مجلة الاجتهاد القضائي: المجلد 12 - العدد 01 (العدد التسلسلي 21) مارس 2020 - (ص ص: 115 – 142)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

الشرعية الإجرائية كضمان لحماية الحقوق والحريات العامة

Procedural legitimacy as a guarantee to protect public rights and freedoms

د. علي محمد الطلي[1]

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية الحقوق

جامعة عدن (اليمن)

Alialtali50@yahoo.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
24 نوفمبر 2019	03 فيفري 2020	25 مارس 2020

الملخص:

تتجلى أسباب اختيارنا لهذا الموضوع نتيجة أن موضوع الشرعية الإجرائية كضمان لحماية الحقوق والحريات العامة دون شك يتجاوز بكثير من الإجراءات الجنائية، إذ أنه في جوهرهٔ وثيق الصلة بقضية العدل وحقوق الإنسان في المجتمع، لذلك فإننا حينما ندافع عن الشرعية الإجرائية في حماية الحقوق والحريات العامة ونتشبث بها، فإننا ندافع عن العدالة في حد ذاتها. واعتمدت في موضوع العرض على المنهج التحليلي الوصفي لكونه المناسب لموضوع دراستي، من خلال تحليل النص القانوني وتسليط الضوء على المفاهيم الإجرائية لحماية الحقوق والحريات العامة، ووصف الضمانات التي ينظمها القانون للحريات العامة. وخلصت إلى إن مبدأ شرعية التجريم والعقاب سواء كان هذا النص دستوري أو عادي أو دولي لا يكفي وحده لضمان تطبيقه على الوجه الأمثل، إذ لابد من وجود وسيلة تحقق ضمانة التطبيق لهذا المبدأ وتتمثل في الرقابة القضائية التي يقوم بها القضاء عن طريق المحاكم العادية.

الكلمات المفتاحية: الشرعية - الإجرائية - الحريات –الجنائية –الاستثنائية –التجريم– العقاب.

Abstract :

Our selection of the subject of procedural legitimacy as a guarantee to protect public rights and freedoms undoubtedly exceeds many criminal procedures, As it is in essence closely related to the issue of justice and human rights in society, therefore, when we defend procedural legitimacy in protecting public rights and freedoms, we defend justice in itself. The research relied on the descriptive analytical method, through analyzing the legal text and highlighting procedural concepts to protect public rights and freedoms, and a description of the guarantees regulated by law for public freedoms. The research concluded that the principle of the legality of criminalization and punishment, whether this text is constitutional, ordinary or international, is not sufficient alone to ensure its optimal application, as there must be a way to achieve the guarantee of implementation of this principle and is the judicial oversight carried out by the judiciary through ordinary courts.

Keywords: *Procedural legitimacy, Criminal freedoms, The special, Criminalization, Punishment.*

[1] المؤلف المرسل: د. علي محمد الطلّي ـــــــــــــــ *Email: Alialtali50@yahoo.com*

مقدمة:

تتجلى أسباب اختيارنا لهذا الموضوع في اختلاف الأسباب الموضوعية وتعددها، فالأخذ بفكرة الشرعية الإجرائية كضمان لحماية الحقوق والحريات العامة موضوعًا للبحث العلمي، كما يمكن تلخيص ذلك في جانبين:

الجانب الأول من الناحية النظرية؛ لما لهذا الموضوع من أهمية بالغة؛ كونه يسعى إلى التوفيق بين الإجراءات والحماية الجنائية من ضمانات نحو سبيل الحقيقة وعن مدى تمسك العدالة بالحق، ومدى ما يقر بها من باطل وضلال، وعن مدى أهمية القانون، وإن لم يكن في خدمة أعضاء المجتمع من دون تمييز، وما قيمته إن لم يطلق على الحاكم والمحكوم على قدم المساواة.

أما الجانب الثاني فمن الناحية العملية الإجرائية، وهو الأكثر أثرًا؛ لأن موضوع الشرعية ليس أمرًا جامدًا، بل عرف تغيرات عديدة، وسيبقى ما دامت فكرة الحرية والقانون قائمتين، فالعقبات والتجاوزات التي تواجهها هي التي تفسح المجال أمام الدراسات والتحليل، كما تستمد أهميتها من كونها تهم الأطراف كافة من دون استثناء.

إنَّ موضوع الشرعية الإجرائية كضمان لحماية الحقوق والحريات العامة من دون شك يتجاوز بكثير الإجراءات الجنائية؛ إذ إنه في جوهره وثيق الصلة بقضية العدل وحقوق الإنسان في المجتمع، وأن قيمتَي العدل وحقوق الإنسان تتأثران بالسلب والإيجاب بمقدار ما هو متوافر من الشرعية الإجرائية في كل بلد؛ لذلك فإننا حينما ندافع عن الشرعية الإجرائية في حماية الحقوق والحريات العامة ونتشبث بها، فإننا ندافع عن العدالة في حد ذاتها.

إشكالية الدراسة الرئيسية:

تعد سياسة التجريم والعقاب من أهم أدوات المنظم لمواجهة الأفعال التي يرى أنها تهدد المصالح التي يسبغ عليها حمايته، وبما أن القاعدة الجنائية تحتوي على شقي التكليف والجزاء، ولا يمكن تطبيق الشق الثاني إلا نتيجة مخالفة الشق الأول أذن من خلال ما تم ذكره يمكن طرح الإشكالية التالية والتي تدور حولها نقاط دراستنا: ما طبيعة العلاقة بين مبدأ الشرعية الإجرائية والحماية الجنائية للحقوق والحريات العامة؟

فالواقع انه مع التسليم بأن الشرعية الإجرائية تكفل الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، ولا تسمح بالمساس بها إلا في الحدود التي قررها القانون من خلال تقديم كافة الضمانات الدستورية لتلك الحقوق في مراحل الدعاوي الجنائية المختلفة.

المنهج المستخدم: إن الحديث عن موضوع الشرعية الإجرائية كضمان لحماية الحقوق والحريات العامة يبدو أوسع مما يُتصوَّر وأكثر تعقيدًا، الأمر الذي جعل الإحاطة به من جوانبه

كافة مسألة صعبة المنال إلى حدٍّ ما؛ لذلك حاولت التركيز على بعض المسائل فيه وتحديد بعض المفاهيم؛ حيث اعتمدت في موضوع العرض على المنهج التحليلي الوصفي؛ لكونه المناسب لموضوع بحثي، من خلال تحليل النص القانوني وتسليط الضوء على المفاهيم الإجرائية لحماية الحقوق والحريات العامة، ووصف الضمانات التي ينظمها القانون للحريات العامة.

المبحث الأول: الأساس الفلسفي للشرعية الموضوعية

يرتبط النظام الجنائي المعاصر بالموازنة بين حماية حقوق المجتمع والمحافظة على الحريات الفردية، ويرتكز قانون العقوبات على مبدأ الشرعية؛ حيث ينطوي هذا المبدأ على أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني"، ويشمل هذا المبدأ مفهوم العقوبة والجريمة، وضرورة وجود عقاب لحماية النظام العام، كما يكرس حماية الحريات الفردية، فالنص في الواقع يحذر ويهدد الجميع بالطريقة نفسها، فهو يتجنب بالتالي التعسف ويحمي المواطن.

إن مبدأ الشرعية الذي يحكم قانون العقوبات يعني أن جميع الجرائم يجب النص عليها في القانون، سواء أكان في قانون العقوبات أم في القوانين العقابية الخاصة الأخرى، وبالنسبة لكل جريمة فالقانون هو الذي يعرفها وينشئها، وينص على العقوبة التي تطبق في حال ارتكابها.

وتظهر الأهمية الأولى لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أنه ضمان لحقوق الأفراد، فمن يأتِ فعلًا لم يجرمه القانون فهو – طبقًا لهذا المبدأ – في مأمن من المسؤولية الجنائية، وليس في وسع السلطات العامة أن تلومه من أجل ما فعل، فهذا المبدأ يضع للأفراد الحلول الواضحة للتجريم والعقاب؛ لأنه يبصرهم بكل ما هو غير مشروع قبل الإقدام على ارتكابه؛ مما يضمن لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم ويحول دون تحكم القاضي، فلا يملك الحكم بإدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم والعقاب المراد توقيعه عليه سبق النص عليه من قبل في القانون[1].

ولأن الجانب الجنائي المتمثل بتجريم أفعال والمعاقبة عليها من أخطر الوسائل التي تمارسها السلطة السياسية في الدولة؛ وذلك لمساس التجريم والعقاب بحريات الأفراد مساسًا ملحوظًا، وبغية توضيح أساس التجريم والمنطق الذي يحدد كل منهما، ولتأثير ذلك في حرية الأفراد، فسنعرض مبدأ الشرعية في إطار التجريم والعقاب.

ومن ثم يثير هذا المبدأ التساؤل الآتي: ما مدى مساهمة مبدأ شرعية التجريم والعقاب في احترام التوقعات القانونية وتحقيق الأمن القانوني؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سأتطرق إلى مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب في المطلب الأول، ثم العوامل المؤثرة في مبدأ الشرعية الموضوعية في المطلب الثاني، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مبدأ شرعية التجريم والعقاب

كان النظام الجنائي في الزمن السابق يتسم بعدم الوضوح في التجريم والعقاب؛ إذ كان القضاء يتمتع بسلطة واسعة في هذا الشأن، فيجرم أفعالًا لم تكن مجرمة من قبل، ويقرر لها العقوبات التي كان يراها مناسبة، بل أكثر من هذا كان يختار أسلوب تنفيذ العقوبات بما يراه محققًا للغاية منها بحسب الفلسفة التي كانت سائدة في ذلك الوقت.

وكان طبيعيًّا والحال كذلك أن تهدر حريات الأفراد، الأمر الذي دعا الفلاسفة والمفكرين والمشتغلين بالقانون إلى المناداة بضرورة الحد من سلطة القضاء في هذا الشأن، وضرورة صياغة القواعد الجنائية بمعرفة السلطة القائمة على التشريع والتزام السلطة القضائية بها وعدم تطبيق سواها[2].

