرتفع من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري يستفيد من كل الضمانات التي يكفلها الدستور³²، وهذه أمثلة من المواد التي ورد فيها كفالة للشرعية في دساتير الجزائر وقانون العقوبات:

1- من دستور 1963م:

- المادة 15: "لا يمكن إيقاف أي شخص ولا متابعته إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون وأمام القضاة المعيّنين بمقتضاه وطبقا للإجراءات المقررة بموجبه".

2- من دستور 1976م:

- المادة 45: "لا تجريم إلا بقانون صادر قبل ارتكاب العمل الإجرامي".

3- من دستور 1989م:

- المادة 43: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

- المادة 44: "لا يتابع أحد، ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها".

4- في دستور 1996م:

- المادة 46: لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم.

- المادة 47: لا يتابع أحد، ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها.

- المادة 140: أساس القضاء مبادئ الشريعة والمساواة، الكلّ سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون.

- المادة 142: تخضع العقوبات الجزائية إلى مبادئ الشريعة والشخصية.

5- في قانون العقوبات:

استهل المشرع الجزائري قانون العقوبات بمبدأ الشرعية الجنائية، حيث نصت المادة الأولى منه على الآتي: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بقانون"، ونرى بأن المشرع قال في هذه المادة: "إلا بقانون"، ولم يقل: "إلا بنص"، وهذا فيه إشارة إلى أن هذا المبدأ يتسم ببعض المرونة، فقد لا يكون هناك نص خاص في مسألة معينة يجرمها أو يعاقب عليها أو يصنفها عملا ضارا، لكن يوجد نص عام يُخوّل جهة معينة بالتحقيق فيها أو التقدير، فالشرعية قاعدة عامة، وكل ما يستلزم قانونا ويكون ملزما فهو يحوي المبدأ بصفة تلقائية.

المبحث الثالث: مآخذ مبدأ الشرعية ونتائجه

بعد عرض مفهوم مبدأ الشرعية، وبيان أهميته والأسس التي بُني عليها، وسرد تأصيله التاريخي والشرعي في المبحثين السابقين، يأتي هذا المبحث ليبيّن المآخذ والانتقادات التي وجهها بعض فلاسفة القانون لهذا المبدأ، ويأتي فيه أيضا بيان نتائج العمل به.

المطلب الأول: المآخذ الفقهية على مبدأ الشرعية:

على الرغم من أن مبدأ الشرعية يُعدُّ من المبادئ الدستورية الأساسية في الكثير من التشريعات، إلا أنه كغيره من المبادئ والقواعد لم يَسلم من الردّ، حيث تعرض هذا المبدأ لبعض الانتقادات من بعض فلاسفة القانون وفقهائه، ومن المآخذ التي ذكرها هؤلاء ما يأتي:

أولا- حصر الجرائم والعقوبات في نطاق القانون، وتضييق السلطة التقديرية للقاضي:³³

هذا المبدأ يُقيّد السلطة التقديرية للقاضي إلى حدّ كبير، وهذه ميزة إيجابية من جانب، لكن نظر إليها النقاد بعين السلبية من جانب آخر، حيث قالوا إن هذا المبدأ يؤدي بالتشريع الجنائي إلى الجمود والعجز عن مواجهة تطور الحياة وتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية وخاصة ما يتعلق

باختلاف الأعراف وتغيرها، فالمشرع لا يمكنه أن يحيط علما بكل ما قد تتمخض عنه ظروف الحياة الاجتماعية.

