

## الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية «دراسة في التشريع الأردني»

الدكتور نظام توفيق المجالي  
قسم القانون العام  
كلية الحقوق - جامعة مؤتة

### ١ - تمهيد:

لا شك أن حماية الحرية الفردية مطلب مهم لتحقيق مبدأ سيادة القانون أو ما يعبر عنه بمبدأ المشروعية الذي تقوم عليه الدولة القانونية، بل إن الدولة لا تقوم إلا لتأكيد وجود الحقوق والحريات في مواجهة السلطة العامة.

وحماية الحريات الفردية ليست مطلباً فردياً لحق طبيعي من حقوق الإنسان، ولكنها ركيزة مهمة لتحقيق الحماية الاجتماعية، حيث إن الحرية الشخصية قيمة اجتماعية تندمج في الشعور العام لأفراد المجتمع، وتراث هذا الشعور يتمثل في الثورات الإنسانية التي سجلها التاريخ وإعلانات حقوق الإنسان المتعاقبة، وبالتالي يتعين مراعاة هذا الشعور حفاظاً على الكيان الاجتماعي الذي لا ينفصل عن الشعور العام للمجتمع.

وبالتالي فإن احترام الحرية الشخصية للإنسان هو وسيلة لضمان تجاوبه الحقيقي مع المجتمع، فلا يتصور هذا التجاوب إلا من إنسان حر يثق في نفسه وفي كيانه متمتعاً بالحرية والكرامة، كما تتطلب القيمة الاجتماعية للحرية الشخصية ضرورة توخي الصالح الاجتماعي عند ممارسة هذه الحرية<sup>(١)</sup>.

---

(١) د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١١.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو مدى قدرة الدولة بمؤسساتها الدستورية المختلفة على التدخل لحماية الصالح الاجتماعي على نحو لا يؤدي إلى المساس أو الافتئات على الحرية الفردية، ذلك أن حماية الحرية الفردية وتنظيم الدولة للصالح الاجتماعي يجب أن يعمل معاً في كيان واحد على نحو لا يؤدي إلى التفريط لا في حق الحرية ولا في الصالح الاجتماعي، وهو ما يتطلب إقامة التوازن بين الحرية والسلطة.

ويعتبر مبدأ الشرعية الجنائية - أو ما يعبر عنه بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص - هو إحدى الوسائل التي يمكن أن تحقق التوازن المطلوب - حيث إن المبدأ المذكور يستند إلى ضرورة حصر مصادر التجريم والعقاب وثباتها بنصوص قانونية محددة يلتزم القاضي بتطبيقها.

ومنذ عرفت الإنسانية هذا المبدأ وحمل الفلاسفة والمفكرون لواء الدعوة إليه، اقتصر جهدهم على مجرد ترديد مدلوله اللفظي وقنعوا من البحث فيه باقتضاء النص القانوني لوجود الجريمة وتحديد عقوبتها، وتطرف بعضهم فأطلق عليه اسم مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات.

ولكن كثيراً ما يلتزم التشريع في ظاهره بالمدلول الشكلي للشرعية وينحرف في جوهرة عن الغاية التي شرع المبدأ من أجلها، ألا وهي كفالة الممارسة الطبيعية للحقوق والحريات الفردية، فيصادر هذه الحقوق لصالح أنظمة شمولية حاكمة تستخدم القانون لتحقيق غاياتها في التسلط والإرهاب.

وحقيقة قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، تتضمن عنصرين: أولهما العنصر الشكلي، وثانيهما العنصر الموضوعي. والذي يستند إلى ضرورة توافق النصوص المثبتة للجرائم والعقوبات مع حماية الحقوق والحريات الفردية وعلى نحو يكفل الممارسة الطبيعية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

وعليه، فإن تفسير قاعدة الشرعية الجنائية بعنصرها الشكلي والموضوعي، هو أحد السبل لضمان حماية الحرية الفردية، وتحقيق الصالح الاجتماعي، فالالتزام بهذه القاعدة تشريعاً وفقهاً وقضاءً (كما سيأتي) خير ضمان لتحقيق التوافق بين حماية الحرية الفردية والصالح الاجتماعي.

ومن هنا تأتي أهمية دراسة هذا البحث للوقوف على مدلول الشرعية الجنائية وعناصرها باعتبارها إحدى الركائز التي يمكن التعويل عليها لتحقيق التوافق المذكور، ونعتقد أن بلوغ هذا المعنى رهن بدراسة تمهيدية عن تاريخ مبدأ الشرعية وبيان أساسه الفلسفي.

## ٢ - خطة البحث:

وسوف نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث: نخصص أولهما لدراسة تاريخ مبدأ الشرعية وأساسه الفلسفي، ونخصص الثاني لموضوع عناصر الشرعية الجنائية، أما المبحث الثالث فنخصصه لدراسة نتائج مبدأ الشرعية.

## المبحث الأول تاريخ مبدأ الشرعية وأساسه الفلسفي

### تمهيد:

يتوقف تحديد مدلول الشرعية الجنائية على دراسة الظروف التاريخية التي مهدت لظهور هذا المبدأ، وترتبط دراسة التطور التاريخي لمبدأ الشرعية بالأسس الفلسفية التي بناء عليها تم الأخذ بمبدأ الشرعية في حماية حقوق الإنسان في مختلف فروع الدراسات الإنسانية والاجتماعية.

وهذا ما سنوضحه في مطلبين مستقلين: نخصص أولهما لتاريخ مبدأ الشرعية، ونخصص الثاني لبيان الأساس الفلسفي للمبدأ.

### المطلب الأول

#### تاريخ مبدأ الشرعية وتقنيته في التشريعات الحديثة

لا نستطيع أن ندرك قيمة مبدأ الشرعية إلا إذا ألقينا الضوء على ما كان سائداً في المجتمعات الإنسانية في مختلف العصور وحتى قيام الثورة الفرنسية، والتي يعود الفضل إليها في تقرير هذا المبدأ عام (١٧٨٩)، إذ

سجلته كأحد المبادئ التي تضمنها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي أصدرته في ٢٦ أغسطس سنة ١٧٨٩، إذ نصت المادة الثامنة من هذا الإعلان على أنه «لا يمكن أن يعاقب أحد إلا بناء على قانون يصدر سابقاً على ارتكاب الجريمة».

وترتب على تقنيته في إعلانات حقوق الإنسان أن دونته التشريعات الفرنسية اللاحقة والتشريعات الأخرى الأوروبية والعربية التي تسير على نهج التشريع الفرنسي<sup>(٢)</sup>.

وعليه نقسّم دراسة هذا الموضوع إلى عدة مراحل، سواء بالنسبة للوضع ما قبل الثورة الفرنسية أو ما بعدها، ثم نعرض بعد ذلك إلى وضع هذا المبدأ في مختلف التشريعات الوضعية.

### أولاً: الوضع قبل قيام الثورة الفرنسية:

لا شك أن السياسة التشريعية في مجال قواعد التجريم والعقاب انعكاساً للحياة الاجتماعية والاقتصادية التي تمر بها البشرية، وفي غياب السلطة السياسية في فترة ما قبل قيام الثورة الفرنسية، وخصوصاً في مرحلة

(٢) وما ينبغي الإشارة إليه أن الشريعة الإسلامية قد سبقت التشريعات الوضعية في إقرار مبدأ الشرعية، وبدليل الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾. غاية الأمر أن الشريعة الإسلامية تميز بين جرائم الحدود وجرائم القصاص وجرائم التعزير. أما جرائم الحدود، فهي محدودة في القرآن الكريم والسنة النبوية ولا مجال للقاضي في الاجتهاد فيها، أما جرائم القصاص فقد تقررت أيضاً عقوباتها بنصوص القرآن والسنة، في حين جرائم التعزير (المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة) فإن النصوص المتعلقة بها تحدد - عادة - الجريمة دون العقوبة ويترك أمر العقوبة للسلطة المختصة في الدولة (الإمام).

انظر في الموضوع: د. محمد سليم العوا: مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد ٤ (لجنة ١) ١٩٧٧، ص ٢٧ وما بعدها؛ د. محمود محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ط ٢، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ٧ وما بعدها.

العصور الوسطى وحتى النصف الأخير من القرن التاسع عشر كانت قواعد القانون الجنائي (بشقيّه الموضوعي والإجرائي) ذا طابع تحكيمي، فضلاً عن سيادة قاعدة عدم المساواة في مجال التجريم والعقاب.

ففي العصور الوسطى لم تكن الجرائم وعقوباتها محددة بطريقة واضحة، إذ كان القانون الجنائي قانوناً عرفياً غير مدون، ويعتمد على مصادر متعددة مثل القانون الروماني، والقانون الكنسي، والقانون الجرمانى، وترك للحاكم أمر تقرير الأفعال المعتبرة جرائم والعقوبات المقررة لها، كما أن للحاكم سلطة تقرير طريقة تنفيذ الجزاءات المختلفة<sup>(٣)</sup>.

كما ساد الطابع التحكيمي (بصورة واضحة)، العقوبات المقررة للجرائم. ففي مجال تقسيم العقوبات، كانت تقسم إلى عقوبات عادية، وعقوبات غير عادية، والعقوبات العادية هي التي كانت محددة في أوامر أو بواسطة العرف المحلي، ومن هنا كانت تسمى بالعقوبات الشرعية. أما العقوبات غير العادية فهي التي أُطلق فيها للقاضي السلطة لتقرير ما يشاء بشأنها. كما ساد الطابع التحكيمي طريقة تنفيذ العقوبات، واتضح ذلك بصفة خاصة في مجال تنفيذ عقوبة الإعدام، إذ ساد مبدأ إعدام المحكوم عليه بتمزيق جسده أو ربط جسده بأطراف الخيول للانطلاق به في اتجاهات مختلفة<sup>(٤)</sup>.

كما أن التعذيب وجد طريقه في إجراءات التحقيق والمحاكمة بقصد الحصول على اعتراف المشتكى عليه، وصار وسيلة مشروعة ومقررة للإثبات الجنائي.

(٣) Garraud (Rene): Traite theorique et pratique et du droit pénal, Francais, sirey 1913, T.I/No. 67, p. 140.Àô

(٤) د. عبدالفتاح الصيفي: حق الدولة في العقاب، ط٢، ١٩٨٥، ص٢٢ وما بعدها؛ د. عبدالأحد جمال الدين: في الشرعية الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س٦، العدد ٢، ١٩٧٤، ص٤٢٢ وما بعدها؛ د. نبيل مدحت سالم: مبدأ الشرعية الجنائية، مجلة المحاماة، عدد٧، ٨، ١٩٨٤، ص١٣.

وخلاصة الأمر أن مصادر التعسف والقوة هي التي كانت غالبية على سياسة التجريم والعقاب في العصور القديمة والعصور الوسطى، وقد بلغ الأمر بالفقيه الفرنسي جارو إلى القول «بأنه لم يكن معروفاً في فرنسا في تلك الفترة ما يسمى بالقانون الجنائي بمعناه الدقيق وهو ما كان سائداً على حد تعبيره في البلاد الأوروبية الأخرى»<sup>(٥)</sup>.

وغياب الشرعية الجنائية في تلك الفترة الزمنية من حياة البشرية أدى إلى الفوضى في مجال سياسة التجريم والعقاب إلى الحد الذي أدى إلى إلهاب مشاعر الفلاسفة في نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر في البحث عن صيغ أخرى في تنظيم العلاقة بين الحاكم والمحكوم، على نحو يكفل حماية الإنسان في وجوده وكرامته، وهذا ما بدأ في فترة الثورة الفرنسية وما بعدها.

## ثانياً: الوضع في فترة قيام الثورة الفرنسية وما بعدها:

لقد كان لتعسف السلطة القائمة على تقرير الجرائم والعقوبات الخاصة بها في العصور السابقة على مرحلة الثورة الفرنسية، أثر بالغ في إلهاب مشاعر المفكرين ورجال السياسة في النصف الثاني من القرن الثامن عشر وما يليه، وانعكس ذلك في كتابات وأفكار عدد من مفكري الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م.

وفي مقدمة هؤلاء المفكرين الفقيه الفرنسي (مونتسكيو)، وهو أول من ندد بالظلم والطغيان في كتابه الشهير «روح القوانين»<sup>(٦)</sup>، وفيه نادى بمبدأ الفصل بين السلطات بقصد وضع حد لاعتداء السلطة التنفيذية على

Garraud: op. cit. No. 69, p. 144

(٥)

(٦) انظر في تفصيلات ذلك:

Rassat (M-Laure): Droit Pénal. Presses Universitaire de France, 1987, No. 88, p 110.

د. عبدالفتاح الصيفي: المرجع السابق، ص ٤٥؛ ود. علي راشد: فلسفة وتاريخ القانون الجنائي، جامعة عين شمس، ١٩٧٤، ص ١٢٢ وما بعدها.

اختصاص السلطة القضائية واستبدادها بحقوق الأفراد وحررياتهم، كما نادى بمبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والتشريعية ليحد من اعتداء السلطة القضائية على اختصاص السلطة التشريعية بتقريرها للجرائم والعقوبات، وهو ما عُرف بمبدأ الشرعية النصية ليقم منها سياجاً منيعاً حول الحقوق والحرريات الفردية.

وجاء بعد ذلك الفقيه الفرنسي «جان جاك روسو» بنظرية العقد الاجتماعي وانطلق فيها من فكرة أساسية مؤداها أن الأفراد قبلوا بإرادتهم الانتقال من حياة الفطرة إلى حياة الجماعة السياسية على أساس تعاقدية أو اتفاقي، وأن هناك ثمة عقد اجتماعي تخلق بمقتضاه كل فرد من أفراد المجتمع عن جانب من حقوقه وحرياته إلى السلطة العامة التي أقاموها بينهم واختاروا ممثليها من بينهم، فدخلوا بهذه الصفة طرفاً في العقد المذكور مقابل التزامات معينة يتحملونها.

ووفقاً للنظرية السابقة، فإن السلطة العامة (بما تنطوي عليه من انتقاص للحقوق والحرريات الفردية) هي محصلة الأجزية التي قَبِلَ الأفراد التنازل عنها من مجموع الحقوق والحرريات بموجب العقد الاجتماعي ليضمنوا التمتع بما تبقى لهم من أمن وطمأنينة، فهي ليست حقاً عاماً للدولة، بل هي مجموعة من الوظائف والواجبات المنوطة بها بموجب العقد المذكور لخدمة مجموع الأفراد.

والجزء بوصفه بعض هذه السلطة هو بدوره حصيلة تنازل كل فرد عن حقه في الدفاع الشرعي عن نفسه لها، بغرض الحفاظ على النصيب الذي تبقى له من الحقوق والحرريات وصونه من كل ما يهدده من صنوف العدوان<sup>(٧)</sup>.

وظهر بعدئذ الفيلسوف الإيطالي «شيزاري بيكاريا» وتأثر بأفكار

(٧) د. علي راشد: المرجع السابق، ص ١٣٠؛ ود نبيل مدحت سالم، المقال السابق، ص ١٦.