لقد لجأ الكتّاب في بادئ الأمر إلى "نظرية العقد الاجتماعي"، ورتبوا عليها أنه على المشرع وحده أن يحدد للأفراد أطراف العقد، ما هو جائز وما هو غير جائز، كما يتولى بالتحديد الجزاءات المقررة لمن يخالف ذلك.

ومن هذا المنطلق يتضح لنا أن التشريعات القديمة بما فيها القانون الروماني لم تكن تعرف هذا المبدأ في صورته الحالية[3]، وتعدُّ المدرسة التقليدية هي التي نادت بهذا المبدأ على أثر ما لاحظه بكاريا من تحكم القضاة واستبداد الحكام في عصره. ولكن هذا المبدأ لم يأخذ صورته النهائية والعالمية إلا بمقتضى المادة السابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الذي أصدرته الثورة الفرنسية في 27 أغسطس سنة 1789م، كما نصت المادة الثامنة من الوثيقة نفسها على ضرورة صدور ونشر القانون الجنائي قبل تاريخ ارتكاب الجريمة.

وكان هذا المبدأ في إنجلترا منذ سنة 1215م في عهد الملك جون؛ إذ نص في المادة 39 من "العهد الأعظم *Magna Charta*" على أنه "...لا يمكن توقيع عقوبة ما على شخص حر إلا سبقتها محاكمة قانونية... طبقًا لقانون البلاد"[4].

ويرجع الفضل في صياغة مبدأ الشرعية الصياغة الحديثة إلى الماركيز الإيطالي شيرازي دي بكاريا صاحب الكتاب الشهير الجرائم والعقوبات، الذي أصدره في سنة 1764م. فممَّا ما جاء فيه أن "القوانين وحدها هي التي تحدد العقوبات التي تقابل الجرائم..."، وجاء فيه أيضًا: "... ولا يستطيع القاضي أن يوقع سواها"[5].

وقد حرص المشرع الدستوري في كثير من الدول على تسجيل هذه المبدأ. وفي اليمن أقرت الدساتير التي توالت عليها هذا المبدأ، فنص عليه في المادة 47 من الدستور اليمني بقولها: " المسئولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني، وكل متهم بريءٌ حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره"[6].

ويعد مبدأ الشرعية الجنائية أحد ركائز التشريع الجنائي، ويعني هذا المبدأ أن المشرع وحده هو الذي يملك سلطة التجريم والعقاب، فلا يملك القاضي أن يجرم فعلًا لم يجرمه القانون، ولا أن يقضي بعقوبة غير التي نص عليها القانون.

فمبدأ الشرعية معناه، أن الأفعال التي تعدُّ جرائم هي المنصوص عليها في قانون العقوبات مسبقًا والمنصوص أيضًا على العقوبات المقررة لها، شريطة أن يكون النص قد صُدر قبل ارتكاب الفعل المراد المعاقبة عليه، فيجب أن يعلم الأفراد سلفًا من القانون ما هو محظور من أفعال قبل مطالبتهم بأن يحكموا تصرفاتهم على هواه[7].

كما تعني الشرعية الجنائية أن المشرع الجنائي وحده هو صاحب الاختصاص الأصيل بإصدار القوانين العقابية التي تحدد ما هو مشروع من الأفعال وما هو غير مشروع منها، وصولًا إلى أن الغرض من القوانين العقابية هو تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات العامة للأفراد وبين المصلحة العامة في ظل رقابة دستورية فاعلة من المشرع الدستوري، وتتحدد أحكام هذا القانون من خلال علاقة الفرد بالدولة وذلك كون الفرد هو إما المجني عليه أو المتهم، والدولة هي الطرف صاحب السيادة والسلطة في توقيع العقوبة.

ويتحدد نطاق مبدأ شرعية التجريم والعقاب بالنظر إلى ما يفرضه تطبيق ذلك المبدأ من التزامات على كل من المشرع والقاضي والإدارة العقابية، وهذا يقتضي منا تقسيم هذا المطلب على فرعين رئيسين، نبحث في الفرع الأول مدى سلطة القاضي في تحديد الجريمة، ثم ندرس مدى سلطة القاضي في تحديد العقوبة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مدى سلطة القاضي في تحديد الجريمة

يفرض المبدأ محل البحث على عاتق المشرع التزامًا بصياغة نصوص التجريم والعقاب على نحو واضح ومحدد، لا يثير لبسًا ولا يفتح الباب أمام الجدل، ولا ينصب شراكًا لمباغتة الأفراد والإيقاع بهم، فالصياغة الغامضة – سواء أكانت متعمدة أم وليدة تسرع أو نقص في الخبرة – تفوت الغرض المقصود من المبدأ، وتفقد دوره في حماية الحريات الفردية، وتفتح الباب أمام تحكم القضاة في فهم وتطبيق النصوص كما يروق لهم تحت ستار تفسيرها، ويتفرع

عن الالتزام محل البحث التزام آخر ببيان العناصر المكونة للجريمة التي يخلقها المشرع على نحو قاطع[8].

كما يفرض مبدأ الشرعية التزامات أخرى على القاضي، سواء أتعلق الأمر بالتجريم أم بالعقاب، ففي مجال التجريم يحظر على القاضي أن يدخل في دائرة التجريم فعلًا لم يرد به نص، وإذا تبين له أن فعلًا أو امتناعًا ما لا ينطبق عليه أي نص من نصوص التجريم، فما عليه إلا أن يحكم بالبراءة لانعدام التجريم، مهما كانت دناءة الفعل أو الامتناع أو خطورته الاجتماعية، وتطبيقًا لذلك لا يكون في وسع القاضي أن يخلق جريمة جنائية من فعل لم يعدّه المشرع كذلك، كالإقدام على الانتحار، وعدم دفع الدين أو النكوص عن فعل تعاقدي، والكذب المجرد[9].

وبفضل هذا المبدأ فإن المسؤولية الجنائية لا يمكن أن تقع فجأة على عاتق شخص لمجرد ارتكابه لفعل ما، إلا إذا كان القانون قد أنذره قبل اقترافه بالنص بوصف هذا الفعل جريمة، وبهذا لا تتقيد حرية المواطنين في التصرف ولا يكون هناك أي مجال لاستبداد يمكن أن يقع من جانب السلطات العامة تجاه الأفراد.

وقد انتقد هذا المبدأ من بعض الفقه بمقوله أنه في تقييده لسلطات القاضي بالمضمون الدقيق للقانون الذي يصدر تعبيرا عن مصالح المجتمع وقت صدروه، يضر بمصالح المجتمع ذاتها؛ إذ إن هذه المصالح قابلة بطبيعتها للتطور والتفاوت باختلاف الزمان والمكان، والتزام القاضي بالشرعية يعجزه عن تطويع القانون القائم لتحقيق التلاؤم مع مصالح المجتمع على نحو يؤدي إلى إفلات كثير من الأفعال الضارة من كل عقاب[10].

والواقع أن واجب المشرع الجنائي في صياغته للجرائم أن يلتزم دائما بوضوح العبارة وسلامتها ودقتها من دون أن يحول ذلك بينه وبين اختيار العبارات العامة، التي يمكن أن توائم بين مصلحة المواطن حماية حريته الفردية ومصلحة المجتمع في مواجهة الأفعال الجديرة بحماية القانون الجنائي، فإن لم يستطع إقامة هذا التوازن فعليه أن يلزم الشرعية وأن يحرص على صيانة الحرية الفردية للمواطن وحقوقه الدستورية، ولو رتب على ذلك فقدان بعض المصالح الاجتماعية حماية القانون الجنائي. ومن دون ذلك نكون قد خلطنا بين دور القاضي ودور المشرع في المجتمع، وهو أمر بالغ الخطر.

كما أنه ومع التسليم بأن الالتزام بالمبدأ يضر المجتمع أحيانا، إلا أن التخلي عنه سيفضي إلى ضرر أعظم لا يقارن البتة بالضرر الآخر. وفوق ذلك ثمة وسائل عديدة يمكن من خلالها الحد من آثار هذا العيب، منها أن يكون المشرع يقضًا دائمًا، ويفطن إلى مسالك السلوك المستحدثة التي تستدعي التدخل بالتجريم، ومنها الالتجاء إلى التفسير المنطقي أو الغائي

لنصوص التجريم القائمة وعدم الوقوف عند التفسير الحرفي، ومنها التوسع في التشريع التفويضي أو اللائحي كأداة للتجريم والعقاب في المخالفات اليسيرة.

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في تحديد العقوبة

تدور فلسفة التجريم والعقاب في عصرنا الراهن من حيث مفهومها وطبيعتها حول محور رئيس هو المجتمع؛ إذ نجد أن القانون الجنائي قد تحول عن طبيعته بوصفه مجرد نصوص جامدة تبين، ما يعد من الأفعال جرائم والعقوبات التي تفرض من أجلها إلى سياسة جنائية هدفها الدفاع عن المجتمع ضد ظاهرة الجريمة.

ولذلك فقد أصبح للقانون الجنائي وظيفة اجتماعية يسعى من خلالها إلى مكافحة الظاهرة الجرمية؛ وذلك من خلال الوسائل التي هيأها المشرع لتحقيق هذا الهدف؛ لذلك اصطبغت مهمة القاضي الجنائي بصيغة اجتماعية، فأصبح يشارك مشاركة إيجابية في سياسة الدفاع الاجتماعي عن طريق التقدير العلمي والواقعي للعقوبة من خلال السلطة التقديرية التي منحه إياها المشرع[11]؛ مما وسع من نطاق وظيفته، فأصبحت مهمته اجتماعية إنسانية قوامها دراسة شخصية مرتكب السلوك الإجرامي دراسة موضوعية، ومعرفة ظروفه وأحواله؛ لكي يتوصل إلى الأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة؛ مما يمكنه من اختيار ما هو ملائم من عقوبة أو تدبير بالشكل الذي يؤدي إلى تحقيق العدالة.

