كلية الحقوق
الدراسات العليا
قسم القانون الدولي العام

الأساس القانوني للتجريم والعقاب
فى النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني
(دراسة تحليلية تأصيلية)

الباحث / أحمد محمد السيد حسن موسى

العام الجامعي
٢٠٢٣/٢٠٢٤

تحت إشراف
السيد الأستاذ الدكتور / عبد الله محمد الهوارى
أستاذ ورئيس قسم القانون الدولى العام
كلية الحقوق – جامعة المنصورة

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللّهُ

عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ)[1]

صدق الله العظيم

([1]) سورة التوبة الآية (١٠٥)

الملخص

لعل أهمية وجود قانون العقوبات فى الدول المختلفة ترسخت وتأكدت من خلال مبدأ الشرعية المبني على فكرة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وقد صـــادف هذا المبدأ تطور لحقه فى مضـــمونه ومدلوله فبعد أن كان المقصـــود بالنص هنا هو التشريع الصادر عن البرلمان فيملك وحده النص على الجرائم والعقوبات وفرض احترامه على كافة الســلطات إلا أنه حدث تطور من المفهوم الضيق للقانون (التشـــريع) إلى المجني الواسع للقانون ليضم كافة القواعد القانونية كالدستور والاتفاقيات الدولية وذلك بالإضافة للتشريع.

تظهر ضـــرورة قانون العقوبات من خلال مبدأ الشـــرعية، الذى يحكم هذا القانون تحت فكرة جوهرية وهي "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

ويظهر أن هـــذا المبـــدأ قـــد ظهر بقوة إبتـــداءا من القرن الثامن عشـــر وحتى القرن الواحد والعشـــرين، والنص عليه عقب ذلك فى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وفى الدساتير المختلفة للدول، فلم تعد مصـــادر قانون العقوبات وفقاً لمبدأ الشـــرعية تحمل نفس المعني كبداياته، أي أنه لم يعد يُفهم بنفس الطريقة .

أما في البلدان الخاضـــعة للنظام الأنجلو ســـكســـوني يث تسود الاجتهادات المبنية على سوابق قـــانوينـــة تشـــكل تلك الاجتهادات جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني ،تميل إلى إعتماد منهج مقيد لهذه المباديء لأســـباب عدة ، أولها: أن الجرائم بحســـب الاعراف و العادة المعتمد في ذلك النظام (بعكس الجرائم المنصوص عليها في القوانين المكتوبة) تخضع في الحكم عليها للاجتهادات المبنية على سوابق قانونية فتفتثر بالتالي لخاصيتين ،وهما الصرامة و الطابع اليقيني ، اللتين تتسم بهما التشريعات المكتوبة ، و ثانيهما : عدم خضوع الجرائم المدانة بحسب الأعراف و العادة المعتمدة في ذلك النظام بالضرورة لمبدأ عدم الرجعية .

ونشـــير إلى أن إلانتقال إلى مبدأ الشرعية الصارمة ظهر بعد الحرب العالمية الثانية حيث تم استبدال مبدأ العدالة الموضوعية بمبدأ الشرعية الصارمة بشكل تدريجي .

Abstract

Perhaps the importance of the existence of the Penal Code in different countries has been established and confirmed through the principle of legitimacy based on the idea of no crime or punishment except with a text. And imposing his respect on all powers, but there was an evolution from the narrow concept of the law (legislation) to the broad victim of the law to include all legal rules such as .the constitution and international agreements, in addition to the legislation.

The necessity of the Penal Code appears through the principle of legitimacy, which rules this law under a fundamental idea, which is "no crime and no ".punishment except with a text.

It appears that this principle has appeared strongly from the eighteenth century to the twenty -first century, and it is then stipulated in the Universal Declaration of Human Rights, and in the various constitutions of countries, the sources of the Penal Code according to the principle of legitimacy are no longer the same concerned as its beginnings, meaning that it is no longer understood In the same . way.

As for the countries subject to the Anglo -Saxon regime, the jurisprudence based on the laws of law will prevail. On it in the written laws), it is subject to the judgment of the jurisprudence based on legal precedents, and therefore, therefore, are the strictness and the certainty, which are characterized by written legislation, and the second: the condemned crimes are not subject according to the norms and the custom that is necessarily approved in that system to the principle of reactionary.

We point out that moving to the principle of strict legitimacy appeared after the Second World War, where the principle of objective justice was replaced by the principle of strict legitimacy gradually.

مقدمة عامة

أولاً: موضوع البحث:

لقد شـــهد العالم على مدار التاريخ أشد الجرائم وحشية وضراوة، ارتكبت بحق الإنسانية جمعاء والتى أســـفرت عن مآســـي وكوارث من ملايين القتلي و الجرحي يعجز أكبر المتشـــائمين تعبيراً عن وصفها، وقد حاول المجتمع الدولي تداركها ومنع تكرارها عن طريق إيجاد وسائل الغرض منها حماية الإنسان لمنحه الأمن والعدالة.

وبـــالتالي كان للقانون الدولي الجنائي وهو من القوانين المســـتحدثة من أبرز فروع القانون الدولي العام ، التصـــدي للجرائم الدولية لما تحدثه تلك الجرائم من آثار خطيرة تمس المصـــالح والقيم الجوهريـــة للمجتمع الدولي والتى لطالما حرص على حمايتها وعدم المســـاس بها، علاوة على أن تلك الجرائم تتضـــمن اعتداء صـــارخاً على المصـــالح الحيوية التى يكفل لها القانون الدولي الجنائي وكذا القانون الدولي الإنساني حماية خاصة.

ومن الملـــاحظ أنه قد كثر الحديث عن الجرائم الدولية باعتبارها محور القانون الدولي الجنائي وتمثل إحدى المشـــكلات الرئيســـية التى تواجه دول العالم، كما أنها تشـــكل فى الوقت الحاضر إحدى القضـــايا الرئيسية التى لازالت تشغل بال وفكر المجتمع الدولي، من ناحية الخطورة التى تتميز بها من ناحية كونها لا تهدد شـــخصـــاً بعينه بل تهدد كيان وبنيان المجتمع الدولي بأســـره،ومن ناحية كيفية مواجهتها.

ويتصـــل بتلك الجرائم بصدد تقنينها من زاويتي التجريم و العقاب مبدأ شرعية التجريم والعقاب لها في كل من النظامين اللاتيني و الأنجلو سكسوني فقد يمكن تطبيقه بذات مفهومه في القوانين الوطنية الأخذة بالنظام اللاتيني وبالنظر لكون القانون الدولي الجنائي بحكم أن قواعد هذا الأخير ليســـت مدونة كما هو الحال فى التشـــريعات الجنائية الداخلية، إذ تجد الجرائم الدولية أصـــل التجريم فى النصـــوص الإتفاقية والعرف الدولي وهذا يؤدي بالقاضـــي إلى التوسع فى حكمه ليس اعتماداً على النصوص فقط وإنما باللجوء إلى طرق التفسير والقياس، كما يمكن للقاضي أن يطبق نصاً اتفاقياً لتجريم تصرف سابق مما يجعله ذو أثر رجعي فى السريان رغم ما لهذا من خطورة بالغة الأثر، وهو ما يمكن أن يثير مسألة

السوابق القضائية المعترف بها في النظام الانجلوسكسوني ونستعرض من خلال موضوع هذا البحث في هذا الصدد مدى إنتماء القانون الدولي الجنائي لأي من النظامين اللاتيني أم الأنجلوسكسوني في تنظيمه للجريمة الدزلية وهل يعتد بمبدأ الشرعية أم يعتمد في ذلك على فكرة السابقة القضائية.

ثانياً: مشكلة البحث:

تقوم مشـــكلـــة البحث على بيان مدى إنتماء في القانون الدولي الجنائي لمدرســـتي القانون اللاتيني أم الأنجلوسكسوني ،وكذلك فى مجال تطبيقات القضاء الجنائي الدولي في ضوء أن مفهوم مبدأ الشرعية فى القـــانون الدولي الجنائي يتميز بميزة خاصـــة تجعله لا يتوقف عند حدود النص المكتوب بل يتعداه ليســـتند إلى كل قاعدة قانونية دولية ســـواء أكان مصدرها العرف أم مبادئ القانون العامة علاوة على المواثيق الدولية، الأمر الذى يمكن معه القول أن قاعدة ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)) أضـــحت فى القانون الدولي الجنائي تعني ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بقاعدة قانونية)) إذ أن هذه الصـــياغة من شأنها أن تفسر التطور أو التحول الذى طرأ على هذا المبدأ فى ظل القانون الدولي الجنائي.

و وفقا لما سلف ذكره فإن البحث الراهن يثير التساؤلات التالية:

ماهية مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي ؟

ماهي طبيعة مبدأ الشرعية وأهميته في القانون الدولي الجنائي ؟

ماهي النتائج المترتية على مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي ؟

ماهي السوابق القضائية في القانون الدولي الجنائي ؟

ما هي السمات الاساسية للسوابق القضائية؟

ما هي حجية السوابق القضائبة ؟

مدى انتماء القانون الدولي الجنائي للنظام اللاتيني أم النظام الأنجلوسكسوني؟

ثالثاً: هدف البحث:

لعل هدف البحث الأســـاســـي هو بيان مدى إنتما قواعد القانون الدولي الجنائي ،إلى النظامين اللاتيني أم الأنجلو سكسوني.

كما أن ذلك البحث يهدف إلى بيان ما إذا كان مبدأ شرعية التجريم والعقاب يمكن تطبيقه بذات مفهومه في القوانين الوطنية بالشكل السابق فى القانون الدولي الجنائي بحكم أن قواعد هذا الأخير ليست مـــدونـــة كما هو الحال فى التشـــريعات الجنائية الداخلية، إذ تجد الجرائم الدولية أصـــل التجريم فى النصـــوص الإتفاقية والعرف الدولي ـــــ بينما في الأنظمة الأنجلوســـكسونية التي تقوم على السوابق القضـــائية فقد يؤدي بالقاضي إلى التوسع فى حكمه ليس اعتماداً على النصوص فقط وإنما باللجوء إلى طرق التفسير والقياس، كما يمكن للقاضي أن يطبق نصاً اتفاقياً لتجريم تصرف سابق مما يجعله ذو أثر رجعي فى السريان رغم ما لهذا من خطورة بالغة الأثر .الجنائي.

رابعاً: أهمية البحث:

تتضح أهمية هذا البحث في النقاط التالية:

١) التعرف علي ماهية مبدأ الشرعية فى القانون الدولي الجنائي .

٢) التعرف علي نتائج الاعتداد بمفوم مبدأ الشـــرعية المتعارف عليه فى النظم الداخلية للدول ومغايرة مفهومـــه مع المفهوم المتعارف عليه فى القانون الدولي الجنائي والمحاكم الجنائية الدولية والتطور الذى لحق بذلك المبدأ فى إطار القانون الدولي العام مع ظهور مبدأ القانونية.

٣) التعرف علي مفهوم السوابق القضائية ونتائجها.

٤) التعرف علي مدى إنتماء القانون الدولي الجنائي لأي من النظامين اللاتيني أم الأنجلوسكسوني.

خامساً: منهج البحث:

- اعتمد البحث الراهن على المنهجين الوصـــفي والتحليلي فى بيان تأصيل مفهوم مبدأ الشرعية ومبدأ الســـوابق القضـــائيـــة في مجال القانون الدولي الجنائي، ولا يغير من ذلك إمكانية اللجوء للمنهج المقارن فى عرض بعض نقاط موضوع البحث.

سادساً: تقسيم البحث:

تم تقسيم موضوع هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: مبدأ شرعية الأساس القانوني للتجريم والعقاب فى النظام اللاتيني.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للتجريم والعقاب فى النظام الأنجلوسكسوني.

وفي الخاتمة نفصل النتائج و التوصيات.

وذلك على النحو التالي...

المبحث الأول

مبدأ شرعية الأساس القانوني للتجريم والعقاب

فى النظام اللاتيني

تظهر أهميـــة قـــانون العقوبات من خلال مبدأ الشـــرعية، الذى يحكم هذا القانون تحت فكرة جوهرية وهي "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

فهذا المبدأ قد ظهر بقوة إبتداءا من القرن الثامن عشـــر وحتى القرن الواحد والعشرين، أي منذ المطالبة به من قبل ســـيزار دي بيكاريا[٢] ، والنص عليه أيضـــا عقب ذلك فى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وفى الدساتير المختلفة للدول، وكذلك تضمنته كافة قوانين العقوبات، فقد نص المشرع الفرنسي على هذا المبدأ صـــراحة فى قانون العقوبات الجديد فى نص جعله على رأس النصـــوص الأخرى، أما المشرع المصري فقد نص عليه كذلك ، ونتيجة لتطور النظام العقابي، فلم تعد مصادر قانون العقوبات وفقاً لمبدأ الشـــرعية تحمل نفس المعني كبداياته، أي أنه لم يعد يُفهم بنفس الطريقة على ما سيرد ذكره لاحقاً [٣] .

<u>لذا نستعرض من خلال هذا المبحث المطالب التالية ما يلي:</u>

المطلب الأول: ماهية مبدأ الشرعية وحقيقته.

المطلب الثاني: تاريخ وأساس مبدأ الشرعية.

المطلب الثالث: طبيعة وأهمية مبدأ الشرعية ونتائجه .

وذلك على النحو التالي:

---

[٢] د . رنا إبراهيم العطور، مصادر التجريم والعقاب، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٤، العدد ٢، ٢٠٠٧، كلية الحقوق – الجامعة الأردنية، عمان ، ص٤٠٤.

[٣] تجدر الإشارة إلى أن مبدأ الشرعية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" من شأنه أن يحول دون اعتبار العرف أو العادة كمصدر من مصادر القوانين الجنائية، فهما ليسا "نصا قانونياً". على العكس من السائد لدى القاضي المدني الذى يتوجب عليه، فى حال عدم وجود نص، الرجوع إلى مصادر القوانين الأخرى من العرف، والمبادئ العامة، وقواعد العدالة.. الخ، حتى لا يُعد ممتنعاً عن إحقاق الحق ، على أن العرف فى المجال الجنائي قد يلعب دوراً غير مباشر فى التجريم دون العقاب، فقد يحدث أن لا يحدد عناصر جرم بشكل دقيق وواضح ثم يتطور مفهوم الجريمة مع الزمن تبعاً لتطور المفاهيم الأخلاقية والفلسفية.. الخ، فيؤثر هذا المفهوم فى العرف السائد فيتطور تبعاً له، الأمر الذى ينعكس على مفهوم الجرم ذاته.

المطلب الأول

ماهية مبدأ الشرعية وحقيقته

لعرض تعريف لمبدأ الشـــرعية يتعين تحديد معناه فى الفقه والتشريع وتقديره من ناحية ما وجه له من انتقاد وتأييد، ومن أجل بيان ذلك فسوف يتم التطرق إلى ما يلي فى فرعيين متتاليين:

الفرع الأول

تعريف مبدأ الشرعية

من أجل بيان معني المبدأ لابد من بيان موقف الفقه الجنائي منه، وكذلك موقف التشريع الجنائي ولهذا سوف نتناول بحث هذا الفرع فى محورين كما يلي :

المحور الأول: نخصصه لدراسة المبدأ فى الفقه الجنائي والآخر لدراسة المبدأ فى القانون **وفق ما يأتي:**

المحور الأول : مفهوم مبدأ الشرعية فى الفقه الجنائي:

لقـــد اختلف الفقه الجنائي فى التســـمية التى يطلقها على مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص إذ أطلق عليه البعض مبدأ الشرعية، والبعض الآخر أطلق عليه مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات [٤] .

وذهب آخرون إلى تسميته بمبدأ المشروعية[٥]، ولكن على الرغم من هذا الاختلاف إلا أن الفقه الجنائي متفق على مضـــمون هذا المبدأ، إذ أنهم يقصدون بهذا المبدأ أن "أي فعل لا يعد جريمة يوجب العقاب إلا إذا نص القانون على ذلك"، كما ورد علي ســـبيل المثال في المادة ٩٥ من الدستور المصري

---

[٤] د. محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب فى السياسة الجنائية المعاصرة (دراسة فى استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي وتأصيل ظاهرتي الحد من التجريم والعقاب)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٥٢؛ د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، القاهرة، دار الشروق، الطبعة٣، ٢٠٠٤، ص٤٣؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة ٣، ١٩٨٩، ص٧٩.

[٥] د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠٠٨/٢٠٠٧، ص٣٩؛ د.ضاري خليل محمود، الوجيز فى شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار القادسية للطباعة، بغداد،العراق، ١٩٩٠، ص١٩.

الجديد[٦]، وهذا ثابت من تعاريف الفقهاء لهذا المبدأ، فقد عرف عند من أطلق عليه مبدأ الشـــرعية أنه، "حصر مصادر التجريم والعقاب فى نصوص القانون"، فتحديد الأفعال التى تعد جريمة أو جرائم وبيان أركـــانها وتحديد العقوبات المقررة لها ســـواء من حيث نوعها أو مقدارها كل ذلك من اختصـــاص المشـــرع"[٧]، ومؤدي هذا المبدأ (أن على المشـــرع أن يحدد ســـلفاً ما يعتبر من الأفعال الصادرة عن الإنسان جريمة، فيحدد لكل جريمة نموذجها القانوني، كما يحدد لكل جريمة عقوبتها).

وقد أريد به عند من أطلق عليه مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات (أن المشـــرع وحده هو الذى يملـــك تحـــديد الأفعال المعاقب عليها، والمســـماة بالجرائم وتحديد الجزاءات التى توقع على مرتكبيها والمســـماة بالعقوبات) كما عرفه البعث منهم أنه: (القاعدة التى يســـتند إليها الوجود القانوني للجريمة، والمســـوغ العادل لفرض العقاب) ،أما من أطلق عليه مبدأ المشـــروعية فقد أراد به (تعذر فرض أي عقوبة عن ارتكاب أي فعل لم يكن القانون قد نص على تجريمه، ومهما كانت جســـامة خطورته) [٨]، هذا وقد ظهر من يدعو إلى مدلول جديد لمبدأ الشرعية لكي ينسجم ويتلاءم مع التطورات الحديثة[٩]، إذ يقرر هذا الاتجاه "أن يكون التجريم والعقاب بالحد الذى لا يؤدي إلى تعســـف الســـلطة التشـــريعية فى التجريم والعقـــاب، وذلك حماية لمصـــلحة المجتمع وتقليل الفجوة التى يمكن أن تحصـــل بين القانون والمجتمع، فقد يفرض المشـــرع قيمة أخلاقية لا تتفق وأخلاق المجتمع وأن يحدد عقوبة لا تتناســـب مع الجرم المرتكب"، فالمدلول التقليدي لمبدأ الشـــرعية أصبح لدي مؤيدي هذا الاتجاه غير متفق مع الفكر

---

[٦] تنص المادة (٩٥) من الدستور المصري الجديد لسنة ٢٠١٤ على أن (العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي) ، د. خالد عبد الحميد فراج، المنهج الحكيم فى التجريم والعقاب، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص٤٩، د. عبود السراج، قانون العقوبات (القسم العام)، مطبعة جامعة دمشق،سوريا ، ٢٠٠٦، ص٦٧ وما بعدها.

[٧] د. محمود محمود مصطفي، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، الطبعة ٧،القاهرة، ١٩٦٧، ص٦٢؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات ،المرجع السابق، ص٧٠،ص ٧١؛ د. عبد الرحيم صدقي، فلسفة القانون الجنائي،دراسة تأصيلية فى الفكر الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٢٦٥ وما بعدها.

[٨] د. محمود سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات الليبي، منشورات جامعة قاريونس، الطبعة الثانية،بنغازي ،ليبيا، ١٩٨٧، ص٣٠.

[٩] د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني، القسم العام، جامعة صنعاء،اليمن، ١٩٩١، ص٩٦،ص ٩٧؛ د.عبدالفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ،بدون سنة طبع، ص١٠١.

الديمقراطي الحديث للشـــرعية، وإنما يجب تكملته لكي يكون معبراً بصـــدق عن مصالح المجتمع الذى سوف يطبق فيه.

ولقد كان ظهور هذا المبدأ فى البداية لمواجهة تعسف وتحكم القضاة، فبدأت التشريعات مهمتها لتقييد ســـلطة القضاء، إذ بدأت أولاً بالتقييد المطلق لهذه السلطات، و أصبح دور القاضي محدد بتطبيق النص دون أن يكون له أي سلطة تقديرية عند تطبيقه.

