



قسم الحقوق

مبدأ الشرعية الإجرائية و تطبيقاتها في النظام الجزائي الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الجنائي و العلوم الجنائية

إشراف الأستاذ:
د. بن الاحضر محمد

إعداد الطالب :
بن زرفين علي

لجنة المناقشة

رئيسا
مقررا
ممتحنا

د/أ. بن مسعود احمد
د/أ. بن الاحضر محمد
د/أ. ضيفي نعاس

الموسم الجامعي 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة شكر

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتوجه بالشكر الجزيل والامتنان الكبير إلى الأستاذ
المشرف :

" بن الأخضر محمد "

على قبوله الإشراف على هذه المذكرة وملاحظاته القيمة كما أتوجه بالشكر الجزيل
إلى أساتذتي الكرام على مساعدتي لإنجاز هذا العمل العلمي وعلى كل ملاحظاتهم
وإلى كل الذين قاموا بتقديم يد العون في مختلف الإدارات

التربوية التي قمت بزيارتها

وإلى كل عمال المكتبة الذين أمدونا بالمصادر والمراجع

الإهداء :

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما
إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصى فضائلهما
إلى والدي العزيزين أدامهما الله لي
الأب الكريم
الأم الفاضلة
إلى زوجتي الغالية
إلى كل الزملاء
إلى كل طلبة الدفعة
إلى كل من سقط من قلبي سهوا
أهدي هذا العمل

8	المقدمة.....
12	الفصل الأول : مفهوم مبدأ الشرعية الإجرائية.....
12	المبحث الأول : مبدأ الشرعية الجزائية : نشأته ومفهومه.....
12	المطلب الأول : مفهوم مبدأ الشرعية الإجرائية.....
16	المطلب الثاني : مضمون الشرعية الجنائية.....
17	المطلب الثالث : نشأة مبدأ الشرعية الجزائية.....
	المبحث الثاني : أسس مبدأ الشرعية الجزائية الفلسفية والدستورية لمبدأ الشرعية الجزائية :
21
21	المطلب الأول : الأسس الفلسفية.....
23	المطلب الثاني : الأساس الدستوري والقانوني لمبدأ الشرعية الجزائية.....
23	المطلب الثالث : الأساس القانوني لمبدأ الشرعية الجزائية :
24	المبحث الثالث : أهمية مبدأ الشرعية الجزائية و أقسامه.....
25	. المطلب الأول : أهمية مبدأ الشرعية الجزائية.....
27	المطلب الثاني : أقسام الشرعية الجزائية :.....
29	المطلب الثالث : حدود تفسير النصوص الجنائية وفق مبدأ الشرعية الجزائية.....
33	المبحث الرابع : نطاق تطبيق النص الجنائي :
33	المطلب الأول : تعريف مبدأ تطبيق القانون من الزمان.....
34	المطلب الثاني : إلغاء القوانين الجزائية.....
36	المطلب الثالث : مبدأ الأثر الفوري للقاعدة القانونية.....
39	المبحث الخامس : مبدأ عدم رجعية القوانين.....
39	المطلب الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية القوانين.....
41	المطلب الثاني : الاستثناء على مبدأ عدم رجعية القوانين.....
43	المطلب الثالث :التطبيق الفوري لقوانين.....
44	المبحث السادس : نطاق تطبيق النص الاجرائي من حيث المكان :
44	المطلب الأول : مبدأ الإقليمية للنص الجنائي.....

46	المطلب الثاني : تطبيق المبدأ على السفن والطائرات.....
49	المطلب الثالث : الاستثناءات الواردة على المبدأ.....
53	خلاصة الفصل الأول:.....
55	الفصل الثاني : تطبيقات مبدأ الشرعية في النظام الجزائي الجزائري.....
55	المبحث الأول : موقف المشرع الجزائري.....
55	المطلب الأول : مبدأ الشرعية في الدستور وقانون العقوبات الجزائريين.....
58	المطلب الثاني : نتائج مبدأ الشرعية الجزائية.....
59	المطلب الثالث : تقييم مبدأ الشرعية.....
63	المبحث الثاني : تقييد مبدأ الشرعية الجزائية بأسباب الإباحة :.....
63	المطلب الأول : معنى أسباب الإباحة وتقسيماتها.....
63	المطلب الثاني : مصادر أسباب الإباحة.....
64	المطلب الثالث : تمييز أسباب الإباحة عما يشابهها من أفكار جنائية.....
66	المبحث الثالث : أساس و تقسيمات أسباب الإباحة وتحديد آثارها.....
66	المطلب الأول : أساس الإباحة وتحديد طبيعتها.....
68	المطلب الثاني : تقسيمات أسباب الإباحة.....
69	المطلب الثالث : آثار أسباب الإباحة.....
70	المبحث الرابع : أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري.....
70	المطلب الأول : تنفيذ ما أمر به القانون كسبب من أسباب الإباحة.....
72	المطلب الثاني : ما أذن به القانون كسبب من أسباب الإباحة.....
79	المطلب الثالث : الدفاع الشرعي (المشروع).....
80	المبحث الخامس : الاستثناءات الواردة على تطبيق مبدأ الشرعية.....
80	المطلب الأول : مفهوم وأنواع الظروف الاستثنائية.....
81	المطلب الثاني : شروط الإعلان عن حالة الظروف الاستثنائية والآثار المترتبة عنها : .
	المطلب الثالث : الضمانات الدستورية والقانونية لحماية الحريات العامة في كل
82	الظروف الاستثنائية.....
85	خاتمة :.....
88	المصادر و المراجع.....

مقدمة

مقدمة :

تعتبر الجريمة ظاهرة إنسانية معقدة لوجود الإنسان، لها مكانتها في ذاته ويتطور مفهومها وأساليبها وحركتها مع تطور المجتمعات الإنسانية، لذلك لم يخل أي مجتمع إنساني من الجريمة، فالإثم الجنائي يعد وصفا ملازما للإنسان بحكم تكوينه العضوي والنفسي والغريزي، إذ يعتبر في حالة صراع مستمر مع الذات للتغلب على الجانب الحيواني الذي يعتبر عنصرا من النفس البشرية، وتحقيق قيم ذات طابع إنساني واجتماعي .

أدى ازدياد عدد الأفراد وتركزهم في نطاق جغرافي معين إلى نمو حس جماعي لدى الفئات الاجتماعية بضرورة وضع ضوابط لميولهم الغريزية احتراما للمصالح الجماعية وحقوق الأفراد الآخرين، فتجريم القتل والسرقة والزنا يعد تعبيرا عن موقف جماعي إنساني من سلوك معين يشكل خرقا للمبادئ الإنسانية والعدالة ويهدم دعائم الأمن و الاستقرار في المجتمعات. يعتبر الإحساس بالإثم قديما قدم تواجد الإنسان على وجه الأرض، ولقلة عدد الأفراد في المجتمعات القديمة، ومحدودية احتياجاتها، وعدم ظهور الدولة التي تعتبر أرقى درجات التنظيم الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، لم تجد حاجة لاعتماد سياسات في المجالات ذات الطابع السياسي والاقتصادي والاجتماعي، بغرض تحقيق الأمن الاجتماعي بما يستقيم مع فلسفة المجتمعات الحديثة.

يحدد النص في قانون العقوبات و القوانين المكملة له الأفعال المحظورة، التي بعد اقترافها بشروط معينة جريمة من الجرائم و تتعدد هذه النصوص بتعدد الأفعال التي يحظرها القانون وتسمى نصوص التجريم، فالفعل لا يمكن اعتباره جريمة إلا إذا انطبق عليه أحد هذه النصوص و معنى ذلك، أن النصوص المذكورة هي التي تحدد كل الجرائم .

ومنه ينشأ مبدأ أساسي يسمى بمبدأ قانونية الجرائم و العقوبات أو مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات و مقتضى هذا المبدأ أن الجريمة لا ينشؤها إلا نص قانوني و أن العقوبة لا يقررها إلا نص قانوني و على هذا الأساس نضع الإشكالية التالية:

- مامدى شرعية الإجرائية وتطبيقاتها في النظام الجزائي الجزائري ؟

وللاجابة عن هذه الاشكالية التالية نقترح التساؤلات التالية :

- مفهوم مبدأ الشرعية الاجرائية ؟

- ماهو مبدأ الشرعية الجزائية ومدى نطاقه ؟

- ماهي اثار تطبيق مبدأ تطبيق الشرعية ؟

- ومن الأسباب التي دفعت بنا إلى اختيار هذا الموضوع أسباب شخصية وأسباب موضوعية، فالأسباب الشخصية تتمثل في ميولنا الشديد لدراسة هذا الموضوع إذ أننا نجد فيه أهمية بالغة للفرد والمجتمع بحيث يبين للفرد ما هو مباح وما هو غير مباح.

- أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في أن هذا المبدأ يعد من أسس الحرية الفردية ويضمن حقوق الأفراد بتحديد الجرائم والعقوبات، كما يعطي للعقوبة أساس قانوني بحيث يجعلها مقبولة من طرف الرأي العام ويجعل الجريمة معروفة من قبل الأفراد .

- الهدف من الدراسة وأهميتها: أن الهدف الرئيسي من دراسة هذا الموضوع

هو الوصول إلى معرفة مبدأ الشرعية الجنائية، أي معرفة متى يجرم القانون الأفعال الصادرة من طرف الفرد، وكذا معرفة نطاق سريان النصوص القانونية من حيث الزمان والمكان وأهمية مبدأ الشرعية الجنائية في حياة الفرد والمجتمع هذا من جهة، ومن جهة أخرى معرفة متى تسقط المسؤولية الجنائية للمجرم رغم وجود نصوص قانونية مجرمة مسبقا لأفعاله، أما أهمية دراسة الموضوع فتبرز فيما يلي:

- إن مبدأ الشرعية الجزائية يضع حدودا فاصلة بين ما هو مباح وما هو محذور كما أنه يضمن حقوق المواطنين وحياتهم فلا يمكن متابعة الأفراد إذا لم يوجد نص يجرم أفعالهم.

- إن مبدأ الشرعية الجزائية يعطي الجريمة والعقوبة أسسا قانونية يجعلها مقبولة من طرف

الرأي العام باعتبارها توقع لصالح المجتمع وباسم القانون.

واعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي الوصفي الذي رأيناه الأنسب لطبيعة موضوع

فالمنهج التحليلي من خلال تحليل ومناقشة بعض النصوص القانونية، أما المنهج

الوصفي من خلال التعرض لبعض المفاهيم والخصائص الخاصة بهذا البحث.

- ومن الدراسات التي تناولت مثل هذه المواضيع نجد أن الكاتب صلاح الدين جبار الذي

تناول هذا الموضوع في كتابه " مبدأ الشرعية الجنائية في الشرعية و القانون حيث قام بدراسته

في الشرح مبدأ الشرعية الجنائية ، كما أن الكاتب رضا فرج في كتابه " شرح قانون العقوبات

الجزائري " - أحكام العامة للجريمة قام بدراسة مبدأ الشرعية القانونية من خلال تحليله للقانون

العقوبات الجزائري ، أيضا تم دراسة مثل الموضوع من خلال رسالة ماجستير دجال صالح

بكير الذي أسهب في دراسته لمبدأ الشرعية من خلال فصله أسباب الذي قام بطريقة

و ذكر أهم خصائصه : و خلال هذه الدراسة تعرضنا لبعض الصعوبات منها قلّة الوقت والظروف الصحية لوباء كورونا التي لم تسمح لنا بالاطلاع على المكتبات لأنها مغلقة. ومحاولة منا للإجابة على هذه الإشكالية خصصنا الفصل الأول من هذا العمل البحثي و إنشاء دراستنا تعرفنا على مفهوم مبدأ الشرعية الإجرائية من حيث المنشأ و مضمونه و كذلك الأسس الفلسفية و الدستورية و أيضا تعرفنا لأهم هذا المبدأ و أقسامه و نطاقه مبينين في ذلك الآثار و الاستثناءات الواردة عمليا.

أما في الفصل الثاني تناولنا التصنيفات الواردة على مبدأ الشرعية في النظام الجزائري الجزائري و ذلك بمعرفة موقف المشرع الجزائري من حيث النتائج و التقسيمات الواردة عليه مبينين الأسس و أسباب الإباحة و أثارها و أيضا استثناءات و شروط الإعلان عن حالات الظروف الاستثنائية مكملين بذلك الخاتمة نبين فيها أهم المراحل التي مرت بها مبدأ الشرعية و ذلك بوضع الملاحظات و التوجيهات الواجب إتباعها مسبقا .

الفصل الأول :

مفهوم مبدأ الشرعية الإجرائية

الفصل الأول: مفهوم مبدأ الشرعية الإجرائية

يعتبر مبدأ الشرعية الإجرائية من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون الجنائي فقد نصت المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على أنه لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير امن بغير قانون¹

المادة تعالج مسألة تتمثل في معرفة مدى سلطة المحاكم في المهمة العقابية، هل هي حرة في تجريم ومعاقبة أي فعل ترى أنه جدير بالعقاب، أو على العكس من ذلك يجب عليها ألا . تتصرف إلا في حدود معينة رسمها لها القانون تطبيقا للنص السابق ذكره² مبدأ الشرعية الجزائرية يسود في الدول القانونية وفحواه سيادة القانون وخضوع الجميع له حكاما ومحكومين وهذه السيادة تعني في مجال التجريم والعقاب، حصر الجرائم والعقوبات في قانون مكتوب و واضح، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها من جهة، ثم العقوبات المقررة لها ونوعها ومدتها من جهة أخرى .

المبحث الأول: مبدأ الشرعية الجزائية: نشأته ومفهومه

تتحقق الجريمة بالفعل الصادر عن الإنسان فيتخذ صورة مادية معينة، و تختلف الأفعال المادية باختلاف نشاطات الإنسان، و هذا ما يجعل المشرع يتدخل لتحديد الأفعال الضارة أو الخطرة على سلامة المجتمع فنهى بموجب نص قانوني جزائي يجرم هذه الأفعال و يحدد عقوبة من يأتي على ارتكابها

المطلب الأول : مفهوم مبدأ الشرعية الإجرائية

يعني هذا المبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني أي مصدر الصفة غير المشروعة للفعل هو نص القانون ويقال لهذا النص " نص التجريم" وهو في نظر القانون الجزائري يشمل قانون العقوبات والقوانين المكملة له والقوانين الجزائية الخاصة³. وبالتالي يحدد في كل نص الشروط التي يتطلبها في الفعل كي يخضع لهذا النص ويستمد منه الصفة غير المشروعة ويحدد العقوبة المقررة لهذا الفعل وبالتالي فإن القاضي لا يستطيع أن

1 أمر رقم 66 - 156، مؤرخ في 08 جوان 1966 ، يتضمن قانون العقوبات معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 49 ، صادر في 11 جوان 1966 .

