

## مبدأ المشروعية بين النص الدستوري والنص القانوني

### The principle of legitimacy according to the constitutional and legal text

الدكتور معمر خالد عبد الحميد

محاضر في القانون الجنائي

#### Summary

By analyzing the rule of legitimacy in the Iraqi penal code no.111.for 1969 which its content (( No crime , no penalty only according to the law ...)) by this base principles of the penal code that related to the rule that there is no retroaction of the penal code to the past , the rule that the specialization regarded as common organism and the principle that the origin of things is permission , has been set .According to the text of the first article of penal law , the concept of the text that the legislation authority issue the law and the judiciary can apply some of the instructions that came from the executive authority which have penal element the judge can't rule without law in the same time the legislative authority cannot issue laws about details related to the administration because the administration know more about its affairs .

When Iraqi permanent constitution released in 2005 a text arise in that assertion on legitimacy principle in the article (19\second) (( No crime , no penalty without a text ...)). So constitution restrict the crimes and penalties in a text that issued from the legislative authority , this principle let the executive authority without a power to release instruction and decisions have a penalty element while these authorities

are restricted to the legislative authority . in this matter tow problems arises that need solutions . These tow problems are:

Is the legal text according to the article no.(19\ second) be as not constitutional ? So it might regarded as cancelled ? And in order to apply the legitimacy principle shall we apply the constitutional text or legal text? This research tried to set a solutions to these problems .

## الملخص

من خلال تحليل مبدأ المشروعية في قانون العقوبات العراقي المعدل النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، الذي مضمونه (( لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون )) ، ومن هذا الأساس تم وضع مبادئ قانون العقوبات المتعلقة بمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي إلى الماضي ؛ ومبدأ أن الاختصاص يُعد من النظام العام ؛ ومبدأ أن الأصل في الأشياء الإباحة.

ومن خلال نص المادة الأولى من قانون العقوبات فإن مفهوم النص أن السلطة التشريعية تُصدر القانون ويُمكن للقضاء أن يُطبق بعض التعليمات التي ترد من السلطة التنفيذية التي فيها عُنصر جزائي ، إذ لا يمكن للقاضي أن يحكم بدون وجود نص قانوني ، وفي الوقت نفسه لا يمكن للسلطة التشريعية أن تُصدر قوانين بتفاصيل تتعلق بالإدارة لأن الأخيرة هي أكثر معرفة بأمورها .

وعندما صدر الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ ، ظهر نص فيه أكد على مبدأ المشروعية في المادة ( ١٩ / ثانياً ) (( لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، ... )) فحصر الدستور الجرائم والعقوبات بنص يصدر من السلطة التشريعية ، وهذا الأمر لا يترك للسلطة التنفيذية

صلاحية إصدار تعليمات وقرارات فيها عنصر الجزاء ومحور هذه الصلاحيات بالسلطة التشريعية . ومن خلال هذا الأمر تظهر مشكلتين يجب وضع الحلول لها ؛ تتمثل هاتين المشكلتين في : هل أن النص القانوني بموجب نص المادة ( ١٩ / ثانياً ) من الدستور أصبحت غير دستورية ؛ وبالتالي يعتبر نص ملغي ؟ ولغرض تطبيق مبدأ المشروعية فهل نطبق النص الدستوري أم النص القانوني ؟ ولطرح الحلول لهذه المشكلة المعقدة تم تناول ذلك من خلال البحث في هذا الموضوع المهم .

## المقدمة :

أن مبدأ المشروعية (قانونية الجرائم والعقاب) هو كفالة لحقوق الأفراد وضمان حريتهم في تصرفاتهم ، فلو ترك أمر التجريم للقاضي (كما كان في ظل الأنظمة القديمة) ، لأضحى الأفراد في حيرة من أمرهم ، لا يعرفون ما هو المباح من الأفعال ، وما هو مجرم منها ، وهذا يؤدي بالضرر على حريتهم في تصرفاتهم ويعطل نشاطهم بفعل الحذر من الأفعال ، وما يحتمل من تعسف القاضي واستبداده ، كما إن المصلحة العامة تقتضي على القاضي إعمال هذا المبدأ ضمان لوحدة القضاء الجنائي وعدم التناقض .

إذ من العدالة والمنطق أن يعرف المتهم مقدماً ما يوجه إليه من اتهام ، وهل أن فعله محرم عليه إتيانه ، وإن القانون يُنذر الأفراد بما سيتعرضون له من عقاب إذا ما صدرت عنهم أعمال أو تصرفات معينة ، وبالتالي ليس للقاضي أن يُعد الفعل من قبيل الجرائم ويُعاقب مرتكبه مهما كان هذا الفعل منافياً للآداب والمصلحة العامة ، إذ لم يكن منصوباً عليه في قانون العقوبات ، وذلك لأنه ليس القاضي أن يخلق جرائم ولا أن يبتكر عقوبات ، فهذا المبدأ جاء ضماناً للجاني ونصت عليه غالبية الدساتير في دول العالم وقوانينها العقابية ، ومنها الدستور العراقي ، فنجد أن هذا المبدأ جاء بنص الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ وفق نص المادة (١٩/ثانياً) على أنه : (( لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، .... الخ )) .

أما ما جاء في نص المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه : (( لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون )) . ومن خلال ملاحظة النصين وبدراسة قانونية مجردة نلاحظ أن النصين فيها تعارض واضح ، لا بد

من أيجاد حل لهذا التعارض، وأهمية الموضوع تكمن في رفع التعارض بين النصين والتعرف على النص الأصح والذي يحقق الضمان للجاني، ولمعرفة أي النصين أضمن للجاني ولدراسة هذا التعارض عن الوجهة القانونية، سنقسم هذا البحث إلى ثلاث مطالب . نبحت في المطلب الأول مبدأ المشروعية من حيث تعريفه ومبرراته وأصله في الشريعة الإسلامية . وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى مبدأ المشروعية في الدستور العراقي ؛ وضمانات الجاني وتبرير قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ومن ثم تقييم المبدأ . وفي المطلب الثالث نُخرج على مبدأ المشروعية في قانون العقوبات العراقي من حيث تعريفه والقوانين التي أخذت به ونتأجه ونبين أثر المبدأ على طرق تفسير قانون العقوبات العراقي وضمانات الجاني .

## المطلب الأول

### مفهوم مبدأ المشروعية

إن المبدأ يفرض على المشرع تعيين الأركان المكونة للجريمة وتحديد الجزاء المفروض لها، ويُحتم على القاضي عدم النطق بأي عقوبة أو تدبير احترازي لم يرد بشأنهما نص في القانون ، تحت أي تبرير أو سبب يتصل بالمصلحة العامة ، وكل عقوبة تزيد عن الحد المقرر لها في القانون تُعد عقوبة أخرى مضافة إلى العقوبة الأصلية ، فالقاعدة القانونية المكتوبة وفق هذا المبدأ ؛ هي التي تُجرّم الفعل وتقرض العقوبة عليه ، وليس للسلطتين القضائية والتنفيذية<sup>(١)</sup>. وسندرس هذا المطلب من خلال فرعين ، نبين في الفرع الأول التعريف بالمبدأ ومبرراته ، أما الفرع الثاني فندرس فيه المبدأ في الشريعة الإسلامية . وعلى النحو الآتي :

## الفرع الأول

### التعريف بمبدأ المشروعية ومبرراته

إن المبدأ يرسم الحد الفاصل بين اختصاص المشرع وبين اختصاص المحكمة، فالأخيرة ليس لها أن تعد فعلاً ما جريمة إلا إذا وجد نص في القانون يصف صراحة الفعل المنسوب إلى الجاني بأنه جريمة<sup>(٢)</sup>. وسندرس تعريف المبدأ على النحو الآتي:

(١) د. محمد علي سالم الحلبي ، و د. أكرم طراد الفايز: شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار الثقافة للتوزيع والنشر، الأردن، عمان ، ٢٠٠٧، ص ٣٢.