ونتيجة للنقد الموجه لهذه الصورة الجامدة للمبدأ فقد "تم منح القاضي سلطة تقديرية فى تحديد العقاب دون التجريم، إذ ظهر أن هذا الأخير من اختصـــاص المشـــرع وحده دون غيره فظهرت حالة تعســـف الســـلطة التشريعية فى التجريم والعقاب"، بذلك نكون قد خرجنا من مشكلة تعسف القضاة إذ لا شـــئ يمنع الســـلطة التشـــريعية من صـــياغة النصوص فى شكل فضفاض يمكن أن يتناول كثير من الأفعال[١٠] ، ولضمان عدم إسراف السلطة التشريعية فى التجريم وعدم القسوة فى العقاب، ومن أجل أن يحقق المبدأ غايته كان لابد من النص على معيار فى الدستور[١١] يضمن تحقيق كل ما سبق، ومثال هذا المعيار عدم تجريم الأفعال التى تعتبر ممارســـتها حق من الحقوق التى كفلها الدســـتور كحرية العقيدة وحرية الفكر[١٢]، وحرية الاتصال والمراسلات، كما أنه يتعين وجود قيود تحد من التعسف المحتمل من قبل المشرع .

وكما اختلف الفقه فى التســـمية التى تطلق على هذا المبدأ، فقد اختلف أيضـــا فى تحديد موضع هـــذا المبـــدأ من الجريمة، فذهب البعض ومنهم الفقيه الإيطالي (أنتوليزي) إلى "أن المبدأ هو أســـاس الجريمـــة وجوهرهـــا وأن موضـــوعه أعلى من الركن المادي والركن المعنوي للجريمة ،إذ لا يمكن الحديث عن وجود جريمة دون وجود مبدأ الشـــرعية"، وذهب آخرون أمثال الفقيه الألماني(فول هيبل)

---

(١٠) د. حسني الجندي،شرح قانون العقوبات اليمني ، القسم العام ، المرجع السابق، ص١٢١.

(١١) د. على راشد، القانون الجنائي (المدخل وأصول النظرية العامة) الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص١٤١.

(١٢) د. فوزية عبد الستار، عدم المشروعية فى القانون الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد،كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، العدد٣، ٤، السنة ٤١، ديسمبر ١٩٧١، الصفحات من ٤٥٦ – ٤٦٣.

إلى "اعتباره ركناً فى الجريمة بجانب ركنيها المادي والمعنوي، ولا يتصور وجود الجريمة دون اجتماع هذه الأركان الثلاثة" [١٣].

وذهب اتجاه ثالث وهو اتجاه الفقه الغربي، إن المقصـــود بالمبدأ هو" نص التجريم ذاته فهو الذى يحدد الفعل المحظور على أســـاس أن الفعل لا يعد جريمة إلا إذا وجد نصـــاً بذلك" ، بينما يري غيرهم "أن مبدأ الشـــرعية باعتبار ما يرتبه من نتيجة تتمثل بجعل النص التشـــريعي المصـــدر الوحيد للتجريم والعقاب ليس ركناً من أركان الجريمة، وإنما هو كاشف على ركنيها المادي والمعنوي، كما أنه كاشف لنوع العقاب المقرر على مرتكبيها" [١٤]، وبالتالي فإن هذا المبدأ ليس جزاء عن الجريمة .

المحور الثاني: مفهوم المبدأ فى القانون:

لقد نص على هذا المبدأ العديد من الدساتير والتشريعات العقابية[١٥] لمختلف الدول، ، ومن ذلك نص المادة (٩٥) من الدســـتور المصـــري الجديد الصـــادر سنة ٢٠١٤ من أن (العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي)، و في دستور جمهورية العراق الصـــادر عام ١٩٧٠ فى المادة ٢ فقرة ب التي تنص على أنه(لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا تجوز العقوبة على الفعل الذى لا يعتبره القانون جريمة أثناء اقترافه، ولا يجوز تطبيقه لعقوبة أشـــد من العقوبـــة النـــافذة وقت ارتكاب الجرم ،ولا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمـــه وقـــت اقترافه، ولا يجوز توقيع عقوبة أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون)، كما نص الدســـتور اليمني الصـــادر عام ١٩٩٤ فى المادة (٤٦) منه على أن "المســـؤولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شـــرعي أو قانوني، وكل متهم برئ حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ولا يجوز سن قانون يعاقب على أفعال بأثر رجعي لصدوره" .

---

[١٣] د. باسم عبد الزمان الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون ، جامعة بغداد، العراق،٢٠٠٠، ص٣٥، د. فوزية عبد الستار، عدم المشروعية فى القانون الجنائي، المرجع السابق ،ص٤٦٧.

[١٤] بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فى الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر، ٢٠١٢ - ٢٠١٣، ص١٤.

[١٥] د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، بحث منشور فى مجلة القضاء والتشريع، العدد (٣)، السنة ٢١، مارس ١٩٧٩، تونس، ص٨٤،ص٨٨؛ د.كاظم عبد الله، د. حسن الشمري، تفسير النصوص الجزائية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد،العراق، ٢٠٠١، ص١٣،ص ١٤.

والملاحظ من تلك النصـــوص أطلاق تســـمية قانونية الجرائم والعقوبات على هذا المبدأ، وذلك إقرار بمنح الســـلطة التنفيذيةســـلطة إصدار قرارات تنطوي على تجريم بعض الأفعال والإمتناع كون الســـلطة التنفيذية أقدر على وضع تفاصيل الأحكام الإجمالية الواردة فى القانون ، وهذا يعني أن وضع النص العقابي قد يكون من اختصـــاص الســـلطة التشريعية أو التنفيذية ، كما يلاحظ أن المبدأ قد إشتمل على العقوبة والتدبير الاحترازي [١٦] ،فنجد أن لفظ الشرعية والمشروعية والقانونية فى كل من التشريع والفقه الجنائي بذات مضمون واحد، وهو أن "أي فعل لا يعد جريمة ما لم ينص القانون عليه، ولا يجوز إنزال أي عقوبة ما لم ينص عليها القانون"، وبذلك يكون الاختلاف فى التسمية دون المضمون، وانطلاقاً من التسمية التى تبناها المشرعين يتضح أن المبدأ فى التشريع يعمل على تحقيق الشرعية [١٧] .

الفرع الثاني

حقيقة مبدأ الشرعية

لقد عد مبدأ الشرعية من المبادئ الدستورية [١٨]، كما رأينا إلا أنه كان محلاً للنقاش الفقهي حول حول مدى إعتباره أحد المبادئ الأســـاسية فى التشريعات الجنائية[١٩]، **و لم يسلم هذا المبدأ من توجيه الإنتقادات المتمثلة فيما يلي:**

- يؤدي هـــذا المبـــدأ إلى "عجز التشـــريع الجنـــائي عن مواجهة التطور فى الحياة لتغير الظروف الاجتماعية والاقتصـــادية، لأن المشرع عند صياغة النصوص المتضمنة للتجريم والمقررة للعقاب لا

---

[١٦] د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،لبنان، ٢٠٠٦، ص٦٦، د.رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٠٥.

[١٧] بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، المرجع السابق، ص١٥، د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق ، ص٣٠.

[١٨] د. محمد محيى الدين عوض، القانون الجنائي ،دراسة مقارنة ،مبادئه الأساسية في القانون الأنجلوأمريكي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة، ١٩٨٩ ، ص٧١، ٧٢،د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٧١ص٩١،ص ٩٢؛ د.بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها ، الطبعة الأولي، دار الخلدونية، الجزائر ، ٢٠٠٧، ص٩٤؛ د. على راشد، القانون الجنائي، المرجع السابق، ص١٤١،ص ١٤٢.

[١٩] د. عصام مصطفي حسيني، مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة فى القانون الجنائي والفقه الجنائي الإسلامي) ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١٩.

يمكن أن يحيط ســـلفا بكل ما قد تتمخض عنه تلك الظروف لاحقا،" وهذا من شـــأنه الإضـــرار بالجماعة[٢٠] .

- يتعارض هذا المبدأ مع تفريد العقوبة إذ أنه "يفترض أن الجريمة كياناً قانونياً متجرداً عن شـــخصية مرتكبهـــا، ويحدد العقوبة وفق الأضـــرار المادية للجريمة لا وفق الخطورة الكامنة فى شـــخص مرتكبها".
- إن هذا المبدأ لا "يتفق مع الاتجاهات الدســـتورية الحديثة فى تفويض الســـلطة التشـــريعية، السلطة التنفيذية اختصاص إصدار قرارات لها قوة القانون".
- مخالفة مبدأ الشـــرعية لمبادئ الأخلاق على أســـاس أن المشـــرع لا يمكنه أن يحصر جميع الأفعال النافية للأخلاق على المستوي الفردي ليجرمها ويضع لكل منها عقوبة تلائمها .
- و على الرغم من أن هذا المبدأ يضـــمن العدالة عندما يعلم الفرد مقدماً أنه يرتكب فعلاً من الأفعال المعـــاقب عليها، إلا أن هذا الرأي يعارض الرأي القائل بحتمية الجرائم وعدم اختيار الفرد فيها لأن أصحاب هذا الرأي يرجعون وقوع الجريمة مرده إلى أسباب وعوامل متى ما توافرت كان وقوعها حتمياً[٢١] .
- كما أنه "لا يمكن لجميع الناس الإطلاع على العقوبات والجرائم المنصـــوص عليها فى القانون كي يتجنبوها، وبالتالي فإن هذا المبدأ لا يحقق المساواة بين الأفراد فى المجتمع ولا يحقق العدالة" [٢٢] .

ونظراً لهذه الانتقادات فقد قام مؤيدوا هذا المبدأ بالتصدي لها والرد عليها مضيفين إلى حججهم ما يؤيد ضرورة الأخذ به حيث تمثلت هذه الردود بالآتي:

أن القول بأن هذا المبدأ يؤدي بالتشريع إلى الجمود والعجز نتيجة لثبات القواعد الجنائية بسببه، قول مردود لأنه" يمكن مواجهة الحالات الجديدة المتطورة بواســـطة التشريع دائماً" ،كما أنه "لا تعارض بين مبدأ الشـــرعية وبين العقاب لإعتراف المشرع للقاضي بسلطة تقديرية يستطيع من خلالها أن يحدد

---

[٢٠] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات ،المرجع السابق، ص١٣٣؛د. محمود صالح العادلي، الجريمة الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٦٧.

[٢١] د. عدنان الخطيب، المبادئ العامة فى مشروع قانون العقوبات الموحد، الجزء الأول ،مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ١٩٦١، ص٤٧.

[٢٢] بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، المرجع السابق، ص١٧.

عقوبة تتلاءم وظروف الجاني"، منها أن ينص القانون على عقوبات مختلفة مخيرا القاضـــي فى تطبيق أي منهما[٢٣] .

أن مبدأ الشـــرعية" يتفق مع الإتجاهات الدســـتورية الحديثة التى منحت للســـلطة التنفيذية حق التشـــريع ســـواء بتفويض عن السلطة التشريعية أو مباشرة منها كما هو الحال فى الظروف الاستثنائية "،كما يقوم المبدأ بكفالة حقوق الأفراد وحرياتهم لعلمهم المسبق بما هو مباح من أفعال، وما هو محظور عليهم وبذلك يمارسون حقوقهم وحرياتهم، ودون الخوف من تعسف القضاة [٢٤] .

كمـــا أن القول بحتمية الجريمة وإنكار مبدأ حرية الاختيار لدي الفاعل" يقود إلى نتيجة خطيرة مفادها أن لا محل لامتناع مســـؤولية الفاعل إذا انتفت حرية الاختيار لديه طالما كان وجوده مبعث خطر على المجتمع،" فالمصـــاب مثلاً بعاهة عقلية يكون مســـؤولاً عن الخطورة الكامنة فى شخصه ولكن لا عقاب عليه[٢٥] .

هذا المبدأ يحقق العدل والمســـاواة بين جميع الأفراد حيث يجعلهم ســـواســـية أمام القانون لأن المشرع نص على التجريم والعقاب مسبقاً، وبطريقة عامة ومجردة دون أن يعلم مسبقاً بمن سوف يقوم بارتكاب الجريمة [٢٦] .

وعلى الرغم من الانتقادات التى وجهت لهذا المبدأ فقد ذهب أغلب الفقهاء على ضرورة بقاءه فى قانون العقوبات، وقد تأكد ذلك فى العديد من المؤتمرات الدولية[٢٧]، كمؤتمر جمعية قانون العقوبات المنعقد فى باريس عام ١٩٣٦ ومؤتمر جمعية القانون المنعقد فى لاهاي عام ١٩٣٧[٢٨]، "كما تم تأكيده فى المؤتمر الدولي الرابع للدفاع الاجتماعي ضـــد الجريمة المنعقد فى ميلانو عام ١٩٥٩، إذ جاء فى

---

[٢٣] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص٧٢.

[٢٤] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات ،المرجع السابق، ص٧٣؛ د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص٦٦،ص ٦٧.

[٢٥] بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص١٨.

[٢٦] Glaser, Nullm crimessine legal, journal of comparative legislation and international low, vol. yxiv, part.1, 1992, P.33.

[٢٧] د. محمد محيى الدين عوض، القانون الجنائي ،دراسة مقارنة ،مبادئه الأساسية في القانون الأنجلوأمريكي ، المرجع السابق، ص٧٣،د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص١٩٣.

[٢٨] Catherine Elliott and Frances Quinn, criminal low, Fifthed, pearson Longman, Great Britian, 2004, P.4.

قراراتـــه "أن الروح الحقيقية للدفاع الاجتماعي ضـــد الجريمة يجب أن تتجلى فى الأهمية الكبرى التى تعلقها على وســـائل الوقاية من الجريمة، وأن أعمال الوقاية لا يمكن ممارســـتها إلا مع الإحترام التام للكرامة الإنســـانية وذلك بالتمســـك التام بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وفى إقامة الضمانات التى من شأنها أن تؤمن حقوق الفرد بصورة عملية"[٢٩] .

وبالتالي تتضح ضرورة بقاء هذا المبدأ باعتباره "مبدأ قانوني ودستوري كما رأينا وعلاوة على مـــا تقدم فقد أصـــبح مبدأ دوليا بالنص عليه فى هذه الاتفاقيات" فجاء النص عليه فى المادة (١١) عن الإعلان العالمي لحقوق الإنســـان الصـــادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٩٤٨/١٢/١٠ والذي نص على أن (كل شـــخص متهم بجريمة يعتبر برئ إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً فى محاكمة علنية تكون قد وفرت له جميع الضـــمانات اللازمة للدفاع على نفسه، ولا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل لم يكن فى حينه يشكل جرما بمقتضي القانون الوطني ، فلا توقع عليه أي عقوبة أشد من تلك التى كانت ســـارية فى الوقت الذى ارتكب فيه الفعل الجرمي) [٣٠]، وفى عام ١٩٦٦ أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التى عدت سارية المفعول فى عام ١٩٦٧ حيث نصـــت المادة ٩ منها على أنه (لا يجوز القبض على أحد أو حبسه بشكل تعسفي، كما لا يجوز حرمان أحد من حريته إلا على أساس من القانون وطبقاً للإجراءات المقررة فيه).

المطلب الثاني

تاريخ وأساس مبدأ الشرعية

نستعرض من خلال فرعين مايلي.

الفرع الأول :تاريخ مبدأ الشرعية.

الفرغ الثاني: أساس مبدأ الشرعية.

وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول

---

[٢٩] د. محمود نجيب حسني،شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق، ص١٣٣؛ بن صافية رابح،أيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص١٩.

[٣٠] د. محمد تامر السعدون، حقوق الإنساني المدنية، الطبعة الأولى، مطبعة العاتك، القاهرة، ٢٠١٢، ص٦٥.

تاريخ مبدأ الشرعية

أولا : نشأة مبدأ الشرعية :

لم يكن المبدأ مضـــمون التطبيق ولم يترسخ الا بعد نشوء وتطور فكرة الفصل بين السلطات[٣١]، وتعود أولى تطبيقـــاتـــه في القوانين الوظعيـــة الى المادة (٣٩) من العهد الاعظم الذي منحه الملك جون ملك انكلترا عام ١٢١٥م. فما قبل ذلك في عصور الملكية المطلقة كانت رغبات الملك واوامره بمثابة قانون غير ملزم له ، وفي القرون الوســـطى كان للقضاة سلطة التجريم والعقاب بصورة تحكمية ودون نص من القانون. ان الظلم المتولد عن الاحكام التعســـفية والجائرة هز ضـــمير الفلاســـفة والمفكرين فاشتدت الـــدعوات تدريجياً الى تحكيم قواعد العدل والأنصـــــاف مما ادى الى ترســـيخ هذا المبدا والدعوة الى تشـــريعه واعتماده اساسا للتشريعات العقابية .ومنذ اواخر القرن الثامن عشر اصبح المبدأ مبدأً دستورياً حين تبنته الولايات الـــــمتحدة الامريكية فـــي دستورهـــا عـــام ١٧٧٤ [٣٢]،وقد تبنته الثورة الفرنسية التي ضـــمنته في اعلان الحقوق الصادر عام ١٧٨٩م، كما اضحى المبدأ من الحقوق المنصوص عليها في الوثيقة الدولية لحقوق الانســـان،ممثلة في الاعلان العالمي لحقوق الانســـان لسنة ١٩٤٨ الصادر عن هيئـــة الـــأمم المتحدة في المادة ١١ / ٢ منه.كما ونصـــــت عليه لاحقاً العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية، واغلب دساتير دول العالم.

ويرجع البعض تاريخ المبدأ وأول ظهور له إلى فلاســـفة عصـــر التنوير والنهضة في أوربا، في القرن الثامن عشـــر، غير أن الحقيقة هو أنه مبدأ ظهر قبل ذلك بكثير[٣٣]، حيث عرفته الشريعة الإسلامية في الوقت الذي كانت فيه أمم أوروبا غارقة في الظلام وتعاني من تحكم وتعســـف الســـلطات، وحتى وإن عرفته بعض التشـــريعات الغابرة ما قبل الميلاد، مثل شريعة حمورابي، إلا أنه سوى بلورة لقيم السلطة آنذاك[٢٥]. وفي الشريعة الإسلامية قد دلت على المبدأ العديد من الآيات القرآنية الكريمة، مثل قوله عز وجل في الآية ١٥ من ســـــــــورة الإسراء :" وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"، وقوله عز وجل في الآية ٥٩ من ســـورة القصـــص :" وما كان لربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رســـولا يتلو عليهم آياتنا"، وقوله أيضـــا في الآية ١٦٥ من سورة النساء: " لئلا يكون للناس حجة بعد الرسل"، وقوله عزل وجل في الآية ٣٨ من ســـورة الأنفال :" قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف"، وفي الآية ٩٥

---

[٣١] د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري ، الطبعة الرابعة ، دار الشروق ،مصر ،ص١٠،بن طاهر حكيمة، مبدأ الشرعية الجنائية،مذكرة تخرج لنيل درجة ماستر في العلوم القانونية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أكلى محمد أولحاج –البويرة – الجزائر ، ٢٠١٥/٢٠١٦، ص ٨.

[٣٢] د. بارش سليمان،مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري ،دار الهدى ، الجزائر،دون سنة نشر ، ص ٩ ,

[٣٣] د. أحمد فتحي سرور،المرجع السابق ،ص١١،بن طاهر حكيمة، المرجع السابق ، ص ٩.