سابقه، وألّف في ضوء ذلك مؤلفه الشهير عن «الجرائم والعقوبات» عام ١٧٦٤م، وأوضح بصورة جلية أهمية مبدأ الشرعية باعتباره الوسيلة الفعالة لتخليص القانون الجنائي من التحكم والتسلط الناشئين عن التدخل بين المحظور والمباح<sup>(٨)</sup>، وقال في هذا المؤلف بأن السبيل الوحيد لحماية الأفراد من طغيان القضاة وتعسفهم في مجال التجريم والعقاب هو القانون، فلا يؤاخذ الفرد جنائياً عن فعل لم ينص عليه القانون مسبقاً، ولا توقع عليه أية عقوبة ما لم يكن المشرع هو الذي حددها وعيّن مقدارها، وربط شرعية الجرائم والعقوبات بالعقد الاجتماعي، فالجرائم هي التي ترسم في هذا العقد حدود المحظور والمباح، أو هي بالأحرى بمثابة حدود وردت في العقد على حريات الأفراد، وبالتالي لا ضير من بيان هذه الحدود ليعرف كل فرد ما انتقص من حريته وبات من ثمّ محظوراً عليه، وما تبقى له منها فيظل مباحاً ومشروعاً، ومن هنا فإنّ البيان المذكور هو أهم شروط العقد الاجتماعي، وهو أداة الفصل الحقيقية بين السلطتين التشريعية والقضائية.

وفي طور لاحق عرف مبدأ الشرعية طريقه إلى وثائق الثورة الفرنسية، فقد نصت عليه المادة الثامنة من وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي أصدرتها الثورة الفرنسية عام ١٨٧٩م، وجاء فيها «لا يجوز لقانون أن يفرض من العقوبات إلا ما هو ضروري وبهذا القدر فقط، ولا يجوز البتّة عقاب أحد إلا بموجب قانون يصدر سابقاً على ارتكاب الجريمة». وصدرت بعد ذلك أول مدونة للقانون الفرنسي عام ١٧٩١م الذي يعكس المبادئ الأساسية التي تبنتها الثورة الفرنسية، وهكذا قنّن مبدأ الشرعية في الوثيقة الأساسية للثورة الفرنسية في أول تشريع جنائي لها، وكان لذلك تأثيره الكبير في جميع التشريعات الأوروبية، حتى أصبح مبدأ الشرعية أساساً ثابتاً

(٨) د. عبدالفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص٤٧؛ ود. عبدالأحد جمال الدين، المقال السابق، ص٤٢٥؛ د. نبيل مدحت سالم، المقال السابق، ص١٥ وما بعدها؛ وانظر: Rassat: op. cit., No. 90, p. 112.

في جميع القوانين الأوروبية، سواء أكان إقراره بالصيغة النصية (قانون مسطور)، أم بالصيغة العرفية (قانون غير مسطور)<sup>(٩)</sup>.

وانتقل المبدأ بعد ذلك إلى جميع التشريعات الأخرى والتي من بينها التشريعات العربية والتي (أغلبها) تأخذ بنظام القانون المكتوب<sup>(١٠)</sup> وعلى ما سنوضح فيما بعد.

### مبدأ الشرعية في المواثيق الدولية:

نظراً للأهمية القصوى لهذا المبدأ، فقد ورد التأكيد عليه في عدد من المواثيق الدولية وفي مقدمتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٩٤٨، إذ أقرّ هذا الإعلان مبدأ الشرعية ونتائجه في المواد (التاسعة والعاشر والحادية عشرة منه)، فنصت المادة التاسعة من الإعلان على أنه «لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفياً»، وجاء في المادة العاشرة منه «لكل إنسان الحق على قدم المساواة مع الآخرين في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة ونزيهة»، وجاء في المادة الحادية عشرة من الإعلان «كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمّن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه، وأنه لا يبدان شخص من جراء عمل أو امتناع إلا إذا كان هذا العمل أو الامتناع جريمة وفقاً للقانون الوطني أو الدولي وقت ارتكاب الجريمة، ولا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعهها وقت ارتكاب الجريمة».

وبالتالي أصبح مبدأ الشرعية مطلباً أساسياً في كل مجتمع بوصفه الضمان الوحيد لكفالة الحقوق والحريات الفردية.

(٩) Donnedieu de vabres (H): Traité de droit criminel et de legislation penal comparee Dalloz. 1947, No. 967.

(١٠) كما يسود مبدأ الشرعية في الدول التي تقر بنظام السوابق القضائية وعلى النحو المقرر في تشريعات الدول الأنجلوسكسونية، فمثلاً جاء في وثيقة الماجناكارتا (العهد الأعظم) أنه لا يجوز معاقبة إنسان حر إلا بناء على حكم صادر من نظرائه وفقاً لقانون البلاد المعمول به. انظر: د. عبدالأحد جمال الدين، المقال السابق، ص٤٣٧؛ ود. محمد سليم العوا، المقال السابق، ص٦٣.

ومن هنا يطرح التساؤل عن مدى الأخذ بهذه الركيزة في التشريعات الوضعية.

### ثالثاً: تقنين مبدأ الشرعية في التشريعات الوضعية:

يختلف نهج التشريعات الوضعية في مدى الأخذ والنص على مبدأ الشرعية، فهناك طائفة منها تنص عليه صراحة في صلب النصوص الدستورية، فضلاً عن النص عليه في التشريعات العادية، في حين أن طائفة أخرى تكتفي بالنص عليه في التشريعات العادية.

#### (١) تقنين مبدأ الشرعية في التشريعات الدستورية:

ذكرنا أن مبدأ الشرعية قنن في الوثيقة الأساسية للثورة الفرنسية، وهي وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، ثم انتقل هذا المبدأ إلى الدستور الفرنسي الصادر عام ١٧٩١، في المادتين الثامنة والعاشرة منه كما ورد النص عليه في دستور عام ١٧٩٣ (المادة الرابعة عشرة منه).

ورغم أن الدساتير الفرنسية حرصت بعد الثورة على الأخذ بهذا المبدأ، إلا أنها منذ نهاية القرن التاسع عشر أغفلت ذكره، حيث لم ينص على هذا المبدأ في دستور الجمهورية الثالثة الصادر عام ١٨٧٥ ولا في دستور عام ١٩٤٦ والدستور الحالي لعام ١٩٥٨<sup>(١١)</sup>.

وفي التشريع المصري قنن هذا المبدأ في عدة دساتير، وظهر لأول مرة في دستور عام ١٩٢٣، وجاء في المادة السادسة منه، «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»، «ولا عقاب على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليه»، ولكن عاد المشرع المصري في النص عليه في دستور عام ١٩٥٦ (م٣٢)، ودستور ١٩٦٤ (م٢٥)، وأخيراً تم تقنينه في الدستور الدائم الصادر عام ١٩٧١ (م٢/٦٦)<sup>(١٢)</sup>.

Rassat: op. cit. p. 118.

(١١)

(١٢) انظر في ذلك: د. أحمد فتحي سرور: الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية، مجلة مصر المعاصرة، س٦٣، ١٩٧٣، ص٣٧٢.

وفي المملكة الأردنية الهاشمية لم يرد النص على مبدأ الشرعية في الدستور الحالي لسنة ١٩٥٢، ولا في الدساتير السابقة عليه كدستور سنة ١٩٤٦، ودستور ١٩٢٨، واكتفى المشرع الأردني بالنص عليه في صلب قانون العقوبات الحالي كما جاء في المادة الثالثة من هذا القانون وعلى نحو ما سيأتي بيانه.

وفي غياب النص الدستوري على مبدأ الشرعية، يطرح التساؤل عن مدى القول ما إذا كان المشرع العادي يملك أن يصدر نصوصاً جنائية ذات أثر رجعي.

وقد طرح هذا السؤال لأول مرة في فرنسا عندما أغفل المشرع الدستوري النص على هذا المبدأ في الدستور الحالي، كما طرح في جمهورية مصر العربية في الفترة التي أغفل فيها المشرع الدستوري النص عليه كما كان الوضع في الإعلان الدستوري الصادر عام ١٩٥٢، وبدورنا نطرح السؤال بهذه المناسبة، حيث خلا الدستور الأردني الحالي من النص على هذا المبدأ.

وللإجابة عن هذا التساؤل لابد من الاستناد إلى الحجج التالية<sup>(١٣)</sup>:

١ - إن قاعدة الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) جزء لا يتجزأ من النظام القانوني في مجمله، وهي مستوحاة من جميع النصوص الدستورية الواردة في الباب الخاص بحقوق الأردنيين وواجباتهم، لأن جملة هذه الحقوق تسيّر نحو صيانة جميع الحقوق الأساسية للإنسان، ويعتبر مبدأ لا جريمة ولا عقوبة في مقدمة الحقوق الأساسية وعلى نحو يكفل الممارسة الطبيعية لها. ويمثل مبدأ الشرعية الجنائية صمام الأمان لأقدس حق من حقوق الإنسان وهو الحرية الشخصية كما نصت عليه المادة السابعة من الدستور الأردني. فعندما

---

(١٣) قارن في ذلك ما ورد في مقال الدكتور عبدالرزاق السنهوري ومقاله بعنوان «مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية»، مجلة مجلس الدولة، س٣، ١٩٥٢، ص ٩٤ - ٩٥. وانظر: د. عبدالأحد جمال الدين، المقال السابق، ص ٤٣٥.

يطرح على بساط البحث موضوع الحرية الشخصية بمناسبة سن قواعد التجريم والعقاب، فمن أولويات المشرّع أن يحدد سياسته العقابية في إطار مفترض الحرية الشخصية، ووسيلته في ذلك هو أن تكون الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب (وهو القانون) هو مصدر التجريم والعقاب.

وهذا المعنى أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر، وجاء في حكمها بأن قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون» تفرضه المادة (٤١) من الدستور المصري والتي تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعي وأنها مصونة لا تمس. وجاء في حيثيات قرارها أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وما اتصل به من عدم جواز تقرير رجعية النصوص العقابية، غايته حماية الحرية الفردية وصونها من العدوان عليها في إطار من الموازنة بين موجباتها من ناحية، وما يعتبر لازماً لحماية مصلحة الجماعة والتحوط لنظامها العام من ناحية أخرى<sup>(١٤)</sup>.

وعليه فإن مبدأ الشرعية الجنائية مفترض أساسي يمليه مجموع الحقوق المستوحاة من جميع النصوص الدستورية ولاسيما النص الدستوري الوارد بشأن ضمان حماية الحرية الفردية (المادة السابعة من الدستور الأردني). وهذا ما سنوضحه تفصيلاً عند دراسة العنصر الموضوعي للشرعية الجنائية في المبحث الثاني.

٢ - وكما يقول الفقيه الفرنسي (ديجي)<sup>(١٥)</sup> - وبحق - إنه توجد مبادئ تعرف بمبادئ القانون الأعلى، وكل تشريع يجب أن يكون متفقاً مع هذه المبادئ رغم عدم تدوينها في النصوص الدستورية، لكنها تسمو في ترتيبها على كل قانون مكتوب، وهذه المبادئ العليا التي تصبح من مبادئ القانون الأعلى هي (شعور الناس بأن مبدأ الشرعية قد أصبح قيامه ضرورياً للاحتفاظ بالتضامن الاجتماعي، ثم شعور الناس بأن هذا المبدأ حق وعدل).

(١٤) المحكمة الدستورية العليا في مصر، ٧ نوفمبر ١٩٩٢ في القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية، العدد ٤٩؛ ود. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(١٥) انظر: د. عبدالرزاق السنهوري، المقال السابق، ص ٩٥.

٣ - كما نورد في هذا المقام ما ذكره المرحوم الأستاذ عبدالرزاق السنهوري «من أن هناك مبادئ أساسية للعدالة لا يمكن الخروج عليها حتى ولو لم يرد نص في الدستور بشأنها، وقاعدة الشرعية الجنائية قاعدة تمليها العدالة بعد أن استقرت في الضمير الإنساني، بحيث لم يعد في الإمكان المساس بها ولو لم ينص عليها الدستور»<sup>(١٦)</sup>. وبحق فإن قاعدة الشرعية الجنائية قاعدة تمليها العدالة وتتطلبها بدهة الأمور وفطرة الحياة البشرية، إذ لا يعقل أن يعاقب الفرد عن فعل لا يؤاخذ عليه وقت ارتكابه بنص تجريم لاحق، لأن القول بغير ذلك يتنافى وقواعد العدالة والضمير الإنساني. وسواء ورد النص على مبدأ الشرعية في الدستور أو لم يرد عليه النص يبقى مبدأ الشرعية من المبادئ السامية التي لها قيمة أعلى من الدستور نفسه وبحكم صلته بالقيم الإنسانية والحضارية الدائمة التي لا تقبل الاعتداء أو الانتهاك، على نحو يفرض على المشرع العادي الالتزام به باعتباره من القواعد العليا المستقرة في ضمير الأمة<sup>(١٧)</sup>.

### تقنين مبدأ الشرعية في التشريعات العادية:

ورد النص صراحة على مبدأ الشرعية في التشريع الأردني بموجب المادتين الثالثة والسادسة من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، وجاء في المادة الثالثة منه: «لا يقضى بأية عقوبة لم ينص عليها القانون حين اقتراف الجريمة». وحيث إن العقوبة هي الأثر الحتمي اللازم للجريمة، مما يترتب عنه الشق الأول من الشرعية وهو أنه «لا جريمة إلا بنص»، والنص نفسه واضح الدلالة عن الشق الآخر للشرعية والذي مؤداه أنه لا عقوبة إلا بنص.

وأكد المشرع الأردني على الأخذ بمبدأ الشرعية ما جاء في نص المادة

(١٦) د. عبدالرزاق السنهوري، المقال السابق، ص ١٠٢ وما بعدها.

(١٧) الأستاذ حسني جميل: نحو قانون عقابي موحد للبلاد العربية، محاضرات لطلبة الدراسات العليا، جامعة القاهرة، ١٩٤٤، ص ٦٢ وما بعدها؛ ود. محمود محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ص ٢٢ وما بعدها.

السادسة من قانون العقوبات والتي جاء فيها «كل قانون يفرض عقوبة أشد لا يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه».

كما ورد النص صراحة على هذا المبدأ في المادة الأولى من قانون العقوبات اللبناني والتي جاء فيها «لا تفرض عقوبة أو تدبير احترازي أو إصلاحي من أجل جرم لم يكن القانون قد نص عليه حين اقترافه». كما نصت المادة السادسة منه، على أنه «لا يقضى بأية عقوبة لم ينص عليها القانون حين اقتراف الجرم»، وجاء في المادة التاسعة من القانون السابق أنه «كل قانون جديد يقضي بعقوبات أشد لا يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه».

كما ورد النص صراحة على هذا المبدأ في المادتين الأولى والسادسة من قانون العقوبات السوري، كما ورد النص عليه صراحة في المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري<sup>(١٨)</sup>.

## المطلب الثاني الأساس الفلسفي لمبدأ الشرعية

### أولاً: تمهيد

يمثل مبدأ الشرعية الجنائية صورة من صور الشرعية التي تطبق بالنسبة لجميع أنشطة الدولة، وبمختلف أجهزتها سواء منها التشريعية أو القضائية أو التنفيذية، فهي ملتزمة في تصرفاتها بمبدأ الشرعية والذي يمثل الوجه الآخر لمبدأ سيادة القانون، وتبدو أهمية ذلك في الأحوال التي يخول فيها الدستور الوظيفة التشريعية للسلطة التنفيذية سواء في حال غياب السلطة التشريعية، (وعندها تختص السلطة التنفيذية بإصدار القوانين المؤقتة أو ما يعبر عنه في التشريعات المقارنة في القرارات أو المراسيم بقانون)، أو حالة التفويض التشريعي للسلطة التنفيذية في الأحوال المحددة حصراً (وعلى نحو ما سنبين).