(٢) د. كمال الدين مصطفى توفيق شعيب : ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة التحقيق الابتدائي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، ٢٠١١ ، ص ١٦٢ ؛ د. فخري الحديثي: شرح قانون العقوبات القسم العام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٩٢، ص ٣٦ .

## أولاً : التعريف بمبدأ المشروعية .

بوجه عام يُمكن تعريف مبدأ المشروعية بأنه مبدأ الخضوع للقانون ، وهو يعني خضوع كل من الحكام والمحكومين للقانون، وكذلك يمثل الالتزام بالمشروعية ضماناً أساسية للحقوق والحريات<sup>(١)</sup>، فلا مجال للكلام عن هذه الحقوق والحريات دون أن تتقيد الدولة بالقانون وتخضع لأحكامه وبهذا يتحقق الأمن للأفراد عن طريق التزامهم بالقوانين التي تسري عليهم، والالتزام سلطات الدولة باحترامها وتطبيقها<sup>(٢)</sup>.

فالمجتمع متمثل بالسلطة التشريعية له وحده أن يُحدد الأفعال التي يراها تشكل عدواناً على مصالحه وأمنه ، وله أن يُحدد العقوبات التي يُهدد الناس بها ، وبات معنى أن المبدأ يرسم الحد الفاصل بين اختصاص المشرع وبين اختصاص المحكمة ، فالأخيرة ليس لها أن تعد فعلاً ما جريمة إلا إذا وُجد نص في القانون يصف صراحة الفعل المنسوب إلى الجاني بأنه جريمة<sup>(٣)</sup>. فإن لم تجد هذا فلا سبيل إلى اعتبار السلوك المُرتكب جريمة وعندئذ يتعين على المحكمة أن تُصدر حكماً ببراءته من التهمة الموجه إليه<sup>(٤)</sup>.

(١) د. سليمان محمد الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ط٦، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٩١،

ص ١٥ ؛ د. ثروت بدوي : القانون الإداري ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص ٥١ .

(٢) وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عن مبدأ المشروعية وسيادة القانون على إن ((الدولة القانونية هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها وأياً كانت سلطاتها بقواعد قانونية تعلو عليها ، وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة ، ذلك أن ممارسة السلطة لم تُعد امتيازاً شخصياً لأحده ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها)) . ينظر المحكمة الدستورية العليا ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية ، الجريدة الرسمية العدد ٤ في ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢.

(٣) د. كمال الدين مصطفى توفيق شعيب : المصدر السابق ، ٢٠١١ ، ص ١٦٢.

(٤) نص المادة (١٨٢/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية .

وعليه فالمبدأ يفرض على المشرع تعيين الأركان المكونة للجريمة وتحديد الجزاء المفروض عليها ، ويفرض على القاضي عدم النطق بأي عقوبة أو تدبير احترازي لم يرد بشأنهما نص في القانون ، تحت أي تبرير أو سبب يتصل بالمصلحة العامة ، وكل عقوبة تزيد عن الحد المقرر لها في القانون تُعد عقوبة أخرى مضافة إلى العقوبة الأصلية ، وعد مبدأ المشروعية من أهم الضمانات المحيطة بحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>، فالقاعدة القانونية المكتوبة وفق هذا المبدأ هي التي تجرم الفعل وتقرض العقوبة عليه ، وليس للسلطتين التنفيذية والقضائية تجاوز هذا المبدأ .

### ثانياً : مبررات الأخذ بمبدأ المشروعية:

لقد قيلت في تبرير اعتماد المبدأ في التشريعات الجزائية مبررات عديدة ، ولعل أهمها ما يلي:

- ١- يكفل مبدأ المشروعية حقوق الأفراد ويضمن حماية حرياتهم في التصرف والأعمال ، ذلك لأنه لو ترك أمر تجريم الأفعال للقضاة بحسب ما يُعرض أمامهم من وقائع آنية ، كما كان يجري الأمر في الأنظمة القانونية القديمة ، لباتوا في حيرة من أمرهم ، لا يعرفون ما هو محرم عليهم من الأفعال ليتجنبوه أو ما هو مباح لهم فيقومون به ، الأمر الذي يقضي إلى تعطيل نشاطهم ويضيق من حياتهم بسبب التوجس والخوف من العقاب .
- ٢- إن المنطق المجرد والعدالة يقضيان تطبيق هذا المبدأ ، وذلك لأن من أهم مقتضيات العدالة أن يعرف الأفراد مقدماً ما هو محرم عليهم من الأفعال ليتجنبوه .
- ٣- إن هذا المبدأ يضمن تحقيق المصلحة العامة ، وذلك لما فيه من ضمان لوحدة القضاء الجنائي ، فضلاً عن الحد من تعسف القضاة إذا ما تُرك لهم أمر تقرير الجرائم والعقوبات .

### الفرع الثاني

(١) المادة (١١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة سنة ١٩٤٨.



## المبدأ في الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية الغراء أول شريعة أتت بمبدأ ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)) في آيات قرآنية كثيرة ، إذ أن الجاني لا يُسأل عن فعله إلا إذا كان قد سبق تجريمه وتقرير العقاب عليه ( فالتشريع الصادر من الحكيم الخبير قرر هذه القاعدة مُنذُ وُجدت الرسائل السماوية، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بعد نص يُحددُهما )<sup>(١)</sup>.

ووردت نصوص صريحة في كتاب الله عز وجل تُقر هذه القاعدة ، فلم تتركه الشريعة يستند إلى أمر عقلي منطقي ، وإنما استندت فيه إلى نصوص صريحة لا لبس فيها ولا غُموض<sup>(٢)</sup>، ومن هذه النصوص قوله تعالى: ﴿ وما كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ سورة الإسراء الآية ١٥ ، وقوله تعالى: ﴿ وما أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْيَةٍ إِلَّا لَهَا مُنْذِرُونَ ﴾ سورة الشعراء الآية ٢٠٨ ، وقوله تعالى ((ولو أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِنْ قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِنْ قَبْلِ أَنْ نُنْذَلَ وَنُخْزَى )) ﴿١٣٤﴾ سورة طه.

وفي هذا ضمانه للجاني نجدها من القوى إذ لا عقوبة بدون نص يُجرم السلوك المُرتكب ، وبالتالي ليس للقاضي أن يُعد السلوك المُرتكب من قبيل الجرائم ويعاقب مرتكبه مهما كان هذا السلوك مُنافياً للأداب والمصلحة العامة ، إذا لم يُكن منصوصاً عليه في قانون العقوبات ، وذلك لأنه ليس للقاضي أن يخلق جرائم ولا أن يبتكر عقوبات من تلقاء نفسه ، فهذا المبدأ جاء ضمان للجاني ونصت عليه غالبية الدساتير في دول العالم وقوانينها العقابية<sup>(٣)</sup>.

