

## مبدأ الشرعية الجنائية بين التراجع وضرورة إعادة النظر

كريمة علا

كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1.

k.alla@univ-alger.dz

تاريخ الارسال: 2020/11/02 تاريخ القبول: 2021/03/13 تاريخ النشر: مارس 2021

### الملخص:

يخضع مبدأ الشرعية الجنائية اليوم لحملة تجديد تعتري اغلب أركانه، في بحث عن ثوب جديد يليق بكينونته، بسبب معطيات عدة تلحق السلطة القائمة بالتشريع وضرورة إقرار هذا الأخير في إطار ما يعرف بمراجعة شكلية انفراد البرلمان بالتجريم والعقاب؛ لما لحقه من قيود على مستوييه الشكلي والموضوعي، وهو التصور الذي يوجب - حتما - إعادة النظر في جودة النص الجنائي، وفعليته لتفادي أزمة تضخم وسائل التجريم، وتشتت أحكام هذا الأخير، وكذا تدارك حالة تراجع القيمة الاجتماعية للقاعدة الجنائية.

### الكلمات المفتاحية:

الشرعية الجنائية، الانفراد التشريعي، التجريم الخاص، البرلمان، التضخم التشريعي.

#### Abstract :

The principle of criminal legitimacy between regression and the need for reconsideration. Summary: The principle of criminal legitimacy is today subject to a renewal campaign, which most of its members feel, in search of a new dress that is appropriate for their own body, because of several data attached to the existing authority and the necessity of approving it within the framework of what is known as a formal review of the parliament's individuals by criminalization and punishment; Because of its limitations on the formal and objective levels, the perception inevitably necessitates a review of the quality of the criminal text, its effect to avoid a crisis of criminalization, the dispersal of the provisions of the latter, as well as the reversal of the social value of the criminal rule.

**Keywords :**

Criminal legitimacy, legislative autonomy, private criminalization, parliament, legislative inflation.

**مقدمة:**

لقد عرف التشريع الجزائي الموضوعي في الآونة الأخيرة تعديلات متتالية، سواء من خلال تعديل قانون العقوبات، أو من خلال استحداث قوانين جزائية خاصة اشتركت كلها في صدورهما لمواجهة سلوكات معينة انتشرت في المجتمع، وأشارت استكارا اجتماعيا وتغطية إعلامية واسعة؛ فقد تم تعديل قانون العقوبات خلال سنة 2020 وحدها مرتين في ظرف ثلاثة أشهر، مرة أولى في نهاية شهر أفريل بموجب القانون 06/20<sup>1</sup> ومرة ثانية في نهاية شهر جويلية بموجب الأمر 01/20<sup>2</sup>، فقد أكد المشرع بموجب القانون الأول على معاقبة الإهانة الموجهة إلى الإمام في المسجد بمناسبة تأدية العبادات، كما جرم نشر وترويج أخبار وأنباء تمس بالنظام والأمن العموميين، وكذا التزوير للحصول على الإعانات والمساعدات العمومية والإعفاءات الاجتماعية، وكذا المساس بنزاهة الإمتحانات والمسابقات، وكذا تعريض حياة الغير وسلامته الجسدية للخطر، مع التشديد على هذا الفعل حال ارتكابه في فترات الحجر الصحي، أو خلال وقوع كارثة طبيعية أو بيولوجية أو تكنولوجية أو غيرها من الكوارث أما النص الثاني فقد شدد العقاب على مرتكبي الإهانة والتعدي على المؤسسات الصحية ومستخدميها واستحدث جرائم خاصة بهذا النوع من الإعتداء. أما القوانين الجزائية الخاصة المستحدثة في نفس الفترة الزمنية، فيتعلق الأمر أولا بالقانون 05/20 المؤرخ في: 2020/04/28 المتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتها

---

<sup>1</sup> القانون 06/20 المؤرخ في: 2020/04/28 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المؤرخ في: 1966/06/8 والمتضمن قانون العقوبات (جريدة رسمية صادرة في 2020/04/29 تحت رقم: 25)

<sup>2</sup> الأمر 01/20 المؤرخ في 2020/07/30 المعدل و المتمم للأمر 156/66 المؤرخ في: 1966/06/8 والمتضمن قانون العقوبات (جريدة رسمية صادرة في 2020/07/30 تحت رقم: 44) الموافق عليه بموجب القانون 11/20 المؤرخ في: 2020/10/22 ( جريدة رسمية صادرة بتاريخ 2020/12/29 تحت رقم: 80)

ثم بالأمر 03/20 المؤرخ في: 2020/07/30 المتعلق بالوقاية من عصابة الأحياء ومكافحتها. ليظهر القانون الجنائي من خلال هذه القوانين كمخلص للمجتمع من آفاته أو على حد عبارة أحد الفقهاء الفرنسيين " قانون جنائي سحري " » *droit pénal magique*<sup>1</sup> « تلجؤ إليه الدولة لحماية المجتمع من المعتدين عليه، فتقوم بتجريم اعتداءاتهم وفرض العقوبات الجنائية عليهم، ولما كان يترتب على ممارسة الدولة لسلطتها في العقاب هذه تقييد لحريات الأفراد، فإن مبدأ الشرعية الجنائية يضيفي المشروعية على هذه السلطة من خلال إخضاع ممارستها إلى تحديد مسبق للجرائم والعقوبات والإجراءات الجزائية<sup>2</sup> ويكون بذلك ضابطا لممارسة الدولة لاختصاصها الجنائي<sup>3</sup>؛ فلا يمكن لها ممارستها خارج النطاق الذي حدده لها التشريع، الذي أقره المجتمع عن طريق ممثليه، فالنموذج الرسمي لكتابة القانون الجنائي في منظور الفكر الحديث مبني على التشريع بمعناه الضيق كضامن لتحقيق الأمن القانوني والمساواة بين الأفراد<sup>4</sup>. لكن هذا التشريع الذي اعتل بسبب الإفراط في استعماله، وكذا بسبب أن كتابته لم تعد حkra على البرلمانات نظرا لتطور الدور " التشريعي " للسلطة التنفيذية، ولضغط إملاءات الإتفاقيات الدولية، التي أصبحت مصدرا قويا للقوانين الوطنية، قد وقع في فخ التضخم<sup>5</sup> الذي يهدد النظام الجنائي بالفوضى المؤدية إلى الانهيار، ولما كان التشريع هو لب مبدأ الشرعية، فإن ما أصابه قد هز الاعتقاد بهذا المبدأ، فتحول الحديث عن " بطولاته " في مواجهة تعسف الحكام إلى حديث عن تحوله<sup>6</sup>، أو ضعفه<sup>1</sup>، بل