هذا وإن تنظيم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي يختلف بحسب القيود التي يضعها المشرع والمجال الذي يتركه لأعمال هذه السلطة، فقد يترك المشرع للقاضي حرية التصرف مع تنظيم هذه السلطة بقيود وشروط أو ضوابط تتعلق بكيفية ممارسة هذه السلطة، وقد يحدد المشرع هذه السلطة بقيود يضعها بحيث لا يترك للقاضي مجالًا كبيرًا للتقدير[12].

وتقتضي العدالة أن يكون هناك تناسب بين ما يفرضه القاضي الجنائي من عقوبة وما يتمتع به الجاني من حرية في الاختيار واقترافه للجرم، وتبعًا لاختلاف الظروف النفسية والاجتماعية والاقتصادية، وقد استلزم هذا من المشرع أن يحدد العقوبة بين حدين حد أعلى وحد أدنى مع منح القاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة المناسبة، شريطة أن لا تتجاوز الحد الأدنى أو الحد الأعلى اللذين حددهما المشرع.

والقاضي حينما ينطق بالعقوبة إنما يتوخى تحقيق العدالة للمجتمع من ناحية وللمجني عليه من ناحية أخرى، وذلك بإيقاع العقوبة المناسبة التي تؤلم الجاني نتيجة جريمته التي اقترفها، التي أخلت بنظم المجتمع وأمانه واطمئنانه.

وتختلف سلطة القاضي الجنائي في تحديد العقوبة بحسب ما إذا كانت له سلطة مقيدة أو تقديرية، وهذا يقتضي منا بحث وتبيان السلطة التقديرية ومراحل تطورها، وذلك على النحو الآتي:

أولا - مرحلة السلطة المطلقة:

من المعروف أن سلطة تقدير العقاب قد اتسمت بالطابع الديني في العصور القديمة، وعُدّت الجريمة عصيانًا دينيًّا استوجب العقاب، وقد امتدت هذه الأفكار في هذه المرحلة حتى قيام الثورة الفرنسية سنة 1789م، التي أسهمت مساهمة كبيرة بفضل ظهور بعض المفكرين في ذلك الوقت في تغيير مفهوم السلطة التقديرية والعقاب، كما كان الملوك القدامى يتولون سلطة القضاء المطلقة بأنفسهم أو بواسطة أعوانهم من الطبقة الارستقراطية أو الكهنة، غير أن هذه السلطة وإن كانت هي الغالبة، إلا أنها كثيرًا ما كانت مقيدة بالشرائع والتقاليد الدينية وقواعد العرف التي لم تسلم عند تطبيقها من التفسير المطابق لأهواء الممارسين لسلطة القضاء [13].

ثانيًا: مرحلة السلطة المقيدة

وفي هذا النظام فإن القاضي يجرد من كل سلطة تقديرية في التجريم وفي العقاب، وما على القاضي في هذا النظام إلا أن يطبق نوع العقوبة ومقدارها المحددين سلفًا للجريمة من المشرع [14]، إلا أن هذا النظام قد تعرض لانتقاد يتحدد بأنه انحرف بعدالة العقاب نحو عدم مساواة بالغة وشديدة، وبالتالي لم يحقق هذا النظام المساواة بين المواطنين أمام القانون، وبذلك فقد عرف نظام جديد هو نظام السلطة النسبية في تقدير العقوبة [15].

ثانيا - مرحلة السلطة النسبية:

هذا النظام قوامه التعاون بين المشرع والقاضي على نحو متفاوت في مدى مساهمة كل منهما وفي طبيعة معاييره ووسائله، تبعًا لتباين الاتجاهات التشريعية والقضائية المختلفة جزئيًّا، وهو النظام الذي يسود القوانين المعاصرة، وتتحقق أفضل صورة في تعيين المشرع للأفعال المخلة باستقرار الجماعة وأمنها، وتحديده على أساس الجسامة التقديرية لتلك الأفعال، ودرجة المسؤولية الجنائية لمرتكبها مما يتناسب معها مبدئيًّا من عقوبات مرنة ذات مديات تدريجية او تخييرية أو تدريجية وتخييرية [16].

وبموجب هذا النظام يكون الجزاء الجنائي نوعًا ومقدارًا وتنفيذًا يتلاءم مع ظروف كل متهم، وبذلك منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة نوعا ما، ولهذا النظام وسائل عديدة:

1- التدرج الكمي للعقوبة: يعني تحديد المشرع حدين أدنى وأعلى للعقوبات التي تقبل بطبيعتها التجزئة، مثل العقوبات السالبة للحرية والغرامة، فتركَ المشرع للقاضي سلطة تقدير مقدار العقوبة من دون تجاوز حديها.

2- الاختيار النوعي للعقوبة: يتحقق هذا النظام عن طريق نظام العقوبات التخييرية؛ إذ يترك للقاضي في هذا النظام حرية الاختيار في الحكم على المتهم بإحدى عقوبتين مختلفتين في النوع أو يحكم بكليهما[17].

وقد أكد على هذا المعنى المشرع اليمني في المادة 109 من قانون الجرائم والعقوبات؛ إذ بيّن ماهية تفريد القاضي للعقوبة، فنص على أن "يقدر القاضي العقوبة التعزيرية المناسبة بين الحدين الأعلى والأدنى المقررين للجريمة مراعيا في ذلك كافة الظروف المخففة أو المشددة، وبوجه خاص درجة المسؤولية والبواعث على الجريمة وخطورة الفعل والظروف التي وقع فيها وماضي الجاني الإجرامي ومركزه الشخصي وتصرفه اللاحق على ارتكاب الجريمة وصلته بالمجني عليه، وما إذا كان قد عوض المجني عليه أو ورثته، وعند تحديد الغرامة يراعي القاضي المركز الاقتصادي للجاني، وإذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الإعدام واقترنت بظرف مخفف طبق القاضي عقوبة الحبس بحد أعلى لا يتجاوز خمس عشر سنة، وبحد أدنى لا يقل عن خمس سنوات".

3- نظام العقوبات البديلة: يجوز للقاضي طبقًا لهذا النظام أن يحل عقوبة من نوع معين محل عقوبة من نوع آخر، مقررًا أصلًا لجريمة ما، وذلك عند تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية وملائمة العقوبة البديلة لحالة المتهم الشخصية[18].

4- إيقاف تنفيذ العقوبة: وقف تنفيذ العقوبة هو أحد تدابير الدفاع الاجتماعي، ويقصد منه تعليق تنفيذ العقوبة على شرط واقف خلال مدة زمنية يحددها القانون[19]، فهو وصف يرد على الحكم الجنائي الصادر بالعقوبة، فيجرده من قوته التنفيذية.

إذًا وقف التنفيذ نوع من المعاملة التفريدية ذو طبيعة مستقلة بمقتضاه يحكم القاضي بثبوت إدانة المتهم، وينطق بالعقوبة المقررة في القانون، ثم يأمر بوقف تنفيذها مدة معينة، إذا انقضت هذه المدة من دون ارتكاب المحكوم عليه جريمة جديدة سقط الحكم المعلن وعُدَّ كأن لم يكن، أما إذا ارتكب جريمة جديدة خلال هذه المدة وحكم عليه من أجلها ألغي هذا التعليق ونفذت العقوبة[20].

ونخلص من ذلك أن سلطة القاضي في تحديد العقاب ليست سلطة تحكمية تعطي للقاضي إمكانية فرض عقوبات لم يرد بشأنها نص، إنما هي سلطة تقديرية هدفها تحقيق الملائمة بين العقوبة وشخصية الجاني.

المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في مبدأ الشرعية الموضوعية

إن نطاق التجريم والعقاب يضيق ويتسع بحسب الظروف، ما إذا كانت عادية أو استثنائية.

الفرع الأول: نطاق التجريم والعقاب في الظروف العادية

تتنوع الأهداف التي ينبغي للمشرع تحقيقها عند ممارسة التجريم والعقاب، فهي إما تكون سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، وتتوقف فعالية العدالة الجنائية على التطبيق القضائي لقانون العقوبات ضمانًا لحماية المصلحة الاجتماعية التي يحميها هذا القانون، سواء أكان في شكل مصلحة عامة أو في شكل مصلحة خاصة، ويتوقف على هذه الحماية تحقيق الاستقرار والنظام وكفالة أمن المجتمع وحماية حقوق الأفراد، وبالتالي فإن العدالة الجنائية ترتبط بتطبيق قانون العقوبات، فالحقوق والسلطات تظل في دائرة السكون حتى تأتي الإجراءات الجنائية فتنقلها إلى مرحلة التطبيق[21].

ودعمًا للجانب السياسي فقد نص المشرع في المادة 125 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب فعلًا بقصد المساس باستقلال الجمهورية أو وحدتها أو سلامة أراضيها، ويجوز الحكم بمصادرة كل أو بعض أمواله".

ومن خلال استقراء النص يتضح دور العامل السياسي في التجريم؛ حيث تمثل فعل الاعتداء على أمن الدولة جريمة، كما يظهر تأثير العامل السياسي في العقاب من خلال العقوبة التي فرضت على مرتكب الفعل، وهي عقوبة شديدة تمثلت في الإعدام.

وتحت تأثير العامل الاقتصادي أورد المشرع عددًا من النصوص التي تهدف إلى حماية مصالح اقتصادية، من ذلك نص المادة147 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن عشر سنوات من خرَّب بنية إحداث انهيار في الاقتصاد القومي مصنعًا أو أحد ملحقاته أو مرافقه أو جسرًا أو مجرى مياه أو سدًا أو خطًا كهربائيًا ذا ضغط عالٍ أو وسائل النقل أو المواصلات أو مستودعًا للمواد الأولية أو المنتجات أو السلع الاستهلاكية، أو غير ذلك من الأموال الثابتة أو المنقولة المملوكة للشعب المعدة لتنفيذ خطة الدولة الاقتصادية ولها أهمية حيوية للاقتصاد القومي".

