



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ديالى / كلية القانون والعلوم السياسية
قسم / القانون

مبدأ الشرعية الجزائية

بحث تقدم به الطالب : (علي السجاد خليل سعد)

الى كلية (القانون والعلوم السياسية) قسم (القانون)
كجزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بإشراف : د. قائد هادي الشمري

2018 م

١٤٣٩ هـ

إقرار المشرف

أشهد ان البحث المرسوم (مبدأ الشرعية الجزائية) للطلاب (علي السجاد خليل سعد) قد تم تحت اشرافي في كلية القانون والعلوم السياسية .

د. قائد هادي الشمري

٢٠١٨

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ۖ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِف فِي الْقَتْلِ ۖ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا))

صِدْقُ اللَّهِ الْعَظِيمِ

((الإسراء : آية ٣٣))

الاهداء

الى من علمني النجاح والصبر ، الى من اعانني في مواجهة

الصعاب

ولم تمهله الدنيا لأرتوي من حنانه ... ابي

والى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرة عن مكنون ذاتها ، من

علمتني وعانت الصعاب الأصل الى ما انا فيه ، وعندما تكسوني

الهموم أسبح في بحر حنانها من آلامي ... امي

الى اخواني واخواتي ..

والى جميع هؤلاء اهدي بحثي ...

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهادي

الإنسانية وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين .

أتوجه بالشكر الجزيل لكل من ساهم في إخراج هذا البحث إلى كل

من كان سبباً في تعليمي وتوجيهي ومساعدتي

الى استاذي الفاضل (د. قائد هادي الشمري)

حيث لم يأل جهداً في ارشادي وتوجيهي اثناء عملي في البحث .

والى جميع أساتذة كلية القانون والعلوم السياسية عموماً والى أساتذة

قسم القانون خصوصاً

والى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة

قائمة المحتويات

ت	الموضوعات	رقم الصفحة
١	القران الكريم	أ
٢	الاهداء	ب
٣	الشكر والتقدير	ج
٤	المقدمة	١
٥	<u>المبحث الأول : ماهية مبدأ الشرعية الجزائية</u> المطلب الأول : مفهوم مبدأ الشرعية الجزائية المطلب الثاني : أهمية مبدأ الشرعية الجزائية المطلب الثالث : نتائج مبدأ الشرعية الجزائية المطلب الرابع : النقد الذي وجه الى مبدأ الشرعية الجزائية الخاتمة	٣ ٣ ٦ ٨ ١٠ ١٢
٦	<u>المبحث الثاني : مصادر مبدأ الشرعية الجزائية</u> المطلب الأول: القانون المطلب الثاني: العرف الفرع الأول : تعريف العرف الفرع الثاني : مزايا وعيوب العرف الفرع الثالث : اركان العرف المطلب الثالث : الأنظمة المطلب الرابع : المراسيم التشريعية الخاتمة	١٣ ١٣ ١٦ ١٦ ١٨ ٢١ ٢٣ ٢٥ ٢٨
٧	الخاتمة	٢٩
٨	قائمة المصادر	٣٠

المقدمة

يسود التشريعات الجنائية المعاصرة مبدأ أساسي مهم هو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الأبناء على نص وهو ما يسمى بمبدأ الشرعية الجزائية ويفرض هذا المبدأ حصر مصادر التجريم والعقاب في القانون المكتوب فتحدد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها والعقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها او مقدارها كل ذلك من اختصاص السلطان التشريعي وفي ذلك ضمان أساسي لحماية الافراد ولا شأن للقاضي في مجال التجريم والعقاب لان هذا المبدأ بمثابة حد فاصل بين اختصاص السلطة التشريعية والسلطة القضائية ولا تعد لاحدهما الآخر حيث ان هذه القاعدة ظهرت لأول مرة في فرنسا والتي قررتها المادة الثامنة من اعلان حقوق الانسان ثم بعد ذلك اخذت بها اغلب التشريعات الحديثة والتي نصت عليها قوانين العقوبات الحديثة حيث نص المشرع العراقي على مبدأ الشرعية الجزائية في المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم ((١١١)) لسنة ١٩٦٩ واصبح هذا المبدأ من المبادئ الأساسية لأهميته الكبيرة في حماية حقوق الافراد حيث ان القاضي لا يعتبر فعلاً ما جريمة مالم يرد نص على ذلك في القانون حتى ولو يشكل ضرراً او خطورة ما على المجتمع فلا جريمة الا بنص ولهذا المبدأ أهمية كبيرة حيث ان أي فعل من أفعال الافراد لا يعتبر جريمة الا اذا وجد نص في القانون يحدد ذلك واصبح هذا المبدأ من المبادئ الأساسية بعد ما نصت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة ونص عليها الكثير من المواثيق الدولية .

أهمية البحث

تتطبق أهمية البحث في كون مبدأ الشرعية الجزائية من المبادئ المهمة التي جاءت من اجل حل الازمات من عدم خلق جرائم وتقدير



عقوبات لها والتخلص من هذه الآثار والتداعيات التي جعلت الأمم منهة من خلا خلق جرائم وتقدير عقوبات لها ولا تقتصر أهمية هذا المبدأ المذكور على حماية حقوق الافراد وحياتهم بل حد لتعسف القضاء اذا ما أراد ان يتعسف وكذلك يضع اساساً مقبولاً للعقوبات أدى كافة الافراد بحول دون ارتكابهم للجرائم فاذا ارتكبوها وانزلت عقوبة فيهم قبلها لسبق معرفتهم بها .

منهجية البحث

من اجل تغطية محاور البحث وشرح تفصيلات مبدأ الشرعية الجزائية فقد اعتمدت على المنهج التحليلي لبيان برهان فريضة البحث كما ان الضرورة البحتة اقتفت دراسة مبدأ الشرعية الجزائية والنتائج المترتبة على هذا المبدأ في العراق وبيان التشريعات وحجم الاستخدام المتعارف في هذه الدولة اذا اقتضت عملية الإحاطة بها للاستعانة بالمنهج التحليلي .

هيكلية البحث

اقتضت الدراسة الى تقسيم البحث الى مبحثين نبين في المبحث الأول ماهية مبدأ الشرعية الجزائية وتم تقسيم هذا المبحث الى أربعة مطالب نبين في المطلب الأول تعريف مبدأ الشرعية الجزائية والمطلب الثاني أهمية مبدأ الشرعية الجزائية والمطلب الثالث نتائج مبدأ الشرعية الجزائية والمطلب الرابع النقد مبدأ الشرعية الجزائية اما المبحث الثاني فهو مصادر مبدأ الشرعية الجزائية وتم تقسيم هذا المبحث الى اربع مطالب نبين في المطلب الأول القانون والمطلب الثاني العرف وتم تقسيم هذا المطلب الى ثلاث فروع الفرع الأول تعريف العرف والفرع الثاني مزايا وعيوب العرف والفرع الثالث اركان العرف والمطلب الثالث الأنظمة والمطلب الرابع المراسيم التشريعية.