<sup>1</sup> M. DELMAS-MARTY, Le flou du droit, PUF, Paris, coll. Quadrige, Essais, débat, 2004, p.67

<sup>2</sup> A. GIUDICELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Dalloz, 2007, p. 509

<sup>3</sup> IBID

<sup>4</sup> Massimo Vogliotti, " La « rhapsodie » : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal ", Diritti & questioni pubbliche, n°2, agosto, 2002, p199.

<sup>5</sup> R. JOLIVET, Traité de philosophie, T.IV\_Morale, 2eme édition, p.124 n° 103 cité in : Jean-Paul DOUCET, Le Droit criminel, Tome 1/ LA LOI PENALE, 4eme édition, refondue et complétée, p.95( 5)

<sup>6</sup> Massimo Vogliotti, " Mutations dans le champ pénal contemporain, Vers un droit pénal en réseau?", Revue de Science Criminelle et droit pénal comparé, 2002.

حتى عن اضمحلاله<sup>2</sup>؛ فبات من الضروري إعادة قراءة المقومات التشريعية لمبدأ الشرعية الجنائية، بنظرة واقعية، لما ترتبط هذه المسألة بتطور أسس القانون الجنائي برمته، للوصول الى تقدير مدى صحة وجدية مسلمة انفراد المشرع الوطني بسلطة التجريم والعقاب، ومدى توفر التشريع الذي يصدره في هذا الإطار على خصائص الدقة والوضوح، التي تسمح من جهة للأفراد بالتنبؤ عن تبعات سلوكياتهم من خلال إدراك الفاصل بين المباح والمحظور، ومن جهة أخرى بتحقيق مبدأ المساواة بين الأفراد، من خلال تقييد القضاة، وسلطات إنفاذ القانون بهذا التشريع المحكم، ومنعهم من أي تعسف قد ينتج من التوسع في تفسير نصوص قانونية غامضة.

ولمعالجة هذه الإشكالية سيتم الإنطلاق من فحص المكانة التي يشغلها البرلمان كمصدر للتشريع الجنائي، وما يترتب عن ذلك من احتمال إعادة تعريف السلطة المختصة بالتجريم والعقاب ثم التعرض في القسم الثاني إلى واقع سياسة التجريم وما يترتب عنها من آثار على نوعية النص الجنائي وبالتبعية على علاقة القاضي الجنائي بنص التجريم.

### المبحث الأول: حتمية تجاوز تصور تجسيد البرلمان للمشرع الجنائي

يضيف النموذج الرسمي للتشريع الجنائي، وفق الفكر الوضعي الحديث، وصف المشرع الجنائي المطلق على البرلمان، باعتباره المختص الوحيد بإعداد قواعد التجريم والعقاب فيظهر في شكل مصدر القواعد الجنائية و كذا محدد محتواها لكن ما يلاحظ من اعتراف بهذه السلطة لغيره من جهة و من إخضاع لها لإملاءات دستورية أو دولية، يحتم ملاحظة عدم إمكانية التسليم المطلق بهذا التصور نظرا لنسبية الإقرار الشكلي لسلطة البرلمان بالتجريم والعقاب(المطلب الأول) وللتقييد الموضوعي لسلطة البرلمان في التجريم و العقاب(المطلب الثاني)

<sup>1</sup> A. CERF-HOLLENDER, Le déclin du principe de légalité en droit pénal du travail, thèse, Montpellier-1, 1992

<sup>2</sup> Bertrand de Lamy, "Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français: contribution à l'étude des sources du droit pénal français", Les Cahiers de droit, volume 50, n°3-4, 2009, p585-609

## المطلب الأول: نسبية الإقرار الشكلي لسلطة البرلمان بالتجريم والعقاب

يعد استئثار البرلمان بوظيفة التشريع في مجال التجريم والعقاب النتيجة الأولى المترتبة عن مبدأ الشرعية الجنائية التي مازالت الأنظمة القانونية محافظة عليها مبدئياً (الفرع الأول) إلا أن التمسك بهذا القول على إطلاقه يتطلب إصراراً عنيداً على تجاهل فقدان البرلمان لهذه السلطة واعتباره مجرد واحد من بين واضعي القواعد القانونية<sup>1</sup> بسبب اختصاص غيره معه في هذه الوظيفة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: البرلمان مشرع جنائي مبدئي

