جامعـــة غارداي ـــة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

– قسم الحقوق–

# مبدأ الشرعية في صياغة النص الجنائي

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي حقوق

تخصص : قانون جنائي وعلوم جنائية

من إعداد الطالبتين :

✍ بونعجة راشدة.

✍ نسيل صارة

تحت إشراف الدكتورة : الأخضري فتيحة

الموسم الجامعي : 2021م – 2022م

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

# شكر وعرفان

إنه لمن دواعي الشرف العظيم أن نتوجه بأصدق وأعمق المعاني الشكر والعرفان والتقدير والامتنان إلى أستاذتنا الفاضلة "**الأخضري فتيحة**" الدكتورة والمرجع المأثور بكليتنا التي تفضلت علينا بقبول الإشراف العلمي على البحث تأصيلا وتفصيلا، توجيها وتنقيحا رغم كثرة أعبائها وغزارة انشغالاتها والتي لم تبخل علينا بأستاذيتها الفذة وتوجيهاتها النيرة وآرائها القيمة وهي الأستاذة التي كان لها الفضل الأجل في أن يشهد عملنا هذا يومه هذا فلم تبخل علينا بعلمها الوفير وتواضعها الجم وخبرتها الناضجة طيبة الأعراق طيلة فترة الإنجاز والإشراف فجزاها الله عنا كل جزاء وجل معروف.

***بونعجة راشدة-نسيل صارة***

# الإهداء

قال تعالى : أعوذ بالله من الشيطان الرجيم : بسم الله الرحمن الرحيم

{قُلْ هل يَستَوِي الذِينَ يَعْلَمُونَ وَالذِينَ لاَ يَعْلَمُون}

أهدي عملي هذا إلى معلم الإنسانية إلى النور الذي بدد ظلمة الجاهلية من كان نوره شعلة أضاءت قلوبنا سيدنا ونبينا محمد ﷺ.

كما أهدي عملي إلى من كلله الله بالهيبة والوقار، من أحمل اسمه بكل افتخار، إلى من أمضى وقته في الكد والعمل ليرسم لنا طريقا ممهدا نحو المستقبل أدعو الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها أبي الغالي "**الخضر**".

إلى الغالية التي أرى الأمل في عينها ملاكي في الحياة ومعنى الحب، من كان دعائها سر نجاحي، وحنانها بلسم جراحي أمي الغالية "**وضيحة مهدي**".

إلى من حبهم يجري في شرياني ونبض دمي القلوب الطاهرة ورياحين حياتي أخواتي نشيدة – مريم، إلى سندي في الحياة وضلعي الثابت الذي لا يميل أخي "محمد" حفظهم الله.

إلى كل أفراد عائلتي "**بونعجة**" و"**مهدي**" صغيرا وكبيرا.

إلى جميع صديقاتي وأخص بالذكر "**روميسا دراوي**".

إلى الدكتورة **"الأخضري فتحية"** التي كان لها الفضل بعد المولى عز وجل في إتمام هذه المذكرة ويكفيني فخرا أنها تشرفت بأن تقبل بالإشراف على مذكرتي.

إلى خريجي الدفعة 2022 وفقهم الله والى كل من وسعهم قلبي ولم يسعهم قلمي.

**"بونعجة راشدة"**

# الإهداء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على صاحب الشفاعة سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه الميامين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

إلى من علمني أن الدنيا كفاح وسلاحها العلم والمعرفة، إلى الذي لم يبخل علياً بشيء، إلى من سعى لأجل راحتي ونجاحي، إلى أعظم وأعز رجل في الكون أبي العزيز **"بن ذهيبة"**.

أهدي عملي هذا إلى من ساندتني في صلاتها ودعائها، إلى من سهرت الليالي لتنير دربي، إلى من شاركتني في أفراحي وآساتي، إلى نبع العطف والحنان، إلى أجمل ابتسامة في حياتي، إلى أروع امرأة في الوجود أمي الغالية **"نسيل مسعودة"**.

إلى من ضفرت بهم هدية من الأقدار إخوة فعرفوا معنى الأخوة إخوتي الأحباء **سفيان** – **محمد الأمين** – عبد الرحمان – **عبد القادر أنيس**، إلى أختي العزيزة **أسماء**.

إلى زوجي وسندي في الحياة الذي كان خير عون في مسيرتي **"زهواني يوسف"**.

إلى أبنائي الأحباء الذين اقتطعت من وقتهم الكثير ولطالما قصرت اتجاههم من أجل إتمام دراستي **محمد قصي** – **عبد الرحمن**.

إلى صديقتي ورفيقتي **"راشدة بونعجة"** التي لم تدخر جهدا في هذه المذكرة.

كما أرفع كلمة شكر إلى الدكتورة **"الأخضري فتيحة"** التي ساعدتني في إنجاز مذكرة.

إلى جميع أفراد عائلة **"نسيـــــــــــــــل"**.

**"نسيل صـــــــــــــارة"**

# مقدمـــــــــة

# مقدمة

إن القاعدة القانونية بشكل عام وليدة حياة المجتمع فهي تأتي إلى الوجود كتعبير عن ضرورات الواقع بمختلف أنواعه سواء كان هذا الواقع اجتماعيا أو اقتصاديا أو ثقافية أو سياسيا أو تعليميا...الخ، وكما قسمها المختصون فإنها تتكون من فرض وحكم وهما يشكلان جوهر القاعدة القانونية حيث يفترض المشرع وقائع ووسائل معينة يعبر عنها الواقع وتشكل ظاهرة معنية أو يتخيلها المشرع ويتوقع حصولها في المستقبل فيرصد لها حكما قانونيا.

فالمشرع بشكل سياسته التشريعية في أحد مجالات الحياة كالمجال الجنائي مثلا الأمر الذي يتطلب منه تحويل تلك الأفكار إلى قواعد قانونية تعبر عنها وتضمن احترامها وتسهل ممارستها أو الحصول عليها، إلا أن ذلك لا يتم إلا من خلال وسائل التعبير عنها ومن هنا يمكن القول بعدم كفاية وجود تلك القواعد بل لابد من التعبير عنها تعبيرا سليما يضمن وضوح ودقة تلك الأفكار وهذه العملية نقصد بها كيفية التعبير عن الأفكار القانونية أو ما يطلق عليه شكل القاعدة القانونية هو "الصياغة القانونية".

وإذا كانت الصياغة لها أهمية على مستوى القواعد القانونية، ككل إلا أن لها أهمية خاصة في نطاق القانون الجنائي لكونه يمس أهم حقوق الإنسان وحرياته لهذا بات من الضروري أن يأتي التعبير عنها بدقة فإذا تطلب من المشرع أن يعبر بشكل دقيق عن القاعدة القانونية وجب عليه أن يتبع صياغة جامدة وإذا كانت المصالح الاجتماعية والفردية تتطلب المرونة في التعبير لكي تستجيب القاعدة القانونية لكل الوقائع المفترضة التي يصعب على المشرع الإحاطة بها حينئذ وجب التعبير عنها بصورة مرنة كل ذلك من أجل أن تأتي القاعدة القانونية معبرة حاجة المجتمع بشكل سليم وهو ما يعزز ثقة المواطن بتلك القاعدة وتولد لديه الاستعداد والامتثال لها واحترامها.

كما أن السياسة التشريعية الجنائية تهدف إلى النهوض والتغيير في الواقع الاجتماعي والسياسي داخل الدولة للتعبير عن المثل العليا الواردة في الدساتير والمواثيق الدولية التي تلتزم بها كإقرار لمبدأ الشرعية الجنائية، إذ أن مبدأ الشرعية الجنائية هو أحد أهم مقومات الصياغة الجيدة للنص الجنائي فهو يحدد للمشرع الإطار القانوني والضوابط الأساسية التي ينبغي عليه احترامها لكي يتحقق الأمن القانوني الذي ينشده المواطن في ظل الحياة التي أصبحت تزداد تعقيدا يوما بعد يوم.

وتكمن أهمية موضوع البحث في أنه من الدراسات الحديثة لم يتطرق إليه باحثون الجزائريون باستثناء بعض المقالات التي تناولت شقا لا يغطي كافة جوانبه كما يعتبر أيضا من المواضيع التي يجب البحث والتوغل فيها أكثر لكونها يمس أهم حقوق الإنسان وحرياته.

أما عن دوافع اختيار الموضوع فمنها ماهو ذاتي ومنها ماهو موضوعي فالأسباب الذاتية تتمثل في ميولنا الشديد لدراسة هذا الموضوع إذ أننا نجد فيه أهمية بالغة فالصياغة التشريعية هي الوظيفة التشريعية من بين الوظائف المعقدة التي تستلزم تضافر جهود عدة هيئات وسلطات

داخل الدولة ضمانا لجودة التشريعات، كما تمثلت الأسباب الموضوعية في كون هذا الموضوع حديث هذه الدراسات لم تنل حظها الكافي من البحث إلا بعض السطور متناثرة في جملة من المقالات العلمية.

وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الصياغة التشريعية في المادة الجزائية لكونها تعد عنصر هاما من عناصر تكوين القاعدة القانونية فهي التي تخرجها إلى حيز الوجود ويتوقف نجاح تلك القاعدة على دقة الصياغة ومدى ملائمة أدواتها للارتباط النصوص الجزائية بالحقوق والحريات سعى المؤسس الدستوري لحمايتها حيث أن أغلب الدساتير تنص على مبادئ دستورية جنائية تفرض على المشرع وجوب الالتزام بها حين سنه لنصوص التجريم والعقاب أو وضع القواعد الشكلية في المادة الجزائية.

وسبق هذا البحث دراسات تناولت جزئية واحدة من دراستنا تتمثل في النموذج القانوني للقاعدة الإجرائية و تأثير مبدأ الشرعية عليه للطالب شاكر النوري كلية الحقوق جامعة بابل بغداد سنة 2017.

كما لم تصادفنا أن هناك دراسة مشابهة لموضوعنا.

وقد كانت هناك صعوبات في إنجاز هذا البحث منها ندرة المراجع والمؤلفات في موضوع الدراسة وخاصة في القانون الجزائري حيث لم نعثر على دراسات حديثة بالنسبة للتشريع الجزائري وأيضا انعدام المراجع المتخصصة العربية والأجنبية.

وبناء على ما سبق ذكره نطرح الإشكالية التالية : **ماهي انعكاسات وتأثير مبدأ الشرعية الجنائية على الصياغة الجيدة للنص الجنائي ؟**

وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة منها :

- ماهو مفهوم صياغة النص الجنائي ؟
- هل يوجد شروط وخصوصية في صياغة النصوص الجنائية ؟
- ما أهمية مبدأ الشرعية الجنائية بشقيها الموضوعي والإجرائي ؟

وبالنظر إلى طبيعة الموضوع ومضمونه تستوجب الإجابة عن الإشكالية السابقة الاستعانة بمنهجين هما الوصفي والتحليلي الذي رأيناه الأنسب لطبيعة موضوع بحثنا، فالمنهج الوصفي ويبرز في تحديد مفهوم الصياغة القانونية بجميع أنواعها وكذلك تعريف مبدأ الشرعية الجنائية وهذا لوضع إطار محدد للدراسة، كذلك اقتضت الدراسة استعمال المنهج التحليلي من خلال استعراض بعض النصوص القانونية وتحليلها ومقارنتها بالآراء الفقهية.

وقد ابتعنا خطة ثنائية على النحو التالي : الفصل الأول متطلبات صياغة النص الجنائي، والفصل الثاني انعكاسات مبدأ الشرعية على الصياغة الجنائية.

وفي الأخير انتهينا إلى خاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصلنا إليها واتبعناها بجملة من المقترحات.

# الفصل الأول :
# متطلبات صياغة النص الجنائي

## تمهيـــــــــــد :

الصياغة القانونية هي عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل[1]. وبمعنى أدق يقصد بهما مجموعة من الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية في نصوص التشريعية تعيين على تطبيق القانون من ناحية العملية، وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية[2]، وتحكم صياغة النصوص القانونية عدة ضوابط متنوعة بين استعمال أنواع وطرق مختلفة، ولكن نصوص الجزائية لها خصوصية في ذاتها تجعلها تخذلن عن باقي فروع القانون الأخرى خاصة فروع القانون الخاص وهذا لارتباط نصوص الجزائية بفكرة القمع واستخدام السلطة العامة وكذا أساس القوانين جنائية بالحقوق والحريات ومن بين نصوص جزائية هناك نصوص الموضوعية متضمنة التجريم والعقاب.

إن هذه الخصوصية تنعكس بشكل كبير على تعرف وأساليب صياغة النصوص الجزائية فصياغة النصوص الجزائية وإن كانت تخضع لقواعد صياغة العامة المتعارف عليها إلا أنها تنفرد بحملة بين الخصائص لابد أن يلتزم بها المشرع حين تسنه لنص جنائي وهذا ما عرجنا إليه في هذا بين المبحثين مبحث الأول : مبادئ العامة لصياغة نص القانوني والمبحث الثاني خصوصية صياغة النص جنائي.

[1] مصطفى محمد جمالي وعبد الحميد محمد جمال، **النظرية العامة للقانون**، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص 64.

[2] حسن منصور محمد، **نظرية القانون**، دار الجامعة، جريدة للنشر الإسكندرية، 2009، ص 276.

## المبحث الأول : مبادئ العامة لصياغة النص القانوني

للصياغة القانونية أهمية بالغة فهي ضرورية للكشف عن القاعدة القانونية من جهة ومن جهة أخرى يتوقف عليها تحقيق الغرض الذي وقعت من أجله فكلما كانت صياغة دقيقة وفيرة عن مضمون التشريع كلما كانت طريقة سهلا وفعالا. وللصياغة القانونية أنواع وطرق مختلفة وهذا ما سنتطرق إليه في هذين المطلبين المطلب الأول أنواع الصياغة القانونية والمطلب الثاني طرق الصياغة القانونية.

### المطلب الأول : أنواع الصياغة القانونية

يعتمد في صياغة القانونية أحد أسلوبين أسلوب جامد قوامه التحديد الكامل للقاعدة القانونية وأسلوب مرت قوامه البعد عن الانضباط وتحديد الكامل لهذه القاعدة ومن ثم فإن صياغة نوعان جامدة وصياغة مرنة، ولكن قد يؤخذ بنوعين بين صياغة في نفس الوقت[1].

#### الفرع الأول : صياغة الجامدة

قد تصاغ القاعدة القانونية في صورة محددة جامدة لم تترك مجالا للسلطة القاضي التقديرية، حيث تعتبره تقييدا صارما والصياغة جامعة محددة هي "الصياغة التي يواجه فيها المشرع وقائع معينة ويعطيها حلا معينا لا يختلف معها كانت الظروف لتقييد بهما القاضي، ولا تترك مجالا للسلطة التقديرية للقاضي" أو هي : الصياغة التي تواجه فرض معينا وتعطيها حلا ثابتا، لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض، ولذلك فهي تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالعينة إلى الوقائع الخاضعة لها، وبالنسبة إلى حل المطلب عليها[2]. فالصياغة الجامدة تكون حين يكون مضمون القاعدة القانونية ينصرف إلى واقعة أو فرضية معينة تقتضي حلا واحدا ثابتا لا يتغير مهما كانت الظروف والملابسات محيطة بظروف الواقعة أو الفرضية، ولا يملك القاضي في تطبيق في مثل هذه القواعد أي سلطة تقديرية، بل يكون مقيدا بالحل المترتب على تحقيق الواقعة أو الفرضية فيطبقه تطبيقا آليا[3].

ومن أمثلة الصياغة الجامدة في التشريع الجزائري ما يتعلق منها بسن رشد المدني قد نص المادة 40[4] كما نجد كذلك المواعيد متعلقة برفع دعوى وآجال الاستئناف والتقاسم كلها تعتبر من أنماط الصياغة الجامدة فنجد في جميعها تحديد رقميا لا يترك أي مجال للتقدير، فإذا

---

[1] عبد الحميد زعلاني، **مدخل لدراسة القانون**، دار هومة، 2018، ص 42.

[2] نواف حازم خالد، سركون سليمان عمر، **الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية**، مجلة جامعة تكريت للحقوق، 2008، مجلد 03، العدد 29، ص 09.

[3] علي فيلالي، **مقدمة في القانون**، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 189.

[4] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 بتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

بلغ الشخص تسعة عشر (19) سنة يعتبر راشد بحكم القانون وذلك بغرض النظر عن جميع اعتبارات والظروف الشخصية أو غيرها، كأن يكون ذلك الشخص لا يزال لا يميز ما ينفعه مما يضره، فليس الرشد بالأساس مرتبط باكتمال القدرات العقلية للشخص، وهي تختلف بذلك من شخص لآخر بحسب ظروفه الصحية والنفسية والعائلية والبيئية والتعليمية، غير أن المشرع جعل سن تسعة عشر 19 سنة سنا بلوغ الشخص سن الرشد فالقاضي يعتبر كل من بلغ هذا السن راشدا ولا سلطة له في تقدير ذلك[1].