(١) د. عبد العليم محمد: نطاق سريان التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية، ط ١، ج ١، بدون دار النشر، ٢٠٠٠، ص ١٧١.

(٢) د. عبد العزيز رمضان: الحبس الاحتياطي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٩٨٥، ص ١٠٥.

(٣) د. فوزية عبد الستار: الإسلام وحقوق الإنسان ، ط ١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩، ص ٩٧.

## المطلب الثاني

### مبدأ المشروعية في الدستور

إن تحقيق مبدأ المشروعية الدستورية في أي مجتمع هي من اكبر التحديات التي تواجهه وخصوصاً في المجتمع المنقسم على نفسه ، وذلك لان من جهة يفتقد إلى مبدأ الإجماع بين أبناء الشعب ومن جهة أخرى محاولة بعض القوى السياسية في داخل المجتمع وخارجه استغلال القضايا الخلافية التي تقود إلى الفرقة أكثر من الاتحاد ، عليه فإنه من الضروري على كل شعب يُريد أن يكتب دستور جديد (أو يريد إعادة صياغة دستوره القديم) ، أن يحاول فهم ووعي هذا المبدأ الشائك وذلك لأنه شرط أساسي وجوهري لبناء أي دولة عصرية متقدمة وعادلة . على أساس ما تقدم سندرس المطلب في فرعين ، نخصص الفرع الأول لدراسة المبدأ في الدستور العراقي ، وننتقل في الفرع الثاني لدراسة تقييم المبدأ وتبرير القاعدة وعلى النحو الآتي :

### الفرع الأول

#### مبدأ المشروعية في الدستور العراقي وضمانات الجاني

ينطوي مبدأ المشروعية على أهمية كبيرة من الناحية الاجتماعية ، إذ يضع العقوبة في إطار القانون فتستمد منه أساسها ، الأمر الذي يجعلها مقبولة لدى الأفراد ، إذ تُوقع من أجل مصلحة المجتمع ، فالعقوبة على ما هو معلوم بغية بصورة خاصة عندما تكون وسيلة للتعسف والطغيان ، أما إذا وقعت إستناداً إلى القانون وطبقاً لنصوصه أصبحت مشروعة . وسندرس المبدأ في الدستور العراقي والضمان الذي يوفره على النحو الآتي :

## أولاً : المبدأ في الدستور العراقي.

مبدأ المشروعية لم يكن معروفاً في القانون الأساسي العراقي الصادر سنة ١٩٢١، كما إن الدستور المؤقت للجمهورية العراقية الصادر سنة ١٩٥٨؛ جاء خالياً من نص يُقرر هذا المبدأ ، وبالرغم من عدم النص على مبدأ المشروعية في الدستور آنذاك ؛ إلا أن الواقع العملي يدل دلالة قاطعة على أن المشروعية قد جرى احترامه والأخذ به، والأساس في ذلك العرف القضائي الذي درج عليه القضاء العراقي<sup>(١)</sup>.

إلا أن عدم النص على المبدأ يُعدّ نقصاً ، قد تلافاه المشرع العراقي في المادة (٢٠) من الدستور المؤقت للجمهورية العراقية الصادر سنة ١٩٦٤ ، إذ نص على أنه : (( لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها )) .

كما أقر هذا المبدأ أيضاً الدستور العراقي المؤقت الصادر سنة ١٩٧٠، إذ جاء نص المادة (٢١) الفقرة (ب) على أنه: ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون .....)). وجاء دستور جمهورية العراق الدائم لسنة ٢٠٠٥ ، وأقر هذا المبدأ ولكن بنص مُغاير لما ورد في دستور سنة ١٩٦٤ ، ودستور سنة ١٩٧٠، فقد نص دستور ٢٠٠٥ في المادة (١٩/ثانياً) على أنه : ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يُعده القانون وقت اقترافه جريمة ، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة))، ويلاحظ أن النص الأخير فيه نوع من الجمود والتقييد لحرية القاضي وكان الأجدر

(١) د. مصطفى كامل ياسين: مذكرات في القسم العام من قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، بيروت ،

بالمشرع العراقي أن يأخذ في دستور سنة ٢٠٠٥، بما أخذ به في دستور سنة ١٩٧٠، وذلك لأن نص المادة ١٩ ثانياً في دستور سنة ٢٠٠٥ يقيد سلطة القاضي من جهة ولا يوفر الضمانات الكافية للجاني من جهة أخرى.

لأنه حينما يصدر حكم بإدانة المتهم ، سقطت عنه ضريبة البراءة ، وأصبح المساس بحريته أمراً مشروعاً بحكم القانون<sup>(١)</sup>، وهنا سيقيد القاضي في الحكم بالعقوبة المقررة بالنص وليست له الحرية في التخفيف من العقوبة أو الإعفاء منها مثلاً عن طريق الأعدار القانونية والظروف القضائية المشددة فالأجدر أن يكون للقاضي نوع من السلطة التقديرية وليس مجرد آلة .

كما أن هذا المبدأ ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)) يتصف بالجمود بعض الشيء، وذلك لأن السلطة التشريعية وحدها تملك الحق في تحديد الأفعال المعاقب عليها والمسماة (بالجرائم) وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها والمسماة (بالعقوبات). دون غيرها وهذا ما لا يحقق المصلحة الفردية والجماعية في بعض الأحيان فنظرياً المشرع يحدد الجرائم والعقوبات بناءً على درجة خطورتها إلا أن درجة الخطورة تكون عملياً ومن خلال الوقائع حين تطرح أمام القاضي.

**ثانياً: تحليل قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص<sup>(٢)</sup>:**

(١) د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٨٢.

(٢) د. غالب الداودي : شرح قانون العقوبات العراقي ، ط١، دار الطباعة الحديثة ، البصرة ، ١٩٦٨ ، ص ٩٦.

تعني قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في المفهوم الفقهي الحديث ، أن مصادر قانون العقوبات هو النص القانوني فقط ، وعليه لا يمكن أن يكون القياس أو المبادئ العامة للقانون أو العرف والعادة مصادر له ، ولا يمكن أن يحاكم أو يعاقب شخص من أجل فعل أو قول إلا بموجب نص في القانون يجعل منه جريمة ويفرض على مرتكبه عقاباً ، فإذا قام شخص بفعل من الأفعال المباحة لا يمكن معاقبته من أجل ذلك ، لأن القانون لم يُورد نصاً يجعل منه جريمة ولم يفرض على من يقوم به أي عقوبة حتى ولو كان الفعل مُضراً بالجماعة أو مخالفاً للآداب ، وهذا يعني أن المشرع يجب أن يحدد الأفعال الممنوعة والعقوبات التي تُفرض على مُرتكبيها ؛ أي يجب تعيين الجرائم وتحديد العقوبات بنصوص القانون المكتوب على سبيل الحصر لمنع القضاء من خلق الجرائم وابتكار العقوبات ، وحتى يعرف الفرد في المجتمع الأفعال والامتناع التي يراها المشرع مخلة بنظام الجماعة والعقوبات التي تهدده في حال ارتكابه لهذه الأفعال<sup>(١)</sup>.