تقوم مشروعية فكرة منح البرلمان سلطة التشريع على أساس أنه يعبر عن إرادة المجتمع، وأن القانون لا يمكن أن يصدر من سلطة مطلقة، بل من الشعب لضمان عدم المساس بحرية من يكونونه وهذه نقطة انطلاق أن الشعب هو السيد من خلال ممثليه في البرلمان<sup>2</sup>، وأن التشريع هو تعبير عن الإرادة الجماعية، المعبر عنها بصفة غير مباشرة من قبل نواب الشعب في البرلمان<sup>3</sup>؛ فلذلك اعتبر التشريع معصوماً من الخطأ ومطلقاً وغير قابل للتجزئة<sup>4</sup>، وهذا ما يبرر تأخر تجسيد فكرة الرقابة على دستورية القوانين، وهذا ما كرسه الدستور الجزائري<sup>5</sup> في المادة 114 منه بنصه على أنه " يمارس السلطة التشريعية برلمان... " وأضاف في المادة 139 التي تحدد مجالات الاختصاص التشريعي للبرلمان أنه هو المختص بوضع القواعد العامة لقانون العقوبات والإجراءات الجزائية، لا سيما تحديد الجنايات والجنح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها مما يعتبر إقراراً صريحاً باختصاص البرلمان في التجريم والعقاب، ناهيك عن إمكانية

<sup>1</sup> C. LOMBOIS, Droit pénal général, Hachette, coll. Les Fondamentaux, 1994, p.94

<sup>2</sup> François TERRE, Introduction générale au droit, 10ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2015, p.255

<sup>3</sup> D. REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in « Libertés et droits fondamentaux, 22ème édition, Dalloz, 2016, n°848, p.706

<sup>4</sup> B. CUBERTAFOND, La création du droit, Ellipses, coll. Le droit en questions, 2005, p. 19

<sup>5</sup> الدستور الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم: 96-438 المؤرخ في: 7 ديسمبر 1996، وفق آخر تعديل له صدر بموجب المرسوم الرئاسي 442/20 المؤرخ في: 2020/12/30 ( جريدة رسمية صادرة في: 2020/12/30 تحت رقم: 82).

استنتاج هذا الاختصاص أيضا من الفقرة الأولى من ذات المادة التي تخول له التشريع في مجال "حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية لا سيما نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطن" الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بالتشريع الجنائي. لكن إن كان الدستور قد كرس هذا الاختصاص فإنه اعترف أيضا للسلطة التنفيذية بذات الاختصاص على النحو الآتي تبيان.

### الفرع الثاني: إشراك السلطة التنفيذية في التجريم والعقاب

لقد خول الدستور لرئيس الجمهورية صلاحية التشريع عن طريق الأوامر في المادة 142 منه التي تنص على أن لرئيس الجمهورية أن يشرع في مسائل عاجلة بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية على أن تعرض هذه الأوامر على البرلمان في أول دورة له ليوافق عليها وكذا في الحالة الإستثنائية، فقد منح رئيس الجمهورية صلاحية التجريم والعقاب، كاختصاص أصيل،<sup>1</sup> وليس بناء على تفويض تشريعي من البرلمان، كما هو معمول به في بعض الأنظمة المقارنة، التي يتنازل فيه البرلمان بناء على تفويض مشروط لصالح رئيس الجمهورية، عن بعض صلاحياته في تنظيم الحقوق والحريات، وما قد يطالهما من أحكام جنائية، تحت ضمانات موضوعية وقيود شكلية صارمة؛<sup>2</sup> وقد عرف الدستور الجزائري هذا التفويض في دستور عام 1963، حيث نص عليه صراحة بموجب المادة 58 منه<sup>3</sup> ثم تراجع عن ذلك الطرح، جاعلا من التشريع بأمر صلاحية دستورية أصيلة ممنوحة لرئيس

<sup>1</sup> أنظر: صليحة بن نملة، التشريع المنافس، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية المجلد 3، العدد 3، سبتمبر 2018، ص ص: 492 - 506.

<sup>2</sup> أنظر: نادية بوطيلية، التنظيم الدستوري للتفويض التشريعي، دراسة مقارنة في القانون الأردني الفرنسي والجزائري، رسالة ماجستير جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009، ص: 67 وما بعدها.

<sup>3</sup> التي قضت بأنه: "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له ولمدة محدودة حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية، عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في مجلس الوزراء أو تعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر".

الجمهورية، وكأنه بذلك قد خلق سلطة موازية تتناط بها وظيفة البرلمان بالتشريع في بعض الظروف والأوضاع الاستثنائية. وفي هذا الإطار يمكن ملاحظة أن ربط التشريع عن طريق الأوامر بوجود مسائل عاجلة يتنافى ومقتضيات التريث التي يتطلبها التشريع في المادة الجنائية لخطورته على الحقوق والحريات، لكن هذا لم يمنع صدور العديد من القوانين الجزائية عن طريق الأوامر على نحو النصوص المشار إليها في المقدمة مثلاً.

إضافة إلى التشريع عن طريق الأوامر الرئاسية يؤسس الدستور للسلطة التنظيمية التي يمارسها الوزير الأول في إطار تطبيق القوانين والتي تسمح في المادة الجزائية بتكملة النص الجنائي من خلال تعريف أو تحديد شروط بعض المفاهيم المستعملة فيه، كتحديد شروط الحصول على رخصة حمل السلاح التي يترتب على مخالفتها وقوع جريمة حمل السلاح بدون رخصة أو تحديد مواصفات رخصة السياقة أو رخصة البناء التي يترتب على عدم توفرها جريمة القيادة بدون رخصة أو جريمة البناء بدون رخصة. وبذلك خول الدستور للسلطة التنفيذية عن طريق الإحالة التشريعية بوصفها واحدة من أهم أساليب التشريع المتخصصة؛ صلاحية تكملة نص التجريم من خلال تنظيم بعض المسائل ذات الطابع التقني، التي يصعب على البرلمان الإلمام بأبعادها لطابعها المتخصص، فيفوض - ليتجنب حالة عجزه - بعضاً من صلاحياته التجريبية لفائدة السلطة التنفيذية، على اعتبار أن هذه الأخيرة هي الأدرى والأكثر إلماماً بتلك المسائل<sup>1</sup> فالإحالة التشريعية عبارة عن أسلوب من أساليب التقنين وآلية من آليات الصياغة التشريعية، الرامية إلى تحقيق التكامل بين النصوص القانونية مستهدفة الحفاظ على دقة وإيجاز وعمومية وتجريد القواعد الجزائية، وتقادي التكرار فيها،<sup>2</sup> وهي المزية التي