**الفرع الثاني : صياغة المرنة**

يكمن تعريف الصياغة المرنة بأنها : هي تلك الصياغة التي يتم التعبير فيها عن مضمون القاعدة القانونية بطريقة غير محكمة معيارية تسمح للقاضي بسلطة التقديرية والسعة في تطبيقها استجابة للظروف ومقتضيات العدالة، والصياغة المرنة يعبر فيها عن مضمون القاعدة القانونية بطريقة نستجيب لمعاملة كل حالة على حدة فيؤخذ في الاعتبار عند تقديرها ظروف وملابسات كل حالة، ويعرف اختصاص من يملك تطبيق القاعدة مرنة بالاختصاص التقديري أو السلطة التقديرية[2].

فالصياغة تكون مرنة إذا كانت القاعدة القانونية بإعطاء القاضي معيارا مرنا يستهذي به فيضع الحلول المناسبة لكل حالة على حدة من القضايا المعروفة عليه، طبقا للظروف والملابسات مختلفة، فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة إزاء تطبيق القاعدة المرنة[3].

فدور القاضي في القواعد القانونية ذات الصبغة المرنة أكبر منه في القواعد القانونية ذات الصياغة الجامدة، فدوره هنا إيجابي وعليه قد يختلف تطبيقها من حالة إلى أخرى وذلك بحسب اختلاف ظروف وملابسات كل حالة[4].

وتحقق الصياغة مرنة مزايا عديدة يأتي في مقدمتها أنها تستهدف تحقيق العدالة في الواقع بما يتلاءم وظروف وملابسات كل حالة فردية على حدة أو أبرز مجال تظهر فيه هذه المزية، القواعد محددة العقوبات بين حدين أعلى وأدنى يترك للقاضي سلطة التراوح بينهما حسبما تمليه الظروف كل حالة والقاعدة التي تسمح للقاضي فضلا من ذلك بالنزول بالعقوبة حتى تحت الحد الأدنى حين يمنح الظروف المخففة التي هي من كامل سلطته التقديرية مما يسمح بتحقيق أحد

---

[1] علي أحمد صالح، **مدخل لدراسة علوم القانونية نظرية القانون**، دار بلقيس، ط1، 2016، ص 100.

[2] صغير بن محمد الصغير، **ضوابط الصياغة ولسن القوانين**، دراسة المقارنة، دار الأطنطة للنشر، المملكة العربية السعودية، ط1، 2017، ص 95.

[3] هيثم الفقهي، الصياغة القانونية wwwtwitmail53.53-websit-en-westlamazomawco.com.

[4] محمد حسين منصور، **المدخل إلى علوم القانونية**، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010، ص 16.

المبادئ الأساسية التي لا غنى عنها في قانون العقوبات ألا وهو مبدأ تقدير العقوبة[1] Le principe de l'individualisation de la peine.

ولأهمية هذا المبدأ عمليا ومن زاوية تحقيق أكبر قدر من العدل في كل حالة خاصة على حدة فقط طالب البعض تعميه في كل قواعد القانون[2].

**المطلب الثاني : طرق الصياغة القانونية**

للصياغة القانونية طرقا للتعبير عن جوهر القاعدة القانونية والهدف من تقريرها فمن المعروف أن لكل قاعدة هدفا ينبغي تحقيقه، وتبعا لهذا الهدف يتحدد جوهر ومضمون القاعدة والصياغة هي التي تعبر عن هذا المضمون في فلت ذلك الهدف وعلى ذلك يمكن القول أن طرق الصياغة التي تقصدها في هذا الموضع هي طرق أو وسائل التعبير عن مضمون وجوهر القاعدة القانونية تحقيقا للهدف المنشود بين سندها وتنقسم إلى طرق مادية وأخرى معنوية[3].

**الفرع الأول : الطرق المادية**

ويقصد بالطرق المادية للصياغة القانونية وسائل التعبير عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا حسبما في المظهر الخارجي[4]، ومن أهم هذه الطرق ما يأتي :

**أولا : الصياغة بإحلال الكم محل الكيف (التعبير الفردي)**

تعني طريقة إحلال الكم محل الكيف التعبير عن مضمون القاعدة بواسطة مقدار كبير بدلا من مقدار كيفي، وهنا يستخدم المشرع رقما عدديا ثابتا في القاعدة القانونية، يسهل فيما بعد عملية تطبيقها، ويحول دون الاختلاف على ما يخضع لها ففي هذه الحالة يستخدم المشرع الأرقام في نصوص القانونية بدلا من أن يعد الشيء بصفته أو بكيفية مما قد يؤدي إلى اختلاف الآراء ونضارها[5].

ومن أمثلة ذلك فكرة الغبن في التعاقد فيكون هناك غبن إذا وجد تفاوت كبيرين فمن الذي تم به البيع والثمن الحقيقي للمبيع فمتى كان هناك تفاوت كبيرين ثمن الربح ثم به البيع والثمن الحقيقي للمبيع يمكن القول بوجود غبن، إلا أن تقدير هذا التفاوت يمكن أن يختلف من قاضي لآخر ففي هذه الحالة يتدخل المشرع ويحدد تحديدا نافيا للغموض متى يكون هناك غبن، حيث يستخدم الكم (أرقام) حل الكيف (تفاوت الكبير)، وفي هذا الصدد نجد المشرع الجزائري ينص

---

[1] عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 43.

[2] عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 44.

[3] عليوة مصطفى، **فتح الباب الوسيط في سن وصياغة تفسير التشريعات**، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 43.

[4] حسن كيرة، **مدخل إلى القانون بوجه عام**، ناصر المعارف، الإسكندرية، ص 19.

[5] نواف حازم خالد سركوت سليمان عمر، مرجع سابق، ص 27.

في المادة 90 من القانون المدني، فهي هذه المادة نجد أن القاضي هو الذي يقدر وجود نسبة التفاوت ولكن نجد في جهة أخرى أن المشرع استبدل الكم محل الكيف في نص المادة 358 من القانون المدني، ففي هذه الحالة لم يترك الأمر لتقدير القاضي بل استعمل تعبيرا عدديا ينفي أي غموض وبهذه الطريقة لا نكون بحاجة إلى تحكيم القاضي[1].

ومن الأوضح الأمثلة على ذلك تحديد سن الرشد فبلوغ الشخص رشده على نحو يجعله أصلا لأن يتولى شؤونه بنفسه، يفي بلوغه مقدارا معينا من النضج العقلي غير أن المشرع يعبر عن ذلك بصيغة كمية من خلال أرقام معينة، هي بلوغه سن معينا، ففي هذا الغرض أحل المشرع الكم وهو بلوغ سن معينة، محل الكيف وهو بلوغ الشخص مقدارا معينا من النضج العقلي[2].

**ثانيا : الصياغة باستخدام الشكل**

ويقصد بها الربط بين القيمة التي يراد للقاعدة القانونية أن تحملها وبين مظهر خارجي محدد يتعين على الأفراد إتباعه في تصرفاتهم لكي تصبح هذه التصرفات أو يمكن إثباتها أو يمكن الاحتياج بها على الغير. ومن أمثلة ذلك القاعدة التي تقرر أن التصرفات التي ترد على العقار لا تتم إلا بورقة رسمية وإلا كانت بالملة[3]، فالقيمة التي تريد هذه القاعدة حملها إلى الأفراد وهي وجوب تروي المتصرف في العقار قبل إقدامه على التصرف[4].

ومن ثم فإن صياغة هذه القاعدة صياغة مباشرة تقتضي القول بأن التصرفات في العقارات لا تكون صحيحة إلا إذا تمت عن ترو وعن تبصر لكن صياغة هذه القيمة في قاعدة القانون على هذا النحو يجعل أمر تحقيقها غير ميسور في التطبيق العملي بما ينشأ عن ذلك من جدل يصعب حسمه لذلك بالمشرع يستعيض عن هذه الصياغة الموضوعية بصياغة شكلية يمكن أن تحقق الانضباط اللازم ويستلزم لصحة التصرف لا صدوره عن ترو وتبصر وإنما صدوره في شكل معين[5].

يفرض القانون في بعض التصرفات القانونية توفير شكل معين لكي يصبح لهما وجود، فهنا لم تظهر هذه التصرفات في المظهر الخارجي المتمثل في شكل ما، فهي غير موجودة قانونا ولا ترتب أي أثر، فالمشرع قد يعول أحيانا على الشكل الواجب توفره في القاعدة القانونية

---

[1] رحال سمير، **خصوصية صياغة النصوص جزائية**، مجلة صوت القانون، مجلد سابع، العدد 2، نوفمبر 2020، ص 158.

[2] عليوة مصطفى، مرجع سابق، ص 45.

[3] المادة 324 مكرر 04 من القانون المدني.

[4] عبد الحميد زعلاني، مرجع سابق، ص 47.

[5] سميرتانغو،**جوهر القانون** ،دار الكتب القانونية ، كلية الحقوق جامعة الأسكندرية ، مصر الطبعة 2012.،ص 43.

لبلوغ المعنى الذي قصده من وراء وضعها، فقد يكون الشكل من أجل تنبيه الأفراد إلى خطورة التصرف الذي هم مقبلوه عليه[1].

مثل ما يشترطه المشرع من وجوب توافر الرسمية في إثبات الشركات التجارية حيث تنص المادة 545 من قانون تجاري جزائري[2].

وقد يستغني المشرع بين وراء فرض الأجراء شكلي تحقيق العلانية توطئة الاعتداء بالأجراء في الإثبات كما هو الحال في اشتراط تسجيل العقارات القول بانتقال ملكيتها. وهشر الرهن الرسمي للاحتجاج به في مواجهة الغير وأخيرا قد يلجأ المشرع إلى اشتراط شكل معين كالكتابة في الإثبات، درءا لكثرة الادعاءات والمناقضات، كما هو الحال بالنسبة لاشتراط الكتابة في إثبات التصرف في غير المواد التجارية، فمن زادت قيمته على مبلغ. معين[3].

**الفرع الثاني : طرق معنوية للصياغة**

بالإضافة إلى الطرق المادية في الصياغة هناك طرق معنية لصياغة القاعدة القانونية وطرق الصياغة المعنوية، هي طرق منطقية بحتة من صنع الرهن ويلجأ إليها المشرع في سبل إخراج القاعدة القانونية إخراجا علميا يحقق الغاية التي يفصح عن يوم، فالصياغة المعنوية تتكون من جهد فكري يهدف إلى إلحاق الواقع ينمو به مجرد علم يكون أساسا لبناء القاعدة القانونية وتطبيقها، فالعمليات الرهنية هدفها مزدوج يهدف إلى خلق وتطبيق القانون، فلما كانت وقائع الحياة الاجتماعية متشبعة بحيث يستحيل على مشرع أن يشرع حكما لكل واقعة حسب ظروفها وملابساتها ظهرت الحاجة إلى العمل الراهن الأناني للتبسيط والتوحيد والإيضاح[4].

ومن بين هذه الطرق نجد :

**أولا : الصياغة باستعمال القرائن**

يقصد بالقرائن القانونية حسبما ذهب إليه البعض أخذ المشرع أمرا متكونا فيه ولكنه محتمل تبعا للغالب والمألوف في العمل على أنه أمر مؤكد[5].

وتساعد القرائن المشرع على تحقيق ما يهدف إليه سواء في مجال الأحكام القانونية الموضوعية، أو تلك المتعلقة بالإثبات وإن كان دورها في الأخير أكثر بروز[6].

---

[1] علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 97.

[2] الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن قانون تجاري معدل ومتمم.

[3] عليوة مصطفى، مرجع سابق، ص 47.

[4] نواف حازم خاد، سركوت سليمان عمر، مرجع سابق، ص 29.

[5] حسن كيرة، مرجع سابق، ص 194.

[6] عليوة مصطفى، مرجع سابق، ص 49.

فحينما أراد المشرع أن يرفع مشقة الاحتفاظ بإيصالات سداد الأجرة عن كاهل المستأجر لجأ إلى القرائن، فاعتبر إيصال سداد الأجرة عن آخر شهر أو لسنة قرينة على سداد الأجرة عما قبلها. وعندما أراد المشرع المصري أن يحمي المتظلم من الالتزام الجهة الإدارية الصمت اعتبر مرور ستين يوما على تقديم التظلم من دون رد القرينة على رفضه[1].

وفي بعض الحالات اعتبر المشرع مرور فترة معينة على تقديم الطلب مستوفيا الشرائط القانونية قرينة على قبوله كما هو الحال في طلب تراخيص البناء. ومن القرائن ما يكون قابلا لإثبات العكس وتسمى بالقرائن البسطة ومنها ما لا يقبل إثبات عكسه، وتسمى بالقرائن جامدة. ولكل هذين النوعين دوره في تحقيق ما يهدف إليه مشرع من تنظيم تبعا للظروف والأحوال[2].

فمن القرائن القانونية القاطعة ما تنص عليه المادة 138[3]، التي تقرر مسؤولية حارس بشيء، فهي قائمة على أساس قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، على أساس أن الخطأ المقترف في جانب الحارس بحكم القانون اقترافا لا يقبل إثبات العكس، فلا يستطيع الحارس أن يتخلص من مسؤولية بنفي هذا الخطأ[4].

وتميز القرينة القانونية بأنها من صنع المشرع، وهي بذلك تختلف عما يعرف بالقرينة القضائية التي يستخلصها القاضي لدى فصله فيما يعرض عليه من أنزعة وللقرينة القضائية حسبما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عنصران : أولهما واقعة ثابتة يختارها القاضي وتسمى علامة أو أمارة، وثانيهما عملية استنباط يقوم بها القاضي الذي تتسع سلطته في هذا الشأن على خلاف الحال في القرينة القانونية، إذ لا عمل فيها للقاضي والعمل كله للقانون هذا الذي يحرر كذبها من اختيار للواقعة ثابتة ومن جربان عملية الاستنباط. ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية تعبير نص من القانون ولا سلطة للقاضي فيها والحقيقة الثابتة فيها من عمل القانون وحدة يفرضها على القاضي وعلى الخصوم[5].

**ثانيا : الصياغة باستعمال الحيل القانونية**

يقصد بالإشراف أو الحيل القانونية على ما نصب إليه البعض، إعطاء دفع من الأوضاع حكما يخالف الحقيقة يقصد الوصول إلى ترتيب أثر قانوني معين ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة[6].

---

[1] عليوة مصطفى، مرجع سابق، ص 50.

[2] عليوة مصطفى، نفس المرجع، ص 50.

[3] المادة 138 ق.م.

[4] علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 98.

[5] عليوة مصطفى، مرجع سابق، ص 51.

[6] حسن كيرة، مرجع سابق، ص 201.

إن الحيل أو الافتراضات القانونية هي تلك التي تكون مخالفة تماما للواقع، ففي هذا النوع من الصياغة يستخدم المشرع صفة المجاز والكناية بشأن ظاهرة غير موجودة أو خالية يرغب في إيجادها كمسألة الاعتراف بشخص معنوي المنصوص عليه في المادة 50 من القانون المدني جزائري. فرغم وجود الفيزيائي لهذا الشخص منعدم إلا عبر ممثليه القانونيين من الأشخاص الطبيعيين، إلا أن وجوده واقعيا ووجود ضرورات اجتماعية دفعت بالمشرع إلى إقرار بوجوده[1].

وكذلك ما يتعلق باقتراض موت المفقود فتنص المادة 113 من قانون الأسرة جزائري[2] : "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي 04 سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها سلامة يخوض الأمر إلى قاضي في تقدير المدة مناسبة بعد مضي أربع (04) سنوات"، ففي هذه الحالة قد يكون الشخص المفقود حبا يرزق ولكن القانون يقترف أنه ميت كحيلة قانونية تستهدف تحقيق المصلحة أو المنفعة العامة[3].

ومن الأمثلة الحديثة على الاقتراض أو الحيل القانونية أن المشرع المصري رعاية منه للطفولة والأمومة التي كفلها الدستور، أراد أن يبسط للمرأة العاملة في الحصول على إجازة بدون مرتب لرعاية أطفالها فحرر في المادة 02 من قانون الطفل الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 1996 المقصود بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في ذلك القانون بأنه : "كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية وبذلك يكون المشرع قد اقترف على خلاف الواقع"، أن كل من لم يبلغ ثماني عشر سنة ميلادية يعد طفل في مجال تطبيق هذا القانون ليستفيد كل من لم يبلغ هذا السن من أوجه الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون[4].

---

[1] عجة جيلالي، **مدخل علوم قانونية**، نظرية القانون بين تقليد الحداثة، دار خلدونية، ص 442.

[2] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، متضمن قانون الأسرة معدل ومتمم.