(١٨) د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، رقم ٢٣، ص ٢٦؛ د. محمد سليم العوا، المقال السابق، ص ٥٣ وما بعدها.

## ثانياً: مؤيدات مبدأ الشرعية:

ويقال في تبرير مبدأ الشرعية الجنائية عدد من المبررات نسوقها على النحو الآتي<sup>(١٩)</sup>:

### ١ - الشرعية الجنائية أثر من آثار الفصل بين السلطات:

قيل (بحق) إن قاعدة الشرعية الجنائية ما هي إلا ثمرة من ثمار الفصل بين السلطات، ويعد الفقيه الفرنسي «مونتسكيو» أول من نبه إلى هذا التبرير، ومؤدى مبدأ الفصل بين السلطات أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص التشريعي، أي إصدار القوانين، والقاضي لا ينشئ القوانين بل وظيفته الوحيدة هي تطبيق القانون، والقول بغير ذلك معناه الاعتداء على حق السلطة التشريعية، فالقانون هو المصدر الوحيد للتجريم والعقاب.

وعليه، فإن الفصل بين السلطات يقتضي حصر مصادر التجريم والعقاب في القانون الذي تختص السلطة التشريعية بإصداره ولا تملك السلطة القضائية إزاءه إلا التطبيق، وبالتالي تمثل الشرعية الجنائية الحد الفاصل بين اختصاص السلطتين التشريعية والقضائية وعلى نحو تبدو معه قاعدة الشرعية نتيجة منطقية لذلك.

### ٢ - الشرعية الجنائية والمسؤولية الأخلاقية:

كما تجد الشرعية الجنائية أساسها الفلسفي في فكرة المسؤولية الأخلاقية، ذلك أن المسؤولية الجنائية في التشريعات الحديثة تستند إلى الأخلاق بحيث لا تنشأ إلا بالخطأ والذي يقوم على الإدراك من ناحية وحرية

(١٩) انظر في المبررات: د. عبدالأحد جمال الدين، المقال السابق، ص ٤١٨؛ د نبيل مدحت سالم، المقال السابق، ص ١٧؛ وانظر: -

Garraud: op. cit. No. 275, p. 560.

الاختيار من ناحية أخرى<sup>(٢٠)</sup>، والإدراك ما هو إلا تعبير عن قدرة الجاني في التمييز بين المباح والمحظور من الأفعال، أما حرية الاختيار فتتصرف إلى قدرته على الاختيار الحر بين اتجاه إرادي واتجاه آخر، أو بعبارة أدق قدرته على اتخاذ القرار النفسي بالجريمة ثم ارتكابها وتنفيذها بحرية. فجوهر الخطيئة هو إدراك عدم مشروعية الفعل ثم إرادته وتنفيذه بحرية، وطالما أن أساس المسؤولية الجنائية هو الإدراك وحرية الاختيار، أي الاختيار بين المباح والمحظور من الأفعال والمباح منها. فلا يتحقق ذلك بغير حصر الأفعال المحظورة وتحديد عقوباتها بنصوص قانونية واضحة توفر للفرد العلم بها، حتى تتحقق من ثم الموازنة بين مخاطر الإقدام عليها وفضائل الامتناع عنها، فإن انعقد تصميمه على إتيانها وأقدم على ارتكابها صار أهلاً لاستحقاق العقاب المقرر عنها.

وعليه تعتبر المسؤولية الأخلاقية في التشريعات العقابية الحديثة مبرراً جوهرياً للأخذ بقاعدة الشرعية الجنائية.

### ٣ - الشرعية الجنائية تتفق وقواعد العدالة والمساواة:

كما يمكن تبرير قاعدة الشرعية الجنائية على أنها تضمن تحقيق المساواة بين جميع الناس أمام القانون سواء بسواء. حيث إن حصر مصادر التجريم والعقاب في القانون مؤداه أن يفصل هذا القانون بين المشروع وغير المشروع، فيصبح أفراد المجتمع آمنين العقاب وعلى نحو يمكنهم من المساهمة في نشاط المجتمع بحيث يكون النشاط الذي يباشره الفرد (ولو لم يكن مجرماً وقت إتيانه) في مأمن من المسؤولية الجزائية، وأن الجميع سواء

(٢٠) وتعبّر المادة (٦٣) من قانون العقوبات الأردني عن هذا المعنى بقولها «بأن النية هي إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرّفها القانون».

أمام هذا النص، فضلاً عن أن تحديد الجريمة والعقوبة بنصوص قانونية واضحة يجعلها مقبولة من أفراد المجتمع باعتبار أن ذلك مؤدى المصلحة العامة، فالعقوبة خطيرة وهي بغیضة إن كانت وفق أهواء الحاكم، أما إذا وقعت باسم القانون وطبقاً لنصوصه فهي عادلة ومشروعة.

ويدعم هذا التبرير الدور الوقائي للقانون، ذلك أن تعزيز أوامر الشارع ونواحيه بالعقاب المحدد يجعل امتثالها أقرب إلى الاحتمال لأنها تتضمن العدالة والمساواة<sup>(٢١)</sup>.

وعليه فإن قاعدة الشرعية توفر العدالة لأنها تحمي غير المجرمين الذين اختاروا المسالك المشروعة، كما أنها تعتبر ضماناً للمجرمين، لأنها تدرأ عنهم احتمال توقيع عقوبة أشد مما كان مقررراً وقت ارتكاب الجريمة (م ٦ عقوبات أردني).

---

Jean Pierre Delmas Saint-Hilaire: La crise du princie de la legalite des delits et (٢١) des peines. Paris. 1967, No. 52, p. 37.

والدكتور حسن الجوخوار: تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ١٦٦ وما بعدها.

## المبحث الثاني تعريف الشرعية الجنائية وعناصرها

### تمهيد:

السائد في الفقه مدلول معين للشرعية الجنائية يعرفها بمعنى «الشرعية النصية» كناية عن حصر مصدر التجريم والعقاب في تشريع مسطور يبين أركان الجرائم ويحدد عقوباتها<sup>(٢٢)</sup>.

ولكن كما سبق وذكرنا فإن الشرعية الجنائية لا يقتصر تعريفها على دلالتها النصية (العنصر الشكلي) بل ثمة عنصر آخر أهم هو الذي يحدد ذاتيتها وأركانها وهو ضرورة توافق النصوص القانونية المحددة للجرائم والعقوبات مع الحقوق والحريات العامة بما يكفل الممارسة الطبيعية لها، وهذا ما نوضحه في مطلبين مستقلين، نخصص الأول للتعريف بالشرعية الجنائية، والثاني نخصصه في دراسة عناصر الشرعية الجنائية.

### المطلب الأول تعريف الشرعية الجنائية

#### أولاً: التمييز بين الشرعية والمشروعية:

الشرعية والمشروعية مصطلحان يستخدمان أحياناً للدلالة على المعنى نفسه، غير أنه مازالت الشرعية تُعرف في المجال الجنائي بمعنى القانونية، أي بمعنى حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة، فهي تتعلق بالنص الجنائي والعناصر الشكلية والموضوعية التي توفر شروط صحته وتكفل التوافق بينه وبين الحقوق والحريات العامة.

(٢٢) انظر في ذلك: د. عبدالأحد جمال الدين، المقال السابق، ص ٣٢٨ وما بعدها.

أما المشروعية فتعرف بمعنى انتفاء التعارض بين الواقعة المادية وبين نصوص التجريم والعقاب، أو بعبارة أخرى أدق انتفاء التعارض بين الواقعة المادية وبين المصالح والأموال المشمولة بحماية هذه النصوص<sup>(٢٣)</sup>، فهي تنصرف من ثم إلى أسباب التبرير، إذ لا يوصف فعل بعدم المشروعية ما لم يثبت أنه لا يخضع لسبب من أسباب التبرير التي بينها القانون وحدد شروطها (المواد من ٥٩ - ٦٢ من قانون العقوبات الأردني)، فالمشروعية معناها التبرير.

### ثانياً: دلالة الشرعية الجنائية:

الشرعية الجنائية معناها حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة تتوافق مع الحقوق والحريات وتكفل الممارسة الطبيعية لها.

وتكفل الشرعية الجنائية بهذا المعنى تحديد مصادر التجريم والعقاب بقواعد القانون الجنائي سواء القواعد الأصلية أو القواعد التكميلية، كما تفترض الشرعية ضبط القواعد التي تحكم تفسير هذه القواعد وتطبيقها من حيث الزمان، فمن ناحية، يفرض مبدأ الشرعية حصر سلطة تقرير الجرائم وتحديد العقوبات المستحقة لها على المشرّع، كما أنه يحصر اختصاص القاضي في تطبيق ما يصدره المشرّع من نصوص في هذا الخصوص، ويحظر عليه بصفة خاصة خلق الجرائم أو توقيع عقوبات بطريقة القياس أو التفسير الموسع.

ومن ناحية أخرى، يقيد هذا المبدأ سلطة الشارع في التجريم، ومؤداه ضرورة الإنذار قبل العقاب، والإنذار لا يكون إلا بالنسبة للمستقبل، فلا يجوز تطبيق النصوص الجنائية إلا على الأفعال التي تقع بعد نفاذها.

وعليه فإن مبدأ الشرعية على هذا النحو يحقق الفصل بين اختصاص السلطتين التشريعية والقضائية، كما يسد الذرائع أمام تعسف القضاة ويضمن خضوعهم لسلطة القانون، ولا تتأتى الدلالة السابقة إلا من خلال بحث الشرعية بعنصريها الشكلي والموضوعي.

(٢٣) د. فوزية عبدالستار: عدم المشروعية في القانون الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، عدد ٣، ٤، سنة ١٩٧١، س ٤١، ص ٤٥٦ وما بعدها، والمقال نفسه منشور في مجلد مستقل، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٢، ص ٣٤-٣٧.

## المطلب الثاني عناصر الشرعية الجنائية

### تمهيد:

أوضحنا في تحديد دلالة الشرعية الجنائية أنها تشتمل على عنصرين، أولهما شكلي وقوامه ضرورة حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة تصدرها السلطة المختصة بالتشريع في الدولة، والعنصر الثاني مؤداه ضرورة توافق هذه النصوص مع الحقوق والحريات العامة بما يكفل الممارسة الطبيعية لها، وهذا ما نوضحه في الفرعين التاليين:

### الفرع الأول العنصر الشكلي للشرعية

#### – مفترضات العنصر الشكلي للشرعية:

يفترض العنصر الشكلي للشرعية الجنائية أن يصدر النص المثبت للجريمة والعقوبة في صورة القانون، أو ما في حكمه من الأنظمة التي لها قوة القانون، والتي تصدر عن السلطة التنفيذية بتفويض قانوني<sup>(٢٤)</sup>. والقانون هو كل نص مسطور يصدر عن السلطة المختصة بالتشريع في الدولة ويقرر قواعد عامة ومجردة تنطبق على الوقائع المستقبلية، وبالتالي فإن أبرز خصائص العنصر الشكلي للشرعية هو صدوره عن السلطة المختصة بالتشريع في الدولة من ناحية، وكونه يقرر قواعد عامة ومجردة من ناحية أخرى.

(٢٤) د. كامل السعيد: شرح الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني والقانون المقارن، الطبعة الثانية، ١٩٩٠، ص ٤٣ وما بعدها؛ د. عبود السراج: قانون العقوبات، القسم العام، دار المستقبل للطباعة، ١٩٨٢، ص ٤٨.

## أولاً: صدور النص المثبت للجريمة والعقوبة من السلطة المختصة بالتشريع:

يفترض مبدأ الشرعية في عنصره الشكلي أن تتولى السلطة التشريعية في الدولة وضع جميع النصوص المبينة للجريمة والعقوبة، بحكم أنها الممثل الوحيد والحارس الطبيعي للنظام الاجتماعي والذي يكفل حمايته ضد الجريمة، أو بعبارة أدق، هو أن تكون السلطة التشريعية هي التعبير القانوني عن إرادة الأمة، واستثناء من ذلك قد يمنح الدستور أو التشريع العادي السلطة التنفيذية اختصاصاً محدوداً يخولها بموجبه حق إصدار الأنظمة (أو اللوائح) التي تشتمل إلى حد ما على إنشاء الجرائم والعقوبات، وهذا ما نوضحه في البنود الآتية:

### أ - السلطة المختصة بالتشريع:

قلنا إن الأصل أن يصدر النص المثبت للجريمة والعقوبة عن السلطة المختصة بالتشريع في الدولة، والسلطة التشريعية في الأردن يباشرها مجلس الأمة والملك، فتتضمن المادة (٢٥) من الدستور الأردني على أنه «تتألف السلطة التشريعية بمجلس الأمة والملك، ويتألف مجلس الأمة من مجلسي الأعيان والنواب».

واستثناء من هذا الأصل، فقد خوّل الدستور السلطة التنفيذية اختصاصاً تشريعياً محدوداً، بموجبه لها الحق في إصدار القوانين المؤقتة (أو يعبر عنه في التشريعات المقارنة باللوائح أو القرارات بقوانين)، والتي تصلح حسب الأصل أن تكون مصدراً للتجريم والعقاب، ولكن المشرع الدستوري احتاط لهذا الاستثناء عندما اشترط عرض القوانين المؤقتة في أول اجتماع لمجلس الأمة يعقده، وذلك في أحوال صدور القانون المؤقت عند عدم انعقاد مجلس الأمة أو حله<sup>(٢٥)</sup>. وليس هذا التحوط إلا إقراراً ضمناً من المشرع الدستوري بمبدأ

(٢٥) انظر في تعريف القوانين المؤقتة ووضعها في الدستور الأردني: د. نعمان الخطيب: القوانين المؤقتة في النظام الدستوري الأردني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ص ٣، ص ٣٣٥ وما بعدها.

الشرعية واحتراماً لقاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، وذلك في أحوال اشتمال القانون المؤقت على قواعد معينة للجريمة والعقوبة، وقد جاء في المادة (٩٤) من الدستور الأردني «لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتمل التأخير أو تستدعي نفقات مستعجلة غير قابلة للتأجيل ويكون لهذه القوانين المؤقتة التي يجب ألا تخالف الدستور قوة القانون، على أن تعرض على المجلس في أول اجتماع يعقده، وللمجلس رفض هذه القوانين، أو تعديلها، أما إذا رفضها فيجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلانها فوراً ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول مفعولها على أن لا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة»<sup>(٢٦)</sup>.

#### ب - الشرعية الجنائية والأنظمة (القرارات أو اللوائح) الصادرة عن السلطة التنفيذية:

الأصل - كما قلنا - إن تحديد الجرائم والعقوبات هو من عمل المشرع وحده، إعمالاً لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون. أي حصر الجرائم والعقوبات وإثباتها في نصوص قانونية محددة. وليس المعنى المقصود من ذلك حتماً أن يأخذ النص المثبت للجريمة وعقابها صورة القانون بالمعنى الدستوري - كما سبق- أو ما في حكم القانون «كالقوانين المؤقتة أو المراسيم بقانون» كما ورد عليه النص في المادة (٩٤) من الدستور الأردني. إلا أنه مع ذلك يصح للسلطة التنفيذية في أحوال معينة وبشروط خاصة أن تمارس مهمة

(٢٦) وتقابلها المادة (١٤٧) من الدستور المصري والتي جاء فيها «إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفادها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر.