لقد حرصت غالبية الدول على أن ترسم في دساتيرها الخطوط العريضة للمشرع ، كما بينت الأطر العامة التي يُمكن من خلالها تنظيم ضمانات المتهم ، ومن أهم تلك الضمانات التي أكدتها دساتير تلك الدول هي :

١- إحترام شخصية الإنسان وكرامته وعدم المساس بها خصوصاً عند سير الإجراءات الجنائية<sup>(٢)</sup>، انطلاقاً من أن أغلبها أي الدساتير قد أقرت بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته قانوناً مما يتطلب معاملته على هذا الأساس.

(١) د. حسن بشيت خوين: ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨، ص ١٣٢.

(٢) نص المادة (٧) من الدستور الأردني ١٩٥٢، ونص المادة (٤١) من دستور جمهورية مصر ١٩٧١.

٢- منعت بعض الدساتير القبض أو توقيف أي فرد بشكل تعسفي ، وقيدت هذا الأمر بأحوال خاصة حددها القانون<sup>(١)</sup>. وإذا ما اعتُقلَ شخص ما أو أُلقي القبض عليه ، أوجب بعض الدساتير تبليغه فوراً بأسباب القبض عليه واعتقاله وتعريفه بالتهمة الموجهة إليه<sup>(٢)</sup>.

٣- ومن الضمانات الأخرى التي ورد التأكيد عليها في الدساتير حرمة المسكن ، فنص بعضها على عدم انتهاكها ، ويجب أن لا يجري تفتيشها إلا بحضور صاحب المسكن والشهود<sup>(٣)</sup>.

٤- ومن الضمانات أيضاً حق المتهم في الدفاع واستعاضته بمدافع كضمانة ماسة له ، هي الأخرى قد قررتها بعض الدساتير<sup>(٤)</sup>. أما في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد حظي الجاني فيه على ضمانات خاصة أوردها المشرع العراقي بنصوص صريحة وواضحة في المواد (١٩-٣٧) : فقد نصت المادة (١٩) على أنه :

ثانياً : لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يُعده القانون وقت اقترافه جريمة ، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكابه الجريمة .

ثالثاً : التقاضي حق مصون ومكفول للجميع .

رابعاً : حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة.

خامساً : المتهم بريء حتى تثبت أدانته في محاكمة قانونية عادلة ، ولا يُحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج عنه إلا إذا ظهرت أدلة جديدة .

(١) نص المادة (١٠) من الدستور المغربي لعام ١٩٧٠، ونص المادة (٨) من الدستور الأردني ١٩٥٢.

(٢) نص المادة (٧١) من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

(٣) نص المادة (٤٤) من الدستور المصري ١٩٧١ ونص المادة (٥٥) من دستور الاتحاد السوفيتي ١٩٧٧.

(٤) نص المادة (٦٧) من الدستور الفرنسي ١٩٧١ ونص المواد (١٥٨-١٦١) من الدستور السوفيتي

١٩٧٧.

- سادساً : لكل فرد الحق في أن يُعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية .
- عاشراً : لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي إلا إذا كان أصلح للمتهم.
- الحادي عشر : تتدب المحكمة محامياً للدفاع عن المتهم بجناية أو جنحة لمن ليس له محام يدافع عنه ، وعلى نفقة الدولة .
- الثالث عشر : تعرض أوراق التحقيق الابتدائي على القاضي المختص خلال مدة لا تتجاوز أربعاً وعشرين ساعة من حين القبض على المتهم ، ولا يجوز تمديدتها إلا لمرة واحدة وللمدة ذاتها.
- أما المادة (٣٧) فنصت على انه أولاً :
- أ- حرية الإنسان وكرامته مصونة .
- ب- لا يجوز توقيف احد أو التحقيق معه إلا بموجب قرار قضائي.
- ج- يحرم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الإنسانية ولا عبدة بأي اعتراف انتزاع بالإكراه أو التهديد أو التعذيب، وللمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه وفقاً للقانون<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر تفصيل أكثر نصوص المواد (١٩،٣٧) من دستور جمهورية العراق سنة ٢٠٠٥.

## الفرع الثاني

### تبرير قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وتقييم المبدأ أولاً : تبرير قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص<sup>(١)</sup>.

١- لتبرير قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قيل بأنها تُكافح الإجرام، إذ أن كل فرد يعرف تماماً ما هي الأفعال الممنوعة عليه فيتجنبها ويعرف العقوبة التي تهدده عندما يرتكب فعلاً من الأفعال فيخشى منها.

٢- وقيل أيضاً أنها تؤمن العدالة عندما يعلم الفرد مقدماً انه يرتكب فعلاً من الأفعال المعاقب عليها، إذ انه مثله مثل من ينذر مقدماً بعدم القيام بفعل معين، ومن ثم يتحمل نتيجة ذلك الفعل في حالة إتيانه .

٣- وقيل بأنها الضمان الأساسي لحقوق الأفراد تجاه سلطان الدولة والحكام، فلولا تعيين الجرائم وتحديد العقوبات مقدماً فإن القضاة يخلقون الجرائم ويبتكرون العقوبات حسب أهوائهم مثلما كان الحال قبل قيام الثورة الفرنسية ونشوء هذه القاعدة ، فالفرد عندما يعرف ما هو مباح له وما هو ممنوع عليه لا يبقى تحت رحمة القضاة ، أما إذا كان لا يعرف ذلك فانه يبقى خائفاً حائراً لا يعرف متى يرتكب فعلاً ممنوعاً ومتى تفرض عليه عقوبة .

٤- وقيل أيضاً بأن هذه القاعدة تتفق ومقتضيات المصلحة العامة لما فيها من ضمان لوحدة القضاء الجنائي، إذ أن التناقض أو التفاوت يقضي على هذه الوحدة .

٥- وتم تبريرها الاستناد إلى نظرية العقد الاجتماعي باعتبار أن الفرد لم يتنازل عن كل حقوقه وحرياته للدولة عند نشوءها ، وإنما تنازل عن القدر الكافي لقيام هذا التنظيم واحتفظ بالجزء

(١) د. غالب الداودي : المصدر السابق، ص ٥٢.



الباقى، ولما كان لا يجوز للدولة أن تمس بسوء للقسم الذي لم يتنازل عنه الفرد . وحيث أن القانون يُعبر عن الإرادة العامة ، لذلك يجب أن يكون القانون هو الذي يحدد هذا القدر الذي يعتبر من الأفعال المباحة للفرد ولا يعاقب من أجلها<sup>(١)</sup>.

٦- وبررها آخرون بالاستناد إلى مبدأ الفصل بين السلطات وقالوا ليس للقضاء حق إنشاء الجرائم والعقوبات لان ذلك مقصور على السلطة التشريعية فقط .