[3] رحال سمير، مرجع سابق، ص 160.

[4] عليوة مصطفى، مرجع سابق، ص 52 وما يليها 53.

## المبحث الثاني : خصوصية صياغة النص الجنائي

إن قواعد صياغة التي تحكم النصوص القانونية تطبق بدورها على النصوص ذات طابع الجزائي، ولكن لما كانت النصوص الجزائية يمكن أن تمس بالحقوق والحريات الفردية التي تتمتع بخصوصية، تستمد هذه الخصوصية من المبادئ الدستورية التي تحكم قانون العقوبات وهذا ما سنتناوله في هذين المطلبين، المطلب الأول الأحكام الفنية خاصة بصياغة النصوص الجزائية، والمطلب الثاني طرق صياغة القانونية.

### المطلب الأول : الأحكام الفنية الخاصة بصياغة النصوص الجزائية

تتضمن النصوص الجزائية التجريم والعقاب، ويهدف المشرع من ورائها إلى توفيق بين مصالح متعارضة، المصالح العامة جديرة بالحماية والحقوق والحريات الخاصة للأفراد، ولذلك يستعمل المشرع الأساليب لتحقيق الغاية من ذلك[1].

ومن بين هاته الأساليب مايلي :

#### الفرع الأول : أساليب صياغة النصوص الجزائية

قد تتعدد أساليب صياغة القانونية وتختلف في الأثر الذي يترتب على جوهر القيم التي يحملها القانون، وقد تتباين الفكرة القانونية التي تتناولها تلك النصوص تباينا حاسما لا يعطي للقاضي أي سلطة تقديرية ف تطبيق النص، وقد يكون التباين مرنا أي يفسح المجال أمام القاضي[2]، وهذا ما سنتطرق إليه.

**أولا : استعمال أسلوب صياغة جامدة في صياغة نصوص جزائية**

وتعتمد الصياغة القانونية على الألفاظ والمصطلحات التي يحاول من خلالها المشرع الوصول إلى الأهداف التي يقصدها فالألفاظ قوالب المعاني، والصياغة الجامدة هي الصياغة التي تعبر عن محتوى النص القانوني ومضمونها يكون محكما ومحددا تحديدا كاملا ولا يعطي المجال لتقدير الفروق الفردية والظروف المختلفة التي قد تعرف في الواقع ولا يترك المجال للتقرير سواء للمحاكم بالنص أو بالنسبة للقاضي الذي يطبق النص على الوقائع[3].

فالصياغة جامدة هي الصياغة التي تحصر جوهر أو مضمون النص القانوني في معنى ثابت لا يتغير بتغير الظروف أو الأشخاص على نوح مانع من التقدير أي بمعنى أدق أن

---

[1] رحال سمير، مرجع سابق، ص 161.

[2] آدم سميان الغريري، **أساليب صياغة النص الإجرائي**، سنة الثانية عشر، العدد الثالث، 2020، ص 37.

[3] نظام توفيق المجالي، **شرعية جنائية لضمان لحماية الحرية الفردية**، دراسة في تشريع الأردني، مجلة الحقوق الكونية، العدد الرابع السنة الثانية والعشرون، 1998، ص 205.

النصوص القانونية عندما تصاغ بصورة معينة تعطي حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بالحالات الفردية عند التطبيق[1].

لذا يكون القاضي مضطر لتطبيق الحكم بمجرد توافر الفرص بطريقة آلية وصارمة، ويقوم ذلك في حالة خاصة على القواعد التي تحتوي على مواعيد وأرقام خاصة مثلا فمتى فات الميعاد المحدد للطعن، فإن القاضي في هذه الحالة إلى الحكم بعدم قبول الطعن بعد الميعاد المرفوع، ويكون المعرف فمن هذه الصياغة هو إلزام الأشخاص المحاكمين بالنصوص القانونية على مضامين ما تحتويه تلك النصوص وعدم إعطائهم مجالا للتقدير بسبب احتوائها على أحكام ثابتة لا تختلف باختلافهم، وكذلك إلزام القضاة على تطبيق هذه الأحكام على جميع الأشخاص المحاكمين بها وعدم إعطائهم إلى مجال للتقدير عن التطبيق، ويمكن أن نبين أمثلة على هذا النوع من الصياغة، منها تحديد سنا معينا لتولي منصب القضاء، حيث يجري الموافقة على كل شخص استوفى هذا السن المعين واستبعاد جميع الطلبات من الأشخاص الذين لم يبلغوا هذه السن وتم الرفض من دون إتباع أي آلية معينة أن ليس لهم سلطة تقديرية بهذا الشأن لأن بموجب هذه الصياغة يعد بالغا لسن الرشد كل من بلغ هذا السن بغض النظر عن جنسه أو درجة تعليمه أو مستوى تفكيره، ونلاحظ أن جميع القوانين الإجرائية بشكل عام تكون أغلب قواعدها ذات قالب محدد أن حاسم، لأن هذه الصياغة قد تحدد للمخاطب بالقاعدة القانونية أو تقوم بتحديد الواقعة التي يكون بشأنها الخطاب أو تقوم بتحديد أثر المترتب على هذه الواقعة القانونية بوصف دقيق وواضح لا يعطي مجال للتقدير[2].

إن هذه أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون الجنائي نجد "مبدأ الشرعية جنائية" الذي يحصر عملية التجريم والعقاب فنجد المشرع وحده، وهو بذلك يمنع على القاضي إهمال سلطته التقديرية في تكملة النصوص الجزائية ناقصة أو تفسيرها تفسيرا موسعا قد يصل إلى خلق جرائم وعقوبات لم ينص عليها المشرع إن الامتثال "الصارم" لهذا المبدأ يجعل من القاضي مطبقا فكلا لنصوص التجريم والعقاب التي تصدر عن المشرع[3].

وللأجل ذلك فإن أنسب أسلوب لصياغة نصوص الجزائية كرئيسة حسب لمبدأ الشرعية الجنائية هو استعمال أسلوب صياغة جامدة، ويعتمد المشرع بصفة كبيرة إلى أسلوب صياغة جامدة في شق المتضمن التجريم فالمشرع يعمل على صياغة النص التجريمي ليدين بالدقة الكافية نوع الفعل وحدوده والمقومات التي تدخل في تركيبه، وما إلى ذلك من الأوصاف التي تبين على وجه الدقة والوضوح ملامح الفعل الخاضع للتجريم، فبغية تفادي أي ليس أو غموض يمكن أن يقع فيه القاضي، يعتمد المشرع إلى تحديد الفعل المجرم تحديدا كاملا من حيث عناصر

---

[1] رافد خلف هاشم البهادلي، وعثمان غيلان العبودي، **التشريع بين صناعة والصياغة**، ط1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 37.

[2] مصطفى محمد الجمالي، عبد الحميد محمد الجمال، **النظرية العامة للقانون**، الدار الجامعية بيروت، 1987، ص 95.

[3] سمير رحال، مرجع سابق، ص 161.

الجريمة وارتكابها، فالمشرع وفقا لهذا الأسلوب لا يعطي للقاضي أي مجال للتقدير والتأويل، وهما يقتصر دور القاضي على تطبيق نصوص القانونية فقط[1].

ومن أمثلة الصياغة الجامدة في قانون العقوبات الجزائي[2] نجد مواد كثيرة نذكر منها ما تنص عليه المادة 254 منه : "القتل هو إزهاق روح إثباتا عمدا" فهناك مجال للقاضي في كمال سلطته التقديرية فمتى ثبت أن شخصا قتل إثباتا عمدا فهذا يعد قتلا عمدا، وما تسعى عليه المادة 282 من نفس القانون "لا عذر إطلاقا لمن يقتل أباه أو أمه أو أحد الأصول"[3].

أما بالنسبة لشق العقاب لأنه وإن كان يتصف بالجمود إلا أنه يعطي للقاضي سلطة تقديرية في بعض الحالات ولكن تبدو لنا أن سلطته التقديرية الممنوحة للقاضي في هذا المجال ليست بمفهوم التفسير والتأويل ولكنما سلطة الاختيار أو المفاضلة بين عقوبات يضعها المشرع أو سلطة تقديرية العقوبة بين حدود يرسمها المشرع[4].

ففي الحالة الأولى يعطي المشرع للقاضي سلطة تطبق العقوبة واحدة أو عدة عقوبات على مرتكب الجريمة وعادة ما يكون ذلك في مواد الجنح و/أو المخالفات حيث يسمح للقاضي بالمفاضلة بين عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة حسبما تقتضي كل حالة ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 144 من قانون العقوبات : "يعاقب بالحبس من شهرين 02 إلى سنتين وبغرامة بين 1000دج إلى 50.000دج أو بإحدى صائبي العقوبتين فقط كل من أهان قاضيا أو موظفا عموميا أو قائدا أو أحد رجال القوة العمومية[5].

كما نجد ذلك الأسلوب متبع فيما يتعلق بالعقوبات التكميلية، حيث يترك الأمر للقاضي (كأصل عام) لتقدير توقيعها على المحكوم عليه فنجد المادة 04-03 تنص على أنه : "العقوبات التكميلية هي تلك التي لا يجوز الحكم بها مدة تقل عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة وهي إما إجبارية وإما اختيارية[6].

إما في الحالة الثانية فيحتج المثنى القاضي سلطته تقديرية العقوبة ولكن بين حدين (حد أقصى وحد أدنى) يرسمها المشرع لكل جرعة، تكون للقاضي حرية توقيع العقوبة بين حدين وفقا للظروف وملابسات الجريمة وليس للقاضي أن يزيد من مقدار الحد الأعلى للعقوبة المقررة مهما بلغت الجرعة مرتكبة من جسامة أو فضاعة، وله أن ينزل عن الحد الأدنى إن

---

[1] نوفل علي عبد الله صفوا، **أساليب صياغة القانون للنصوص الجنائية**، موقع www.iasi.net، ص 67.

[2] الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 متضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[3] رحال سمير، مرجع سابق، ص 162.

[4] رحال سمير، نفس المرجع، الصفحة نفسها.

[5] المادة 144 من قانون العقوبات جزائري.

[6] مادة 53 وما يليها من قانون العقوبات.

قرر إفادة المتهم بظروف التخفيف، ولكن دون تخطي الحدود المرسومة له من قبل المشرع في مجال الظروف المخففة[1].

**ثانيا : أسلوب المرونة في صياغة استثناءا**

إن المشرع القانوني مهما اتسع وعيه وأفقه لا يمكنه الإطلاع لمواجهة جميع التفاصيل التي تنطلق بمناسبة تطبيق القانون، ولهذا الأمر وجهت عدة انتقادات لمبدأ الشرعية الجزائية ومن أهمها عجز التشريع عن مواكبة التطور وعدم إمكانية استيعاب كل الحالات والوقائع الجديدة التي تحدث في المجتمع، وتظهر أشد ملامح هذه الأزمة عند تطبيق صياغة جامدة في صياغة النصوص، إذ لا يتمتع القاضي فيها إلا بقدر قليل من سلطته التقديرية ومن أجل تجاوز هذه الانتقادات تم اللجوء إلى الصياغة المرنة وهي التي تقتصر على وضع فكرة تاركة تحديد ما يدخل فيها من مفردات لتقدير من يقوم بتطبيقها، أو هي صياغة التي لا تضمن حكما ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات، وإنما تضع حكما مرنا يسمح بمراعاة ما بين هذه الظروف والملابسات من فروق واختلاف[2].

وتكون صياغة مرنة إذا كان القاضي يمتلك معيارا مرن يستهدف به وضع الحلول مناسبة لكل حالة على حده من القضايا المعروفة عليه طبقا للظروف الملابسات المختلفة[3].

وتتصف النصوص الإجرائية جزائية بالمرونة فتقضي على العمل الإجرائي جزائي المرونة واسعة لتشمل بالحكم جميع الحالات مستجدة، ويهدف كذلك على الحالات التي تثار في الواقع أمام القضاء. لأنه طبعة الصياغة مرنة تعطي السلطة المختصة بتطبيق القانون مجالا واسعا من المرونة والتقدير للظروف في تطبيق النصوص القانونية وفقا لمعايير وأسس عامة يحددها أو يترك تقديرها لمحض إرادة المكلفين بالنص الإجرائي جزائي وفقا لما يحدده المشرع[4].

وتمتاز تلك الصياغة بأنها تعطي للقاضي الحرية عند تطبيق القانون حيث يستطيع مراعاة جميع الظروف والملابسات المعاصرة أو المتزامنة لكل حالات معروفة أمامه، وعلى القاضي أن لا يغالي في ممارسة هذه الحرية للوصول إلى حدة تحكم في التقدير مما يؤدي إلى انحرافهم لأن هناك بعض من القضاة يعمد التحكم في تقدير الواقع، أو في تقدير خضوعه أو عدم خضوعه للنص القانوني الواجب تطابقه[5].

---

[1] رحال سمير، مرجع سابق، ص 163.

[2] عبد القادر شيخلي، **فن الصياغة القانونية**، ط1، دار الثقافة، عمان 1995، ص 25.

[3] حسن كيرة، مصدر سابق، ص 117.

[4] رافد خلف هاشم، وعثمان غيلان العبودي، مرجع سابق، ص 38.

[5] توفيق حسن فرج، **مدخل إلى علوم القانونية النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق**، ط3، دار جامعية بيروت، لبنان، لبنان، 1993، ص 168.

فأسلوب صياغة مرنة هو أحد أهم أساليب التي يلجأ إليها مشرع لتجاوز الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية الجنائية، فالصياغة مرنة تختلف عن صياغة جامدة في أنها لا تضمن القاعدة القانونية حكما ثابتا لا يتغير بالخطر لظروف كل حالة وإنما تعطي للقاضي سلطة لملائمة كل تغيير في الظروف والوقائع فالصياغة تكون مرنة إذا اكتفت القانونية بإعطاء القاضي معيارا مرنا يستدعي به في اتخاذ الحكم لكل حالة من الوقائع المعروفة عليه طبقا للظروف والملابسات المختلفة[1].

وفي صيانة مرنة لنصوص الجزائية قد يستعمل المشرع كلمات يتم تغييرها وتحديد معناها الرجوع إلى أحكام أخرى كأحكام الشريعة الإسلامية أو القرن ومن ذلك نجد المادة 144 مكرر 02[2] من قانون العقوبات الجزائي التي تنص على : "يعاقب بالحبس من ثلاث 03 سنوات إلى خمس 05 سنوات وبغرامة من 50.000دج إلى 200.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، بل من أساء إلى رسول الله (ﷺ) أو بقية الأنبياء أو الاستهزاء بالمعلوم من الدين بالضرورة أو بأية لتغييره نم شعائر الأفلام عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو أية وسيلة أخرى".

ففي هذه الحالة يجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد المقصود بالأنبياء والمقصود بالمعلوم في الدين بالضرورة، وتم تحديد المقصود بشعائر الإسلام. فالمشرع لم يحدد لا الأنبياء ولا المعلوم من الدين بالضرورة، ولا مقصود بشعائر الإسلام، كما قد ينص المشرع على فعل مجرم ولكن تفسير وحصر ذلك الفعل لا يكون إلا وفق للأحكام العرقية للدولة أو لجزء منها، دون أن يحصر المشرع جميع العناصر المكونة لهذا السلوك المجرم، ومن ذلك ما تنص عليه المادة 333[3] من قانون العقوبات جزائية : "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000دج إلى 10.000دج لكل من ارتكب فعلا علانيا مخلا بالحياء" إن المشرع في تجريمه لأفعال المخلة بالحياء لم يستعمل صياغة جامدة ويحصر جميع الأفعال المخلة بالحياء لم يستعمل صياغة جامدة ويحصر جميع الأفعال المخلة بالحياء بل ترك الأمر للقاضي للأعمال سلطته التقديرية لتكييف الوقائع المعروفة عليه، هل تعتبر فعلا مخلا بالحياء أم لا، وهذا على ضوء العرف السائد، فقد يرتكب فعلا في مكان ويعتبر مخلا بالحياء ولكن ارتكبه في مكان آخر لا يعد لذلك[4].

[1] رحال سمير، مرجع سابق، ص 163.

[2] الأمر رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

[3] الأمر رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر لسنة 2006.

[4] رحال سمير، مرجع سابق ص 165.

فالصياغة مرنة بعض الصفات التي تميزها في صياغة جامدة للنصوص حيث أن النص يحمل التفسير والقياس، ويكون للقاضي الدور الإيجابي والواسع في تكييف النص الإجرائي جزائي لأنه يراعي جميع الحالات الخاصة والظروف ما ير التغيرات الاجتماعية[1].

## المطلب الثاني : طرق صياغة النصوص الجزائية

يستعمل المشرع طرقا للإخراج النصوص الجزائية بمظهر خارجي يمكن تطبيقه، ونظرا لخصوصية النصوص الجزائية يحرص المشرع على أن تكون النصوص جنائية واضحة ومعبرة عن إرادة المشرع وعلى هذا فالمشرع يستعمل طرق صياغة المعروفة ولكن بما يتوقف مع ما للنصوص الجزائية من الخصوصية.