2 صلاح الدين جبار، مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون (المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر ، عدد4 2012 ص 135 .

3 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة" ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، الطبعة السادسة 2005 ص 36 .

يعتبر فعلاً لا معنياً جريمة إلا إذا وجد نصاً يجرم هذا الفعل فإذا لم يجد مثل هذا النص فلا سبيل إلى اعتبار الفعل جريمة ولو اقتنع بأنه مناقض للعدالة أو الأخلاق أو الدين و أساس هذا المبدأ هو حماية الفرد و ضمان حقوقه و حرته و ذلك بمنع السلطات العامة من اتخاذ أي إجراء بحقه ما لم يكن قد ارتكب فعلاً ينص القانون عليه و فرض على مرتكبيه عقوبة جزائية¹ عطيت لهذا المبدأ عدة تعريفات منها ما هو فقهي ومنها ما هو تشريعي، حيث عرفه بعض الفقه بأنه ضرورة خضوع الفعل أو الامتناع لنص من نصوص التحريم² كما عرفه البعض الآخر اختصاراً بـ “لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص سابق”³، كما نجد المشرع المغربي قد عرفه في الفصل الثالث من القانون الجنائي “لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون” أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة الأولى من قانون العقوبات على ما يلي “لا تفرض عقوبة ولا تدبير احترازي أو إصلاحي من أجل جرم لم يكن القانون قد نص عليه حين اقترافه” من خلال قراءة أولية لهذه التعريفات الفقهية منها والتشريعية فإنه يبدو أن كل هذه التعاريف متفقة حول مسألة أساسية وهي أن التجريم والعقاب يجب أن يكون سابقاً لوقوع الفعل الذي أثاره الشخص بمعنى أنه لا يجوز مسألة أي فرد عن أي فعل مهما كان ضاراً إلا إذا جرمه القانون بنص من نصوص التحريم، كما لا يجوز معاقبته إلا بالعقوبات التي يكون القانون قد قررها لعقاب الجريمة التي اقترفها⁴.

ومن جهة أخرى يعتبر مبدأ الشرعية إحدى الضمانات الأساسية للأفراد في مواجهة السلطة القضائية إذ أن هذا المبدأ يمثل تقليصاً من سلطات القاضي، حيث كان يمارس في السابق سلطة العقاب والتجريم، بل إن اسنادتنا لطبقة مهذا في اعتبرت أن مبدأ الشرعية ضابط أولي وأساسي على حرية القاضي مادام هذا الأخير ملتزماً بما حدده القانون سلفاً في إطار الأهداف الحقيقية للمشرع⁵.

1 الأساتذة بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوعابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي

مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء الدفعة الخامسة عشر 2004 ص 50.

2 عبد الواحد العلمي شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام طبعة 2002 ص 75.

3 عبد الحفيظ بلقاضي : “مدخل إلى الأسس العامة للقانون الجنائي” الجزء الأول، الطبعة الأولى 2003 مطبعة دار الكرامة ص 105.

4 عبد الواحد العلمي المرجع السابق، الصفحة 76.

5 لطيفة مهداتي : حدود سلطة القاضي التقديرية في تنفيذ الجزاء، الطبعة الأولى 2007 مطبعة طوب باريس صفحة 119

من جهة أخرى فإن الشرعية التي يخضع لها القانون ليست قاصرة على تحديد الجرائم والعقوبات وحسب بل هي شرعية تعود كل مراحل تدخل القانون الجنائي منذ وقوع الجريمة حتى محاكمة المجرم وتنفيذ العقاب في شأنه، ومعنى هذا أن شرعية الجريمة والعقوبة تمثل الحلقة الأولى من الشرعية الجزائية تتلوها الشرعية الإجرائية وتعني أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء ضد أي شخص ما لم يكن القانون هو مصدر هذا الإجراء وما لم يكن القانون بهذا الإجراء مسموحاً به من طرف القانون، وأنه لا يجوز الحكم على شخص وإدانته إلا عن طريق دعوى قضائية تسير وفق الإجراءات التي رسمها القانون ثم يأتي بعد ذلك المرحلة الثالثة من مراحل الشرعية الجزائية وهي مرحلة التنفيذ العقابي، وهي تعني ضرورة أن يكون القانون هو مصدر القواعد التي تخضع لها إجراءات معاملة المجرمين وإجراءات تنفيذ العقوبات عموماً¹.

كما يقصد بمبدأ الشرعية الجزائية الركن الشرعي للجريمة، كما يفهم منه أيضاً مبدأ المشروعية لذا وجب علينا أن نفرق بين الشرعية والمشروعية، حيث أن الشرعية تتمثل في حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة، فهي تتعلق بالنص الجنائي وبالعناصر الشكلية والموضوعية التي تضمن شروط صحة النص، كما يقصد بالشرعية تلك المبادئ التي تكفل احترام حقوق الإنسان وإقامة التوازن بينها وبين المصلحة العامة، والتي يتعين على الدولة التقيد بها عند ممارستها لصلاحياتها العامة².

بينما يقصد بالمشروعية انتفاء التعارض بين الواقعة القانونية وبين نصوص التجريم والعقاب وبالأحرى انتفاء التعارض بين النصوص والمصالح والأموال المشمولة بحماية هذه النصوص فهي بذلك تنصرف إلى أسباب الإباحة، فالمشروعية تتعلق بالفعل، في حين أن الشرعية تتعلق بالنص³.

كما يقصد بمبدأ الشرعية في مجال القانون الجزائي أن لهذا القانون مصدراً واحداً هو القانون المكتوب وهو بذلك يختلف عن فروع القانون الأخرى التي تضيف إلى نص القانون. مصادر أخرى كالعرف والشريعة الإسلامية⁴.

1 عبد الحفيظ بلقاضي، نفس المرجع السابق، صفحة 106.

2 ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 77.

3 المرجع نفسه، ص 77.

4 أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 49.

والى جانب ذكر المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية، سوف نتعرف أكثر على هذا المبدأ من خلال إعطاء تعريف خاص به أولاً وكذلك إبراز مضمونه ثانياً أعطيت العديد من التعاريف لمبدأ الشرعية الجنائية، التي اختلفت باختلاف الزوايا التي ينظر منها إليه، فالليونانيون قد عبروا عن هذا المبدأ بأنه الترابط السياسي الذي يضع كل مواطن مكانه في المجتمع في حين عبر عنه المجتمع الدولي لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة 1959 بأنه اصطلاح يرمز إلى المثل والخبرة العلمية القانونية التي يجمع عليها رجال القانون في جزء كبير من العالم، و رأي المؤتمرون أن المبدأ يقوم أو يعتمد على عنصرين أساسيين، هما انه مهما كان فحوى القانون فان كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون وتعمل وفقه، والثاني افتراض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سام هو احترام حقوق الإنسان واستخلص المؤتمرون تعريف لمبدأ الشرعية في أنه ذلك الذي يعبر عن القواعد والنظم و الإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة ولتمكينه من التمتع بك ارمته الإنسانية¹

كما عرف بالعديد من التعاريف التي يمكن إجمالها فيما يلي نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل النص القانوني الذي يبين الفعل المكون للجريمة ويحدد العقاب الذي يفرضه على مرتكبها وهناك من قال بأن الشرعية الجزائية تقضي وجوب وجود نصوص قانونية صادرة عن سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم و الجزاء والمتابعة الجزائية² مبدأ الشرعية الجزائية إذن هو حصر الجرائم والعقوبات في نصوص القانون، حيث يختص هذا الأخير بتحديد الأفعال التي تعتبر جرائم وبيان أركانها وفرض العقوبات على هذه الأفعال، وعلى القاضي تطبيق ما يضعه المشرع من قواعد في هذا الشأن فلا يستطيع القاضي تجريم فعل إلا إذا وجد نصاً يعتبر هذا الفعل جريمة³.

بقي لنا في ختام هذه النقطة التساؤل عن موقع التدابير الوقائية من مبدأ الشرعية إذا عدنا للتعريف التي سبق وذكرناها هناك من استعمل عبارة "عقوبات" وهذا ما فعله المشرع المغربي وهو بذلك يكون قد أخرج التدابير من مبدأ الشرعية الجزائية أي أن التدبير متى حكم به يمكن أن يطبق بأثر رجعي وهناك اتجاه من الفقه والتشريع من استعمل عبارة "جزاءات" أو عبارة

1 ناصر حمودي، مرجع سابق، ص ص 77 .

2 المرجع نفسه، ص ص 77 78 .

3 رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري -الأحكام العامة للجريمة-، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1976 ص 103 .

“عقوبات” متبوعة بعبارة “تدابير وقائية” وهذا حال المشرع اللبناني من خلال نص المادة الأولى من قانون العقوبات الذي جاء فيها “لا تفرض عقوبة ولا تدبير احترازي أو إصلاحى من أجل جرم لم يكن القانون قد نص عليه حين اقترافه” ومن تم يكون المشرع قد أخضع التدابير الوقائية والاحترازية لمبدأ الشرعية أي أنه لا يجوز أن يحكم بأي تدبير إلا إذا كان منصوصا عليه وقت ارتكاب الفعل المجرم به وحن نميل إلى التوجه الذي سلكه المشرع اللبناني وندعو المشرع المغربي عند تعديله للقانون الجنائي الحالي أن يعمل على إخضاع التدابير الوقائية لمبدأ الشرعية لأن تلك التدابير تحد من حرية الأفراد منت جهة وللحفاظ على مبدأ الشرعية من جهة ثانية¹

المطلب الثاني : مضمون الشرعية الجنائية

القانون الجنائي بمختلف فروعته يخضع لمبدأ الشرعية، منذ تجريم الواقعة ووقوعها مروراً بمحاكمة الشخص وتوقيع العقوبة عليه وتنفيذها، وفي كل هذه المراحل يخضع القانون المسائل التي تمس بالشخص وحرية وكرامته سواء تعلق الأمر بالتجريم أو العقاب أو الإجراءات أو التنفيذ العقابي تكون النصوص خاضعة لمبدأ الشرعية الجزائية² ومقتضى مبدأ الشرعية الجنائية، أن تراعيه السلطات الثلاث في الدولة في كل تصرفاتها وأعمالها القانونية فمن جهة القاضي لا يملك تجريم فعل لم يرد نص بتجريمه ، أو توقيع عقوبة لم يرد بها نص أو استنتاجها عن طريق القياس، ومن ناحية ثانية، فسلطة التجريم والعقاب من اختصاص السلطة التشريعية، وهي وحدها صاحبة الاختصاص، وأن تكون النصوص التي تضعها محددة ولا تصرف إلى الماضي، ولا تملك السلطة التنفيذية ممارسة هذا الاختصاص دون تفويض وفي الحدود الضيقة التي بينها القانون لهذا التفويض. فمبدأ الشرعية الجزائية يفرض نفسه على المشرع مثلما يفرض نفسه على القاضي، فالأول يحتكر سلطة التجريم والعقاب، بينما الثاني يقع عليه عبء التطبيق السليم لهذه النصوص، احتراماً للإرادة العامة، على أن تكون النصوص الجزائية واضحة وضوحاً كاملاً بما يسمح للقاضي بتطبيقها السليم دون خطأ، حيث إذا جاء النص مبهماً أو غامضاً، فإن ذلك يمنح القاضي سلطة تحكيمية التي أريد القضاء عليها بموجب هذا المبدأ، لذا فالشرعية تستعبد فكرة النصوص التي تشمل ما يسمى بالحالات أو النماذج المفتوحة وهي النصوص التي ما أريد تطبيقها نجد بأنه يدخل تحت نطاقها العديد

1 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة" مرجع سابق ص 65 .

2 لطيفة مهداتي : حدود سلطة القاضي التقديرية في تنفيذ الجزاء مرجع سابق ص 74

من الحالات المتشابهة، كالنص " كل فعل ضار بالشعب" أو " كل تصرف يمس المصلحة العامة أو من شأنه المساس بالأمن العام أو النظام القائم"، وفي مجال الإجراءات على المشرع البحث عن توازن مرضي بين حقوق الاتهام وحقوق الدفاع، لأن القانون يحمي الحقوق الفردية بقدر حمايته للمصلحة العامة، أو مصلحة المجتمع، ووجود هيئات قضائية قانونية مشكلة قبل ارتكاب الجريمة، حيث يقتضي المبدأ أن يعرف الشخص المحكمة المختصة مسبقا بمقدار معرفته بالجريمة والعقوبة، وافترض البراءة، ووقوع عبء الإثبات على النيابة العامة، وعلائية الجلسات حتى يتسنى للرأي العام مراقبة استقلالية السلطة القضائية، واستقلالها عن السلطة التنفيذية .

المطلب الثالث : نشأة مبدأ الشرعية الجزائية

سادت البشرية فترة طويلة من الزمن كانت أهواء الحاكم و إرادته هي القانون في ظل حكم مطلق و حكام مستبدين يزعمون أن إرادتهم من إرادة الله، و في ظل هذه الأنظمة الاستبدادية لم يكن من الممكن صيانة حقوق الأفراد أو وضع حد للسلطة، و بالتالي فلا وجود لمبدأ يعبر عن سيادة القانون.