---

<sup>1</sup> علاوي حسين هاشم، الإحالة في مجال التجريم والعقاب، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2018، ص: 08.

<sup>2</sup> عادل بوزيدة، الإحالة كآلية خاصة للتجريم في القانون الجزائي الإقتصادي، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، المجلد 05، العدد 01، جانفي 2020، ص ص: 80.

توحي في ظاهرها بأهمية الإحالة التشريعية في تلافي عيب الجمود الذي يعتري مبدأ الشرعية الجنائية، غير أن واقع الحال يفيد أن الإحالة التشريعية تعبير شكلي عن وجه من أوجه مصادرة سلطة البرلمان بالتجريم والعقاب. لما فيها من هدر للشرعية الجنائية حيث توقع عمليات الإحالة المتزايدة النصوص التجريبية تحت وطأة عدم الدستورية مما يجعل منها عبئا على النظام الجنائي، وهدرًا لمكانة القاعدة الجنائية كآلية للضبط الاجتماعي.

### المطلب الثاني: التقييد الموضوعي لسلطات البرلمان الجنائية.

ويكون ذلك في الحالة التي تحد فيها وظيفة البرلمان التجريبية بمسائل ذات طابع موضوعي، تتعلق بالمكانة السامية للحقوق والحريات ووضعيتها الدستورية لتكون خطأ أحمرًا يؤطر وظيفة البرلمان التشريعية، إلى جانب مصادرة وظيفته الموضوعية فيما يتعلق بمواءمة النصوص الدولية وانفاذها في النظام الجزائي الوطني:

#### الفرع الأول: التقييد الناتج عن دسترة القانون الجنائي.

يلعب إقرار الحقوق و الحريات في الدستور دورًا أساسيًا في تقييد سلطة البرلمان القوية في تقييد الحريات الفردية الناتج عن النصوص الجنائية<sup>1</sup>، فهو بمثابة العنصر الموازن بين سلطة العقاب والحفاظ على الحقوق والحريات<sup>2</sup>. فالدستور هو التقنين الأسمى في الدولة، ومركز غير من التشريعات في النظام القانوني الوطني، وبه ينظم الشكل السياسي للدولة، وترسم فيه سلطاتها، وتوزع بينها المهام السياسية والوظائف السيادية؛ ليكون الدستور بهذا المعنى حصنًا سياديًا بالدولة وفيه تنظم - على الخصوص - المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات باعتبارها قيمًا دستورية، مشمولة بالحماية الجزائية، إلى جانب مفردات دستورية أخرى<sup>3</sup>، وإن كانت العناية التي لحقت هذه المفردات من المستحسّنات الدستورية؛ التي كانت ثمرة نضال أجيال من فقهاء

<sup>1</sup> R. KOERING-JOULIN, J.-F. SEUVIC, "Droits fondamentaux et Droit criminel", AJDA, 1998, numéro spécial, p. 106

<sup>2</sup> D. MAYER, « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Dalloz, 1988, p. 439

<sup>3</sup> محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص: 05.

القانون؛ إلا أن تأطير ورسم الحدود الدستورية للقانون الجنائي سيما شقه الموضوعي يحد من صلاحيات البرلمان،<sup>1</sup> ويقيد سلطاته بالتجريم والعقاب، من وجهين اثنين؛ الأول إيجابي: يفرض عليه الالتزام بالحدود الدستورية والامتنثال لفحواها، بتجريم كل مساس وهدر للقيم الدستورية المعنية؛ والثاني سلبي: يلزمه بكف يده عن التدخل التجريمي لتنظيم المسائل المقترنة بحقوق المواطن الايجابية، وإن بدا منها ما يمس البنية الاجتماعية؛ لتكون - بذلك - الدسترة الجنائية قيда على الانفراد التشريعي، يبعد القواعد الجنائية عن طابعها القيمي، ويعزلها عن بعدها الاجتماعي؛ موقعة البرلمان بين مطرقة الدستورية وميزان الضرورة بالتجريم، ليجد نفسه مضطربا وبصفة غير مألوفة، في التجريم والعقاب كمخلف لواقع التقييد الدستوري لتجريم أو إباحة ما يتماشى مع الواقع الاجتماعي المعاش.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: التقييد الملموس في إطار المواءمة التشريعية.