التشريع سواء في الأحوال العادية أو الأحوال الاستثنائية، فتصدر نصوص تشريعية تأخذ صورة الأنظمة أو اللوائح الإدارية. ولكن كل ذلك رهن بضرورة أن يكون هناك تفويض سابق بموجب الدستور أو التشريع العادي يخول السلطة التنفيذية أو جهات الإدارة الحق في إصدار مثل تلك النصوص الجنائية، ذلك لأن مضمون مبدأ القانونية هو أن يهيمن القانون - سواء أكان مصدره الدستور أم السلطة التشريعية - على التجريم والعقاب مهما كانت درجته.

والتفويض التشريعي في الأحوال العادية للسلطة التنفيذية احتاط له المشرع الدستوري المصري عندما قنن في صلب الدستور نص المادة (٦٦) والذي جاء فيه «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»، ويجري تفسير هذه العبارة على أن النص الجنائي يستوي أن يجيء في صورة القانون أو ما في حكمه (المراسيم بقانون)، أو في صورة تفويض من القانون للسلطة التنفيذية والهيئات الإدارية، ورغم أن الفقه لا يقر التفويض التشريعي في مجال قواعد التجريم والعقاب حرصاً على حماية الحرية الفردية، إلا أنه جائز في حدود الجرائم البسيطة كالمخالفات، وهذا ما قننه المشرع المصري في المادة (٣٨٠) من قانون العقوبات والتي جاء فيها «من خالف أحكام اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العامة أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على خمسين جنيهًا، فإن كانت العقوبة المقررة في اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتمًا إنزالها إليها، فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها يدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيهًا». فهذا النص يتضمن تفويضاً للجهات الإدارية في إصدار لوائح (أنظمة)، أي نصوص تنشأ من الجرائم بما لا يتجاوز درجة الجرائم البسيطة كالمخالفات.

كما أنه لا يوجد ما يمنع من وجود التفويض التشريعي للسلطة التنفيذية في مجال الجرائم الاقتصادية البسيطة، لأن التشريع في هذا المجال يتطلب دراية فنية ربما لا تتوفر لدى السلطة المفوضة، فضلاً عن ضرورة توفير المرونة في الأداة التشريعية حتى يتسنى لها مواجهة الظواهر الاقتصادية بما يحقق نجاح السياسة الاقتصادية، ويقال في تبرير ذلك، إن هذا التفويض لا يؤدي إلى وضع

قيود على الحرية الشخصية، بحكم أن المشرّع يخطط المبادئ العامة في التجريم ويحدد العقوبة، أما السلطة المنفذة فتحدد عناصر الجريمة بما يكفل حصر نطاق التجريم وإعمال مبدأ الشرعية<sup>(٢٧)</sup>.

وعليه، فضمان حماية الحرية الفردية الذي هو مؤدى مبدأ الشرعية يفترض حصر التجريم والعقاب في الظروف العادية بالسلطة التشريعية الأصلية، وسواء أخذ التشريع صورة القانون العادي أو القانون المؤقت (المراسيم بقانون) في حال غياب السلطة التشريعية، وفي هذه الحالة قد يشتمل القانون المؤقت على تحديد لسياسة التجريم والعقاب. ولكن الأنظمة الصادرة استناداً للقانون هي من قبيل الأنظمة التنفيذية (أو اللوائح التنفيذية) وذلك عملاً بالمادة (٣١) من الدستور الأردني والتي جاء فيها «يصدر الملك على القوانين ويصدرها ويأمر بوضع الأنظمة اللازمة لتنفيذها بشرط أن لا تتضمن ما يخالف أحكامها» (وتقابلها المادة ٣٤٤ من الدستور المصري).

وقد يكون التفويض التشريعي للسلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، ونجد له في الدستور الأردني تطبيقين: الأول ما ورد عليه النص في المادة (٩٤) من الدستور الأردني والتي جاء فيها «لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتمل التأخير أو تستدعي نفقات مستعجلة غير قابلة للتأجيل، ويكون لهذه القوانين المؤقتة التي يجب ألا تخالف الدستور قوة القانون، على أن تعرض على المجلس في أول اجتماع يعقده، وللمجلس رفض هذه القوانين أو تعديلها، أما إذا رفضها، فيجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلانها فوراً ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول مفعولها على ألا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة».

(٢٧) د. محمود محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، ١٩٧٩، رقم ٤٥، ٤٦١، من ص ٧٢-٧٤، ومؤلفه نموذج لقانون العقوبات، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦، ص ٢٥-٢٦؛ د. نائل عبدالرحمن صالح: الجرائم الاقتصادية في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتوزيع، ١٩٩٠، ص ٤٦-٤٧.

وقد تشتمل القوانين المؤقتة على قواعد للتجريم والعقاب، وهي حسب النص الدستوري لها قوة القانون، فهي لا تتعارض مع مبدأ الشرعية ويصح أن تعد أحد مصادر التجريم والعقاب، طالما باشرت السلطة التنفيذية هذا الاختصاص وفق القواعد الدستورية المبينة في نص المادة (٩٤) من الدستور.

ولكن المجال الآخر الأكثر خطورة على الحرية الفردية وعلى نحو يشكل افتتاتاً على مبدأ الشرعية الجنائية هو التفويض التشريعي الذي يتم للسلطة التنفيذية في حالة الطوارئ<sup>(٢٨)</sup>. وقد نصت على ذلك المادة (١٢٤) من الدستور الأردني، والتي جاء فيها: (إذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ فيصدر قانون باسم قانون الدفاع، تعطى بموجبه الصلاحية إلى الشخص الذي يعينه القانون لاتخاذ التدابير والإجراءات الضرورية بما في ذلك صلاحية وقف القوانين العادية)، (وتقابلها المادتان ١٠٨، ١٤٨ من الدستور المصري).

وكان أول قانون دفاع صدر في الأردن هو عام ١٩٣٥، حيث توسع في مفهوم الدفاع وفوض هذا القانون السلطة التنفيذية سلطة إصدار الأنظمة المختلفة سواء المتعلقة بتقييد الحريات الفردية أو في مجال رسم السياسة الاقتصادية (م٦/٤ من القانون المذكور). كما فوض السلطة التنفيذية بموجب القانون المذكور صلاحية إصدار الأنظمة التي تقرر العقاب على الجرائم التي ترتكب خلافاً لأحكام القانون أو النظام الصادر بموجبه (م١٢/٦ من القانون نفسه).

وجرى العمل على تطبيق القانون المذكور في فترات متعاقبة ولاسيما بعد عام ١٩٦٧ إلى أن ألغي بموجب قانون الدفاع الصادر رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢ حيث نصت المادة (١٣) من القانون الجديد على أنه «يلغى قانون الدفاع لسنة ١٩٣٧ وجميع أنظمة الدفاع الصادرة بمقتضاه وذلك اعتباراً من نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية»<sup>(٢٩)</sup>.

(٢٨) انظر: في ذلك: د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية، المرجع السابق، ص ٤٠٥.  
(٢٩) ونشر قانون الدفاع الجديد في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٢/٣/٢٥ في العدد رقم ٣٨١٥، ص ٥٨٦.

ومن ملامح قانون الدفاع الجديد (الذي لم يطبق بعد) أنه يعمل به بإرادة ملكية تصدر بناء على قرار من مجلس الوزراء (م٢/أ)، ثم حدد القانون الحالة التي تستوجب العمل بهذا القانون وهي مرتبطة بحالة الضرورة والظروف الاستثنائية، وجاء في الفقرة (أ) من المادة الثانية «إذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ تهدد الأمن الوطني أو السلامة العامة... أو بسبب وقوع حرب أو كوارث عامة أو انتشار آفة...» ثم أُنطت المادة الثالثة من هذا القانون إلى رئيس الوزراء صلاحية اتخاذ التدابير والإجراءات الضرورية لتأمين السلامة العامة والدفاع عن المملكة، وله تفويض جميع صلاحياته أو بعضها لمن يراه أهلاً للقيام بذلك...، ثم حددت المادة الرابعة من هذا القانون أوجه الصلاحية التي يمارسها رئيس الوزراء (أو من يفوضه) ويكون ذلك عن طريق إصدار الأوامر الخطية، ثم حددت الفقرات من (أ-م) مختلف التدابير التي يمارسها رئيس الوزراء والتي تتضمن وضع القيود على الحرية الفردية بمختلف مظاهرها، كوضع قيود على حرية الاجتماع أو الانتقال، وتفتيش الأشخاص والأماكن، ووضع اليد على الأموال المنقولة وغير المنقولة، والاستيلاء على أي أرض، ومراقبة الرسائل والصحف والمطبوعات.

وظهر التوسّع في صلاحيات رئيس الوزراء بموجب أحكام قانون الدفاع، وهو ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة السابعة والتي جاء فيها «يعاقب من يخالف أوامر الدفاع بالعقوبات المنصوص عليها في الأوامر على أن لا تتجاوز العقوبة الحبس مدة ثلاث سنوات، أو الغرامة بمبلغ ثلاثة آلاف دينار، أو بالعقوبتين معاً». وجاء في الفقرة (ب) من المادة نفسها «إذا لم تبين أوامر الدفاع عقوبة للمخالفة فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين».

والصلاحيات المخولة للسلطة التنفيذية (رئيس الوزراء أو من يفوضه) بموجب قانون الدفاع هي صورة من التفويض التشريعي للسلطة التنفيذية، وذلك سندا للمادة (١٢٤) من الدستور الأردني. وهذا التفويض يقرره عدد من الدساتير المقارنة، كالدستور المصري (المادتان ١٠٨، ١٤٨)،

والدستور الفرنسي (م٣٦). وهو تفويض تمليه حالة الضرورة التي تجيز التصرف بطريقة تجافي القواعد الواجب اتباعها في الظروف العادية، أو بعبارة أدق أن الصلاحيات الاستثنائية التي تتولاها السلطة التنفيذية في مثل الظروف التي تستدعيها حالة الظروف هي لمواجهة الأزمات الوطنية والتي تفرض إقامة مبادئ لمواجهةها، أو كما يقول المجلس الدستوري في فرنسا «إن حالة الطوارئ تسمح للمؤسسات السياسية أن تؤدي مهمتها على نحو يكفل حماية الحقوق والحريات الفردية؛ لأنه إذا كان المساس بالحرية الفردية يعتبر غير دستوري في الظروف العادية، فإنه يكون صحيحاً إذا تم تطبيقاً للنظام القانوني للسلطات الاستثنائية»<sup>(٣٠)</sup>. وتقول المحكمة الدستورية في مصر بأن «حالة الطوارئ بالنظر إلى حدتها وطبيعتها المخاطر المرتبطة بها لا تلائمها أحياناً تلك التي تتخذها الدولة في الأوضاع المعتادة باعتبار أن طبيعتها ومداها تفرض من التدابير الاستثنائية ما يناسبها ويعتبر لازماً لمواجهة تبعاتها. ولا تنحصر التدابير الاستثنائية بالضرورة على ما يكون ضرورياً لمواجهة الجرائم التي تهدد أمن الدولة الداخلي أو الخارجي بل تتناول عدداً من صورها وتطبيقاتها من جرائم أخرى تخرج على هذا النطاق وتجاوزه»<sup>(٣١)</sup>.

(٣٠) وقد نظمت حالة الطوارئ في فرنسا بموجب القانون الصادر في ٣ أبريل سنة ١٩٥٥، والذي ظل معمولاً به بعد صدور دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨، ورغم أن المادة (٣٦) من الدستور الفرنسي قد نظمت الأحكام العرفية، إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي يرى أن حالة الضرورة أو الطوارئ يمكن استنتاجها بطريقة ضمنية من النصوص الدستورية وعلى نحو يسمح للمؤسسات السياسية بأداء مهمتها، وبالتالي يجوز تنظيمها بموجب نص في القانون ولو لم يرد عليها نص الدستور. انظر: قرار مجلس الدولة الفرنسي:

12 Janveir, 1977 - 76 - 75 - Rec - p33.

مشار إلى ذلك د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص ٤٠٥، هامش ١.

(٣١) قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر، ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣. د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٤٠٥، هامش ٢.

ونخلص من ذلك إلى أن الأوامر والأنظمة (أو اللوائح والقرارات) التي تصدر عن السلطة التنفيذية في أحوال الضرورة تعد ضرورية لحماية الحرية الفردية وإن تضمنت جانباً من التجريم والعقاب، ولكن ذلك مرتبط بضرورة وجود تفويض دستوري وتشريعي بهذا الأمر، فضلاً عن ضرورة مراعاة الأصول والضوابط المحددة لممارسة هذه الصلاحية الاستثنائية، فالقاعدة أن الضرورات تقدر بقدرها.

كما أن التفويض التشريعي إلى السلطة التنفيذية - ولاسيما في مجال قواعد التجريم والعقاب - هو أمر غير مرغوب في الفقه الجنائي والدستوري ولاسيما في الظروف العادية، إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك للاعتبارات المحلية أو العملية ولاسيما في مجال الجرائم الاقتصادية<sup>(٣٢)</sup>.

أما في الظروف الاستثنائية<sup>(٣٣)</sup>، فهو ضروري لحماية الحرية الفردية وضمان سير المؤسسات الدستورية والدولة، ولكن لإعطاء هذا التفويض الصيغة الدستورية، فلا بد من النص على حدوده وضوابطه في الدستور وأن يتم وفق القانون الذي تسنّه السلطة التشريعية وفق القنوات الدستورية. وهو ما أخذ به المشرّع الأردني بموجب قانون الدفاع رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢، الصادر استناداً إلى المادة (١٢٤) من الدستور الأردني.

### ج - رقابة القضاء:

من المتفق عليه أنه يجب مراعاة قاعدة تدرج القواعد القانونية، وحيث إن القوانين والأنظمة تكتسب صفة النصوص التشريعية، وكون القانون أعلى مرتبة من النظام، وعليه فإن القانون لا يتقيد باحترام النظام، فقد يصدر القانون لاغياً نظاماً أو مخالفاً لأحكامه. كما أنه لا يتقيد بأحكام قانون سابق

(٣٢) الدكتور محمود محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، ١٩٧٩، رقم ٤٦، ص ٧٣.

(٣٣) د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية، المرجع السابق، ص ٤٠٧.

عليه، فقد ينسخه أو يعدله، شريطة احترام القواعد الدستورية الأعلى منه رتبة، ولكن النظام يتقيد باحترام القانون وهو معيب إن خالفه.

وعليه، إذا كان هناك ثمة خلاف بين القانون والنظام، فإن المحاكم تملك مناقشة قانونية الأنظمة الصادرة من السلطة التنفيذية من حيث صدورها عن جهة لها الحق في إصدارها وفي حدود ما لديها من تفويض. كما تملك مراقبة شرعية هذه الأنظمة من حيث عدم تعارضها مع القوانين النافذة، وبالتالي إذا قام التعارض بين النظام والقانون عندئذ تملك المحكمة الامتناع عن تطبيقه في حدود ما هو مخالف فيه من غير أن تتعرض له بالإلغاء.