و بانحسار الطغيان و الاستبداد و ظهور الدولة القانونية، أخذ المبدأ في الظهور تكريسا و تدعيما لديمقراطية الحكم، و تعبيرا عن مبدأ الفصل بين السلطات بعد أن انهارت الأنظمة القديمة التي كانت تخلط بين إرادة الحاكم و القانون¹

ثانيا: التطور التاريخي لمبدأ الشرعية

إن الحديث عن ظهور أو تطور مبدأ الشرعية يستدعي الحديث عنه عبر عدة مراحل:

المرحلة الأولى:

وهي مرحلة ما قبل الشريعة الإسلامية حيث كان يتم ملاحقة الأشخاص أمام المحاكم الجزائية بأفعال لم يخطر في ذهنهم أنهم يؤاخذون عليها ويعاقبون من أجلها بسبب غياب النص التجريمي والعقابي، وكانت سلطة التجريم والعقاب تعود للقاضي فهو الذي يجرم ويعاقب حسب أهوائه وأهواء الحاكم، في ظل هذه الوضعية لم يمكن الحديث مطلقا عن مبدأ الشرعية ما دام القاضي هو الذي يجرم ويعاقب

1 د/ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة" ديوان المطبوعات الجامعية

بن عكنون الجزائر، الطبعة السادسة 2005، ص 74

المرحلة الثانية:

وهي مرحلة مجيء الشريعة الإسلامية حيث نجد أن القرآن الكريم قد أقر مبدأ الشرعية في قوله عز وجل: "ما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"¹ ومن تم يعتبر القرآن أو تشريع نص على مبدأ الشرعية بل وأكثر من ذلك فقد نص على مجموعة من الجرائم وحدد لها عقوبات وللحديث عن هذا لا بد من التطرق إلى أربعة أصناف من الجرائم والعقوبات في كل الشريعة والفقهاء الإسلاميين:

الصنف الأول:

جرائم الحدود ويشمل الجرائم التي يلزم فيها الحد وعقوباتها مقدرة حقا لله تعالى وتلزمه في سبعة جرائم

1- جريمة الزنا: نص عليها الله تعالى بقوله تعالى "الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة"².

2- جريمة القذف: منصوص عليها في قوله تعالى: "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا"³.

3- جريمة شرب الخمر: وجاءت في قوله صلى الله عليه وسلم: "من شرب الخمر فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه، ثم إن شرب الرابعة فاقتلوه"

4- جريمة السرقة: لقوله تعالى: "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ونكالا من الله والله عزيز حكيم"⁴.

5- جريمة الحرابة: حيث قوله تعالى: "إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفون من الأرض"⁵.

6- جريمة الردة: لقوله تعالى: "ومن يرتد منكم عن دينه فمات وهو كافر فؤلائك أصحاب النار هم فيها خالدون"⁶

1 سورة الإسراء الآية 15.

2 سورة النور الآية 2 .

3 سورة النور الآية 4 .

4 سورة المائدة آية 40 .

5 سورة المائدة آية 35 .

6 سورة المائدة آية 212 .

7- جريمة البغي: وجاءت في قوله تعالى: وإن طائفتين من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفي إلى أمر الله¹.

الصف الثاني: والتي تشمل الجرائم توجب القصاص ويتعلق الأمر بالجرائم العمدية، أو شبه عمدية التي ترتكب ضد النفس أو ما دونها كالقتل العمد أو الجرح والضرب والقطع المتعمد إذا توفرت شروط توقيع القصاص².

الصف الثالث: ويشتمل الجرائم التي تجب فيها الدية كعقوبة ويدخل تحتها كل الجرائم العمدية ضد النفس أو ما دونها في الحالة التي لا تتوفر فيها شروط توقيع القصاص كما تضم كل الجرائم ضد النفس وما دونها كالقتل والجرح والتي تكون حدثت بدون عمد الصف الرابع: ويشمل الجرائم التي لم تقدر عقوباتها من طرف الله تعالى أو من طرف الرسول (ص) وتسمى هذه الجرائم بالجرائم التي يجب فيها التعزير بحيث أمر تحريمها والعقاب عليها من طرف ولي أمر المسلمين أو القاضي لباي ينوب عليه.

إلى جانب هذه الأصناف من الجرائم والعقوبات نجد كذلك بعض القواعد الفقهية مثل "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص الشرعي"³

نلاحظ أن مبدأ الشرعية يجد تطبيقه في النظام العقابي الإسلامي على مستوى الجرائم والحدود والقصاص والدية لأن التجريم والعقاب لا يثبت إلا بنص صريح من القرآن والسنة حيث يكون والحالة هذه مصنفا على القاضي قياس واقعة غير مجرمة وغير معاقبة بأخرى جرمت وقدرت عقوبتها بنص صريحة⁴

أما التعازير فالظاهر أن مبدأ الشرعية لا يجد له نصيبا من التطبيق فيها حيث أن القاضي يحرم ما يراه ماسا بسلامة وأمن المجتمع كما أنه هو الذي يحدد العقاب وطريقة تنفيذه كل الك وفق قناعته الشخصية بمدى فظاعة الجرم من عدمه.

عموما يمكن القول أن مبدأ الشرعية وجد في جرائم الحدود والقصاص والدية أما جرائم التعزير فلا يمكن الحديث فيها عن مبدأ الشرعية بمفهومه الحالي لذلك كان يجب انتظار مجيء المدارس المهمة بالحقل الجنائي على اختلاف توجهاتها.

1 سورة الحجرات الآية 9 .

2 عبد الواحد العلمي المرجع السابق، الصفحة 54 .

3 سمير عالية: شرح قانون العقوبات، القسم العام طبعة 2002، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع مكان النشر غير مذكور، ص 63 .

4 عبد الواحد العلمي المرجع السابق، ص 57 .

ذلك أن الوقع الذي تحدثنا عنه في البداية والذي كان سائدا قبل مجيء الإسلام كان هو السائد في أوربا حيث كان القاضي هو الذي يجرم ويعاقب ويتقنن في ابتكار أساليب أكثر وحشية في التنفيذ ولم يكن يخضع لأي سلطة سوى سلطة الحاكم حيث كان القضاة آنذاك أداة طيعة في أيدي حكامهم هذه الأوضاع أدت إلى ظهور مجموعة من الفلاسفة والقانونيين اهتموا بالعلوم الجزائية ومن أهم هؤلاء نجد بكاريا مؤسس المدرسة التقليدية والذي نادى بمجموعة من المبادئ من أهمها مبدأ شرعية التجريم والعقاب أي لا يعاقب شخص على فعل لم يكن وقت ارتكابه مجرما، وقد كان لهذه الأفكار صدى كبير في الدول الأوروبية 1

كما جاءت الثورة الفرنسية بعد ربع قرن من صدور مؤلف بكاريا قاعدة الجرائم والعقوبات أجد مبادئها الرئيسية التي أعلنتها للعالم في وثيقة حقوق الإنسان والمواطن يوم 26 غشت 1789 م.

وحظي هذا المبدأ بأهمية كبرى من طرف الأمم المتحدة حيث نجد التنصيص على كل نتائجه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن رقم 10 دجنبر 1984 في المواد من 9 إلى 2 [11 أما في المغرب فإنه قبل دخول الحماية كان معمولا بالشرعية الإسلامية وفق ما نكرناه أعلاه ودخول سلطات الحماية إلى المغرب صدرت عدة قوانين وضعية من بينها القانون الجنائي 1953 حيث جاء الفصل السابع منه ما يلي: “لا يمكن أن يحكم بأي عقوبة لا لأجل جريمة نص عليها القانون عليه وعلى عقوبتها وارتكبت بعد صدور هذا القانون ما لم يخضع نص خلاف ذلك نص عليه المشرع في الفصل من القانون الجنائي الحالي بل إن المشرع المغربي تسمى به إلى مصاف القواعد الدستورية فقد نص عليه المشرع منذ أول دستور مغربي إلى آخر نسخة منه لسنة 1996 حيث جاء في الفصل العاشر منه ما يلي “لا يلقي القبض على أحد ولا يعتقل ولا يعاقب إلا في الأحوال وحسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون” و يربط المؤرخون هذه الفترة بنهضة أوروبا في القرن الثامن عشر، و ما كان لآراء فلاسفة هذا القرن من تأثير عظيم هز أوروبا، و ساعد على هدم الآراء القديمة، و انتشار الأفكار النيرة الداعية إلى احترام حقوق الإنسان و التي توجت بانتصار الثورة الفرنسية نقطة التحول الكبرى في التاريخ الأوروبي بمجمله على أن ذلك لا يعني أن المبدأ لم يعرف الظهور قبل الثورة

1 عبد الأحد جمال الدين: في الشريعة الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد 2، 16 يوليوز 1974 ص 95 .

2 عبد الأحد جمال الدين المرجع السابق، ص 68 .

الفرنسية، فمن الشراح من يرى أن المبدأ يمتد بجذوره إلى القانون الروماني، و إلى القوانين الإنجليزية، و ما أدت إليه من انتشار في أمريكا الشمالية و في بعض الدول الأوروبية .
وقد عرف مع الثورة الفرنسية قفزة نوعية بعد أن تبناه رجال الثورة و أعطوه صياغة واضحة و محددة في إعلان حقوق الإنسان و المواطن الصادر في 26 أغسطس 1789 ، و قد دأبت القوانين بعد ذلك على الأخذ بالمبدأ فنص عليه دستور الجمهورية الفرنسية بعد سقوط الملكية بتاريخ 24 يوليو سنة 1793 (م 14) و أعيد النص في قانون نابوليون، و انتشر المبدأ بعد ذلك فنصت عليه الدول في دساتيرها، و قوانينها العقابية و أيدته المؤتمرات الدولية و تبنته الأمم المتحدة في اعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1948 م 1

مبدأ الشرعية الجزائية في الشريعة الإسلامية

إذا كان هذا المبدأ لم يتعمم الأخذ به في التشريعات الوضعية إلا في أعقاب القرن الثامن عشر، فلقد عرفته الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً، و الأدلة على تقرير المبدأ فيها كثيرة، سواء في نصوصها الأصلية أو قواعدھا العامة، و من هذه النصوص قوله تعالى (و ما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) * 2

المبحث الثاني : أسس مبدأ الشرعية الجزائية الفلسفية والدستورية لمبدأ الشرعية الجزائية :

المطلب الأول: الأسس الفلسفية

من خلال التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجزائية تمكنا من استنتاج أسسه الفلسفية والدستورية وهو ما سنتعرض إليه في ما يلي:

أولاً: الأسس الفلسفية

يقوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بصفة أساسية على دعامتين هما : حماية الحرية الشخصية و حماية المصلحة العامة.

أما عن حماية الحرية الشخصية، فقد قام هذا المبدأ كعلاج ضد مختلف صور التحكم التي عان منها القضاء الجنائي ردحا طويلا من الزمن، فهذا المبدأ يضع للأفراد الحدود الواضحة لتجريم الأفعال قبل ارتكابها، فيبصرهم من خلال نصوص محدودة جلية لكل ما هو

1 أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري (الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون

الإجراءات الجزائية ، الطبعة 2002 ، دار الشروق، ابتداء من ص 24

2 سورة الإسراء ، آية 5

مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مباشرتها، كما يضمن لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم، ويحول بذلك دون تحكم القاضي، فلا يملك إدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم والعقاب الذي يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل، وقد عبر عن ذلك بكاريا، مؤكدا ما سبق أن قاله مونتسكيو من أن القوانين وحدها هي التي يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم، وان هذه السلطة لا يمكن أن يتولاها سوى المشرع بذاته الذي يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعي¹

كما يعتبر مبدأ الشرعية الجزائية ثمرة من ثمار مبدأ الفصل بين السلطات، كما أن أساس هذا المبدأ هو المسؤولية الأخلاقية، حيث تتحدد مسؤولية الشخص بناء على الخطأ المنسوب إليه، والصادر عنه بناء على الإدراك وحرية الاختيار، حيث جوهر الخطيئة إدراك عدم مشروعية الفعل ثم إرادة ارتكابه، وهو ما يقتضي أن تكون عدم مشروعية الفعل قد حددتها النصوص القانونية العقابية مسبقا، وتبعاً لذلك فقوام مبدأ الشرعية الجزائية مبدأ العدالة الذي يعد من الركائز الأساسية لقيام دولة القانون²

ولهذا فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تلتزم به الدولة القانونية، حيث يضمن القانون احترام الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة الدولة. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا المعنى في نصها بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإن اتخذ من الحرية الشخصية بنيانا لإقراره وتوكيده إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد من محتواه، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازماً إلا بالقدر وفي الحدود التي تكفل صونها³

أما حماية المصلحة العامة، فتتحقق من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب . و الإجراءات الجزائية إلى المشرع وحده، تطبيقاً لمبدأ إنفراد المشرع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحريات، باعتبار أن القيم التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلي الشعب، وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في مصر في قولها بأن القيم الجوهرية التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا يمكن بلورتها إلا من خلال السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير في شأن تحديد الأفعال التي يجوز تأنيدها وعقوباتها لضمان مشروعيتها وعلى هذا النحو يعرف

1 فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، مصر، 2005، ص 31 ص 32 .

2 ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 76 .

3 أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 32 .

المواطنون سلفا القيم التي ينبنى عليها المجتمع ويحميها قانون العقوبات مما يسهم في الحفاظ على الثقة بين الشعب والدولة والحفاظ على الاستقرار في المجتمع¹

المطلب الثاني: الأساس الدستوري والقانوني لمبدأ الشرعية الجزائية:

أكد الدستور الجزائري لعام 1996 في عدة نصوص منه على مبدأ الشرعية الجنائية، فقد ذكره في الباب الأول وفي الفصل الـ 140 و 142 وهو بذلك يرتفع بالمبدأ من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري وبهذا يستفيد المبدأ من كافة الضمانات التي يمنحها الدستور لمبادئه²

المطلب الثالث: الأساس القانوني لمبدأ الشرعية الجزائية:

أما في قانون العقوبات الجزائري ، فقد نصت المادة الأولى على مضمون مبدأ الشرعية بنصها " :لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون " ، وتأكيدا لهذا المبدأ، فقد جاءت النصوص اللاحقة لتدعم مضمون المادة الأولى، فنصت المادة الثانية على مبدأ عدم الرجعية الذي يعتبر دعامة لمبدأ الشرعية ونصت المادة الثالثة على تحديد نطاق قانون العقوبات³

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 متطلبات 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 الدستور المصري في المادة 64 من أن سيادة القانون الأساسي الحكم في الدولة، وما نص عليه في المادتين 2 و 4 من الدستور المصري بشأن ديمقراطية نظام الحكم، كما يستخلص هذا المبدأ كذلك مما قررته المادة 187 من الدستور المصري من أن الأصل في أحكام القوانين هو سريانها اعتبار من

1 أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 33 .

2 عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 77 .

3 المرجع نفسه، ص 78 .