المبحث الأول

ماهية مبدأ الشرعية الجزائية

اتفق غالبية الفقهاء على ان مبدأ الشرعية الجزائية هو من المبادئ الأساسية حيث انه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص قانوني حيث تحدد الأفعال وبيان أركانها والعقوبات المقررة لها من حيث نوعها او مقدارها وكل ذلك من اختصاص السلطات التشريعية وهو مبدأ أساسي في حماية حقوق الافراد وحيرياتهم واصبح من المبادئ الأساسية حيث نصت عليه الكثير من قوانين العقوبات الحديثة الا ماندر . فسوف يتم تقسيم هذا المبحث الى أربعة مطالب حسب الاتي :-

- المطلب الأول :- مفهوم مبدأ الشرعية الجزائية .
- المطلب الثاني :- أهمية مبدأ الشرعية الجزائية .
- المطلب الثالث :- نتائج مبدأ الشرعية الجزائية .
- المطلب الرابع :- نقد مبدأ الشرعية الجزائية .

المطلب الأول

مفهوم مبدأ الشرعية الجزائية

نصت المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم ((١١١)) لسنة ١٩٦٩م على ((لا عقاب على فعل او امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون))^(١) .

تشرط المادة أعلاه حصراً مصادر التجريم والعقاب بالنصوص التشريعية فلا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون فهي تضع ما يسمع

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

اصطلاحاً لمبدأ شرعية الجريمة والعقاب فهو اول المبادئ التي يقوم عليها الركن الشرعي للجريمة فهذا يقترب فعلاً لم يجرمه القانون ولم ينص عليه ولم يفترض له عقاباً يكون في مأمن من المسؤولية وفي ذلك ضمان لحرية الافراد وحقوقهم (١) .

يفترض هذا المبدأ ضرورة وجود نصفي قانون العقوبات او في القوانين المكملة له يجرم الفعل ويفرض له عقاباً أي يفترض حصراً مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون فقط .

فتحدد هذه النصوص الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها وشروطها وفرض العقوبات الملائمة لها وبالتالي لا يكون بوسع المحكمة الجزائية ان تجرم فعل لم يحرمه القانون ولا تمنع عن تجريمه اذا كان القانون قد جرمه وكذلك في - المحكمة الجزائية - لا تستطيع ان تفرض على الجاني عقاباً او تدبيراً من التدابير الاحترازية لم ينص عليه القانون او نص على عقاب له يختلف عن العقاب الذي انزلته المحكمة به (٢) .

لا يعد الفعل او الامتناع جريمة مالم يكن منصوصاً عليه بهذه الصفة في القانون وعلى هذا لا يحق للحاكم محاكمة أي شخص عن فعل او اقتناء ، مالم ينص عليه القانون بأعتبره جريمة كما ليس للحاكم ان يحكم بغير العقوبة المقررة في القانون على من ارتكب فعلاً او امتناعاً مما اعتبره القانون جريمة ويعبر عن هذه القاعدة في التشريع الجنائي الحديث بعبارة ((لا جريمة ولا عقاب الا بنص)) ولم تكن هذه القاعدة معروفة قبل العهد الذي منحه المالك جون في إنكلترا الى رعاياه في عام ١٢١٥ وتقبل معهم مهاجرون انكليز الى فيلا ليفيا في أمريكا الشمالية عام ١٧٧٤ م . ثم

(١) محسن ناجي ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، ط ، سنة ١٩٧٤ ، ص ١٦ .
(٢) المصدر اعلاه

ظهرت هذه القاعدة الأولى مرة في فرنسا والتي قررتها في المادة الثامنة من اعلان حقوق الانسان الصادرة عام ١٧٨٩ واخذت لها بعد ذلك جميع التشريعات الحديثة ومن بينها الدستور المؤقت للجمهورية العراقية الصادر في ٢١ أيلول ١٩٦٨ م الذي نص في المادة ٢٢ على انه ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة بصدر القانون الذي ينص عليها))^(١).

ويراد مبدأ قانون الجريمة والعقاب ان المشرع وحده هو الذي يملك تحديد الأفعال المعاقب عليها و المسماة ((بالجرائم)) ولتحديد الاجراء التي توقع على مرتكبها والمسماة ((بالعقوبات)) مما يترتب عليه عليه ليس للقاضي ان يعتبر الفعل من قبيل الجرائم ويعاقب مرتكبيه مهما كان هذا الفعل منافي للادب او المصلحة العامة اذا لم يكن منصوصاً عليه في قانون العقوبات ذلك لانه ليس للقاضي حسب هذا المبدأ ان يخلق جرائم ولا يرتكب عقوبات^(٢) .

يفيد هذا المبدأ بأن أي فعل من أفعال الافراد او أي حزب من أحزاب سلوكهم لا يشكل جريمة تحت أي ذريعة إلا اذا وجد نص في قانون راهن يقرر إخفاء الصفة الجرمية على ذلك الفعل المعين ويرتب له جزاء شريطة ان يكون النص قد صدر قبل ارتكاب الفعل المراد عقابه فليكن لا يعاقب الافراد عن أفعال لم يكن من الواضح تجريمها وقت ارتكابها يتعين ان يشير لهم العلم مقدماً من القانون ما هو محذور من التصرفات قبل مطالبتهم بأن يحكموا تصرفاتهم^(٣) .

(١) اكرم نشأت إبراهيم ، موجز الاحكام العامة في قانون العقوبات العراقي ، مطبعة المعارف ، بغداد ، لسنة ١٩٦٩ ، ص ٣٢ .

(٢) علي حسين خلف - سلطان عبد القادر الشادي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، بغداد ، شارع المتنبي ، ص ٣٠ .

(٣) فخري عبد الرزاق صلبى الحديثي ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، سنة ١٩٩٢ ، ص ٣٥ .



لقد جاء قانون العقوبات البغدادي خالياً من نص يتناول مبدأ قانون الجرائم والعقوبات وكان هذا نقصاً في القانون فطن اليه المشرع العراقي فتلافى عن طريق النص على هذا المبدأ في الدستور وفي قانون العقوبات العراقي كما بينا انفاً . وبذلك اصبح هذا المبدأ ذات قوة دستورية الامر الذي يوجب احترامه والالتزام به ليس من قبل القاضي فحسب بل من قبل المشرع ايضاً مما يعطي قوة اكبر مما لو كان قد نص عليه في قانون العقوبات فقط . (١)

المطلب الثاني

أهمية مبدأ الشرعية الجزائية

ينطوي مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات على أهمية كبيرة من الناحية الاجتماعية حيث يضع العقوبة غي اطار القانون فستمد منه أساسها العمر الذي يجعلها مقبولة لدى الافراد اذا توقع من اجل مصلحة المجتمع فالعقوبة على ما هو معلوم بغیضة بصورة خاصة عندما تكون وسيلة للحسن والطغيان اما اذا وقعت استناداً الى القانون وطبقاً لنصوصه أصبحت عادلة و مشروعة (٢) .