وقد مارس العامل الاجتماعي تأثيره كسابقيه في نطاق التجريم والعقاب، فقد نصت المادة 263 – من قانون الجرائم والعقوبات اليمني – على أنه " يعاقب الزاني والزانية في غير شبهة أو إكراه بالجلد مائة جلدة حدًّا، إن كان غير محصن، ويجوز للمحكمة تعزيره بالحبس مدة لا تجاوز سنة، وإذا كان الزاني أو الزانية محصنًا يعاقب بالرجم حتى الموت "[22].

وعليه فإن ضمان حماية الحرية الفردية الذي هو مؤدى مبدأ الشرعية يفترض حصر التجريم والعقاب في الظروف العادية بالسلطة التشريعية الأصلية، سواء أأخذ التشريع صورة القانون العادي أم القانون المؤقت المراسيم بقانون في حال غياب السلطة التشريعية، وفي هذه الحالة قد يشتمل القانون المؤقت على تحديد سياسة التجريم والعقاب.

الفرع الثاني: نطاق التجريم والعقاب في الظروف الاستثنائية

ترتكز دولة القانون على مبدأ المشروعية، الذي يعني خضوع كل من في الدولة من حكام ومحكومين إلى القانون، وما يفرض على الإدارة أن تلتزم بقواعد القانون في كل تصرفاتها، الذي يعدُّ ضمانة أساسية للحقوق والحريات في الظروف العادية.

لكن هذه الظروف لا يمكن أن تتميز بالثبات والدوام، تنعم من خلالها البلدان بالسلام والأمن والاستقرار على وتيرة واحدة مضطردة، فقد يتعرض أمن البلاد إلى تهديد ناتج من ظروف استثنائية تضطر معها الدولة إلى تطبيق حالة من الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في الدستور كحالة الطوارئ أو الحصار أو حالة الحرب[23]، ولمعالجة الوضع بطريقة حاسمة وسريعة، تضطر الدولة إلى الخروج عن مبدأ المشروعية عن طريق تحللها من بعض قواعد القانون العادي إلى قوانين استثنائية تستطيع بموجبها اتخاذ التدابير اللازمة للسيطرة على زمام الأمور والحفاظ على كيانها وأمنها، لكن من شأن هذه التدابير الاستثنائية تعطيل العمل ببعض ضمانات حقوق الإنسان؛ حيث ينتج عن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية اتساع صلاحيات السلطة التنفيذية في مواجهة هذه الظروف على حساب الحقوق والحريات التي يتم التضييق منها؛ بهدف المحافظة على النظام العام وضمان السير المنتظم لمرافق الدولة[24].

ويرتبط مدلول الظروف الاستثنائية بفكرة المحافظة على النظام العام أو كفالة سير المرافق العامة، فإذا طرأت ظروف غير عادية على الدولة مثل: الحروب الأهلية أو الدولية، أو الفيضانات أو الزلزال أو غيرها من الكوارث الطبيعية[25]، تجد الدولة نفسها في سبيل المحافظة على النظام العام تتخذ تدابير عاجلة أو إجراءات استثنائية لا تسمح بها قواعد القانون المقررة في الظروف العادية، فهي تضطر إلى التحلل من بعض القواعد المقررة في القوانين المنظمة للحرية؛ لكي تفسح المجال أمام قواعد أخرى أكثر تقييدًا وتضييقًا للحرية.

ومن هنا تظهر الحاجة إلى وسائل جديدة تستطيع من خلالها الدولة تلافي الأثر السلبي للأزمة، ومن هنا ظهرت فكرة المشروعية الاستثنائية، وإعمال مبدأ المشروعية الاستثنائية لا يعدُّ حيلة قانونية لإضفاء صفة المشروعية على أعمال هيئات الدولة؛ لأن المشروعية الاستثنائية ترتكز على مبدأ قانوني هو حق الدفاع الشرعي، وعليه: ما هو أثر المشروعية الاستثنائية في التجريم والعقاب بوصفهما محوري مبدأ الشرعية؟

أولًا – نطاق التجريم في حالة الحرب:

عندما يعترف قضاء ما للسلطة التنفيذية بمشروعية ما تتخذه من تدابير استثنائية لمواجهة ظروف حرجة ألمت بالدولة، فإنه يقدر في ذات الوقت مدى خطورة هذه التدابير على الحريات الفردية؛ إذ قد تسوغ الحكومة لنفسها من المبررات ما يجعلها تتعدى على الحريات تحت

مسمى "حماية النظام العام والضرورات الأمنية"؛ لذا حتم الأمر وجود شروطٍ ينبغي توافرها لإمكانية اللجوء إلى السلطات الاستثنائية، وردع الحكومة من التغول على الحقوق والحريات في تلك الظروف الاستثنائية[26].

وتعدُّ حالة الطوارئ من أهم الحالات التطبيقية للظروف الاستثنائية[27]، وقد أورد المشرع؛ نصت المادة 121 من الدستور اليمني على أنه "يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ بقرار جمهوري على الوجه المبين في القانون ويجب دعوة مجلس النواب لعرض هذا الإعلان عليه خلال السبعة الأيام التالية للإعلان فإذا كان مجلس النواب منحلا ينعقد المجلس القديم بحكم الدستور فإذا لم يدع المجلس للانعقاد أو لم تعرض عليه في حالة انعقاده على النحو السابق زالت حالة الطوارئ بحكم الدستور.

وفي جميع الأحوال لا تعلن حالة الطوارئ إلا بسبب قيام الحرب أو الفتنة الداخلية أو الكوارث الطبيعية ولا يكون إعلان حالة الطوارئ إلا لمدة محدودة ولا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس النواب".

ثانيًا - حالة الكوارث الطبيعية:

انطلاقًا من ضرورة حماية وجود الدولة وضرورة مواجهة الكوارث، فقد اعتنى قانون العقوبات بتحقيق حماية المجتمع والأفراد عن طريق تثبيت الأمن، خصوصًا عند حدوث الكوارث[28]، فقد عدَّ الكوارث ظرفًا مشددًا لجريمة السرقة على وفق ما قررته المادة 305 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للشرعية الإجرائية

تقوم الشرعية الجنائية بصفة عامة على حلقات متصلة ببعضها البعض: الأولى شرعية الجرائم والعقوبات، وهي بهذا المعنى تحمي حقوق الإنسان من خرط التجريم والعقاب بغير نص قانوني[29]، ولكن الحلقة الأولى وحدها لا تكفي لحماية حرية الإنسان إذا أمكن القبض عليه وحبسه واتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض إدانته، فكل إجراء يتخذ ضد الإنسان من دون افتراض براءته سوف يؤدي إلى تحميله عبء لإثبات براءته من الجريمة المنسوبة إليه، فإذا عجز عن إثبات هذه البراءة عُدَّ مسئولا عن جريمة لم تصدر عنه، ويؤدي هذا الوضع إلى قصور الحماية التي تكفلها قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، طالما كان من الممكن المساس بحرية المتهم من غير طريق القانون أو كان من الممكن إسناد الجرائم للناس، ولو لم يثبت ارتكابهم لها عن طريق افتراض إدانتهم. لذلك كان لابد من استكمال

الحلقة الأولى للشرعية الجنائية بحلقة ثانية، تحكم تنظيم الإجراءات التي تتخذ قبل المتهم على نحو يضمن احترام الحرية الشخصية، وتسمى هذه الحلقة بالشرعية الإجرائية.

وتمثل الشرعية الإجرائية ضمانة مهمة، فتشكل الحدود التي يجب أن يلتزم بها المشرع في حاله تنفيذ الإجراءات الجنائية، فهي تقيد السلطة في مواجهة الأفراد، وتحدد الحدود الموضوعية والإجرائية التي تكفل احترام حقوق الإنسان من خلال الالتزام بالنصوص القانونية[30]، والإشراف القضائي على تنفيذ الإجراءات.

ولذلك تعد الشرعية الإجرائية من أهم القيود التي تواجه السلطة لكفالة احترام حقوق الإنسان والمحافظة عليها، ولا يمكن المحافظة على هذه الحقوق إلا من خلال التزام مبدأ الشرعية الإجرائية، وتطبيق ما من شانه تحقيق التوازن بين حماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد[31].

كما أن هناك كثيرًا من الاتفاقيات والبروتوكولات أكدت على موضوع الشرعية الإجرائية وأهميته، منها ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة الثانية في البروتوكول رقم 4 لاتفاقية حقوق الإنسان الصادرة عام 1963م: "لا يجوز وضع قيود على ممارسة هذه الحقوق غير تلك التي تطابق القانون وتقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لمصلحة الأمن القومي أو الأمن العام؛ للمحافظة على النظام العام أو منع الجريمة أو حماية الصحة والأخلاق أو حماية حقوق وحريات الآخرين.

يتّضح ممَّا تقدم أن الشرعية الإجرائية لا ترتفع إلى مستوى القوة الإلزامية إلا إذا صيغت في إطار دستوري، فالدستور هو الذي يرسم حدود هذه الشرعية ويلزم المشرع باتباعها[32]، والدستور هو قمة الهرم التنظيمي للقوانين؛ إذ تأخذ القوانين مصدرها منه، مهتديًا بالمبادئ التي أقرتها الدول الديمقراطية وإعلانات حقوق الإنسان التي تضمنتها المواثيق العالمية[33]، ويجب على الدستور بحكم كونه الوثيقة العليا الملومة للمشرع أن يكفل بذلك تحقيق هذه الشرعية؛ لأن الشرعية الدستورية وحدها هي التي تتمتع بالقيمة الإلزامية للمشرع، ولكنها يجب أن تكون متجاوبة مع آمال الشعب ومعبرة عن حاجياته حتى يستتب النظام السياسي لنظام الحكم[34].

ولأهمية المبدأ فقد نصت عليه المادة الثانية في الفقرة الأولى من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان بقولها: "حق كل إنسان في الحياة يحميه القانون، ولا يجوز إعدام أي إنسان عمدا إلا تنفيذا لحكم قضائي بإدانته في جريمة يقضي فيها القانون بتوقيع هذه العقوبة"، كما نصت المادة الحادية عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن "كل شخص يتهم بجريمة يعتبر بريئا حتى تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع

عنه"، ولا يدان أي شخص من جراء أداء عمل أو امتناع عن أداء عمل إلا إذا كان ذلك يعدُّ جرما وفقا للقانون الوطني أو الدولي وقت الارتكاب، كذلك لا توقع عقوبة عليه أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة.