من ســـورة المائدة :" عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه". وأما في أوروبا، سادت فترة طويلة من الزمن كانت فيها إرادة الحاكم وأهوائه هي القانون وذلك في ظل نظام مســـتبد، فلم يوجد آنذاك مبدأ يعبر عن ســـيادة القانون، مما أثر الفلاســـفة والمفكرين على السلطة القضائية، التي كانت تحاكم وتجرم بناء على رســـائل الملوك والحكام وفي غياب أية نصـــوص قانونية، مما وسع من دائرة التجريم وهز ميزان العدالة تحت وطأة التعســـف والجور والطغيان، وجســـامة وشدة العقوبات ووحشية تنفيذها، مما كان له أثر بالغ في ثورة ما يســـمى " بثورة الحريات الكبرى" التي ثارت ضـــد هذا الجور والطغيان فأشعلت كتاباتهم الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ . غير كان قد سبقهم في ذلك "مونتسكيو" الذي يعد أول ما ندد بالظلم والطغيان في كتابه الخالد " روح القوانين" حيث نادى بمبدأ الفصـــل بين السلطات لوضع حد لاعتداء السلطة القضائية على اختصاصات السلطة التشريعية، التي كانت تقرر الجرائم والعقوبات وفقا لأهوائها، وأكد على ضـــرورة " الشرعية النصية" لأجل وضع سياج منيع على الحقوق والحريات. ومن بعده بيكاريا في كتابه " الجرائم والعقوبات"، المنشور سنة ١٧٦٤ مستندا على فلسفة روسو التي قررها بكتابه العقد الاجتماعي[٣٤]، كما لخص كل من أفكار مونتسكيو وجون جاك روسو وأبرز في كتابه قيمة مبدأ الشرعية باعتباره الوسيلة الفعالة لتخليص القانون الجنائي من تحكم القضاة وتعسف الحكام، ورأى بأن السبيل لتخليص الأفراد من طغيان القضاة وتعسفهم في مجال التجريم والعقاب هو القانون، حيث لا يؤاخذ الشـــخص إلا عن جريمة يكون قد حددها النص مسبقا وبين عقوبتها ومقدارها، كما اشتق بيكاريا من نظرية العقد الاجتماعي أيضـــا " مبدأ المصـــلحة الاجتماعية أساس لمشروعية العقاب" وبذلك: تجرم الأفعال التي تعد عدوانا على المجتمع فقط، وأن يكون الجزاء متناســـبا مع الضرر. وبالتالي يكون مبدأ الشـــرعية الجنائية أول من نادى به مونتســـكيو ومن بعده روســـو وبيكاريا، واهم عامل دفع لذلك كان التعسف والاستبداد الذي كان سائدا في أوروبا في هذه الحقبة الزمنية.

ثانيا : التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية:

المبادئ التي نادى به كل مونســـكيو وروســـو وبيكاريا كانت سببا في ظهور مبدأ الشرعية الجنائية إلى الوجود، بصـــيغته الأولى، لذا امتد في التطور المتســـع والمتســـارع وعرف طريقه إلى مجتمعات وحضـــارات أخرى، وكانت أهمها وثائق الثورة الفرنســـية[٣٥]، لكن وقبل ذلك كان المحامي العام السيد ســـيفران في خطابه أمام البرلمان سنة ١٧٦٦ في قرونوبل قد قدم خطابا أهم ما جاء فيه :" أن القوانين

---

[٣٤] د. ناصر حمودي ،محاضرات في القانون الجنائي العام ،"الاحكام العامة لقانون العقوبات و النظرية العامة للجريمة "موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق ، الجزائر ،،٢٠٠٩/٢٠١٠، ص ٧٣، د. بارش سليمان ، المرجع السابق ، ص ٩.

[٣٥] د. أحمد فتحي سرور،المرجع السابق ،ص١٣،بن طاهر حكيمة، المرجع السابق ، ص ١١.

أو القواعـــد الجنائية يجب أن تعطي للقاضـــــي لوحة مدققة عن الجرائم والجزاءات، بحيث يتعين على القاضـــــي فقط اختيار الجزاء المحدد" وتأكد المبدأ بعد ذلك في إعلان حقوق الإنســـــان والمواطن الذي أصـــدر في أعقاب الثورة الفرنســـية في المادة ٥ منه التي نصت على انه :" لا يمنع الفرد عن إتيان ما هو غير محظور بنص القانون"، وقضـــت المادة ٨ منه بأنه :" لا يعاقب الشخص إلا طبقا لقانون محدد وصـــادر قبل ارتكاب الفعل، ثم أكده بعد ذلك دستور الثورة الفرنسية لسنة ١٧٩١ وبعده دستور ١٧٩٣ ودخل المبدأ منذ ذلك الوقت المجال التشـــريعي[٣٦]، وأخذ القانون الإنجليزي بمبدأ الشرعية الجنائية منذ صـــدور ميثاق هنري الأول، ثم تضمنه دستور كلاريندون وأكده بعد ذلك العهد الأعظم الذي قرر سمو قواعد القانون في إنجلترا والذي أصدره الملك جون سنة ١٢١٥، حيث نصت المادة ٢٩ منه على أنه: " لا يمكن إنزال عقاب ما بأي إنســـان حر إلا بمحاكمة قانونية من أنداده طبقا لقانون البلاد"، وأكد عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنســـان لسنة ١٩٤٨ في المواد ٩، ١٠ و١١، كما تضمنه أكثر من ٥٠ اتفاقية أو إعلان يتعلق بحقوق الإنسان والحريات الفردية، ليستقر بعدها في غالبية الدساتير والقوانين الجزائية، بوصفه ضمانة أساسية للحقوق والحريات، وصار ركيزة دستورية هامة،. ونص المشرع الفرنسي على المبـــدأ في نص المـــادة ١١١-٣ بـــأنه :" لا يعاقب أحد على جناية أو جنحة ما لم تكن أركانها معرفة بقانون، كما لا يعاقب شـــخص على مخالفة ما لم تكن أركانها محددة بمقتضى اللائحة"، ورأى جانب من الفقه الفرنســـي أن المكان الطبيعي للنص على مبدأ الشرعية الجنائية هو الدستور، وأن النص عليه في التقنين العقابي ما هو إلا من التزيد الذي لا مبرر له، ولا لزوم له، بل وتأباه فنون الصـــياغة القانونية والبلـــاغـــة التشـــريعية، كونه مبدأ يحرص على حماية الحريات الفردية، وان مكان النص على هذه الحريات هو الدســـتور لذا يجب رفع مبدأ الشرعية الجنائية إلى مصاف المبادئ الدستورية، وأن إيراد المبـــدأ في الدســـتور يغني عن ترديده في قانون العقوبات. وقبل أن نتقل من فكرة الظهور والتطور، نشير بان هذا التطور مكن من استنتاج الأسس الفلسفية لهذا المبدأ الدستوري الجنائي الهام.

الفرع الثاني

أساس مبدأ الشرعية

لمبدأ الشـــرعية الجنائية أســـاســـان يستند إليهما في وجوده ولهما علاقة في تحديد ذاتية القواعد الجنائية الموضوعية وهما: الأساس الفلسفي والأساس الدستوري, وسيتم بحثهما كما يأتي:

أولاً: الأساس الفلسفي:

---

[٣٦]د. أحمد فتحي سرور،المرجع السابق ،ص١٣،بن طاهر حكيمة، المرجع السابق ، ص ١١.

إن مبدأ الشـــرعية الجنائية بوصفه مبدءاً فلسفياً يتفق مع طبيعة النفس البشرية, فيأتي من خارج التنظيم القانوني بمعنى أنه يهيمن على أفكار واضع القانون وهذا ما يميزه عن النظرية الفقهية التي تعد صنيعة القانون الوضعي, فالمبدأ يهيمن على القانون أما النظرية فهي متولدة عن القانون, وهذا ما يفسر لنا عدم صـــحة مخالفة المبدأ في القانون بوجه عام على العكس من النظرية التي يجوز مع تطور الأحوال أن تتغير أو تلغى وتحل محلها نظرية جديدة[٣٧]، فمبدأ الشـــرعية الجنائية يقوم على دعامتين أساسيتين هما الحرية الشـــخصـــية وحماية المصلحة العامة. ففيما يتعلق بحماية الحرية الشخصية فقد وجد هذا المبدأ كعلاج لمواجهة صـــنوف التحكم (التعســـف) المختلفة التي عانت منها العدالة الجنائية ردحاً طويلاً من الزمن, فهذا المبدأ يضـــع للأفراد الحدود الواضـــحة لتجريم الأفعال قبل ارتكابها فيبصـــرهم من خلال نصـــوص واضـــحة ومحددة لكل ما هو محظور قبل الإقدام على مباشـــرته, كما يضـــمن لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم ويحول دون تحكم القاضـــي الجنائي فلا يستطيع تجريم سلوك أو إدانة أحد إلا إذا كان الســـلوك المنســـوب إلى المتهم يشكل جريمة يعاقب عليها نص القانون وكان هذا النص سابقاً على ارتكاب الفعل المجرم قانوناً[٣٨]، وقد عبر عن ذلك (بيكاريا) مؤكداً في ذلك ما سبق أن قاله (مونتسكيو) من أن القوانين وحدها هي التي يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم, وإن هذه الســـلطة لا يمكن أن يتولاها سوى المشرع بنفسه والذي يمثل المجتمع بأسره وبمقتضى العقد الاجتماعي.

أما حماية المصـــلحة العامة, فتكون قد تحققت من خلال إنفراد المشـــرع وحده بممارسة وظيفة التجريم والعقاب تطبيقاً لمبدأ إنفراد المشـــرع بالاختصـــاص في مسائل الحقوق والحريات استناداً إلى أن القيم والمصـــالح التي يحميها قانون العقوبات (القواعد الجنائية الموضـــوعية) لا يمكن تحديدها إلا بواســـطة (الســـلطة التشريعية), وعلى هذا النحو يعرف المواطنون سلفاً القيم والمصالح التي يرتكز عليها وجود المجتمع والتي تحميها القواعد الجنائية الموضـــوعية مما يســـهم في تنمية الروح الاجتماعية وتحقيق التماسك الاجتماعي والحفاظ على الثقة ما بين الأفراد والدولة وتحقيق استقرار المجتمع الذي يقوم عليه الأمن القومي.

ومن ناحية أخرى فإن مجرد النص على الجرائم والعقوبات يحقق ردعاً عاماً يهذب من السلوك ويصلح من التصـــرفات الســـلوكية والمواقف السلبية للأفراد, وبهذا يتحقق منع الجريمة قبل وقوعها أي تتحقق الوقاية قبل العلاج، وهذه الدعائم الرئيســـية (الأســـاسية) التي يقوم عليها الأساس الفلسفي لمبدأ الشرعية الجنائية هي ما تبرز خصيصة القانون الجنائي الموضوعي تجاه القوانين الأُخر, فقواعد القانون الخاص

---

(٣٧) د. أحمد فتحي سرور،المرجع السابق ،ص٣٢،بن طاهر حكيمة، المرجع السابق ، ص ١٠.

(٣٨) د. أناصر حمودي،المرجع السابق ،ص٧٥،بن طاهر حكيمة، المرجع السابق ، ص ١٠.

(القواعد الموضوعية) هدفها الأول حماية المصلحة الخاصة دون الاكتراث بالمصلحة العامة على عكس القواعد الجنائية الموضـــوعية التي تهدف إلى حماية مصـــالح المجتمع فهي لا تكترث بحماية مصلحة خاصـــة لفرد دون غيره, كما أنها ترمي في الوقت ذاته إلى حماية مصلحة الفرد ولكن ليس لكونه فرداً معيناً بل لكونه أحد أفراد المجتمع ومن مجموع مصالح الأفراد معاً تتحقق المصلحة العامة[٣٩].

ثانياً: الأساس الدستوري:

تنص المادة (٩٥) من الدســتور المصري لعام ٢٠١٤ بأنه "العقوبة شخصية فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنـــاء على قـــانون, ولـــا تتقع عقوبة إلا بحكم قضـــائي ،ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

فهذا النص يقرر بوضـــوح وصراحة على مبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات). حيث أن جذور هذا المبدأ تمتد إلى متطلبات سيادة القانون وديمقراطية نظام الحكم, أي أن هذا المبدأ يحقق العدالة السياسية بجعله المشـــرع مختصـــاً بوضـــع التشريع وبجعله القاضي مختصاً بالفصل في المنازعات التي تثور بصدد تطبيق التشريع وبجعله المنفذ (السلطة التنفيذية) يختص فحسب بتنفيذ كلمة القضاء المبنية على التشريع, وهذا ما يباعد بين المجتمع والوقوع في الدكتاتورية أي ما يحقق العدالة السياسية[٤٠]، ولهذا ازدهر هذا المبدأ من أجل القضـــاء على تحكم القضاة والحكام حيال خصومهم أو الأبرياء في القضايا التي يتهمون ظلماً بارتكابها. وعلى الرغم من عدم النص على هذا المبدأ في الدســـتور الفرنسي القديم, فقد أكد الفقه الجنائي قيمته الدستورية على أساس أنه جزء من القانون العام العرفي في فرنسا. وهو قانون أسمى من التشـــريع ذاته لا يمكن المســـاس به, كما انتهى العميد (ديجي) إلى النتيجة ذاتها اعتماداً على أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ قد أكد قيمته الدستورية مع جميع المبادئ المترتبة عليه, كما جاء دســـتور عام ١٩٤٦ ودستور عام ١٩٥٨ فأكدا بصفة رسمية وفي مقدمة كل منهما بأن إعلان عام ١٧٨٩ يحتل مكاناً رفيعاً في قمة البناء القانوني الفرنســـي, كما أنه يأخذ موقع القلب من المجموعة الدســـتورية التي تتضمن الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية, وقد أكد هذا المعنى المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه الصادر في ١٦ يوليو عام ١٩٧١, حيث مارس رقابته الدستورية السابقة على مطابقة التشريع لهذا المبدأ الدستوري[٤١].

المطلب الثالث

---

[٣٩] د. أحمد فتحي سرور،المرجع السابق ،ص٣٢،ناصر حمودي، المرجع السابق ، ص ٧٦.

[٤٠] د. أحمد فتحي سرور،المرجع السابق ،ص٣٤.

[٤١] د. عبدالله سليمان،شرح قانون العقوبات الجزائري ،، القسم العام ، الجزء الأول ،، الطبعة السادسة،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ٢٠٠٥،ص ٧٣، ٧٤ ، ،بن طاهر حكيمة، المرجع السابق ، ص ٦.

طبيعة وأهمية مبدأ الشرعية ونتائجه

نستعرض من خلال هذا المطلب في فرعين كا يلي:

الفرع الأول : طبيعة مبدأ الشرعية.

الفرع الثاني: أهمية مبدأ الشرعية ونتائجه.

وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول

طبيعة مبدأ الشرعية

من أجل الوقوف على حقيقة وطبيعة مبدأ الشـــرعية ظهرت لنا الحاجة فى بحث طبيعة النص الذى تضـــمن هذا المبدأ، فعن طريق بيان طبيعته يمكن اســـتخلاص القيمة القانونية للمبدأ، **وذلك على النحو التالي:**

أولا : الطبيعة الموضوعية :

لقد اختلفت التشـــريعات فى الأخذ بمبدأ شرعية التجريم والعقاب، فاتفق العديد منها بالأخذ به فى الدســـتور كالدستور المصري والعراقي واللبناني أو القانون العادي وذهب القسم الآخر إلى عدم النص على هذا المبدأ ويلاحظ فى هذا أن قاعدة شـــرعية الجرائم والعقوبات، أو قانونيتها تعرضـــت لعدد من الانتكاســـات فى بعض التشـــريعات (مثل التشـــريع الألماني الصادر فى ٢٨ يونيه ١٩٣٥ والذى أباح العقاب على أفعال لم تجرم صراحة بنصوص القانون وإنما جرّم القانون أفعالاً مماثلة لها تماماً، وكذلك القانون الدانماركي الصادر فى عام ١٩٣٣ حيث نص فى مادته الأولي على عقاب الأفعال المذكورة فيه وما يماثلها تماماً)، وكان التشريع السوفييتي لا يأخذ بقاعدة الجرائم والعقوبات في ظل قانون العقوبات الصـــادر عام ١٩٢٦ إلى أن صـــدر قانون "أسس التشريع الجنائي السوفييتي" فى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ ونصـــت مادته الســـادســـة على الأخذ بهذه القاعدة حيث تقول: "تتحدد الصـــفة الإجرامية للفعل وكذلك استحقاقه للعقوبة وفقاً للقانون الساري المفعول وقت ارتكاب هذا الفعل" [٤٢] .

---

[٤٢] د.عباس هاشم الساعدي، جرائم الأفراد فى القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،العراق، ١٩٧٦، ص٤٢٧؛ د. ضاري محمود خليل، المرجع السابق، ص١٨٣.

فتطبيق المبـــدأ فى الاتجاه الأول وجوبي[٤٣]، وبالتالي لا يوجد أي خلاف حول ذلك والمشـــكلة المطروحة هو مدى إلزامية تطبيق المبدأ فى الاتجاه الآخر.

وبالتالي يثار التساؤل عن كون النص الذى يحتوي مبدأ الشرعية قد كشف عن وجوده أم أنشأه؟ **وهذا الســـؤال له معني ومن أجل الإجابة عليه وجب تبيان متى يعد منشأ ومتى يكون كاشفاً** [٤٤].

فالنص فى اللغة هو "الكلام المنصـــوص، والنص من كل شـــئ مصدر وجمعه نصوص منتهاه والنص من الكلام ما لا يحتمل إلا معني واحد ولا يحتمل التأويل"، وهو عند الأصوليين ذو معاني متعددة أهمها " كل لفظ مفهوم المعني بأن يكون موضـــوعه قاعدة تحكم سلوك الأفراد فى الجماعة والتى يتعين عليهم الخضـــوع لها"، والطبيعة الموضـــوعية تحتوي على قواعد موضـــوعية تحدد نماذج الســـلوك الموصوفة جرائم وعقوبات أو الجزاءات المقررة لها، وهذه تكون ما نطلق عليه "قانون العقوبات".

وبالتالي ينبين أن النص الذى قرر مبدأ الشرعية هو ذو طبيعة تقريرية للمبدأ وليس خالقا له، وذلك لأن مبدأ شـــرعية التجريم والعقاب ســـابق فى ظهوره على النص المقرر له[٤٥]، كما أن الطبيعة الكاشفة للنص المقرر للمبدأ تأيده مبادئ العدالة تلك المبادئ التى تمثل روح التشريع، فمن هذه المبادئ "كفالة الحريات والحقوق العامة وعدم المســـاس بها، حتى ولو لم ينص التشريع على ذلك، ومن ثم فإن مبدأ الشـــرعية يعد محمولاً به حتى وإن لم ينص عليه، إذ أصـــبح من المبادئ المســـتقرة فى ضـــمير الجماعة، كما تقضي به الفطرة السليمة وإن لم ينص عليه فى القانون" [٤٦] .

كما أن الطبيعة الكاشـــفة للنص المقرر للمبدأ تأيده أحكام القضاء فى الدول التى لم تنص على المبدأ صـــراحة، "فعلة الرغم من أن القانون الأســـاسي لم ينص صراحة على ذلك لكن للقاضي سلطة تقديرية فى التجريم والعقاب باعتبار أن مبدأ الشـــرعية أصـــبح عرفاً قضـــائياً تسير عليه المحاكم فى

---

[٤٣] د. محمود محمود مصطفي، أصول قانون العقوبات فى الدول العربية، الطبعة الأولى،دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٧٠ ,ص٢٠: ص٢٢.

[٤٤] د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني، المرجع السابق، ص١٣٩، بن صافي رابح، أيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص٢٠.

[٤٥] د. عبد الرحمن توفيق أحمد، محاضرات فى الأحكام العامة لقانون العقوبات، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، الأردن٢٠٠٦، ص١٠٠ :ص ١٠٣.

[٤٦] د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن ،المرجع السابق، ص١٢٧.

تطبيقاتها القضائية"[٤٧]، ومن هنا كان من الضروري تحديد الطبيعة الموضوعية الكاشفة للنص الحاوي على مبدأ شـــرعية التجريم والعقاب فلا يجوز للقضـــاء أن يطبق نصـــوص بأثر رجعي إلا فى حالات استثنائية وتتمثل تلك النصوص في :

١- التشريع العادي:

"هو مجموعة القواعد القانونية الصـــادرة عن السلطة التشريعية المختصة فى نصوص مكتوبة ووفقاً للدســـتور، فالتشـــريع يجب أن يتضـــمن إذاً قواعد قانونية ومن صفات القاعدة القانونية العمومية والتجريد أي يجب أن يتناول جميع الأشـــخاص الذين تتوفر فيهم شـــروط التجريم دون تمييز"، فهذه القوانين هي عنوان إرادة المجتمع التى تتجلي باشتراك العناصر التشريعية فى وضعها وإصدارها طبقاً لأحكام الدستور، وبما أن اختصاص السلطة التشريعية بالتشريع هو اختصاص أصلي فتستطيع أن تجرم من الأفعال ما تشاء، وأن تفرض العقوبة التى تراها مناسبة.