(١) علي حسين خلف ، سلطان عبد القادر الشادي ، مصدر سابق ، ص ٣
(٢) المصدر اعلاه

وتبدو أهمية المبدأ من الناحية السياسية حيث يعتبر الضمانة الأساسية للحرية المدنية التي لا تنص فعلاً ما يريده الانسان ولنما فعلا ما يحضره القانون وبالتالي فأن من يرتكب فعلاً لم يخلع عليه المشرع الوصف الجرامي يكون في مأمن من المسألة الجزائية فالمبدأ يعين الحدود بين المحذور من الأفعال وبين المشرع منه فيتاح بذلك للفرد معرفة حدود حريته في العمل التصرف بنفسه واطمأن فتتولد الثقة لديه بأن حقوقه لن تنتزع وان كل الضمانات القانونية التي تصون هذه الحقوق والحريات يمكن تحركها اذا وجد أي تطاول عليها ^(١) .

فأهمية ظاهرة فيه ضمان كبير لحقوق الافراد وحياتهم فمن يقترب فعلاً لم يجرمه القانون يكون في مأمن من نتائج فعله ومن لا يفرض القانون عقاباً على فعله لا يسأل عما فعله حتى وان كان ما فعله مستهجناً ولا تقصر أهمية المبدأ المذكور على حماية حقوق الافراد وحياتهم فعني بل ويضع حداً لتعسف القضاء اذا ما أراد ان يتعسف كما يحول دون عسف السلطات العامة الأخرى وهو بالإضافة الى ذلك يضع اساساً مقبولاً للعقوبة لدى كافة الافراد يحول دون ارتكابهم للجرائم فاذا ارتكبوها وانزلت العقوبة فيهم لسبق معرفتهم بها وان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وجد طريقة في قوانين مختلفة منذ العهد الأعظم في إنكلترا وقد اعترته الثورة الفرنسية وثيقة من وثائقها و دونته في اعلان حقوق الانسان ومن ثم تسرب المبدأ الى تقنيات معظم الدول الأخرى ^(٢) .

(١) فخري عبد الزاق حلبي الحديثي ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

(٢) محسن ناجي ، المصدر السابق ، ص ٢ .

المطلب الثالث

نتائج مبدأ الشرعية الجزائية

يترتب على النص مبدأ قانون الجرائم والعقوبات في قانون الدول النتائج

التالية :-

١. ان التشريع، أي القانون المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات وبهذه الصفة يتميز قانون العقوبات عن بقية فروع القانون الأخرى كقانون المدني والقانون التجاري التي لا تقتصر مصادرها على القانون المكتوب فقط وإنما تشمل العرف والعادة وغيرها (١) .

ان توخي الدقة فان هذه النتيجة لا تصيب قانون العقوبات في جميع قواعده واحكامه وإنما تصيب منه فقط تلك القواعد الخاصة بأنشاء الجرائم والعقوبات لان مبدأ لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص وإنما يتصل بهذا الامر ليس غير مما يترتب عليه ان بقية قواعد قانون العقوبات غير قواعد اثناء الجرائم والعقوبات كالقواعد الخاصة بتحقيق العقاب او استبعاده او إيجاب الاباحة او موانع المسؤولية لا تنحصر مصادر التنظيم القانوني لها في النصوص الشرعية وإنما يتصور ان يكون العرف او مبادئ الشرعية او قواعد العدالة مصادر لها وتبرير ذلك هو ان مبدأ قانون الجرائم والعقوبات ما جاء إلا ليجعل حق خلق الجرائم والعقوبات محصوراً بيد المشرع اما غير ذلك فلم يتدخل في أمر مصدره لانه لا يؤثر في حرية الفرد تلك الحرية التي جاء المبدأ المذكور لحمايتها وصيانتها من تدخل القاضي (٢) .

(١) علي حسين خلف سلطان عبد القادر الشادي ، المصدر السابق ، ص ٣٦ .
(٢) المصدر أعلاه .



٢. ان قانون العقوبات لا تسري قواعده واحكامه الا على المستقبل مما يعني انه اذا صدر قانون عقوبات فإنه لا يحكم الا على تلك الوقائع التي وقعت بعد صدوره ونفاذه وهذه هي قاعدة لا عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي ، التي تكون المبدأ العام في تطبيق قانون العقوبات في الزمان وهذه القاعدة ايضاً لا يشمل تطبيقها الا تلك الاحكام التي تتعلق بخلق الجرائم وخلق العقوبات (١) .

٣. ان سلطة القاضي تنحصر في تطبيق القانون ضمن الحدود التي رسمها المشرع مما يترتب عليه ان يمتنع في مجال تطبيق للقانون عن كل ما من شأنه ان يوصله الى خلق الجرائم واستحداث عقوبات لا ينص عليها القانون ، فليس له استحداث الجرائم لم ينص عليها القانون او توقيع عقوبات غير مقررة فيه او لزيادة في العقوبات المقررة او الحكم في جريمة بعقوبة مقررة لجريمة أخرى او ان يطبق النصوص المنظمة للتجريم من شأن ان يجعلها شرعي على الماضي (٢) .

حيث ان العقوبة يجب ان تتناسب مع جسامة الجرائم المرتكبة والا تمس الكرامة الإنسانية فهذه العقوبة هو التأهيل والإصلاح والردع العام والردع الخاص ليعود المحكوم عليه الى المجتمع مواظماً صالحاً وان القاضي الجنائي لا يملك الاجتهاد او القياس لانه بذلك يخرق مبدأ الشرعية الجزائية بعكس القاضي المدني الذي يملك الاجتهاد لتعدد مصادر القانون الخاص (٣) .

(١) علي حسين خلف ، المصدر السابق ، ص ٣٧ .

(٢) المصدر أعلاه .

(٣) محمد صبحي نجم ، قانون العقوبات القسم العام ((النظرية العامة للجريمة))، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط ٣ ، سنة ٢٠١٠ ، ص ٥٠ .

لا يعاقب الشخص بأي عقوبة الا بناء على حكم قضائي من المحكمة المختصة بعد محاكمة واعطاءه الفرصة للدفاع عن نفسه ثم ادانته بحكم علني قابل للطعن به وفق القانون فالقضاء هو الحارس الطبيعي الى الحريات والحقوق ^(١) .