### الفرع الأول : استعمال الطرق المادية في صياغة النصوص الجزائية

ويقصد بهما الطرق المادية لصياغة النص الإجرائي الجزائي في أدوات تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبير ماديا منسجما في مظهر خارجي يمكن الوقوف عليه بسهولة[2]، بحيث عن طريقها يطمئن الأفراد عن حقوقهم وعلى مصالحهم المراد حمايتها عن طرق تلك النصوص وتنقسم طرق صياغة المادية للأسباب موجبة للنص الإجرائي جزائي، أولا طريقة صياغة معنى الكمي بدلا من صياغة المعنى الكيفي، ثانيا الصياغة الشكلية.

#### أولا : طريقة صياغة المعنى الكمي بدلا من صياغة المعنى الكيفي

وتعني الصياغة الكمية هي التعبير عن القيم التي يحتويها جوهر القاعدة القانونية تعبير عدديا رقميا ثانيا مما يجعل تطبيقها آليا ولا يمتلك القاضي نحوها أي سلطة تقديرية للأداء المعنى الذي تحتويه النصوص القانونية كيفا معنويا تكون طرقة صياغة كمية أو عددية وتحدد بشكل ثابت لا تأويل أو اجتهاد ولا لبس أو غموض فيه، وإن لجوء المشرع إلى أسلوب الأرقام وتواريخ المدة والقوائم وعلائق لحالات الكيف وهنا قد برزت هذه السمية (أحلال الكم محل الكيف)[3].

ويستخدم المشرع المعنى الكمي (الأعداد) في مثل هذه النصوص الإجرائية ويبتعد عن استخدام المعنى الكيفي فيها بسبب أن تحديد شيء بصورة كيفية يؤدي إلى تضارب الآراء واختلافها لأن عدم تحديد المواعيد بالصورة الكمية والاعتماد على الكيف سوف يؤدي إلى اختلاف الآراء وتصبح تلك المواعيد من اختصاص السلطة التقديرية للقاضي وهذا الأمر يتعارض مع مبدأ الاستقرار القانوني للأوضاع وكذلك الإخلال الحامل بحقوق الدفاع التي ينبغي على المشرع أن تكون المحاكمة سريعة وعادلة للمتهم، إذ أن طريقة التحديد الكمي في صياغة

---

[1] آدم سيان الغريري، مرجع سابق، ص 40.

[2] عصمت عبد المجيد، **مشكلات التشريع**، ط1، الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2014، ص 171.

[3] رافد خلف هاشم، عثمان سليمان العبوان، مصدر سابق، ص 38.

القانونية تحكم المواعيد لا زمن في مجال الإجراءات جزائية وتمنع الاستبداد والتحكم هي طريقة لازمة لتحقيق الاستقرار والطمأنينة[1].

ففي طريقة التعبير العددي لا يضف المشرع سلوك المجرم بكيفه ولكن يقوم تحديده بكمية وتعد هذه الطريقة أقرب إلى أسلوب صياغة جامدة حيث لا يحتج فيها المشرع سلطة تقديرية للقاضي، بل يحدد الركن مادي للسلوك الإجرامي بطريقة العدد (استعمال الأعداد)، ويستعمل المشرع نفس الطريقة بشكل كبير جدا في شق المتعلق بالعقاب، حيث أن كل العقوبات يتم تحديدها تحديدا عدديا باستثناء عقوبة الإعدام وعقوبة السجن المؤبد (حيث ترتبطان بحيث المحكوم عليه) أما باقي العقوبات الأخرى سواء كانت سجن أو الحبس أو الغرامة مالية فإنها تحدد تحديدا عدديا نافيا للجهالة لارتباطها بمبد الشرعية جنائية[2].

كما يستعمل المشرع هذا النوع من الصياغة في بعض الأحكام العامة التي تحمك قانون العقوبات منها على خصوص تحديد سن الرشد الجزائي فنجد المادة 49[3] قانون العقوبات جزائي تنص على : "لا يكون محلا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر (10) سنوات، لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب. ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبة مخففة" أما في تحديد وصف الجرائم فقد يستعمل المشرع تعبيرا عدديا كمعيار لتحقق السلوك الإجرامي لجريمة ما ومن ذلك نجد ما تنص عليه المادة 330[4] من قانون العقوبات : "يعاقب... 1)- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (02) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية... 2)- الزوج الذي يتخلى عمدا أو لمدة تتجاوز شهرين (02) عن زوجته مع علمه أنها حامل وذلك لغير سبب جدي..."[5].

ومن كل ما تقدم إن مشرع عندما استخدم الصياغة الكمية بدلا من الصياغة الكيفية في مثل هذه النصوص الإجرائية يجب أن يراعي المدة أن لا تكون طويلة مما يؤدي إلى طول مدة النزاع والتأخر في إشعار المجتمع بالطمأنينة تجاه الجريمة التي أصابت أمنه واستقراره ولا تكون المدة قصيرة حتى لا يحدث خلل بحق المتهم في الدفاع كما أنها تؤدي إلى استقرار التعامل حتى يكون النص القانوني صالح للتكيف العملي لأنها تتميز بالدقة والضبط وتمنح التحايل في الأحكام وتحقق جميع الضمانات الكافية الممكنة للأفراد[6].

---

[1] شاكر نوري إسماعيل، **النموذج القانوني للقاعدة الإجرائية جزائية**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 217، ص 230-231.

[2] رحال سمير، مرجع سابق، ص 166.

[3] الأمر رقم 14-01 مؤرخ في 04 فبراير سنة 2014.

[4] الأمر رقم 15-19 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015.

[5] رحال سمير، مرجع سابق، ص 166.

[6] آدم سميان الغريري، مرجع سابق، ص 40 وما يليها.

**ثانيا : الصياغة الشكلية**

ويراد بها هي تلك الصياغة التي تفرض على متصرفين إفراغ تصرفاتهم في شكل خارج معين حتى يترتب عليهم إقراض القانوني وبمعنى آخر يجب أن تقترن تصرفات الأفراد بالإضافة إلى عنصر الباطني (الداخلي) بعنصر خارجي المتمثل في إتباع مجموعة من الشكليات التي يتطلبها القانون في بعض الأحيان[1]، ويشترط المشرع هذه الشكلية لتحقيق ضمانات مختلفة تختلف باختلاف الأفكار التي تترجم عنها فقد يراد بها تذكير الأفراد إلى خطورة بعض التصرفات أو الإجراءات أو حتى يتسهل أصحاب شأن جديا قبل الإقدام على تصرف أو يراد به تسيير إثباتها أو سهولة الاحتجاج بها على الغير[2]، وبهذا يصاغ النص الإجرائي جزائي صياغة شكلية الغرض منه هو الوصول إلى فكرة معينة تهدف إلى حماية المصالح فتعد بذلك محددة ومستقرة في التعامل يحصل ذلك من خلال إتباع الإجراءات المعينة التي تضمن عدم المساس بتلك المصالح[3].

ولهذا تعتبر الكتابة في الإجراءات الجزائية شرطا ضروريا في جميع الإجراءات التي تخص التحقيق فهي مظهر وجودها فلا وجود لأي إجراء في حالة عدم تدوينه. إن من غير الممكن الاعتماد بشهادة القائم بالتحقيق على وقوع الإجراء لأنه الكتابة لا تعتبر دليل على وقوعه وإنما هي شرط لوجودهم الإجراء[4].

ونلخص أن الصياغة الشكلية تؤمن صحة وعدالة الإجراءات التي تتخذها السلطات خاصة بالتحقيق أثناء سير في مراحل دعوى الجزائية لأنها وسيلة يستطيع المشرع من خلالها تنمية الأشخاص على خطورة عدم الالتزام والأخذ بصياغة شكلية التي نص عليها المشرع وأما عن المكان التي تخص الصياغة الشكلية (لمظهر خارجي) فإنها تؤدي إلى تأخير الإجراءات القضائية وكذلك تتطلب إجراءات معقدة ومعينة في بعض الحالات ونتيجة لهذه الإجراءات المعقدة تتطلب صرف نفقات[5].

---

[1] رافد خلف هاشم وعثمان غيلان العبودي، مرجع سابق، ص 39-40.

[2] توفيق حسن فرج، **مدخل**، مرجع سابق، ص 175.

[3] عصمت عبد المجيد، **مشكلات التشريع**، مرجع سابق، ص 184.

[4] عوض محمد عوض، **المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 1999، ص ص 359-360.

[5] عصمت عبد المجيد، **مشكلات التشريع**، مرجع سابق، ص 184.

## الفرع الثاني : استعمال الطرق المعنية في صيغة نصوص جزائية

ومن بين الطرق مستخدمة في صياغة النص القانوني استخدام المشرع لطرق معنية وهي أساليب ذهنية يقر بها تعبير عن القاعدة القانونية، وتعد الصياغة بطريقة القرائن والصياغة بطريقة الحيل القانونية من أبرز أنواع الصياغة المعنوية[1].

### أولا : القرائن القانونية

وهو ما يستلمه الصائغ التشريعي من واقعة ثابتة ومعلومة للاستغلال فيها على واقعة غير ثابتة مجهولة في ضوء الاحتمال الراجح أو بمعنى أدنى هي ما يستخلصه القانون من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول بناءا على غلبة تحقيق الأمر ثاني إذ تحقق الأمر الأول[2] ويقصد بها أيضا هي عملية موضوعها أم شكوك فيه على أنه أمر مؤكد إلى تحويل الشك إلى يقين بإخراج القاعدة القانونية على هذا الأساس لأن ما تحكمه القواعد القانونية في أوضاع قد يحيط الشك أو الغموض يستعصي على الوضوح وتحقيقا للعدل واستقرار المعاملات يفترض القانون شك يقينا لذا فإن القرينة تعد عملية ذهنية تهدف إلى تبديد الشك الذي يعيد بعض التصرفات والمراكز القانونية يجسمها على وجه معين الأكثر موافقة والراجح المألوف في العمل[3].

وإذا كان مجال القرائن القانونية أصلا هو موضوع الإثبات إلا أن الحاجة إلى القرائن في مجال القواعد الموضوعية أمر قائم، ويؤخذ كمبدأ القرينة في مجال إثبات مراكز واقعية تمهيدا لتطبيق القانون عليها لأن شك في وقع ما يتعذر إثباته أو استحالة يتحول إلى يقين من إستجلت فكرة اليقين وهذا من شكله أن يعمل على تحقيق الاطمئنان والاستقرار في المجتمع من كان الإثبات العادي المباشر متعذرا[4]، وينبغي الرجوع إلى قرائن في مجال الإثبات لتسهيل الإجراءات وحسم النزاعات والتقاضي وإثبات الحقوق وضمان الاستقرار القانوني للمعاملات. وبناءا على هذا فنحن نؤيد من يقول بأن القرائن هي طريقة من طرق الإثبات، وإنما جاءت إلى جانب المدعي أعفته من إثبات المدعي به للأمرين : 1)- لأن الأصل معه. 2)- أنه لم يعفى إلا لمدة مؤقتة من الإثبات مباشر[5].

---

[1] رحال سمير، مرجع سابق، ص 167.

[2] خالد جمال حسن، **مبادئ الصياغة التشريعية**، بحث منشور جامعة البحرين، كلية الحقوق القانونية، العدد 4، 2015، ص 31

[3] رافد خلف هاشم، عثمان سليمان غيلان، مصدر سابق، ص 40.

[4] هيثم الفقهي، **الصياغة القانونية**، بحث منشور على موقع الالكتروني Jusde.allbahla.amail.com.

[5] عبد الودود يحيى، **دروس في قانون الإثبات**، القاهرة، 1970، ص 127.

**ثانيا : الصياغة الافتراضية أو الحيل القانونية**

قد يلجأ المشرع للاقتراض واضحة من الوقائع التي تكون مخالفة للحقيقة للوصول إلى ترتيب آثار قانونية معينة ولا يمكن الوصول إلى ذلك إلا عن طريق المخالفة[1] أو بمعنى أدق هي عبارة عن عملية ذهنية يحصل فيها نص القانوني عن أشياء أو موضوحات معينة مخالفة للحقيقة واقعها بقصد ترتيب أثر قانوني معين أو لتحقيق غايات عملية معينة[2] ويقصد بالاقتراض القانوني هو (وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، يقوم على أساس اقتراض مخالف للواقع، يترتب عليه تغير حكم القانون دون تغيير نصوصه[3] ويتبين لنا أن الصياغة الافتراضية لا تستند إلى تخويل من قواعد قانونية صريحة بل بالعكس أنها لا تقوم إلا لمواجهة محاب معينة قد تتعلق بصياغة النصوص الإجرائية الجزائية أو تطبيق أحكامها، أن بمعنى أدق أنها وسيلة فنية بمقتضاها يفترض المشرع أمرا معينا لا يقبل إثبات العكس أن بعد الاقتراض أصلا أي كانت درجة الاحتمال المدني بني عليه هذا الافتراض[4].

[1] عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص 187.

[2] خالد جمال أحمد حسن، مصدر سابق، ص 37.

[3] منتظر فيصل كاظم، **تأويل نصوص جزائية (دراسة مقارنة) منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،** العدد 04، سنة 09، 2017، ص 70.

[4] محمد حسين منصور، **نظرية القانون**، دار جامعة جديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 286 وما بعدها.

## خلاصة الفصل :

في نهاية الفصل نستخلص أن الصياغة القانونية في المظهر الخارجي الذي تطل به علينا القاعدة القانونية فالمشرع بين القوانين عن طريق كتابتها ونشرها بالجريدة الرسمية ويتم كل ذلك بعد صياغتها وفق أساليب وطرق علمية محددة، فإن وُفِقَ في احترام قواعد الصياغة كانت القوانين جيدة وإن أخفق في ذلك كان الفشل من نصيب تلك القوانين، وتحكم صياغة النصوص القانونية عدة ضوابط متوازنة بين استعمال أنواع وطرق مختلفة.

كما أن للنصوص الجزائية خصوصية في ذاتها تجعلها تختلف عن باقي فروع القانون الأخرى خاصة فروع قانون الخاص وهذا لارتباط النصوص الجزائية بفكرة القمع واستخدام السلطة العامة، وكذا مساس القوانين الجنائية بالحقوق والحريات، فهذه الخصوصية تنعكس بشكل كبير على طرق وأساليب صياغة النصوص الجزائية وإن كانت تخضع لقواعد الصياغة المتعارف عليها إلا أنها تنفرد بجملة من الخصائص حين سنه لنص جزائي.

# الفصل الثاني :
# انعكاسات مبدأ الشرعية على الصياغة الجنائية

## تمهيـــــــــد :

يعد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من المبادئ المسلم بها قانونا ودستورا وفقها في مجال القانون الجنائي، فهذا المبدأ يشكل أحد أهم الركائز التي يقوم عليها القانون والتي تعد ضامنة للحريات العامة وتتجلى أهميته إذ أنه يهدف إلى حماية المجتمع على النحو يضمن للأفراد ممارسة حقوقهم وحرياتهم بطريقة سلمية. ووسيلة قانون العقوبات لذلك هو إحداث التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة من خلال تحديد نطاق التجريم والعقاب بنصوص جنائية واضحة صلة قانون الإجراءات الجنائية بقانون العقوبات صلة وثقة تصل إلى حد التلازم وهذه العلاقة تبدأ بين القانونين منذ لحظة مخالفة القواعد الجنائية الموضوعية كون تلك التي هي ينشأ فيها للدولة حق في العقاب تقتضيه عن طريق تطبيق قواعد جنائية جزائية المستلزم إتباعها للوصول لهذه الغاية، فالمشرع عند ممارسة لحقه في التجريم والعقاب يتعين عليه أن يتجنب التعارض بين النصوص المثبتة للجرائم والعقوبات حفظا لمقتضيات المصلحة العامة من جهة وكذا صون حقوق وحريات الأفراد وعدم الانحراف إلى أهداف أخرى تعارض مبدأ الشرعية هذا من جهة.

وعلى هذا الأساس عرجنا إلى مفهوم مبدأ الشرعية وأهميته في المبحث الأول ثم تطرقنا إلى احترام خصوصية القاعدة الإجرائية الجزائية في المبحث الثاني.

## المبحث الأول : احترام مبدأ شرعية التجريم والعقاب في صياغة النص

يعد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المحور الذي يدور حوله تطور قانون العقوبات فهو القاعدة الأساسية وحجز زاوية لهذا القانون، وعلى هذا الأساس سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم وأهمية مبدأ شرعية التجريم والعقاب، وفي المطلب الثاني تطبيقات عن مبدأ شرعية التجريم والعقاب.