لقد كرس الدستور الجزائري في مادته 154 مبدأ سمو المعاهدات الدولية على القانون الداخلي دون اشتراط انتهاج أسلوب محدد لإدماجها بل منذ تعديل 2020 أصبح التطبيق المباشر لها من قبل القاضي بعد إستيفائها لشرط التصديق مكرسا صراحة بموجب المادة 171 من الدستور إلا أن هذا الأمر غير ممكن بالنسبة للإتفاقيات ذات الصلة بالتجريم والعقاب اعتبارا أن مبدأ الشرعية الجنائية يتطلب في نصوص التجريم والعقاب الدقة والوضوح وهذا ما لا نشهده في المعاهدات الدولية التي تصاغ بشكل عام<sup>3</sup>، الأمر الذي يقتضي من المشرع القيام بإدماجها في التشريع الوطني عن طريق ما يسمى " بالمواءمة " وهذا تماشيا والإتجاه القائل بسيادة البرلمان الذي يرى بأن السلطة التنفيذية تختص بإبرام المعاهدات أما التشريع فهو من إختصاص

<sup>1</sup> F. RIGAUX, La loi des juges, Odile Jacob, 1997, p.35

<sup>2</sup> وهذا ما أكدته المجلس الدستوري الفرنسي في وصفه للتشريع بأنه يعبر عن الإرادة الجماعية في ظل

احترام الدستور. 27. n° 85-197, DC 23/08/1985, Cons. Const.

<sup>3</sup> وسام نعمت إبراهيم محمد السعدي، النظرية العامة للتشريع في القانون الدولي العام، دار الجامعة

الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص: 119.

السلطة التشريعية في الدولة والإعتراف للمعاهدة بالتطبيق المباشر هو إعتراف للسلطة التنفيذية بالتشريع وهذا حسبهم هدر لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>1</sup>، فيقع على عاتق البرلمان باعتباره المؤسسة التشريعية الرسمية التزام المبادرة بسن قوانين تجسد الإلتزامات الدولية للدولة، فيجد نفسه مرغما على تجريم أفعال لا يرى بالضرورة داعيا لذلك لكونها تفنقر للأهمية الاجتماعية للتجريم<sup>2</sup>، وبالمقابل لن يتمكن من رفع هذا الوصف الأخير على أفعال وأنشطة أخرى، متى ألزمت إتفاقية دولية الدولة بتجريمها. فحتى إن كان قانون الموامة التشريعية ضروريا، لإنفاذ الإلتزامات الدولية في مجال التجريم والعقاب فإن دور المشرع فيه لا يكاد يكون سوى دورا سطحيا<sup>3</sup>، لعدم إمكانية تدخله لضبط محتوى القاعدة القانونية؛ فيفقد البرلمان حقه السيد في تجريم الأفعال وفق تقديره الحر بأنها تتسم بالهدر الاجتماعي وتهدد قيما اجتماعية راسخة، وهذا ما يخالف أهم مسلمات مبدأ الشرعية الجنائية. فالقول باختصاص البرلمان بالتجريم والعقاب لا يعني مجرد وضع تأشيرة على نصوص يعدها غيره، إنما يتطلب منه المبادرة بتجريم الإعتداءات التي تقع على المصالح الجديرة بالحماية، وعلى القيم الإجتماعية المشتركة بين أفراد المجتمع.

## المبحث الثاني: حتمية إعادة النظر في الآثار المترتبة عن التصور المثالي للنص الجنائي

يقوم مبدأ الشرعية الجنائية على أساس نص جنائي مثالي خال من العيوب التي تجعله يشكل خطرا على الحقوق والحريات، فحق مع ذلك التصور المثالي تقييد سلطة القاضي في تفسيره، لكن وسط حالة التراجع التي تشهدها جودة النصوص الجنائية (المطلب الأول) يظهر القاضي الجنائي كحل لاعتلالها (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> عبد الكريم بوزيد المسماري، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية، دون دار نشر دون تاريخ، ص: 68 و 69.

<sup>2</sup> C. SOTIS, « criminaliser sans punir », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Dalloz, 2010, p. 773

<sup>3</sup> J. BORE, La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire, in Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André VITU, Cujas, 1989, p. 45

## المطلب الأول: عوامل التخلي عن التصور المثالي للنص الجنائي.

تستهدف الأنظمة التشريعية المعاصرة بناء ووضع توجهات قانونية بأهداف اجتماعية، مستهدفة وضع الجريمة، والحفاظ على النظام الاجتماعي، بالاعتماد على نظام جنائي يمكن من التنبؤ التجريبي ويتيح بالاعتماد عليه تقديم الجناة للعدالة وفق قنوات إجرائية عادلة يمكن معها ضمان أهداف جزائية عامة وخاصة مقترنة بالمصالح الموضوعية الجديرة بالحماية الجنائية؛ غير أن تحقيق هذا التصور ليس على درجة من السهولة، بل تعثره علل تحد من نجاعته، وتحد من إمكانيات تحقيق أهداف السياسة الجنائية، بسبب حالة التضخم التي تشهدها النصوص الجنائية، بوصفها وسائل لإنفاذ سياسة التجريم والعقاب، لإفراطها في تبني الآليات الخاصة والاستثنائية.

### الفرع الأول: عامل التضخم التشريعي.

تسعى عمليات التقنين المبنية على المعايير السليمة للتحكم في نوعية التشريع بمنح السلطة القائمة بالتشريع قدرا من المرونة وضع النصوص الجنائية على النحو الذي يسمح بتطوير مضمونها بإخضاعه للتعديل والتحيين،<sup>1</sup> بإدخال اضافات على النصوص وإدراج تعديلات عليها، وحذف الأحكام الملغاة منها، في إطار احترام مبدئي الإقتصاد والعقلانية في التشريع عامة، ومبدأ الضرورة في التشريع الجنائي خاصة ذلك أنه من المتفق عليه منذ قرون أن كثرة القوانين الجنائية تضعف النظام الجزائي الذي يقع في هذا الفخ، إضافة إلى أن تكاثر القوانين يصاحبه تزايد خطر أن تكون هذه القوانين جائزة<sup>2</sup> بل يشبه بعض الفقهاء الدول التي تنتشر فيها القوانين المتشابكة بالآلة المحملة بالزنبركات ressorts المضرة لبعضها البعض بسبب تعددها مما يسمح بتسرب الفوضى على الفور،<sup>3</sup> فكلما زادت القوانين كلما ضعفت سلطتها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سامية كسال، التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي، مجلة صوت القانون، المجلد 05

العدد 02، أكتوبر 2018، ص: 441.