ومن ذلك يتضح أن مبدأ الشرعية الإجرائية يقتضي احترام الحقوق الفردية المقررة بالقانون في أثناء الدعوى الجنائية، وتكفل قوانين الدولة تحديد ما يتمتع به الفرد قبل الدولة من حقوق يتعين عدم التفريط فيها في أثناء الدعوى الجنائية، كما تحرص دساتير الدول على تحديد أهم الضمانات التي يجب احترامها وخاصة فيما يتعلق بالحريات العامة وحقوق الدفاع[35]، وترسم هذه الدساتير الخطوط العريضة للمشرع وتحدد له الإطار الذي يستطيع بداخلة تنظيم إجراءات الدعوى الجنائية.

وبناء عليه سندرس في هذا المبحث ثلاث نقاط جديرة بالبحث، وهي: الشرعية الجنائية، وقرينة البراءة بما تتضمنه من وجوب احترام الحرية الفردية، وإعفاء المتهم من إثبات براءته في مطلب أول، ثم نتحدث عن القانون كمصدر لقواعد الإجراءات الجنائية في مطلب ثاني، ونختم بالحديث عن الضمان القضائي في الإجراءات الجنائية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم قرينة البراءة

الأصل في الإنسان أنه بريء حتى يثبت العكس بالدليل القانوني، وهذا الأصل يضع على عاتق الاتهام عبء إثبات الإدانة كاملا، وهذا يعد مظهرًا من مظاهر افتراض براءة المتهم؛ ذلك لأن عبء الإثبات كمظهر من مظاهر الافتراض، أو كأثر من آثاره، لا يثور إلا في مرحلة المحاكمة، وعلى من يدعي أنه ارتكب فعلًا مخالفًا للقانون أن يثبت ما يدعيه، وليس على المتهم أن يثبت براءته، فالبراءة المفترضة في المتهم هي حق له أن يطالب الاتهام بالإثبات الكامل لما أسند إليه.

فالهدف من كل دعوى جنائية، هو أن يتحول الشك الذي هو أساس الاتهام إلى يقين، يكفي لإدانة المتهم ودحض البراءة الأصلية، وكذلك كل شك في إثبات الجريمة يعني إسقاط أدلة الإدانة، وتأكيد الافتراض ببراءة المتهم؛ لأنها الأصل، وارتكاب الجريمة هو خروج عن هذا الأصل.

يعدُّ هذا الأصل مبدًا أساسيًّا لضمان الحرية الشخصية للمتهم، ومقتضاه أن كل متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها يجب معاملته بوصفة شخصًا بريئًا حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات.

وتعدُّ هذه القرينة ركنًا أساسيًّا في الشرعية الإجرائية وتطبيق لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، تفترض حتمًا قاعدة أخرى، هي افتراض براءة المتهم حتى يثبت جرمه وفقًا للقانون[36]، ولقرينة البراءة مفهومان:

الأول: موضوعي مقتضاه أن القرينة لا تستلزم فقط إثبات إدانة المتهم كشرط أساسي كونه مدانًا والحكم بذلك، وإنما هي مواجهة أيضًا إلى السلطات القائمة على الدعوى الجنائية وتفرض على الهيئة القائمة بالتحقيق كون هذا المتهم بريئًا طالما إدانته لم تثبت ولم تتقرر بحكم قضائي.

وأهم ما تتميز به قرينة البراءة أنها تقرر قاعدة قانونية إلزامية للقاضي، فيتعين عليه أعمالها كلما ثار لديه الشك في الإدانة، فإذا خالفها، وعدَّ الواقعة محل الشك ثابتة، وقضى بالإدانة كان حكمة باطلًا[37].

ولكن هذه القرينة لا تنفي السلطة التقديرية للقاضي أن يبني الإدانة على ترجيح احتمال على آخر، ولا يحتج عليه وإن هذا الترجيح يفترض الشك؛ ذلك أنه يحق للقاضي أن يرقى بالترجيح مستعينًا بالمزيد من الفحص لأدلة الدعوى والتأمل فيها إلى درجاته العليا حتى يتحول إلى يقين[38].

غير أن الشارع يعمل على الموازنة بين حق الإنسان في حرياته الأساسية في الأمن والاستقرار، فافترض في المتهم البراءة من ناحية، وسمح ببعض الإجراءات التي تتخذ حياله لمصلحة العقاب من ناحية أخرى، وهذه الإجراءات لا تنفي الحقوق والحريات الأساسية ولا تلغيها، فهي مقررة لضرورة الكشف عن الحقيقة لمصلحة العقاب في سبيل استقرار أمن المجتمع الذي اهتز بوقوع الجريمة مع عدم المساس بحقوق المتهم وحرياته إلا بالقدر الضروري الذي تقتضيه حماية المجتمع، وكل ضرورة تقدر بقدرها[39].

وبناء على مبدأ تفسير الشك يفسر لمصلحة المتهم، يكفي لصحة الحكم بالبراءة أن يتشكك لقاضي في صحة إسناد التهمة إلى المتهم؛ لكي يقضي له بالبراءة؛ إذ مرجع الأمر في ذلك إلى ما يطمئن إليه في تقدير الدليل مادام الظاهر من الحكم انه أحاط بالدعوى عن بصر وبصيرة [40]. ويكفي للتدليل على هذا الشك الاستناد إلى أي دليل ولو كان وليد إجراء غير مشروع[41].

ويختلف القاضي الجنائي عن القاضي المدني فيما يتعلق بوسائل الإثبات، في أن الأول يتمتع بحرية كاملة في أن يستعين بكافة طرائق الإثبات للبحث عن الحقيقة والكشف عنها، على عكس الثاني، فهو مقيد في الإثبات بطرائق معينة، كما أن القاضي الجنائي يباشر تحقيقه في

الجلسة بالشكل الذي يراه مناسبًا وملائمًا للوصول إلى الحقيقة، وهو ما يعرف بمبدأ حرية الإثبات[42].

وهذا المبدأ مستقر عليه في جميع التشريعات الجنائية الجزائية، ويعدُّ مظهرًا من مظاهر نظرية الإثبات في القانون الجنائي[43]، فالقاضي الجنائي يحكم في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته؛ ونتيجة لهذا المبدأ فإن للقاضي حرية اللجوء إلى الوسائل الممكنة كافة لإثبات الوقائع المراد لإثباتها، وتتنوع هذه الأدلة، فقد يؤخذ بالدليل من المعاينة وانتقال المحكمة، كما يؤخذ من ندب خبير مختص، أو من دليل كتابي في أوراق لها حجيتها أو محررات، أو من شهادة الشهود، أو اعتراف المتهم نفسه[44]،... إلخ.

والواقع أن حماية الحرية الشخصية التي تكفلها الدساتير لكل مواطن، تفترض براءته حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية، فلا تتغير هذه البراءة إلا عندما يخرج الإنسان من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم، وهو ما لا يمكن تقريره إلا بمقتضى حكم قضائي، فهذا الحكم هو الذي يقرر إدانة المتهم فيكشف عن ارتكابه الجريمة، والاعتماد على الحكم وحده لدحض قرينة البراءة ينبني على أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحرية، ولهذا حق القول بأن حماية الحرية الشخصية وما يتصل بها من حقوق الإنسان الأخرى التي تتطلبها المحاكمة القانونية هي الأساس القانوني لقرينة البراءة، وهو ذات الأساس الذي تنبع منه الشرعية الإجرائية[45].

ونخلص من ذلك إلى أن مبدأ الأصل في الإنسان البراءة يفرض على أجهزة الدولة من أجهزة الضبط الجنائي إلى سلطات اتهام وتحقيق وجهات حكم، إن تعامل الأفراد على هذا الأساس باحترام حقوقهم وحرياتهم متى قامت في حقهم شبهة توحي بمساهمتهم في ارتكاب الجريمة، أو تهمة ارتكابهم لها، وأن هذا المبدأ عاصم للإنسان من أي عقاب إلى حين إقامة الدليل العكسي على إدانته؛ إذ إن مجرد الشك يفسر لمصلحة الفرد، إلا أن هذا المبدأ لا يعني بحال من الأحوال أن يقف حائلًا بين السلطة المختصة وبين مباشرة بعض الإجراءات في مواجهة الأفراد بتقييد حريتهم أو بالتعرض إلى بعض حقوقهم، ولكن في الحدود التي يسمح بها القانون؛ وذلك إعمالا للموازنة بين مصلحة الجماعة في العقاب ومصلحة الفرد في ضمان حقوقه وحرياته، ولا يمكن أن يؤخذ هذا على أنه انتفاء أو نفي لمبدأ الأصل في الإنسان البراءة؛ لأن من مميزات هذه القيود أنها وقتية تمليها المصلحة العامة استجلاء للحقيقة ولوجود شبهة، فإما إن تثبت ويقوم الدليل على صحتها فتنتفي البراءة، وإما لا تثبت صحتها ونسبتها إليه فيظل الأصل العام قائمًا، وهو البراءة، وهذا نوع من التضحية من جانب الفرد بجزء من حقوقه

أو حريته في سبيل تحقيق مصلحة الجماعة الذي هو جزء منها، في أمنها واستقرارها باستجلاء الحقيقة.

المطلب الثاني: القانون كمصدر لقواعد الإجراءات الجنائية

لا جدال اليوم في كون مبدأ الشرعية الجنائية يشكل حجر الزاوية في القانون الجنائي والضمان الأساسي لحماية حرية الأفراد ضد التحكم، وهو بلا شك يتسع لاحتواء مرحلة التجريم والعقاب فحسب، بل يجب أن يسري بالتأكيد حتى على المرحلة الإجرائية؛ أي لابد من أن يرافق المحكوم عليه في حياته داخل السجن، وبذلك يتحدد نطاق الشرعية باحتواء مراحل العملية الجنائية كافة التي ينبغي أن تحاط كل حلقة منها بسياج من الضمانات، تجعل الفرد في مأمن من التعسف، ولا يبقى المبدأ منحصر فقط في التجريم والعقاب، بل يمتد إلى عملية التنفيذ.