### المطلب الأول : مفهوم وأهمية مبدأ شرعية التجريم والعقاب

#### الفرع الأول : مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب

تنص المادة الأولى من قانون العقوبات على أنه : "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمني إلا بغير قانون" ويفهم من هذه المادة حصر مصادر التجريم والعقاب في نطاق النصوص القانونية المكتوبة وهي النصوص التشريعية التي تضعها السلطة التشريعية بغرفتيها -البرلمان- كأصل وبالتالي استبعاد مصادر القانون الأخرى من المجال التجريمي والعقابي باستبعاد الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد القانون الطبيعي والعدالة، وهذا ما ينعقد عليه إجماع الفقه الجنائي وما يستخلص من نص المادة باللغة الفرنسية وإذ كانت مصادر التجريم والعقاب يجب تحديدها في نطاق النص التشريعي المكتوب فإنه فيما لا يتعلق بالتجريم والعقاب ليس هناك ما يمنع من الاعتماد على مصادر أخرى غير المصادر التشريعية المكتوبة كاستخلاص مانع للعقاب أو المسؤولية أو سبب الإباحة، وبعبارة أخرى يمكن الالتجاء لمصادر أخرى غير التشريع لاستخلاص قواعد لا تتعلق بالتجريم والعقاب كحكم المادة 39 من قانون العقوبات التي تنص : "لا جريمة : 1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون...". حيث ينصرف مصطلح "أذن القانون" إلى قواعد الشريعة الإسلامية في إباحة بعض السلوكات مثل تربية الأب لابنه، وتأديب الزوج لزوجته بما يخولها الشرع من سلطة تربية وتأديب[81].

#### الفرع الثاني : أهمية مبدأ شرعية التجريم والعقاب

سبق القول بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يحتل أهمية خاصة في المنظومة القانونية من حيث أنه أصبح مبدأً دستورياً فقد أوردته الدساتير العالمية في صلبها وفي الجزائر يعتبر مبدأ شرعية القاعدة الدستورية كرست في كل الدساتير الجزائرية متعاقبة "دستور 1976 في المادة 45، ودستور 1989 في المادة 43، ودستور 1996 في المادة 46" وتبرز هذه الأهمية في التالي[82] :

1- يرسم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الحلول الفاصلة بين ما يعتبر في نظر المشرع الجنائي سلوكات من شأنها الإخلال بأمن الجماعة ونظامها وسكينتها فتكون لديه جديرة بالتجريم

---

[81] عبد الله أوهايبية، **شرح قانون العقوبات الجزائري**، قسم العام، موفم للنشر، الجزائر، ص 93-94.

[82] عبد أوهايبية، مرجع سابق، ص 94.

والعقاب -وهو الاستثناء- فينص على تجريمها والعقاب عليها وسن سلوكات أخرى التي لا تعتبر كذلك فتظل مباحة أي غير مجرمة طبقا لقاعدة أن الأصل العام في الأشياء الإباحة.

2- أن السلطة المختصة بالتشريع هي وحدها صاحبة الاختصاص في التجريم والعقاب فلا يجوز وصف الفعل للجريمة والعقاب عليه إلا إذا أصدقت عليه تلك السلطة المختصة بالتشريع وصف جريمة جناية أو جنحة أو مخالفة كأصل، وحدد له عقاب في النص التشريعي المكتوب وذلك طبقا لنص المادة 122 في بندها 07 من دستور 1996[83].

3- إن هذا المبدأ يدعم دور القانوني الجنائي الوقائي فالفرد يجب أن يكون على علم مسبق بالأفعال التي تعد جرائم والأفعال التي لا تعد كذلك بحيث يمكن أن تعتبر أن نص القانون يعد بمثابة إنذار مسبق للأفراد بعد اقتراف الأفعال المجرمة والمنصوص عليها ذلك أن تعزيز أوامر الشارع ونواهيه بالعقاب المحدد بالنص يجعل الأفراد أقرب إلى الامتثال لها من العصيان[84]. فعلم الناس بنص التجريم والعقاب يردعهم عن ارتكاب الفعل الذي يجرمه النص، فوجود هذا النص لذاته ضروري يكون قاعدة السلوك يلتزم بها الناس ويعملون بهديها سواء بدافع الرهبة أم بدافع احترام النظام والتقييد بأوامر المشرع ونواهيه[85].

4- أنه يساعد على مبدأ وحدة القضاء فمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تقتضيه مصلحة المجتمع لضمانة وحدة القضاء الجنائي ووضوحه وعدم تناقضه. إذ أنه كافة القضاة يطبقون العقوبات المنصوص عليها في التشريعات الجنائية على كافة الأشخاص وفقا للحدود المبنية في هذه التشريعات[86]. حيث أن ترك سلطة التجريم والعقاب في يد السلطة التنفيذية أو القضائية يقود إلى الخوض وسرد تطبيق والاضطراب في العدالة الجنائية، فالقضاة يختلفون حول سلوك الواحد فيما إذا كان مجرما أو مباحا. كما قد يختلفون حول شروط التجريم وقواعد المسؤولية الجنائية ونوع العقوبة ومقدارها[87].

5- يستمد مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة أهميته أيضا من حيث كونه يعتبر من المبادئ المقررة حماية للجماعة، لما القاعدة الجنائية من دور مزدوج لاعتبارها قاعدة تجريمية وردعية تجرم سلوك جدير بالعقاب فتردع المجرم ردعا خاصا وغيره من الأفراد ردعا عاما فهي قاعدة وقائية في آن واحد تمنع المجرم وتمنع الغير من أن يقدم على ارتكابها خوفا من العقاب[88].

6- يستمد أيضا مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أهميته من حيث أن يعتبر من الضمانات المهمة المقررة للحقوق والحريات الفردية من حيث أنه مبدأ يضفي عليها حماية مزدوجة حماية للأفراد من حيث تقرير الحماية القانونية للحقوق والحريات يتجرم الاعتداء عليها أو التعرض لها، وحماية للجاني من حيث عدم إمكان تجريمه للسلوكات التي يأتيها والعقاب عليها إلا إذا كان

---

[83] المرجع نفسه، ص 95.

[84] محمود نجيب حسني، **شرح قانون العقوبات**، قسم العام، مرجع سابق، ص 82.

[85] عمر سعيد رمضان، **شرح قانون العقوبات**، قسم عام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 18.

[86] علي محمود حمودة، **شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي**، ج1، ص 28.

[87] حسن ربيع، **شرح قانون العقوبات الاتحادي**، ج1، المبادئ العامة أكاديمية الشرطة، دبي، 2004، ص 36.

[88] عبد الله أوهايبية، مرجع سابق، ص 97.

هناك نص تشريعي يضيفه لهذا الوصف ويعاقب عليه فلا يجوز العقاب بعقوبة إلا بما يقرره القانون والقوانين المكملة له من عقوبات تطبيقا لمبدأ الشرعية[89].

**الفرع الثالث : الأساس الدستوري والقانوني لمبدأ الشرعية**

أكد الدستور الجزائري لعام 1996 في عدة نصوص منه على مبدأ الشرعية الجنائية فقد ذكره في الباب الأول وفي الفصل الرابع الخاص بالحقوق والحريات في المواد 29-47-46-45 كما تطرق إليه أيضا في الباب الثاني وفي الفصل الثالث الخاص بالسلطة القضائية في المواد 140 و142 وهو بذلك يرتفع من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري وبهذا يستفيد المبدأ من كافة الضمانات التي يمنحها الدستور بمبادئه[90].

أما في قانون العقوبات الجزائري فقد نصت المادة الأولى على مضمون مبدأ الشرعية بنصها : "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمني لغير قانون"، وتأكيدا لهذا المبدأ فقد جاءت النصوص اللاحقة لتدعم مضمون المادة الأولى، فنصت المادة الثانية على مبدأ عدم الرجعية الذي يعتبر دعامة بمبدأ الشرعية ونصت المادة الثالثة على تحديد نطاق قانون العقوبات[91].

كما أكد الدستور المصري عام 1971 صراحة هذا المبدأ في المادة 66 منه، ومن قبله دستور 1923 في المادة السادسة منه. وتمتد جذور هذا المبدأ إلى المتطلبات مبادرة القانون وديمقراطية نظام الحكم ومن ثم فإن اعتباره من مقومات الشرعية الدستورية لا يستند فحسب إلى نص المادة 66 من الدستور المصري، بل يعتمد كذلك على ما نص عليه من دستور مصري في المادة 64 من أن سيادة القانون الأساسي الحكم في الدولة، وما نص عليه في المادتين 02 و04 من الدستور المصري بشأن ديمقراطية نظام الحكم، كما يستخلص هذا المبدأ كذلك مما قررته مادة 187 من الدستور المصري من أن الأصل في أحكام القوانين هو سريانها اعتبارا من تاريخ العمل بها، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا المبدأ وأعلنت قيمته الدستورية في عدد من أحكامها[92].

وعلى الرغم من عدم النص على هذا المبدأ في الدستور الفرنسي القديم فقد أكد الفقه الجنائي قيمته الدستورية على أساس أنه جزء من القانون العام العرفي في فرنسا، وهو قانون أسمى في التشريع ذاته ولا يمكن المساس به، وجاء كل من دستور فرنسا لعام 1946 وعام 1958 فأكد بصفة رسمية في مقدمة كل منهما أن الإعلان العام 1789 يحتل مكانا رفيعا في قيمة البناء القانوني الفرنسي ويأخذ موقع القلب من الكتلة الدستورية التي تحتوي على الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية ويتكامل هذا المبدأ مع عدة مبادئ دستورية أخرى، هي

---

[89] عبد الله أوهايبية، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[90] عبد الله سليمان، **شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام**، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005، ص 77

[91] عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 78.

[92] أحمد فتحي سرور، **قانون الجنائي الدستوري**، ط4، دار الشروق، مصر، 2005، ص 34.

مبدأ المساواة وأصل البراءة المفترض في المتهم ومبدأ المحاكمة المنصفة التي تسهم كلها في تحديد نطاق التجريم والعقاب الذي يتم طبقا لشرعية الجرائم والعقوبات[93].

## المطلب الثاني : نتائج مبدأ الشرعية الجنائية في مجال صياغة النص

تتمثل هاته النتائج فيمايلي :

### الفرع الأول : آثار دستورية

**أولا : إنفراد التشريع بالتجريم والعقاب**

إن حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية يعني استبعاد السائر المصادر المألوفة في فروع القانون الأخرى كالعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والشريعة الإسلامية، وبالرغم من ذلك يقتضي تحديد عناصر بعض الجرائم تطبيق قواعد غير جنائية، كما أن تحديد أركان بعض الجرائم يستند مباشرة إلى ضوابط مستمدة من العرف وصفة الإخلال بالحياء الذي توافره في جريمة الفعل الفاضح لا يمكن تحديدها بدون الرجوع إلى العرف السائد[94].

وجعل أيضا الدستور 1996 صلاحية التجريم في مواد الجنح والجنايات والمخالفات من اختصاص البرلمان وذلك من المادة 122/ف7، لكن لا يشترط أن تكون جميع الجرائم والعقوبات مصدرها النصوص التشريعية، بل يمكن للسلطة التنفيذية في بعض الحالات إصدار لوائح تكون مصدرا للتجريم والعقاب كاختصاصها بضبط مخالفات المرور[95].

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن التشريع الجنائي في الوضع الدستوري الحالي له مدلول واسع من حيث أنه يعني كل سلطة لها صلاحية التشريع، لكن استثناء المشرع يتخلى عن سلطته في مجال التجريم والجزاء إلى السلطة التنفيذية بصفة مباشرة والى السلطة القضائية بصفة غير مباشرة[96].

ومن أبرز الأمثلة عن تخلي المشرع عن صلاحياته للسلطة التنفيذية ما تقوم به هذه الأخيرة من ضبط وتحديد للعديد من الجرائم مثل مخلفات المرور أو تدخلها عن طريق الإحالة في النصوص التجريمية الصادرة عن المشرع بخصوص مجموعة من الجنح مثل المحددة في قانون الأسعار، حيث يضع المشرع نصا يحدد بمقتضاه العقوبة ويحيل في تحديد الجريمة إلى نص صادر عن السلطة التنفيذية وتبرز الخطورة خاصة في مثل هذه الحالات عندما لا تكون سلطة تنفيذية قد أصدرت النص المحال إليه، وتسمى هذه الحالة بالقاعدة الجنائية على بياض

---

[93] أحمد فتحي سرور، المرجع نفسه، ص 35.

[94] رضا فرج، **شرح قانون العقوبات الجزائري -الأحكام العامة للجريمة-**، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976، ص 104.

[95] عبد الرحمان خلفي، **محاضرات في القانون الجنائي العام**، دط، دار الهدى، الجزائر، دس، ص 51.

[96] بارش سليمان، **مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري**، دط، دار الهدى، دس، ص 14-15.

وكمثال عن تخلي المشرع عن صلاحياته للسلطة القضائية ما يسمى بالنصوص المفتوحة حيث يعطي المشرع بمقتضى نص للقاضي سلطة تقديرية[97].

**ثانيا : معايير وضوابط التجريم والعقاب لضمان الشرعية**

تتوجه سياسة التجريم إلى حماية المصالح الاجتماعية، والتي تقتضي حماية المجتمع والأفراد من الاعتداء عليها وتتضمن سياسة التجريم أيضا بيان القيم والمصالح الجديرة بالحماية باستخدام العقاب ومنع إلحاق الضرر بالجماعة أو بقيمها، وفي هذا الإطار تباشر الدولة وظيفتها الجزائية لحماية المصالح الاجتماعية[98].

**1- حدود التجريم :**

لا تكتفي مجرد رغبة السلطة في تجريم الفعل بعينه والخروج به من دائرة الإباحة إلى دائرة المنع أو الحظر، بل يجب أن تكون هناك حاجة مجتمعية لوضع الفعل في دائرة المنع، ولما كانت المصالح المجتمعية متباينة ومتضاربة فيما بينها، وجب على المشرع أن يوازن بين تلك المصالح وأن تكون التضحية بواحدة منها في سبيل حماية بقية المصالح المجتمعية مبررا، ويجب كذلك التضحية بالمصلحة الأقل أهمية[99].

والأصل العام أن السلطة التشريعية ذات سلطة في تقدير ما يترأى لها من تشريعات ولكن في مجال التجريم، وبشكل خاص فيما يتعلق بالحقوق والحريات وجب على السلطة التشريعية أن لا تتعمد مصادرة الحق أو الحرية أو التضييق عليها، فيجب أن تقف مقاصد الهيئة التشريعية عند حدود الأغراض أو الأهداف والمبادئ التي يحميها الدستور، وإلا كان القانون محل التنظيم قد طاله عيب الانحراف بالسلطة التشريعية. والمبدأ الغالب في مبدأ الشرعية أن المشرع لا يعمل على تجريم أي سلوك إلا في حالة الثبوت وجود ضرورة ملحة تقتضي ذلك، فكانت الضرورة في تجريم إحدى الضوابط الأساسية فيه، التي تقتضي للضرورة ألا تمتد سلطة المشرع إلى تجريم سلوك ما إلا إذا كان هذا السلوك يشكل مساسا كبيرا بمصالح جديرة بالحماية الجزائية وتتساوى من حيث أهميتها الاجتماعية مع خطورة سلب الحرية أو الانتقاص من الحق بواسطة الجزاء الجنائي المترتب على التجريم[100]. ويترتب عن هذا المبدأ قاعدة أساسية مفادها أن التجريم لا يكون إلا على أساس الفعل الضار باعتباره يشكل الضرورة الملحة التي تستدعي تدخل المشرع بسلاح التجريم، أما التجريم على أساس الأفعال الخطيرة فهو أمر نادر الوقوع غير أنه قد يرجح المشرع العقاب على بعض الأفعال المشكلة لخطورة محتملة ودون انتظار لوقوع أضرار فعلية وهذا في جرائم الخطر.

---

[97] بارش سليمان، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[98] محمود طه جلال، **أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة**، دار النهضة العربية للطبع والنشر، القاهرة، 2004، ص 25.

[99] عصام عفيفي عبد البصير، **أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 14.

[100] محمود طه، مرجع سابق، ص 33.

ومفهوم الخطر وفق ما استقر عليه الرأي الراجح من الفقهاء، شأنه شأن الضرر لا يمكن أن يتم بمعزل عن القيم والمصالح الأساسية للمجتمع أي أن درجة الخطر اللازم توافرها في السلوك ليصبح محل للتجريم لا يحددها معيار الاحتمال أو الإمكان فقط بل يدخل في تحديدها أهمية القيمة القانونية للمصالح محل الحماية وبالتالي فإن أي خطر مهما كانت درجة احتماله أو إمكانه لتحقيق الضرر[101]، لا تكون كافية للتجريم إلا إذا كان هذا الخطر متعلق بحق أو مصلحة ذات قيمة وأهمية كبيرة.