أما من حيث رقابة المحاكم لدستورية القوانين، فهذا أمر مختلف فيه، ولكن لا يوجد في الأردن ما يمنع المحاكم من التصدي لبحث دستورية القوانين سواء من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع، فإذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم يتعين عليها الامتناع عن تطبيق القانون العادي وإهماله والعمل بالدستور باعتباره القانون الأعلى والواجب الاتباع، وليس في ذلك اعتداء على السلطة التشريعية مادامت المحكمة لا تضع بنفسها قانوناً ولا تقضي بإلغاء القانون، إذ أن دورها يقتصر على الامتناع عن تطبيق القانون الذي يتعارض مع الدستور.

ويؤيد ما نقول به ما جاء في المادة التاسعة من قانون محكمة العدل الأردنية رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢، والتي جاء في فقرتها السابعة «لمحكمة العدل العليا النظر في الطعون التي يقدمها أي متضرر لطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون أو الدستور»<sup>(٣٤)</sup>.

وما ينبغي الإشارة إليه، أن المادة المذكورة تجيز للمحكمة مناقشة دستورية القانون المؤقت دون القانون العادي، وهذا أمر منتقد من جانبنا، ولا سيما أن عجز المادة المذكورة يجيز مناقشة مشروعية النظام سواء من

(٣٤) ومنشور هذا القانون في الجريدة الرسمية، العدد (٢٨١٣) سنة ١٩٩٢.

جهة مخالفته للقانون أو الدستور، حيث جاءت عبارة القانون مطلقة سواء أكان مؤقتاً أم عادياً، فالأولى بمشرّعنا تعديل النص المذكور بحيث يسمح للمحاكم مناقشة دستورية القوانين أياً كانت طبيعتها مؤقتة أو عادية.

فضلاً عن أن النص المذكور يقصر سلطة المحكمة على وقف العمل بالقانون المؤقت غير الدستوري، أو النظام المخالف للدستور أو القانون<sup>(٣٥)</sup>.

### ثانياً: التشريع قاعدة عامة ومجردة:

من أبرز الخصائص التي تتميز بها نصوص القانون، أنها تقرر قواعد عامة، ومعنى أنها قواعد عامة هو أنها لا تميز بين حالة فردية وحالة فردية أخرى مماثلة مما يدخل في نطاق تطبيقها بل تنطبق دون استثناء على جميع الحالات الفردية المتماثلة التي تصدر بغرض تنظيمها، وهي بهذا المعنى تحقق فكرة المساواة، ومعنى أنها قواعد مجردة أنها لا توضع لحالة فردية بعينها ولا تستنفذ غرضها لمجرد تطبيقها على هذه الحالة بالذات بل تصدر لتطبق على طائفة غير محددة من الحالات الفردية، فتحقق بها فكرة الحيادة أو عدم التحيز<sup>(٣٦)</sup>. فتجرّد نصوص القانون لازم من عمومها، والعموم والتجرّد صفتان متلازمتان تضيفان على هذه النصوص ما تتميز به من مكنة حماية الحقوق، فهي لا تأمر بفعل أو تنهي عن فعل، إلا لتحقيق المصلحة العامة، وهي تُسن لمجموع الأفراد لا لفرد بالذات، وتتعلق بوقائع مستقلة وعلى نحو تتصف فيه هذه القواعد بالدوام والاستقرار.

وعليه، فالتشريع بما ينطوي عليه من العموم والتجريد هو التطبيق الأمثل لمبدأ سيادة القانون، والذي يعبر عنه بالشرعية الجنائية.

(٣٥) في حين كان قانون محكمة العدل العليا الملغى (رقم ١١ لسنة ١٩٨٩) ينص في المادة التاسعة منه في فقرتها السابعة «تختص المحكمة بنظر الدعوى بإبطال أي

قرار صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناء على طلب المتضرر.

(٣٦) د عبدالرزاق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور، المقال السابق، ص ٤٠٩.

## الفرع الثاني العنصر الموضوعي

### أولاً: مضمون العنصر الموضوعي

يفترض العنصر الموضوعي للشرعية الجنائية توافق النصوص المثبتة للجرائم والعقوبات مع الحقوق والحريات العامة على الوجه الذي يكفل الممارسة الطبيعية لها، والتوافق معناه انتفاء التعارض بين هذه النصوص وتلك الحقوق والحريات، والضابط الذي يعرف به ذلك هو مدى التزام المشرع عند تقنينه للنصوص المتقدمة بالغاية من التجريم والعقاب أو انحرافه عنها، وتحقيق هذه الغاية تتوافر الحماية للوجود الإنساني في شتى مظاهره.

وتبدو أهمية العنصر الموضوعي للشرعية الجنائية، في أن هذا المبدأ يفرض مجموع الحقوق والحريات التي عني المشرع الدستوري بحمايتها، وفي مقدمتها ضمان المشرع لحماية الحرية الشخصية (المادة السابعة من الدستور الأردني). ومن مجموع هذه الحقوق يصبح لازماً على المشرع عند تصديده للتجريم والعقاب أن يكفل الممارسة الطبيعية لهذه الحقوق والحريات.

وتختلف هذه الحماية باختلاف طبيعة الحق الذي يكون موضوعاً لها، فتكون تارة إيجابية، وتارة أخرى سلبية. فكفالة الممارسة الطبيعية للحق في الحياة تتطلب حماية إيجابية تلزم المشرع بالتدخل لتجريم الاعتداء الذي يقع عليها، وتنتهي بإهدارها. أما الممارسة الطبيعية لحرية الرأي وحرية العقيدة تتطلب على العكس، حماية سلبية تلزم المشرع بالامتناع عن التدخل لتجريم هذه الممارسة، وإذا كان ثمة ضرورة لتنظيمها كما هو الشأن في المادة (١٥) من الدستور الأردني فذلك مشروط ألا يؤدي هذا التنظيم إلى نقضها أو الانتقاص منها في حدودها الموضوعية المقررة.

### ثانياً: ضابط العنصر الموضوعي

يستند العنصر الموضوعي للشرعية الجنائية في وجوب تحقيق التوافق بين النصوص التشريعية (الصادرة عن السلطة المختصة بالتشريع) المثبتة

للجرائم والعقوبات مع الحقوق والحريات العامة، كما جاء النص عليها في الدستور، إذ أن تحقيق مثل هذا التوافق يكفل الممارسة الطبيعية لمجموع هذه الحقوق والحريات.

وتبدو أهمية هذا العنصر في تشريعات الدول التي لم يرد النص في دساتيرها على الشرعية الجنائية كما هو الحال في الدستور الأردني، وغياب هذا النص لا يحول دون الأخذ بمبدأ الشرعية استناداً إلى كفالة الدستور للحقوق والحريات الفردية.

وبالرجوع إلى الدستور الأردني نجد أنه ورد فيه النص على العديد من الحقوق والحريات الفردية، سواء منها ما تعلق بالحقوق الطبيعية اللصيقة بشخص الإنسان، أو تلك المتعلقة بالحقوق والحريات الفكرية، وأخيراً طائفة الحقوق والحريات الاقتصادية<sup>(٣٧)</sup>.

وتطبيقاً لذلك، نجد أن المشرّع الدستوري في مجال الحقوق والحريات الفردية نص صراحة على كفالة الحرية الشخصية، فجاء في المادة السابعة منه «الحرية الشخصية مصونة»، كما جاء في المادة الثامنة من الدستور على أنه «لا يجوز أن يوقف أحد أو يحبس إلا وفق أحكام القانون»، كما كفل المشرّع الدستوري حرمة المسكن، حيث جاء في المادة العاشرة من الدستور أن «للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه».

كما نص المشرّع في هذا المجال على حرمة المراسلات البريدية والبرقية، إذ جاء في المادة (١٨) من الدستور «تعتبر جميع المراسلات البريدية والبرقية والمخاطبات الهاتفية سرية فلا تخضع للمراقبة أو التوقيف إلا في الأحوال المعينة في القانون»<sup>(٣٨)</sup>.

(٣٧) وقد ورد النص في حقوق الأفراد وواجباتهم في الفصل الثاني من الدستور الأردني.  
(٣٨) كما جاء في المادة التاسعة من الدستور الأردني على أنه «لا يجوز إبعاد الأردني من ديار المملكة»، كما أنه لا يحظر عليه الإقامة في مكان ما، إلا في الأحوال المبينة في القانون.

ونص الدستور الأردني على كفالة وضمان عدد من الحقوق ذات الصلة باحترام الجانب الذهني في شخصية الإنسان، وهي ذات الصلة المباشرة بالحقوق والحريات الفكرية، فجاء في المادة (١٥) من الدستور الأردني في فقرتها الأولى «تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني أن يعبر بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط ألا يتجاوز حدود القانون، وجاء في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أن «الصحافة والطباعة حرتان ضمن حدود القانون»<sup>(٣٩)</sup>، وجاء في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة أنه «لا يجوز تعطيل الصحف أو إلغاء امتيازاتها إلا وفق أحكام القانون» وتنص الفقرة الرابعة من المادة المذكورة على أنه «يجوز في حالة إعلان الأحكام العرفية أو الطوارئ أن يفرض على الصحف والنشرات والمؤلفات والإذاعة رقابة محدودة في الأمور التي تتصل بالسلامة العامة وأغراض الدفاع الوطني».

كما كفل المشرع الدستوري حرية العقيدة، فجاء في المادة (١٤) من الدستور «حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادة المرعية في المملكة ما لم تكن مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب»، كما كفل المشرع الدستوري حرية الاجتماع وتأليف الأحزاب السياسية، فجاء في المادة (١٩) من الدستور «للأردنيين حق الاجتماع ضمن حدود القانون».

«كما أن للأردنيين الحق في تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية على أن تكون غايتها مشروعة ووسائلها سليمة وذات نظم لا تخالف الدستور»<sup>(٤٠)</sup>.

وكفل الدستور في هذا المجال للأردنيين حق تأسيس المدارس والقيام عليها لتعليم الأفراد تحت إشراف الحكومة وتوجيهها (م١٩)، كما كفل للأردنيين الحق في مخاطبة السلطات العامة فيما ينوبهم من أمور شخصية أو فيما له صلة بالشؤون العامة بالكيفية والشروط التي يعينها القانون.

(٣٩) وقد ورد النص على هذه الضمانة في قانون المطبوعات الجديد الصادر برقم (١٩) لسنة ١٩٩٣.

(٤٠) ونص على هذا الحق قانون الأحزاب الأردني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢ «منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٣٨٥، ص ١٦٧٠».

وحرص الدستور على حماية مختلف الجوانب ذات الصلة بالحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية، باعتبار أنها تشكل أحد مقومات الكيان الاجتماعي للإنسان، مثل حقه في الملكية الخاصة للأموال العقارية والمنقولة، وحقه في مزاولة المهنة أو الحرفة التي تناسبه، وحقه في العمل، والتأمين ضد البطالة والعجز والمرض والشيخوخة، فجاء في المادة (١١) من الدستور أنه «لا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون»، وجاء في المادة (١٢) من الدستور أنه «لا تفرض قروض جبرية ولا تصدر أموال منقولة أو غير منقولة إلا بمقتضى القانون»، كما تنص المادة (٢٣) من الدستور على أن «العمل حق لجميع المواطنين وعلى الدولة أن توفره للأردنيين بتوجيه الاقتصاد الوطني والنهوض به»، وتنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة «تحمي الدولة العمل وتضع له تشريعاً مناسباً».

ونخلص مما سبق إلى أن الشرعية الجنائية بعنصريها الشكلي والموضوعي تمثل الضمان الفعال لحماية الحقوق والحريات الفردية، وعلى نحو يكفل الممارسة الطبيعية لهذه الحقوق، طالما كانت محل احترام من قبل المشرع والسلطات القائمة على تطبيق قواعد التجريم والعقاب وتنفيذها، وهذا ما سنوضحه في المبحث الثالث.

## المبحث الثالث

### نتائج مبدأ الشرعية

يرتب مبدأ الشرعية مجموعة من النتائج التي تلزم المشرع والقاضي على حد سواء، وهذا ما سنوضحه في مطلبين مستقلين:

### المطلب الأول

#### نتائج مبدأ الشرعية بالنسبة إلى المشرع

إن التزام المشرع بالشرعية الجنائية لا ينحصر فقط في مجال الجريمة والعقاب، بل يتعداها إلى ما يسمى بالقواعد الإجرائية، إذ تفرض الشرعية

الجنائية على المشرّع عدداً من الالتزامات عند تصديده لسن القواعد القانونية سواء أكانت متعلقة بالقوانين الموضوعية، أم بالقوانين الإجرائية، وهذا ما نوضحه في البنود الآتية:

## أولاً: في مجال التشريع الجنائي الموضوعي

يرتب مبدأ الشرعية على المشرّع عند مباشرته لوظيفته التشريعية في مجال قواعد التجريم والعقاب عدداً من الالتزامات، نوضحها على النحو التالي:

### (١) وجوب تحقيق التوافق بين النصوص المثبتة للجرائم والعقوبات والحقوق والحريات العامة:

ذكرنا فيما سبق أن الشرعية الجنائية تفرض أن يتم التجريم بواسطة السلطة المختصة بالتشريع، فالمشرّع هو الذي يحتكر عملية التجريم بما يفترضه الدستور من الضوابط التي يجب أن تمر بها عملية التشريع، وذلك بقصد تحقيق أكبر قدر من الدراسة والفحص وتوفيراً للضمانات التي كفل بها الدستور حقوق الأفراد وحرياتهم.

وعليه فإن المشرّع عند ممارسته لحقه في التجريم والعقاب، يتعين عليه تجنب إنشاء التعارض بين النصوص المثبتة للجرائم والعقوبات والحقوق والحريات العامة، ووسيلته في ذلك الالتزام في هذه النصوص بالغاية من التجريم والعقاب وعدم الانحراف عنها إلى أهداف أخرى.

والقيد السابق ينبغي احترامه من قبل السلطة المختصة بالتشريع سواء أكانت السلطة التشريعية الأصلية أم السلطة التنفيذية في الأحوال التي يجوز لها التدخل في سن قواعد التجريم والعقاب سواء في أحوال الضرورة أو بناء على تفويض.

### (٢) التزام المشرّع بالوضوح والبيان:

كما يفرض مبدأ الشرعية على المشرّع عند مباشرته لوظيفته التشريعية الخاصة بالتجريم والعقاب أن يلتزم عند صياغته للنصوص القانونية

بالوضوح والبيان، سواء من حيث تحديده لقواعد التجريم كبيانه لأركان الجريمة قدر الإمكان، وطبيعة النشاط التي تتشكل منه الجريمة والعناصر الأخرى، أو من حيث تحديده للجزاء المقرر للجريمة من حيث نوعه ومقداره. وعدم التزام المشرع بهذا القيد من شأنه أن يفتح المجال للاجتهاد الواسع والخروج بالتالي على معنى النص وفحواه مما يشكل خروجاً على مبدأ الشرعية واعتداء على الحرية الفردية.

وتبدو أهمية هذا القيد في الأحوال التي يتصدى فيها المشرع إلى تعديل النص القانوني الخاص بالتجريم والعقاب، إذ يصبح الالتزام بالوضوح والبيان أكثر أهمية ولاسيما إذا كان التعديل لبعض الأحكام الواردة في النص المعدل.