ويعدُّ القانون العنصر الثاني من عناصر الشرعية الإجرائية، فهو وحده الذي يحدد الإجراءات الجنائية إلى مبدأ عام، وهو الثقة في القانون لتنظيم الحريات العامة لما تتمتع به قواعد القانون من صفة العمومية والتجرد، كما أن صدور القانون من السلطة التشريعية يكفل تعبيره عن السلطة الشعبية[46]، فضلًا عن أن الموافقة عليه إلا بعد مناقشته علنًا أمام ممثلي الشعب وفي حضور جميع أصحاب الاتجاهات المختلفة، بالإضافة للإجراءات الشكلية البطيئة التي يتعين إتباعها قبل الأقدام على أي تعديل للقانون[47].

وبناء على مبدأ القانون وحده هو المنظم للحريات العامة، جاء مبدأ أن القانون هو الذي ينظم قواعد الإجراءات، وذلك كونها تنطوي على مساس بالحرية الشخصية[48]. كما يختلف نهج التشريعات الوضعية في مدى الأخذ والنص على مبدأ الشرعية، فهناك طائفة منها تنص عليه صراحة في صلب النصوص الدستورية، فضلًا عن النص عليه في التشريعات العادية[49]، في حين أن طائفة أخرى تكتفي بالنص عليه في التشريعات العادية[50].

ولا شك أن قانون الإجراءات الجنائية يحوي من النصوص ما يقيد الحريات والحرمات والحقوق الدستورية، وقد سبق أن بيننا أن قانون العقوبات والإجراءات يعدُّ كل منهما مكملا للآخر، بل إن قانون الإجراءات الجنائية يعدُّ تابعًا للقانون الجنائي؛ إذ إنه يجعل تطبيق القانون الجنائي ممكنًا، بوصفه القانون الإجرائي، والقانون الجنائي هو القانون الموضوعي.

المطلب الثالث: الضمان القضائي في الإجراءات الجنائية

لا شك أن حماية الحرية الفردية مطلب مهم لتحقيق مبدأ سيادة القانون أو ما يعبر عنه بمبدأ المشروعية، الذي تقوم عليه الدولة القانونية، بل إن الدولة لا تقوم إلا لتأكيد وجود الحقوق والحريات في مواجهة السلطة العامة[51].

ولم تعد الحرية الشخصية مجرد فكرة خيالية تستند إلى التفكير المثالي، وإنما انتقلت إلى مجال الحماية النظامية القانونية، وأصبحت ذات قيمة محددة يتمتع بها الأفراد في مواجهة السلطة؛ وذلك عن طريق تقييد نشاطها وتحديد نطاقها، ولكن مجرد النص على هذه الحريات والحقوق في الدستور أو القانون لا يحقق لها الحماية، وإنما تتحقق تلك الحماية عن طريق السلطة القضائية التي تكون أحكامها واجبة الاحترام والتنفيذ.

وبالتالي فأن النظام القضائي يعد من عناصر الشرعية الإجرائية، فمن خلاله يمكننا الاطمئنان إلى أحداث التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحرية الشخصية وبه يكفل توازن الإجراءات الجنائية؛ وذلك بإجراء محاكمة قانونية تحترم فيها ضمانات الدفاع، وهنا يكون الضمان القضائي حاميًا للشرعية.

ويقصد بالإشراف القضائي على الإجراءات الجنائية أن يباشر القضاء بنفسه كل الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية، وتقتضي شرعية الإجراءات الجنائية معاملة المتهمين بوصفهم أبرياء، وتتطلب هذه المعاملة احترام حريتهم الشخصية من خلال الضمانات التي أحيطت بها الإجراءات التي تتخذ قبلهم، وتتمثل هذه الضمانات في بعض الشروط التي يتعين مباشرة الإجراءات وفقًا لها، ولكن هذه الضمانات تكون عديمة الأهمية والأثر ما لم تتوافر سلطة قوية تكفل مراعاتها وتضمن في ذاتها احترام الحرية الشخصية، ومن ناحية أخرى، فإن ضمانات هذه الحرية تعد مظهرًا من مظاهر مشروعية الإجراءات الجنائية، بحيث يترتب على الإخلال بها إسقاط المشروعية عن هذه الإجراءات ووصفها بعدم المشروعية، ويتعين توفير السلطة التي تراقب مدى توافر المشروعية الإجرائية، التي تتحدد ملامحها بناء على قرينة البراءة.

وحتى يتسنى للضمان القضائي القيام بدوره في حماية الحرية الشخصية في الخصومة الجنائية، يجب أن تتوافر فيه متطلبات معينة يحقق بها القوة والفاعلية، وهذه المتطلبات تتمثل في استقلال القضاء، وحيدته وأن يحاكم المتهم أمام قاضية الطبيعي، والمساواة أمام القضاء.

ولارتباط هذه المتطلبات بالحرية الشخصية، فإنها تعدُّ وثيقة الصلة بالشرعية الإجرائية، ويعد استقلال القضاء ركنًا أساسيًا في مبدأ الشرعية بوجه عام، وقد أكدت ذلك المادة 149 من الدستور بأن "القضاء سلطة مستقلة قضائيا وماليا وإداريا والنيابة العامة هيئة من هيئاته وتتولى المحاكم الفصل في جميع المنازعات والجرائم، والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون".

ولما كان من طبيعة القضاء أن يكون مستقلًا، والأصل فيه أن يكون كذلك وكان كل مساس بهذا الأصل، وأي تدخل في عمل القضاء من جانب إحدى السلطتين الأخريين أو الرأي العام

يخل حتمًا بميزان العدل ويقوِّض دعائم الحكم؛ إذ في قيام القاضي بأداء رسالته حرًّا مستقلًا مطمئنًا آمنًا على مصيره أكثر ضمانًا لأفراد الشعب حكامًا ومحكومين، ومن باب أولى لحقِّ المتهم في المحاكمة العادلة.

بيد أن الاستقلال الحقيقي للقضاة لا يتحقق إلا إذا توافرت شروط محددة تتعلق بتعيينهم ومعاملتهم المالية في أثناء الخدمة وطريقة عزلهم، ويتميز الدستور الحالي بأنه نص في صلبه بعدم عزل القاضي إلا بموجب إجراءات محاسبة، والاستقلال المقصود يتحقق بهذه المسائل إذا توافرت الضمانات في اختيار القاضي على أساس الكفاءة والالتزام بالمثل والأخلاقيات المتعلقة بالقضاء.

ولا يكفي لكفالة حق المتهم في محاكمة عادلة أن يكون القاضي مستقلًا على النحو الذي عرضنا له، بل لابد من توافر ضمانة أخرى هي حيدة هذا القاضي، فمهمة القاضي في تحقيق العدالة تقتضي أن يكون بعيدًا عن التأثر بالمصالح والعواطف الشخصية، فلا يتأثر ولا يؤثر فيه. واستقلال القاضي ينبع من ذاته وضميره هو، وابتعاده عن أية مؤثرات بما يجعله غير خاضع أو مدين لأية سلطة أو جهة أو فرد، وتكفل القوانين الضمانات التي تؤكد هذه المعاني وتعززها، لإيقاف العدوان والانتهاك لحرية الاستقلال.

ويتطلب الضمان القضائي أيضًا أن يخضع جميع الأفراد في الدولة للقضاءالطبيعي، يعدُّ القضاء الطبيعي من المبادئ التي تكمل مبدأ استقلال القضاء وحياده، ويعدُّ أيضًا نتيجة طبيعية لمبدأ المساواة أمام القضاء، هذه المساواة التي تفترض أن يُحاكم كل المواطنين أمام قضاء واحد هو القضاء الطبيعي.

خاتمة:

بعد إيضاح مفهوم الشرعية الجنائية ودورها المهم في تحقيق التوازن بين حماية المصلحة العامة، والحرية الشخصية للأفراد، ومعرفة أساسها وعناصرها، توصل البحث إلى النتائج الآتية:

النتائج:

1. أنَّ مبدأ شرعية التجريم والعقاب سواء أكان هذا النص دستوريًّا أو عاديًّا أو دوليًّا لا يكفي وحده لضمان تطبيقه على الوجه الأمثل؛ إذ لابد من وجود وسيلة تحقق ضمانة التطبيق لهذا المبدأ، تتمثل في الرقابة القضائية التي يقوم بها القضاء عن طريق المحاكم العادية.
2. أنَّ قاعدة التشريع تستند إلى وجوب أن يكون التشريع مصدر التجريم والعقاب إعمالا لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، والمقصود بالتشريع في هذا المجال هو القانون الصادر

من السلطة التشريعية حسب نصوص الدستور، فحصر هذا الاختصاص بتلك السلطة يعدُّ ضمانًا مهمًّا لحماية الحقوق والحريات الفردية.

3. أنَّ حماية الحريات الفردية في إطار قاعدة الشرعية توجب أن تُفرَغ النصوص المبينة للجرائم والعقوبات بعبارات واضحة، لا يشوبها الغموض أو الإبهام.
4. أن قرينة افتراض براءة المشتبه فيه أو المتهم لحين إثبات إدانته بموجب حكم قضائي بات هي قاعدة وركيزة أساسية داخل منظومة الإثبات الجنائي، وهي بهذا المعنى تعدُّ قرينة قانونية بسيطة لحسن إثبات عكسها، كما تعدُّ ضمانة من الضمانات المقررة لحقوق المتهم وحرياته الأساسية.
5. القاضي ليس مقيدًا بأدلة إثبات معينة يمكن الأخذ بها من دون سواها، فله أن يبني اقتناعه من خلال ما يطرح من أدلة تناقش في الجلسة شفاهة، ما لم يرد نص خاص بإثبات الدعوى الجنائية بأدلة معينة.