كما ويقتضي تطبيق مبدأ الشرعية أن تتصف نصوص التجريم والعقاب بالوضوح والدقة والتحديد وعلى الخصوص ما يتصل بالجانب المادي، وأن يبتعد المشرع عن الغموض والالتباس والتعقيد في صياغتها، وأن تكون قاطعة الدلالة، ولا يمكن تأويل معناها، أو التخبط في تفسيرها، وعلى حسب قول المحكمة الدستورية المصرية، أنه إذا كان النص الجنائي غامضا أو متميعا بحيث يصعب على المخاطبين بأحكامه الوقوف على دلالته فإنه يكون غير مستوف للضوابط الدستورية للقاعدة الجنائية[102]، حيث تنعكس أهمية وضوح نصوص التجريم والعقاب ودقتها على مبدأ التفسير الضيق للنصوص الجزائية، وأساس هذا المبدأ أن النص القانوني الجزائي تعبير عن إرادة المشرع الذي له وحده الحد من حرية الأفراد بمنع القيام ببعض الأفعال تحت طائلة العقوبة ومن ثم لا يجوز للقاضي تحت غطاء التفسير خلق جرائم جديدة تخرج عن نطاق القانون[103].

وإن كان هناك من يعتقد أن إسباغ نصوص التجريم بالعمومية والشمولية لا يثير أي إشكال خاصة وأن الواقع العملي أثبت أن الالتزام بوضع نصوص دقيقة على مستوى التجريم هو الذي من شأنه أن يشكل عائقا في تطبيق النصوص الجزائية على الواقع المجرمة لأن مثل هذا التحديد والدقة هو الذي يفسح المجال أمام الأذكياء المجرمين للإحاطة الكاملة بدائرة التجريم ومن ثم مساسهم بالمصالح المحمية وهم في مأمن من أي متابعة قضائية غير أنه يرى البعض أن نص التجريم الذي يتميز بالألفاظ الواسعة والفضفاضة من شأنه أن يعطي السلطة التقديرية واسعة في تقرير وجود جريمة من عدمها ومن ثم يخشى من تحكم القضاة بصددها[104]. وقبله تمنح السلطات المكلفة بالبحث والتحري سلطة واسعة في تقييد حريات المواطنين.

**2- تحديد العقوبة :**

لاشك أن غموض النصوص يؤثر على وظيفة قانون العقوبات في الردع والتوجيه، فتساؤل الناس عن معنى النص ومفهوم الفعل الذي يراد منهم تجنبه، ينقلهم إلى التساؤل عن قيمة النص نفسه بل ربما دعاهم إلى التشكك في عدالة التشريع وعدم تحقيقه لأية مصلحة

---

[101] عبد الرحيم صدقي، **السياسة التجريمية المعاصرة**، دار المعارف للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999، ص 38.

[102] MIREILLE Delmas Marty, modèles et mouvements de politique criminelle, Economica, Paris, 1983, p 13.

[103] عبد الحفيظ بلقاضي، **التدخل الجنائي بين التقييد بالحد الأدنى والمد التوسعي الشامل**، مقال منشور في مجلة القصر، العدد 10، 2005، ص 12.

[104] عبد الرحيم صدقي، مرجع سابق، ص 44.

اجتماعية مما يشجعهم على الخروج عليه، وعدم الاستجابة لتوجيهاته، بل والبعض منهم يخالف هذا التشريع وهو مطمئن لعدم إمكان ملاحقته بالعقاب استنادا إلى غموض النص نفسه[105].

فقد يأتي النص التشريعي خالي من العقوبة فيثور التساؤل عن سلطة القاضي الجنائي في تطبيق النص، ومن الأساليب التشريعية المنتقدة في تحديد العقوبة إحالة النص التشريعي فيما يتعلق بعقوبة جريمة معينة إلى عقوبة جريمة أخرى، كأن ينص المشرع على المعاقبة على جريمة الاحتيال مثلا بالعقوبة المقررة بجريمة خيانة الأمانة. فتظهر الصعوبات عندما يتم تعديل عقوبة خيانة الأمانة مثلا دون أن يفطن المشرع إلى تعديل النص الأخير[106].

وفي بعض الأحيان يكون هناك غموض في الإحالة مثال ذلك المادة 34 من قانون الوقاية من الفساد[107] ومكافحته حيث جاءت تحت عنوان تعارض المصالح ونصت على أنه يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين (02) وبغرامة من 50.000دج إلى 200.000دج كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 09 من هذا القانون.

وبالرجوع إلى المادة 09 نجد أنها تنص على : "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية". ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص[108] :

- علنية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.

فيبدو أن هناك عدم تناسق بين مضمون المادة المحال عليها والبند الذي جاءت تحته المادة 34 أي تعارض المصالح الذي يتطابق مع المادة 08 حيث تنص على : "يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذ تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عادٍ".

ويعتبر هذا الخلل من باب القصور التشريعي فهذه الحالة تحدث ارتكابا لدى القاضي الجنائي المقيد بنص، فلا يجوز له إعمال القياس لتطبيق النص على حالة المادة 08 إلا أنه رغم ذلك يمكن للقاضي وفي هذه المسائل أن يعمل سلطته التقديرية وذلك بالتفسير الواسع في ظل سياسة جنائية لدرء الفساد، فعدم التبليغ عن تعارض المصالح من طرف الموظف العمومي يعد

---

[105] عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص 16.

[106] عربور فطيمة، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي**، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2018، ص 58.

[107] القانون رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/20.

[108] عبد الرحيم صدقي، مرجع سابق، ص 10.

نوع من عدم النزاهة والأمانة التي تطلبتها المادة 09 ويجوز تطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة 34 على الموظف الذي يخالف أحكام وقواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة[109].

**الفرع الثاني : الآثار القضائية القضائية**

**أولا : التفسير الضيق للنص الجنائي**

تفسير النص القانوني عملية فكرية تستهدف استخلاص الفهم والمعنى الحقيقي الذي قصده المشرع من ألفاظه ليصبح صالحا للتطبيق على الوقائع التي تعرض أمام القضاء أي البحث عن إرادة المشرع في النص القانوني من خلال تحليل الألفاظ وكشف مذلولها والهدف الذي أراده المشرع بوضع النص[110].

غير أنه وطبقا لمبدأ الشرعية الجزائية يتعين على القاضي الجنائي الالتزام بالتفسير الضيق للنص سواء من حيث التجريم أو من حيث العقاب، والأصل أنه يتعين على المشرع عند وضع النص الجنائي أن يراعي الدقة والوضوح في اللفظ والمعنى وأن يتجنب الغموض والمصطلحات الفضفاضة التي قد تحمل أكثر من تأويل لأن الأمر يتعلق بتجريم الأفعال ووضع فاصل بين ماهو مباح وماهو مجرم فالأمر يتعلق بحقوق وحريات الأفراد وهو ما أكده المشرع الدستوري الجزائري بنص المادة 34، لذلك يشترط أن يبين المشرع في الشق التجريمي للنص بالدقة والوضوح أركان وعناصر الجريمة ومختلف الصور والحالات التي قد تتخذها وفي الشق العقابي ماهية العقوبة المقررة للفعل وحدودها وإبراز الظروف التي من شأنها تشديد العقاب أو التخفيف أو الإعفاء منها[111].

إلا أن الواقع يعكس في الكثير من الحالات وجود نصوص قانونية غير واضحة وقراءة ألفاظها لا تؤدي إلى فهمها ولا إلى انسجامها مع نسق النصوص الواردة في الباب أو الفصل، كما أنه في بعض الحالات عندما يوضع النص بأكثر من لغة يحدث اختلاف في المعنى بين النصين (كما هو الحال في الجزائر أين يوضع النص بالعربية والفرنسية) وبالتالي هذا يدفع القاضي الجنائي إلى ضرورة تفسير النص مستعملا في ذلك إما التفسير اللغوي أو التفسير المنطقي الغائي للبحث عن المعنى الذي يرمي إليه المشرع من وراء الألفاظ المستعملة في النص ويحق للقاضي أن يستعين بكل الوسائل التي تمكنه من تحليل الألفاظ النص للوقوف على إرادة المشرع فله أن يبحث في مصدره التاريخي ويرجع إليه وله أن يرجع إلى الأعمال التحضيرية له، كما له الاسترشاد بالظروف التي دفعت لإقراره وله أيضا الاستعانة بصلة النص الجنائي بقواعد فروع القانون الأخرى التي تعمل إلى جانب القانون الجنائي وإذا وضع النص بلغتين أو أكثر فللقاضي أن يقارن بين الصيغة المتعددة، وله الاستعانة بالقوانين الأجنبية المماثلة

---

[109] محمود طه جلال، مرجع سابق، ص 25.

[110] بباح إبراهيم، **مبدأ الشرعية الجزائية ضمانة لتكريس سيادة القانون**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، مجلد 07، العدد 02، 2021، ص 220.

[111] بباح إبراهيم، مرجع سابق، ص 221.

إذا كان قد أخذ في الأصل عنها أو استقى من وحيها فضلا عن الاستعانة بتفسير الفقه للنصوص، وإن كانت النتائج التي تقود إليها كل وسيلة ليست ملزمة للقاضي فمن حقه أن يرفض بالأخذ بها إذ لم يقتنع بأنها تكشف قصد المشرع[112].

**ثانيا : حظر القياس في تفسير النص الجنائي**

القياس هو إعطاء حالة غير منصوص عليها في القانون حكم حالة أخرى لاتفاق حالتين في علة فهو وسيلة عملية تهدف إلى استكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق إيجاد حل لمسألة لم ينظمها القانون وذلك عن طريق استعارة الحل الذي قرره القانون ليس وسيلة لاستخلاص إرادة القانون (القصد التشريعي) في إطار الصيغة التي استعملها بل إنه يفترض لأن القانون لم ينظم مسألة معينة ولم يضع لها حلا واجبا تطبيقه في حالة حدوثه[113].

فيقتضي القياس وجود نقص في التنظيم القانوني للواقع المعروضة على القاضي وأن هذا التنظيم موجود في حالات مماثلة من واجب القاضي القيام بعملية ذهنية تربط بين الشيء المقيس عليه[114].

ولاشك بأن القياس محضور في المواد الجنائية عموما وبخاصة نصوص التجريم والعقاب، وبالتالي لا يجوز للقاضي الجنائي عند تطبيق هذه النصوص أن يلجأ إلى القياس لأن ذلك سيقتضي إلى خلق جريمة أو إلى حكم بعقوبة لم يرد بها نص تشريعي[115].

وبهذا فإن موقف القاضي الجنائي يختلف عن موقف القاضي المدني الذي يستطيع فعل ذلك في حالة الافتقار إلى وجود نص قانوني فواجبه أي القاضي المدني تحقيق العدالة عن طريق إيجاد حل للواقعة المعروضة أمامه، أما القاضي الجنائي فالعدالة الوحيدة التي يملكها في حالة افتقاره لنص تجريمي يمكن تطبيقه هي الحكم ببراءة المتهم على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة بنص) فهنا بروز واضح معالم ذاتية لقواعد جنائية الموضوعية بشكل خاص وذاتية قانون الجنائي بشكل عام، حيث يستقبل بأفكاره ونظرياته على نحو لا نظير له في فروع النظام القانوني الأخرى، وعلى الرغم من صراحة مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات (الشرعية الجنائية الموضوعية) فإن بعض الدول تخول للقضاة سلطة التجريم بالقياس[116].

---

[112] رمسيس بهنام، **النظرية العامة للقانون الجنائي**، ط3، منشأة المعارف، 1997، ص 227 وما يليها.

[113] أحمد فتحي سرور، **الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 158.

[114] هلالي عبد الإلاه أحمد، **تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 106.

[115] هلالي عبد الإلاه أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[116] أكرم نشأت إبراهيم، **سياسة جنائية (دراسة مقارنة)**، مكتبة النهضة، بغداد، 1996، ص 31-32.

## المبحث الثاني : احترام خصوصية القاعدة الجنائية

يتضمن قانون الإجراءات الجنائية مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد كيفية التحري عن الجرائم والتحقيق مع المتهمين بارتكابهم وتتمثل هذه الخصوصية في ذاتية القاعدة الإجرائية الجزائية وعناصر الشرعية الإجرائية وهذا ما سنتناوله في هذين المطلبين.

### المطلب الأول : ذاتية القاعدة الإجرائية الجزائية

تشترك القواعد الجنائية الإجرائية في خصائص معينة تتمثل فيمايلي :

#### الفرع الأول : الطبيعة القانونية والإجرائية

**أولا : الطبيعة القانونية**

فالقواعد الجنائية الإجرائية ذات طبيعة قانونية وبناءا على ذلك فهي قواعد تتوافر فيها الصفة الآمرة والصفة العمومية والتجريم، فالقاعدة الجنائية الإجرائية هي قاعدة قانونية آمرة تعد من النظام العام أي لا يجوز على الاتفاق على ما يخالفها وكل اتفاق من هذا القبيل يعد باطلا[117]. فإذا ارتضى الإنسان أن يقبض عليه وأن يودع في السجن مباشرة من قبل الشرطة أو الادعاء العام بوصفه سلطة اتهام بغير محاكمة معترفا بذنب ما ومؤثرا الخضوع لعقوبة هذا الذنب دون الحاجة إلى محاكمة فإن هذا الرضا من جانبه ولو صادفه القبول من جانب السلطات العامة لا يكون له بأي حال من الأحوال أثر في الاستغناء عن المحاكمة لأنه لابد من دعوى جنائية يمحص القاضي أساسها ويخلص من هذا التمحيص إلى إصدار حكمه فيها[118]. وبغير ذلك لا تكون هناك شرعية ما للعقوبة فلا عقوبة بدون محاكمة ولا يعني كون القاعدة الجنائية الإجرائية آمرة أن قانون الإجراءات الجنائية يحتوي على نظير لما يسمى في القانون الخاص بالقواعد المكملة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين والتي يحل حكمها محل الإرادة في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة، فكل ما يمكن التسليم بوجوده في هذا القانون أنه توجد فيه قواعد مقررة لمصلحة المتهم فيما يتعلق بمجريات المحاكمة، وكل القواعد الجنائية الإجرائية هي قواعد آمرة وإذ لم تطبق قاعدة ما من تلك القواعد على المتهم حلت محلها قاعدة آمرة هي الأخرى[119].

وصفة (الآمرة) هذه يستلزمها قوة إلزام تجبر المخاطبون بالقاعدة الجنائية الإجرائية على عدم الخروج من إطارها، وهذه القوة الملزمة تتمثل بأنواع مختلفة من الجزاءات الإجرائية المتمثلة في إهدار الأثر القانوني للإجراء المخالف للقاعدة الإجرائية، وقد تتوافر صفة الإلزام عن طريق الفهم المادي لصاحب الشأن على تنفيذ التكليف المخاطب به مثل جواز ضبط المتهم وإحضاره بالقوة أمام المحقق إذ رفض الحضور بمحضي إرادته، كما قد يترتب على مخالفة القاعدة الإجرائية جزاء عقابي كمعاقبة الشاهد على امتناعه عن الإدلاء بشهادته وقد يكون

---

[117] رضا حمدي الملاح، **ذاتية الدعوى الجنائية**، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003، ص 79.

[118] رمسيس بهنام، **الإجراءات الجنائية (تأصيلا وتحليلا)**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 53-54.

[119] رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص 54.

الجزاء ماديا مثل الحكم بمصادرة مبلغ الكفالة الذي يودعه الطاعن بطريقة الطعن بالتمييز (النقض) إذ لم يقبل طعنه أو قضي برفضه أو بعدم جوازه أو سقوطه، كما أن الجزاء قد يكون تأديبيا كالقواعد التي تخاطب موظفي الدولة المكلفين بالقيام بواجبات الخصومة الجنائية كالقاضي وإعطاء الادعاء العام ومساعديهم[120].

أما بالنسبة للعمومية والتجريد فلا يجوز أن تنظم قواعد الإجراءات الجنائية بالنسبة إلى قضية محددة بذاتها أو بالنسبة إلى متهم معين، فكل نص يخرج عن هذه الخصوصية يكون بمناء عن الإطار القانوني[121].

وبناء على ذلك فإن للقواعد الجنائية الإجرائية ذاتية خاصة ومتميزة عن القواعد الإجرائية الأخرى التي تسعى إلى تحقيق أغراض مختلفة فالتطبيق السليم لقواعد القانون الجنائي بشقيه العقابي والإجرائي هو إحدى مهام الدولة، أما تطبيق قواعد القانون الخاص ليس سوى وسيلة لحماية الحقوق الخاصة التي يسعى صاحبها إلى درء الاعتداء عليها، فمن هنا كان الخضوع لأحكام القانون الجنائي مجردا عن الإرادة الخاصة بأطراف الدعوى الجنائية (لأنها من النظام العام)، فارتكاب السلوك الإجرامي يمنح الدولة الحق في منازعة المتهم قضائيا لتطبيق القانوني الجنائي واستيفاء حقها بالعقاب بصرف النظر عن إرادة الخصوم في الدعوى على العكس من قواعد القانون الخاص التي يلجأ الأفراد إلى حكمها بشكل اختياري يفتح لهم باب القضاء إن شاءوا، وبالتالي يعلن لهم القضاء حكم القانون في النزاع القائم بينهم، وهذا الحكم لا يكون حتما هو حكم الحقيقة الواقعية العادلة[122].