### ثانياً : تقييم مبدأ المشروعية:

رغم ما حققه المبدأ من حماية للمصلحة الفردية والجماعية إلا أن هناك انتقادات وجهت له نوجزها على النحو الآتي :

١. عدم إحاطة النصوص بجميع الأفعال والوقائع التي تعد خطرة اتجاه الفرد والمجتمع .
٢. الفعل الذي لم يحرمه المشرع لا يعتبر جريمة حتى لو أضر بالصالح العام أو بالحرية الفردية للأشخاص ومن أمن العقوبة لا يكثرث لما يفعل .
٣. عدم أخلاقية المبدأ في بعض الحالات التي لا يوجد فيها نص فالمجرم يرتكب أفعال ويفلت من العقاب بحجة عدم وجود نص يجرم الفعل ، وكذلك في تقادم الحقوق وتقدم الفعل والعقوبة .
٤. تقييد حرية القاضي في الاستعانة بمصادر أخرى والتوسع في التفسير؛ فنظرياً المشرع يحدد الجرائم والعقوبات بناء على درجة خطورتها ، إلا أن درجة الخطورة تكون عملياً من خلال الوقائع حيث تطرح القضية ، أما الأجدر فأن يكون للقاضي نوع من السلطة التقديرية وليس مجرد آلة.
٥. القانون الجنائي جامد وبطيء التحديث بينما الجرائم في تطور دائم من حيث وسائل الجريمة وتقنيات التطبيق .

(١)د. غالب الداودي: المصدر السابق، ص ١٢١.

## المطلب الثالث

### مبدأ المشروعية في قانون العقوبات

يراد بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات<sup>(١)</sup>، أن المشرع وحده هو الذي يملك تحديد الأفعال المعاقب عليها والمسماة (بالجرائم) وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها والمسماة (بالعقوبات) . مما يترتب عليه أن ليس للقاضي أن يعتبر الفعل من قبيل الجرائم ويعاقب مرتكبيه مهما كان هذا الفعل منافياً للأداب أو المصلحة العامة إذ لم يكن منصوصاً عليه في قانون العقوبات ، وذلك لأنه ليس للقاضي حسب هذا المبدأ أن يخلق جرائم ولا أن يبتكر عقوبات<sup>(٢)</sup> . عليه سندرس هذا المطلب بفرعين ، نخصص الفرع الأول إلى نتائج المبدأ في قانون العقوبات العراقي ، ثم ندرس في الفرع الثاني أثر المبدأ على طرق تفسير قانون العقوبات وضمانات الجاني ، وعلى النحو الآتي :

### الفرع الأول

#### المبدأ في قانون العقوبات العراقي ونتائجه

#### أولاً : المبدأ في قانون العقوبات العراقي

إن مبدأ المشروعية لم يكن معروفاً في قانون العقوبات البغدادي الذي صدر سنة ١٩١٨، وكان هذا نقصاً في القانون فطن إليه المشرع العراقي فتلافاه عن طريق النص عليه في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ بمقتضى المادة ( ١ ) ونص

(١) وقد سماه بعض الكتاب (مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات) .

(٢) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي : المبادئ العامة في قانون العقوبات ، المكتبة

القانونية ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ٢٤ .

على أنه : ((لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت اقتراه ، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية...)).

وهذا يعني انه لا جريمة ولا عقوبة إلا على السلوك الذي يُعده القانون وقت اقتراه جريمة ؛ ولا يجوز توقيع عقوبة أو تدبير احترازي لم ينص عليه القانون ، وكذلك أن سريان القانون على الجرائم هو القانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة ويرجع في تحديد وقت ارتكابه الجريمة إلى الوقت الذي تمت فيه تنفيذ الأفعال ، وقد سعت التشريعات الحديثة ومنها قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ إلى الحد من مبدأ الشرعية ؛ ومن خلال معايير قانونية أوردتها القانون ومنها<sup>(١)</sup> :

١. منح القاضي سلطة تقديرية واسعة النطاق حيث يتمكن من فهم كل واقعة تُطرح أمامه طبقاً لوقائع الدعوى وظروفها والملابسات كي يصل إلى تفريد العقوبة ؛ ووضع أسس ونظم قانونية يُمكن السير على صداها تبعاً للأحوال التي تُعرض أمامه وهي :

أ- نظام الحد من العقوبة وهي الحد الأدنى والحد الأعلى.

ب- نظام الظروف القضائية المخففة والظروف القضائية المشددة كما وردت في قانون العقوبات العراقي وفقاً لنص المادة (١٣٥) من قانون العقوبات العراقي النافذ ، وكذلك الأعدار القانونية الواردة في نص المادة (١٢٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ .

ج- كما أوجدت نصوص قانونية بشأن وقف التنفيذ بنص المواد (١٤٤-١٤٩) من قانون العقوبات العراقي ، والذي أعطى للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة أن تأمر في الحكم نفسه بإيقاف تنفيذ العقوبة .

(١) د. غالب الداودي : المصدر السابق ، ص ١٢٩.

## ثانياً: التفويض التشريعي في إطار مبدأ قانونية الجريمة والعقاب<sup>(١)</sup>.

ورد مبدأ قانونية الجريمة والعقاب بصيغة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون أو بناءً على قانون) . فهذا يعني أن المشرع الدستوري قد أجاز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية صلاحية خلق جرائم وعقوبات بصيغة أنظمة أو تعليمات (لوائح) تنفيذاً لقانون صادر من السلطة التشريعية وفي حدود من القانون .

وإذا كانت الدساتير تُجيز التفويض في إطار التجريم والعقاب ، فإنها لا تُجيز التفويض في إطار الإجراءات الجزائية ، والعلّة في ذلك أن التفويض في إطار التجريم يمكن ضبطه في حدود معينة لا تؤثر على جوهر الحرية الشخصية للفرد . أما إذا فوضت السلطة التنفيذية صلاحية وضع أنظمة وتعليمات ولوائح إجرائية ، فإن ذلك سيُعيب جوهر الحرية الشخصية للفرد خاصةً وأنها غالباً ما تدخل في خصوصيات مع الأفراد وتفويضها سلطة وضع قواعد إجراءات النقاضي سيكون وبلا شك سبباً لتحيزها تحت غطاء وحُجج وذرائع شتى وفي مقدمتها الإدعاء التقليدي المرن (مقتضيات المصلحة العامة) مما يؤدي إلى هدر المبادئ العامة التي يقدم عليها قانون الأصول ومنها مبدأ أصل البراءة ، كما أن التفويض في مجال القانون الإجرائي يمس استقلال القضاء كونه هو المعني بتطبيق تلك الإجراءات .

وفي ضوء ما تقدم لا يجوز للمشرع أن يفوض اختصاصه في مجال تحديد قواعد الإجراءات الجنائية إلى أية سلطة أخرى ، وأي تفويض من هذا القبيل يكون مخالفاً للدستور ولما كان مبدأ المشروعية من أهم ضمانات الحرية الفردية ؛ فإن التفويض التشريعي في إنشاء

(١) د. فارس حامد عبد الكريم الزبيدي : قانونية التجريم والعقاب في القانون والشرعية ، المكتبة القانونية

العامة ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ٢٠١ .