٢- التشريع الفرعي:

هو عبارة عن "نصوص (لوائح) تصدر عن السلطة التنفيذية متضمنة القواعد التى تفصل أحكام التشـــريعات وتوضـــحها، وتبين كيفية تنفيذها وتطبيقها، وهذه الأنظمة إما تصدر عن رئيس الجمهورية أومن الوزراء المختصـــين" [٤٨] ، فهذه الجهات تقوم بالتشـــريع طبقاً للإختصـــاص الذى يخوله لها الدســـتور، ويشـــمل الأنظمة والتعليمات والقرارات التى تصدر من سلطة تنفيذية بقصد تنظيم تفاصيل تطبيق التشريع العادي مع ترتيب مصالح المجتمع [٤٩] .

أما فيما يتعلق بتحديد القيمة القانونية للنص الدولي الذى احتوي على مبدأ الشرعية، فنقول أنه عبـــارة "عن قواعد تنظم العلاقة بين الدول وتتناول أنواع من الســـلوك الإجرامي والعقاب المحدد لها، والذى يكون ذا مصـــلحة دولية" ،وتبرز القيمة القانونية للنص الدولي من خلال بيان " الصلة بينه وبين النص الداخلي، إذ تظهر هذه الصـــلة من ناحية" إلزام النص الدولي الداخلي بإصـــدار أو عدم إصدار

---

[٤٧] بن صافية رابح،أيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص٢١.
[٤٨] د. بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها ، المرجع السابق، ص١٢٥.
[٤٩]د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص١٣٣.

قواعد جنائية للمشـــرع ، فتقرير المبدأ فى النصـــوص الدولية أصبح مبدأ دولي مستقرا عليه وتلك هي قيمته الحقيقية فى وقتنا الحاضر"[١] .

ثانيا :طبيعة الجريمة:

تعد الجريمة من الناحية القانونية "فكرة قانونية مجردة بأكثر مما يراها نشـــاطا واقعياً وحقيقة اجتماعية، ومن الناحية الاجتماعية فهي سلوك واقعي صادر عن إنسان له دوافع ودلالات فى كل جريمة على حده، ورغم ما للمفهوم الاجتماعي للجريمة من أهمية، فإن صـــلته واهنة بالنظرية العامة للقانون الجنائي" [٢] .

ولا ينكر الفقه صـــعوبة تعريف الجريمة من الوجهة القانونية، فالجريمة تعكس لنا صورة عدم الانضـــباط الاجتماعي، وثمة تعريفات شـــتي للجريمة من المنظور القانوني، منها ما هو قانوني محض ينطلق من كونها ظاهرة قانونية فحسب، ومنها ما هو قانوني اجتماعي يزاوج فى تعريفه للجريمة [٣] . [٣] .

الفرع الثاني

أهمية ونتائج مبدأ الشرعية

يهدف هذا المبدأ إلى الموازنة بين المصـــلحة الفردية والجماعية كما أن نتائجه لا تقتصر على الجانب التشـــريعي، وإنما لتصـــل إلى دور القاضـــي الجنائي أيضـــاً ، وبالتالي سوف نتطرق فى هذا المطلب إلى بيان أهمية المبدأ ، ثم نتائجه ، كما يلي :

---

[١] د. سوسن تمرخاب بكة، الجرائم ضد الإنسانية، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي المفوض، بيروت،لبنان، ٢٠٠٨، ص١٤٠.

[٢] د. علي حسن الشرفي، شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، الطبعة السادسة ،مكتبة الوسطية ،الإمارات ، ٢٠١٢، ص١٠٦.

[٣] د. جواد البراهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، المكتبة الوطنية، بغداد،العراق، ٢٠٠٤، ص١٠٤.

أ. أهميد مبدأ الشرعية :

يهدف هذا المبدأ إلى الموازنة بين المصلحة الفردية والجماعية وذلك كما يلي:

أولاً: تحقيق الحماية القانونية للفرد:

إن هذا المبدأ مبني على "حماية حرية الأشـــخاص والمحافظة على ســـلامتهم[١]، وذلك فى تقييد الســـلطـــة ومنعها من التحكم فى حرية الأفراد، فالفرد محمي قانونياً وبالتالي لا يتابع إلا إذا كان الفعل الذى أتاه مجرماً قبل إتيانه، لأنه لا يجوز أن يتمسك للفرد بجهله بالقانون بعد تحديد الأفعال المجرمة من طرف المشرع، وساعد ذلك كثيراً فى اجتناب الجرائم من طرف الفرد، فللقانون دور وقائي".

ثانياً: تحقيق الحماية القانونية للمجتمع:

"إن التجريم والعقاب من اختصـــاصـــات المشـــرع، وبالتالي فقد تفرد بها مما أدي إلى كون النصـــوص القانونية ذات وقار، لخصـــوصـــية العمومية والتجريد، ولأنها تصـــدر عن ممثلي الشعب فصدورها من طرف هذا الأخير يقيد السلطة فى تنفيذها" [٢] .

ب .نتائج مبدأ شرعية التجريم والعقاب:

لا تقتصـــر نتائج مبدأ شـــرعية التجريم والعقاب على الجانب التشـــريعي، وإنما تتصـــل بدور القاضي الجنائي أيضاً، إذ أن القاضي وهو يواجه الجريمة يتمتع بسلطة معينة داخل مبدأ الشرعية ، لذا نبين مدى سلطة القاضي فى تحديد الجريمة ثم سلطتة فى تحديد العقاب ويليه نبين عدم رجعية التشريع الجنائي على الماضي كما يلي:

<u>أولا : مدى سلطة القاضي فى تحديد العقوبة:</u>

الثابت أن "تشـــوء مبدأ شـــرعية التجريم والعقاب كان لمواجهة تعسف القضاة، لذا فمن أهم نتائجه أن تقرير الجريمة والعقاب يكون بموجب نص تشـــريعي، دور القاضي فيه"[٣] لا يتعدى تطبيقه على ما يعرض عليه من وقائع، "فالفعل أو الإمتناع لا يطق عليه وصف الجريمة ما لم يكن مطابق فى

---

[١] د. عدنان الخطيب، المرجع السابق، ص١٥٨.

[٢] د. حسني الشرفي، المرجع السابق، ص١٧٢؛ د. رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص١٨٩:ص ١٩١.

[٣] د. محمود محمود مصطفي، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص٦٢.

أوصافه وعناصره للنموذج الذى حدده المشرع فى النص، ومن هنا ظهرت فكرة بناء نظرية تهدف إلى بيان العوامل التى تؤدي إلى تحقيق المطابقة بين الواقعة والنص، وقد أطلق على هذه النظرية بالتكييف، فمـــا هو التكييف. وما هي شـــروطه؟ وما هي وســـائل تحقيقه والنتائج المترتبة عليه؟ من خلال هذا الموضوع سوف يتبين أثر مبدأ شرعية التجريم والعقاب على سلطة القاضي فى تحديد الجريمة" [١] .

أولاً: اعتبار الواقعة المرتكبة جريمة:

من الثابت أن دراســـة أي جريمة مهما بدت خصـــوصيتها تتطلب الإلمام بأحكام النظرية العامة للجريمة وتفترض الإحاطة بأركانها، وهو نتيجة دراســـة قانون العقوبات العام فدراســـة جرائم القتل أو الســـرقة أو التزوير على سبيل المثال يقتضي الإلمام ابتداءً وعموماً بفكرة أركان الجريمة، حسب المادة (٩) من قانون العقوبات المصـــري[٢]، والتى حددت الجرائم على ثلاثة أنواع وهي الجنايات، والجنح، والمخالفات.

وبـــالتالي فعنما يتحقق التماثل بين الجريمة وبين الواقعة المرتكبة باســـتعمال الأدلة[٣]، ولكن "تطابق الواقعة المرتكبة والنموذج القانوني قد لا يطبق عليه وصـــف الجريمة اســـتثناءاً لتوافر أسباب الـــإبـــاحة، فالفعل والامتناع لا يكون جرماً إلا إذا عجز الفاعل عن تبريره بأحد الأســـباب التى تجيزه وتبيحه، وبالتالي لاعتبار الواقعة المرتكبة جريمة يجب توافر الركن المادي والمعنوي له"ا.

وتظهر هناك "بعض العوائق فى تحديد الواقعة المرتكبة جريمة كما نوهنا مســـبقا فى أســـباب الإباحة، مثل الدفاع الشـــرعي والقوة القاهرة ، وبالتالي قد يصعب على القاضي تحديد الجزاء لأن لكل جريمة على حدة الجزاء المقرر لها عند ارتكابها، فإن النظرية العامة للجزاء الجنائي تســـاهم فى تحديد هذا الجزاء سواء فى تخفيفه أو تشديده" [٤] .

ثانياً: تحديد الوصف القانوني للجريمة:

---

[١] د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني، المرجع السابق، ص٨٨؛ محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، المرجع السابق، ص٣٠.

[٢] د. ضاري محمود خليل، المرجع السابق، ص١٤٠.

[٣] بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص٢٩.

[٤] د. أحمد فتحي سرور، الوسيط فى قانون العقوبات، الجزء الأول، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٥٥.

وهي المادة القانونية المطبقة على الواقعة المعدة جريمة، "فالتشـــريع العقابي يحتوي على مواد قانونية عديدة تضـــمنت تجريم الأفعال المعاقبة عليها، فالقاضـــي له سلطة تقديرية وفى بعض الحالات مقيدة فالركن المعنوي مثلاً، كجريمة الضـــرب المفضي إلى الموت هو قصد المساس بجسم إنسان بدون قصد إزهاق روحه، بينما هو فى جريمة القتل العمد هو قصد إزهاق روح" [١] .

فالقاضي هنا يحدد الوصف القانوني للواقعة المرتكبة أمامه[٢]، هل هي من نوع الجريمة الأولي أم الثانية ويتحقق ذلك عن طريق عملية التكييف، "وللوقوف على الوصف الذى يجب أن يعتمده القاضي للواقعة المعروضة أمامه كان لابد من التميز بين نوعين من التعدد، إذ يظهر من خلال التعريف السابق للتعدد أن هناك نوعان:

التعدد المعنوي للجرائم: أو الصوري للجرائم (أن يرتكب الجاني فعلاً مادياً واحداً ينطبق عليه أكثر من نص من نصـــوص قانون العقوبات) سواء ترتب على ذلك الفعل نتيجة واحدة أو أكثر مختلفة أم مماثلة ويأخذ القاضي بأشدها وفقاً للمادة (٣٢) من قانون العقوبات المصري.

التعدد المادي: ويســـمي بالتعدد الحقيقي: وفيه يرتكب الفاعل عدة جرائم مســـتقلة فى أوقات مختلفة معاقب عليها وتســـند جميعها للفاعل نفســـه وهذه الأفعال قد توجد بينها رابطة وقد لا توجد وفقاً للمادة (٣٦) من قانون العقوبات المصري".

كما أن الظروف التى "تغير من وصـــف الجريمة هي عناصـــر تدخل فى تكوينها كي تحدد وصـــفها القانوني بين مجموعة من الجرائم تحمل اســـماً واحداً وتشترك فى أركانها، فيقتصر دور هذه الظروف على تحديد مكان الجريمة، مجموعة من الجرائم تحمل الإســـم نفســـه، فإذا غير الظرف من وصـــف الجريمة كان لهذا التغير مظهر بدل عليه هو خضـــوع الجريمة مقترنة بالظرف لنص قانوني يختلف عن النص الذى كانت تخضع له" [٣] .

ومن هنا يتبين الدور الذى يلعبه التكييف ودوره فى وصف الفعل المرتكب [٤] .

---

[١] بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص٣٠.
[٢] د. طالب فرج عاصي، المرجع السابق، ص١٢٨؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق، ص١٤٧.
[٣] د. نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا فى الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، دار الهدي، الجزائر، ٢٠٠٨، ص٢٠٥.
[٤] د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص٢٠،ص ٢١.

ثالثاً: مدى توافق سلطة القاضي فى تحديد العقوبة:

فسلطته "ليست تحكمية فلا تعطي للقاضي إمكانية فرض سلطة عقوبات، لم يرد بشأنها نص إنما هي فى حد ذاتها سلطة تقديرية هدفها تحقيق الملائمة بين شخصية الجاني والعقوبة"[١]، وبالتالي فإن سلطة القاضي الجنائي لا تتعارض مع مبدأ الشرعية، إذ يظل القاضي محدداً بقيود معينة حتى عند ممارسته لسلطته التقديرية **<u>ويظهر ذلك من خلال ما يلي:</u>**

١) **<u>سلب السلطة التقديرية للقاضي فى تحديد العقاب فى بعض الأحيان</u>**، فعند توافر شروط نص التجريم "لا يجب للقاضي أن يحكم بغير هذه العقوبة بأن ينزل أو يرتفع بها، كما فعل المشرع العراقي حسب المادة (١/٤٠٦) من قانون العقوبات فبموجب هذه المادة ليس للقاضي أن يحكم بغير الإعدام عند توافر القتل عمدا مع سبق الإصرار وإن كان له سلطة فى مجال تكييف الواقعة المرتكبة" [٢] .

٢) **<u>عدم تعارض التدرج الكمي للعقوبة مع المبدأ</u>**: فالقاضي "يظل مقيداً فى الحد الأدنى والأقصى الثابت بنص التجريم، كما أن القاضي لا يقضي بعقوبة جديدة، بل بما قرره المشرع سلفا، وبالتالي فلا تعارض بين السلطة الممنوحة للقاضي فى حالة التدرج الكمي وبين مبدأ الشرعية".

٣) **<u>عدم تعارض نظام العقوبات التخييرية مع المبدأ</u>**: القاضي "لا يستطيع اختيار عقوبة غير محددة فى النص العقابي، فله مثلاً أن يفرض عقوبة الحبس المؤبد أو المؤقت من قتل نفسا عمد (المادة ٤٠٥ من قانون العراقي) وليس له أن يقرر عقوبة أخرى".

٤) **<u>عدم تعارض التخفيف أو التشديد الإستثنائي للعقوبة مع المبدأ</u>** فليس له أن يتجاوز ضعف الحد الأقصى للعقوبة وعدم تجاوز مدة السجن المؤقت فى أي شرط، فعلى الرغم من أن القاضي له سلطة فى التخفيف بموجب نص القانون، إلا أن المشرع قد قيده بحد أدنى وأعلى لا يستطيع القاضي تجاوزهما وهذا ينسجم مع مقتضيات مبدأ الشرعية.

---

[١] د. أسامة عبد الله قايد، الجريمة وأحكامها العامة فى الأنظمة الحديثة والفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، الطبعة القاهرة، ١٩٩٥، ص١٣،ص ١٤.

[٢] بن صافية رابح، ايت خوجة أحمد، المرجع السابق،/ ص٣٢.

٥) **<u>عدم تعارض إيقاف تنفيذ العقوبة مع المبدأ</u>**: فالقاضي ملزم بالشروط المحددة سلفاً فى التشرع ولا يستطيع أن يحيد عن تطبيقها [١] .

رابعاً: مدى سلطة القاضي فى تحديد العقوبة:

ولبيان مفهوم وسلطة القاضي فى تحديد العقوبة نتطرق لتطور سلطة القاضي الجنائي فى تقدير العقوبة ثم تحديد معناها فيما يلي:

١) **<u>نظام السلطة المطلقة</u>**:

"فى المجتمعات البدائية كانت السلطة مجتمعة فى يد رئيس القبيلة[٢] ويطبقها على أفراد قبيلته إذ يحكم بما يشاء دون التقييد بأي قاعدة، وكذلك في الممالك السالفة كانوا يباشرون سلطة القضاء بأنفسهم، إلا أن هذه السلطة المطلقة استأثر بها القضاة فأساءوا استعمالها وسرعان ما وجهت لها انتقادات وتنديدات بالاستبداد القضائي مما أدي إلى تقييد سلطة القاضي" .

٢) **<u>نظام السلطة المقيدة</u>**:

وفيه يجرد القاضي من كل سلطة تقديرية فى المجال التجريمي والعقابي وما على القاضي سوى تطبيق العقوبة المحددة سلفاً للجريمة من طرف المشرع، إلا أن هذا النظام أيضاً لم ينجوا من الانتقادات إذ اعتبر أنه انحرف عن العدالة، وشدد العقوبة لتظهر عدم المساواة بين المواطنين أمام القانون [٣] .

٣) **<u>نظام السلطة النسبية فى تقدير العقوبة</u>**: فهو "نظام تعاوني بين المشرع والقاضي يقوم على مساهمة كل واحد منهما فى تحديد العقاب الملائم للجاني، فالمشرع يخصص عقوبات متنوعة لأصناف متعددة، أما القاضي يتولى سلطة توقيع العقوبة المناسبة لتأهيل المجرم، فالقاضي يحدد ويقدر العقوبة التعزيزية المناسبة بين الحدين الأعلى والأدنى المقررين للجريمة مراعياً كافية

---

[١] د. نبيل صقر، المرجع السابق، ص٢٠٦.

[٢] د. مصطفي سيد أحمد صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠١٢، ص٧٥ ،د. أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٩، ص ٨٢ ، د. فتحي المرصفاوي ، فلسفة نظم القانون المصري، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩، ص ٣٠ .

[٣] د. بلعليات إبراهيم، المرجع السابق، ص١٨٦.

الظروف المخففة والمشـــددة خاصة درجة المسؤولية وبواعث الجريمة وخطورة الفعل والظروف المحيطة به" [١] .

والتشـــريع الدستوري لا يعتبر "مصدراً مباشراً لقواعد التجريم والعقاب وإذا اشتمل على بعض المبادئ والأحكام الدســـتورية كحمايته للحريات والحقوق الفردية كما ورد فى المادة ٩٥ وما بعدها من الدســـتور المصـــري الجديد وأهم ما تضمنه الدستور من مبادئ دستورية جنائية يتمثل فى تقرير مبدأ شـــرعية الجرائم والعقوبات وشخصيه العقوبة كما يحظر الدستور تسليم اللاجئين السياسيين"، كما يقرر عـــدم ســـقوط الدعوى الجنائية بالتقادم عن بعض الجرائم وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكلفها الدستور[٢].

والتشـــريع العادي الصـــادر عن الســـلطة التشـــريعية هو" المصدر الطبيعي والأصيل للجرائم والعقوبات، أما التشـــريع الصـــادر من الســـلطة التنفيذية، فهو أيضاً مصدر للجرائم والعقوبات وهو نوعين: النوع الأول تشـــريع صـــادر عن رئيس الدولة بمقتضـــي ما خوله الدستور إياه من اختصاص تشـــريعي استثنائي فى حالات يعينها وبشروط خاصة، ويطلق عليها لوائح لها قوة القانون أو القرارات بقوانين وبالتالي لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولم يقل بقانون لكي لا يحصـــر مبدأ الشـــرعية فى القوانين العادية الصـــادرة عن مجلس الشـــعب، بل ليجعله شـــاملاً للقوانين الصـــادرة عن رئيس الجمهورية. والنوع الثاني للتشـــريع الصادر عن السلطة التنفيذية يتمثل فى التشريع الفرعي أو اللوائح التنفيذية فى مفهومها الدقيق، وهي تقل عن التشـــريع العادي فى المرتبة فليس لها من التشـــريع سوى المســـمي فى مفهومه الواســـع، لكنها من حيث الموضوع مجرد لوائح تنفيذية وهي أنواع ثلاثة: لوائح التنفيذ، ولوائح التنظيم، ولوائح الضبط"[٣] .

خامسا: ضوابط التشريع فى مجال التجريم والعقاب:

يجب لكي يعد التشـــريع، أياً كان نوعه، مصـــدراً شرعياً لقواعد التجريم والعقاب، وبما يجعله بمنأى عن غضـــة البطلان أو عدم المشـــروعية" **أن يتوافر فيه شـــرطان: أولهما** صدوره عن السلطة

---

[١] د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني ،المرجع السابق، ص١٤٩.
[٢] انظر المواد ٩٥ وما بعدها من الدستور المصري الجديد الصادر عام ٢٠١٤.
[٣] د. باسم عبد الزمان الربيعي، المرجع السابق، ص٢٢١.

مختصـــة بإصـــداره وفقاً للدستور والقانون وطبقاً للإجراءات المرسومة فى هذا الخصوص[١]، **ثانيهما** تقيده بمبدأ تدرج التشـــريعات على نحو لا يجوز فيه لتشريع أدنى أن يخالف التشريع الأعلى منه مرتبة، فيجب لصحة التشريع الجنائي أن يكون صادراً عن سلطة مختصة بإصداره، ووفق الإجراءات الشكلية الواجب مراعاتها فى هذا الصدد".