حيث ان هناك استثناءات لقواعد التجريم والعقاب تسقط فيها صفة الجريمة عن الفعل وبالتالي لا يترتب عليها عقاب لا اعتبارات المصلحة العامة ولمانع من موانع العقاب والمسؤولية وهذه الاستثناءات يجب عدم الخلط بينها وبين قواعد الاباحة ^(٢) .

المطلب الرابع

النقد الذي وجه الى مبدأ الشرعية الجزائية

ينتقد البعض منهم مبدأ الشرعية الجزائية بقوله انه اصبح رجعيّاً لان المشرع يحدد العقوبة على أساس جسامه الجريمة بينما النظريات الحديثة تركز الاهتمام على شخصية الجاني وتدعو الى تفريد العقوبة ولا يمكن للمشرع ان يتنبأ مقدماً بظرف كل مجرم على حدة ويقرر العقوبة المناسبة له كما يقال ان ظروف الحياة وتعقدها يؤدي وجود الكثير من الأفعال الجديرة بالتجريم والتي لم ينظن اليها المشرع عند وضعه لقانون العقوبات ^(٣) .

والحق ان هذه الانتقادات ليس حاسمة فالسلطة التقديرية والواسعة التي يمنحها القانون للقاضي تمكنه من تفريد العقوبة للشخص الجاني

(١) محمد صبحي نجم ، المصدر السابق ، ص ٥٠ .

(٢) المصدر أعلاه .

(٣) علي حسين خلف ، سلطان عبد القادر الشاوي ، المصدر السابق ، ص ٣٢ .

وبالتالي فلا تعارض بين مبدأ الشرعية ومبدأ تفريد العقاب ، كذلك فإن تحقيق الاستقرار القانوني بالتمسك بمبدأ الشرعية يعتبر هدفاً اسمى للمشرع ولو أدى ذلك في بعض الأحوال الى اغفال حماية احدى المصالح كما ان المشرع يستطيع ان يدرك أي نقص بقص بتحريم الأفعال التي تظهر خطورتها (١) .

وقد قال البعض منهم ان الاخذ بهذه القاعدة من شأنه ان يحول دون تقدم المجتمع وتطوره وترك امر التحريم بيد المشرع لا يكفل للمجتمع الحماية لان المشرع عندما يحرم الأفعال الضارة بمصالح المجتمع الجوهرية انما يضع نصب عينيه المصالح القائمة وقت التشريع في حين ان هذه المصالح قابلة بطبيعتها الى التطور والتغير فقد يكشف التطور عن أفعال تمثل خطراً على المجتمع الجوهرية فلا يستطيع القاضي ان يعاقب عليها لان المشرع لم يكن قد جرمها ابتداء فالتمسك بهذا المبدأ من شأنه ان يؤدي الى ان تقلت كثير من الأفعال الضارة بمصالح المجتمع من كل عقاب لعدم وجود نص يخبر بهما (٢) .

كما ان اعتراض على المبدأ بمقولة انه لا يساير الاتجاهات الجنائية الحديثة في تفريد العقاب لان اعمال هذه القاعدة على اطلاقها معناه اغفال شخصية الجاني فالمشرع يحدد العقوبة وفق هذه القاعدة على قدر جسامة الجريمة وليس في وسعه ان يجعل العقوبة ملائمة لظروف مرتكبها لانه لا يستطيع التنبؤ بأشخاصهم واحوالهم مع ان الاتجاهات الجنائية الحديثة تتطلب تفريد العقاب وفقاً لشخصية كل مجرم ودرجة خطورته لا تبعاً لجسامة الجريمة فقط وهذا ما أكدته المدرسة الوضعية عند مناداتها بتفريد

(١) علي حسين خلف - سلطان عبد القادر الشادي ، المصدر السابق ص ٣٢ .

(٢) نظام توفيق المجالي ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، ص ٧٢

العقاب انطلاقاً من فكرتها من ان العقوبة تقدر حسب خطورة المجرم لا يقدر الجريمة ^(١).

والواقع ان هذه الانتقادات عديمة القيمة مقابل ما يحققه هذا المبدأ من ضمانات واستقرارات أدت الى ان اصبح مبدأ تنص عليه جميع قوانين العقوبات الحديثة الا ماندر ^(٢) .

الخاتمة

على ضوء ما تقدم نستخلص بأن مبدأ الشرعية الجزائية يعني بانه حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص الشرعية وله أهمية كبيرة سواء من الناحية السياسية حيث يعتبر الضمانات للحرية المدنية او من الناحية الاجتماعية حيث يضع العقوبات في اطارها القانوني فتستمر منه أساسها إلا انه على الرغم من أهمية مبدأ الشرعية الجزائية الا انه لم يخلو من النقد بقولهم انه اصبح رجعيّاً لأن المشرع لم يحدد العقوبة على جسامه الجريمة بينما النظريات الحديثة تحددها على أساس شخصية الجاني .

(١) نظام توفيق الجالي ، المصدر السابق ، ص ٧٢ .
(٢) علي حسين خلف ، سلطات عبد القادر الشاوي ، المصدر السابق ، ص ٣٣ .

البحث الثاني

مصادر مبدأ الشرعية الجزائية

من الواضح ان مصادر مبدأ الشرعية الجزائية في كل امة من الأمم لا تنشأ من مصدر واحد بل من مصادر متعددة تساهم في تكوين مبدأ الشرعية الجزائية وهذه المصادر هي القانون والعرف والأنظمة والمراسيم التشريعية وعلى وفق ذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الى أربعة مطالب هي :-

المطلب الأول : القانون

المطلب الثاني : العرف

المطلب الثالث : الأنظمة

المطلب الرابع : المراسيم التشريعية .

المطلب الأول

القانون

يعرف القانون بأنه مجموعة من القواعد العامة الجبرية التي تصدر إرادة الدولة وتنظيم سلوك الأشخاص الخاضعين اهذه الدولة او الداخلين في تكوينها ، وعرفه بعضهم الاخر بأنه مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الافراد وعلاقاتهم في المجتمع وهي قواعد تختلف من دولة الى دولة ومن زمان الى زمان . فالقانون هو مجموعة من القواعد القانونية التي

تضعها السلطات المختصة لتنظيم الروابط الاجتماعية بين الافراد داخل المجتمع و الزامهم باحترامها (١)