الجرائم يعد عملاً غير مرغوب فيه وإنما يصح التفويض في تحديد التجريم ، فإذا أصدر المشرع قانوناً يقضي بتجريم كل اعتداء على السياسة التجارية أو على نظام معين فلا اعتراض على الجهة المفوضة في تحديد الأفعال التي تدخل في المجال الذي تباشر فيه اختصاصها التشريعي المحدود ، ويتعين عليها أن تلتزم في العقوبات التي تقررها الحدود التي يكون القانون كفل ببيانها<sup>(١)</sup>، كما أن المشرع هو وحده المخاطب بالتفويض ، فعليه وحده يقع عبء تفعيلها وليس له أن يفوض سلطة أخرى في أداء هذه المهمة ، ذلك أن التفويض الدستوري للمشرع إنما يكون على درجة واحدةٍ يمتنع معه على الأخير أن يفوض بدوره هذا الاختصاص الذاتي إلى سواه<sup>(٢)</sup>، وواضح أن نص المادة الأولى من قانون العقوبات لا تستلزم أن تكون الجريمة والعقوبة مقررتين بقانون، بل يكفي ذلك بناءً على قانون ويبدو أن المشرع قصد بهذا التعبير مواجهة الحالات التي يُفوض فيها السلطة التنفيذية في تحديد الجرائم والعقوبات .

إن نص المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ أفضل وأدق في التعبير والمعنى من نص المادة (١٩) ثانياً من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، وذلك لأن النص القانوني يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة النطاق حتى يتمكن من فهم كل واقعة تُعرض عليه طبقاً لوقائع الدعوى وظروفها والملابسات كي يصل إلى تفريد العقوبة عن طريق أسس ونظم قانونية<sup>(٣)</sup>، مثل نظام الحد من العقوبة ونظام

(١) د. فتحي فكري : مسؤولية الدولة على أعمالها التعاقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٥.

(٢) عبد التواب معوض : المنع من السفر كأجراء جنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٥١.

(٣) د. احمد شوقي عمر : شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،

الظروف القضائية المخففة والظروف القضائية المشددة ونظام وقف تنفيذ العقوبة . كما أن نص قانون العقوبات يوفر ضمانات للجاني وفي جميع مراحل الدعوى الجزائية أكثر فعالية من الضمانات التي يوفرها النص الدستوري . فلو ارتكب الشخص جريمة قتل عمد مثلاً، فعقوبتها وفق نص المادة (٤٠٥) عقوبات عراقي السجن المؤبد أو المؤقت ، فلو أردنا تطبيق النص الدستوري (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) فإن القاضي سيتقيد بالعقوبة المحددة بالنص والحكم بها على الجاني ، أما إذا طبقنا نص قانون العقوبات فمن الممكن للقاضي هنا أن يخفف من العقوبة أو يشدد أو يعفيه من العقاب بالاستناد إلى الظروف القضائية المخففة أو الأعذار القانونية المعفية أو المخففة ، وهذا يدل دلالة واضحة على أن النص الدستوري مقيد للقاضي ولا يوفر الضمانات الكافية للجاني بعكس النص القانوني الذي يعطي حرية واسعة للقاضي الموضوع في محاكمة الجاني محاكمة عادلة فضلاً عن الضمانات التي يحققها للجاني .

### ثالثاً : نتائج المبدأ

يُرتب مبدأ المشروعية في قانون العقوبات عدد من النتائج أهمها<sup>(١)</sup>:

- ١- إن التشريع المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات ، وبهذه الصفة يتميز قانون العقوبات عن بقية القوانين الأخرى كالمدني والتجاري التي لا تقتصر مصادرها على القانون المكتوب فقط ، وإن توخينا الدقة فإن هذه النتيجة لا تُصيب

(١) د. سلوى توفيق بكر و د. علي حمودة : شرح قانون العقوبات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،

قانون العقوبات في جميع قواعده وأحكامه ، إنما تُصيب منه فقط تلك القواعد الخاصة بإنشاء الجرائم وإنشاء العقوبات ، لأن مبدأ الشرعية الجزائية إنما يتصل بهذا الأمر ليس إلا . عليه يمكن لنا أن نسجل أن بقية قواعد قانون العقوبات غير قواعد إنشاء الجرائم والعقوبات كالقواعد الخاصة بتخفيف العقاب أو استبعاده أو أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية لا تنحصر مصادر التنظيم القانوني لها في النصوص التشريعية وإنما يُتصور أن يكون العرف أو مبادئ الشريعة أو قواعد العدالة مصادر أخرى لقانون العقوبات إلى جانب القواعد المكتوبة في هذه الحالة .

٢- إن قانون العقوبات لا تسري قواعده وأحكامه إلا على المستقبل ، مما يعني انه اذا صدر قانون عقوبات جديد فانه لا يحكم إلا تلك الوقائع التي وقعت بعد صدوره ونفاذه وهذه هي قاعدة عدم رجعية القانون الجنائي إلى الماضي .

٣- إن سلطة القاضي تنحصر في تطبيق القانون ضمن الحدود التي رسمها المشرع ، مما يترتب عليه أن يمتنع في مجال تطبيقه للقانون عن كل ما من شأنه أن يُوصله إلى خلق أو استحداث عقوبات لم ينص عليها القانون<sup>(١)</sup>.

٤- كما انه لا يجوز للقاضي الجنائي استخدام القياس في تقرير العقوبات ، فينبغي عليه عدم استخدام التفسير بطريق القياس ، على قضية أمامه سكت المشرع عن بيان العقوبة المقررة عليها فيطبق حكم نص آخر بزعم اتحادهما في العلة ، ذلك أن استخدام القياس يفتح الباب

(١) وقد اقر القضاء المصري هذه القواعد فقضت محكمة النقض المصرية بأنه (من المقرر انه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل عليه ويبين العقوبة الموضوعة له وما مقتضاه عدم التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي وعن الأخذ فيه بطريق القياس)، قرار رقم (٣٧٨) نقض مصري ١٩ مايو ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ : ن ٢٥٩ ، ص ٤٧٥ .

على مصراعيه لتحكم القضاة في أحكامهم مما يؤدي بالتالي إلى أهدار وانتهاك مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون الجنائي.

## الفرع الثاني

### أثر المبدأ على طرق تفسير قانون العقوبات وضمانات الجاني

#### أولاً : اثر المبدأ على طرق تفسير قانون العقوبات:

الواقع أن لمبدأ المشروعية تأثيرين أساسيين على طرق تفسير القواعد الجزائية بوجه عام وقواعد قانون العقوبات بوجه خاص وهي :

#### ١. عدم جواز تفسير قواعد قانون العقوبات تفسيراً واسعاً<sup>(١)</sup>.

ذهب رأي في الفقه الجنائي إلى القول بعدم جواز تفسير قواعد قانون العقوبات تفسيراً واسعاً ، إنما يتعين بالمفسر أن يتوخى التفسير الضيق ، وذلك لأن اللجوء إلى التفسير الواسع لقانون العقوبات من شأنه أن يؤدي إلى خلق جرائم وعقوبات جديدة تخرج عن نطاق النص ، الأمر الذي لا يؤدي إلى المساس بنحو أكبر من الحقوق والحريات الشخصية فقط ؛ وإنما يفضي في حقيقته إلى استلاب القاضي أو مطبق القانون لوظيفة التشريع عن طريق خلق جرائم وعقوبات غير منصوص عليها ، وهو أمر في غاية الخطورة . على أن جانباً من الفقه الجنائي<sup>(٢)</sup> يذهب إلى أن تفسير النصوص الجزائية يجب أن لا يكون واسعاً فيخلق جرائم

(١) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام ، ط٩، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٧٤، ص ٨٥.