ثانيا:سريان النص الجنائي فى التشريع والقضاء:

نستعرض في هذا الصدد دور النص الجنائي فى التشريع والقضاء باعتبار أن التشريع يعد هو المصدر الوحيد فى مجال التجريم والعقاب وهذا باستبعاد مصادر القانون من غير التشريع وكذلك بيان المقصود بالتشريع كمصدر لإنشاء الجرائم والعقوبات مع تبيان دور اللوائح الفرعية مع وجوب التفسير الصـــارم للنصـــوص الجنائية من حيث بيان حقيقة ومؤدي التفسير الصارم لهذه النصوص، كما سوف نتطرق إلى إشكالية تفسير النصوص الجنائية ومقتضياته .

١- اعتبار التشريع المصدر الوحيد فى مجال التجريم والعقاب:

أولاً: استبعاد مصادر القانون من غير التشريع في مجال إنشاء الجرائم والعقوبات:

يقتضـــي مبدأ الشـــرعية أن يكون القانون وحده دون غيره مصدر الجرائم والعقوبات ويقصد ب"نص القانون النص التشريعي المكتوب الذى يقرر قواعد عامة مجردة. ويستبعد بذلك كل ماعدا ذلك من مصادر القانون الأخرى"[٢]، فلا مجال للعرف ولا لمبادئ القانون الطبيعي أو قواعد العدالة فى مجال التجريم والعقـــاب، كمـــا لا يمكن العقاب على فعل مهما بدا مخالفاً لقواعد الدين أو الأخلاق أو العادات والقيم لدي الجماعة [٣] .

ولكن وإن كـــان من المعترف به في النظام اللاتيني إنكار أى دور للعرف كمصـــدر لإنشـــاء الجرائم والعقوبات فإنه يمكن الاعتراف بدور للعرف فى مجال أســـباب الإباحة حيث يعتبر اســـتعمال الحق ســـببـــاً لإباحة بعض الجرائم بشـــروط معينة، ومثال ذلك "حق المعلم والولي فى تأديب التلميذ والصـــغير ولو ترتب على مثل هذا التأديب ارتكاب فعل يشكل بحسب الأصل جريمة كجريمة الضرب

---

[١] د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص٢٩.

[٢] تحدد المادة الأولي من القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨ مصادر القانون فى التشريع والعرف والمبادئ التشريعية الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

[٣] د. على حسن الشرفي، المرجع السابق، ص١٠٥.

أو السـب، والألعاب الرياضـية"، ومن ناحية أخرى فقد سـاهم العرف بمرور الزمن فى بلورة فكرة الحيـاء، وتجدر الإشـارة إلى ما للعرف والعادات من دور فى مجال التجريم فيما يتعلق بجرائم غش وتقليـد المنتجـات فى المجال التجاري والصـناعي، إذ يمكن اللجوء فى ظل غياب اللوائح المنظمة لمواصـفات هذه المنتجات إلى ما هو سائد من عادات تجارية وصناعية حتى يمكن القول بقيام جريمة غش أو تقليد تجاري أو صناعي[١] .

ثانياً: المقصود بالتشريع كمصدر لإنشاء الجرائم والعقوبات:

يشـمل التشـريع كل نص قانوني مكتوب، يمثل قاعدة عامة مجردة، ويكون صادراً عن سلطة مختصـة بإصداره، والتشريع يأخذ صورا ثلاث: أساسي أو دستوري ويتمثل فى الدستور الصادر عن سلطة تأسيسية وعادي صادر عن السلطة التشريعية كقاعدة عامة بوصفها سلطة التشريع الأصلية[٢]، أو الصادر عن السلطة التنفيذية أحياناً ممثلة فى رئيس الدولة والتشريع الفرعي صادر من السلطة التنفيذية لا بحسـبانها ذات اختصـاص تشـريعي بل باعتبارها سلطة تنفيذية، ويتمثل فى لوائح التنفيذ والتنظيم والضبط.

وللقضـاء سلطة مراقبة صحة التشريع من حيث الشكل فإذا تخلفت كان له الامتناع عن التطبيق للتشريع المخالف [٣] .

كما أنه من المقرر أن للقضاء أيضاً حق مراقبة مدى احترام التشريع لمبدأ التدرج، بحيث يمتنع عن تطبيق التشريع المعروض عليه متى ثبت مخالفته من حيث الموضوع للتشريع الأعلى منه.

حيث يثبت للقضـاء مراقبته من حيث الموضـوع بغية التحقق من عدم مخالفته لتشريع صادر عن السـلطة التشـريعية، أو من باب أولي لأحكام الدستور، لكن المسألة قد تدق بشأن "حق القضاء فى مراقبة التشـريع العادي مما آدى لإنشـاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر، ولم تتوانا من الاضطلاع بدورها فحكمت بعدم دسـتورية الكثير من التشـريعات الجنائية التى ارتأت مخالفتها للمبادئ والأحكام الدستورية"[٤].

---

[١] بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص٣٦.
[٢] د. عدنان الخطيب، المرجع السابق، ص١٦٣.
[٣] بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص٣٦.
[٤] بن صافية رابح، أبت خوجة أحمد، المرجع السابق،/ ص٣٧.

ثالثاً: دور اللوائح الفرعية:

لمـــا كان الدســـتور ينص إلى أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، فإن مؤدى ذلك أن "اللوائح التى تصـــدر وفقاً للقانون تعد بذاتها مصـــدراً للتجريم والعقاب ، ولكن الملاحظ أن القانون قد يجرم الفعل فى قالب عام ويجدد عقوبته تاركاً للائحة تفصيل هذا الفعل المجرم وإبراز جوانبه.

وجدير بالإشـــارة إلى أن المشـــرع يجدد "النصاب العقابي" الذى يمتنع تجاوزه عراقيل السلطة التنفيذية فيما تصدره من لوائح عامة أو محلية فإذا كانت العقوبة المقررة فى هذه اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتماً إنزالها إليها[١] .

٢- وجوب التفسير الصارم للنصوص الجنائية:

أولاً: حقيقة ومؤدي التفسير الصارم للنصوص الجنائية:

يقصد بهذا التفسير الصارم تفسير النصوص الجنائية المتعلقة بالتجريم والعقاب تفسيراً دقيقاً أو مضيقاً أو منضبط على نحو يتحدد فيه جيداً نطاق هذه النصوص[٢] .

وبما لا يســـمح باللجوء إلى القياس الذى يوســـع من هذا النطاق، "**ولاشـــك أن مبرر مثل هذا التفســـير مزدوج:** فهو من ناحية أولى يعكس طبيعة النصـــوص الجنائية بوصـــفها نصوص استثنائية تحظر وتعاقب فكأنها تقيد الأصل العام، إذ الأصل فى الأشياء الإباحة ومن ناحية ثانية فإن جزاء مخالفة النصوص الجنائية ينطوي على قدر من الجسامة مقارنا بغيره من الجزاءات القانونية الأخرى" [٣] .

ثانياً: إشكالية تفسير النصوص الجنائية:

من الثابت أن تفســـير النصوص الجنائية هو من باب التفسير القانوني ، والتفسير "عمل ذهني محفوف بالمخاطر لابد من الإقدام عليه أحياناً لما قد يعتري النص من إبهام فقد يكون هذا النص غامضاً فيتعين استيضاحه، وقد يكون ملتبس إذ تتناقض عباراته أو يتعارض مدلوله اللغوي مع مفهومه القانوني فيتوجب اســـتظهار معناه الحقيقي، وقد يكون من حيث نطاقه بالغ الضـــيق فيقول أقل مما أراد، أو بالغ الاتســـاع فيقول أكثر مما يجب وفى الحالتين يتوجب تحديد نطاقه ورسم حدوده، وقد اختلف الفقه حول

---

[١] د. طالب فرج عاصي، المرجع السابق، ص٩٢.
[٢] د. محمود محمود مصطفي، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص٦٣.
[٣] د. محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، المرجع السابق، ص٣٢.

مشـــكلة تفســـير النصـــوص الجنائية على وجه التحديد فمن قائل بوجوب تفســـيره وفقاً لقواعد التفسير وضـــوابطه المرعية"[١] عموماً وأنه ليس صحيحاً ما يقال أن ثمة تفسيراً واسعاً وآخر ضيق إذ التفسير واحد متى التزمنا أصـــوله وقيوده، وعلى العكس فهناك من يري ضـــرورة الحذر فى المجال الجنائي على نحو يكون فيه التفسير ضيقاً أو مضيفاً[٢] .

وأخيراً فالتفســـير لدي البعض "ليس إلا البحث عن قصد المشرع في حالة غموض النص سواء تمثل هذا القصد فى إرادة المشرع المفترضة أو فى إرادة القانون ذاته [٣] ،وفى كافة هذه الصور يصبح التفســـير ضرورة غايتها تحديد معني النص الجنائي سواء من حيث إيضاح غموضه أو ضبط مفهومه المشوب بعيب فى الصياغة أو تحديد نطاقه".

ومن مقتضيات التفسير الصارم للنصوص الجنائية:

١) ترجيح التفسير المنطقي:

ويقصد بذلك عدم التقيد بحرفية الألفاظ المستخدمة فى النص متى كانت تقتصر على بلوغ غايته ويسمى أحياناً بالتفسير الغائي، ويمكن الوصول إليه بعدة وسائل منها، الرجوع إلى الأعمال التحضيرية التى صـــاحبت صـــدور النص والمزاوجة بين المدلول اللغوي للفظ وبين مفهومه القانوني والإحاطة بالســـياق التاريخي لصدور النص والاستهداء بالمصلحة القانونية التى استهدف المشرع حمايتها بتقريره تجريم الفعل والعقاب عليه، ومن أبرز أمثلة التفســـير العقلاني ما هو حاصل بشأن تفسير جريمة الجرح أو الضرب المنصوص عليها فى القانون [٤] .

٢) حظر التفسير الواسع أو التفسير بطريق القياس:

ومؤدي ذلك أنه يمتنع على القاضـــي تفســـير النص الجنائي بما يحمله أكثر مما يحتمل أو بما يتجاوز حدود المصـــلحة القانونية المحمية بواســـطة التجريم والعقاب[٥]، وقد يعبر عن خطر التفســـير الواســـع أو بطريق القياس" بوجوب التفسير المضيق للنص الجنائي، ويري أغلب الفقه أن الخطر إنما

---

[١] بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص٣٨.

[٢] W Addams (S.M) introduction to the study of law third edition cars well Torun to Calgary van couver. 1987. P9.

[٣] د. بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها ، المرجع السابق، ص١٢٩.

[٤] د. محمود إسماعيل محمد، دراسات فى العلوم السياسية، مكتبة القاهرة الحديثة، ، ١٩٧٢, القاهرة ، ، ص٢٢.

[٥] د. بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها ، المرجع السابق، ص١٢٩،ص ١٣٠.

يرد على اللجوء للقياس دون التفسير الواسع الذى يظل جائزاً متى تطابق مع إرادة المشرع ومع الاعتراف بصعوبة التمييز بين التفسير الواسع والتفسير بطريق القياس، فإن معيار هذا التمييز وفقاً للفقه المتقدم هو دخول الحكم فى نطاق نص التجريم أو خروجه عنه" [١] .

ولعل التفسير الواسع والتفسير بطريق القياس كليهما محظور لسببين: "أولهما أنهما متداخلان على نحو يتعذر فيه بالفعل التفرقة بينهما وثانيهما أن القول بدخول الفعل نطاق نص التجريم أو خروجه من هذا النطاق لا يشفي غليل فى التعرف على معيار محدد للتفرقة بينهما، ولهذا نخلص فيما نعتقد إلى وجوب حظر كل تفسير واسع، سواء تم الوصول إليه بطريق القياس أم استجلاء المصلحة القانونية أو استظهار قصد الشارع" [٢] .

ويلاحظ أنه ليس ثمة ما يمنع من تفسير النصوص الجنائية تفسيار موسعاً، بل وبطريق القياس إذا كان ذلك لا يتعلق بمسألتي التجريم والعقاب، ومبرر ذلك أن "مثل هذا التفسير لا يشكل افتئاتاً على حقوق وحريات الفرد المتهم بل ينطوي على مصلحة له، تتمثل فى خروجه من دائرة العقاب ويلاحظ أيضاً فى نفس السياق التوسع فى تفسير استعمال الحق كأحد أسباب الإباحة، بحيث أصبح شاملاً لبعض الأفعال غير المنصوص صراحة على إباحتها كمزاولة الألعاب الرياضية فيما لو تمخضت على ارتكاب فعل يشكل جريمة جرح أو ضرب".

٣) تقيد سلطة القاضي فى تفسير النص الجنائي:

النص الجنائي يجب أن يتسم بعدم الإفراط بالتجريم والعقاب مع وضوح النص الجنائي، حتى يسهل على القاضي تطبيقه، وإذا وجدت القاضي صعوبة أو غموض فى النص فعليه البحث عن إرادة المشرع ، فالقاضي يتميز بالتبعية للمشرع، حيث يحرم على القاضي التدخل فى تجريم الفعل حتى بطريق غير مباشر، لأن المشرع تتجه إرادته على العموم إلى حماية المصلحة العامة والفردية، وبالتالي فما على القاضي سوى إتباع هذا الطريق[٣] .

---

[١] د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، المرجع السابق، ص٢١؛ د. عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي، المرجع السابق، ص٧١،ص ٧٢.

[٢] د. محمود إسماعيل محمد، دراسات فى العلوم السياسية، المرجع السابق، ص٢٢، ص٢٣.

[٣] د. أسامة عبد الله قايد، الجريمة وأحكامها العامة فى الأنظمة الحديثة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص١٤،ص ١٥.

و"كـــل هذا راجع إلى كون تقييد ســـلطة القاضـــي، يرجع لحماية للمصـــلحة العامة الفردية والجماعية، وبالتالي يظهر تقيد الســـلطة التقديرية للقاضـــي فى نصوص القانون القطعية وكذلك بعض القرائن القانونية وغيرها من الاستثناءات التى أتي بها المشرع" [1] .

ثالثا :عدم رجعية التشريع الجنائي إلى الماضي :

لعل من أهم نتائج قاعدة شـــرعية الجرائم والعقوبات – فى الفقه الجنائي – "أن النصـــوص الجنائية لا ترجع إلى الماضي، وإنما يكون تطبيقها بأثر مباشر على الوقائع التى تحدث بعد صدور هذه النصـــوص دون الوقائع التى حدثت قبلها"، وذلك ما يعرف بمبدأ عدم رجعية التشـــريع الجنائي إلى الماضي.

وعدم رجعية التشـــريع الجنائي إلى الماضـــي من لوازم مبدأ شـــرعية الجرائم والعقوبات، ولا يتصـــور فى نظام قانوني أن يأخذ بمبدأ الشرعية ثم يهدر الأخذ بمبدأ عدم الرجعية، وذلك هو الشأن فى الأحكام الجنائية الإسلامية كما هو شأن غيرها من النظم الجنائية [2] .

ويتبين لنا مما ســـبق عرضـــه أن "النظام القانوني اللاتيني يتسم بأنه تجميع لمبادئ قانونية فى مدونات منظمة بطريقة علمية تصدر من قبل السلطة التشريعية ويطلق عليها اسم التقنينات.

فى مثل هذا النظام فإن دورالقاضـــى و المحاكم محدود نظرياً على الأقل بتطبيق نصـــوص القانون كما تتضمنها التقنيات عندما تعرض على المحكمة قضية فيها طرفين متخاصمين".

---

[1] د. محمود محمود مصطفي، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص٦٢، ٦٣، بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد،المرجع السابق، ص٤١.

[2] د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن ،المرجع السابق، ص٩٢،ص ٩٣.

المبحث الثاني

السوابق القضائية الأساس القانوني للتجريم والعقاب

فى النظام الأنجلوسكسوني

تمهيد:

في البلدان التي تطبق للنظام الأنجلو ســكســوني تسود الاجتهادات المبنية على سوابق قانوينة تشـــكل تلك الاجتهادات جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني ، "تميل إلى إعتماد منهج مقيد لهذه المباديء لأســـباب عدة ، أولها: أن الجرائم بحســـب الاعراف و العادة المعتمد في ذلك النظام (بعكس الجرائم المنصوص عليها في القوانين المكتوبة) تخضع في الحكم عليها للاجتهادات المبنية على سوابق قانونية فتفتثر بالتالي لخاصـــيتين ،وهما الصرامة و الطابع اليقيني ، اللتين تتسم بهما التشريعات المكتوبة" ، و ثانيهما : "عدم خضـــوع الجرائم المدانة بحســـب الأعراف و العادة المعتمدة في ذلك النظام بالضرورة لمبدأ عدم الرجعية" ، كما هو الحال في القضـــاء الإنجليزي المعاصـــر ،حيث تتصدى فيها المحاكم لفئة جديدة من الجرائم أو في جميع الأحوال أصـــبحت المحاكم تســـتبعد أسباب الدفاع التقليدية بكافة أشكالها ،ووفقاً لقاعدة قانونية الجرائم والعقوبات فى القانون الإنجليزي فإن لها وضـــع خاص هو نتيجة الطبيعية الخاصـــة لهذا القانون ذاته [١]، "ذلك أنه على حين يرجع فى تحديد الجرائم والعقوبات فى غالبية دول العالم إلى النصـــوص الصـــادرة عن السلطة التشريعية فإن القانون الجنائي الإنجليزي نشأ وتطور فى أساسه اعتماداً على السوابق القضائية والأعراف التى حظيت بتأييد القضاء. ويكون من هذين ما يعرف بـــالشـــريعة العامة فى بريطانيا [٢]، وعلى الرغم من "زيادة معدل تدخل البرلمان الإنجليزي فى مجال التشـــريع الجنائي فإن عدداً من الجرائم الهامة لا يزال يعتمد أســـاساً على القواعد المقررة فى الشريعة العامة. ولعل أهم هذه الجرائم القتل والسرقة والتآمر"[٣] .

---

[١] راجع :القاضي أنطونيو كاسيزي ، القانون الجنائي الدولي ، ترجمة مكتبة المنشورات الحقوقية، صادر ناشرون ، الطبعة الاولي ،لبنان، ٢٠١٥ ، ص ٧٣ ، د. محمد محيى الدين عوض، القانون الجنائي الأنجلو أمريكي ، المرجع السابق، ص٧٠: ٧٧.

[٢] Cross and Jones, Introduction, P.16.

د. محمد سليم العوا ، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن ،المرجع السابق ، هامش ص ٤٦ .

[٣] Ibid., P.16-21; Smith and Hogan, P.173 and 190-191.

د. محمد سليم العوا ، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق ، هامش ص ٤٦ .

وقد نوقش مبدأ حق المحاكم فى توقيع عقوبات على أفعال لم يتمبتحريمها تشـــريع من البرلمان بصدد القضية المشهورة بقضية Shaw فقرر مجلس اللوردات عام ١٩٧١ – وهو أعلى هيئة قضائية فى انجلترا –" أن من حق المحاكم مواجهة الأفعال الضـــارة بالمجتمع، أو التى تؤدي إلى فساد الأخلاق بعقوبات يحكم بها على مرتكبي هذه الأفعال" [١] .

الا أنه في قضية أخرى عرضت على مجلس اللوردات فى عام ١٩٧٢ وهى القضية المشهورة بقضـــية (Knuller Case) وأثيرت فيها مســـألة مدى حق المحاكم فى ظل الأوضـــاع الحالية للقانون الجنائي الإنجليزي فى العقاب على أفعال لم يصـــدر البرلمان تشريعاً يقرر العقاب عليها. فرأي المجلس أنه "ليس من ســـلطاته التصـــدي لمثل هذه الأفعال بالعقاب ،وأن هذه الســـلطة قد أصبحت – بالتأكيد – مقصـــورة على البرلمان"[٢] ، فإذا" استقر المبدأ الذى أخذ به هذا الحكم لمجلس اللوردات، فإنه يبدو أن القانون الإنجليزي سوف يتجه إلى تطبيق القاعدة الخاصة بقانون الجرائم والعقوبات على نحو ما تطبقها الدول الأخرى التى تقوم فيها قواعد القانون الجنائي على التشريع فحسب دون غيره من المصادر".

أما فى القوانين الجنائية العربية فإن النص على هذه القاعدة موضـــع إجماع هذه القوانين، بل والدســـاتير العربية كذلك [٣] .*وفي هذا الســـياق نســـتعرض لموضوع هذا المبحث من خلال المطالب التالية:*

المطلب الأول: نظام السوابق القضائية فى القانون الأنجلوسكسوني.

المطلب الثاني: السمات الأساسية للسوابق القضائية.