ووسيلة المشرع في الوضوح عند التعديل، هي وجوب إعادة النظر في جميع الأحكام المتعلقة بالمسألة محل التعديل أينما ورد لها حكم في التشريع العقابي.

ومما لا شك فيه أن وضوح النصوص القانونية الواردة بشأن التجريم والعقاب هو الذي يكفل تحديد ضوابط تطبيقها، حتى يكون المخاطبون بها على علم حقيقي بمحتواها، ويعد ذلك هدف الشرعية في قانون العقوبات. وقد عبّرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان سنة ١٩٩٠ عن هذا الشرط بأنه يمثل الأساس الشرعي للجريمة<sup>(٤١)</sup>، ومعيار وضوح النص أو غموضه يرتبط بأوساط الناس، أي هو معيار الشخص المعتاد، لأنه كما تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر إنه لا يجوز أن يكون إنفاذ النص مرتبطاً بمعايير شخصية قد تخالطها الأهواء مما لا يجوز معه أن تصاغ النصوص العقابية بما يحول دون تباين الآراء حول مقاصدها<sup>(٤٢)</sup>. وكما تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر «بأن الأفعال التي يؤتمها قانون العقوبات يجب أن

(٤١) مشار إلى ذلك د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٤٢) المحكمة الدستورية العليا في مصر، ٢٣ يناير ١٩٩٢، القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستورية). الجريدة الرسمية، العدد ٤، ص ٢٦١.

تكون محددة بصورة قاطعة، وأن تكون جلية واضحة»<sup>(٤٣)</sup>.

### (٣) احترام قاعدة عدم رجعية نصوص التجريم والعقاب:

كما يفرض مبدأ الشرعية ألا تسن قواعد تجريم تسري على الماضي، كما لا يجوز سن قوانين عقابية إلا للمستقبل فحسب، وهذا ما يعبر عنه بقاعدة عدم رجعية التشريعات الجنائية، إذ لا يجوز للنصوص القانونية الخاصة بالتجريم والعقاب أن تسري بأثر رجعي على الماضي لتمس أفعالاً تمت على أنها مباحة في ظل القانون القديم، أو كان معاقباً عليها بعقوبات أخف مما تقضي به القوانين الجديدة، وتفسير هذا القيد في أن المركز القانوني الجنائي يكون قد تبلور نهائياً عند ارتكاب الفعل، ومن الغايات الجوهرية لمبدأ الشرعية هو الإنذار قبل العقاب، والإنذار لا يكون إلا للمستقبل<sup>(٤٤)</sup>. وعليه فإن مبدأ عدم الرجعية في المجال الجنائي يعد من لوازم مبدأ أعم وأشمل هو مبدأ الشرعية الذي يعد بدوره ركناً من أركان الدولة القانونية القائمة على سيادة القانون.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون» تفرضها المادة (٤١) من الدستور التي تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعي وأنها مصونة لا تمس (وتقابلها المادة ٧ من الدستور الأردني). وقالت المحكمة في قرارها بأن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وما اتصل به من عدم جواز تقرير رجعية النصوص العقابية غايتها حماية الحرية الفردية وصونها من العدوان عليها في إطار من الموازنة بين موجباتها من ناحية، وما يعتبر لازماً لحماية مصلحة الجماعة والتحوط لنظامها العام من ناحية أخرى<sup>(٤٥)</sup>.

(٤٣) المحكمة الدستورية العليا في مصر، أكتوبر ١٩٩٤، القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥، مشار إلى ذلك، الدكتور أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٤٤) د. حسن الجوخوار، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها، كما يضيف الدكتور حسن الجوخوار مبرراً آخر لعدم الرجعية، وهو فكرة الحقوق المكتسبة: انظر مؤلفه السابق ص ٥٩ وما بعدها.

(٤٥) المحكمة الدستورية العليا في مصر، ٧ نوفمبر ١٩٩٢، سابق الإشارة إليه في هامش رقم ١٤.

## ثانياً: في مجال التشريع الجنائي الإجرائي:

تبدو أهمية الشرعية الجنائية في الأحوال التي تباشر فيها إجراءات دعوى الحق العام على نحو يؤدي إلى المساس بالحرية الفردية، حيث إن الوظيفة الأساسية للقواعد الإجرائية، كما هي واردة بنصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية هي تحقيق العدالة الجنائية عن طريق محاولة التوفيق بين مصلحة المجتمع في كشف الحقيقة (عن طريق دعوى الحق العام) ومصلحة الفرد في ألا تمس حريته إلا في الأحوال التي تتطلبها المصلحة العامة. ولا يتأتى التوافق المذكور إلا من خلال التزام المشرع عند تقنينه للقواعد الإجرائية بمبدأ الشرعية الجنائية.

وعليه، فإن الشرعية الجنائية تفرض على المشرع في مجال القواعد الإجرائية عدداً من الالتزامات سواء منها ما يتعلق بقواعد التنظيم القضائي، أو ما يتعلق بضمانات الحرية الشخصية ولاسيما في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، وهذا ما نبهته تفصيلاً (وبإيجاز) في البنود الآتية:

### ١ - في مجال تنظيم القضاء الجنائي واختصاص المحاكم الجزائية:

يفترض احترام مبدأ الشرعية الجنائية أن يكون تنظيم القضاء بمختلف درجاته واضحاً ومحدداً، وأن تكون القواعد التي تحدد الاختصاص محددة سلفاً بواسطة قوانين الدولة، فلا تخضع للظروف والأهواء.

وتطبيقاً لذلك قرر الدستور الأردني الصادر سنة ١٩٥٢ في المادة (١٠٠) منه: «تعين أنواع المحاكم ودرجاتها وأقسامها واختصاصاتها وكيفية إدارتها بقانون خاص».

ومن الطبيعي أن يحفل التنظيم القضائي في كل دولة بعدد من المحاكم ذات تشكيل مختلف وفق ما تقرره القوانين في هذه الدولة أو تلك، ولا يثور أي استفسار حول قواعد تشكيل وتنظيم القضاء الجنائي العادي في الأردن سواء أكان من الدرجة الأولى، أم من الدرجة الثانية.

ولكن قد تثار الشرعية الجنائية بمناسبة الحديث عن المحاكم الخاصة في الأردن وأهمها المحاكم العسكرية ومحكمة أمن الدولة.

## أ - المحاكم العسكرية ومبدأ الشرعية:

لقد نُظمت المحاكم العسكرية بموجب قانون العقوبات العسكري الأردني الصادر عام ١٩٥٢، حيث اشتملت قواعده على نوعين من الأحكام، الأول القواعد الخاصة بالتجريم والعقاب، والثاني تناول عدداً من الأحكام الإجرائية الخاصة بدعوى الحق العام التي يكون فيها المشتكى عليه فرداً مستخدماً في القوات المسلحة.

وبالرجوع إلى نصوص هذا القانون يتضح لنا أن المحاكم العسكرية تشكل تنظيمياً قضائياً دائماً، وتختص بأنواع معينة من الجرائم سواء ارتكبت في زمن الحرب أو في زمن السلم، بحسب ما هو مبين في القانون المذكور، وعليه لا تعتبر المحاكم العسكرية محاكم استثنائية، وإن كانت إجراءات المحاكمة أمامها تخضع لبعض القواعد الخاصة، كما أن سلطة هذه المحاكم تختلف عما هو مقرر للمحاكم العادية وفق نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية.

وتطبيقاً لذلك، نجد أن المحاكم العسكرية تشكل في صورتين: الأولى في شكل المجلس العسكري، والثانية في صورة محكمة قائد الوحدة، ويتشكل المجلس العسكري بأمر من رئيس هيئة الأركان العامة المشتركة للقوات المسلحة، أو من قِبَل الضابط المفوض من قبله ويتكون من رئيس وعضوين على الأقل (م٤ عقوبات عسكري).

كما تختص المحاكم العسكرية بنظر الدعاوى الناشئة عن الجرائم العسكرية وهي فئة الجرائم التي تكون على درجة من الجسامة بحيث تهدد المصالح الأساسية لمرافق القوات المسلحة وجهازها، كما تطبق هذه المحاكم العقوبات المقررة في القانون والتي تتفق وغاية التجريم في مجال حماية مصلحة الجهاز العسكري (م٥ عقوبات عسكري).

نخلص من ذلك إلى أن المحاكم العسكرية بجميع أنواعها هي محاكم دائمة، إلا أنها تُعنى بأهم أجهزة الدولة ألا وهي القوات المسلحة، والأخيرة ما هي إلا تنظيم دائم ضمن مؤسسات الدولة مما يفترض تشكيلها وطبيعتها

الخاصة أن يسن لها تنظيم قضائي خاص يستطيع القيام بمهامه بصورة مستقلة، على نحو يتفق مع الغاية من القانون الصادر بشأنها.

وبناء على ذلك، لا تعتبر المحاكم العسكرية خروجاً على مبدأ الشرعية طالما يُحدد تنظيمها وتشكيلها وفق تنظيم دائم تقرره مسبقاً قوانين الدولة، كما أن طبيعة الجرائم والمتهمين الماثلين أمامها تتفق مع تشكيلها الخاص وفقاً لضوابط موضوعية تتفق مع الغاية من القانون الصادر بشأنها، فالقضاء العسكري في الحدود المذكورة يدور في حدود القضاء الطبيعي<sup>(٤٦)</sup>.

#### ب - محاكم أمن الدولة ومبدأ الشرعية:

أنشئت محاكم أمن الدولة في الأردن بموجب القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٥٩ والتي حلت مكان المحاكم العرفية، وظل الوضع قائماً بموجب القانون المذكور، إلى أن صدر قانون محكمة أمن الدولة الجديد رقم (٦) لسنة ١٩٩٣، وجاء نص المادة الثانية من القانون الجديد على النحو التالي: «في أحوال خاصة تقتضيها المصلحة العامة، يحق لرئيس الوزراء أن يشكل محكمة خاصة واحدة أو أكثر تدعى محكمة أمن الدولة تؤلف كل منها من ثلاثة من القضاة المدنيين (و/أو القضاة العسكريين) يعينهم رئيس الوزراء بناء على تنسيب وزير العدل بالنسبة للمدنيين، ورئيس هيئة الأركان المشتركة بالنسبة للعسكريين».

والنص المذكور أعلاه صريح بتحويل رئيس الوزراء صلاحية تشكيل محكمة أمن دولة أو أكثر وتعيين قضااتها، من القضاة المدنيين والعسكريين، والجديد في التعديل أن النص أجاز تشكيلها فقط من المدنيين بدليل استخدام المشرع عبارة (و/أو القضاة العسكريين)، كما يسجل لهذا التطور التشريعي أن تنسيب القضاة المدنيين يتم من قبل وزير العدل وأن القضاة العسكريين يكون تنسيبهم من قبل رئيس هيئة الأركان المشتركة.

كما أن القانون الجديد ضيق من نطاق اختصاصات محكمة أمن الدولة، وجاء في المادة الثالثة منه «على الرغم مما جاء في المادة ١٤٠ من قانون

(٤٦) د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

أصول المحاكمات الجزائية رقم ٩ لسنة ١٩٦١ والمادة ٣ من قانون العقوبات العسكري رقم ٤٣ لسنة ١٩٥٢ تصبح محكمة أمن الدولة بعد تشكيلها بمقتضى المادة ٢ من هذا القانون هي صاحبة الصلاحية لمحاكمة الأشخاص العسكريين والمدنيين المتهمين بارتكاب أي من الجرائم التالية التي تقع خلافاً لأحكام القوانين والنصوص المبينة أدناه وأي تعديلات تطرأ عليها أو تحل محلها:

أ - الجرائم الواقعة على أمن الدولة الخارجي المنصوص عليها في المواد من ١٠٧ إلى ١١٧ من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

ب - الجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلي المنصوص عليها في المواد من ١٣٥ إلى ١٤٩ من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

ج - الجرائم الواقعة خلافاً لأحكام قانون حماية أسرار ووثائق الدولة لسنة ١٩٧١.

د - جرائم تزوير البنكنوت وتزييف المسكوكات المنصوص عليها في المواد من ٢٣٩ إلى ٢٥٢ من قانون العقوبات رقم (٦) لسنة ١٩٦٠.

هـ - الجرائم الواقعة خلافاً لأحكام قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (١١) لسنة ١٩٨٨.

و - الجرائم الواقعة خلافاً لأحكام المادة (١٢) من قانون المفرقات رقم (١٣) لسنة ١٩٥٣.

ز - مخالفة أحكام المادة (١٩٥) من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

ح - الجرائم المتعلقة بالمسائل المالية والاقتصادية والمصرفية وغيرها التي تنص أي قوانين أخرى على أنها من اختصاص محكمة أمن الدولة.

وجاء في المادة السابعة من القانون المعدّل أنه يعين رئيس هيئة الأركان العامة المشتركة مدير القضاء العسكري أو أحد مساعديه نائباً عاماً لدى محكمة أمن الدولة ويجوز أن يعين من القضاة العسكريين مساعداً له أو أكثر، كما يعين قاضياً عسكرياً أو أكثر لممارسة وظيفة المدعي العام وفقاً للصلاحيات المعطاة لكل منهم في قانون أصول المحاكمات الجزائية المعمول به.

ويبدو التطور الأكثر وضوحاً هو ما جاء في المادة الخامسة من القانون المعدل والتي بموجبها تم إلغاء المادتين (٩ و ١٠) من القانون الأصلي والاستعاضة عنهما بما يلي:

وتنص المادة التاسعة من القانون المعدل على ما يلي:

- أ - تصدر محكمة أمن الدولة أحكامها بالإجماع أو بأغلبية الآراء.
- ب - مع مراعاة أحكام الفقرة (ج) من هذه المادة تكون أحكام محكمة أمن الدولة قابلة للطعن لدى محكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تفهيمها إذا كانت وجاهية، ومن تاريخ تبليغها إذا كانت غيابية وذلك بالنسبة للنائب العام والمحكوم عليه.
- ج - الحكم بالإعدام أو بعقوبة جنائية لا تقل عن عشر سنوات تابع للتمييز ولو لم يطلب المحكوم عليه ذلك، ويترتب على النائب العام في هذه الحالة أن يرفع ملف القضية لمحكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً من صدور الحكم مع مطالعته عليه.

أما المادة العاشرة، فقد جاء نصها على النحو التالي:

- أ - تنعقد محكمة التمييز للنظر في التمييز المرفوع إليها بمقتضى الفقرتين (ب، ج) من المادة (٩) من هذا القانون من خمسة قضاة على الأقل، وتعتبر في هذه الحالة محكمة موضوع ويجوز لها أن تصدق الحكم بناء على البيّنات الواردة في ملف القضية أو أن تنقضه وتبرئ المتهم أو تدينه، ولها أن تحكم بما كان يجب على محكمة أمن الدولة أن تحكم به.
- ب - إذا كان حكم محكمة أمن الدولة بالبراءة، فلا يجوز لمحكمة التمييز أن تدين المتهم إلا إذا أعادت سماع البيّنة.

وقد حل قانون محكمة أمن الدولة رقم (٦) لسنة ١٩٩٣ محل قانون رقم (١٧) لسنة ١٩٥٩، وقانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٩.