(٢) د. علي حسن الخلف: المبادئ العامة في قانون العقوبات العراقي ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٨، ص ٨٤ ؛ د. محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات القسم العام ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣، ص ٩٣.



وعقوبات جديدة ، ولا ضيقاً حرفياً بحيث يضيع هدف المشرع والمغزى الذي وضع النص من أجله ، إنما يجب أن يكون التفسير مقررّاً لما يريده المشرع أي كاشفاً لنيته وهدفه من وضع النص .

## ٢ - عدم جواز استخدام القياس في تفسير قواعد قانون العقوبات.

القياس في الاصطلاح القانوني ، هو إعطاء حالة غير منصوص عليها في القانون حكم حالة منصوص عليها فيه لإتفاق الحالتين في العلة ، والواقع إذا كان القياس أسلوباً مهماً من أساليب التفسير في العديد من فروع القانون ؛ كالقانون المدني والقانون التجاري ، فإنه مما لا يجوز استخدامه قطعاً في القواعد الجزائية، وذلك لان استخدام القياس في تفسير النصوص العقابية سيؤدي إلى خلق جرائم وعقوبات جديدة، الأمر الذي إذ يمس حقوق وحريات الأفراد فإنه يقضي إلى استلاب القاضي ومطبق القانون لوظيفة التشريع<sup>(١)</sup>.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة يتعين تطبيقها على القواعد السلبية ، وهي قواعد تحديد الجرائم والعقوبات ؛ دون القواعد الجزائية الايجابية التي تبين قواعد إبادة الأفعال ومواقع قيام المسؤولية ، وذلك لأن التوسع واستخدام القياس في تفسير النصوص الايجابية لا يؤدي إلى خلق جرائم وعقوبات جديدة إنما على العكس يؤدي إلى توسيع نطاق الإباحة ، طالما كان الأصل في الأفعال هو الإباحة.

(١) د. منذر كمال عبد اللطيف : السياسة الجنائية من قانون العقوبات العراقي ، دار الرسالة للطباعة ،

## ثانياً : ضمانات الجاني.

ينطوي مبدأ المشروعية على أهمية كبيرة من الناحية الاجتماعية ، إذ يضع العقوبة في إطار القانون فتستمد منه أساسها ، الأمر الذي يجعلها مقبولة لدى الأفراد ، إذ توقع من أجل مصلحة المجتمع ، فالعقوبة على ما هو معلوم بغية بصورة خاصة عندما تكون وسيلة للتعسف والطغيان ، أما إذا وقعت استناداً إلى القانون وطبقاً لنصوصه أصبحت مشروعة ، وتبدو الأهمية أيضاً من الناحية السياسية إذ يُعد الضمانة الأساسية للحرية المدنية التي لا تضمن فعل ما يريد الإنسان ، وإنما فعل ما لا يحظره القانون ، وبالتالي فإن من يرتكب فعلاً لم يُجرمه المشرع يكون في مأمن من المسؤولية الجزائية ، فالمبدأ يعين الحدود بين المحظور من الأفعال والمشروع منها . وأهم الضمانات التي يوفرها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات للجاني هي:

١. أنه يعد من أسس الحرية الفردية أي صمام الأمان للحريات الفردية ، ويضمن حقوق الأفراد ، إذ يُحدد الجرائم والعقوبات المقررة بشكل واضح حتى لا يترك ثغرات في القانون ، ويكون وسيلة تسلط بيد القضاة وبالتالي القاضي لا يستطيع الحكم بالإدانة إلا إذا وجد في القانون سنداً للجريمة والعقوبة ، فهو لا يملك أن ينشئ جريمة من أمر لم يرد نص قانوني بتجريمه مهما رأى فيه من الخطورة عل حقوق الأفراد أو مصالح الجماعة ، فهو يرسم حداً فاصلاً بين المشروع وغير المشروع من الأفعال إذ يكون الأفراد أحراراً في أثبات الأفعال المشروعة وإن كانت ضارة ، وبالتالي السلطات العامة لا تستطيع ملاحظة هذا الشخص لأنه غير مسؤول جزائياً<sup>(١)</sup>.

(١) د. محمود نجيب حسني : المصدر السابق ، ص ٩٨.

٢. يعطي العقوبة أساس قانوني إذ يجعلها مقبولة من قبل الرأي العام كونها توضع في سبيل المصلحة العامة إذ يطبق على جميع الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في القانون دون تمييز.

٣. الدور الوقائي للقانون وهذا الدور يتمثل بأن يكون الفرد على علم بالسلوكيات التي تُعد جريمة والسلوكيات التي لا تُعد جريمة ، ويُعد القانون بمثابة إنذار مسبق للأفراد بعدم اقتراف السلوكيات المنصوص عليها في القانون ، وهذا يُشكل حماية للأفراد فجعلهم اقرب إلى الامتثال من العصيان.

٤. يحمي جميع الأفراد في المجتمع المجرمين وغير المجرمين إذ يحمي المجرم من نفسه بأن لا يقرب جريمة عقوبتها أشد من الجريمة المرتكبة ، ويحمي غير المجرمين من الأفعال التي قد يرتكبها المجرم .

وقد حضي الجاني في قانون العقوبات العراقي النافذ وقانون أصول المحاكمات الجزائية وضمانات عامة وفي جميع مراحل الدعوى الجزائية ومنها :

١- لا عقاب على فعل أو عن الامتناع عن القيام بفعل أوجبه القانون وقت اقترافه ، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون<sup>(١)</sup>.

٢- أحاط المشرع (التحقيق مع المتهم) بإجراءات هامة الرامية إلى فحص أدلة الجريمة . وفي (سماع الشهود وندب الخبراء والنقش والاستجواب)<sup>(٢)</sup>، ولا يجوز القيام بتلك الإجراءات إلا

(١) نص المادة الأولى من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(٢) نصوص المواد من (٥٨، ١٢٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ .

- من قبل الجهة المختصة وفق القانون وأحاط تلك الإجراءات أيضا بضمانات منها شكلية وأخرى موضوعية وكلها ضمانات للجاني للدفاع عن نفسه أمام القاضي ونفي التهمة عنه .
- ٣- ومن أهم الضمانات الأخرى التي يوفرها قانون أصول المحاكمات الجزائية للمتهم في (طرق إجبار المتهم على الحضور) وهي (التكليف بالحضور، والقبض والتوقيف، أخلاء سبيله، وحجز أموال المتهم الهارب)<sup>(١)</sup>، ولا يجوز القيام بتلك الإجراءات إلا الجهة المختصة وفق القانون وتعتبر من أهم الضمانات للمتهم للدفاع عن نفسه أمام القاضي ونفي التهمة عنه .
- ٤- يوفر قانون العقوبات ضمانة هامة للجاني تتمثل في تحقيق العقوبة للمحكوم بها على الجاني أو الإعفاء منها عن طريق الأعدار القانونية أو الظروف القضائية المخففة<sup>(٢)</sup>.
- ٥- يحق للمحكمة أن تأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت عن أخلاق الجاني وماضيه وسنه وظروف جريمته ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة<sup>(٣)</sup>.
- ٦- ومن ضمانات الجاني أيضا سقوط العقوبة المحكوم بها نهائياً كلها أو بعضها بالعفو العام أو العفو الخاص<sup>(٤)</sup>.