ثانيا- استحالة النص على جميع ما قد يقع من جرائم وعقوبات:³⁴

يرتبط هذا الانتقاد بالذي سبقه ارتباطا وثيقا؛ حيث قال نقاد هذا المبدأ بأن المُشرع لا يُمكنه أن يتخيل كل الأفعال التي من شأنها أن تكون جرائم يُعاقبُ عليها فاعلها، فقد يكون الفعلُ نفسه مقبولا في عرف ومرفوضا في عرف آخر، ويرون بأن إطلاق يد القضاء في التقدير أكثر فاعلية، لأن القاضي أكثر احتكاكا بواقع الجرائم والعقوبات من المُشرع، ويُمكنه فهم الأفعال وتمييزها. ويمكن الرد على الانتقادين السابقين بضرب أحدهما بالآخر، وذلك أن المُشرع يستطيع أن يستدرك أيّ نقص، بتجريم الأفعال التي تظهر خطورتها، والتي أبتدعت وفيها ضرر بمصلحة الفرد أو المجتمع، فحين يتحقق الضرر ينتبه المُشرع فيحكم على ذلك الفعل بالإجرام ويُحدّد له عقوبة ملائمة حسب درجة خطورته أو الضرر الذي تسبب فيه، كما إن إطلاق السلطة التقديرية للقاضي قد يتسبب في الاختلاف بين الأحكام القضائية وهذا أكثر ضررا على المجتمع الذي سيهتم القانون بالعودة للعصبية والتمييز في هاته الحالة.

ثالثا: تعارض مبدأ الشرعية مع مبدأ تفريد العقاب:

يفترض مبدأ الشرعية الجنائية أنّ الجريمة نظام قانوني متجرد عن شخص مرتكبها ويحدد العقوبة وفق الأضرار المادية للجريمة لا وفق الخطورة الكامنة في شخص مرتكبها، وليس في وسعه تبعا لذلك أن يجعل العقوبة ملائمة لشخص مرتكبها وظروفه؛ لأنه لا يعرف الأشخاص ولا يستطيع العلم بظروفهم، وهذا يتعارض مع مبدأ تفريد العقاب وهو من المبادئ العالمية الحديثة في السياسة العقابية، ويقصد به ملائمة العقوبة للفرد؛ أي جعلها مناسبة لحالة المجرم الشخصية المتمثلة في تكوينه البيولوجي والنفسي والاجتماعي والباعث الذي دفعه إلى ارتكاب تلك الجريمة، وذلك مع مراعاة الظروف المادية للجريمة وطريقة ارتكابها والوسيلة المستخدمة بها والأضرار الناجمة عنها التي تصيب الفرد والمجتمع.³⁵

ويُردُّ على هذا الانتقاد بالقول إن المُشرع بإقراره لمبدأ الشرعية الجنائية، لم يتجاهل ولم يهمل اعتبار شخصية الجاني في إيقاع العقاب، فمنهج بذلك سياسة تفريد العقوبة المعمول بها حاليا في القوانين الوضعية، حيث منح المُشرعُ للمقاضي شيئا من حرية القرار حسب شخصية الجاني فجعل

أغلب العقوبات محصورة بين حدّين؛ حدّ أقصى لا تتجاوزه، وحدّ أدنى لا تقل عنه، فيستطيع القاضي أن يحكم بالعقوبة المناسبة فيما بين هذين الحدين وفقا لشخصية الجاني وظروف ارتكابه لهذه الجريمة ومجمل المعطيات النفسية والاجتماعية التي قد تكون دفعته إلى ارتكاب هذا الفعل، كما وضعت القوانين ما يُسمى بظروف التشديد وظروف التخفيف، حيث يُحكم على الجاني بعقوبة أشد إن كان الضرر أكبر أو دلّت جنايته على شدة خطورته، كما قد يُحكم عليه بالتخفيف إن كانت الظروف تقدّم له عذرا في ارتكاب جريمته، وقد يُعفى من العقاب في حالات، وكل هذا طبعا وفق ما ينص عليه القانون ويقرّه، وكل هذا يدل على عدم تعارض مبدأ الشرعية الجنائية مع مبدأ تفريد العقاب.

رابعا: عدم إمكانية اطلاع الجميع على القانون:

قال نَقَاد مبدأ الشرعية الجنائية بأنه لا يمكن لجميع الناس أن يطلعوا على العقوبات والجرائم المنصوص عليها في القانون حتى يتجنبوها ولذلك فإن هذا المبدأ لا يحقق العدل والمساواة بين الأفراد في المجتمع حسب رأيهم.³⁶

ويُمكن الرد على هذا الانتقاد بأنه إذا اعتبرنا هذا الأمر سيتخذُه الناس حجة في الاعتداء على الغير ماديا ومعنويا، وحين يُريد القضاء معاقبتهم يتحجّجون بعدم الاطلاع على العقوبة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الجرائم تُحددها الطباع السليمة والأعراف السوية، فالفعل يُعرف أهُو حسن أم سيء بمجرد اقراره، إلا إن كان مُرتكبه صغيرا أو مجنونا وهؤلاء يعذرهم القانون ويُحدد لهم أحكاما خاصة.