تاريخ العمل بها، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا المبدأ وأعلنت قيمته الدستورية في عدد من أحكامها¹ 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 دستوري فرنسا لعام 1946 وعام 1958 فأكدًا بصفة رسمية في مقدمة كل منهما أن إعلان عام 1789 يحتل مكانا رفيعا في قيمة البناء القانوني الفرنسي ويأخذ موقع القلب من الكتلة الدستورية التي تحتوى على الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية، ويتكامل هذا المبدأ مع عدة مبادئ دستورية أخرى، هي مبدأ المساواة وأصل البراءة المفترض في المتهم ومبدأ المحاكمة المنصفة التي تسهم كلها في تحديد نطاق التجريم والعقاب الذي يتم طبقا لشرعية الجرائم والعقوبات²

المبحث الثالث: أهمية مبدأ الشرعية الجزائية و أقسامه

لمبدأ الشرعية الجزائية دور عظيم في حماية و تنظيم الفرد و المجتمع، و كذا فرض التوازن بينهما و ذلك بحفظ الحق لكل طرف فلا تطغى الحكومة و تستبد على الشعب كما كان في العصور القديمة، و لا يتسلط الشعب على رؤوسيه فيخرب النظام و يتعدى القانون، و يفعل في الأرض ما يشاء، و كما لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات أهمية، له أيضا نتائج تترتب عنه

و نظرا لأهمية هذا الجزء من دراستنا فقد خصصنا له مبحثا كاملا قسمناه إلى مطلبين بالأول نتحدث عن أهمية هذا المبدأ، ثم يليه المطلب الثاني الذي سنرى من خلاله النتائج المترتبة عن مبدأ الشرعية الجزائية³

1 أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 34 .

2 أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 35 .

3 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوعابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي ،

المرجع السابق ، ص 47 .

. المطلب الأول : أهمية مبدأ الشرعية الجزائية

لهذا المبدأ أهمية كبيرة سواء على الصعيد الدولي أو الدستوري أو الإقليمي

أو العملي

أولاً: الأهمية الدولية:

نرى أن هناك كثير من الإتفاقيات و البروتوكولات أكدت على أهمية هذا المبدأ ، كما جاء في المادة الثانية الفقرة الثالثة في البروتوكول رقم 4 لإتفاقية حقوق الإنسان الصادر في 16 تشرين الثاني عام 1963

” لا يجوز وضع قيود على ممارسة هذه الحقوق غير تلك التي تطابق القانون و تقضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لمصلحة الأمن القومي أو الأمن العام , للمحافظة على النظام العام أو منع الجريمة أو حماية الصحة و الأخلاق أو حماية حقوق و حريات الآخرين كما جاء في إعلان حقوق الإنسان و المواطن الصادر عام 1789 الذي أصدرته الجمعية التأسيسية : “ لا يجوز اتهام أحد أو توقيفه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون بحسب المراسيم المحددة فيه”¹

ثانياً : الأهمية العملية

لهذا المبدأ أهمية كبيرة من الناحية العملية للأسباب التالية²:

1 - يعد من أسس الحرية الفردية أي صمام الأمان للحريات الفردية ويضمن حقوق الأفراد بحيث يحدد الجرائم ويحدد العقوبات المقررة لها بشكل واضح حتى لا يترك ثغرات في القانون ويكون وسيلة تسلط بيد القضاة وبالتالي القاضي لا يستطيع الحكم بالإدانة إلا إذا وجد في القانون سنداً على الجريمة والعقوبة فهو لا يملك أن ينشئ جريمة من أمر لم يرد نص قانوني بتجريمه مهما رأى فيه من الخطورة على حقوق الأفراد أو مصالح الجماعة فهو يرسم حدًا فاصلاً لا بين المشروع وغير المشروع بحيث يكون الأفراد أحراراً في إتيان الأفعال المشروعة وإن كانت ضارة وبالتالي السلطات العامة لا تستطيع ملاحقة هذا الشخص لأنه غير مسؤول جزائياً.

1 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوعابة رياض، المرجع السابق، ص 37 .

2 صلاح الدين جبار، مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون(، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،

المرجع السابق ، ص 80 .

2- يعطي العقوبة أساس قانوني بحيث يجعلها مقبولة من قبل الرأي العام كونه توضع في سبيل المصلحة العامة بحيث يطبق على جميع الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليه في هذا النص دون التمييز بينهم.

3 - الدور الوقائي للقانون وهذا الدور يتمثل بأن يكون الفرد على علم بالأفعال التي تعد جريمة والأفعال الغير مجرمة بحيث يمكن أن نعتبر القانون بمثابة إنذار مسبق للأفراد بعدم اقتراح الأفعال المنصوص عليه وهذا يجعل الأفراد أقرب إلى الامتثال من العصيان يحمي جميع الأفراد في المجتمع المجرمين وغير المجرمين بحيث يحمي المجرم من نفسه بأن لا يقترب جريمة عقوبتها أشد من الجريمة المرتكبة وتحمي غير المجرمين من الأفعال التي قد يرتكبها المجرم¹

ثالثا : الأهمية الدستورية²

و فوق ذلك فان المبدأ يرتبط بمبدأين أساسيين من مبادئ الدولة الحديثة و هما مبدأ سيادة القانون و مبدأ الفصل بين السلطات، فالدولة الحديثة على اختلاف أشكالها تعتبر نفسها دولة قانونية، أي تعترف بسيادة القانون كأحد أهم الدعائم الدستورية الكبرى في نظام الدولة الديمقراطية، و معناه التزام الحاكم و المحكوم بقاعدة القانون فاذا كان القانون يطبق على أفراد المجتمع فهو يطبق أيضا على جميع أجهزة الدولة و هو الحكم بين تصرفات الدولة و تصرفات الأفراد العاديين، فأساس العقاب المسؤولية و هو الخروج عن مبدأ الشرعية، كما يستند حق الدولة في العقاب الى القانون بعيدا عن التعسف و الطغيان، و يدعم هذا المبدأ مبدأ الفصل بين السلطات حيث يظهر في المجال العقابي أن المبدأ يقيم حاجزا بين سلطات الدولة الثلاث فلا يسمح بافتراء احداها على الأخرى³

ثالثا: الأهمية الإقليمية

نرى أن هناك كثير من الاتفاقيات و البروتوكولات أكدت على أهمية هذا المبدأ، فقد جاء في المادة الثانية في الفقرة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان حق كل إنسان في

1 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة" مرجع سابق ص 74

2 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوعابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي ، المرجع سابق ص 88 .

3 www.arblaws.com تاريخ التحميل 2020/07/01

الحياة يحميه القانون ولا يجوز إعدام أي إنسان عمدا إلا تنفيذًا لحكم قضائي بإدانتته في جريمة يقضي فيها القانون بتوقيع هذه العقوبة.

و قد جاء في المادة السابعة الفقرة الأولى منه " : لا يجوز إدانة أي شخص بسبب ارتكابه فعلا أو الامتناع عن فعل لم يكن يعتبر وقت وقوع الفعل أو الامتناع جريمة في القانون الوطني أو القانون الدولي ولا يجوز توقيع عقوبات أشد من تلك المقررة وقت ارتكاب الجريمة ¹ و قد جاء في الفقرة الثانية " : لا تخل هذه المادة بمحاكمة أو عقوبة أي شخص بسبب ارتكابه فعلا أو امتناعه عن فعل يعتبر وقت فعله أو الامتناع عن فعله جريمة وفقا للمبادئ العامة لقانون في الأمم المتحدة² .

المطلب الثاني: أقسام الشرعية الجزائية :

في حقيقة الأمر الشرعية الجزائية جزء من الشرعية العامة، لكن مساسها بالحقوق والحريات هو الذي جعلها تبرز على غيرها من أقسام الشرعية الأخرى في الدولة حيث كلما أطلق لفظ الشرعية، انصرفت الأذهان إلى الشرعية الجزائية مباشرة، وتعني الشرعية الجنائية، شرعية التجريم والعقاب وشرعية المتابعة الجزائية، وهي بذلك تتكون من قسمين رئيسيين، هما الشرعية الموضوعية وتشمل شرعية التجريم والعقاب، والقسم الثاني ويتمثل في الشرعية الإجرائية التي تختص بالإجراءات الواجبة في متابعة الجاني منذ وقوع الجريمة لغاية الحكم عليه نهائيا بحكم نهائي بات حائز لقوة الشيء المقضي به، ويضيف البعض شرعية التنفيذ العقابي³.

أولاً: الشرعية الموضوعية شرعية التجريم والعقاب

وهي الحلقة الأولى أو القسم الأول من أقسام الشرعية الجنائية، وهو ما يعبر عنه بلا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير نص، مما معناه حصر مصادر التجريم والعقاب في النص التشريعي الصادر عن السلطة المختصة بذلك وفقا للأحكام الدستورية في الدولة، وهو ما نص عليه

1 لحسن بوسقسعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة 2008، 6 دار حوما الجزائر

3 الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان

2 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة" مرجع سابق ص 70

3 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوغابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي مرجع

سابق

المشرع الجزائري في نص المادة الأولى من تقنين العقوبات، وفي العادة ما يقصد بالشرعية الجزائية هذا القسم دون سائر الأقسام الأخرى. وبالتالي مقتضى هذا القسم من أقسام الشرعية الجنائية، حماية الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب، وزيادة على ذلك أن يكون هذا القانون قبل ارتكاب الفعل، ودون أن يطبق بأثر رجعي معبرا عن ذلك بعدم رجعية النصوص الجنائية كقاعدة عامة، وحظر القياس على القاضي، في مجال التجريم والعقاب، وإن كان يجوز ذلك في غير مسألتى التجريم والعقاب، سيما فيما يخدم مصلحة المتهم، وكذا إلزام القاضي بمبدأ التفسير الضيق وذلك بإتباع قواعد خاصة في التفسير الكاشف فقط عن إرادة المشرع عند وضع النص. وإن سمح للسلطة التنفيذية بالتجريم في بعض المجالات فإن ذلك يعد استثناء ولا اعتبارات تقدرها السلطة التشريعية ذاتها وفي الحدود الضيقة التي بينها الدستور ووفق الضوابط التي حددها - هي الأمور التي نتبينها أكثر عن تناولنا لنتائج مبدأ الشرعية-. غير أن الشرعية الموضوعية تبقى حلقة من حلقات الشرعية الجنائية، لا تكفي وحدها لحماية حرية الإنسان في حالات القبض عليه أو حبسه أو اتخاذ إجراءات المتابعة ضده، أو محاكمته، ومن هنا يبدو قصور القسم الأول للشرعية الجنائية، طالما كان من الممكن المساس بحرية المتهم بغير قانون وبعيدا عن قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، خاصة في حالة إهدار قرينة البراءة وإلزام الشخص على إثبات براءته مع الوضع الذي يفترض الإدانة، لذا كان يجب تكملة الحلقة السابقة، بحلقة أخرى أكثر أهمية، وهي الشرعية الإجرائية¹.

ثانيا: الشرعية الإجرائية

وهي أن تكون الجهات والأجهزة والإجراءات التي تتبعها هذه الأخيرة مقررة بموجب نصوص قانونية، وهي الحلقة التي تكفل احترام الحرية الشخصية للمتهم، وافترض براءته في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ ضده، وبذلك تكون الشرعية الإجرائية امتداد طبيعي لشرعية الجرائم والعقوبات، بل في الواقع أكثرها أهمية وأعظمها شأنًا، فهي الإطار الذي لا يمكن تطبيق القاعدة الموضوعية إلا من خلاله، وتقوم الشرعية الإجرائية أساسا على افتراض براءة المتهم وألا يتخذ ضده أية إجراء إلا بنص في قانون الإجراءات الجنائية، والثالث يتمثل في ضرورة إشراف القضاء على كل الإجراءات المتخذة ضده باعتبار القضاء الحارس الطبيعي للحقوق والحريات

1 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة" مرجع سابق ص 54

1. حيث أن قرينة البراءة لا تسقط إلا بحكم بإدانة المتهم، وهنا فقط يصبح أمر المساس بحريته أمرا مشروعاً بحكم القانون، غير أن ذلك لا يعد حقاً مطلقاً، بل يجب أن يتحدد نطاقه وفقاً للهدف من الجزاء الجنائي، ومن هنا تظهر أهمية الحلقة الثالثة من حلقات الشرعية الجنائية، وهي شريعية التنفيذ ذ العقاب².

ثالثاً: شرعية التنفيذ العقابي

شرعية التنفيذ العقابي تعد الحلقة الثالثة من حلقات الشرعية الجنائية، حيث تقتضي أن يجري تنفيذ الحكم الصادر ضد المتهم وفقاً للكيفيات التي حددها القانون، تحت رقابة وإشراف القضاء خاصة في ظل الاهتمام المتزايد بهذه المرحلة الذي بدأ مع مدرسة الدفاع الاجتماعي وتبلور مع منظمة الأمم المتحدة التي قامت بإصدار القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة المساجين التي بينت بدقة المبادئ التي تحكم مرحلة التنفيذ العقابي، مما يعد شرعية لهذا التنفيذ، وبالتالي يمكننا القول أن هذه الحلقة لم تبق مجرد مبدأ دستوري بل ارتقت لمرتبة المبادئ الدولية مع صدور قرار عن الجمعية العامة للأمم المتحدة توصي الدول بضرورة العمل بالقواعد النموذجية الدنيا السابقة، وهو القرار رقم 2858-20-12-1971، والقرار 8/32 في 06-11-1974 وهي القواعد التي عنيت الدول بإدراجها في قوانينها، باعتبار القانون الأداة التشريعية الصالحة للشرعية الجنائية، وهو ما قام به المشرع الجزائري في قانون تنظيم السجون، خاصة القانون الأخير قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم 05-04 المؤرخ في 06-02-2005. وتقوم شرعية التنفيذ العقابي على ضرورة تحديد أساليب التنفيذ وضمائنه وأهدافه المنصوص عليها بالقانون المعبر عن إرادة الشعب والذي سمح بالمساحرية الشخص أو حياته، وأن يكون تنفيذ العقوبة خاضعاً لإشراف قاضي يطلق عليه قاضي تنفيذ العقوبات.³

المطلب الثالث: حدود تفسير النصوص الجنائية وفق مبدأ الشرعية الجزائية

1 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوعابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي مرجع سابق ص 58

2 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة" مرجع سابق ص 86

3 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوعابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي مرجع سابق ص 87

التفسير هو استجلاء مدلول النص ومحتواه من أجل إمكانية تطبيقه بصورة صحيحة، وذلك عن طريق تحديد المعنى الذي يقصده المشرع من ألفاظ النص لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة، خاصة أن للنصوص الجنائية طريق تفسير معين يختلف عن تفسير النصوص في القانون المدني أو التجاري وهذا ما يجعلنا نتطرق إلى أنواع التفسير أولا ثم إلى مناهج التفسير ثانيا

أولاً: أنواع التفسير

تتمثل أنواع تفسير النصوص الجنائية في التفسير التشريعي والتفسير القضائي والتفسير الفقهي.