ولئن كان لنا أن نختم هذا البحث بكلمة موجزة، فإننا نعتقد أن مبدأ الشرعية الجنائية بصفة خاصة مبدأ دائم، يمثل أهم ضمان للإنسان في حاضره ومستقبله، ثم أنه عاصم للسلطة من الوقوع في هاوية الظلم والتعسف.

الاقتراحات:

1. إذا كان من المتعين أن تتم تصرفات الحكام والمحكومين ضمن دائرة مبدأ الشرعية، فلابد من ضمانة لتحقيق ذلك، فيجب تأكيد الرقابة القضائية لأنها أنجح الوسائل لضمان تحقيق الشرعية.
2. إقامة ندوات ودورات توعوية لأعضاء الضبط القضائي، وعرضها بأساليب معاصرة حول كيفية التعامل الأمثل مع الأشخاص وبخاصة المتهمين والمشتبه فيهم، وفقًا لمبادئ الشريعة والقوانين المتبعة.
3. أن حماية الحرات الفردية في إطار الشرعية توجب أن تُفرَغ النصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب بعبرات واضحة، لا يشوبها الغموض أو الإبهام، وإذا كان النص مبهمًا فعلى المفسر أن يتقيد بدلالة الألفاظ من خلال العلة لتي تعرّض لها المشرع في التجريم والعقاب.
4. يجب على المشرع حماية الحقوق المعطاة للمتهم من خلال النص على الجزاء الإجرائي المترتب على مخالفة سلطة التحقيق لضمانات المتهم، وعدم الاكتفاء بترك الأمر لرقابة محكمة الموضوع في هذا الشأن.
5. الاستفادة من التجارب الإنسانية المعاصرة في تقرير مبادئ العدالة الجنائية المنشودة.

6. النص على منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير العقاب شريطة ألّا تصل إلى حد خلق جرائم وعقوبات لم ينص عليها التشريع، وبذلك الخروج من مبدأ العقوبات المحددة إلى مبدأ تفريد العقوبة.

قائمة المصادر والمراجع:

القوانين:

1- الدستور اليمني الصادر في 1994/1/10.

2- القرار الجمهوري بالقانون رقم 12 لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات الصادر بتاريخ 1994/10/12.

المراجع العامة والخاصة:

1. أحمد بلال، مبادئ قانون العقبات المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
2. أحمد سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2001.
3. زحل الأمين، مبدأ الشرعية في النظامين الدستوري والدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
4. عبدالرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، طبعة 2007، القاهرة.
5. محمد أبوعامر، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2017.
6. محمد نجم، قانون العقوبات – القسم العام، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
7. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،، عمان، 2011.

الرسائل العلمية:

1. أحمد علي، نظرية الظروف الاستثنائية "دراسة مقارنة في فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية العربية المتحدة"، رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، جامعة القاهرة، مصر، 1970.
2. رويدا بالحاج، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية "دراسة تحليلية مقارنة للتنظيم القانوني للظروف الاستثنائية وتأثيره على الحريات العامة"، رسالة ماجستير، قسم القانون العام جامعة الفاتح، ليبيا، 2009.
3. سالم دوحان، اتجاهات السياسة الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 1988.
4. عبدالله رشيد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، السعودية، 2005.
5. محمد عبد الله، الشرعية الإجرائية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة أم درمان، السودان، 2005.
6. هشام عوض، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في توقيع العقوبة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، قسم القانون الجنائي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2003.
7. هلالي أحمد، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية "دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والجرمانية والاشتراكية والأنجلو سكسونية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، قسم القانون الجنائي، جامعة القاهرة، مصر، 1983.

8. يونس الحصين، مبدأ الأصل في المتهم البراءة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية،2007.

الأبحاث العلمية:

1. أمير جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد14، العدد2007، ص 237-264.
2. حسن علوي، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بين الثابت والمتغير في الجرائم الالكترونية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، عدد خاص، 2018، ص 225-231.
3. حيدرة سعدي، الشرعية والمشروعية الجنائية بين القانون والشريعة الإسلامية، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار بعنابة، الجزائر، العدد28، 2011، ص 1-25.
4. خالد مصطفى، الحماية الموضوعية والإجرائية لحق الضحية أثناء إجراءات المحاكمة الجزائية، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار بعنابه، الجزائر، العدد39،،ص 136-148.
5. شرقي صلاح الدين، حماية الحريات العامة للأفراد في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، العدد14، ص 89-100.
6. صالح حجازي، مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت الكويت، المجلد39، العدد2، 2015، ص 505-540.
7. عبد الأحد جمال الدين، الشرعية الجنائية والشريعة الإسلامية، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، مصر، المجلد 67، العدد363، 1976، ص 75-98.
8. علي الشيول، الضمانات الأساسية لشرعية الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني لسنة 2011، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، المغرب، العدد16، 2016، ص62-63.
9. عماد رضا وزميله رائد أحمد، مبدأ الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي وما يحققه من ضمانات للمتهم دراسة فقهية قانونية مقارنة، المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية، المركز العربي للدراسات والبحوث، السعودية، المجلد الثالث، العدد1، 2015، ص 119-147.
10. لريد أحمد، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تخفيف الجزاء، مجلة القضاء الجنائي، المركز الوطني للدراسات القانونية، المغرب، المجلد 1، العدد2، 2015،ص 21-32.
11. محسن أحمد، الشرعية الإجرائية في الضبطية القضائية "دراسة فقهية مقارنة بقانون الإجراءات الجنائية المصري"، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، العدد44، 2013، ص 463-580.
12. محمد زيد، العدالة الجنائية في مجتمع متغير "دراسة ميدانية استطلاعية"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مركز الدراسات والبحوث جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، المجلد 2، العدد 3، 1986، ص 11-38.
13. محمد نجم، وقف تنفيذ العقوبة " دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت المجلد 12، العدد 4، 1988، ص 151-193.
14. محمد الحلبي، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع الذاتي في قوانين مصر والأردن والكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد31، العدد الثالث، ص301-340.

15. مديحة الفحلة، نظرية الظروف الاستثنائية بين مقتضيات الحفاظ على النظام العام والتزام حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة الفكر، جامعة محمد بن أحمد – الجزائر، العدد14، 2017، ص221-235.
16. ممدوح خليل البحر، نطاق حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته الوجدانية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الحادي والعشرون،2012، ص212-270.
17. ناصر مجول، الشرعية الإجرائية: ماهيتها وأساسها وأركانها، مجلة البحوث الأمنية، كلية الملك فهد الأمنية، السعودية، المجلد 20 العدد48، 2001، ص 65-124.
18. نسرين الرحالي، الضمانات المخولة لتطبيق مبدأ الشرعية الجنائية، مجلة المتوسط للدراسات القانوني والقضائية، المركز المتوسطي للدراسات والقانونية والقضائية، المغرب، العدد2، يناير2016، ص133-145.
19. نبيلة صدراتي، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في إيقاف تنفيذ العقوبة، مجلة العلوم الإنسانية، المركز القومي للبحوث، الجزائر، العد48، 2017، ص 1-12.
20. هندة غزيوي، تعزيز قرينة البراءة على ضوء تعديل قانون الإجراءات الجنائية رقم 17-07 المؤرخ في 27مارس 2017، مجلة دراسات الجزائر، جامعة عمار ثليجي الاغواط، الجزائر، العدد63، 2018، ص 228-236.
21. هيكل عثمان، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في استبدال العقوبة السالبة للحرية ببدائل غير احتجازية، المجلة القضائية، وزارة العدل اليمن، العدد 5، 2014، ص204-215.
22. يوسف حامد، سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة، مجلة الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، المجلد 4، العدد14، 2014، ص 1-30.
23. يونس الصالحي، الشرعية الجنائية وامتدادها إلى مرحلة التنفيذ، مجلة منازعات الأعمال، المغرب، العدد26، ص115-128.
24. يونس نفيذ، مشروعية أساليب التحقيق الجنائية في تحصيل الأدلة "دراسة مقارنة"، مجلة القضاء الجنائي المغربي، المركز الوطني للدراسات القانونية بالرباط، المغرب، المجلد 2،العدد3/4،، 2016، ص 213-218.

الهوامش:

[1]- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2001، ص 28.

[2]- محمد صبحي نجم، وقف تنفيذ العقوبة " دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت المجلد 12، العدد 4، 1988، ص 49.

[3]- مشار إليه لدى. عبدالرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات طبعة 2007، القاهرة، ص 167

[4]- محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 49.

[5]- عبد الأحد محمد جمال الدين، الشرعية الجنائية والشريعة الإسلامية، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، المجلد 67، العدد363، يناير 1976، ص 46.

[6]- الدستور اليمني الصادر في 1994/1/10

[7]- زحل محمد الأمين، مبدأ الشرعية في النظامين الدستوري والدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 29.

[8]- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2017، ص 46.

[9]- كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الطبعة الثالثة، عمان، 2011، ص 56.

[10]- احمد عوض بلال، مبادئ قانون العقبات المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 48.

[11]- عبد الله صالح رشيد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، قسم العدالة الجنائية،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، السعودية، 2005، ص 50.

[12]- حسن ليني علوي، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بين الثابت والمتغير في الجرائم الالكترونية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، 2018، ص 225.

[13]- هشام أحم عوض، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في توقيع العقوبة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2003.

[14]- ظهرت في هذه المرحلة بعض المدارس التي نادت بظروف تخفيف العقوبات وإقرار قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات أهمها المدرسة التقليدية التي نشأت في ظرف اتصف فيه النظام الجنائي بقسوة العقوبات واستبداد القضاة، وقد اصطبغت أراء هذه المدرسة بالروح الديمقراطية التي سادت بالقرن الثامن عشر وحاولت تطبيقها على النظام الجنائي وكانت المآخذ التي أخذها رجال المدرسة التقليدية على النظام الجنائي السائد في تلك الفترة تتمثل في قسوة العقوبات وخضوع التجريم والعقاب لاستبداد القضاة وتحكمهم، وجعل التجريم والعقاب من اختصاص المشرع يؤدي إلى إنهاء استبداد القاضي والقضاء على سلطته في التجريم والعقاب، وتحقيق المساواة بين من يرتكبون جريمة واحدة.