وعليه، فإن التطوير التشريعي الذي آلت إليه محكمة أمن الدولة بموجب قانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٢ من حيث التشكيل والاختصاص وإجراءات

المحاكمة والمرافعة وجعل أحكامها قابلة للطعن بالتمييز (ولأول مرة في تاريخ الأردن) هو خير دليل على إضفاء طابع الشرعية عليها، فضلاً عن أن الغاية منها هي حماية مصلحة الوطن وأمنه، إذ أن الضرورات يجب أن تقدر بقدرها.

## ٢ - في مجال ضمانات الحرية الشخصية في مرحلتي التحقيق والمحاكمة:

لا شك أن الشرعية الجنائية تفرض على المشرّع عند تقنينه للقواعد التي تنظم إجراءات السير في الدعوى ضمانات عديدة تحترم أساساً حرية الفرد وأدميته.

وأولى هذه الضمانات هو حرص المشرّع في ضرورة الحفاظ على مبدأ الفصل بين وظيفتي الادّعاء والتحقيق الابتدائي؛ لأن ضمان الحياد اللازم توافره في السلطة المختصة بالتحقيق الابتدائي لا يتوافر إذا جمع المحقق بيده وظيفتين متعارضتين: ممثل الادعاء العام، وقاضي التحقيق، إذ السائد في التشريع الأردني أن النيابة العامة هي التي تختص بإقامة دعوى الحق العام (م ٢ أصول جزائية)، كما أنها المختصة بمباشرة إجراءات التحقيق الابتدائي (م ٥٢ من الأصول الجزائية).

وعليه، فالأولى بمشرّعنا تمشياً مع الشرعية الجنائية إعادة النظر بنظام الجمع بين وظيفتي الادّعاء العام والتحقيق الابتدائي، وأن يصار إلى نظام الفصل بين الوظيفتين المذكورتين.

كما أن الشرعية الجنائية تتطلب ألا يحرم المشتكى عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي من حريته عن طريق نظام التوقيف المؤقت (الحبس الاحتياطي)، إذ أن التوقيف المؤقت ليس حبساً، وبالتالي لا تقيد حريته إلا بصدر حكم بالإدانة ولا يصار إلى هذا الإجراء الاستثنائي (في مرحلة التحقيق الابتدائي) إلا إذا اقتضى التحقيق ذلك، وعليه، فإن أولى الأنظمة في هذا المجال هو حصره في الجرائم الخطرة ووجوب وضع حد أقصى لمدة التوقيف، وخلافاً للسائد في التشريع الأردني الذي يجيز التوقيف في جميع

أنواع الجرائم لمدة خمسة عشر يوماً قابلة للتجديد دون وضع حد أقصى لمدة التوقيف (م ١١٤ أصول جزائية)<sup>(٤٧)</sup>.

أما في مرحلة المحاكمة، فقد حرص الدستور الأردني صراحة على ضمان علنية المحاكمة حتى تتحقق رقابة الرأي العام على السلطة القضائية، إذ جاء في المادة (١٠١) في فقرتها الثانية أن «جلسات المحاكمة علنية إلا إذا رأت المحكمة أن تكون سرية مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب».

وقيل بأن علانية إجراءات المحاكمة تخوّل المواطنين وسيلة التحقق مباشرة من توافر الشروط التي تتم فيها مباشرة القضاء باسمهم، وأن هذا الضمان يتجاوز إلى حد كبير الضمانات المخوّلة لأطراف الدعوى، وقيل بأن العلانية هي ضمان عدم الشك في حياد القضاة بواسطة الجمهور.

ولا يستبعد هذا الضمان الدستوري إلا لحماية قيمة دستورية أخرى تتمثل إما في حماية النظام العام، أو في حماية الآداب العامة<sup>(٤٨)</sup>.

## المطلب الثاني

### نتائج مبدأ الشرعية بالنسبة إلى القاضي

يفرض مبدأ الشرعية على القاضي التزامات معينة، بحكم أن عمل القاضي ينحصر وفق هذا المبدأ بتطبيق نصوص القانون وتأويلها في الحدود المقررة، وبالتالي لا يملك إنشاء الجرائم وتقرير العقوبات، إذ يحظر عليه أن ينزلق

(٤٧) وتنص المادة ١١٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني أنه «بعد استجواب المشتكى عليه يجوز للمدعي العام أن يصدر بحقه مذكرة توقيف لمدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً إذا كان الفعل المسند إليه معاقباً عليه بالحبس أو بعقوبة أشد منه ويجوز عند الضرورة تمديد هذه المدة من وقت لآخر لمدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً. انظر في تقدير هذا المنهج: د. نظام المجالي: الضوابط القانونية لشرعية التوقيف، دراسة في التشريع الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، عدد ٢ لسنة ١٩٩٠، ص ٢٢٧ وما بعدها.

(٤٨) د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية، المرجع السابق، ص ٣٤٤.

عن طريق التفسير أو التأويل إلى تجريم أفعال، أو توقيع عقوبات لم يرد بها نص.

وعليه، فإن مبدأ الشرعية يفرض على القاضي عند تصديه للدعوى الجزائية أن يحدد النصوص الجزائية الواجبة التطبيق على الواقعة ولاسيما تلك النصوص التي يستند إليها في أحكام الإدانة أو البراءة. كما أنه يجب على القاضي أن يحترم قاعدة عدم رجعية نصوص التجريم والعقاب، وأن يتجنب التوسع في تفسير هذه النصوص أو تأويلها.

## أولاً: بيان التكييف القانوني للجريمة والالتزام بما حددته النصوص القانونية:

يجب على القاضي الجنائي عند نظره لدعوى جنائية ما، أن يعمل على بيان التكييف القانوني للجريمة وتحديده، ويتم ذلك بإظهار العناصر المختلفة المكونة للفعل الإجرامي وردها إلى أصل من نص القانون واجب التطبيق عليها<sup>(٤٩)</sup>.

فإذا لم يجد القاضي نصاً قانونياً يجرم ويعاقب على فعل معين وجب عليه الحكم بالبراءة إذا كانت الدعوى في مرحلة المحاكمة (١٧٨ من القانون الأردني)، وإذا تبين هذا الأمر للمدعي العام في مرحلة التحقيق الابتدائي فعليه أن يصدر قراراً بمنع المحاكمة (المادتان ١٣٠، ١٣٣ من التشريع الأردني).

وعليه، لا يجوز للقاضي الجنائي الاستناد إلى العرف أو قواعد العدالة أو مبادئ القانون الطبيعي، أو إلى النظام العام، أو حتى خطورة الفعل المنسوب إلى المشتكى عليه على المجتمع في تجريم الأفعال (ومهما كانت مستهجنة أو ضارة) لم يرد بشأنها نص في قانون العقوبات أو القوانين الجنائية التكميلية.

(٤٩) د. رؤوف عبيد: المشكلات العلمية الهامة في الإجراءات الجنائية، ١٩٨٠، ص ١٥٧ وما بعدها؛ ود. علي راشد: القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، ١٩٧٤، ص ١٤٨ وما بعدها؛ وانظر أيضاً:

Rassat: op. cit. No. 103, p. 104, et8.

كما أنه يحظر على القاضي الجنائي أن يقرر عقوبة غير تلك التي يقررها النص الجنائي، أو أن يخرج في تعيين مقدارها على الحدود المبينة مهما كان الفعل منافياً للأداب، أو ضاراً بالمصلحة العامة. فالقاضي الجنائي يجب أن يبحث عن النص القانوني الذي ينطبق تماماً على الواقعة المعروضة عليه، وقد يكون هذا أمراً ميسوراً وهو الغالب<sup>(٥٠)</sup>، ولكن عندما تعرض المسألة على القاضي ويحدث تنازع بين تطبيق نص أو أكثر على واقعة واحدة، عندئذ عليه أن يحل التنازع عن طريق الفحص الدقيق والتفسير السليم للنصوص الجزائية القائمة، وذلك للتوصل إلى النص الذي ينطبق تماماً على الواقعة الإجرامية المعروضة.

وقد قدّم الفقه عدة معايير لمواجهة تنازع النصوص الجزائية، منها: قاعدة أن النص الخاص يغلب على النص العام (م ٥٧/٢ عقوبات أردني)، وقاعدة أن النص اللاحق ينسخ النص السابق، ثم قاعدة أن النص طويل المدى يستوعب النص قصير المدى<sup>(٥١)</sup>.

## ثانياً: احترام قاعدة عدم تطبيق النصوص الجزائية بأثر رجعي:

كما يفرض مبدأ الشرعية على القاضي الجنائي أن يتقيد بقاعدة عدم رجعية القوانين الجزائية عندما يثور تنازع في تطبيق هذه القوانين من حيث الزمان، ويعتبر هذا الالتزام نتيجة منطقية لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، وقاعدة احترام الحقوق المكتسبة. فعلى القاضي أن يمتنع عن تطبيق النصوص الجزائية بأثر رجعي لما في ذلك من مساس بحقوق الأفراد المكتسبة واعتداء على حرياتهم دون إنذار مسبق، والخروج على هذه القاعدة مؤداها تجريم أفعال لم تكن مجرمة وقت ارتكابها أو تقرير عقوبة أشد مما كان مقررًا وقت

(٥٠) ولا يتعارض مبدأ الشرعية مع نظام الظروف المشددة أو المخففة في التشريع، لأنها

تكون مقررة بنص في القانون، انظر: د. مأمون سلامة: حدود القاضي الجنائي في

تطبيق القانون، دار الفكر العربي، ص ٩١ وما بعدها.

(٥١) انظر في ذلك، د. كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها.

ارتكاب الجريمة (المادتان ٣ و ٦ من قانون العقوبات الأردني). كما أن هذا الخروج يتنافى مع المبادئ العامة المستوحاة من الدستور سواء ورد فيه النص على قاعدة عدم الرجعية أم لم يرد النص؛ لأن قاعدة عدم الرجعية من القواعد المستقرة في الضمير الإنساني والعالمي.

ولا يتعارض مبدأ الشرعية مع جواز أن يطبق النص الجزائي بأثر رجعي إذا كان أصلح للمشتكى عليه (المادتان ٤ و ٥ من قانون العقوبات الأردني)<sup>(٥٢)</sup>. ويثار هذا الموضوع بصفة استثنائية سواء في مجال قواعد التجريم أو قواعد العقاب، كما لو ألغى المشرع بنص لاحق نص التجريم السابق، أو عدل في قواعد المسؤولية الجزائية تعديلاً في مصلحة المشتكى عليه، أو أضاف سبباً للتبرير لم يكن مقررراً بالنص السابق، أو عدل المشرع في مجال سياسة العقاب كما لو قرر في النص الجديد عذراً محلاً لم يكن مقررراً في النص السابق وقت ارتكاب الجريمة، أو كان النص الجديد مخففاً للعقوبة، وفي الفرض الأخير يشترط نفاذ النص الجديد قبل صدور حكم مبرم في الواقعة التي يثار بشأنها النزاع بين النص القديم والنص الجديد.

ويستقر اجتهاد محكمة التمييز الأردنية على احترام قاعدة عدم رجعية نصوص التجريم على الماضي، إلا إذا كانت أصلح للمتهم. فتقول في حكم حديث لها «لا يجوز تطبيق قانون العقوبات على الجرائم المقترفة قبل نفاذه، إلا إذا كان يلغي عقوبة أو يفرض عقوبة أخف»<sup>(٥٣)</sup>.

(٥٢) وجاء في نص المادة الرابعة من قانون العقوبات الأردني على أنه «كل قانون يعدل شروط التجريم تعديلاً في مصلحة المشتكى عليه يسري حكمه على الأفعال المقترفة قبل نفاذه ما لم يكن قد صدر بشأن تلك الأفعال حكم مبرم». ثم نصت المادة الخامسة من القانون نفسه «كل قانون جديد يلغي عقوبة أو يفرض عقوبة أخف يجب أن يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه، وإذا صدر قانون جديد بعد حكم مبرم يجعل الفعل الذي حكم على فاعله من أجله غير معاقب عليه بوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية».

(٥٣) انظر تمييز جزاء رقم ٦١/٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٦١، ص ٢٨٤، وتمييز جزاء رقم ٦٧/٤٤، مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٧، ص ١٠١٢، وتمييز جزاء ٦٨/٩٨، مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٨، ص ٨٣٢.

كما أن قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية على الماضي بمثابة قاعدة دستورية لأن فيها ضماناً لحماية الحرية الشخصية، فلا يجوز أن يؤخذ الفرد على فعل لم يكن مجزماً وقت ارتكابه، كما لا يجوز أن يعاقب بعقوبة أشد مما كان مقررّاً وقت ارتكابه. وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر، والتي جاء في قرارها «كلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم، فيجب أن ترد الحرية إلى أصحابها التي كان القانون القديم ينال منها»<sup>(٥٤)</sup>.

### ثالثاً: تجنب التوسع في تفسير النصوص الجزائية:

يفرض مبدأ الشرعية الجنائية على القاضي الجنائي عدم التوسع في تفسير النصوص الجزائية عند قيامه بتطبيق هذه النصوص، والقول بغير ذلك يسمح للقاضي بأن يتوصل - عن طريق التوسع في تفسير النص الجنائي وتأويله - إلى إنشاء الجرائم وتقرير العقوبات وهو ما يسمى بالتفسير المنشئ وهو ما تأباه طبيعة عمل القاضي في تطبيق النصوص التشريعية الجنائية.

وهذا القيد لا يمنع القاضي من القيام بما توجبه عليه وظيفته في تطبيق القانون من حيث استخلاص قصد المشرّع وإرادته، وعليه في هذا المجال أن يستعين بجميع وسائل التفسير اللغوية والمنطقية، فلا بد من الإلمام الدقيق بقواعد الصرف والنحو المتعارف عليها في اللغة العربية، فضلاً عن ضرورة الرجوع إلى المناقشات البرلمانية التي أثّرت وقت مناقشة مشروع القانون من قبل السلطة المختصة بالتشريع، والاطلاع على المذكرات والتقارير المختلفة المتعلقة بالنص محل التفسير. ما يتعين العمل على مقارنة النص المراد تفسيره بالنصوص الأخرى المماثلة والمتصلة به، وهذا ما يعبر عنه بالمنهج التكاملي في التفسير. ذلك أن المنهج اللفظي بمفرده، أو المنهج

(٥٤) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، ٣ ديسمبر ١٩٩٢، القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ (قضائية دستورية)، العدد ٤٩ من الجريدة الرسمية؛ وانظر: د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية، المرجع السابق، ص ١٢٧.

المنطقي بمفرده لا يكفي أي منهما للتعرف على مراد المشرّع من النص، إذ الاعتماد على أي منهما قد يؤدي بالمفسر إلى الخروج عن إرادة المشرّع وبالتالي الافتئات على مبدأ الشرعية.