لم تنل هذه الانتقادات من وجود مبدأ الشرعية في القوانين والديساتير الحديثة، إلا أنها لم تمر دون أن تترك لها بصمة على مضمون هذا المبدأ، فإذا كان هذا المبدأ في أصل نشأته يعني "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فإنه قد تطور الآن ليكون "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون"، ويعني ذلك أنه يجوز للمشرع أن يصدر قانونا يفوض به السلطة التنفيذية بإصدار قرارات تحدد بها الجرائم والعقوبات، وذلك من أجل إمكانية ملاحقة الأحداث التي لا تحتمل الانتظار حتى يجتمع مجلس الشعب لإصدار قانون يواجهها، ويستوي أن يكون هذا النص تشريعا فرعيا أو قرارا صادرا بناءً على تفويض، وهو ما يقال له التشريعات الفرعية، وعلى ذلك فإن التشريع الجنائي يعني التشريعات

الأصلية والتشريعات الفرعية، أي إن مصادر التجريم والعقاب أصبحت تشتمل على تشريعات فرعية إلى جانب التشريعات الأصلية.³⁷

على الرغم من تلك الانتقادات التي وُجّهت لمبدأ الشرعية فقد اتفق أغلب الفقهاء على ضرورة بقائه في قانون العقوبات، وقد ورد التأكيد على ذلك في أغلب المؤتمرات الدولية، ومن أبرزها: المؤتمر الذي نظّمته الجمعية الدولية في القانون الجنائي المنعقد في باريس في (26-31) جويلية 1937م، والمؤتمر الدولي الذي نظّمته الأكاديمية القانونية للقانون المقارن المنعقد في لاهاي في (4-11) أوت 1937م، والمؤتمر المنعقد في نيودلهي لرجال القانون عام 1959م، كما انهزم دعاة القياس في ألمانيا وعاد القانون الألماني إلى الشرعية بعد اندثار النازية، كما تراجعت القوانين السوفياتية عن الخروج عن المبدأ بعد سنة 1958م.³⁸

المطلب الثاني: نتائج مبدأ الشرعية الجنائية:

إن مبدأ الشرعية بوجوده في التشريع يُولّد قواعد ومبادئ أخرى، فكانت بمثابة نتائج له، وأحيانا تكون هي الأسس التي جعلته يدخل حيز التنفيذ ضمن أغلبية القوانين الحديثة، ومن نتائج مبدأ الشرعية الجنائية ما هو متعلق بالقانون ومنها ما هو متعلق بالقضاء، وتفصيلها كالآتي:

الفرع الأول: النتائج المتعلقة بالقانون:

المقصود بنتائج مبدأ الشرعية المتعلقة بالقانون هي القواعد الأساسية التي كرسها هذا المبدأ في القانون، بحيث جعلها أفكاراً أساسية لتكون مُنطَلَقاً وهدفاً في الوقت نفسه؛ وهذه النتائج هي:

أولاً- حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية المكتوبة:

تتميز القاعدة الجنائية عن غيرها من قواعد القانون الأخرى بأن مصدرها الوحيد هو القانون المكتوب، وعليه فإن المصادر الأخرى للقانون كالعرف مستبعدة في المجال الجنائي، والقاضي مطالب بتطبيق القانون المنصوص عليه.³⁹

ثانياً- قاعدة عدم رجعية النص الجنائي:

وتُعدُّ هاته القاعدة نتيجة مباشرة لمبدأ الشرعية، ومعناها أن الجاني لا يُعاقب على فعله إلا إذا كان قد صدر قانون يُجرّم ذلك الفعل قبل ارتكابه له⁴⁰، وقد كفل الدستور هذه القاعدة وعدها من الحقوق الأساسية للأفراد، حيث ورد في المادة 46 منه النص كالآتي: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم".⁴¹

الفرع الثاني: النتائج المتعلقة بالقضاء:

المقصود بنتائج مبدأ الشرعية المتعلقة بالقضاء هي تلك القواعد الأساسية التي ألزمَ بها هذا المبدأ القضاة، ولا يحق لهم تجاوزها إلا إذا خولهم القانون نفسه من ذلك، وهاته النتائج هي:

أولاً- التزام التفسير الكاشف للنصوص:

تفسير النصوص الجنائية مبني على البحث على إرادة المشرع بالنص، ولا يحق للقاضي تجاوز هذا الحد في التفسير، لأن ذلك قد يؤدي إلى خلق جرائم وعقوبات جديدة.⁴²

ويُقصد بذلك التفسير الضيق من طرف القاضي للألفاظ الواردة في نص التجريم أو العقاب، وذلك بالبحث عن المعنى الذي يرمي إليه المشرع من تلك الألفاظ، وذلك من قبيل الالتزام بحرفية النص، والتوسع في تفسيرها قد يُخرجها عن معناها، وإذا استحال على القاضي تفسير النص فيكون في حالة الشك، والقاعدة الواجب تطبيقها هنا هي: "الشك يُفسر لصالح المتهم"، وعليه فالواجب على القاضي إخلاء سبيل المتهم في هاته الحالة.⁴³

ثانياً- منع القياس:

تنحصر مهمة القاضي في تطبيق النصوص الواردة من المشرع ولا حق له الاجتهاد بالقياس على جرائم أخرى، لأن ذلك يؤدي إلى خلق جرائم وعقوبات جديدة، ويُعدُّ قياس الفعل على جريمة منصوص عليها لتشابه الفعلين أو لأن العقوبة تؤدي إلى المصلحة ذاتها إلى الاعتداء على مبدأ الشرعية، كما يُعدُّ تجاوزاً للصلاحيات من طرف القاضي، وتجدر الإشارة إلى أن القياس الممنوع هو قياس الجرائم، لأنها من اختصاص المشرع وحده، أما اجتهاد القاضي في قياس بعض الظروف المحيطة بالجريمة أو أحوال الجاني فيُعدُّ من السلطة التقديرية الممنوحة له، ولها ضوابط وحدود رسمها القانون لا يجوز للقاضي تجاوزها.⁴⁴

خاتمة

لقد خالصنا في ختام هذا البحث إلى جملة من النتائج والاقتراحات أهمها:

أولاً- النتائج:

- 01- الأصل في الأفعال الإباحة، ولكن ليست كل الأفعال التي يُقَدِّم عليها الأشخاص مباحة؛ لأنَّ حكم الأصل يتغيّر بتغيّر نوع الفعل وظروفه وصفته، فيكون الفعل جريمة يُعاقَب عليها.
- 02- يقسم الفقهاء الجريمة إلى ثلاثة أركان، الركن المادي وهو الفعل المُجرَّم، والركن المعنوي وهو إرادة الجاني وقصده، والركن الشرعي وهو النص الذي يُجرَّم ذلك الفعل ويُخرجه عن أصل الإباحة، ويضع عليه عقاباً.
- 03- مبدأ الشرعية الجنائية من المبادئ الأساسية في أصول التجريم والعقاب، وله أصول في الفقه الإسلامي والشرائع السماوية السابقة، والنظم القانونية، وقد أفتُتِحَ به قانون العقوبات الجزائري.
- 04- يقصد بمبدأ الشرعية الجنائية أو الركن الشرعي للجريمة وجود نص يجرم الفعل ويقدر عقوبته قبل وقوعه، وعدم تمتع الفعل بسبب من أسباب الإباحة.
- 05- ذهبت أغلب القوانين والآراء الفقهية إلى الأخذ بمبدأ الشرعية الجنائية، واعتمدوا في ذلك على مزاياه وفوائده في الحفاظ على أهم الحقوق؛ إذ أن هذا المبدأ يهدف إلى الموازنة بين المصلحة الفردية والجماعية، ومع ذلك فهناك فريق آخرينبذ هذا المبدأ وينتقده مُرَكِّزاً على عيوبه.
- 06- تتعدّد الأفكار التي ينبني عليها مبدأ الشرعية الجنائية، وتجتمع هاته الأفكار تحت أساسين كبيرين بُنيَ عليهما مبدأ الشرعية ودعا لهما في الوقت نفسه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى كانا من أهم نتائجه، وهذان الأساسان هما: الفصل بين السلطات، وبناء وتكريس دولة القانون.
- 07- مرّ مبدأ الشرعية الجنائية بمراحل تاريخية حسب تطور النصوص القانونية والشرعية، حيث أن مُجرّد وضع قانون هو تأصيل للشرعية، دون النظر لمدى تحقيقها ضمن ذلك القانون.
- 08- تعرض مبدأ الشرعية كغيره من المبادئ والقواعد لبعض الانتقادات من بعض فلاسفة القانون وفقهائه، على الرغم من أنه من المبادئ الدستورية الأساسية في الكثير من التشريعات، ومن المآخذ التي ذكرها هؤلاء ما يأتي:

- حصر الجرائم والعقوبات في نطاق القانون، وتضييق السلطة التقديرية للقاضي.