**ثانيا : الطبيعة الإجرائية (الشكلية)**

تتميز القاعدة الجنائية الإجرائية بأنها قاعدة شكلية لا تنظم علاقات موضوعية، وإنما يقتصر تنظيمها على العلاقات التي تنشأ عن الخصومة الجنائية وتسمى بالعلاقات الإجرائية وبمعنى آخر أنها ليست قواعد تقويمية لتوجيه سلوك الأفراد الاجتماعي كما هو الشأن قواعد قانون العقوبات، وإنما هي بوجه عام تسعى إلى تنظيم العلاقات التي تنشأ في العملية الإجرائية التي تستهدف تطبيق قانون العقوبات وإلى تحديد نطاق الضمانات الواجب احترامها عند ممارسة هذه العلاقات الإجرائية[123].

وكثيرا ما تدق التفرقة ما بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية كقواعد شكلية، فمعيار المكان الذي وضعت فيه القاعدة لا يسعف في تحديد طبيعة القاعدة هل هي موضوعية أم إجرائية (شكلية)، فقد يحتوي قانون الإجراءات على قاعدة موضوعية، وكذلك معيار الغاية أو الهدف لأن القواعد الإجرائية تسعى إلى تحقيق مصلحة المتهم، أما القواعد الموضوعية فغايتها

---

[120] أحمد فتحي سرور، **أصول قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 05-06.

[121] أحمد فتحي سرور، **الشرعية والإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 63.

[122] محمد زاكي أبو عامر، **الإجراءات الجنائية منشأة المعارف**، الإسكندرية، 1994، ص 15.

[123] أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 06.

تحقيق مصلحة المجتمع في العقاب استنادا إلى المقولة الشائعة بأن : "قانون الإجراءات هو قانون الشرفاء وقانون العقوبات هو قانون الأشقياء" هو الآخر معيار منتقد لأن هناك قواعد إجرائية تكون ضد مصلحة المتهم كالقواعد التي تحدد مدة الطعن، وهناك قواعد موضوعية تسعى إلى تحقيق مصلحة الفرد كالقواعد المتعلقة بوقف التنفيذ. والرأي الراجح في معيار القطع بالطبيعة الشكلية أو الموضوعية لقاعدة جنائية ما، هو المعيار الذي يستند إلى جوهر القاعدة، فإذا كان جوهر القاعدة ينصب على صميم حق الدولة في العقاب فهي قاعدة موضوعية، أما إذا كان يقف عند حدود مجرد رسم الطريقة أو أسلوب يجب إتباعه في اقتضاء حق الدولة في العقاب فهي قاعدة إجرائية[124].

**الفرع الثاني : الطبيعة النسبية والتبعية**

لا يستهدف المشرع من القواعد الجنائية الإجرائية تحقيق نتائج مطلقة بالنسبة إلى الكافة ولا يخاطب بها جميع المواطنين كما هو الحال في القواعد الجنائية الموضوعية، بل أنه يقتصر في توجيه الخطاب إلى بعض الأشخاص والذين يطلق عليهم بالأشخاص الإجرائيين والذين هم يساهمون في الروابط الإجرائية التي تتوافر في الخصومة الجنائية[125].

كالقواعد التي تنظم سلطة الإدعاء العام وسلطة المحكمة، فجميعها قواعد نسبية لا تخاطب غير الأشخاص المكلفين بمباشرة هذه الإجراءات، أما بالنسبة لطبيعتها التبعية، فإنها مجرد وسيلة لتطبيق قانون العقوبات في إطار الشرعية الجنائية فقواعد قانون العقوبات هي القواعد الأصلية التي تتبعها القواعد الإجرائية المنظمة للخصومة الجنائية، فلا يتصور وجود قانون الإجراءات بدون قانون العقوبات، وذلك لأن الأخير يبين حدود سلطة الدولة في العقاب بينما ينظم قانون الإجراءات كيفية الوصول إلى تطبيق هذه السلطة في إطار الشرعية الإجرائية، ولكن هذه التبعية لا تعني إعطاء نوع من الأفضلية أو الأولوية أو الأهمية لقانون العقوبات على حساب قانون الإجراءات، لأن قانون العقوبات ذاته لا يمكن تطبيقه إلا من خلال قواعد الإجراءات الجنائية، فلا عقوبة بغير حكم قضائي فالتبعية لا تعني أكثر من التلازم بين القانونين مع افتراض وجود قانون العقوبات من الناحية المنطقية قبل قانون الإجراءات[126].

**الفرع الثالث : السرعة وتفرق النصوص الإجرائية**

**أولا : السرعة في الإجراءات والوصول إلى الحقيقة**

تقتضي العدالة الجنائية السرعة (غير المخلة) في الإجراءات، حتى يتسنى لقانون الإجراءات الجنائية أن يؤدي دوره بشكل فعال في الوصول إلى الحقيقة، ومن هنا كان لابد لقواعد الإجراءات أن تمتاز بالسرعة لأن التباطؤ في الإجراءات يؤدي إلى إطالة الخصومة الجنائية وتوسيع الفارق الزمني بين الجريمة وعقاب فاعلها، وذلك لأن فعالية العقوبة ودورها

[124] فاضل العواد محميد الدليمي، **ذاتية القانون الجنائي**، بابل، العراق، 2017، ص 164.
[125] أحمد فتحي سرور، **أصول قانون الإجراءات الجنائية**، مرجع سابق، ص 06.
[126] أحمد فتحي سرور، **الشرعية والإجراءات الجنائية**، مرجع سابق، ص 65.

في تحقيق أغراضها الاجتماعية يتناقص كلما طال الزمن الفاصل بين توقيعها وبين ارتكاب الجريمة[127].

كما تؤدي سرعة الإجراءات في حالة الحكم بالبراءة إلى تقليص أمد الخصومة وبالتالي تقلل من حجم الأضرار التي تصيب المتهم البريء من جراء رفع الدعوى عليه ووقوفه موقف الاتهام، يضاف إلى ذلك أن بطء الإجراءات يؤدي إلى اختلاط ذاكرة الشهود وبالتالي يصبح من العسير أو من غير المحقق الوصول إلى الحقيقة الموضوعية. فما يستلزم لسرعة الإجراءات هو اتسام قواعد الإجراءات الجنائية بالبساطة والوضوح، لأنه يكون لموقفي الاتهام والمحاكمة رهبة قد توقع الاضطراب في نفس الفرد، فلا يسعه الحال لحسن الدفاع عن نفسه فيكون أمام عنصر السرعة مصلحتان يدل ظاهرهما على تعارض إحداهما مصلحة المجتمع التي تتطلب السرعة في معرفة المتهم ما إذا كان بريئا لتعلن براءته أو مذنبا فيوقع عليه الجزاء الذي يستحقه، وثانيا هي مصلحة المتهم الذي يبغي سرعة الإجراءات ليخلص من موقف الاتهام المسلط عليه ولكن على الرغم من ذلك يكون في حاجة إلى التأني ليثبت براءته، فالسرعة يجب أن لا يكون مبالغا فيها لدرجة الإخلال بحق المتهم في الدفاع عن نفسه، ففي سرعة القضاء بالإدانة ردع المرتكب للجريمة (ردع خاص) وزجر لمن تسول له نفسه بإتيانها (ردع عام)، والتعجيل بإثبات البراءة فيه رفقا بالفرد وحريته من أن تبقى مهددة بالمساس بها مدة طويلة[128].

يبدو أنه لا يكفي أن تتميز القواعد الجنائية الإجرائية بالسرعة في الإجراءات لتحقيق الغاية المبتغاة منها، بل أن الشرط الأساسي في جني الفائدة المرجوة هو حسن أعمال هذه القواعد من قبل القائمين على تطبيقها وتفهمهم لها تحقيقا للعدالة، ووضعها موضع التنفيذ بروح المشبعة بالرغبة في الوصول إلى معرفة الحقيقة فالقواعد الجنائية الإجرائية تهدف إلى كشف الحقيقة لكي تعمل نصوص قانون العقوبات إن ثبت الجرم المسند إلى المتهم أو لينتهي الأمر إلى تبرئته إن لم يقم الدليل على ارتكابه السلوك الإجرامي فتتجلى أهمية قانون الإجراءات الجنائية في أنه لم تكن قواعده من الدقة والوضوح لتحري وجه الحق، فقد يسفر العمل به عن ظلم بعض الأبرياء[129].

**ثانيا : قواعد موزعة بين أكثر من نص**

يغلب على القواعد الجنائية الإجرائية الخصيصة الموزعة، أي أن شقي التكليف والجزاء لا تتوافر في نص قانوني واحد، وإنما يوزع مضمونها على أكثر من نص، فالنصوص القانونية إما أن تكون كاملة أو ناقصة، والنص الكامل هو الذي يتضمن قاعدة قانونية كاملة مثل ما نصت عليه المادة (243) من قانون أصول المحاكمات الجزائية من أنه : "إذا انقضى ثلاثون يوما على

---

[127] رضا حمدي الملاح، مرجع سابق، ص 85.

[128] عمر سعيد رمضان، **مبادئ قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 04-05، وحسن صادق المرصفاوي المرصفاوي، **في أصول الإجراءات الجنائية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، دس، ص 06-07.

[129] حسن صادق المرصفاوي المرصفاوي، **في أصول الإجراءات الجنائية**، مرجع سابق، ص 06-07.

تبليغ الحكم الغيابي الصادر في المخالفة وثلاثة أشهر على تبليغه بالحكم الصادر في الجنحة وستة أشهر في الجناية دون أن يقدم المحكوم عليه نفسه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو إلى أي مركز للشرطة ودون أن يعترض عليه خلال المدة المذكورة أصبح الحكم بالإدانة والعقوبات الأصلية والفرعية بمنزلة الحكم الوجاهي"[130].

أما النص الناقص فهو الذي لا يستوعب قاعدة قانونية كاملة بل تتوزع على أكثر من نص يتضمن إحدى النصوص هذه القاعدة على شق التكليف وتتناول النص الآخر شق الجزاء وهذا الشق الأخير قد يكون ضمن نصوص قانون الإجراءات الجنائية أو ضمن نصوص قانون العقوبات أو ضمن نصوص القانون المدني أو القانون التأديبي، إذ أن ظاهرة النص غير المستوعب هي الظاهرة الغالبة على نصوص القانون الجنائي الإجرائي، على عكس من قانون العقوبات الآتي الذي غلبت على نصوص صفة النص المستوعب[131].

**المطلب الثاني : عناصر الشرعية الإجرائية**

عرفت الشرعية الإجرائية بأنها : "الأصل في المتهم البراءة ولا يجوز اتخاذ إجراء جنائي على المتهم إلا بناءا على قانون وتحت إشراف القضاء في حدود الضمانات المقررة بناءا على قرينة البراءة"[132].

يتضح من ذلك أن الشرعية الإجرائية تقوم على عناصر ثلاثة تتمثل فيمايلي :

**الفرع الأول : احترام قرينة البراءة**

حيث يقوم هذا العنصر على أساس أن كل إجراء يتخذ قبل المتهم لتقييد حريته أو لمحاكمته يجب أن يبني على افتراض براءته وأن تتم معاملته وفقا لذلك والقول بعكس ذلك يؤدي إلى قصور الحماية التي يوفرها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ما دام من الممكن المساس بحرية الفرد بغير طريق القانون أو كان من الممكن إسناد الجرائم للأفراد ولم يثبت ارتكابهم لها عن طريق افتراض إدانتهم[133].

وقد نادى بيكاريا بذلك ذهب إلى أن إصلاح القضاء يأتي إلا عن طريقين، أولهما تحديد الجرائم وعقوباتها في القانون المكتوب، وثانيهما عدم جواز شخص بأنه مذنب قبل صدور حكم القضاء[134]، وهذا ما أكدته المادة 19-05 من الدستور العراقي لعام 2005 حيث نصت بأن : "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة" كما يتفق ذلك على أصول الشريعة

---

[130] فاضل عواد محميد ديلمي، **ذاتية القانون الجنائي**، بابل، العراق، ص 167.

[131] فاضل عواد محميد ديلمي، مرجع نفسه، ص 167.

[132] أحمد فتحي سرور، **الشرعية والإجراءات الجنائية**، مرجع سابق، ص 16.

[133] أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 105.

[134] فاضل عواد محميد الدليمي، مرجع سابق، ص 168.

الإسلامية فقد ورد في الحديث الشريف "أدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجا فاخلوا سبيله فإن للإمام أن يخطأ في العفو خير من أن يخطأ في العقوبة"[135].

فافتراض براءة المتهم ذو مضمونين الأول هو ضمان الحرية الشخصية للمتهم، فإذا كانت مصلحة المجتمع تقتضي معاقبة المجرمين فإنه لا يكون ذلك على حساب المساس بحرية الأبرياء، وعليه فالبراءة المفترضة يصاحبها حتما التمتع بالجريمة الشخصية، والثاني هو وجوب إعفاء المتهم من إثبات براءته، وهذا تحصيل الحاصل[136].

**الفرع الثاني : قانونية القاعدة الإجرائية**

حيث يفترض هذا العنصر أن تصدر كافة القواعد التي تحدد هذه الإجراءات عن المشرع كونها تمس الحرية الشخصية، فخطورة الإجراءات الجنائية على الحرية الشخصية تقتضي أن لا تنظم هذه الإجراءات منذ اللحظة التي تقع فيها الجريمة وحتى صدور الحكم وتنفيذه بأداة أخرى غير القانون[137].

فكل إجراء يتخذ في أي مرحلة من المراحل قبل مرتكب الجريمة يجب أن يكون محكوما بالقانون، ولا يجوز لأي شخص سواء كان القاضي أم الادعاء العام أن يبتدع إجراءات معنية لتطبق في أي مرحلة منها، فالقانون وحده هو الذي يجب أن يحكم هذه الإجراءات، لأن الحريات الشخصية مصونة بموجب أحكام الدستور وبهذا لا يجوز تنظمها إلا بموجب قانون[138].

**الفرع الثالث : الإشراف القضائي**

فلا يكفي لتحقيق مبدأ الشرعية الإجرائية افتراض براءة المتهم مع قانونية الإجراءات التي تتخذ في مواجهته، بل لابد أن يتم ذلك تحت إشراف جهة رقابية مختصة، فيتم عادة بنوعين من الرقابة هما: الرقابة غير القضائية والرقابة القضائية[139].

فالأولى تتم بواسطة أجهزة تتبع سلطات الدولة الأخرى كالرقابة عن طريق المفوض البرلماني أو ما يسمى بنظام (الأمبودسمان) أو الرقابة عن طريق ما يسمى بالمدعي العام الاشتراكي، وهناك من أخذ بما يسمى بـ (ابروكيراتور) أي المدعي العام[140].

وهنا يهمنا في هذا الموضوع هو الرقابة القضائية أي الإشراف القضائي على الإجراءات الجنائية على أساس أن القضاء هي الحال من الحقيقي للحقوق والحريات الفردية وهو الذي

---

[135] أحمد عبيد الكبيسي ومحمد شلال حبيب، **المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي**، ج1، دار القداسية للطباعة، بغداد، 1989، ص 65.

[136] عصام عفيفي حسيني، **تجزئة القاعدة الجنائية في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 175.

[137] حسن يوسف مقابلة، **الشرعية في الإجراءات الجنائية**، الدار العالمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 87.

[138] أحمد فتحي سرور، **الشرعية والإجراءات الجنائية**، مرجع سابق، ص 34.

[139] جواد الرهيمي، **أحكام البطلان في قانون أصول المحاكمات**، منشورات المكتبة الوطنية، بغداد، 2003، ص 19-20.

[140] فاضل عواد محمد ديلمي، **ذاتية القانون الجنائي**، جامعة بابل، العراق، ص 169.

يضمن حسن تطبيق القانون وتأكيد سيادته، فهو ضمان العمل لتطبيق القانون السياسي الواقي لحريات من الاعتداء عليها عن طريق إشرافه مع جميع الإجراءات الجنائية[141].

[141] عدلي سليمان المزوني، **الجزاءات الإجرائية (دراسة حالة)**، رسالة ماجستير كلية القانون، جامعة بغداد، 2000، ص 43.