ويؤيد ما ذكرناه في هذا الشأن أن النصوص القانونية الخاصة بالتجريم والعقاب هي تعبير عن مصالح اجتماعية حية ومنظورة، والوصول إلى المعنى المراد منها يفترض أولاً الاعتماد على ألفاظ النص لاستجلاء قصد المشرّع واستخراج علّة النص، والتعويل على المنهج المنطقي يُسهّل تحديد معنى الألفاظ التي استعملها المشرّع، فإذا كانت الألفاظ واضحة الدلالة كانت مهمة التفسير سهلة، أما إذا كانت الألفاظ غير واضحة الدلالة ويشوبها الغموض، فلا بد عندئذ من الاعتماد على ضوابط التفسير المنطقي (أو ما يعبر عنه بالمنهج التكاملي)<sup>(٥٥)</sup>. فالتعويل على هذا المنهج والذي يجمع بين ألفاظ النص وغايته هو أفضل الطرق في تفسير النصوص الجزائية وعلى نحو يحول دون الخروج على مبدأ الشرعية، إعمالاً لقاعدة «إنه إذا كان اللفظ هو نقطة البداية، فإن قصد المشرّع هو نقطة الوصول». وتقول محكمة التمييز الأردنية في هذا المعنى «إن المشرّع قد جرى على تحديد بعض الألفاظ القانونية وترك تحديدها أحياناً أخرى، ففي الحالة الأولى، يتبع القاضي في المعرف الضوابط القانونية التي حددها المشرّع. أما في الحالة الثانية، فقد ترك تكييف الفعل إلى ما يدركه القاضي من معاني ألفاظ القانون مستهدياً بالسوابق القضائية والفقه وبما للألفاظ من معنى في اللغة أو مجرى الحياة العامة، فإن هو لم يفعل ذلك فيكون قد تخلى عن تطبيق حكم القانون ويخضع حكمه لرقابة محكمة التمييز لتحديد معاني ألفاظ القانون على أساس من أن هذا الفهم هو الفهم الصحيح للقانون»<sup>(٥٦)</sup>. وفي هذا المعنى تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر «إن

(٥٥) د. جلال ثروت: مشكلة المنهج في قانون العقوبات، سنة ١٩٧٨، ص ٣٤.

(٥٦) تمييز جزاء أردني رقم ٨٦/١٠٦، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٨، العددان ٩، ١٠، السنة ٣٦، ص ١٧١٨؛ وانظر: تمييز جزاء ٨٩/١٦٢، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٠، ص ٣٤٣.

النصوص التشريعية لا تصاغ في الفراغ، ولا يجوز انتزاعها عن واقعها محدداً بمراعاة المصلحة المقصودة منها، وهي بعد مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص في فلكها. ومن ثم، تكون هذه المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل نص تشريعي وإطاراً لتحديد معناه»<sup>(٥٧)</sup>.

وتحويل القاضي الجنائي صلاحية تفسير النصوص الجزائية في ضوء قيد عدم التوسع فيه، ليس معناه أنه يجوز للقاضي أن يلجأ إلى المحاجة بطريقة القياس عند انعدام النص، فإذا عرض عليه واقعة لم يرد بتجريمها نص قانوني وجب عليه أن يقضي بالبراءة، ولا يجوز له أن يطبق القانون عليها بطريق القياس.

كما أنه يحظر على القاضي أن يلجأ إلى تكملة النصوص الجزائية الناقصة إلى حد يخوله خلق الجرائم والعقوبات، إذ تنحصر وظيفته في تطبيق ما هو قائم من نصوص، فإذا فرض وجود القاضي الجنائي عند تطبيقه للنصوص الجزائية نصاً تنقصه مقومات وجوده، وجب عليه أن يمتنع عن تطبيقه والحكم بالبراءة، ويكون النص الجنائي ناقصاً إذا كان تعريفه للجريمة تنقصه أركانها الأساسية أو بعضها، أو إذا أغفل المشرع تحديد العقوبة<sup>(٥٨)</sup>.

## – استقرار اجتهاد محكمة التمييز الأردنية على احترام مبدأ الشرعية بجميع نتائجه

وفي ختام هذا البحث لا يسعنا إلا القول بأن محكمة التمييز الأردنية يستقر اجتهادها منذ القدم على احترام مبدأ الشرعية باعتباره صمام الأمان لحماية الحرية الفردية.

(٥٧) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، ٦ فبراير ١٩٩٣، في القضية رقم ٤٠ السنة ١٣ (قضائية دستورية). وانظر: د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١٧٠.  
(٥٨) انظر: د. علي راشد، المرجع السابق، من ص ١٤٩-١٥١.

وجاء في حكمها الصادر برقم (١٦) لسنة ١٩٨٩ أن القاعدة في المواد الجزائية «أنه لا عقوبة بلا نص، ولا يجوز إعمال الاجتهاد أو القياس في النصوص الجزائية»<sup>(٥٩)</sup>.

وتتلخص وقائع القضية التي عرضت على محكمة الجنايات الكبرى برقم (٨٨/٣٧٧) في قيام المتهم بمواقعة أنثى أتمت الرابعة عشرة من عمرها، وانتهت محكمة الجنايات بإدانته بجناية الاغتصاب خلافاً للمادة ٢٢/٢٩٢ معدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٨، وأيد هذا الحكم كل من النائب العام لدى محكمة الجنايات الكبرى ورئيس النيابة العامة لدى محكمة التمييز.

مع العلم بأن المشرع الأردني عدّل نص المادة ٢٩٢ بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٨ وبموجب هذا التعديل لم يتناول بالتجريم حالة اغتصاب الفتاة دون الخامسة عشرة برضاها، في حين عالج واقعة الأنثى برضاها إذا أتمت الخامسة عشرة من عمرها ولم تتم الثامنة عشرة، بينما كان القانون قبل تعديله يجرم واقعة الأنثى برضاها إذا لم تتم الخامسة عشرة من عمرها (م٢٩٤/١).

واعتمدت محكمة الجنايات في حكمها المذكور على افتراض أن صغر سن المجني عليها دلالة على انعدام الرضاء، إلا أن محكمة التمييز انتهت إلى القول بأن صغر السن في جريمة الاغتصاب ليس ركناً في الجريمة بل هو ظرف مشدد لها، وأن المقصود برضاء المجني عليها في هذا النوع من الجرائم هو التعبير المطلق عن إرادة القبول، وهو أمر لا علاقة له بالسن أو بالعجز الجسدي أو النقص النفسي. وقد أفرد المشرع لهذه الحالات نصوصاً خاصة بها، ولم يعتبرها من حالات انعدام الرضاء، أو الإكراه التي يحكمها نص واحد.

وبالنظر إلى أهمية القضية المعروضة انعقدت محكمة التمييز بكامل هيئتها لأن القضية منطوية على مسألة مستحدثة ذات أهمية عامة ناشئة عن تطبيق نصوص قانونية جديدة معدلة.

(٥٩) انظر في قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز قرار رقم ٨٩/١٦، مجلة نقابة المحامين، العددان ١١، ١٢، السنة ٣٧، ١٩٨٩، من ص ٢٦٢٠-٢٦٢٧.

وخلصت المحكمة في قرارها المذكور إلى أن قرار محكمة الجنايات الكبرى قد جانبه الصواب في تطبيق المادة ٢/٢٩٢ معدلة من قانون العقوبات على فعل الواقعة (للمرة الثانية)، إذ تنص المادة المذكورة «كل شخص أقدم على اغتصاب فتاة لم تتم الخامسة عشرة من عمرها يعاقب بالإعدام». ذلك أن الاغتصاب بإجماع الفقه والقضاء هو واقعة أنثى غير شرعية بغير رضاها، وانعدام الرضاء هنا ركن في جريمة الاغتصاب، فإذا حصل الوقاع بالرضاء فلا تعد الجريمة اغتصاباً، وحيث إن الثابت في هذه القضية أن واقعة المجني عليها تمت بموافقتها ورضاها التام فتكون جريمة الاغتصاب منتفية في الفعل، الذي يبقى في حدود الواقعة الرضائية لمن لم تكمل الخامسة عشرة من عمرها، وعلى ذلك يكون الحكم المميز إذا اعتبر الفعل اغتصاباً مخالفاً للقانون وواجب النقض من هذه الجهة.

واستطردت محكمة التمييز إلى القول بأنه بالرجوع إلى نص المادة (٢٩٤ عقوبات) بالصيغة المعدلة في القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٨ تبين أن المشرّع عالج في القانون المعدل جريمة واقعة أنثى أكملت الخامسة عشرة من العمر ولم تكمل الثامنة عشرة برضاها والتي كانت الفقرة الثانية منها قبل التعديل تغطيها.

وعلى ذلك لم يعد في جرائم الواقعة بعد صدور القانون المعدل رقم (٩) لسنة ١٩٨٨ نص يعالج حالة هذه الدعوى في هذا الباب.

وحيث ذكرنا أنه لا يعد خروجاً على مبدأ الشرعية استناد القاضي في تفسير النصوص الجزائية إلى قواعد التفسير المنطقي بمقارنة النصوص بعضها ببعض في إطار النظام القانوني الواحد، والركون إلى قصد المشرّع من خلال البحث عن علة النص، وحيث انتهت محكمة التمييز في قرارها السابق إلى أن فعل الواقعة برضاء الأنثى لا يشكل اغتصاباً بدلالة المادة ٢٩٢ معدلة.

وعليه، فإن ذهابها إلى تكييف فعل الواقعة في حدود جرم هتك العرض هو تفسير سليم وموفق لأنه يتمشى مع طبيعة الفعل المنسوب إلى المتهم

وعلى نحو يتلاءم مع النصوص القانونية الخاصة بجرم هتك العرض كما جاء في المادة ٢٩٨ من قانون العقوبات.

وجاء في حكم محكمة التمييز «وحيث يفترض في فعل الواقعة المساس بالعورة على صورة هتك العرض، فالأدنى المتيقن في فعل المتهم (المميز) أنه ينطبق على أحكام المادة (١/٢٩٨) من قانون العقوبات التي تنص (كل من هتك بغير عنف أو تهديد عرض ولد - ذكراً أو أنثى - لم يتم الخامسة عشرة من عمره، أو حمله على ارتكاب فعل هتك العرض يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة)».

وقد تجلّى هذا التفسير المنطقي بقول محكمة التمييز «وحيث إن تكيف الفعل على الوجه المذكور لا يحقق التناسق والتدرج في مقدار العقوبة تبعاً لشدة الظرف، إذ تصبح عقوبة واقعة أنثى دون الخامسة عشرة «بموجب التكييف» أقل من عقوبة واقعة أنثى أتمت الخامسة عشرة من عمرها بموجب المادة ٢٩٤ عقوبات معدلة». وحيث لا يوجد في القانون أو الفقه الجزائي (على حد تعبير محكمة التمييز) ما يساعد على الخروج من هذا المأزق التشريعي لأن القاعدة في المواد الجزائية أنه لا عقوبة إلا بنص ولا يجوز إعمال الاجتهاد أو القياس في هذا الخصوص.

وعليه يتعين على محكمة الجنايات الكبرى أن تطبق نص المادة ١/٢٩٨ من قانون العقوبات على فعل الجاني مع مراعاة إعمال ظرف التشديد، كما جاء في المادة ١/٣٠١ كظرف مشدد لاقتران الفعل بفرض البكارة».

## خاتمة البحث

لا شك أن قاعدة الشرعية تستند إلى وجوب أن يكون التشريع هو مصدر التجريم والعقاب إعمالاً لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ويقصد بالتشريع في هذا المجال هو القانون الصادر عن السلطة التشريعية حسب نصوص الدستور، فحصر هذا الاختصاص بتلك السلطة يعد ضماناً مهماً لحماية الحقوق والحريات الفردية.

ومبدأ الشرعية لا يتعارض مع معطيات السياسة الجنائية الحديثة والتي تهدف إلى تفريد العقوبة، بحيث يكون تطبيق نصوص التجريم والعقاب متلائماً مع حالة المجرم حتى تكون قادرة على إصلاح المجرم وتهذيبه وإعادةه إلى المجتمع عنصراً صالحاً فيه، بينما يؤدي بالضرورة إلى إعطاء القاضي صلاحيات واسعة عند تطبيق النصوص القانونية على الوقائع المعروضة ما دامت النصوص تسمح بذلك.

وتحقيق الهدف المذكور يجب أن يكون في إطار شامل ومتناسق، فتكون حريات الأفراد (مصونة)، والحقوق مكفولة، والقضاة مستقلين عن السلطة التنفيذية غير قابلين للعزل، وتكون السلطة التشريعية هي المسؤولة عن عملية التشريع، وإذا فوّضت السلطة التنفيذية في إصدار بعض التشريعات فيجب أن يكون التفويض واضحاً ومحدداً في إطار سيادة القانون.

وأن قراءة فاحصة للتطور الذي يحدث في المجتمعات الحديثة، تؤكد لنا صحة القول السابق، فحتى في أكثر الدول تقدماً مازالت هناك انتهاكات للحريات الفردية وحقوق الإنسان، فضلاً عن أن العالم في هذا القرن يموج بالمشكلات والتغيرات، وتقوم دول جديدة وتنشأ أشكال جديدة في الأنظمة السياسية، وكل هذا يحتم ضرورة ضبط العلاقات بين الحاكم والمحكوم على أساس من الشرعية.

وإذا كانت هناك حاجة ملحة لتدخل السلطة التنفيذية في بعض مناحي

الحياة لتفقد الحياة الاجتماعية وظهور حاجات جديدة، فإنه يتعين أن يتم هذا التدخل في إطار احترام قاعدة الشرعية ونتائجها.

فضلاً عن أنه يجب على المشرع أن يكون يقظاً في العملية التشريعية، واعياً للحاجات الحالية والمستقبلية، وأن يكون مرناً بحيث يستجيب بسرعة لما تتطلبه المصلحة العامة للدولة دون الاعتداء على حقوق الأفراد المكتسبة، أو المساس بغير مقتضى بحرياتهم الشخصية، ويجب أن يكون المشرع مبصراً بمعنى أن يكون واعياً وعياً كاملاً وعلمياً بحقيقة الواقعة التي يراد تجريمها، وبهذا أيضاً يتضح مدى الحاجة الدائمة والمتجددة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

كما أن حماية الحريات الفردية في إطار قاعدة الشرعية توجب أن يتم إفراغ النصوص المبينة للجرائم والعقوبات بعبارات واضحة لا يشوبها الغموض أو الإبهام، وإذا كان النص مبهماً فعلى المفسر أن يتقيد بدلالة الألفاظ من خلال العلة التي تعرض لها المشرع في التجريم والعقاب. فإذا كان اللفظ هو نقطة البداية، فإن قصد المشرع هو نقطة الوصول أياً كانت الوسيلة التي لجأ إليها المشرع ما دام قد التزم بقاعدة عدم المحاجة بالقياس عند غياب النص، فالقياس محظور إطلاقاً في مجال قواعد التجريم والعقاب، كما يحظر على المفسر اللجوء إلى تكملة النصوص الجزائية الناقصة إلى الحد الذي يخوله خلق الجرائم والعقوبات؛ لأن في ذلك افتئاتاً على مبدأ الشرعية وعلى نحو يؤدي إلى المساس بالحقوق والحريات الفردية المكفولة دستورياً وقانونياً.

ولئن كان لنا الآن أن نختم هذا البحث بكلمة موجزة، فإننا نعتقد أن مبدأ الشرعية الجنائية بصفة خاصة مبدأ دائم، يمثل أهم ضمان للإنسان في حاضره ومستقبله، ثم إنه عاصم للسلطة من الوقوع في هاوية الظلم والتعسف، وهو في النهاية يمثل جزءاً لا يتجزأ من أعمال الضمير الإنساني التي توجت به الأمم المتحدة إعلانها العالمي لحقوق الإنسان، فهو بالتالي صمام الأمان لحماية الحقوق والحريات الفردية على نحو يكفل العلاقات المستقرة بين الحاكم والمحكوم.