<sup>2</sup> JOLIVET, traité de philosophie, T. IV – Morale- 2<sup>e</sup> édition, p.124 n°103

<sup>3</sup> Brissot de Warville, Théorie des lois criminelles, T1, Paris, 1836, p. 26

<sup>4</sup> Jean-Paul DOUCET, Le Droit criminel, Tome 1/ LA LOI PENALE, op.cit, p. 96

غير أن صلاحية التقنين الشكلية الممنوحة للمشرع بهذا الوصف، منحت هيئات التشريع متسعا لتكوين قواعد جنائية متدهورة، بسبب حالة التردد والارتباك التشريعي، التي خلفت أزمة تضخم في التركيب الجنائي، بسبب ازدياد عدد النصوص الجنائية الرامية إلى تنظيم وحماية المصالح القانونية والقيم الاجتماعية، نتيجة اعمال وسائل وآليات التشريع الزمنية لأسباب واعتبارات خاصة، فابتعدت القاعدة الجنائية عن خاصية التجريد التي تقتضي أن لا توضع لمواجهة اعتداء بذاته، وإنما لمواجهة فئة قانونية مما يتطلب مسبقا ضبط تصور مفاهيمي لهذا الإعتداء قبل تجريمه، وبعدها وضعه في قالب يسمح بتطبيقه على عدد غير محدد من الفرضيات المستقبلية،<sup>1</sup> صف إلى ذلك فإنه يترتب أصلا على اعتبار أن لا جريمة إلا بنص تشريعي، أن هذا النص هو الذي يؤثر سلوك الأفراد فيحظر بعضها تحت طائلة العقوبة الجزائية، لكن في السنوات الأخيرة أصبحت سلوكات الأفراد هي التي تجعل المشرع يصدر النصوص بصفة لاحقة، فالنص الجنائي أصبح ردة فعل وكأن المجرمين هم من يوجه السياسة الجنائية،<sup>2</sup> وحق وصف ردة الفعل هذه بـ " الأثر المقدوني " « effet macédonien » الذي يعبر عن ظاهرة تقييد المشرع لحرية الجميع عندما يلاحظ أن البعض تمادى في استعمال حريته. على الشاكلة التي أثرت في استقرار التشريع وارتياح النظام الجنائي، في مواجهة المراكز الاجرائية والمصالح الجديرة بالحماية الجنائية، وقد انعكست هذه الأزمة على الشرعية الجنائية بأن أثرت تأثيرا واضحا في الاستقرار التشريعي،<sup>3</sup> وخلقت حالة من التعارض والتناقض الظاهر في نصوص النظام الجنائي، من غير تجاهل لحالة الغموض وعدم الدقة في الصياغة التشريعية، وافتقار النصوص الجنائية لحالة الوضوح المطلوبة، والتي يقتضيها مبدأ شرعية التجريم والعقاب.

<sup>1</sup> Carbonnier, DROIT CIVIL, T.H, p.2

<sup>2</sup> Marie-Line DRAGO, Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle, Thèse de doctorat, Droit, Université Montpellier, 2016. Francois (NNT : 2016 MONT DOUU). (tel-0155361) <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel0155361>, submitted on 03/07/2017, p. 146

<sup>3</sup> C. BERGEAL, Savoir rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire..., Berger-Levrault, coo. Gestion publique, 1997 n°6 p.22

## الفرع الثاني: العامل المستمد من اعتلال سياسة التجريم

ترتكز سياسة التجريم وفق النموذج الناتج عن مبدأ الشرعية الجنائية في مفهومه الوضعي المطلق على نص جنائي واضح و دقيق في متناول المخاطب به ويسمح للأفراد بالتنبؤ عن تبعة أفعالهم، لأن الغموض في نصوص التجريم يقضي على الضمانات الممنوحة للمواطنين و يتركهم عرضة لتعسف القضاة، فالنص الجنائي يجب أن يكون قابلا للفهم intelligible ويكون كذلك عندما يكون الشخص العادي قادرا على فهم الحقوق و الحريات المجسدة فيه<sup>1</sup>، فليس من العدل أن تقوم المسؤولية الجزائية للأشخاص على أساس نصوص غامضة لم يكن في مقدورهم فهم معناها<sup>2</sup>.

إلا أن المبالغة في أعمال أساليب التجريم الخاصة من جهة وفقدان عملية التجريم لمقتضيات الرزانة والتريث من جهة أخرى قد خلف تأثيرا واضحا في بناء القاعدة الجنائية، وتهديدا صريحا لقيمة ومكانة الشرعية الجنائية، كضابط عام للتجريم ابتداءً من ذلك أن الأسلوب التجريمي المتخصص سيما التجريم بالإحالة، يخلف تصدعا في البناء الشكلي لقواعد التجريم والعقاب، فيخرم جودتها، يحد من قيمتها، بسبب حالة الارتباك التي يخلفها النظام المذكور في الصياغة التشريعية لتلك النصوص؛ ويظهر ذلك جليا في ما يخلفه في التركيب اللغوي والبناء اللفظي لها، وهذا يشكل إخلالا واضحا بمرتكزات شرعية القاعدة الجنائية، المتعلقة بدقتها ووضوحها؛ ناهيك عما يخلفه نظام التجريم بالإحالة من حالة ارتباك تشريعي، وفوضى في النظام الجزائي، تاركا وراءه حالة من التضخم التي تقلل من جودة التشريع؛ والتي ستؤدي بحال أو بأخرى إلى تهديد كينونة ورسالة مبدأ الشرعية الجنائية ناهيك عما يصاحب هذا التدهور من تحول سلبية دور القاضي في مواجهة النص الجنائي إلى إيجابية محتمة.