---

(١) Shaw v. D.P.P. All E.R. (1961) 2, pp.446 et seq.
د. محمد سليم العوا ، المرجع السابق ، هامش ص ٤٦ .

(٢) Knuller v. D.P.O. All E.R. (1972) 2, P.898; and Smith and Hogan, P.187.
د. محمد سليم العوا ، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق ، هامش ص ٤٦ .

(٣) د. محمود مصطفي، أصول قانون العقوبات فى الدول العربية، المرجع السابق ،ص٢٠، ٢٢ ويلاحظ فى هذا أن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، أو قانونيتها أتعرضت لعدد من الانتكاسات فى بعض التشريعات مثل التشريع الألماني الصادر فى ٢٨ يونيه ١٩٣٥ والذى أباح العقاب على أفعال لم تجرم صراحة بنصوص القانون وإنما جرّم القانون أفعالاً مماثلة لها تماماً. وكذلك القانون الدانمركي الصادر فى عام ١٩٣٣ حيث نص فى مادته الأولي على عقاب الأفعال المذكورة فيه وما يماثلها تماماً ، وكان التشريع السوفييتي لا يأخذ بقاعدة الجرائم والعقوبات إلى أن صدر قانون "أسس التشريع الجنائي السوفييتي" فى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ ونصت مادته السادسة على الأخذ بهذه القاعدة حيث تقول: "تتحدد الصفة الإجرامية للفعل وكذلك استحقاقه للعقوبة وفقاً للقانون الساري المفعول وقت ارتكاب هذا الفعل ،ولا يكون للقانون الذى يقرر استحقاق الفعل للعقوبة أو يشدد العقوبة أثر رجعي.

المطلب الثالث: حجية السوابق القضائية وتقييمها.وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

نظام السوابق القضائية فى القانون الأنجلوسكسوني

نستعرض في هذا المطلب التعريف بمصطلح السابقة القضائية لغة و إصطلاحا ثم نبين الأسس التى تقوم عليها السوابق القضائية وذلك من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول

التعريف اللغوي للسابقة القضائية

الســـابقة القضـــائية: مصطلح مركب يشمل كلمتين، فلابد من معرفة المدلول اللغوي للسابقة، **والمدلول اللغوي لكلمة:** القضائية.

فكلمة السابقة: "اسم فاعل من سبق، ولهذه المادة معان عدة فى اللغة العربية، مردها إلى التقدم فى كل شئ"، قال ابن منظور ما ملخصه:

الســـبق: "القدمة فى الجري وفى كل شئ تقول له فى كل أمر سبقة سابق سبق والجمع الأسباق والسوابق، **السبق مصدر سبق وقد سبقه يسبقه سبقاً:** تقدمه"، **وفى الحديث:** "أنا سابق العرب – يعني إلى الإسلام ، وصهيب سابق الروم، وبلال سابق الحبشة، وسلمان سابق الفرس". سابقته فسبقته واستبقنا فى العدو أي تســـابقنا الســـبق بالتحريك الخطر الذى يوضـــع فى النضال والرهان فى الخيل فمن سبق أخذه، والجمع أســـباق"، **وفى الحديث أن النبي :** "لا ســـبق إلا فى خف أو نصل أو حافر"، فالخف للإبل والحافر للخيل والنصـــل للرمي **وفى حديث الخوارج:** "ســـبق الفرث والدم" أي "مرّ سريعاً فى الرمية وخرج منها لم يعلق منها بشـــئ من فرثها ودمها لسرعته، شبه خروجهم من الدين ولم يعلقوا بشئ منه به" [1] .

وأما كلمة القضـــائية، فهي نســـبة إلى القضـــاء، وهو مصـــدر قضي، قال الرازي فى مختار الصحاح:

١. "**القضـــاء:** الحكم، والجمع الأقضـــية، والقضية مثله، والجمع القضايا، وقضى يقضي بالكسر قضاء أي حكم" ومنه قوله تعالى: **(وَقَضَى رَبُّكَ أَلّا تَعْبُدُوا إِلّا إِيّاهُ).**

---

[1] لسان العرب، مادة (سبق)، ١٥١/١٠.

٢. **وقد يكون بمعني الفراغ، تقول:** "قضي حاجته، وضربه فقضي عليه أي قتله كأنه فرغ منه وقضي نحبه: مات".

٣. **وقد يكون بمعني الأداء والإنهاء، تقول:** قضـــي دينه ومنه قوله تعالى: **(وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ)** وقوله تعالى **(وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ)** أي أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك.

٤. **وقد يكون بمعني الصـــنع والتقدير يقال:** قضاه أي صنعه وقدره، ومنه قوله تعالى: **(فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ)**، ومنه القضاء والقدر، وباب الجمع ما ذكرناه[٢] .

والقضاء اصطلاحاً هو تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، والفصل بين الخصومات [٣] .

الفرع الثاني

تعريف السابقة القضائية اصطلاحاً

عرفت السابقة القضائية، بعدة تعريفات:

فيمكن تعريف الســـابقة القضـــائية Judicial Precedent بأنها "القيمة التى يقررها النظام القضائي للقرارات القطعية الصادرة من المحاكم ذات الاختصاص فيما يعرض عليها من القضايا. وأثر تلك الأحكام فى الدعاوى المماثلة التى ترفع أمام القضـــاء فيما بعد". فالسوابق القضائية تعتبر قاعدة أو مرجعاً قانونياً لما تلاها من القضايا المماثلة من حيث الموضوع والنقاط الجوهرية [٤] .

كما تعرف بأنها" القواعد النظامية غير المدونة التى يستنبطها القضاء من روح الأنظمة ومبادئ العـــدالة والعرف، عندما لا توجد قواعد نظامية أو عرفية تحكم المنازعة الموجودة وهو ما يطلق عليه الاجتهاد"، وهي المســـماة بالســـوابق القضائية وهي غير ملزمة، وتسمي مبادئ قضائية، وهي لابد أن تكون صـــادرة عن أعلى جهة قضـــائية ،**ومن أوضـــح التعريفات تعريف البعض بأنها:** "ما صدر من الأحكام القضائية على وقائع معينة لم يسبق تقرير حكم كلي لها" [٥] .

---

[٢] مختار الصحاح، مادة (ق ض ي)، ص٢٢٦.

[٣] د. عبد العزيز بن سعد الدغيثر، حجية السوابق القضائية، مجلة العدل ، المملكة العربية السعودية، العدد ٢٤ ، ربيع الأخر ١٤٢٨ ه ،ص١٧٧.

[٤] د. شيخين بن محمد العدلي، السوابق القضائية، دراسة نظرية تطبيقية، بحث تكميلي فى قسم الفقه المقارن، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٦هـ، ص١٣، ١٤.

[٥] د. عبد العزيز بن سعد الدغيثر، المرجع السابق، ص١٧٨.

كما بعض الفقه في معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري بأنها: "قضية مفصول فيها، أو قرار محكمة يعتبر مثالاً أو مرجعاً لحالة مطابقة أو مماثلة فيما بعد تنشأ عن مسألة قانونية مماثلة وتحاول المحاكم أن تفصل في القضايا على أساس المبادئ الراسخة في الحالات السابقة".

وعرفها البعض في معجم المصطلحات القانونية بأنها: "قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعتبر قاعدة أو مرجعاً قانونياً لما تلاها من القضايا المماثلة" ، **وعرفها البعض بأنها:**" أثر قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعتبر قاعدة أو مرجعاً قانونياً لما تلاها من القضايا المماثلة من حيث الموضوع والنقاط الجوهرية" [٦] .

كما يعرف البعض السوابق القضائية فيقول: "للأحكام وظيفتان: <u>الأولى</u>: هي الفصل في النزاع المعروض على المحكمة وحسمه، ذلك أنه وفقاً لمبدأ حجية الأحكام لا يجوز للخصوم أن ينازعوا من جديد فيما فصل فيه حكم صحيح صادر في مواجهتهم، **<u>والثانية</u>:** هي أن المحكمة بقضائها تنشئ سابقة قضائية بحيث إن القضايا المماثلة التي قد تقام في المستقبل غالباً ما يقضي فيها بالطريقة ذاتها، [فالسوابق القضائية تعتبر كمتون القانون يرجع إليها القاضي في فصل النزاعات الجديدة"[٧] .

إذا فنظام السابقة القضائية كما أسلفنا القول سمة من سمات النظام القضائي الأنجلوسكسوني ويتمثل في "استعمال السوابق القضائية في الأخذ بأحكام المحاكم السابقة وذلك لتطبيقها على القضايا ذات الوقائع المتشابهة، وبمعني أوفي أن المحاكم في إصدارها لأحكامها في القضايا المعروضة عليه"[٨] ،فإنها تأخذ بعين الاعتبار وجود حكم سابق صدر من محكمة أعلى درجة منها في قضية مشابهة للقضية المعروضة وهذا يتطلب أن تتبع المحكمة القواعد القانونية التي أنشأتها المحكمة أو محكمة أعلى درجة في الاختصاص نفسه[٩] ،وقد "نشأ مبدأ التقيد بالسوابق القضائية في وقت مبكر في

---

[٦] د. شيخين بن محمد العدلي، المرجع السابق، ص١٤٠.
[٧] د. عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جري به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، ص١٣٧.
[٨] د. عاصم حاكم عباس الجبوري، حاكم فنيخ على الخافجي، سمات النظام الأمريكي ومبررات المحكمة العليا عام ١٧٨٩، مجلة مركز نايل للدراسات الإنسانية، المجلد٧، العدد١، العراق ،٢٠١٧ ص٤٣٩.
www.low:Vark.edu/document.TheHistory/AmericanJurySystem.
[٩]د. عاصم حاكم عباس الجبوري، حاكم فنيخ على الخافجي، سمات النظام الأمريكي المرجع السابق، الموضع السابق.

القـــانون الإنجليزي وعمل به فى الولايات المتحدة كجزء من مبادئ القانون الإنجليزي العام وهذا المبدأ لم ينص عليه فى تشريع مكتوب ولا فى الدستور" [١٠] .

ويتبين أن هناك عدة مبررات دعت للأخذ به فى المحاكم والمتمثلة فى المســـاواة، ،الإســـتقرار ،الاقتصـــاد، الاحترام، "**فالحجة الأولي** تؤكد على أن تطبيق القاعدة ذاتها باستمرار فى القضايا المماثلة يؤدي إلى المســـاواة فى معاملة من يمثلون أمام المحاكم **والحجة الثانية** هي إن إتباع السوابق القضائية بصـــفة مســـتقرة يســـاهم فى معرفة كيفية حسم المنازعات المستقبلية مقدماً، **والحجة الثالثة** مفادها أن استخدام القواعد المستقرة للفصل فى القضايا الجديدة يوفر وقتاً وجهداً، **وأخيراً** فإن أعمال المبادئ التى قررتها الأحكام السابقة يعكس احتراماً واجباً نحو حكمة وخبرة جيل سابق من القضاة"[١١] .

ولعله من الجدير بالذكر الإشـــارة إلى أن الإعتماد على نظام الســـوابق القضائية ومدى تأثيرها على النظام القانوني الأنجلوسكسوني يختلف عنه فى النظام القانوني اللاتيني، "فالقاضي فى النظام الأول يكون مســـئولاً عن وجوب تطبيق القاعدة العرفية التى اعتاد الناس عليها باعتبار ذلك الحكم لا يعدو أن يكون تجســـيداً لتلك القاعدة" [١٢] ،**وعلى العكس من ذلك** فإن النظام الثاني يعتمد أســـاســـاً على القواعد القانونية المكتوبة والصـــادرة عن السلطة التشريعية ومن ثم كان على القاضي الاسترشاد فقط بالأحكام القضائية السابقة التى صدرت تطبيقاً لهذه التشريعات إلا أنه لا يلزم بالتقيد بهذه الأحكام [١٣] .

ولاشك لدينا أن الاعتماد على نظام السابقة القضائية فى النظام القضائي الأنجلوسكسوني ومن ثم الأمريكي جعله يتميز بطابع عملي مرن يتفق مع مقتضيات الحياة وظروفها المتغيرة.

---

(١٠) William Michael Tenor, The Supreme court of the United States, Horper.8 Row, New York 1988, P.68.

(١١) د. عاصم حاكم عباس المجبوري، حاكم فنيخ على الخافجي، سمات النظام الأمريكي، المرجع السابق، ص٤٤.

(١٢) Willam Michael Tenor, The Supreme court of the United States, Op. cit,p.72.

(١٣) د. سعيد الصادق، المنهج القانوني فى الولايات المتحدة الأمريكية، وجمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص٣٠، ٣١.

William Michael Tenor, , The Supreme court of the United States, Op. cit, P.72 p; Noncy Jeon King, the American Jury, hugo A. Bedaued, 1997, P.78.

الفرع الثالث

الأسس التى تقوم عليها السوابق القضائية

تتمثل الأسس التي تقوم عليها السوابق القضائية فيما يلي :

إن كل محكمة ملزمة بإتباع قرارات كل المحاكم التى هي أعلى درجة منها وذلك بصورة عامة، ويعتبر الحكم المخالف للسابقة القضائية غير شرعي [١٤] .

كمـــا أن "المحـــاكم المماثلة فى الدرجة لها حرية الاقتباس من المحاكم وهي جديرة بأن ينظر إليها باعتبار كبير ، على أن الشـــئ الملزم فى قرارات المحاكم هو منطوق القرار Ratio decidendi لا التفصيلات العرضية الواردة فى القضايا والمسائل الجوهرية التى بني عليها الحكم وكانت السبب فى صدوره".

إن الســـابقة القضـــائية" لا تهمل بمجرد القدم ومرور الزمن عليها، ولكن القرارات القديمة قلما تنطبق فى واقع الحال على ظروف القضـــايا الحاضرة ،ويمكن اقتباس السابقة القضائية والاستشهاد بها من أي مصدر يمكن أن تعتمد عليه المحكمة"[١٥] .

ولذا أصـــبح من المعلوم أن مصـــادر القانون منها المصدر الأصلي أي المصدر الموضوعي الذى استمدت منه القاعدة القانونية من حيث مضمونها ،وهناك المصدر التاريخي للقانون: وهو مصدر أصـــلي كذلك. "ويعزي جزء من القانون الإنجليزي إلى قرارات قضائية أو نصوص خاصة ذات أصل وقـــاعـــدة رومـــانية ،هذا ومن الملاحظ في هذا الصـــدد أن القوانين الأمريكية لا تختلف عن القوانين الإنجليزية فى أخذها بمســـألة السوابق القضائية، إلا أن تمسك القضاة الأمريكان أقل من القضاة الإنجليز من حيث الالتزام المطلق بالســـوابق القضـــائية ،ومن ناحية أخرى فإنه من الملاحظ أن قواعد الإنصاف Rules of equity ترجع في قوتها إلى أنها قانون قضائي"[١٦] .

---

(١٤) Smith and Hogan, criminal low, P.187.

د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق ، ص٧ وفى هذا الصدد يلاحظ أن مبدأ المساواة أمام القواعد الجنائية استقر فقهاً وقضاءً فى إنجلترا والولايات المتحدة.

(١٥) د. محمد محيى الدين عوض، القانون الجنائي الأنجلوأمريكي، المرجع السابق، ص٧٥، ٧٦.

(١٦) د. رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص٧، ٨، د. كاظم عبد الله حسين الشمري، تفسير النصوص الجزائية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) أطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة بغداد،العراق، ٢٠٠١، ص١٣،ص ١٤.

المطلب الثاني

السمات الأساسية للسوابق القضائية

أما عن السمات الأساسية للسوابق القضائية فإنها تتمثل في:

١. الالتزام باحترام القرار الصادر من أي محكمة عليا حتى وإن كان قراراً وحيداً single.

٢. طبيعة القرار الصادر من أي محكمة عليا يعتبر مرشداً بالنسبة للمحاكم التى تليها فى الدرجة.

٣. سمة أخرى للسوابق القضائية والتى تعرف "أحياناً بقانون القضايا case law الإنجليزي هي التسبيب القياسي Reasoning by Analogy وهو ما جري عليه العمل القضائي، والنظرية الكاشفة The declaratoy Theory والتى بموجبها لا تعتبر قرارات القضاة منشئة للقانون، وإنما هي كاشفة له فحسب فالتسبيب بالقياس كان أمراً مألوفاً فى الإجراءات القضائية حتى قال الفقيه peraston من فقهاء القرن السابع عشر فى إنجلترا، قال: إذا ظهرت أشياء جديدة غير مألوفة فإنه يتعين حسمها على ذات النهج الذى حسمت به نظائرها التى حدثت من قبل".

إن وسيلة القانون العام فى إعمال القواعد القانونية المستمدة من المبادئ القانونية والسوابق القضائية وتطبيقها على الظروف المستحدثة ذلك من أجل تأمين الوحدة والملاءمة واليقين[١٧] .

٤. كل القرارات ذات العلاقة الصادرة من أي محكمة كانت والتى فيها نقطة قانونية يجب أن تؤخذ بالاعتبار أثناء النظر فى القضايا المماثلة فى أي محكمة [١٨] .

٥. "إن الشئ الملزم فى السابقة القضائية هو حكمة القرار وليس ألفاظه وصيغه، وإذا احتج بها فإنها تصلح لأن يسبب بها أيضاً [١٩]، وينقض أي حكم مخالف لها، ومع ذلك فإن السوابق القضائية القديمة جداً لا يمكن عملياً تطبيقها على الظروف الحادثة المستجدة، ما لم تكن السوابق قد تعاقبت وتطورت تدريجياً مع الزمن [٢٠] وتجمع السوابق القضائية وتنشر اليوم فى مسلسلات خاصة بكل محكمة كمحكمة منصة الملكة، ومحكمة الاستئناف، ومحكمة مجلس اللوردات "[٢١] .

---

[١٧] د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س٢١، أكتوبر – ديسمبر،القاهرة، ١٩٧٧، ص٥.

[١٨] د.عبد العزيز العلي النعيم، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة، الطبعة الأولي، ص٨٣.

[١٩] د. خالد عبد الله عيد، مدخل الدراسة القانونية، دار الأمان، المملكة العربية السعودية دون سنة نشر، ص١٣.

[٢٠] د. محمد الهوشان، مقدمة دراسة علم الأنظمة، ج١، المملكة العربية السعودية ، سنة ٢٠٠١، ص١٣.

[٢١] د. عبد الله بن محمد آل خنين، السوابق القضائية ومكانتها فى الأحكام، المرجع السابق ، ص٣٧.

المطلب الثالث

حجية السوابق القضائية وتقييمها

نستعرض من خلال هذا المطلب حجية السوابق القضائية في فرع أول ثم تقييمها في فرع ثان وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

حجية السوابق القضائية

أولاً: في القوانين الأنجلوسكسونية:

يشـــمل النظام الأنجلوســـكسوني كلا من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والهند واستراليا وجنوب أفريقيا وغيرها.

ويعتبر القضـــاء فى القانون الإنجليزي ومن تبعه "المصـــدر الرسمي للقاعدة القانونية فالقانون الإنجليزي فى أســـاسه قانون قضائي إذ يتكون من مجموع السوابق التى حكمت بها المحاكم الإنجليزية فيما عرض عليها من أقضية، فالقاعدة التى أخذ بها القاضي فى حكمه تعتبر – وفقاً لنظام معين يعرف بنظام الســـابقة القضائية – قاعدة قانونية يجب على بقية القضاة احترامها وتطبيقها فى المنازعات التى ترفع إليهم".

وتتلخص حجية الســـابقة القضائية فى أن "الحكم الذى يصدر من محكمة إنجليزية (أي القاعدة التى اســـتخلصها هذا الحكم) يلزم فى حدود معينة جميع المحكم الإنجليزية التى فى مرتبة المحكمة التى أصـــدرته بما فيها هذه المحكمة الأخيرة وكذلك جميع المحاكم الأدنى مرتبة منها. فالأحكام التى تصدرها محكمة الاســـتئناف تعتبر ســـوابق قضائية ملزمة لجميع المحاكم الإنجليزية بما فيها محكمة الاستئناف، ولكنها لا تلزم مجلس اللوردات (الهيئة القضائية العليا) لأنه أعلى درجة منها، وهكذا"[٢٢].

ومن ثم فلا يمكن العدول عن هذا القضـــاء أو عن القاعدة التى أخذ بها إلا بســـن قانون صريح يقضـــي بذلك، وذلك بإصدار نص تشريعي يلغي ما اتخذ من قرار، وعلى هذا الأساس تكون من هذا المجموع الضخم من القرارات القانون الإنجليزي Commo Law [٢٣] .