ذكرنا ان النتيجة الحتمية لمبدأ الجرائم والعقوبات هي حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص الشرعية يكون القانون المكتوب المصدر الوحيد للنصوص التجريم والعقاب ويترتب على ذلك انه اذا لم يكن هناك نص مكتوب بين الفعل المجرم ويحدد العقوبة المقررة له وجب على القاضي ان يحكم ببرائة النتهم مهما كان الفعل في نظرة خطيراً ويتساهل التجريم والعقاب ويقصد بنص القانون التشريعي ((القانون المكتوب)) والتشريع هو كل النصوص المكتوب التي تقرر قواعد عامة مجرد بشرط ان تكون صادر من السلطات المختصة بالتشريع طبقاً للدستور وبذلك فأن المعيار المميز للنصوص الشرعية احدها تقوم على عنصرين الأول كون هذه النصوص تضع قواعد عامة مجردة وبذلك تستبعد القرارات الفردية التي تواجه حالات محددة بالذات والثاني كون هذه النصوص صادر عن السلطات المختصة بالشرع طبقاً للأوضاع المقررة في الدستور او القانون والاصل ان يصدر التشريع من السلطات الشرعية في الدول وفقاً في الشروط المثبتة في الدستور ولذلك تصبح السلطات الشرعية هي السلطة المختصة اصلاً بتحديد الجرائم والعقوبات غير انه في أحوال معينة وبشروط خاصة يمكن ان يخول المشرع الدستوري اهتماماً تشريعي محدود للسلطات التنفيذية (٢) .

(١) محمد صبحي نعيم . نائل عبد الرحمن صالح . صلاح الناهي ، القانون في حياتنا ، سنة ٢٠٠٣ ، ص ٩ .
(٢) كامل سعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص ٧٣ - ٧٤ .

الطلب الثاني

العرف

الفرع الأول

مفهوم العرف

لقد تعرض فقهاء القانون لتعريف العرف وبيان المقصود منه وباستقراء ما اوردته العرف في تعريفات ونتج ما اقاموا به من توضيح لمعناه نستطيع القول لا يخرج من كونه اعتبار الناس على اتباع قاعدة معينة من قواعد السلوك واعتقادهم بانها ملزمة والعرف بهذا المعنى هو الطريق الذي توصي به الفطرة والذي اعتاد به المجتمعات الأولى وقواعدها القانونية ومن هنا فهو اسبق المصادر ظهور في التاريخ حيث كانت القاعدة القانونية تظهر الى الوجود لاعتیاد الافراد على اتباع سلوك معين واعتقادهم بانه قد اصبح ملزماً لهم وان الخروج عليه سينتج توقيع الجزاء على الخارج عنه بحيث يمكن القول بان منشآت العرف ترتبط وتقترن بمنشآت المجتمعات الإنسانية لذلك فقد كان العرف في المجتمعات القديمة تحتل مكانه الأولى ويعتبر المصدر الرسمي الأول للقواعد القانونية الا ان تطور الحياة وانتقالها من طور الى طور ومن عهد الى عهد و تعدد العلاقات الإنسانية وتشعبها الامر الذي لم يعد العرف معه قادراً على مواجهة هذا التطور مواجهة سريعة (١).

ان البحث في أساس القوة الملزمة للعرف لم يعتبر الا حديثاً أي بعد ظهور الدولة الحديثة التي اصبح فيها القانون المكتوب هو المصدر الرئيسي

(١) إبراهيم إبراهيم الصالح ، دراسات في نظرية القانون ، سنة ١٩٩١ ، ص ٢٠٧ - ٢٠٨

للقاعدة القانونية لان لما كان العرف هو المصدر او الغاب للقاعدة القانونية فقد كان يستمد أساس قوته الملزمة من نفس العوامل التي يتأسس عليها وجود القانون الوصفي ولما بدأ القانون المكتوب ولي إدارة الدولة على القاعدة المنبثقة من ذات الجماعة وينزع منها تدريجياً المواد التي تنظمها بذات الحاجة الى عدم أساس القوة الملزمة للقاعدة العرفية حتى تحفظ بما يبقى لها من سلطان لتنظيم ما أغلقت تنظيمه القاعدة المكتوبة من علاقات او يبقى كمصدر ثاني الى جانبها (١) .

اما في حال اذا كان العرف مخالف للتشريع فقد اثار الفقه في هذا الصدد ومن حيث علاقة العرف بالتشريع مسألة ما اذا كان تغالب العرف باعتباره القانون الذي يصغه الناس لانفسهم على التشريع باعتباره صدره عن الدولة امراً وارداً واذا اردنا عدم الخضوع في تفاصيل هذه المسئلة فأن المقطوع به والراجح رجحاً مؤكداً هو ان العرف لا يمكن ان يخالف نصاً من نصوص قانون كما لا يمكن ان يكون مخالفاً للنظام العام او الادب اما حيث يتعارض العرف مع بعض التشريع المفسرة او المكملة للإدارة الطرفين المتعاقدين فلا شك في ان التشريع هو نفسه الذي يسمح للعرف كما رأينا بمخالفة احكامه اما اذا لم يرد نص في القانون يشير الى الاخذ بالعرف الذي يخالف حكم النص المفسر او المكمل فإنه مما لا شك فيه ايضاً ان العرف يصح ان يخالف هذا الحكم ويتعين على رجل القانون او القاضي ان يحكم وفقاً له وذلك لانه كان بامكانه المتعاقدين ان يتفق على حكم يخالف

(١) علي محمد بدير ، المدخل ادراسة القانون ، دار الطباعة الحديثة ، البصرة ، عشار ، سنة ١٩٧٠ ، ص ١٧٤ .

القاعدة المفسرة او المكملة لأرادتها بشكل صريح فأنها باستطاعة الاتفاق على مخالفة حكم النص باتفاقهما الضمني المتمثل في العرف^(١)

الفرع الثاني

مزايا وعيوب العرف

يتميز العرف بالمزايا الاتية وهي :-

أ) يتفق العرف وحاجات الجماعة لانه مستند الى ما يجري عليه الناس في احوالهم الاقتصادية والاجتماعية^(٢).

ب) يتطور العرف ويتغير تبعاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية^(٣)

ج) في الأغلبية الامر لا يعيق التشريع بكل مشكلة او مسألة في المجتمع لذلك كثيراً ما يأخذ نقصاً في التشريع فيأتي العرف غالباً ليسد هذا النقص او فقدان لتقضي هي نواحي القانون^(٤) .

اما فيما يتعلق في عيوب العرف :-

أ) ان قواعد العرف غير مكتوبة ويصعب الحق من مضمون القاعدة العرفية انما من السهل تقديرها^(٥) .

(١) عباس الصراف ، جورج خربون ، المدخل لدراسة علم القانون ، مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، وسط البلد ، سنة ١٩٩٤ ، ص ٥٢ .

(٢) عصمة عبد المجيد بكر ، أصول التفسير القانوني ، ط١ ، بغداد ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ١١١ .

(٣) المصدر اعلاه

(٤) المصدر أعلاه

(٥) إبراهيم الصالحي ، المصدر السابق ، ص ١٤

(ب) ان العرف يبطئ التكوين ومن ثم فهو يبطئ التطور ايضاً ولا يمكن الاعتماد عليه لتطور المجتمع^(١) .