**خلاصة الفصل :**

تناول هذا الفصل انعكاسات مبدأ الشرعية على الصياغة الجنائية من خلال دراسة مفهوم وأهمية مبدأ شرعية التجريم والعقاب فهي من بين المبادئ التي يكرسها القانون الجنائي لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم وبيان أساسها الدستوري وهذا ما نوه إليه الدستور الجزائري منذ 1996 في عدة نصوص منه على مبدأ الشرعية وهذه الضمانة متحققة في الوقت الحالي بفضل تطبيق هذا المبدأ الذي يعتبر المميز للدولة الحديثة التي تخضع للقانون في شتى تصرفاتها، ومن ثم التطرق إلى نتائج مبدأ الشرعية الجنائية في مجال صياغة النص من خلال التطرق إلى الآثار الدستورية والقضائية متمثلة في إنفراد التشريع بالتجريم والعقاب بحيث يقتضى أن يكون المشرع وحده صاحب الحق في التشريع باعتباره الحارس الطبيعي للنظام، فهذا الأخير يقتضي تقييد حرية الفرد من خلال ضوابط التجريم والعقاب الذي يخضع كذلك لضرورة اجتماعية أي ضرورة حماية المجتمع كمصلحة دستورية وإلا المشرع سيلجأ إلى الإسراف في استخدام السلاح العقابي مما يؤدي إلى ما يسمى بالتضخم العقابي الذي لا يستند إلا ضرورة وتطبيق لمبدأ الشرعية يحضر على القاضي اللجوء إلى حضر القياس والتفسير الضيق للنص الجنائي.

وتماشيا مع ما تم ذكره تم تطرق في المبحث الثاني إلى احترام خصوصية القاعدة الإجرائية الجزائية متمثلة في القاعدة الجنائية الإجرائية فهي قاعدة شكلية لا تنظم علاقات موضوعية وإنما يتحدد دورها في مجمل العلاقات التي تنشأ عن الخصومة الجنائية فهي ليست قواعد تقويمية لتوجيه سلوك الفرد بل هي قواعد قانونية تقدم وظيفة تطبيق قانون العقوبات تتميز بخصائص عدة ويتضح من خلال ذلك أن الشرعية الإجرائية تقوم على عناصر متمثلة في احترام الحرية الشخصية في مواجهة السلطة ويضمن التمنع بالكرامة الإنسانية وأن تخضع جميع الأعمال الإجرائية لتنظيم القانون من حيث إشراف القضاء.

# الخاتمـــــــــــة

في نهاية هذه الدراسة نستخلص أن للصياغة التشريعية أهمية كبيرة في ضخ النصوص وهذا الأمر لا يتم إلا بإتباع أسلوب واضح وبسيط ومنضبط ودقيق ويتم ذلك في طريق استخدام عدة أساليب لصياغة النص الإجرائي الجزائي كما تكفله ضمانات دستورية لمبدأ الشرعية وهو أهم أسس القوانين الجزائية سواء في قسمها الموضوعي المتعلق بالتجريم والعقاب وهو ما يعرف بالشرعية الموضوعية أو قسمه الإجرائي المتعلق بالإجراءات الجزائية والذي يعرف بالشرعية الإجرائية.

وعليه يمكن أن نسرد النتائج والاقتراحات التالية :

**أولا : النتائج**

1- الصياغة القانونية لها ضوابط أهمها دقة الألفاظ وهي نوعان جامدة ومرنة.

2- يجب استعمال أساليب الصياغة القانونية طبقا لما يتوافق مع الموضوع الذي يراد صياغته إذا تطلب أن تكون الصياغة جامدة فلابد من استعمالها، وإذا كان الموضوع يقتضي صياغة مرنة فعليه استعمال هذه الصياغة.

3- للصياغة التشريعية طرق وأدوات محدودة لصياغة القاعدة قانونية حتى تكون واضحة ويسهل فهمها وتطبيقها منها ما هو مادي و ما هو معنوي

4- لمبدأ شرعية التجريم والعقاب قيمة دستورية مؤكدة متمثلة في ضمانات دستورية وضمانات قضائية.

5- القاعدة الإجرائية خصوصية تحتم على المشرع مراعاتها أثناء صياغة النص الجنائي الإجرائي.

6- احترام مبدأ الشرعية الجنائية ترتب على نتائج إيجابية أهمها تحقيق الأمن القانوني.

**ثانيا : المقترحات**

1- صياغة القاعدة الجنائية تتطلب خبرة جيدة ومعرفة دقيقة بأصول اللغة والمصطلحات لذلك نقترح أن يتم إعداد دورات تكوينية للمكلفين بلجنة الصياغة القانونية.

2- نقترح إحداث تخصص في كليات الحقوق تدرس فيه فنون الصياغة التشريعية بشكل عام.

3- نقترح إحداث هيئة رقابية على مستوى البرلمان تراجع أخطاء الصياغة القانونية ومدى تطابقها مع الدستور.

4- يجب أن يعمل المجلس الدستوري على مراقبة صياغة النصوص.

5- يجب على المشرع احترام عناوين الأبواب والفصول للقوانين بحيث لا يتناقض العنوان مع المضمون.

6- يجب أن يمر النص الجنائي بمراجعة على عدة مستويات قبل الصدور النهائي وتكون مراجعة شكلية وموضوعية بحيث تمنع العيوب المتكررة في صياغة النص الجنائي نظرا لخطورة هذه النصوص على مبدأ الشرعية الجنائية.

# قائمة المصادر والمراجع

**أولا : القوانين**

1- قانون المدني.
2- قانون العقوبات.
3- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 متضمن قانون العقوبات معدل ومتمم.
4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 متضمن القانون المدني معدل ومتمم.
5- الأمر رقم 01-09 في 26 يونيو 2001 متضمن قانون العقوبات معدل ومتمم.
6- الأمر رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
7- الأمر رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2010.
8- الأمر رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015.

**أ)- الكتب المتخصصة :**

1- رافد خلف هاشم وعثمان غيلان العبودي، **التشريع بين الصناعة والصياغة**، ط1، 2012.
2- الصغير بن محمد صغير، **ضوابط الصياغة وسن القوانين دراسة مقارنة**، ط1، 2017.
3- عبد القادر شيخلي، **فن الصياغة القانونية**، ط2، دار الثقافة، عمان، 1995.
4- عصمت عبد المجيد، **مشكلات التشريع**، ط1، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2014.
5- عليوة مصطفى فتح الباب، **الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات**، دار الكتب القانوني، مصر، 2010.

**ب)- الكتب العامة :**

1- أحمد فتحي سرور، **أصول قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
2- أحمد فتحي سرور، **الحماية الدستورية للحقوق والحريات**، ط2، دار الشروق، 2000.
3- أحمد فتحي سرور، **الشرعية والإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
4- توفيق حسن فرج، **مدخل إلى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق**، ط3، دار جامعية بيروت، لبنان، 1993.
5- حسن ربيع، **شرح قانون العقوبات الاتحادي**، ج1، المبادئ العامة للجريمة أكاديمية لشرطة، دبي، 2000.
6- حسن كبير، **المدخل إلى القانون بوجه عام النظرية العامة للقاعدة القانونية والنظرية العامة للحق**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.
7- رمسيس بهنام، **الإجراءات الجنائية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
8- عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية، 2009.
9- عبد المجيد زعلاني، **مدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون**، دار هومة، 2018.
10- عجة جيلالي، **مدخل العلوم القانونية**، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية.
11- علي أحمد صالح، **المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية القانون**، دار بلقيس، ط1، 2016.
12- علي محمود حمودة، **شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي**، ج1.

13- عمر سعيد رمضان، **شرح قانون العقوبات**، قسم عام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
14- عمر سعيد رمضان، **مبادئ قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
15- عوض محمد عوض، **المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994.
16- محمد حسين منصور **نظرية القانون**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
17- محمد زاكي أبو عامر، **الإجراءات الجنائية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
18- محمود نجيب حسني، **شرح قانون العقوبات**، قسم عام، ط8، دار النهضة العربية، مصر، 2018.
19- مصطفى محمد الجمالي وعبد الحميد محمد جمال، **النظرية العامة للقانون**، دار الجامعية، بيروت، 1987.
20- هلالي عبد الإلاه أحمد، **تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

**ج)- البحوث الجامعية :**

**1)- أطاريح الدكتوراه :**

1- رضا حمدي ملاح، **ذاتية دعوى الجنائية**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003.
2- شاكر نوري إسماعيل، **النموذج القانوني للقاعدة الإجرائية الجزائية**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2017.
3- عربور فاطمة، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2018.

**د)- مذكرات الماجستير والماستر :**

1- خالد جمال أحمد حسن، **مبادئ الصياغة التشريعية بحث في جامعة البحرين**، كلية الحقوق القانونية، العدد 04، 2015.
2- محمود محمود مصطفى، **حماية حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية**، بحث منشور في مجلة المحامون السورية.
3- وعدي سليمان المزوري، **الجزاءات الإجرائية دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2000.

**ه)- المقالات العلمية :**

1- آدم سميان لغريري، **أساليب صياغة النص الإجرائي الجزائي**، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية عشر، العدد 03، 2020.
2- بباح إبراهيم، **مبدأ الشرعية الجزائية ضمانة لتكريس سيادة القانون**، مجلة الدراسات القانونية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، مجلد 07، العدد 02، 2021.
3- جواد الرهيمي، **أحكام البطلان في قانون أصول المحاكمات**، منشورات المكتبة الوطنية، بغداد، 2003.
4- رحال سمي، **خصوصية صياغة النصوص جزائية**، مجلة صوت القانون، مجلد 07، العدد 02، نوفمبر 2020.
5- عبد الحفيظ بلقاضي، **التدخل الجنائي بين التقيد بالحد الأدنى ومد التوسيع شامل**، مقال منشور في مجلة القصر، العدد 10.
6- نواف حازم سركوت وسليمان عمر، **الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية**، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 08، مجلد 03، العدد 29، مارس 2016.

**و)- المراجع الإلكترونية :**

1- نوفل علي عبد الله صفو، **أساليب الصياغة القانونية للنصوص الجنائية**، موقع إلكتروني www.iasj.net.
2- هيثم الفقهي، **الصياغة القانونية** www.twitmails.53-wabsite-en-west-ramazonawas.com.

**المراجع باللغة الأجنبية :**

1- MIREILLE Delmas Marty, modèles et mouvements de politique criminelle, Economica, Paris, 1983, p 13.

# فهرس الموضوعات

# فهرس الموضوعات


| الرقم | العنـــــــــوان | الصفحة |
|---|---|---|
| 01 | إهداء..... | |
| 02 | شكر وعرفان..... | |
| 03 | مقدمة..... | أ |

## الفصل الأول : متطلبات صياغة النص الجنائي

| | | |
|---|---|---|
| 04 | **تمهيد**..... | 05 |
| 05 | **المبحث الأول :** المبادئ العامة لصياغة النص القانوني..... | 06 |
| 06 | **المطلب الأول :** أنواع الصياغة القانونية..... | 06 |
| 07 | **الفرع الأول :** صياغة جامدة..... | 06 |
| 08 | **الفرع الثاني :** صياغة مرنة..... | 07 |
| 09 | **المطلب الثاني :** طرق الصياغة القانونية..... | 09 |
| 10 | **الفرع الأول :** الطرق المادية للصياغة..... | 09 |
| 11 | **أولا :** الصياغة بإحلال الكم محل الكيف (التعبير العددي)..... | 09 |
| 12 | **ثانيا :** الصياغة باستخدام الشكل..... | 10 |
| 13 | **الفرع الثاني :** الطرق المعنوية للصياغة..... | 12 |
| 14 | **أولا :** الصياغة باستعمال القرائن..... | 12 |
| 15 | **ثانيا :** الصياغة باستعمال الحيل القانونية..... | 14 |
| 16 | **المبحث الثاني :** خصوصية صياغة النص الجنائي..... | 16 |
| 17 | **المطلب الأول :** الأحكام الفنية الخاصة بصياغة النصوص الجزائية..... | 16 |
| 18 | **الفرع الأول :** أساليب صياغة النصوص الجزائية..... | 16 |
| 19 | **أولا :** استعمال أسلوب صياغة جامدة في صياغة نصوص جزائية..... | 17 |
| 20 | **ثانيا :** استعمال أسلوب صياغة مرنة استثناءا..... | 20 |
| 21 | **المطلب الثاني :** طرق صياغة النصوص الجزائية..... | 23 |
| 22 | **الفرع الأول :** استعمال الطرق المادية في صياغة نصوص جزائية..... | 23 |
| 23 | **أولا :** طريقة صياغة المعنى الكمي بدلا من صياغة المعنى الكيفي..... | 23 |
| 24 | **ثانيا :** الصياغة الشكلية..... | 26 |
| 25 | **الفرع الثاني :** استعمال الطرق المعنوية في صياغة نصوص جزائية... | 27 |

26 **أولا :** القرائن القانونية..... 27
27 **ثانيا :** الصياغة الافتراضية والحيل القانونية..... 28
28 **خلاصة الفصل**..... 30

## الفصل الثاني : انعكاسات مبدأ الشرعية على الصياغة الجنائية

29 **تمهيد**..... 32
30 **المبحث الأول :** احترام مبدأ شرعية التجريم والعقاب..... 33
31 **المطلب الأول :** مفهوم وأهمية مبدأ شرعية التجريم والعقاب..... 33
32 **الفرع الأول :** مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب..... 33
33 **الفرع الثاني :** أهمية مبدأ شرعية التجريم والعقاب..... 34
34 **الفرع الثالث :** الأساس الدستوري والقانوني لمبدأ الشرعية..... 36
35 **المطلب الثاني :** نتائج مبدأ الشرعية الجنائية في مجال صياغة الن..... 37
36 **الفرع الأول :** آثار الدستورية..... 37
37 **أولا :** إنفراد التشريع بالتجريم والعقاب..... 37
38 **ثانيا :** معايير وضوابط التجريم والعقاب لضمان الشرعية..... 38
39 **الفرع الثاني :** الآثار القضائية..... 43
40 **أولا :** التفسير الضيق للنص الجنائي..... 43
41 **ثانيا :** حظر القياس في تفسير النص الجنائي..... 44
42 **المبحث الثاني :** احترام خصوصية القاعدة الإجرامية الجزائية..... 46
43 **المطلب الأول :** ذاتية القاعدة الإجرائية جزائية..... 46
44 **الفرع الأول :** الطبيعة القانونية والإجرائية..... 46
45 **أولا :** الطبيعة القانونية..... 46
46 **ثانيا :** الطبيعة الإجرائية (الشكلية)..... 48
47 **الفرع الثاني :** الطبيعة النسبية وتبعيته..... 49
48 **الفرع الثالث :** السرعة وتفرق النصوص الإجرائية..... 50
49 **أولا :** السرعة في الإجراءات والوصول إلى الحقيقة..... 50
50 **ثانيا :** قواعد موزعة بين أكثر من نص..... 51

51 **المطلب الثاني :** عناصر الشرعية الإجرائية..... 52
52 **الفرع الأول :** احترام قرينة البراءة..... 52
53 **الفرع الثاني :** قانونية القاعدة الإجرائية..... 53
54 **الفرع الثالث :** الإشراف القضائي..... 54
55 **خلاصة الفصل**..... 55
56 **خاتمـــــة**..... 57
57 **قائمة المصـــــادر و المراجـــــــع**..... 60
58 **الفهـــــرس**..... 65

# ملخص الدراسة

**الملخص باللغة العربية :**

تناولت هذه الدراسة موضوع مبدأ الشرعية في صياغة النص الجنائي وذلك من خلال تسليط الضوء على ماهية الصياغة في النص الجنائي باعتبارها الأداة التي يستطيع من خلالها المشرع إيصال الغرض المقصود من التشريع وتجسيدها بعبارات وجمل قانونية واضحة، كما تناول دور مبدأ الشرعية الجنائية بشقيه الشكلي والموضوعي في الصياغة.

فالمشرع عند ممارسة حقه في التجريم والعقاب يتعين عليه أن يتجنب التعارض بين النصوص المثبتة للجرائم والعقوبات حفظا لمقتضيات المصلحة العامة وصون الحقوق وحريات الأفراد، لهذا وجب على النص الجنائي أن يمر بمراجعة شكلية وموضوعية قبل الصدور النهائي تفاديا لأي أخطاء أو تكرار.

**الكلمات المفتاحية :** الصياغة – النص – جنائي – شرعية.

---

**Summary :**

This study dealt with the issue of the principle of legitimacy in the formulation of the criminal text by highlighting the nature of the drafting in the criminal text as the tool through which the legislator can communicate the intended purpose of the legislation and embody it in clear legal terms and sentences. Exercising his right to incriminate and punish, he must avoid conflict between the texts establishing crimes and penalties in order to preserve the requirements of the public interest and to preserve the rights and freedoms of individuals.

**Key words : Wording – Texte - Criminal – Legal.**