---

[٢٢] د.عبد العزيز العلى النعيم، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة، المرجع السابق، ص١٢٩ ،ص ١٣٠.
[٢٣] د. خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، المرجع السابق، ص١٤٦.

ولذلك يلتزم القاضـــي عند فصـــله فى دعوى مرفوعة إليه بأن يفتش عن الســـوابق القضائية الصـــادرة من قبل فى مثل هذه الدعوى، ومن هذه الســـوابق يســـتطيع أن يســـتخلص القواعد القانونية الواجب تطبيقها فى النزاع المعروض عليه [٢٤] .

ثانياً: فى القوانين اللاتينية:

يشـــمل النظام اللاتيني كلا من فرنسا وبلجيكا وغيرها من الدول ومنها ألمانيا وسويسرا ومصر ولبنان وتنحصـــر مهمة القاضـــي فى هذا النظام في "تطبيق القانون فيما يرفع إليه من أقضية لا إيجاد قواعد قانونية، فإن لم يجد فى القانون شيئا فإنه ينشئ الحل باجتهاده، ويقتصر أثر ما يصدره من أحكام على الدعوى التى فصل فيها ولا يتعداه إلى أي قضية أخرى ولو كانت مشابهة لها، كما أنه لا يلزم أي محكمة أخرى ولو كانت أدنى ممن أصـــدرت الحكم سابقاً، وقد نص القانون المدني الفرنسي على هذا المبدأ فى المادة الخامسة حيث منع القضاة من أن يضعوا مبدأ عاما يطبق فى القضايا المتماثلة" [٢٥] .

وسبب هذا الاتجاه عائد إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذى اعتبرته الثورة الفرنسية مبدأ أساسياً فلا يجوز للســـلطة القضـــائية أن تتدخل بموجبه وتتجاوز فى اختصـــاصـــها على اختصـــاص السلطة التشريعية أو أن تعرقل عملها [٢٦] .

وبالنسبة للسوابق القضائية فى القانون الفرنسي: فإن القانون الفرنسي "بإعتباره أساس النظام اللاتيني فهو قانون مقنن فى شـــكل مواد فقد جمع فى مجاميع قانونية شـــملت مختلف فروعه من قانون مدني وتجاري وجنائي وإجراءات، وبالتالي لا يجد الشـــخص مشـــقة فى تطبيق أحكامها ولذلك نجد القانون الفرنســـي أقل ميلاً نحو الســـوابق القضائية والتقيد بها من القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي والذى يعتبر نظاماً وسطاً بين الإنجليزي والفرنسي فى تتبع السوابق القضائية".

---

[٢٤] د. شيخين بن محمد العدلي، السوابق القضائية، المرجع السابق، ص٤١.

[٢٥] د. عبد العزيز العلى النعيم، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة، المرجع السابق، ص١٣١.

[٢٦] د. خالد عبد الله عيد، مدخل الدراسة القانونية، المرجع السابق، ص١٤٦.

Ben Jamin F, wright, the Growth of American constitutional low. Henry Holt and company New York, 1964, P.14

ومع ذلك فإن النظام الفرنســـي لا يخلو من توســـع والرجوع إلى الســـوابق القضائية. ويري القانون الفرنســـي أن دور القاضـــي ينحصر فى تطبيق النص ، وفى القضية التى فصل فيها ولا يتعداه إلى آية قضية أخرى ولو كانت مشابهة لها.

فالقاضـــي" لا يضـــع قواعد معينة عامة لحوادث مستقبلية بينما المشرع يعمل ذلك. وقد وضع المشـــرع الفرنســـي نصاً يمنع القضاة أن يضعوا للفصل فى إحدى القضايا مبدأ عاماً يطبق فى القضايا المماثلة"(٢٧) .

وبالنســـبة لمنزلة الســـوابق القضائية فى الأنظمة اللاتينية فإنها" تعتبر مصدراً تفسيرياً، وأما المصدر الرئيسي فى النظام اللاتيني فهو التشريع، ويطلق على فى البلاد التى تنتهج النظام اللاتيني دول القانون المكتوب" (٢٨) .

ويعتبر عمل القاضـــي فى الأنظمة اللاتينية متمثلا في تحديد مدلول الألفاظ التى تضمنتها الأنظمة لتنزيل الواقعة عليها، وقد لا يجد نصـــاً مكتوباً فى الواقعة القضـــائية أو عرفاً صحيحاً، ففى هذه الحالة يجتهد وينشئ حلاً مستنداً إلى اجتهاده القائم على المبادئ العامة للعدالة.

وهذا الحكم ولو كان مســـتنداً إلى قاعدة أو مبدأ لا يلزم القاضي فى القضايا المشابهة للفصل فى إحدى القضايا مبدأ عاماً يطبق فى القضايا المتماثلة (٢٩) .

كما أن محكمة النقض – وهي أعلى محكمة فى النظام اللاتيني –" لا تنظر فى الوقائع، وإنما تقتصـــر على مراقبة التطبيق الســـليم للنظام وطريقة تفسيره، فهي لا تنقض حكم القاضي إلا إذا ثبت لديها خطأ

---

(٢٧) د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص٤٦.
وبخصوص أهمية الدور الذى تؤديه السوابق القضائية case law، ذهب جانب من الفقه إلى أن:
" [b]y dint of the accumulation of case Law. In particular, this case law contributed to clarifying or specifying elements of crimes, defences, and other important segments of international criminal law". See: Antonio Cassese, international Criminal law, OXFORD,Uneversity,Press-NewYork,2003 , p.145.

(٢٨) د. كاظم عبد الله حسين الشمري، تفسير النصوص الجزائية، المرجع السابق، ص١٤.

(٢٩) د. عصام عفيفي حسيني، مبدأ الشرعية الجنائية، المرجع السابق، ص٢٠، ٢١، وراجع حسن زكريا، المحكمة العليا الأمريكية، مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد ١، السنة الخامسة، بغداد، ١٩٦٦، ص٦.

فى التطبيق أو التفسير، وليس النقض هو إلغاء الحكم، بل إعادته للجهة التى أصدرت الحكم القضائي لينظر فيه مجدداً، وتحكم فيه من جديد وفق ملحوظات محكمة النقض" [٣٠] .

ومنشأ هذا مبدأ الفصل بين السلطات، فليس للسلطة القضائية في النظام اللاتيني إلا تطبيق القوانين، أما وضعها فيعتبر وظيفة السلطة التشريعية، فإذا أبيح للسلطة القضائية أن تضع قواعد عامة، كان هذا اعتداء على عمل السلطة التشريعية، وإهداراً لمبدأ الفصل بين السلطات،" **فالسابقة القضائية وظيفتها تنحصر فى أمرين:**

١. تفسير القواعد القانونية.

٢. استرشاد القاضي بها للحكم فى القضايا التى لا يجد فيها قاعدة منطبقة فى القوانين" .

ومن الجدير بالذكر أن" الأحكام الصادرة فى البلاد المطبقة للنظام اللاتيني لا تخلو من الإشارة إلى الأحكام الصادرة فى القضايا المماثلة، وكذلك مذكرات المحامين لا تكاد تجد مذكرة إلا وفيها إشارة لحكم سابق ومطالبة بالسير حذوه وتطبيق المبدأ الوارد فيه، إلا أنها تذكر بوصفها أدلة إقناع لا أدلة إلزام[٣١] ،لذا فإنه من الناحية العملية يندر أن تسير المحاكم الدنيا على نهج يخالف المحكمة العليا، **وذلك لسببين: الأول:** أن مهمة المحكمة العليا مراقبة تطبيق المحاكم للقانون، وتخشى المحاكم الدنيا من مخالفة الجهات القضائية العليا.

الثاني: أن المحكمة العليا تتكون عادة من قضاة بلغوا الذروة فى التمرس القضائي، ولذلك فإن المبادئ التى تصدر من تلك الجهة لها وزن كبير لدي أكثر القضاة" [٣٢] .

ولذا نجد حرص بعض الدول على نشر السوابق القضائية ومن ذلك فرنسا كمجموعة (هنري كابيتان) فى الأحكام المدنية، ومجموعة (العميد والين) فى القضاء الإداري، ومجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي المشهورة بمجموعة (لوبون)، وفى مصر نجد مجموعات مماثلة تصدر دورياً كمجموعة أحكام محكمة النقض ، ومجموعة أحكام القضاء الإداري ويصدرها مجلس الدولة [٣٣] .

---

[٣٠] د. عبد العزيز بن سعد الدغيثر، حجية السوابق القضائية، المرجع السابق، ص١٧٩.

[٣١] د.عبد العزيز بن سعد الدغيثر، حجية السوابق القضائية، المرجع السابق، ويراجع تفصيلاً كتاب المدخل إلى النظام القضائي فى الولايات المتحدة، تأليف: ألن فار نسويت، ترجمة: د. محمد لبيب شنب، ص٦٨.

[٣٢] د. عبد العزيز بن سعد الدغيثر، حجية السوابق القضائية، المرجع السابق، ص١٨٠.

[٣٣] د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ص٣٠ منشور هامش ص١٨٠، د. عبد العزيز بن سعد الدغيثر، المرجع السابق، ص١٨٠.

أما عن مكانة السوابق القضائية فى النظام الأنجلوسكسوني: فقد "اعتمد القضاء الإنجليزي على السوابق القضائية وسار على نهجه العديد من الدول الأخرى التى تأثرت بالنظام الأنجلوسكسوني. غير أنه وفى ظل التشريعات الحديثة بدأ دور السوابق القضائية فى الاضمحلال، وتعتبر السوابق القضائية فى النظام القضائي الأنجلوسكسوني أهم المصادر الرسمية، بحيث لا يعتبر التشريع على أهميته سوى مصدر استثنائي، ولذا يطلق على النظام فى البلاد التى تستعمل النظام الأنجلوسكسوني النظام غير المكتوب ونظام السوابق القضائية" (٣٤) .

والبلاد التى تستعمل هذه الأنظمة هي انجلترا وايرلندا الشمالية واستراليا ونيوزلندا، وكندا – عدا مقاطعة كوبك – والولايات المتحدة الأمريكية وجنوب أفريقيا وغيرها (٣٥) .

ففي نظام السابقة القضائية نجد أن "القاعدة التى إستند إليها الحكم الصادر من المحكمة يَلْزِم فى حدود معينة جميع المحاكم الإنجليزية التى فى مرتبة المحكمة التى أصدرته والمحاكم التى أدني منها.

فالأحكام الصادرة من مجالس اللوردات فى بريطانيا أو من المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر سوابق قضائية ملزمة لجميع المحاكم الإنجليزية على اختلاف درجاتها بما فيها مجلس اللوردات، ولا يمكن أن يعدل فى قضية لاحقة مشابهة أو يحكم بخلافها إلا بقانون يصدر من البرلمان هذا من حيث المبدأ، إلا أنه فى سنة ١٩٦٧م أعطيت الصلاحية لمجلس اللوردات بتغيير الحكم ونسخه فى القضية اللاحقة، وتصبح هي السابقة المعتمدة" (٣٦) .

فالأحكام التى تصدر من محكمة الاستئناف تعد ملزمة لمحكمة الاستئناف فى القضايا اللاحقة ولا تلزم مجلس اللوردات لأنه أعلى منها، ويستثني من ذلك القضايا الجنائية فيجوز لها العدول عن حكمها السابق(٣٧)، ويبدو أن ذلك لحساسيتها وعلاقتها بالأمن العام.

وكذلك "الأحكام الصادرة من المحكمة العليا تعتبر ملزمة لها فى القضايا المشابهة وللمحاكم الدنيا، ولا تلزم محكمة الاستئناف أو مجلس اللوردات لأنهما أعلى من محكمة العدل العليا".

---

(٣٤) المدخل إلى النظام القضائي فى الولايات المتحدة، تأليف: آلن فار نسويت، المرجع السابق، ص٦٩.
(٣٥) المدخل إلى النظام القضائي فى الولايات المتحدة، ص٦٨، تأليف: آلن فار نسويت، ترجمة محمد لبيب شنب، ص٦٨.
(٣٦) د. عبد العزيز بن سعد الدغيثر ، حجية السوابق القضائية ،المرجع السابق، ص١٩٧.
(٣٧) د. عبد العزيز بن سعد الدغيثر ، حجية السوابق القضائية ،المرجع السابق، ص١٨١.

وأما الأحكام الصـــادرة من المحاكم الدنيا فلا تعتبر سوابق لأية جهة، وكذا الأحكام الصادرة من محكمة العدل العليا فى جلساتها خارج لندن.

والســـوابق القضـــائية لا تلغي بمجرد مرور الزمن الطويل عليها، وتجمع السوابق وتنشر على شكل مجموعات خاصة بكل محكمة وتكون معيناً لدراسي القانون والمحامين فى الدول التى تتبع النظام الإنجليزي[٣٨] .

ومن الجدير بالذكرالاشـــارة الى أن "القوة الملزمة للســـابقة القضائية لا يتمتع بها إلا ذلك الجزء من قرار المحكمة الذى ينصـــب مباشـــرة على الوقائع المعروضـــة أمامها ويفصـــل فيها، وهو الحكم الجوهري، وأما الأحكام العرضية الواردة فى سياق القرار فإنه استئناسي فقط "[٣٩] .

وينتقد أتباع النظام اللاتيني هذا التوجه من جهتين:

١. "أن سرعة التغير والتطور تضعف من قابلية تطبيق السوابق على القضايا الحادثة.
٢. أن الاعتماد على نظام الســـوابق يجعل القضـــاة يقومون بمهمتين: التشريع والقضاء، وهو مخالف لمبدأ الفصـــل بين السلطات" [٤٠] ،ومما هو جدير التنويه به في هذا الصدد بشأن السوابق القضائية إلى ملاحظتين جوهريتين هما:

١. "أن الســـوابق القضـــائية أخذ بها القضـــاء الإنجليزي أساساً لنظامه القضائي وتبعه في ذلك النظام الأمريكي.
٢. أن القضاء اللاتيني لا يلتزم بالأخذ بالسوابق القضائية تقيدا منه بمبدأ الفصل بين السلطات" [٤١] .

---

[٣٨] د.عبد العزيز بن سعد الدغيثر ،حجية السوابق القضائية، المرجع السابق، ص١٨٢.
[٣٩] د. عبد العزيز بن علي النعيمي ،مقدمة دراسة علم الأنظمة، وأصول الأحكام الشرعية، المرجع السابق ،ص١٣٠،ص١٩٨.
[٤٠] د. عبد العزيز بن سعد الدغيثر، المرجع السابق، ص١٩٩.
[٤١]د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص٤٥.
Maeva Marcus. The Documentary History of the supreme court of The united states. 1٧89-1800, vol.1. published by Columbia university press, 1986, P.45.

الفرع الثاني

تقييم السوابق القضائية

أولاً: مبررات الأخذ بالسوابق القضائية[٤٢] :

١. "أن تطبيق القاعد ذاتها باستمرار فى القضايا المماثلة يؤدي إلى المساواة فى معاملة من يمثلون أمام المحاكم.

٢. أن إتباع السوابق القضائية بصفة مستمرة يساهم فى معرفة كيفية حسم المنازعات المستقبلية مقدماً.

٣. أن استخدام القواعد المستقرة للفصل فى القضايا يوفر الوقت والجهد [٤٣] .

٤. أن إعمال المبادئ التى قررتها أحكام سابقة يعكس احتراماً واجباً نحو حكمة وخبرة جيل سابق من القضاة.

٥. أنه يستعان بها لتقرير الحكم الكلي للواقعة القضائية عند خلوها من قول لمجتهد، فالقضاء حى متحرك يتحرك مع الإنسان لأنه يعيش معاناته ويعالج أقضيته، فإذا حدث للقاضي ما لا قول فيه للعلماء ثم اجتهد فى تأصيلها وتعقيدها وحكم فيها فيكون ذلك أصلاً يستضئ به من بعده [٤٤] .

٦. حرص المحاكم على تجنب تغيير الاجتهاد السابق بصورة مستمرة حتى لا توصم بالتردد وعدم الاستقرار أو بالتحيز وعدم الحياد فى بعض الأحيان[٤٥] .

٧. وجود التسلسل بين المحاكم حيث تحرص المحاكم الدنيا على العمل بالاجتهادات الصادرة عن المحاكم العليا حتى لا تتعرض أحكامها للنقض" [٤٦] .

ثانياً: فوائد نشر الأحكام القضائية[٤٧] :

١. توحيد وتأصيل الاجتهادات والأحكام القضائية بين مختلف القضاة، حيث "تتأسس مجموعة من المبادئ والقواعد الشرعية والنظامية تكون المرجعية للقضاة فى القضايا المماثلة، وكذلك للمحامين وجميع المهتمين بالعمل القانوني والقضائي والأكاديمي".

---

[٤٢] د. شيخين بن محمد العدلي، السوابق القضائية، المرجع السابق، ص١٧.
[٤٣] د.عبد العزيز العمري، نظرية الأخذ بما جري به العمل فى المغرب، المرجع السابق، ص٣٣.
[٤٤] د.عبد العزيز العلي النعيم، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأحكام، المرجع السابق، ص٣٩.
[٤٥] د.عبد الله بن محمد دل خنين، السوابق القضائية ومكانتها فى الأحكام، مجلة المحامي، العدد٨، ١٤٢١، ص٣٧.
[٤٦] د.عبد الله بن محمد آل خنين، المرجع السابق، ص٣٨.
[٤٧] د. خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، المرجع السابق، ص١٤٧.

٢. أن نشـــر الأحكام القضائية سيؤدي إلى التروي والتدقيق فى القضايا، كما أنه سيكون أداة من أدوات تطوير العمل القضائي.

٣. تعزيز الثقة فى القضاة والتأكد من مدى التزامهم بالحيادية وتطبيق القوانين على أكمل وجه[١] .

٤. "نشر الوعي والثقافة القانونية بين أفراد المجتمع مما سيؤدي بطريقة أو بأخرى إلى تخفيف الضغط على المحاكم وتقليل حالات االلتجاء للقضـــاء، فمعرفة الموقف القانوني قبل اللجوء للمحاكم والناتج من الثقافة القانونية ســيؤدي إلى إحجام البعض رفع دعاوى غير ســليمة من الناحية القانونية قياساً على قضايا مماثلة.

ثالثا : عيوب العمل بالسوابق القضائية:

١. أن ســرعة التغيير والتطور يضـــعف من قابليتها للإنطباق على القضايا الحديثة التى قامت فى ظل ظروف اجتماعية واقتصادية اختلفت على مر السنين.

٢. أن الاعتماد على نظام الســوابق يجعل القضاء يقوم بمهمتين: التشريع والقضاء، وفى هذا خلط بين السلطات واعتداء على مهمة السلطة التشريعية [٢] .

رابعا : نقد مبدأ السوابق القضائية:

من وجهة نظرنا نعرض الإنتقادات الموجهة لهذا المبدأ وهي كالتالي [٣] :

١. "تعرض هذا المبدأ لانتقادات شـــديدة من بعض علماء القانون من القارة الأوربية على الأخص. ومن أولئك الفقيه الإنجليزي المعروف بنتام Bentham والذى من تعليقاته "إن القضـــاة هم الذين قاموا بوضع القانون العام Judge made law، فالقضاء يصنع القانون لكم ولي"[٤]، وأهم ما يؤخذ على على الســوابق القضـــائية "إن الدعاوى فى ازدياد وتضـــخم مطرد وليس من اليسير الوصول إلى السابقة التى تحكم القضية المعروضة والعثور عليها وسط آلاف الصفحات صعب وأسهل منه بكثير

---

[١] د. عبد العزيز بن محمد آل خنين، المرجع السابق، ص٣٧١.

[٢] د. محمد بن عبد الله السهلي، مقال بجريدة الرياض، السعودية، العدد ٤، ١٣٧٩، ١٤٢٧/٣/٢هـ ، عبد السلام العمري، العمري، نظرية الأخذ بما جري به العمل فى المغرب فى إطار المذهب المالكي، المرجع السابق، ص٤٠.

[٣] أنظر تفصيلاً: د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص٧ وما بعدها.

[٤] د. عبد العزيز العلي النعيم، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأحكام، المرجع السابق، ص٣٩وبعدها .

من يبحث فى النصـــوص القانونية المحددة المصـــاغة فى شـــكل مواد قانونية مبوبة تبويباً علمياً ميسراً".

٢. أنه ينمي فى القاضي أو الباحث روح المحافظة الشديدة والمغالاة فى احترام آراء السلف حتى لو لم يقر المنطق السليم بهذا القيد من القضاة والفقهاء وقفلاً لباب الاجتهادات الحرة.