(ج) يختلف لعرف باختلاف الجهات والمناطق في البلد الواحد مما قد يؤدي الى تعدد القواعد القانونية العرفية في موضوع الواحد ذاته مما يشكل عقبة في النظام في داخل المجتمع الواحد^(٢) .

حيث ان المشرع ينظم موضوعاً معيناً ولكنه يحيل القواعد التشريعية ذاتها الى العرف فيقوم العرف بتفسير وتحديد ما أحال اليه المشرع الى العرف لتحديد بعض المعايير التي يضيفها او الاستهداء به في الكشف عن قصد المتعاقدين او بتعيين به في سبيل وضع حدود معينة لفكرة يفضل ان تترك تحديدها للعرف وتدرس حالات دور العرف المعاون للتشريعات في الاتي :-

١. قد يستعين المشرع بالعرف لتحديد بعض المعايير المرنة التي يظمنها في القاعدة التشريعية مثال ذلك المادة (١٥٠ / ٢)^(٣) من القانون المدني العراقي ((لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)) والمادة (٥٣٧ / ج)^(٤) (يدخل في البيع من ذكر ج كل ما يجري على انه مشتملات البيع)) .

٢. قد يستعين المشرع بالعرف للاستهداء به في التعريف على ما قصد المتعاقدين مثال ذلك ما نصت عليه المادة (١٥٠ / ١)^(٥) من القانون المدني العراقي (لا يقتصر على الزام المتعاقدين بما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً من مستلزماته وفقاً ما اتت وفقاً للعرف)

(١) إبراهيم الصالحي ، المصدر السابق ، ص ١١٤ .

(٢) المصدر اعلاه

(٣) انظر الى ف٢ من المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٤) انظر الى ف.ج من المادة ٥٣٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

(٥) انظر الى ف١ من المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

اما اذا كان العرف مخالف للتشريع فان الأصل ان العرف لا يملك كقاعدة عامة الغاء التشريع او مخالفته وهنا ما يجب الاخذ به بالنسبة لنصوص التشريع الامر المتعلق بالنظام العام فلا يصح الغاء القاعدة التشريعية او مخالفتها الا بتشريع اخر واذا تعارض عرف مع قاعدة تشريعية امره فان الغلبة للقاعدة التشريعية سواء كان ذلك التعارض في اتفاق القانون المدني بين قاعدة تشريعية مدنية امره وبين قاعدة عرفية مدنية او كان ذلك في نطاق القانون التجاري ^(١) .

اما في العراق فقد كان المادة (٢) من القانون التجاري رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ المعني تنص على انه (١- تسري المسائل التجارية احكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين / فاذا لم يوجد اتفاق خاص لنصوص هذا القانون او غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ثم قواعد العرف العام ٢ - اذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق احكام القانون المدني ٣ - لا يوجد تطبيق للاتفاقيات الخاصة او القواعد العرف التجارية اذا تعارضت مع نصوص تشريعية) ^(٢) .

(١) عباس الراف - جورج خربون ، المصدر السابق ، ص ٥٢ .
(٢) انظر الى المادة ٢ من القانون التجاري العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ .

الفرع الثالث

اركان العرف

اركان العرف

من تعريفنا السابق للعرف باعتباره كمصدر من مصادر مبدأ الشرعية الجزائية بحيث انه اعتبار الناس على سلوك معين من ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ عن هذا المصد السلوك يسود الاعتقاد انها ملزمة لتصرفات الافراد ويجب الخضوع لاحكامها ويمكننا القول بأن العرف يقوم على ركنين أولها الركن المادي وثانيها الركن المعنوي (^(١)) .

أولاً - الركن المادي .

ان اعتياد الناس على نوع معين من سلوك في خصوص امر من أمور حياتهم الاجتماعية تنشأ عنه ((عادة)) وهذه العادة لا تفرضها سلطة معينة كما هو الحال بالنسبة للتشريع ولا توصي لها جهة معينة كما يحدث بالنسبة للقواعد التي يستقر عليها القضاء او الفقه بل ان هذه المادة تنشأ مما يعطيه الافراد لانفسهم من قواعد في ظل الظروف المحيطة بهم وان هذا السلوك ينفع الناس الى اتباعه بدفع الإحساس بضرورته حيث قد يحصل ان عدد قليل من الأشخاص يسلكون طريقة معينة في تنظيم امر يوحي من عقولهم وعلى هدى الظروف التي تحيط بهم ثم يتكرر هذا المسلك من غيرهم بحكم غريزة حب التقليد والميل لما هو مألوف وابتعاده عن غير المعروف وهكذا تتكون العادة وتستقر بترسخ اثره في النفوس مبدئها (^(٢)) .

(^١) علي محمد بدير ، المصدر السابق ، ص ١٧٤ .

(^٢) المصدر أعلاه .

ثانياً - الركن المعنوي .

لا يكفي لقيام العرف التوافر في العادة صفات العموم و القدوم والثبات وعدم مخالفة للعدالة والنظام العام في الجماعة او نصوص القانون وانما يجب كذلك ان يتوفر الركن المعنوي للعرف أي عقيدة الالزام المتمثلة ليتولد الاعتقاد لدى الناس بضرورة احترام قاعدة العرف وان هذا الاعتقاد لا يولد كاملاً وانما يتكون بتكون تدريجياً وان ركن الاعتقاد يلزم المادة باعتبارها قاعدة قانونية لها في انفس الناس السائر القواعد القانونية من هو الذي يميز المادة التي تكون عرفة عن القواعد القانونية من حرمة هو الذي يميز المادة التي تكون عرفة عن غيرها من الحوادث لان هناك من الاحداق ما لا تمد القانون بصلة كالعادات المتعلقة بالزيارات و الولائم وعادات تبادل الهدايا في المناسبات المختلفة وهذا لا يتوفر لها الاعتقاد بان لها حرمة القواعد القانونية بل تعد من قبل المجتمعات فقط . (١)

اذا كان القانون المكتوب هو وحده مصدر نصوص التجريم والعقاب فالنتيجة الحتمية لذلك انه يتعين استبعاد سائر المصادر المألوفة في فروع القانون الأخرى كالعرف ومبادئ الشرعية الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وتطبيقاً لذلك فلا جريمة في فعل لا يخضع لنص تجريم ولو خالف العرف او مبادئ الشرعية او قواعد العدالة فهذه المصادر لا تصلح ان تكون مصدراً للتجريم والعقاب (٢).

(١) علي محمد بدير ، المصدر السابق . ص ١٧٤

(٢) نظام توفيق المجالي ، المصدر السابق ، ص ٧٥ .