1- التفسير التشريعي:

ويصدر عن ذات السلطة التي أصدرت النص محل التفسير، ويكون في صورة نصوص قانونية تستهدف تفسير نصوص سابقة أثارت خلافا عند التطبيق، قدر المشرع ضرورة التدخل لحسمه. وتكمن أهمية هذا التفسير أنه يصدر عن ذات السلطة التي أصدرت النصوص محل الخلاف، وهذا التفسير يكون حاسما في تحديد المعنى الذي أراد واضع النصوص التعبير عنه فلا يقبل النص اجتهادا في التفسير بعد تدخل المشرع لتفسيره، من أجل ذلك كان للتفسير التشريعي ذات القوة الملزمة للنصوص القانونية التي جرى تفسيرها، ويعد جزءا لا يتجزأ من هذه النصوص¹

2- التفسير القضائي:

هو ذلك التفسير الذي يتولاه القاضي الجزائي عند فصله في واقعة معروضة عليه بقصد تطبيق النص المجرم على هذه الواقعة، وهذا التفسير يقتصر على الواقعة ذاتها دون غيرها ويترتب عن ذلك أن هذا التفسير غير ملزم للقضاء الذي أصدره، إذ يجوز له الرجوع عنه حين فصله في واقعة أخرى، كما أنه غير ملزم لأي قضاء جزائي آخر ولو كان أقل منه درجة² ويعتبر التفسير القضائي من أهم التفسيرات للنصوص التجريبية، حيث إذا صدر تفسيراً عن المحكمة العليا تستأنس به المحاكم الدنيا³

3- التفسير الفقهي:

1 عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ص152

2 عبد القادر عدو، مرجع سابق، صص62

3 بارش سليمان، مرجع سابق، ص19

ويقصد به التفسير الذي يصدر عن شراح القانون أثناء شرحهم له، وهو نوع من التفسير لا يتعدى إبداء الرأي بخصوص هذا النص أو ذلك من نصوص القانون، وبالتالي فإنه غير ملزم للقضاء، وتكمن فائدته في إعانة القضاء على تطبيق القانون وفي توجيه المشرع لاستكمال ما في التشريع من نقص¹

ثانياً: مناهج التفسير

ظهرت على إثر أنواع التفسيرات السالفة الذكر عدة مدارس ولكل مدرسة منهجها الخاص بها وعلى هذا سنتعرض باختصار لهذه المناهج المتمثلة في المنهج الحرفي، المنهج الغائي والمنهج القياسي.

1- المنهج الحرفي:

ومرجع ذلك اعتماد هذه المدرسة في الكشف عن إرادة المشرع على ألفاظ النص ومفرداته مع الاستعانة بقواعد المنطق واللغة.

وقد ظهر هذا المنهج على يد "مونتيسكيو وبكاريا" حيث ذهب الأول إلى القول بأن القاضي ليس إلا بوقا يردد كلمات القانون، وأن الحكم ليس إلا نظاماً محدداً من القانون، وتركز هذه المدرسة على كمال النص وعدم تغييره وهذا الموقف من شأنه أن يسد كل تدخل للقاضي في مجال التجريم²

2- المنهج الغائي:

ويتميز بإعطائه لإرادة المشرع أهمية كبرى، وغاية هذا التفسير هي الكشف عن إرادة المشرع من خلال الألفاظ المستعملة، ولذلك لا يجوز أن يقتصر دور القاضي على عملية استنباط محددة من نصوص القانون، بل يجب أن يبدأ من النص لمعرفة إرادة المشرع، وإذا شاب الغموض إرادة المشرع وجب افتراض هذه الإرادة وفقاً لما يمكن أن يصدر من المشرع العقلاني باللجوء إلى القرائن القضائية والحيلة القانونية واجتهاد القضاة في معرفة إرادة المشرع من نصوص القانون والأعمال التحضيرية

3- المنهج القياسي:

1 سلطان عبد القادر الشاوي ومحمد عبد الله الوريكات، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر،

عمان، 2011، ص117

2 بارش سليمان، مرجع سابق، ص ص19

هذا المنهج يعتبر تفسيرياً مجازاً، لأن غايته ليست تحليل ألفاظ النص، وإنما غايته هي حل قضية لا نص لها وذلك بالاعتماد إما على تشابهاً مع واقعة لها نص قياسي شرعي أو بالاعتماد في الحالات الأخرى على النظام الجازم لاستخلاص حكم للواقعة المعروضة قياسي قانوني¹

1 بارش سليمان، مرجع سابق، ص 19

المبحث الرابع: نطاق تطبيق النص الجنائي :

المطلب الأول: تعريف مبدأ تطبيق القانون من الزمان

إن المشرع يضع تشريعات عقابية من أجل مكافحة الجريمة و تكون تشريعاته متماشية مع حركة المجتمع و نشاط المجرمين ،مما يقتضي على المشرع تبديل أو تغيير القانون الجنائي فيصبح تطبيقه لاغيا عن الجرائم التي و وقعت قبل صدوره و نافدا عن الجرائم الواقعة بعد ذلك ، و تكون القوانين نافذة بعد إصدارها و نشرها في الجريدة الرسمية.1

و عند غياب أي مؤشر يحدد ميعاد سريان القاعدة القانونية فإنه يتوجب الرجوع إلى النص العام الذي جاء في القانون المدني لاسيما المادة 4 منه التي تنص على أنه تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها و في النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة.

الأصل العام في تطبيق القانون من حيث الزمان هو أن القانون يكون دائما واجب التطبيق من اليوم التالي لنشره بالجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدده نفس القانون لسريان أحكامه، و هي قرينة قطعية على علم الكافة بها فلا يعذر أحد بجهل القانون المادة 60 من الدستور وأن القانون لا تسري أحكامه إلا على الحالات التي تتم في ظلّه أي بعد إصداره، وأنه لا يسري على ما وقع من الحالات قبل صدوره. فالركن المادي للجريمة يعني كون الفعل المادي للجريمة يقع تحت نص يجرمه وقت ارتكابه الجريمة، أي أن السلوك الإجرامي للفاعل يكون عملاً غير مشروع يعاقب عليه القانون وقت ارتكابه بنص نافذ في القانون، فلا يمكن اعتبار الفعل مادياً في عمل مخالف لقانون سابق جرى أبحاثه أو إلغاء العقوبة المقررة على ارتكابه بقانون لاحق. و قواعد قانون العقوبات كباقي القواعد القانونية ليست بالنصوص الأبدية بل تنشأ تعدل و تلغى إن اقتضى الأمر ذلك وفق سريان زمني مضبوط تتحكم فيه ظاهرة تعاقب القوانين ومن آثار هذه الظاهرة إلغاء القانون اللاحق للقانون السابق 2

1 عبد الله سليمان، شرح ق ع ج، ص 82 ، ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية ،سنة 2005

2 بلعليات ابراهيم ، اركان الجريمة وطرق اثباتها في ق م ج ، دار الخلدونية ، ط 1 ، الجزائر 2007 ص 101

المطلب الثاني : إلغاء القوانين الجزائية.

يقصد بإلغاء قاعدة قانونية التوقف التام و النهائي عن العمل بها و بالتالي

فإن إلغاء قاعدة قانونية هو قاعدة قانونية في حد ذاتها تنشأ بنفس الطريقة و تمر بالمرحل ذاتها التي أقرها القانون، و قد تتناول في طياتها البديل عن سابقتها و كيفية التطبيق موضحة في ذات الوقت مصير القاعدة الأولى و واضحة الحلول للآثار التي خلفتها و قد تسكت عن ذلك و بهذا نكون أمام صورتين هما :الإلغاء الصريح و الإلغاء الضمني.

الفرع الأول: الإلغاء الصريح.

يكون الإلغاء صريحا متى وجد النص، و صراحته تقتضي الإشارة إلى انتهاء العمل بالقانون السابق وانتفاء إلزاميته، عن طريق استعمال ألفاظ و عبارات واضحة بما لا يدع مجالا للشك أو التأويل، بحيث تكون لحظة انقضاء النص السابق هي ذاتها لحظة نفاذ النص الجديد إذا استبدله المشرع بآخر هو ما أشارت له المادة 2 فقرة 2 من القانون المدني بقولها "... ولا يجوز إلغاء قانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء"....

و الأمثلة عديدة في هذا المجال منها ما جاء في قانون العقوبات الجزائري عندما ألغى نص

المادة 10 من الأمر 156/66 المؤرخ 08 جوان 1966 المعدلة بموجب المادة 01

من القانون 82/04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، و اللتان ألغيتا بموجب نص المادة 02 من

القانون رقم 89-05 المؤرخ في 25 أفريل 1989. فقد كانت المادة 10 وفق الأمر 66/156

تنص على ما يلي: "الاعتقال هو حجز بعض العائدين للإجرام لمدة غير محدودة في إحدى

مؤسسات التأهيل الاجتماعي". ثم عدلت بموجب القانون 04/82 فأصبحت تنص

على: "الاعتقال هو حجز بعض العائدين للإجرام المذكورين في المادة 60 مدة غير محددة في

إحدى مؤسسات التأهيل الاجتماعي، غير أنه لا يمكن تطبيق الحجز على النساء مهما يكن

سنهن و كذا على الأشخاص الذين يتجاوز عمرهم 60 سنة أو يقل عن 18 سنة وقت ارتكاب

الجريمة". ثم ألغيت صراحة بموجب القانون 1²05/89.

الفرع الثاني: الإلغاء الضمني.

يكون الإلغاء الضمني في حالة تعارض قانون جديد مع قانون قديم، أو في حالة صدور تشريع

جديد يعيد تنظيم مسألة تولى تنظيمها تشريع سابق على نحو مغاير حيث يستنتج من هذا

1 بلعليات ابراهيم، اركان الجريمة وطرق اثباتها في ق م ج ، مرجع سابق ص 69

2 عبد الله سليمان شرح قانون العقوبات مرجع سابق 55

التعارض ضرورة تطبيق النصوص اللاحقة على حساب النصوص السابقة¹ و هو ما أشارت له المادة 2 فقرة 3 من القانون المدني بقولها "...و قد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

و كمثال على الإلغاء الضمني بإعادة تنظيم مسألة تولى تنظيمها تشريع سابق على نحو مغاير، نص المادة 09 من الأمر 156/66 التي كانت تحصر العقوبات التكميلية في 7 أنواع بقولها: "العقوبات التكميلية هي:

1. الاعتقال،
 2. تحديد الإقامة،
 3. المنع من الإقامة،
 4. الحرمان من مباشرة بعض الحقوق
 5. المصادرة الجزئية للأموال،
 6. حل الشخص الاعتباري،
 7. نشر الحكم."
- لكن القانون 05/89 في مادته الأولى أعاد تنظيم نفس مسألة بقوله: "العقوبات التكميلية هي:
1. تحديد الإقامة،
 2. المنع من الإقامة،
 3. الحرمان من مباشرة بعض الحقوق،
 4. المصادرة الجزئية للأموال،
 5. حل الشخص الاعتباري،
 6. نشر الحكم." حاذفا النوع الأول وهو لاعتقال و مثال على الإلغاء الضمني في حالة تعارض قانون جديد مع قانون قديم ما هو موجود في نص المادة 8 من القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982: "الحرمان من الحقوق الوطنية ينحصر في :

1. عزل المحكوم عليه و طرده من جميع الوظائف و المناصب السامية في الحزب أو الدولة وكذا جميع الخدمات التي لها علاقة بالجريمة.
2. الحرمان من حق الانتخابات و الترشيح و على العموم كل الحقوق الوطنية و السياسية ومن حمل...الخ"

فجملة "المناصب السياسية في الحزب" لم يعد لها معنى في ظل الدستور الجديد الذي سن التعددية الحزبية و بالتالي فلا يمكن للقاضي الحكم بهذا الحرمان لأنه يتعارض ضمنيا مع مبدأ دستوري².

لكن كيف يفسر هذا الإلغاء؟

من أجل الفهم الصحيح و التطبيق الصحيح لقواعد القانون لابد من إزالة التعارض الذي قد

1 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوعابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي مرجع

سابق ص 70

2 بلعليات ابراهيم، اركان الجريمة وطرق اثباتها في ق م ج ، مرجع سابق ص 12

يوجد في الظاهر بين قواعد القانون المختلفة و نقول أن التعارض قد يوجد في الظاهر لأنه من غير المعقول أن يوجد تعارض حقيقي بين قواعد القانون بل لابد من إزالة هذا التعارض بحيث لا تبقى إلا قاعدة قانونية واحدة واجبة الإتباع و أهم قواعد إزالة التعارض هي أن القاعدة الأعلى تبطل القاعدة الأدنى المخالفة لها، فقواعد القانون الدستوري لا يتصور مخالفتها من قواعد القانون العادي أو قواعد القانون الفرعي، وكذلك فإن قواعد القانون العادي لا يتصور مخالفتها من قواعد القانون الفرعي و لا أهمية في ذلك لمصدر القاعدة فكل مصادر القانون قادرة على خلق قواعد من درجات مختلفة، فقواعد القانون الدستوري قد تنشأ عن التشريع أو عن العرف أو عن القضاء و يكفي بالنسبة للقضاء أن نذكر أن قاعدة رقابة القضاء الدستورية القوانين هي ذاتها قاعدة دستورية و هي من خلق القضاء ذاته.

و القاعدة الثانية أن القاعدة اللاحقة تلغي القاعدة السابقة المساوية لها أو الأدنى منها في القوة و لا أهمية لمصدر القاعدة اللاحقة أو مصدر القاعدة السابقة، و تسري في هذا الشأن قواعد تنازع القوانين في الزمان من حيث إكمال الأثر المباشر لهذا القانون و انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد و هو ما سنوضحه لاحقاً¹.

و القاعدة الثالثة أن القاعدة الخاصة تقيد القاعدة العامة المساوية أو الأدنى منها في القوة دون النظر إلى مصدر هتين القاعدتين و دون النظر إلى تاريخ العمل بأي منهما. أما إذا لم تكن إزالة هذا التعارض بأن كانت كل من القاعدتين مساوية للأخرى في الدرجة و معاصرة لها في النشأة و مطابقة لها في المعنى فلا يكون هناك بد من طرح هتين القاعدتين معا إذ لا يمكن تطبيقهما في نفس الوقت و هذا الافتراض نادر للغاية، إلا ما نتج عن خطأ أو سهو².

المطلب الثالث : مبدأ الأثر الفوري للقاعدة القانونية.