<sup>1</sup> M-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », Dalloz 2000,361

<sup>2</sup> Jean-Paul DOUCET, Le Droit criminel, Tome 1/ LA LOI PENALE, op.cit,p.110-113

## المطلب الثاني: التفوق المحتم لمركز القاضي الجنائي.

لقد حتم اعتلال نصوص التجريم بسبب تعدد مصادرها أو بسبب التضخم التشريعي المشار إليهما أعلاه ملاحظة الدور الذي أصبح يلعبه القاضي الجنائي في سد الثغرات التشريعية سواء من خلال الإجتهد في البحث عن معنى النصوص ( الفرع الأول ) أو من خلال ممارسة رقابة غير معلنة على نوعيتها ( الفرع الثاني ).

### الفرع الأول: التفوق الناتج عن تطور دور القاضي في تفسير النص الجنائي.

تجمع المراجع الفقهية لشرح قانون العقوبات على ضرورة تجريد القاضي الجنائي من سلطة التوسع في تفسير النص القانوني، وإلزامه بانتهاج التفسير الضيق له، تأثرا بما ساد في أوروبا في القرن الثامن عشر من فكر مناهض للإستبداد والتعسف الذي كان سائدا قبل الثورة الفرنسية، فيظهر القاضي عند "منتسكيو" بصورة " لسان ناطق بعبارات النص التشريعي " ويجرد من أي سلطة لتفسير القانون لأنه بمشروع على حد عبارة "بيكاريا"، لكن تداول هذه القاعدة لم يحل دون استمرارية النقاش والجدل حول حدود سلطة القاضي في تطبيق النص الجنائي، لأن التقيد المفرط لهذه السلطة، قد يسفر عن إفلات الجناة من العقاب، بحجة عدم إمكانية تكييف الوقائع على ضوء حرفية النص الجنائي، وفي المقابل السماح للقاضي بالتوسع في تفسير النص الجنائي قد يؤدي إلى إدانة أشخاص من أجل أفعال لم يقصد المشرع تجريمها، وتقاديا للوقوع في أحد الاحتمالين، بقى النقاش حول مسألة سلطة القاضي الجزائي في تفسير النص ذات أهمية مستمرة، إلا أن هذا النقاش يبلغ ذروته في عهد تدهور نوعية النصوص الجنائية بسبب تشتتها وصياغتها المعيبة فتوكل للقاضي الجنائي مهمة توضيح هذه النصوص وأحيانا تركيبها للتمكن من تكييف الأوضاع الجنائية المعروضة عليه.

فيتبين لمتتبع حركة التشريع والتقنين الجزائي خصوصا، ظهور بوادر تحول المنظومة الجنائية عن بنائها التقليدي، بتدخل لبنات ومفاهيم جديدة في هذا البناء، حيث تشهد مقومات القانون الجنائي حملة شرسة من التهديم وإعادة البناء تأثرا بعالمية الجريمة واتخاذها طابعا تقنيا عابرا للحدود الوطنية، بعد أن حمل المجتمع الدولي على عاتقه

مهمة التنسيق وتوحيد الجهود للحد من تفشي الإجرام المنظم، باستصدار تشريعات نموذجية، كدليل يحتذى بها في الأنظمة الداخلية، بمناسبة سن هذه الأخيرة لتشريعات الإنفاذ الجنائي كآلية وطنية لمواءمة فحوى الاتفاقيات الدولية، التي أضحت مصدرا مهما للقاعدة الجنائية الوطنية، وفي ظل تعدد اتفاقيات التجريم الدولي، وكثرة نصوصها وتشعب أحكامها من جهة، وتعارض أحكامها وتناقضها من جهة أخرى، وجد القاضي الجنائي نفسه في مأزق ضرورة تطبيق النص، وإلا وقع في فخ انكار العدالة فتبلور هذا الوضع وجسد في حالة استثنائية تجعل القاضي " صانعا سلبيا " للقاعدة الجنائية ومنشئا لها، وهو ما يتعارض مع مبدأ شرعية التجريم، لخلق هذا الوضع اعتلالا في السياسة الجنائية.

### الفرع الثاني: التفوق المستمد من مراقبة النص الجنائي

لقد ظل راسخا منذ قرون أن القاضي يطبق النص القانوني دون إمكانية مراقبته استنادا على مبدأ الفصل بين السلطات بل أكثر من ذلك جرمت المادة 116 من قانون العقوبات تدخل القضاة في الوظيفة التشريعية ووصفته بالخيانة. إلا أن آلية الدفع بعدم الدستورية التي التي استحدثها المؤسس الدستوري في المادة 188 من الدستور بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 والتي حدد القانون العضوي 16/18 المؤرخ في: 2018/09/02 شروط وكيفيات تطبيقها، تخول للقاضي نوعا من الرقابة اللاحقة على النص القانوني. ذلك أن القانون منح له سلطة تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية المقدم من قبل أطراف الدعوى، فهو الذي يسهر على ضمان افراغ هذا الدفع في قلبه الصحيح. فالدفع بعدم الدستورية يفتح افاقا جديدة امام سلطة القاضي الجزائي التقديرية من خلال اعطائه دورا فعالا في معالجة مدى دستورية القانون الواجب التطبيق على النزاع، فضلا عن الدور الذي يلعبه في توجيه الخصومة الجزائية الوجهة الصحيحة وفقا لما يمليه عليه القانون. فتقدير مدى جدية الدفع يقتضي من القاضي من الناحية الموضوعية ملاحظة مدى احترام الحكم التشريعي محل الدفع للحقوق والحريات المكفولة دستوريا، فيصبح القاضي بصفة غير مباشرة مراقبا للنص الجنائي