المطلب الثالث

الأنظمة

الأصل ان السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل وفق مبدأ الفصل بين السلطات في وضع التشريع لا ان التطبيق العملي يقتضى التخفيف من هذا المبدأ بمنح السلطة التنفيذية صلاحية وضع قواعد علمة مجردة و موضوعية وملزمة تسري على جميع الافراد الذين تتوفر فيهم الشروط اللازمة لتطبيق هذه القواعد وتسمى هذه الأنظمة (اللوائح او القرارات التنظيمية) (١) .

وتعد الأنظمة قرارات ادارية طبقاً للمعايير الشكلية كونها تصدر من السلطة التنفيذية الإدارية الا انها طبقاً للمعايير الموضوعي تعد عملاً تشريعياً صادر من السلطات التنفيذية نظراً لتنظيمها قواعد عامة مجردة تطبق على عدد غير محدد من الافراد او الجماعات ولا شك ان هذه القواعد تنص بالالزام باعتبارها عملاً قانونياً يعبر عن إرادة الافراد في احداث اثر قانوني او تعديل في المراكز القانونية ولذلك تعد عنصراً من عناصر البناء القانوني للدولة ومصدراً من مصادر مبدأ الشرعية الجزائية . والإدارة تلتزم باحترام ما تنظمه الأنظمة من قواعد قانونية كونها الإدارة هي الواجهة لها زمن ثم فلا يجوز لها الخروج عليها او مخالفتها بقرارات إدارية او القائها في كل وقت ولكنها تلتزم بالخضوع لاحكامها طالما الائحة باقية (٢) .

وطبقاً لاحكام التدرج الموضوعي تتمتع الأنظمة بقوة اسمى من القرارات الفردية اذا ان كل قرار فردي تصدره الإدارة يرتبط في وجوده

(١) نواف كنعان ، القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة ٢٠٠٩ ، ص ١٢
(٢) وسام جبار العاني ، القضاء الإداري ، ط ١ ، دار السنهوري ، بغداد ، سنة ٢٠١٥ ، ص ١٩

وصحته بنظام قرار تنظيمي موجود سلفاً وسابقاً على حدوده اذ يعتبر النظام مبدأً على إدارة الشخص الإداري الذي يتولى وضعها موضع التطبيق والتنفيذ فاحترام القرار الفردي للنظام يعتبر مبدأً عاماً مطلق التطبيق ايأ كانت مرتبة مصدره وإياً كانت الجهة التي أصدرته رئاسة او تابعة وتسري ذات القاعدة في حالة صدور القرار الفردي والنظام من جهة إدارية واحدة الا انه يجب ملاحظة ان الأنظمة ليست في مرتبة واحدة وليس كل القرارات الفردية في قوة واحدة وانما تتدرج المرتبة وتختلف درجة القوة الكامنة في كل قرار عن الآخر ان القرار يأخذ مرتبة صاحبة في هدم التدرج العضوي للجهاز الإداري وعلى ذلك فالقرار التنظيمي الصادر من وزير لا يملك الخروج على احكام قرار تنظيمي صادر من مجلس الوزراء اما في حالة اتحاد مصدر القرار واتحاد طبيعة القرارين التنظيميين فتسري قواعد التفسير التقليدي من حيث ان الخاص يقيد العام والاحداث بنسخ ما سبقه (١) .

ويتضح من النصوص الدستورية المشر إليها انها وضعت الأساس القانوني لسلطة الحكومة في اصدار الأنظمة الإدارية في مجالات مختلفة وانه حيث يتطلب الدستور تنظيم موضوع معين بقانون يمنع على السلطة التنفيذية تنظيم ما يتعلق بهذا الموضوع من احكام بنظام ويعتبر ذلك النص ملزماً ايضاً للسلطات التشريعية فهي لا تملك في هذه الحالة تفويض اختصاصاتها التشريعية الى الحكومة وقد اكدت محكمة العدل العليا في هذا المنهج احكامها الحديثة فقضت في حكم لها في هذا المجال بقولها ((ان اغتصاب السلطة يتم عندما تصدر اقرا من السلطة هي من شان سلطة أخرى كأن تتولى السلطات التنفيذية عملاً من اعمال السلطات التشريعية او تتولى السلطات التشريعية عملاً من اعمال السلطات التنفيذية اما حيث

(١) نواف كنعان ، المصدر السابق ، ص ١٣ .

تتولى السلطات التشريعية اصدار قانون مما تختص به بموجب الدستور فأنها لا تكون اغتصبت عمل السلطات التنفيذية بمقولة ان الاحكام الواردة بهذا القانون يجب ان تصدر بنظام تختص به السلطة التنفيذية فالدستور هو الذي يحدد الإدارة القانونية التي يجب ان تعالج النواصب الشرعية وهكذا يتبين ان الأنظمة هي مصدر مبدأ الشرعية الجزائية وهي بمثابة تشريعات إدارية تصدر بصورة مستقلة من القوانين العادية لكونها صادرة من السلطات التنفيذية (١)

المطلب الرابع

المراسيم التشريعية

هنالك ظروف استثنائية تمنح رئيس الجمهورية سلطة التشريع وذلك عن طريق المراسيم التشريعية والمراسيم التشريعية هي تشريع رئيس الجمهورية في بعض الأحوال التي يتولى فيها سلطة التشريع ورئيس الجمهورية لا يصدر المراسيم التشريعية بصفته رئيس السلطة التنفيذية بل باعتباره يمارس ايضاً وفي بعض الأحوال الاستثنائية التي نص عليها الدستور مهام السلطة التشريعية بدلاً من مجلس الشعب وهو يعتبر في منزلة التشريع الصادر من مجلس الشعب ومرتبته فيمكن ان تنظم به الأمور التي لا يجوز تنظيمها اصلاً الا بالتشريع وبالتالي تكون المراسيم التشريعية مصدراً للتجريم والعقاب ويستطيع ان يجرم الأفعال ويفرض العقوبات لهذه

(١) نواف كنعان ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

الأفعال وضمن حدود المرسومة له ويتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع بحسب دستورنا الحالي في الحالات الآتية (١) :-

١. في المادة الفاصلة بين ولايتي مجلس أي خلال الفترة الولقة بين انتهاء ولاية مجلس الشعب السابق وبدء ولاية مجلس الشعب الجديد (٢) .

٢. خارج دورات انعقاد مجلس الشعب أي من خلال الفترات التي يكون فيها مجلس الشعب موجوداً ولا كنه غير منعقد

٣. في انقاد دورات مجلس الشعب اذا وجد الضرورة القصوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية او مقتضيات الامن القومي .