تنص المادة 2 من القانون المدني على ما يلي: " لا يسري القانون إلى على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي". و أيدته أيضا المادة 2 من قانون العقوبات بقولها: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".
الفرع الأول: مفهوم مبدأ الأثر الفوري.

1 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوعابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي مرجع

سابق ص 57

2 احمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري، مطابع الشروق ، القاهرة، 2002 ص 70

يعني مبدأ الأثر الفوري للقانون أن كل تشريع جديد يطبق فوراً منذ تاريخ سريانه أي وقت نفاذه فيحدث آثاره مباشرة على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين به على الحالات التي وقعت عقب نفاذه بصفة فورية ومباشرة. فالقانون الجديد يصدر ويطبق على الحاضر والمستقبل، لا على الماضي، ويستخلص من ذلك أن القانون القديم يحكم الحالات التي تمت في ظله، فلا يطبق عليها القانون الجديد. فلو فرضنا أن قانوناً جديداً صار نافذاً اليوم ونص على تجريم فعل لم يكون مجرماً من قبل، فمن البديهي أنه يسري ابتداءً من اليوم على كل من يقوم بهذا الفعل المجرم، وبالتالي لا يمكن متابعة من قاموا بهذا الفعل في الماضي، وإن كان حتى بالأمس. مثلاً: لو فرضنا أن قانون المالية لسنة 1998 يفرض ضريبة على شراء السيارات، فيكون مشتري السيارة ملزم بأداء تلك الضريبة من أول يوم لسنة 1998، وإلا اتهم بجريمة التهريب الضريبي بعد هذا التاريخ و لكن لا يلزم بأداء هذه الضريبة كل الأشخاص الذين اشتروا سيارة في العام الماضي، وحتى في آخر يوم لسنة 1997. في خضم عدم وجود الضريبة فلا وجود لجرم التهريب الضريبي¹.

لابد من الإشارة إلى أن هذا المبدأ يخص بشكل أدق القواعد الشكلية أو ما يعرف بالقواعد الإجرائية ويرجع السبب في ذلك أن هدف الإجراءات الشكلية عموماً هو إدراك الحقيقة بأسرع وقت دون مساس بالقواعد المتعلقة بالتجريم والعقاب والتي تقصدها الدساتير والقوانين في تقريرها عدم رجعية أحكامها على الماضي وبالتالي فإن المتهم لا يضار قط من سريان هذه القواعد مباشرة عليه، بل أنه على العكس قد يستفيد طالما أن كل تعديل لقاعدة إجرائية مقصود به أصلاً محاولة إدراك الحقيقة القضائية في وقت أقصر و بشكل أكثر يقيناً، كما أن هذا التعديل لن يكون له تأثير على موقفه القضائي وسلوكه الذي يتوجه إلى الجريمة والعقوبة وليس إلى الإجراءات الجنائية؟ فالعبرة هي بوقت مباشرة الإجراء وليس بوقت وقوع الجريمة التي يتخذ الإجراء بمناسبة، فالقواعد الإجرائية تسري من يوم نفاذها بأثر فوري على القضايا التي لم تكن قد تم الفصل فيها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك².

و يكاد الفقه يتفق على أن مضمون القاعدة أو موضوعها هو الفيصل في بيان طبيعتها القانونية فتكون القاعدة موضوعية إذا كان مضمونها أو موضوعها يتعلق بحق الدولة في

1 بلعليان ابراهيم، أركان الجريمة وطرق اثباتها في ق م ج ، مرجع سابق ص 69

2 عبد الله سليمان، شرح ق ع ج، 82، ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2005 ص 48

العقاب سواء من حيث نشأته أو تعديله أو انقضائه بينما تكون القاعدة إجرائية إذا كان موضوعها أو مضمونها يتعلق بالأشكال والأساليب و الكيفيات التي ينبغي إتباعها في سبيل اقتضاء هذا الحق أمام السلطة القضائية، بصرف النظر عن موقع القاعدة أي عن ورودها في قانون العقوبات أم الإجراءات الجنائية، و بصرف النظر عن الغاية التي تستهدفها أي سواء كانت في مصلحة الفرد أم في مصلحة الجماعة .

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الفوري.

بالرغم من فرط بداهة هذا المبدأ فقد أورد عليه الشارع استثناءات منها ما يتعلق بالجريمة و منها ما يتعلق بالجزاء إذ أن فورية التطبيق لا تسمح للقانون القديم من تجاوز نطاقه الزمني في التطبيقو أهم استثناء لهذا المبدأ هو وجود النص الصريح على مخالفة التنفيذ الفوري للقاعدة القانونية إذ يجوز للمشرع أن ينص في تشريع خاص على تنفيذ القانون في وقت لاحق نظرا لوجود ظروف معينة تعيق تطبيقه مباشرة، هذا النص يجعل من القانون الصادر مجمدا إلى حين و هو دلالة على تطبيقه مستقبلا و ليس فوريا. كما يجوز النص الصريح أن يعطي استثناء آخر يؤدي إلى رجعية بعض القوانين إلى الماضي لاسيما تلك التي تتعلق بالأجال ومواعيد التقادم التي يكون تمديدها أو تقليصها في صالح المتهم وذلك راجع إلى أن مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي فقط ولكنه لا يقيد المشرع، بغرض تحقيق مصلحة اجتماعية عامة أو فيما يخص النظام العام. و هو ما سنتعرض له في الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين.¹

وكاستثناء آخر انتظار صدور تشريع لاحق يبين كيفية تطبيق القاعدة القانونية الصادرة والأمر يتعلق في غالب الأحيان بقواعد شكلية تحتاج إلى تكملة بقواعد أخرى ضرورية لها في تبيان طريقة التطبيق أو تضيف إليها ملحقات ضرورية لسير القاعدة القانونية الصادرة و المثال على ذلك بسيط كإصدار قاعدة قانونية تتحدث عن نماذج معينة لم يتم إصدارها بعد، فيكون نصها كالاتي "...: يكون تحرير المحاضر الخاصة ب.....طبقا لنماذج محددة بموجب قانون لاحق". ومن ثم لا يمكن تطبيق نص القانون مادام أن القانون المحدد لصفة النماذج لم يصدر بعد2 .

1 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوغابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي مرجع

سابق ص 85

2 احمد فتحي سرور .القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق ص 58

المبحث الخامس : مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية

من بين أبرز المبادئ و أهمها على الإطلاق مبدأ عدم رجعية القوانين

الجزائية لكن ما المقصود بهذا المبدأ و ما هي الاستثناءات الواردة عليه؟

المطلب الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية القوانين.

يسري النص الجنائي من تاريخ نفاذه فلا تطبق أحكامه إلا على الأفعال التي ترتكب بعد تاريخ نفاذه، أما الأفعال التي ترتكب قبل تاريخ النفاذ فلا يشملها هو ما سنوضحه في هذا المطلب بإبراز مفهوم مبدأ عدم رجعية القوانين من حيث توقيت العمل بالقانون الجديد و من حيث توقيت ارتكاب الجريمة .

الفرع الأول: من حيث توقيت العمل بالقانون الجديد.

نصت المادة الثانية من قانون العقوبات على أنه لا يسري قانون العقوبات على الماضي، كما تضمن الدستور الجديد أيضا النص على هذه القاعدة التي عرفت باسم عدم رجعية أحكام قانون العقوبات، و بمقتضى هذه القاعدة لا يجوز أن يحكم على شخص بعقوبة لفعل كان مباحا وقت ارتكابهما لا يجوز أيضا أن يحكم على شخص بعقوبة أشد من التي كانت محددة لها وقت ارتكابها و تستند هذه القاعدة المقررة في الدستور و في المادة الثانية من قانون العقوبات على مبدأ الشرعية. فتوقيع عقوبة على فعل كان مباحا وقت ارتكابه معناه تجريم فعل بغير نص تشريعي، كما أن توقيع عقوبة أشد من تلك المحددة في النص الساري وقت ارتكاب الجريمة معناه تطبيق عقوبة بغير نص تشريعي، و هو ما يخالف مبدأ الشرعية. و على ذلك فقاعدة عدم رجعية نصوص قانون العقوبات هي نتيجة حتمية ومنطقية لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات¹.

و قد نص الدستور المصري في مادته 188 على انه تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها و يعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك مياعدا آخر. كما قرر بالمادة 187 انه "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها و لا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. المبدأ إذن، أن أحكام القاعدة الجزائية لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، و منذ تلك اللحظة يفرض القانون الجديد سلطانه على كافة الجرائم التي تقع ابتداء من هذا التاريخ (ومن جهة أخرى، فالدستور الأردني و قانون العقوبات حددا متى ينفذ القانون الجديد بعد نشره في الجريدة الرسمية و المدة هي ثلاثين يوما

1 بلعليات ابراهيم، اركان الجريمة وطرق اثباتها في ق م ج ، مرجع سابق ص 36

من تاريخ نشره و اليوم الأول لا يحتسب. و العبرة هي بوقت العمل بالقانون الجديد لا بتاريخ إصداره .

و ينص الفصل الرابع من القانون الجنائي المغربي على انه لا يؤخذ أحد على فعل لم يكن يعتبر جريمة بمقتضى القانون الذي كان ساريا وقت ارتكابه.

و يشير الفصل الخامس إلى انه لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لم يعد يعتبر جريمة بمقتضى قانون صدر بعد ارتكابه. فإن كان قد صدر حكم بالإدانة، فإن العقوبات المحكوم بها، أصلية كانت أو إضافية، يجعل حد لتنفيذها

و تنص المادة الأولى من القانون الجنائي السودان على انه:يسمي هذا القانون " القانون الجنائي لسنة 1991م " ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية. و يطبق القانون الذي كان معمولاً به في وقت ارتكاب الجريمة المادة الرابعة¹

الفرع الثاني: من حيث توقيت ارتكاب الجريمة.

هناك بعض الجرائم التي لا يثير تحديد وقت ارتكابها أدنى صعوبة لأنها ترتكب و تتم في لحظة واحدة من الزمان. فمن يطلق النار على غريمه فيخر على الفور صريعا لا يتردد أحد في تحديد وقت ارتكاب الجريمة لأنها تبدأ و تتم في لحظة زمنية واحدة

فتحديد وقت ارتكاب الجريمة خلال سريان النص الجنائي لا يثير صعوبة بالنسبة للجريمة الوقتية، فالفعل يبدأ و ينتهي خلال فترة زمنية وجيزة، فالصعوبة تظهر في تلك الجرائم التي يتراخى أمدها في التنفيذ، تلك الجرائم التي استقر العرف على تسميتها بالجرائم الزمنية لانطوائها على عنصر زمني يباعد بين الفعل و النتيجة في أغلب الأحوال و هي ما يعرف بالجرائم المستمرة كإخفاء الأشياء المسروقة، و الحبس بدون وجه حق و وضع جرعات من السم على فترات زمنية متباعدة، الهدف منها قتل الشخص أو المريض بعد مدة ما...الخ.²

و هناك نوع آخر من الجرائم تسمى الجرائم الاعتيادية، كالتسول فينبغي أن يتكرر الفعل في ظل القانون الجديد حتى يمكن القول بان الجريمة وقعت بعد نفاذه

و هناك ملاحظة هامة مؤداها أن الاتفاق الجنائي على الجرائم المستمرة أو المتتابعة يطبق عليه القانون الجديد و لو كان أشد على المتهم، طالما أن الجريمة المستمرة قد وقعت بعد

1 عبد الله سليمان، شرح ق ع ج، 82، ج 1 مرجع سابق ص 54

2 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوعابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي مرجع

سابق ص 85

العمل بهمن جهة أخرى ظهرت ثلاث نظريات بخصوص تحديد وقت ارتكاب الجريمة:
*نظرية السلوك:طبقا لهذه النظرية تكون العبرة في تحديد وقت الجريمة بوقت إتيان السلوك.
*نظرية النتيجة: طبقا لها تكون العبرة بوقت وقوع النتيجة، والجريمة تعتبر مرتكبة فقط في ذلك الحين .

*نظرية مختلطة: لا تعدد بالفعل أو النتيجة أيهما فقط، بل تعدد بهما معا، فتأخذ أحيانا بوقت ارتكاب الفعل و أحيانا أخرى بوقت وقوع النتيجة¹

المطلب الثاني : الاستثناء على مبدأ عدم رجعية القوانين

قاعدة رجعية القوانين العقابية الأصلح للمتهم:

و مفاد هذه القاعدة أن القانون العقابي يزيل صفة التجريم عن فعل و يمكن أن يطبق على من ارتكب هذا الفعل قبل صدور القانون ، كما أن القانون الجديد الذي يكون اخف في عقوبته يطبق أيضا على الأفعال المرتكبة قبل صدوره شريطة ألا يكون قد صدر حكم نهائي على الفعل المجرم و بمقتضى هذا الحكم يطبق الأصلح للمتهم بأثر رجعي و علة هذا الاستثناء أن المشرع إذا ألغى عقوبة أو خفضها فلأنه رأى في شدتها ما لا يتماشى مع العدل أو مالا يفيد المجتمع و حتى يكون اثر رجعي يجب توفر شرطين:

- الشرط الأول :صدور القانون قبل حكم نهائي

حتى يستفيد المتهم من القانون الأصلح يجب أن يصدر هذا القانون قبل أن يصبح حكم نهائيا و الحكم النهائي هو الذي يصدر بعد استنفاده لطرق الطعن المختلفة من معارضة و استئناف و التماس و إعادة النظر و غيرها، فان حكم على المتهم بحكم ابتدائي و ما زالت أمامه فرص للطعن التي يحددها القانون ، ثم ظهر قانون جديد أصلح للمتهم فانه يستفيد منه ، و يصبح الحكم الصادر في شأنه لاغيا.

- غير أن المشرع الجزائري خرج بصفة استثنائية عن هذه القاعدة في القانون رقم 99-08 المؤرخ في 13-07-1999 المتعلق باستعادة الوثام المدني إذ نصت المادتان 37 و 38 منه على أن القانون يستفيد منه المحكوم عليهم نهائيا.