وحاميا للحقوق والحريات من خطر النصوص القانونية المعيبة وهو ما يتعارض مع المفهوم المتداول لمبدأ الشرعية الجنائية، الذي يسلم بسمو النص القانوني على مركز القاضي بشكل يحظر على هذا الأخير بأن يتدخل بشكل أو بآخر لإبداء رأيه حوله.

### الخاتمة

لقد بات من الضروري القيام بقراءة جديدة لمبدأ الشرعية الجنائية على ضوء تطور آليات التشريع الجنائي التي أصبحت من الناحية العضوية لا تقتصر على تركيز سلطة التجريم والعقاب في يد مشرع واحد ومن الناحية الموضوعية لا تراعي متطلبات الدقة والوضوح في نصوص التجريم والعقاب ولا تلتزم بمقتضيات مبدئي الضرورة والعقلانية لرسم سياسة جنائية تنظم هذه المعطيات الجديدة وتأخذها في الحسبان عند وضع الآليات التشريعية التي تحفظ حقوق الأفراد وتضمن جق الدولة في العقاب.

### قائمة المصادر والمراجع

#### الكتب:

- عبد الكريم بوزيد المسماري، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية، دون دار نشر، دون تاريخ.
- محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية القاهرة، 1992.
- BRISSOT DE WARVILLE, Théorie des lois criminelles, T1, Paris 1836.
- C. BERGEAL(C), Savoir rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire..., Berger-Levrault, coo. Gestion publique, 1997 n°6.
- CUBERTAFOND(B), La création du droit, Ellipses, coll. Le droit en questions, 2005.
- DELMAS-MARTY(Mireille), Le flou du droit, PUF, Paris, coll. Quadrige, Essais, débat, 2004 .
- DOUCET(Jean-Paul), Le Droit criminel, Tome 1/ LA LOI PENALE, 2017, 4eme édition, refondue et complétée, [http ://ledroitcriminel .fr□la\\_loi\\_penale](http://ledroitcriminel.fr/la_loi_penale) consulté de 20 septembre 2020
- JOLIVET, traité de philosophie, T. IV – Morale- 2<sup>e</sup>éditionp n°103
- LOMBOIS (Claude), Droit pénal général, Hachette, coll. Les Fondamentaux, 1994.
- RIGAUX(F), La loi des juges, Odile Jacob, 1997.
- TERRE(François), Introduction générale au droit, 10eme édition, Dalloz, Coll. Précis, 2015.

#### الرسائل الجامعية:

- علاوي حسين هاشم، الإحالة في مجال التجريم والعقاب، رسالة ماجستير كلية القانون، جامعة بغداد، 2018.

- نادية بوطليبة، التنظيم الدستوري للتفويض التشريعي، دراسة مقارنة في القانون الأردني، الفرنسي والجزائري، رسالة ماجستير جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009.
- Marie-Line DRAGO, Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle, Thèse de doctorat, Droit, Université Montpellier, 2016. Francois (NNT : 2016 MONT DOUU). (tel-0155361) <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel0155361>, submitted on 03/07/2017.

#### المقالات:

- سامية كسال، التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي، مجلة صوت القانون، المجلد 05، العدد 02، أكتوبر 2018، ص ص: 438 - 471.
- صليحة بن نملة، التشريع المنافس، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية المجلد 3، العدد 3، سبتمبر 2018، ص ص: 492 - 506.
- عادل بوزيدة، الإحالة كآلية خاصة للتجريم في القانون الجزائي الإقتصادي، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، المجلد 05، العدد 01، جانفي 2020، ص ص: 76 - 92.
- BORE(J), La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire, in Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André VITU, Cujas, 1989,p.45
- CERF-HOLLENDER(A), Le déclin du principe de légalité en droit pénal du travail, thèse, Montpellier-1,1992
- FRISON-ROCHE(M-A) et W. BARANES(W), « Le principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », Dalloz 2000,361
- DE LAMY(Bertrand), "Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français: contribution à l'étude des sources du droit pénal français", Les Cahiers de droit, volume50, n°3-4,2009, p585-609
- GIUDICELLI(André), « Le principe de légalité en droit pénal français», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2007, p.566-572<sup>1</sup>
- KOERING-JOULIN(Renée), J.-F. SEUVIC, "Droits fondamentaux et Droit criminel », AJDA, 1998, numéro spécial, p. 106
- MAYER(D), « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 1988, p. 439
- REBUT(D), « Le principe de la légalité des délits et des peines », in « Libertés et droits fondamentaux, 22eme édition, Dalloz, 2016, n°848, p.706
- SOTIS(C), « criminaliser sans punir », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz,2010, p. 773
- VOGLIOTTI(Massimo), " Mutations dans le champ pénal contemporain, Vers un droit pénal en réseau?", *Revue de Science Criminelle et droit pénal comparé*, 2002.
- VOGLIOTTI(Massimo), " La « rhapsodie »: fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine .Une hypothèse de travail pour le champ pénal ",*Diritti&questioni pubbliche* , n°2,agosto,2002,p199