ورغم ذلك فإنه ما زالت السابقة القضائية في النظام الأنجلوسكسوني تعتبر "قاعدة قانونية لما تلاها من القضـــايا المماثلة من حيث الموضـــوع والنقاط الجوهرية، وبالتالي فهي ملزمة لكافة المحاكم الأدنى. فمن الســـمات الأساسية للسوابق القضائية أنها هي المنشئة لأحكام جديدة وفى ذات الوقت ملزمة للمحاكم الأدنى طالما أنها صدرت من محكمة أعلى وبالتالي تعتبر مصدراً من مصادر القانون".

تناولنا بشـــئ من الإيجاز الانتقادات التى وجهت لنظرية الســـوابق القضائية، وأشرنا إلى أن أكثرها حدة تلك الانتقادات التى وجهها العلامة بينتام لهذه النظرية حيث ذكر أن "القانون العام هو من وضـــع القضـــاة وليس من وضع المشرع فالعمل بنظرية السوابق القضائية يعد عائقاً أمام تقدم وتطور القانون نفســـه، لأن القاضـــي يضع قاعدة قانونية تكون ملزمة لما يليه درجة بعد أن تطرأ حادثة معينة ويقضي فيهـــا، بينما يضـــع المشـــرع القاعدة ويجعلها ملزمة لكافة المحاكم وإن لم تطرأ أي حادثة بشـــأن موضـــوعها"[١]، أضـــف إلى ذلك "صعوبة الوصول إلى القاعدة المطلوبة من بين عشرات الآلاف من القضايا[٢]، أن تقييد المحاكم الأدنى قضاء المحاكم الأعلى يعتبر قفلاً لباب الاجتهاد الحر".

---

[١] راجع تفصيلاً: د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص٧ وما بعدها.
[٢] راجع تفصيلاً:د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص٨ وما بعدها.

الخاتمة

تحدثنا في ذلك البحث عن مدى إنتماء القانون الدولي الجنائي للنظامين اللاتيني و الأنجلوسكسوني مما سلف عرضه من خلال المبحثين السابقين ، يتبين بداءة اختلاف مفهوم مبدأ الشرعية فى النظام القانوني اللاتيني عن النظام القانوني الانجلوسكسوني فبينما يقوم النظام اللاتيني على النصوص القانونية فإن النظام الأنجلوسكسوني يقوم على السوابق القضائية التى تعتبر المصدر الأول للقانون ويعتبر القضاء مصدر رسمي للقانون ،بينما يعد القضاء مصدر تفسيري للقانون فى النظام اللاتيني لكون السلطة القضائية مهمتها تطبيق القانون بناء على ما يعرض عليها من قضايا ونزاعات فهي تجسد القانون فى الواقع فالقضاء هو اللسان الناطق للقانون ، وبالتالي لا يكون للعرف أي دور فى مجال التجريم والعقاب فى النظام اللاتيني كون القضاء مقيد فى ذلك النظام بمبدأ الشرعية ويقتصر دور العرف على تفسير النصوص الجنائية فقط أما فى النظام الأنجلوسكسوني يكون للقضاء مهمة صنع وتطبيق القانون كونهم قضاة مشرعين واستناداهم في ذلك على السوابق القضائية المتخذة من الأعراف السائدة .

ومما سلف عرضه نبين النتائج التي خلص اليها ذلك البحث وفقا للتالي:

أولا : مبدأ الشرعية نشأ في الشريعة الإسلامية ثم في القوانين الأوربية بفضل جهود الفلاسفة .

ثانيا : مبدأ الشرعية يقوم على أساس فلسفي و أساس دستوري .

ثالثا : القانون الدولي الجنائي كان يقوم على **مبدأ** العدالة الموضوعية المأخوذة من النظم الانجلوسكسونية .

رابعا :تحول القانون الدولي الجنائي مؤخرا الي الاخذ بالشرعية الصارمة المستمدة من النظام اللاتيني وكان هذا إلانتقال بعد الحرب العالمية الثانية حيث تم استبدال مبدأ العدالة الموضوعية بمبدأ الشرعية الصارمة بشكل تدريجي وكان ذلك محددا في عاملين إثنين أولهما :موافقة ومصادقة الدول على عدد من المعاهدات الهامة المتصلة بحقوق الإنسان.

خامسا : القانون الدولي الجنائي الذي يستند إلى الأعراف يتشابه والنظام الانجلوسكسوني أكثر منه في النظام اللاتيني.

ســـادسا: تم الإعتماد الأولى على مبدأ العدالة الموضوعية حيث ظهرت حاجة المجتمع الدولي إلى إتباع هذا المبدأ لا ســيما مع ظهور أشكال مستحدثة من الجرائم كالجرائم ضد الإنسانية ،و الجرائم ضد السلم .

سابعا : من أساسيات منهج القانون الدولي الجنائي الكشف عن المدخل الصحيح للتعرف على المنهجية الخاصة التي يتطلبها هذا الفرع من القانون للتعرف على أحكامه و التصدي لتفسيرها ،وأيضا عند تطبيقها قضـــاءا ،وتقوم هذه المنهجية على التوفيق بين إعمال مبدأ الشرعية الجنائية ،وبين إحترام حقوق المتهم والتي تتحصـــل في وجوب تحقيق مقهوم المحاكمة العادلة، وبالتالي تتضح أهمية التعرف على الملامح الرئيســـية لمنهج تناول أحكام القانون الجنائي الدولي بالنظر إلى الطبيعة الخاصـــة لهذه الأحكام التي يغلب أن يكون مصـــدرها العرف الدولي، فضـــلا عن تأثيم بعض الإتفاقيات الدولية لأفعال غير محددة بذاتها ،وإنما يشار إليها بجنسها،ومن ذلك تأثيم أفعال تتماثل في نتائجها مع ما هو منصوص على تأثيمه صراحة بنصوص الإتفاقية .

وعلى ذلك يوصي الباحث بما يلي :

١-يجب احترام مبدأ الشـــرعية فى نطاق القانون الدولي الجنائي إلى أن يتم تدوينه لكفالة تجريم وتأثيم الأفعال بنصوص صريحة.

٢- الأخذ بالمنهجية الموضوعية في التوفيق بين إعمال مبدأ الشرعية الجنائية ،وبين إحترام حقوق المتهم والتي تتحصل في وجوب تحقيق مقهوم المحاكمة العادلة، وبالتالي تتضح أهمية التعرف على الملامح الرئيســـية لمنهج تناول أحكام القانون الجنائي الدولي بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه الأحكام التي يغلب أن يكون مصـــدرها العرف الدولي، فضـــلا عن تأثيم بعض الإتفاقيات الدولية لأفعال غير محددة بذاتها ،وإنما يشـــار إليها بجنســـها،ومن ذلك تأثيم أفعال تتماثل في نتائجها مع ما هو منصوص على تأثيمه صراحة بنصوص الإتفاقية .

قائمة المراجع

١- المراجع العربية

أولاً: المراجع العامة:

١) د. أسـامة عبد الله قايد، الجريمة وأحكامها العامة فى الأنظمة الحديثة والفقه الإسـلامي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، الطبعة القاهرة، ١٩٩٥.

٢) د. أحمد فتحي سـرور، الوسـيط فى قانون العقوبات، الجزء الأول، القسـم العام، دار النهضـة العربية، القاهرة، ١٩٨١.

٣) د. أحمد إبراهيم حسـن ، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسـكندرية ، ١٩٩٩.

٤) د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، ٢٠٠٥/٢٠٠٦، دار النهضة العربية،القاهرة.

٥) الطـاهر منصـــور، القـانون الـدولي الجنـائي، الجزاءات الـدولية، دار الكتـاب الجديد المتحد، الطبعة الأولي، الجزائر، ٢٠٠٠.

٦) أنطونيو كاسـيزي ، القانون الجنائي الدولي ، ترجمة مكتبة المنشـورات الحقوقية، صـادر ناشـرون ، الطبعة الاولي ،لبنان، ٢٠١٥ .

٧) د.بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها ، الطبعة الأولي، دار الخلدونية، الجزائر ، ٢٠٠٧.

٨) د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني، القسم العام، جامعة صنعاء،اليمن، ١٩٩١.

٩) د. حميد السـعدي، شـرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الأول ، مطبعة المعارف، بغداد،العراق، ١٩٧٠.

١٠) د.رؤوف عبيد، مبادئ القسـم العام من التشـريع العقابي المصـري، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨.

١١) د. ضـاري خليل محمود، الوجيز فى شـرح قانون العقوبات، القسـم العام، دار القادسـية للطباعة، بغداد، العراق، ١٩٩٠.

١٢) د. عبد الرحمن توفيق أحمد، محاضـرات فى الأحكام العامة لقانون العقوبات، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، الأردن٢٠٠٦ .

١٣) د. عبدالله سـليمان،شـرح قانون العقوبات الجزائري ،، القسم العام ، الجزء الأول ،، الطبعة السادسة،ديوان المطبوعات االجامعية ، الجزائر ، ٢٠٠٥ .

١٤) د. عبود السراج، قانون العقوبات (القسم العام)، مطبعة جامعة دمشق،سوريا ، ٢٠٠٦.

١٥) د. عدنـان الخطيب، المبـادئ العـامـة فى مشـروع قـانون العقوبـات الموحـد، الجزء الأول ،مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ١٩٦١.

١٦) د. علي حسن الشرفي، شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، الطبعة السادسة ،مكتبة الوسطية ،الإمارات ، ٢٠١٢.

١٧) د. على راشـد، القانون الجنائي (المدخل وأصـول النظرية العامة) الطبعة الثانية، دار النهضـة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.

١٨) د. فتحي المرصفاوي ، فلسفة نظم القانون المصري، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩ .

١٩) د. مصـطفي سـيد أحمد صـقر، فلسـفة وتـاريخ النظم القـانونية والاجتماعية، دار النهضـة العربية،القاهرة، ٢٠١٢ .

٢٠) د. محمد محيى الدين عوض، القانون الجنائي، دراسـة مقارنة، مبادئه الأسـاسـية فى القانون الأنجلوأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

٢١) د. محمد محيى الدين عوض، دراسـات فى القانون الدولي الجنائي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢.

٢٢) د. محمود سـامي النبراوي، شـرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات الليبي، منشـورات جامعة قاريونس، الطبعة الثانية،بنغازي ،ليبيا، ١٩٨٧.

٢٣) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

٢٤) د. محســـن نـاجي، الأحكـام العـامـة فى قـانون العقوبـات، مطبعـة العـاني، الطبعـة الأولى ، بغداد ،العراق، ١٩٧٤.

٢٥) د. محمود محمود مصطفي، أصـول قانون العقوبات فى الدول العربية، الطبعة الأولى،دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٧٠.

٢٦) د.ناصـــر حمودي ،محاضـــرات في القانون الجنائي العام ،"الاحكام العامة لقانون العقوبات و النظرية العامة للجريمة "موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق ، الجزائر ،،٢٠٠٩/٢٠١٠ .

ثانياً: المراجع المتخصصة:

١) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، القاهرة، دار الشروق، الطبعة٣، ٢٠٠٤.

٢) الطـاهر منصـــور، القـانون الـدولي الجزائي، الجزاءات الـدوليـة، الطبعـة الأولي، دار الكتـاب الجديدة المتحدة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.

٣) د. بارش ســليمان،مبدأ الشــرعية في قانون العقوبات الجزائري ،دار الهدى ، الجزائر،دون ســنة نشر .

٤) د. حسـنين إبراهيم صـالح عبيد، الجريمة الدولية، دراسـة تحليلية تطبيقية، الطبعة الأولي، دار النهضـة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.

٥) د. جواد البراهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، المكتبة الوطنية، بغداد،العراق، ٢٠٠٤.

٦) د. ســعيد الصـــادق، المنهج القانوني فى الولايات المتحدة الأمريكية، وجمهورية مصـــر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٧) د. ســوســن تمرخاب بكة، الجرائم ضـــد الإنســـانية، الطبعة الأولى ، منشـــورات الحلبي المفوض، بيروت،لبنان، ٢٠٠٨.

٨) د. حســـنين إبراهيم صـــالح عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضـــة العربية، الطبعة الأولي، القاهرة، ١٩٧٩.

٩) د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، القضاء الدولي الجنائي، الطبعة الأولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

١٠) د. خالد عبد الحميد فراج، المنهج الحكيم فى التجريم والعقاب، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

١١) د. عباس هاشم السعدي، مسئولية الفرد الجنائية عن الجرائم الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

١٢) د. عصام مصطفي حسيني، مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة فى القانون الجنائي والفقه الجنائي الإسلامي) ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

١٣) د. عبد الرحيم صدقي، فلسفة القانون الجنائي،دراسة تأصيلية فى الفكر الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

١٤) د.عبدالفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ،بدون سنة طبع.

١٥) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٤.

١٦) د. عصام مصطفي حسيني، مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة فى القانون الجنائي والفقه الجنائي الإسلامي) ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

١٧) د. نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا فى الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، دار الهدي، الجزائر، ٢٠٠٨.

١٨) د. محمد تامر السعدون، حقوق الإنساني المدنية، الطبعة الأولى، مطبعة العاتك، القاهرة، ٢٠١٢.

١٩) د. محمد سليمان الأوجلي، أحكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية فى التشريعات الوطنية،دراسة مقارنة، الدار الجماهيرية للنشر و التوزيع والاعلان ،ليبيا ، ٢٠٠٠ .

٢٠) ؛د. محمود صالح العادلي، الجريمة الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٢١) د. محمود إسماعيل محمد، دراسات فى العلوم السياسية، مكتبة القاهرة الحديثة، ، ١٩٧٢, القاهرة .

ثالثا: المجلات العلمية والدوريات والمقالات:

١) د. رنا إبراهيم العطور، مصادر التجريم والعقاب، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق،الجامعة الأردنية، المجلد٤، العدد ٢، الأردن، سنة ٢٠٠٧.

٢) د. شيخين بن محمد العدلي، السوابق القضائية، دراسة نظرية تطبيقية، بحث تكميلي فى قسم الفقه المقارن، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٦هـ.

٣) د. ضاري خليل محمود، المبادئ الجنائية العامة فى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، العدد ٢، بغداد، العراق، ١٩٩٩.

٤) د. عاصم حاكم عباس الجبوري، حاكم فنيخ على الخافجي، سمات النظام الأمريكي ومبررات المحكمة العليا عام ١٧٨٩، مجلة مركز نايل للدراسات الإنسانية، المجلد٧، العدد١، العراق ،٢٠١٧ .

٥) د. عبد الأحد جمال الدين، مبدأ الشرعية الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد١، السنة ١٦، يناير ١٩٧٤، كلية الحقوق ،مطبعة جامعة عين شمس.

٦) رنا إبراهيم العطور، مصادر التجريم والعقاب، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٤، العدد ٢، ٢٠٠٧، كلية الحقوق – الجامعة الأردنية، عمان، الاردن.

٧) د. عبد العزيز بن سعد الدغيثر، حجية السوابق القضائية، مجلة العدل ، المملكة العربية السعودية، العدد ٢٤ ، ربيع الأخر ١٤٢٨ هجريا ..

٨) د. فوزية عبد الستار، عدم المشروعية فى القانون الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد٣، ٤، السنة ٤١، ديسمبر، كلية الحقوق ،جامعة القاهرة، ١٩٧١.

٩) د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، بحث منشور فى مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد٣، السنة ٢١، مارس ١٩٧٩.

١٠) د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية فى القانون الجنائي المقارن، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س٢١، أكتوبر – ديسمبر، ١٩٧٧.

رابعا :الرسائل العلمية:

١) باسم عبد الزمان الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون ، جامعة بغداد، العراق،٢٠٠٠ .

٢) بن صافية رابح، أيت خوجة أحمد، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فى الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، وزارة التعليم والبحث العلمي، الجزائر، ٢٠١٣/٢٠١٢.

٣) بن طاهر حكيمة، مبدأ الشرعية الجنائية،مذكرة تخرج لنيل درجة ماستر في العلوم القانونية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أكلى محمد أولحاج –البويرة – الجزائر ، ٢٠١٦/٢٠١٥ .

٤) د.عباس هاشم الساعدي، جرائم الأفراد فى القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،العراق، ١٩٧٦.

٥) د. عبده يحيى محمد الشاطبي، مبدأ شرعية التجريم والعقاب، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل – العراق، ٢٠٠١.

٦) د. كاظم عبد الله حسين الشمري، تفسير النصوص الجزائية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) أطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة بغداد،العراق، ٢٠٠١.

٧) د. محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب فى السياسة الجنائية المعاصرة (دراسة فى استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي وتأصيل ظاهرتي الحد من التجريم والعقاب)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ .

ثانيا:المراجع الأجنبية:

-Antonio Cassese, international Criminal law, OXFORD,Uneversity,Press-NewYork,2003.

-Ben Jamin F, wright, the Growth of American constitutional low. Henry Holt and company New York, 1964,

-Claude Lombis, Droit penal international, Dallwz, deuxieme edition,

-Paris1970.

- Claude LOMBOIS, Droit penal international, 2eme ed, Dalloz, Paris, 1979.

-Stefan GLACER, Introduction a l'etude du droit international penal, Bruylant, Bruxelles, 1954.

-Glaser, Nullm crimessine legal, journal of comparative legislation and international low, vol. yxiv, part.1, 1992.

-E.B.V.A.RPLLING"The LawOf War and The National Jurisdiction

-Catherine Elliott and Frances Quinn, criminal low, Fifthed, pearson Longman, Great Britian, 2004.

-W Addams (S.M) introduction to the study of law third edition cars well Torun to Calgary van couver. 1987. B.V.A Rolling'The Law of War and Ascensio Herve, Emmanuel de coux et Alain pellet, droit penal international, edition – a-pedone, Paris, 2000.

-T. Meron. Revival of Customary Humanitarian law, American journal of international law, vol.99, 2005.

-aeva Marcus. The Documentary History of the supreme court of The united 89-1800, vol.1. published by Columbia university press, 1986,٧states. 1
-John R. W. D. Jones the practice of the international criminal tribunal for the former Yugoslavia and the international Criminal Tribunal for Rwanda, 3rd edition, August 1997.

-Maro politi and Giuseppe Nesi, The Rome statute of the international criminal courts, Ashgate. U.. A, 2001.

-William Michael Tenor, , The Supreme court of the United States, Op. cit, P.72 p; Noncy Jeon King, the American Jury, hugo A. Bedaued, 1997.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
الملخص	٣
مقمة عامة	٥
موضوع البحث	٥
مشكلة البحث	٦
هدف البحث	٦
أهمية البحث	٧
منهج البحث	٧
تقسيم البحث	٧
المبحث الأول: مبدأ شرعية الأساس القانوني للتجريم والعقاب فى النظام اللاتيني.	٩
المطلب الأول: ماهية مبدأ الشرعية وحقيقته.	١٠
الفرع الأول: تعريف مبدأ الشرعية.	١٠
الفرع الثاني: حقيقة مبدأ الشرعية.	١٤
المطلب الثاني: تاريخ و أساس مبدأ الشرعية.	١٧
الفرع الأول: **تارخ مبدأ الشرعية**.	١٧
الفرع الثاني: **أساس مبدأ الشرعية**.	٢٠
المطلب الثالث :طبيعة وأهمية مبدأ الشرعية.	٢٢
الفرع الأول: طبيعة مبدأ الشرعية.	٢٢
الفرع الثاني: أهمية نتائج الشرعية.	٢٦
المبحث الثاني: السوابق القضائية الأساس القانوني للتجريم والعقاب فى النظام الأنجلوسكسوني .	٣٨

المطلب الأول: نظام السوابق القضائية فى القانون الأنجلوسكسوني.	٤٠
الفرع الأول: التعريف اللغوي للسابقة القضائية.	٤٠
الفرع الثاني: تعريف السابقة القضائية اصطلاحاً.	٤١
الفرع الثالث: الأسس التى تقوم عليها السوابق القضائية.	٤٤
المطلب الثاني: السمات الأساسية للسوابق القضائية.	٤٥
المطلب الثالث :حجية السوابق القضائية وتقييمها.	٤٦
الفرع الاول :حجية السوابق القضائية .	٤٦
الفرع الثاني : تقييم حجية السوابق القضائية .	٥٢
الخاتمة.	٥٥
النتائج.	٥٥
التوصيات.	٥٦
قائمة المراجع.	٥٧
الفهرس.	٦٤