ونرى بان تولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع في هذه الحالات امر طبيعي تقره معظم الدساتير في العالم ففي الحالتين الأولى والثانية مجلس الشعب لا يمارس مهمه التشريعي لذلك لا بد ان يعهد بهذا الامر الى رئيس الجمهورية حتى لا يتوقف حركة التشريع في البلاد اما الحالة الثالثة فيكون مجلس الشعب موجوداً ومنعقداً ولكن هنالك ظروف استثنائية بالغة الأهمية وهذه الظروف قد تستدعي اتخاذ تدابير تشريعية عاجلة والى احاطة هذه التدابير بشيء من السرية لذلك يكون من الأفضل ان يعهد به الى رئيس الجمهورية (٣) .

(١) نواف كنعان ، مصدر سابق ، ص ١٤ .

(٢) (www.minshawi.com) ٣/٦ ٢٠١٨

(٣) المصدر أعلاه .

وان المراسيم التشريعية لم تكن كالقوانين التتضيمية لتضمن قواعد قانونية ذات مفعول دائم بل انها إجراءات فورية استثنائية امعالجة الأوضاع القائمة في ضل فترة معينة اما مضمون هذه المراسيم فكانت بالدرجة الرئيسية خاصاً بأضفاء أنواع معينة من الديون او تقدير العقوبات على الافراد الذين يعجزون عن الوفاء بالتزاماتهم وتهدف المراسيم التشريعية لتحقيق العدة بالتخفيف عن بعض احكام القانون القاسية ^(١) .

الخاتمة

من خلا الدراسات والبحوث تبين ان مبدأ الشرعية الجزائية يتكون من أربعة مصادر أولها القانون وهو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الافراد الخاضعين للدولة او الداخليين في تكوينها وثانيها العرف وثالثها الأنظمة ورابعها المراسيم التشريعية ومن الواضح ان القوانين في كل امه لا تنشأ من مصدر واحد بل تنشأ من مصادر متعددة تساهم هذه المصادر مجتمعة في تكوين مبدأ الشرعية الجزائية .

(١) عباس العبودي ، تاريخ القانون ، ط٢ ، الناشر العائل بالقاهرة والتوزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، سنة ٢٠٠٧ ، ص ٨٦

الخاتمة

على الرغم من الانتقادات الموجهة الى مبدأ الشرعية الجزائية الا انه ما زال صامداً الى وقتنا الحالي ونجد ان اغلب قوانين العقوبات الحديثة تنص على مبدأ الشرعية الجزائية وخير مثال على ذلك هي المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ واعتبرت بعض الدول من المبادئ الدستورية ونص عليه في دساتيرها لاهميته الكبيرة في الناحية السياسية حيث اعتبر من الضمانات الأساسية للحرية المدنية . وكذلك على أهميته من الناحية الاجتماعية حيث يضع العقوبة في اطار القانون فتستمد منه أساسها الذي يجعلها مقبولة لدى الافراد وهنالك نتائج تترتب على هذا المبدأ حيث اعتبر القانون المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات وان قانون العقوبات لا تسري قواعده الأعلى المستقبل حيث ان سلطة القاضي تنحصر في تطبيق القانون ضمن الحدود التي رسمها المشرع ويتكون مبدأ الشرعية الجزائية من أربعة مصادر أولها القانون بأنه مجموعة من القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظيم سلوك الافراد الخاضعين الى هذه الدولة الدخلين في تكوينها وثانيها العرف وهو أعتياد الناس على اتباع قاعدة معينة من القواعد السلوك واعتقادهم بانها ملزمة وثالثها الأنظمة وهي قرارات إدارية تصدر وفقاً للمعايير الكلي تعتبر كونها تصدر من السلطات التنفيذية الا انها وفقاً للمعايير الشكلي تعتبر عملاً تشريعياً ورابعها المراسيم التشريعية وهي تشريع يسنه رئيس الجمهورية في بعض الأحوال التي يتولى فيها سلطة التشريع وهذه المصادر تساهم في تكوين مبدأ الشرعية الجزائية حيث ان هذا المبدأ هو مبدأ جوهري لانه يقوم بحماية حق الافراد من تسلط

القضاة في الاحكام لانه لا يقوم بخلق جريمة الجرائم وخلق العقوبات لها
لانه لا جريمة ولا عقوبة لا بنص في القانون .

وبناءً على ما تقدم توصلنا الى الاستنتاجات الآتية :-

١. ان مبدأ الشرعية الجزائية هو من المبادئ الأساسية وتجد اكثر قوانين
العقوبات الحديثة تنص على ذلك .

٢. له أهمية كبيرة في حماية حقوق الافراد وحياتهم حيث لا يستطيع
القاضي خلق الجرائم وخلق العقوبات لها لانه لا جريمة ولا عقوبة لا
بنص

٣. ان العقوبة التي تفرض يجب ان تتناسب مع جسامة الجريمة
المرتكبة .

٤. هناك استثناء على قاعدة التجريم والعقاب تسقط فيها صفة الجريمة
عن الفعل وبالتالي لا يترتب عليها عقاب الاعتبار المصلحة العامة
ولا مانع من موانع العقاب وهذه الاستثناءات يجب عدم الخلط بينها
وبين قواعد الاباحة .

المصادر

أولاً : الكتب

١. إبراهيم إبراهيم الصالحي ، دراسات في نظرية القانون ، سنة ١٩٩١ .
٢. اكرم نشأت إبراهيم ، موجز الاحكام العامة في قانون العقوبات ، مطبعة المعارف ، سنة ١٩٦٩ .
٣. عباس العبودي ، تاريخ القانون ، ط ٢ ، سنة ٢٠٠٥ .
٤. عباس العراف جورج خربون ، المدخل لدراسة علم القانون ، سنة ١٩٩٤ .
٥. عصمت عبد المجيد بكر ، أصول تفسير القانون ، ط ١ ، سنة ٢٠٠٤ .
٦. علي حسين خلف ، سلطان عبد القادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات .
٧. علي محمد بدير ، المدخل لدراسة القانون ، سنة ١٩٧٠ .
٨. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، سنة ١٩٩٢ .
٩. كامل سعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات .
١٠. محمد صبحي نجم ، قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة) ط ٣ ، سنة ٢٠١٠ .
١١. محمد صبحي نجم ، نائل عبد الرحمن صالح . صلاح الناهي ، القانون في حياتنا سنة ٢٠٠٣ .
١٢. محسنة ناجي ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، ط ١ ، سنة ١٩٧٤ .
١٣. نظام توفيق المجالي ، شرح قانون العقوبات القسم العام .
١٤. نواف كنعان ، القضاء الإداري ، سنة ٢٠٠٩ .
١٥. زسام صابر العاني ، القضاء الإداري ، ط ١ ، سنة ٢٠١٥ .

ثانياً : القوانين

١. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .
٤. القانون التجاري العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ .

ثالثاً : مصادر الانترنت

١. (www.minshawi.com) ، ٣/٦ / ٢٠١٨