- استحالة النص على جميع ما قد يقع من جرائم وعقوبات.
- تعارض مبدأ الشرعية مع مبدأ تفريد العقاب.
- عدم إمكانية اطلاع الجميع على القانون.
- 09- لم تنل انتقادات مبدأ الشرعية من وجوده في القوانين والدساتير الحديثة، إلا أنها لم تمر دون أن تترك لها بصمة على مضمون هذا المبدأ، حيث كان هذا المبدأ في أصل نشأته يعني "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، ثم تطور الآن ليكون "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون".
- 10- على الرغم من الانتقادات التي وُجّهت لمبدأ الشرعية فقد اتفق أغلب الفقهاء على ضرورة بقاءه في قانون العقوبات، وقد ورد التأكيد على ذلك في أغلب المؤتمرات الدولية.
- 11- إنّ مبدأ الشرعية بوجوده في التشريع يُولّد قواعد ومبادئ أخرى، فكانت بمثابة نتائج له، وأحياناً تكون هي الأسس التي جعلته يدخل حيز التنفيذ ضمن أغلبية القوانين الحديثة، ومن نتائج مبدأ الشرعية الجنائية ما هو متعلق بالقانون ومنها ما هو متعلق بالقضاء.
- 12- من نتائج مبدأ الشرعية المتعلقة بالقانون: حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية المكتوبة، وقاعدة عدم رجعية النص الجنائي.
- 13- من نتائج مبدأ الشرعية المتعلقة بالقضاء: التزام التفسير الكاشف للنصوص، ومنع القياس.

ثانياً- الاقتراحات:

- 1- الاهتمام بالدراسات المقارنة بين الأصول التشريعية؛ الإلهية منها والوضعية، وذلك لضبط المبادئ الوضعية الأساسية، واتّساع مجال نقدها نقدًا بنّاءً يُساهم في تطويرها وترقيتها، إذ إنّ معرفة أصل الشيء تُسهّل معرفة مقصده ومرتكزاته.
- 02- العناية بالأصول التاريخية الشرعية والقانونية لكل مصطلحات ومبادئ القانون، وخاصة الحديثة منها، وهذا من قبيل الاستفادة من الخبرات، وإسقاط الحاضر على الماضي.
- 03- الموازنة بين أسس مبدأ الشرعية والسلطة التقديرية للقاضي في تحديد الجرم والعقوبة، لتجنب الجمود القانوني، وتجنب اتّساع السلطة التقديرية في الوقت نفسه.

04- الإكثار من الدراسات القضائية الميدانية التي تجمع بين مبدأ الشرعية الجنائية وما يتولد عنه من مبادئ وقواعد، مثل مبدأ الفصل بين السلطات، وقاعدة عدم رجعية القانون، ومبدأ تفريد العقاب وغيرها.

الهوامش والمراجع:

- ¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، (د.ط.)، دار الكاتب العربي، بيروت، (د.ت)، ج1، ص112.
- ² المادة 01 من قانون العقوبات الجزائري: لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بقانون.
- ³ أحمد مختار عبد الحميد عمر، بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج1، الطبعة الأولى، عالم الكتب، 1429هـ/2008م، ص168.
- ⁴ القاضي عبد النبي بن عبد الرسول أحمد نكري، دستور العلماء (جامع العلوم في اصطلاحات الفنون)، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، ج3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/2000م، ص141-142.
- ⁵ مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى وآخرون)، المعجم الوسيط، (د.ط.)، دار الدعوة، الإسكندرية، (د.ت)، ص42.
- ⁶ ابن منظور، لسان العرب، ج8، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، 1414هـ، ص175. ويُنظر أيضا: الخليل الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، ج1، (د.ط.)، دار ومكتبة الهلال، القاهرة، (د.ت)، ص252-254.
- ⁷ عبد الغني أبو العزم، المعجم الغني، (د.ط.)، موقع معاجم صخر، (د.ت)، ص15670.
- ⁸ الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية/الدار النموذجية، بيروت/صيدا، 1420هـ/1999م، ص62.
- ⁹ عبد الغني أبو العزم، المعجم الغني، ص9565.
- ¹⁰ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ج1، (د.ط.)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ت)، ص73-74.
- ¹¹ صالح أحمد التوم، "مبدأ الشرعية الجنائية بين الفقه والقانون"، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، العدد 16، ج1، 2015م، ص3.
- ¹² منصور رحمان، الوجيز في الفقه الجنائي العام، (د.ط.)، دار العلوم، عنابة، 1427هـ/2006م، ص131.
- ¹³ ويُنظر أيضا: عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ج1، ص79-80.
- ¹⁴ أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1420هـ/2000م، ج10، ص392.
- ¹⁵ أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ/1964م، ج18، ص17.
- ¹⁶ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1991م، ج1، ص49-50.
- ¹⁷ أخرجه البخاري، باب إذا اصطالحوا على صلح جور، الحديث رقم: 2697، ج3، ص184.
- ¹⁸ ذكره ابن عبد البر القرطبي في جامع بيان العلم وفضله، الأثر رقم: 1435، ج1، ص775.
- ¹⁹ أبو زكريا النووي، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، (د.ط.)، دار الفكر، (د.ت)، ج1، ص92.
- ²⁰ عمر خوري، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، جامعة الجزائر-1، كلية الحقوق، 2010-2011م، ص16.
- ²¹ المرجع نفسه، ص16.
- ²² محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، (د.ط.)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998م، ص135-136.

- ²² فتحي مجيدي، محاضرات في مقياس تاريخ النظم، دروس مُقدّمة لطلبة سنة أولى علوم قانونية وإدارية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2008-2009م، ص6.
- ²³ محمود رجب فتح الله، مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجنائي، مقال منشور بتاريخ: 5 أكتوبر 2018م، تاريخ التصفح: 16 جويلية 2020م، على الساعة: 18:00. رابط المقال: <http://www.ahewar.org/news/s.news.asp?nid=3207455>
- ²⁴ ويُنظر أيضا: فتحي مجيدي، محاضرات في مقياس تاريخ النظم، ص16.
- ²⁵ إبراهيم رحمان، المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة سخري، الوادي، 1431هـ/2010م، ص54.
- ²⁶ محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى، مؤسسة نهضة مصر، الجيزة، 2006م، ص76.
- ²⁷ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، ص135.
- ²⁸ أخرجه النسائي في السنن الكبرى، باب يوم الحج الأكبر، الحديث رقم: 4085، ج4، ص193.
- ²⁹ أبو الحسن الماوردي، الأحكام السلطانية، (د.ط.)، دار الحديث، القاهرة، (د.ت.)، ص322.
- ³⁰ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص115-116.
- ³¹ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2002م، ص31.
- ³² المرجع نفسه، ص31.
- ³³ منصور رحمان، الوجيز في الفقه الجنائي العام، ص130.
- ³⁴ المرجع نفسه، ص132.
- ³⁵ محمد سليم العوا، القانون الجنائي الدستوري، ص34. ويُنظر أيضا: منصور رحمان، الوجيز في الفقه الجنائي العام، ص132.
- ³⁶ صباح مصباح محمود الهمداني ونادية عبد الله اللطيف، "الدور الوقائي لمبدأ قانونية الجرائم والجزاءات"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد الرابع، الجزء الثاني، المجلد الأول، 2017م، ص9.
- ³⁷ المرجع نفسه، ص9.
- ³⁸ المرجع نفسه، ص10.
- ³⁹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص83.
- ⁴⁰ المرجع نفسه، ص85.
- ⁴¹ عمر خوري، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص17.
- ⁴² المادة 46 من دستور الجزائر 1996م.
- ⁴³ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص85.
- ⁴⁴ عمر خوري، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص18.
- ⁴⁵ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص85. ويُنظر أيضا: عمر خوري، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص18.