[15]- لريد أحمد، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تخفيف الجزاء، مجلة القضاء الجنائي، المركز الوطني للدراسات القانونية، المغرب، المجلد 1، العدد2، 2015، ص 24.

[16]- هيكل أحمد عثمان، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في استبدال العقوبة السالبة للحرية ببدائل غير احتجازية، المجلة القضائية، وزارة العدل اليمن، العدد 5، 2014، ص 204.

[17]- هشام أحمد عوض، مرجع سابق ص 158.

[18]- تتماشى الاتجاهات الحديثة للسياسة الجنائية في العقوبة مع التغيير في الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، لذلك اتجهت بعض التشريعات إلى تبديل بعض العقوبات واهتمت بصفة خاصة بالعقوبات السالبة للحرية، وألغت بعض العقوبات ولأحلت محلها عقوبات أخرى مع مراعاة وجود توازن وتناسب بين القيم والمصالح المتطورة والمتغيرة داخل المجتمع الواحد وبين الحقوق والحريات الفردية. أنظر في ذلك. سالم محمد دوحان، اتجاهات السياسة الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، قسم العدالة الجنائية،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، السعودية، 1988.

[19]- محمد صبحي نجم، وقف تنفيذ العقوبة " دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، المجلد 12، العدد 4، ص 151.

[20]- يوسف حامد، سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة، مجلة الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، المجلد 4، العدد 14، 2015،2016، ص4.

[21]- محمد إبراهيم زيد، مرجع سابق، ص 11.

[22]- القرار الجمهوري بالقانون رقم 12 لسنة 1994م، بشأن الجرائم والعقوبات الصادر بتاريخ 1994/10/12.

[23]– أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد8، المجلد14، ايلول2007، ص 237.

[24]– أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية "دراسة مقارنة في فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية العربية المتحدة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1970، ص 9.

[25]– مديحة الفحلة، نظرية الظروف الاستثنائية بين مقتضيات الحفاظ على النظام العام والتزام حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة الفكر، جامعة محمد بن أحمد – الجزائر، العدد14، 2017، ص 222.

[26]– شرقي صلاح الدين، حماية الحريات العامة للأفراد في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، العدد2016،14 ص 93.

[27]– يقصد بحالة الطوارئ تدبير قانوني مخصص لحماية كل أو بعض أجزاء البلاد ضد الأخطار الناجمة عن عدوان مسلح.

[28]– رويدا محمد بالحاج، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية "دراسة تحليلية مقارنة للتنظيم القانوني للظروف الاستثنائية وتأثيره على الحريات العامة"، رسالة ماجستير، جامعة الفاتح، ليبيا، 2009، ص 43.

[29]– محمد الطيب عبدالله، الشرعية الإجرائية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان، السودان، 2005، ص 39.

[30]– علي أحمد يوسف الشيول، الضمانات الأساسية لشرعية الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني لسنة 2011، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، المغرب، العدد 16، 2016، ص 62.

[31]– ناصر مجول، الشرعية الإجرائية: ماهيتها وأساسها وأركانها، مجلة البحوث الأمنية، كلية الملك فهد الأمنية، السعودية، المجلد 20 العدد48، 2001 ص 68.

[32]– محسن أحمد، الشرعية الإجرائية في الضبطية القضائية "دراسة فقهية مقارنة بقانون الإجراءات الجنائية المصري"، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، العدد44، 2013، ص 466.

[33]– عبد الأحد محمد جمال الدين، مرجع سابق، ص 90

[34]– نسرين الرحالي، الضمانات المخولة لتطبيق مبدأ الشرعية الجنائية، مجلة المتوسط للدراسات القانوني والقضائية، المركز المتوسطي للدراسات والقانونية والقضائية، المغرب،العدد2، يناير2016، ص 136.

[35]– تضمن الدستور اليمني هذا الحق في المادة 48 فيمايلي نصها:

" أ-تكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وأمنهم ويحدد القانون الحالات التي تقيد فيها حرية المواطن ولا يجوز تقييد حرية أحد إلا بحكم من محكمة مختصة.

ب-لا يجوز القبض على أي شخص أو تفتيشه أو حجزه إلا في حالة التلبس أو بأمر توجبه ضرورة التحقيق وصيانة الأمن يصدره القاضي أو النيابة العامة وفقا لأحكام القانون.

كما لا يجوز مراقبة أي شخص أو التحري عنه إلا وفقا للقانون وكل إنسان تقيد حريته بأي قيد يجب أن تصان كرامته ويحظر التعذيب جسديا أو نفسيا أو معنويا ويحظر القسر على الاعتراف أثناء التحقيقات وللإنسان الذي تقيد حريته الحق في الامتناع عن الإدلاء بأية أقوال إلا بحضور محاميه ويحظر حبس أو حجز أي إنسان في غير الأماكن الخاضعة لقانون تنظيم السجون ويحرم التعذيب والمعاملة غير الإنسانية عند القبض أو أثناء فترة الاحتجاز أو السجن.

ج-كل من يقبض عليه بصفة مؤقتة بسبب الاشتباه في ارتكابه جريمة يجب أن يقدم إلى القضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه على الأكثر وعلى القاضي أو النيابة العامة تبليغه بأسباب القبض واستجوابه وتمكينه من إبداء دفاعه واعتراضاته ويجب على الفور إصدار أمر مسبب باستمرار القبض أو الإفراج عنه. وفي كل الأحوال لا يجوز للنيابة العامة الاستمرار في الحجز لأكثر من سبعة أيام إلا بأمر قضائي ويحدد القانون المدة القصوى للحبس الاحتياطي".

[36]- هندة غزيوي، تعزيز قرينة البراءة على ضوء تعديل قانون الإجراءات الجنائية رقم 17-07 المؤرخ في 27مارس 2017، مجلة دراسات الجزائر، جامعة عمار ثليجي الاغواط، الجزائر،العدد63، 2018، ص229.

[37]- يونس الحصين، مبدأ الأصل في المتهم البراءة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية،2007. ص 57.

[38]- صالح أحمد محمد حجازي، مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 2، المجلد 39، يونيو2015، ص513.

[39]- خالد حامد مصطفى، الحماية الموضوعية والإجرائية لحق الضحية أثناء إجراءات المحاكمة الجزائية، مجلة التواصل – جامعة باجي مختار بعنابة، الجزائر، العدد39، سبتمبر2014، ص 138.

[40] نبيلة صدراتي، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في إيقاف تنفيذ العقوبة، مجلة العلوم الإنسانية، المركز القومي للبحوث، الجزائر، العدد48، 2017، ص 283.

[41]- يونس نفيذ، مشروعية أساليب التحقيق الجنائية في تحصيل الأدلة "دراسة مقارنة"، مجلة القضاء الجنائي المغربي، المركز الوطني للدراسات القانونية بالرباط، المغرب، المجلد 2،العدد3/4،، 2016، ص 217.

[42]- محمد الحلبي، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع الذاتي في قوانين مصر والأردن والكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد31، العدد الثالث،2007، ص 340.

[43]- هلالي عبد اللاه أحمد، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية "دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والجرمانية والاشتراكية والأنجلو سكسونية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983م، ص 107 وما بعدها

[44]- ممدوح خليل البحر، نطاق حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته الوجدانية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الحادي والعشرون،2012، ص 212.

[45]- محمد علي سالم الحلبي،مرجع سابق، ص 341.

[46]- حيدرة سعدي، الشرعية والمشروعية الجنائية بين القانون والشريعة الإسلامية، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار بعنابة، الجزائر، العدد28، يونيو2011، ص 4.

[47]- يونس الصالحي، الشرعية الجنائية وامتدادها إلى مرحلة التنفيذ، مجلة منازعات الأعمال، المغرب، العدد26، أغسطس 2017، ص 120.

[48]- رويدا محمد بلحاج، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية "دراسة تحليلية مقارنة للتنظيم القانوني للظروف الاستثنائية وتأثيره على الحريات العامة، مرجع سابق، ص 37.

[49]- في التشريع المصري قنن هذا المبدأ في عده دساتير، وظهر لأول مره في دستور 1923، وجاء في المادة السادسة منه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون "، وأخيراً تم تقنينه في الدستور الجديد الصادر سنة 2014، حيث

قضت المادة 95 على أن العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

كما نصت المادة47 من الدستور اليمني على هذا الحق بقولها " المسئولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني وكل متهم برئ حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره".

[50]– في المملكة الأردنية الهاشمية لم يرد النص على مبدأ الشرعية في الدستور الحالي لسنة 1952، ولا في الدساتير السابقة عليه كدستور سنة 1946، ودستور سنة 1928، واكتفى المشرع الأردني بالنص عليه في صلب قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 بموجب المادتين الثالثة والسادسة من القانون، كما تم التأكيد على هذا الحق في قانون العقوبات المعدل الذي صدر في الأول من نوفمبر 2017.

كما ورد النص صراحة على هذا المبدأ في قانون العقوبات اللبناني والتي جاء فيها " لا تفرض عقوبة أو تدبير احترازي أو إصلاحي من أجل جرم لم يكن القانون قد نص عليه حين اقترافه، كما نصت المادة السادسة منه على أنه "لا يقضى بأي عقوبة لم ينص عليها القانون حين اقتراف الجرم"، كما نصت المادة التاسعة من هذا القانون على ان "كل قانون جديد يقضي بعقوبات أشد لا يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه". أنظر في ذلك د. عماد رضا وزميله د. رائد أحمد، مبدأ الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي وما يحققه من ضمانات للمتهم دراسة فقهية قانونية مقارنة، المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية، المركز العربي للدراسات والبحوث،السعودية، المجلد الثالث، العدد1، 2015، ص 18.

[51]– شرقي صالح الدين، حماية الحريات العامة للأفراد في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 89.