- أما إذا حاز الحكم قوة الشيء المقضي فالأصل أن لا يستفيد المحكوم عليه من القانون الجديد و عادة ما يستفيد المحكوم عليه في هذه الحالة من عفو رئاسي.²

1 منصور رحمانى ، مرجع سابق ،ص133،

2 بلعليات ابراهيم,اركان الجريمة وطرق اثباتها في ق م ج , مرجع سابق ص 112

الشرط الثاني:صلاحية القانون للمتهم

يقوم القاضي بالموازنة بين القانون الجديد و القانون القديم ويرى ان كان القانون الجديد أصلح للمتهم في تطبيقه عليه أم لا دون تخيير المتهم في ذلك .و يعتمد القاضي على ضوابط محددة مستمدة من ترتيب قانون العقوبات من حيث أنواع الجرائم و تدرجها مع العقوبات ، كما يسقط القاضي كلا القانونين بحيث يضع المتهم في وضع احسن و هو القانون الاصلح تطبيقه ومعنى ذلك انه لا يشترط أن يكون القانون الجديد اخف من القانون القديم، بل يمكن أن يكون القانون الجديد اشد بصفة عامة و لكنه اخف بالنسبة لفعل المتهم فيكون القانون الجديد أصلح للمتهم من ناحية التجريم او الفعل من عدمه أو من ناحية العقاب أو من ناحيتهما معا.

أولاً:من ناحية التجريم :

يكون القانون الجديد أصلح للمتهم في أحوال التالية:

- *-إذا أضيف في القانون الجديد ركنا آخر من أركان الجريمة لم يكن موجودا في القانون القديم مما يعني ان الفعل المتهم لا يشكل جريمة بالمعيار الجديد .
- *- إذا أضيف في القانون الجديد سبب الإباحة أو مانعا جديدا من موانع المسؤولية أو مانعا من موانع العقاب يتوفر عليه المتهم .
- *-إذا كان الفعل المتهم مجرما في القانون القديم ثم حذف في القانون الجديد فأصبح فعل المتهم مباحا .كأن يلغي المادة التي تجرم الفعل.
- *- أن يغير القانون الجديد من وصف الجريمة التي ارتكبت قبله من جناية إلى جنحة أو مخالفة أو جنحة إلى مخالفة.
- *- إذا أجاز للقاضي منح وقت التنفيذ بعد ما كان يمنع عليه ذلك .

ثانياً:من ناحية العقاب:

يكون القانون أصلح للمتهم إذا قرر عقوبة أخف من العقوبة المقررة في القانون السابق ومثال ذلك القانون رقم 98-10 المعدل و المتمم لقانون الجمارك ،الذي بموجبه أصبحت العقوبة الحبس المقررة لجنحة الاستيراد أو التصدير بدون تصريح من شهرين إلى ستة أشهر "المادة 325 ق.ج"بعد ما كانت من 12شهر إلى 24 شهرا "المادة 324 ق.ج" ¹

1 منصور رحمانى ،مرجع سابق ،ص136 و 137

المطلب الثالث: التطبيق الفوري لقوانين

على خلاف القوانين العقابية التي لا تكون رجعيتهما إلا بصفة استثنائية ، فان القوانين الشكلية التي تتعلق فقط بمعاينة الجرائم و متابعتها ، كما أنها لا تمس بعناصر الجرائم و لا بالمسؤولية و لا بالعقوبة فان هذه القوانين تطبق فور نفاذها بحيث تطبق حتى محاكمة من أجل الجرائم المرتكبة قبل صدور هذه القوانين حتى إذا كانت الدعوى قد بوشرت عند صدور هذه القوانين ما لم يصدر فيها حكم نهائي ، غير أن تطبيق الفوري للقانون الجديد يعرف حدين :¹

-- لا يطبق القانون الجديد فوراً كلما و جد لصالح المتهم المتابع أو المحكوم حق المكتسب ومن هذا القبيل القانون الجديد الذي يحذف احد طرق الطعن أو يقلص من مهلتها أو أثرها فعلى سبيل المثال إذا صدر حكم في ظل القانون الحالي الذي يجيز استئناف في مواد المخالفات و بعد هذا الحكم ب6أيام صدر قانون يلغي هذا الاستئناف في مواد المخالفات ، ففي هذه الحالة يكون من حق المحكوم عليه الاستئناف في الحكم المذكور رغم صدور القانون الجديد ، كما أنه لا تطبق هذه القوانين على من استفاد من طرق الطعن التي يحددها القانون أو أجل صدور الحكم الذي أدانه و من ثم يستبعد تطبيق القانون الجديد لكونه يمس بحق مكتسب.

-- لا يؤدي تطبيق القانون الجديد بأي حال من الأحوال إلى إبطال الإجراءات التي تمت صحيحة في ظل القانون السابق.

و على سبيل المثال نذكر ما جاء به القانون رقم 01-08 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية بخصوص الأمر بالحبس المؤقت إذ نص على أن يكون الحبس المؤقت بموجب أمر الوضع في الحبس و ليس بناء على مجرد أمر الإيداع كما كان سابقا ، فان هذا الإجراء الجديد لا يكون له أثر على صحة أوامر الإيداع الحبس التي أصدرها قضاة التحقيق في ظل القانون السابق.²

1 أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ص 70

2 بركاني محمد الصديق ، رقيق رضا ، بوغابة رياض ، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي ،

مرجع سابق ص 70

المبحث السادس : نطاق تطبيق النص الاجرائي من حيث المكان :

المطلب الأول: مبدأ الإقليمية للنص الجنائي

تطبيق القانون من حيث مكان تحكمه قاعدتان أساسيتان وهما قاعدة إقليمية القوانين وقاعدة شخصية القوانين ، ويطلق عليهما مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية في تطبيق القانون .قاعدة إقليمية القوانين . تعني هذه القاعدة أن التشريع باعتباره مظهرا أساسيا لسيادة الدولة، فهو يكون واجب التطبيق على إقليمها ولا يتعداه لأي إقليم آخر. فيطبق على المواطنين والأجانب داخل التراب الوطني فقط . ومن هذا نستنتج أن هذه القاعدة تقوم على محورين :

الأول: أن تشريعات الدولة تطبق داخل حدود إقليمها على من يقيمون فيه من وطنيين وأجانب.

الثاني: أن تشريعات الدولة لا تطبق داخل حدود دولة أخرى على مواطنيها لأنهم يخضعون لتشريع تلك الدولة. * حالات تطبيق قاعدة إقليمية القوانين . لوائح الأمن والشرطة مثل (قوانين المرور ، والصحة وغيرها). قوانين الإجراءات المدنية والجزائية . القوانين العامة كالقانون الجنائي والقانون المالي (المادة 3 من قانون العقوبات...). القواعد التي تتعلق بالعقارات والمنقولات والحقوق التي تترتب عليها . القواعد المتعلقة بالنظام العام والأدب العام الالتزامات غير التعاقدية كالجريمة وشبه الجريمة .¹

و يقصد بهذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل الدولة وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه، فيخضع لحكم هذه القاعدة كل من المواطن والأجنبي لا يكفي تحديد الفترة الزمنية التي يكون فيها النص الجنائي ساري المفعول بل ينبغي أيضا تحديد المكان الذي يغطيه تطبيق هذا النص و ذلك من خلال تحديد المكان الذي وقعت فيه الجريمة وهو ما يسمى بسريان قانون العقوبات من حيث المكان و الذي يحكمه مبدأ الإقليمية و نعني بمبدأ الإقليمية تطبيق قانون العقوبات على كل الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة مهما كانت جنسية مرتكبيها حسب ما ذكرته المادة 3 من قانون العقوبات يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية و بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الدولي العام يمكن تحديد إقليم الدولة على انه الإقليم البري و تحدد الحدود السياسية للدولة

1 محمد سعيد جعفر - مدخل إلى العلوم القانونية (وجيز في نظرية القانون) دار الأمل للطباعة والنشر المدينة الجديدة

والإقليم البحري و يشمل المياه الإقليمية للدولة والإقليم الجوي و هو طبقات الجو الذي يعلو الإقليمين البري و البحري للدولة¹

الجرائم المرتكبة في السفن و الطائرات:

فيما يخص الجرائم المرتكبة في السفن نصت المادة 590 من قانون الإجراءات الجرائم

((تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنايات و الجنح التي ترتكب في عرض البحر على بواخر تحمل الراية الجزائرية أيا كانت جنسية مرتكبيها و كذلك الشأن بالنسبة للجنايات و الجنح التي ترتكب في ميناء بحرية جزائرية على ظهر باخرة تجارية أجنبية))

فمثلا سفينة جزائرية موجودة في مياه إقليمية أجنبية تطبق عليها القوانين التابعة للإقليم الذي توجد فيه السفينة²

فيما يخص الطائرات

تنص المادة 591 من قانون الإجراءات الجزائرية تختص الجهات القضائية الجزائرية بنظر الجنايات و الجنح التي ترتكب على متن طائرات جزائرية أيا كانت جنسية مرتكب الجريمة كما ألتها تختص أيضا بنظر الجنايات أو الجنح على الطائرات الأجنبية إذا كان الجاني أو المعني من جنسية جزائرية أو إذا هبطت الطائرة بالجزائر بعد قيام الجناية أو الجنحة و تختص بنظرها المحاكم التي وقع بدائرتها هبوط الطائرة في حالة القبض على الجاني ما إذا كان مرتكب الجريمة قد قبض عليه بالجزائر فيما بعد إذا كانت الطائرة أجنبية و الجاني أجنبي و المجني عليه أجنبي لكن الطائرة هبطت في الجزائر يطبق عليه القانون الجزائري إذا كان الجاني جزائري و المجني عليه جزائري حتى و إن كانت الطائرة أجنبية

ويقابل كل هذا المعنى عدم سريان هذه القاعدة القانونية في خارج حدود الدولة فإذا قلنا مثلا أن القانون الجزائري إقليمي التطبيق فإنه يترتب ذلك على مايلي :

أ- أنه دون سواء يسري على كل ما يقع في الإقليم الجزائري، وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه بغض النظر عن جنسياتهم .

ب- أنه لا يمتد إلى خارج الإقليم الجزائري، حتى ولو تعلق الأمر بالجزائريين فإنهم يخضعون لقانون الدولة التي يقيمون فيها.¹

1 فريدة محمدي - المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون) الجزائر 2000 ، ص101.

2 فريدة محمدي ، نفس المرجع السابق ، ص 28.

يسند مبدأ السريان الإقليمي للقاعدة القانونية إلى فكرة سيادة الدولة على إقليمها، مما يعد معه تطبيق تشريعات الدول الأخرى على ما يقع في إقليمها إعتداء على سيادتها، لذا يعتبر تطبيق قانون الدولة في إقليمها على كل الأشخاص الموجودين فيه من أهم مظاهر السيادة، وعليه فإن للدولة أن تفرض النظام الذي تريده على جميع القاطنين في إقليمها ويعتبر حق الدولة في السيادة على إقليمها نتيجة طبيعية لوجودها، فالدولة لا يكون لها وجود إلا على إقليم معين والإقليم هو أحد أركان الدولة، وهو مكان وجودها.²

المطلب الثاني: تطبيق المبدأ على السفن والطائرات

المشرع الجزائري، عامل السفن والطائرات معاملة خاصة، في الحالات التي ترتكب عليها جرائم، وعالجها ضمن إطار مبدأ الإقليمية - وإن كان ذلك في قانون الإجراءات الجزائية- وذلك ضمن المادتين 590 و591، مبينا اختصاص القانون الجزائري بخصوص الجرائم التي ترتكب على متن السفن والطائرات، وحالات وشروط ذلك، مفرقا بين تلك الجزائرية والأجنبية - سواء بخصوص الطائرات أو السفن- أخذا ببعض الحدود التي يمكن تبريرها أحيانا، وأخرى يعجز الشخص عن تفسيرها بعد مقارنة المادتين معا بما تتضمنه من أحوال.

1- بالنسبة للسفن:

نصت المادة 590 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه: " تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنايات والجنح التي ترتكب في عرض البحر على بواخر تحمل الراية الجزائرية آيا كانت جنسية مرتكبيها. وكذلك الشأن بالنسبة للجنايات والجنح التي ترتكب في ميناء بحرية جزائرية على ظهر باخرة تجارية أجنبية."، من هذه المادة، يتضح بأن المشرع الجزائري، فرق ما بين السفن الوطنية والسفن الأجنبية، وبخصوص الأخيرة فرق بين السفن الأجنبية الحربية والسفن الأجنبية المدنية، واستعمل عبارة السفن التجارية التي نرى ووجوب استبدالها بالمدنية.³

أ- بالنسبة للسفن الجزائرية:

1 عبد الله سليمان، شرح ق ع ج، ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2005 ص 70 .
2 بلعليات ابراهيم، اركان الجريمة وطرق اثباتها في ق م ج، ص 94، دار الخلدونية، ط 1، الجزائر 2007 ص 47 .
3 صلاح الدين جبار، مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون، (المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، المرجع السابق ص 88).

متى كانت السفينة جزائرية، فإن قانون العقوبات الجزائري يكون مختصا في حال توفر الشروط التالية مجتمعة ، وأن تخلف شرط من هذه الشروط يقود لعدم تطبيقه، وهي: ¹

1- أن تكون السفينة تحمل الراية الجزائرية.

2- أن تكون الجريمة جنائية أو جنحة، وبالتالي تستبعد المخالفات.

3- أن يكون مكان ارتكاب هذه الجنائية أو الجنحة والباخرة في أعالي البحار، كون هذه المنطقة غير خاضعة لأية سلطة، لأنه لو ارتكبت الجنائية أو الجنحة في المياه الإقليمية أو موانئ الجزائر، فاختصاص للقانون الجزائري يكون بموجب المادة 3 من قانون العقوبات لا بموجب المادة 590 من قانون الإجراءات الجزائرية، وإن ارتكبت في مياه إقليمية أجنبية يكون الاختصاص لقانون هذه الدولة تطبيقا لمبدأ إقليميتها.

4- لا عبء جنسية الجاني أو المجني عليه، ولا بالمصلحة أو الحق الذي مست به الجنائية أو الجنحة.

ب- بالنسبة للسفن الأجنبية:

استعمل المشرع الجزائري بخصوص السفن الأجنبية مصطلح " السفن التجارية" تمييزا لها عن السفن الحربية، هذه الأخيرة التي تعامل معاملة خاصة، وكان عليه أن يستعمل مصطلح " السفن المدنية" كون التجارية قد يفهم منه سفن البضائع دون سفن الأشخاص أو السفن السياحية... وحتى يكون القانون الجزائري مختصا بنظر الجرائم المرتكبة على السفن الأجنبية ما عدا الحربية منها، يجب أن تتوفر الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الماد 590 من قانون الإجراءات الجزائرية، وهي: ²

1 - حسب المادة 590 أن تكون السفينة الأجنبية تجارية، أي ليست حربية - وهو المغزى من الشرط- والسفينة الأجنبية هي التي تحمل جنسية أو راية دولة أخرى.