(١) نصوص المواد من (٨٧ ، ١٣٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ .

(٢) نصوص المواد من (١٢٨ ، ١٣٤) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ .

(٣) نصوص المواد من (١٤٤ - ١٤٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

(٤) المواد من (١٥٣ - ١٥٤) من نفس القانون أعلاه .

## الخاتمة

بعد هذا الجهد المتواضع أتمنى أن أكون موفقاً في سردي لموضوع (مبدأ المشروعية بين الدستور وقانون العقوبات) سرداً لا ملل فيه ولا تقصير موضحاً الآثار الايجابية والسلبية لهذا الموضوع الشائق والممتع. وتوصلنا إلى أهم النتائج والتوصيات ألتية:

### أولاً: النتائج.

١. بعد الانتهاء من دراسة مبدأ المشروعية بين الدستور وقانون العقوبات ودراسة التعارض بين النصين تبين لنا أن النص القانوني اصح وأدق في التعبير من النص الدستوري ويمكن رفع هذا التعارض عن طريق تعديل النص الدستوري والآخذ بنص مماثل لنص المادة الأولى من قانون العقوبات لتوحيد النصوص الجنائية ، من كل ذلك يتضح مبدأ المشروعية يعني :
- أ. لا يجوز للقانون مخالفة الدستور، فالدستور هو المرجع في تحديد الحقوق والحريات، والتشريع يأتي منظماً لممارسة هذه الحقوق والحريات وليس عاصفاً بها .
- ب. لا يجوز للمشرع أن يتخلى عن مبدأ انفراده بالتشريع بخصوص مسائل الحقوق والحريات والإجراءات الماسة بها ، ولا يجوز له تفويض غيره بذلك .
- ج. لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تُقحم نفسها في تنظيم إجراءات الخصومة الجنائية ، فهي أمر منوط بالسلطة التشريعية وحدها وقد حُجِبَ عن غيرها.
- هـ. لا يجوز للسلطة القضائية أو السلطة القائمة على التحقيق الابتدائي اتخاذ إجراءات غير تلك التي نص عليها القانون والخاضعة للتحقيق إلا إذا كان منصوص عليها قانوناً .

٢. إن مبدأ المشروعية يشكل ضماناً مهمة للجاني في كافة المراحل التي تمر بها الدعوى الجزائية ، وفي نفس الوقت يُسجل قيد على القضاء لتطبيق ما نص عليه المشرع من أفعال تُعد جريمة وتُبرأ الجاني فيما لا يُعد جريمة ، إذ الأصل في الجاني البراءة .

### ثانياً: التوصيات

١- ندعو من المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٩/ثانياً) ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ...)) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ وذلك لأنه نص مقيد للقاضي ولا يوفر الضمانات الكافية للجاني .

٢- ندعو من المشرع أيضاً الرجوع إلى نص المادة ( ٢١ ) الفقرة (ب) من الدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٧٠ والتي جاء بها على أنه : ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون ...)) والأخذ به بدلاً من نص المادة (١٩/ثانياً) أو الأخذ بنص مماثل لنص المادة ( ١ ) من قانون العقوبات العراقي النافذ لتوحيد النصوص الجنائية لأنها نصوص مطلقة أحياناً وتُعطي حرية للقاضي وتوفر ضمانات ذات فعالية للجاني .

٣- إذا أردنا أن نُعدل نص المادة (١٩/ثانياً) من الدستور العراقي النافذ فمن هي الجهة المختصة بتعديل مواد الدستور؟ المشرع العراقي حدد الجهة المختصة باقتراح تعديل مواد الدستور وفقاً لنص المادة (١٢٦) من دستور سنة ٢٠٠٥ ، إلا أنها ولحد الآن غير مفعلة ولم يتم تعديل أي نص دستوري من سنة ٢٠٠٥ ولحد الآن ، فما فائدة النص الذي يدرج ضمن مواد الدستور دون أن يُطبق أو يُفعل .

٤- نأمل من المشرع العراقي أن يُفعل نص المادة (١٢٦) الخاصة باقتراح تعديل مواد الدستور، وإن يتم تعديل نص المادة (١٩/ثانياً) من الدستور وأن يحل محله نص مماثل لنص المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ .

## المصادر

### القران الكريم

- ١-د. احمد شوقي عمر: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات ، ج ١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩.
- ٢-د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٥.
- ٣-د. ثروت بدوي : القانون الإداري ، ط٢، دار النهضة العربية ، مصر، القاهرة ، ٢٠٠٢.
- ٤-د. حسن بشيت خوين : ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨.
- ٥-د. سلوى توفيق بكر و د. علي حمودة : شرح قانون العقوبات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥.
- ٦-د. سليمان محمد الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ط٦، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٩١
- ٧-د. علي حسن الخلف : المبادئ العامة في قانون العقوبات العراقي ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٨
- ٨-د. علي حسين الخلف ، د. سلطان عبد القادر الشاوي : المبادئ العامة في قانون العقوبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٨.
- ٩-د. فارس حامد عبد الكريم الزبيدي : قانونية التجريم والعقاب في القانون والشرعية ، المكتبة القانونية العامة ، بغداد ، ١٩٩٩.

- ١٠-د. فتحي فكري : مسؤولية الدولة على أعمالها التعاقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.
- ١١-د. فخري الحديثي : شرح قانون العقوبات القسم العام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٩٠.
- ١٢-د. كمال الدين مصطفى توفيق شعيب : ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة التحقيق الابتدائي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، ٢٠١١.
- ١٤-د. محمد علي سالم الحلبي و د. أكرم طراد الفايز : شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار الثقافة للتوزيع والنشر ، الأردن ، عمان ، ٢٠٠٧.
- ١٥-د. محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات القسم العام ، ط ٩ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٤.
- ١٦-د. محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات القسم العام ، ط ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣.
- ١٧-د. مصطفى كامل ياسين : مذكرات في القسم العام من قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٥١.
- ١٨-د. عبد العزيز رمضان : الحبس الاحتياطي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الأزهر ، ١٩٨٥.
- ١٩-د. عبد العليم محمد: نطاق سريان التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية ، ط ١ ، ج ١ ، بدون دار النشر ، ٢٠٠٠.
- ٢٠-د. غالب الداودي : شرح قانون العقوبات العراقي، ط ١ ، دار الطباعة الحديثة ، البصرة ، ١٩٦٨.
- ٢١-د. فوزية عبد الستار: الإسلام وحقوق الإنسان ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩.



٢٢- عبد التواب معوض: المنع من السفر كأجراء جنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.

٢٣-د. منذر كمال عبد اللطيف : السياسة الجنائية من قانون العقوبات العراقي ، دار الرسالة للطباعة ، ١٩٧٨.

### الدساتير والقوانين

١-دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ م .

٢-قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م المعدل النافذ .

٣-قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١م المعدل النافذ .

٤-الدستور المؤقت للجمهورية العراقية سنة ١٩٦٤ م .

٥-الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ م .

٦-قانون العقوبات البغدادي لسنة ١٩١٨ م .