2- أن يكون الفعل يشكل جنائية أو جنحة، وبالتالي تستبعد المخالفات.

3- أنه لا عبء جنسية الجاني أو المجني عليه، ولا بالمصلحة التي تم الاعتداء عليها، كون المادة لم تشترط ذلك.

1 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوعابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي ، المرجع السابق ص 36 .

2 محمد سعيد جعفرور - مدخل إلى العلوم القانونية (وجيز في نظرية القانون) مرجع سابق ص 86 .

4- أن يكون مكان تواجد السفينة الأجنبية ميناء بحرية جزائرية، وهو ما يفهم منه أن تكون راسية، ونحن نتساءل عن عدم النص على المياه الإقليمية الوطنية باعتبارها من اختصاص قانوننا، على الأقل مثلما نزع المشرع اختصاصنا لما تكون بواخرنا في المياه الإقليمية لدول أخرى، فينزع اختصاص قانون هذه الدول لما تكون بواخرها في مياهنا الإقليمية.... غير أن الأمر يمكن مواجهته بالمادة 3 التي تشكل القاعدة العامة متى كانت الباخرة الأجنبية بالمياه الإقليمية الوطنية.¹

2- بالنسبة للطائرات:

مثلما فعل المشرع الجزائري بالنسبة للسفن، فإنه فعل بالنسبة للطائرات، حيث يتعلق الأمر بالطائرات المدنية دون الحربية، وفرق فيها بين الطائرات الجزائرية والطائرات الأجنبية، وكل منها يجب أن تستجمع جملة من الشروط حتى يكون القانون الجزائري مختصا، وذلك ما بينته المادة 591 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التي نصت على أنه: " تختص الجهات القضائية الجزائرية بنظر الجنايات والجنايات التي ترتكب على متن طائرات جزائرية أيا كانت جنسية مرتكب الجريمة. كما أنها تختص أيضا بنظر الجنايات

أو الجنايات التي ترتكب على متن طائرات أجنبية إذا كان الجاني أو المجني عليه جزائري الجنسية أو إذا هبطت الطائرة بالجزائر بعد وقوع الجناية أو الجنحة. وتختص بنظرها المحاكم التي وقع بدائرتها هبوط الطائرة في حالة القبض على الجاني وقت هبوطها أو مكان القبض على الجاني في حالة ما إذا كان مرتكب الجريمة قد قبض عليه في الجزائر فيما بعد."²

أ- بالنسبة للطائرات الجزائرية:

حتى يكون القانون الجزائري مختصا بالتطبيق على الطائرات الجزائرية يجب أن تتوفر الشروط التالية:

1- أن تكون الطائرة جزائرية، أي حاملة للراية الجزائرية،

2- أن يكون الفعل المرتكب يشكل جنابة أو جنحة، وبالتالي لا عبرة بالمخالفات.

1 بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوغابة رياض، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القانون الدولي الجنائي ،

المرجع سابق ص 76

2 محمد سعيد جعفرور - مدخل إلى العلوم القانونية (وجيز في نظرية القانون) ، المرجع السابق ص 58 .

3- لا عبءة بجنسية الجاني، وبالضرورة إذن لا عبءة بجنسية المجني عليه، ولا بمكان ارتكاب الجريمة، فالقانون الجزائري يتبع طائرتنا أينما حلت حتى في قلب عواصم الدول الأخرى، على عكس ما فعله المشرع بخصوص البواخر.

ب- بالنسبة للطائرات الأجنبية:

يكون قانون العقوبات مختص بالتطبيق على الجرائم المرتكبة على الطائرات المدنية الأجنبية إذا توفرت الشروط التالية مجتمعة:

- 1- أن تكون الطائرة أجنبية أي حاملة لجنسية دولة أخرى.
 - 2- أن يكون الفعل بالضرورة يشكل جنائية أو جنحة وتستبعد المخالفات.
 - 3- أن يكون الجاني أو المجني عليه جزائرياً، أو هبوط الطائرة بالجزائر بعد ارتكاب الجريمة حتى وإن لم يكن الجاني أو المجني عليه جزائرياً¹
- وتكون المحكمة التي يتواجد بنطاق اختصاصها مكان هبوط الطائرة بالمحاكمة، أو مكان القبض عليه إن تم القبض عليه لاحقاً.

المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على المبدأ

لو أخذنا بمبدأ الإقليمية على إطلاقه لما قام تنازع بين قوانين دول مختلفة إذ حينئذ تطبق كل دولة قانونها في إقليمها ولا يمتد سريان هذا القانون إلى لأقاليم غيرها من الدول غير أن هذا الفرض لا يمكن أن يتحقق في العالم اليوم إذ لا وجود لدولة تعيش في عزلة عن الدول الأخرى، بحيث لا يوجد على إقليمها غير مواطنيها ولا يوجد أحد من مواطنيها على إقليم دولة أخرى .

ولو أخذ بمبدأ الشخصية لأدى ذلك إلى تعارض مع ما للدولة من سيادة على إقليمها إذ يسمح هذا التطبيق للأجنبي بان يخالف القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب في الدولة التي يقيم فيها، مما يتعين معه أن يحتفظ بقانون الدولة بنطاق معين يطبق فيه دون غيره من قوانين الدول الأخرى .

وتأسياً على ما تقدم، فقد تم الأخذ بالمبدأين معا كل منهما في نطاق معين، فنشأ تنازع بين قوانين دول مختلفة، وإزاء التعارض الحتمي بين مبدأي الإقليمية والشخصية كان لابد لأحدهما أن ينتصر، وما دامت الدولة لا تملك سلطة حقيقية إلا على إقليمها فإن مبدأ الإقليمية هم الذي

1 محمد سعيد جعفرور - مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون) ، المرجع سابق ص 59 .

إنتصر على مبدأ الشخصية غير أن هذا الإنتصار لم يكن حاسما نظرا لما قلنا من تقدم البشرية وإزدهار وسائل المواصلات والاتصال وقد أسفر ذلك عن بقاء مبدأ الشخصية ولو بصورة محتشمة إلى جانب مبدأ الإقليمية، فأخذت تشريعات الدول الحديثة بمبدأ إقليمية القانون كأصل، وجعلت من مبدأ السريان الشخصي للقانون إستثناء، وذلك هو مسلك القانون الجزائري¹

المبادئ المكملة للنص

مبدأ الشخصية :

يقصد بهذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على الأشخاص المنتمين إلى الدولة، سواء كانوا موجودين على إقليمها أم كانوا مقيمين في خارج هذا الإقليم، وعدم سريان هذه القاعدة على المنتمين للدول الأخرى حتى ولو كانوا مقيمين في إقليمها، فإذا قلنا مثلا أن القانون الجزائري شخصي التطبيق فمعنى ذلك مايلي :

أ- أنه يطبق على الجزائريين ولو وجدوا خارج الإقليم الجزائري .

ت- أنه يسري على الأجانب ولو وجدوا بالجزائر .²

وهنا يجب أن نوضح قاعدة شخصية القوانين . فنظرا لتطور وسائل الانتقال ورفع الحواجز بين الدول وزيادة حركة التجارة والعمل والتعليم فيما بين الدول نجد في كل يوم تنقل آلاف الأشخاص من كل دولة إلى دول أخرى وأصبحت قاعدة الإقليمية جامدة لا تسير التطور العالمي في العصر الحاضر ، وظهرت فكرة شخصية القوانين على أساس أن أهم عناصر الدولة هو الشعب، وأن التشريعات يقصد بها أفراد الشعب وتطبيقها عليهم سواء كانوا في إقليمهم أو حتى في إقليم دولة أخرى ، وتبلورت هذه الفكرة في قاعدة شخصية القوانين ، وتقوم هذه القاعدة على محورين :

الأول : أن تطبيق تشريعات الدولة على جميع مواطنيها المقيمين على إقليمها أو على إقليم دولة أخرى .

الثاني : أن الأجانب المقيمين في غير دولتهم يخضعون لتشريعاتهم الوطنية . ولاشك أن هذه القاعدة تبدو مقبولة وخصوصا فيما يتعلق بقوانين الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب والنفقة وغير ذلك لأنها أنسب للشخص من قوانين أية دولة أخرى . * حالات تطبيق قاعدة شخصية القوانين . لقد جسد المشرع هذه القاعدة في المواد 98 إلى 24 من القانون

1 فريدة محمدي - المدخل للعلوم القانونية مرجع سابق ص 70 .

2 عبد الله سليمان ، مرجع سابق ، ص 106 و 107.

المدني والمواد 3 و589 من قانون الإجراءات الجزائية . وتطبيقا لقاعدة شخصية القوانين يسري قانون الدولة على مواطنيها داخل وخارج إقليمها في الأمور التالية :

. قواعد صحة الزواج وتعدد الزوجات ، والمهر . . الطلاق والنفقة . . آثار الزواج فيما يتعلق بالحقوق المالية وغيرها . . قواعد الحالة المدنية للأشخاص ، وقواعد أهلية . . الميراث والوصية والهبة . . مسائل الولاية والوصاية والحجز .

يقوم مبدأ السريان الشخصي للقاعدة القانونية على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها أينما وجدوا، وذلك نظرا للعلاقة التي تربطهم بها، وهي علاقة لا تنقيد بمكان معين، بل تتسع لتشمل جميع الأمكنة التي توجد بها أحد من رعاياها، فهؤلاء الرعايا هم الذين وضعت التشريعات من أجلهم ومن ثم يجب أن يخضعوا لها حيثما وجدوا، ويعتبر حق الدولة في السيادة على رعاياها نتيجة طبيعية لكون هؤلاء الرعايا يمثلون عنصر الشعب في الدولة التي لا تقوم لها قائمة بغيره فالدولة كيان بشري وليست مجرد كيان إقليمي¹.

مبدأ العينية :

خروجا علي مبدأ الإقليمية يسري قانون العقوبات علي جرائم بعينها ولو ارتكبت في الخارج وآيا كانت جنسية مرتكبيها. وهناك شرطان لتطبيق هذا الاستثناء الأول أن تقع الجريمة كلها في خارج الإقليم والثاني أن تكون إحدى الجرائم التي تنتمي إلي فئات معينة تحددها قوانين الدولة. هذه الجرائم هي 1- جنائية من الجنائيات المخلة بأمن الدولة ، 2- تقليد خاتم الدولة ، 3- تقليد أو تزوير العملة أو السندات المصرفية أو الأجنبية المتداولة شرعا أو عرفا داخل الدولة.

ويقضي هذا المبدأ بسريان القانون الوطني على الأشخاص أو الأفعال خارج إقليم الدولة سواء كان مرتكبوها وطنيين أو أجانب، وذلك بالنظر إلى نوع الجريمة لهذا يسمى هذا المبدأ بالتطبيق العيني للقانون إذا أخذ بعين الاعتبار جنسية الأشخاص مرتكبي الجريمة، بل يأخذ فقط بعين الاعتبار نوعا معيناً من الجرائم، فإذا كانت الجرائم تخل بأمن الدولة واقتصادها، كجرائم التزوير في النقود والأوراق الرسمية فيطبق القانون الوطني بصددها ويعد هذا المبدأ استثناء من مبدأ الإقليمية القوانين لأن الجريمة ترتكب في الخارج ولكن يطبق عليها قانون البلد المتضرر أو الذي كان من الممكن أن يتضرر منها، ويعد أيضا إستثناء من مبدأ شخصية القوانين إذ يطبق قانون الدولة المتضررة على المجرم سواء كان أجنبيا أو وطنيا².

1 فريدة محمدي - المدخل للعلوم القانونية ، المرجع سابق ص 69 .

2 عبد الله سليمان، شرح ق ع ج ، المرجع السابق ص 97 .

الأصل في القانون الجزائري هو سريانه إقليميا:

أكد تقنين العقوبات الجزائري مبدأ السريان الإقليمي بنص صريح هو ينص الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه، فطبقا لهذا النص فإن تعيين العقوبات الجزائري يسري على كل الجرائم التي ترتكب في الجزائر بغض النظر عن جنسية مرتكبها جزائريا كان أو أجنبيا، وبصرف النظر عن جنسية المجني عليه وبصرف النظر أيضا عن طبيعة الجريمة، وبمفهوم المخالفة فإن هذا التقنين لا يسري على ما يرتكب من جرائم خارج الإقليم الجزائري، وقد سار المشرع الجزائري بهذا المبدأ على ما يسير عليه سائر مشرعي دول العالم .

ويجد مبدأ السريان الإقليمي لقواعد تقنين العقوبات منطقة في سببين :

-أولهما نظري: وهو أن القانون الجنائي بإعتباره أداة كل دولة في فرض سيادتها داخل إقليمها وتأمين الحقوق الجديرة بالحماية للمجتمع وأفراده، يعد أحد مظاهر سيادة الدولة على إقليمها .
-وثانيهما عملي: وهو أن مكان وقوع الجريمة هو أنسب مكان لمحاكمة المتهم، بسبب توفر أدلة إثبات الجريمة فيه، كما أن إعتبرات تحقيق الردع العام تدعو إلى صدور الحكم في مكان وقوع الجريمة كما أن مبدأ التطبيق الإقليمي للقانون يستفاد من نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من التقنين المدني الجزائري.

أضف إلى ذلك أن التقنين المدني هذا جاء بتطبيقات لمبدأ السريان الإقليمي للقانون فيما يتعلق بالعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، منها مثلا إخضاع الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى لقانون موقع العقار، وإخضاع شكل العقد لقانون بلد إبرام العقد.¹

خلاصة الفصل الأول :

إن أهم ما توصلنا إليه في هذا الفصل، أن مبدأ الشرعية الجزائية هو النص القانوني الذي يبين الفعل المكون للجريمة ويحدد العقاب الذي يفرضه على مرتكبها، وهو ما ذكرته المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري

كما يستلزم هذا المبدأ أن تكون القاعدة الجزائية سارية في الزمان والمكان الذين ارتكبت فيهما الجريمة، بحيث أن النص الجنائي تحكمه قاعدة عدم رجعية القوانين للتطبيق على الماضي باستثناء القانون الأصلح للمتهم، ويحكمه أيضا مبدأ إقليمية النص الجنائي باستثناء الأشخاص الذين ذكرهم الدستور الجزائري لسنة 1996 والاتفاقيات الدولية.

1 محمد سعيد جعفرور - مدخل إلى العلوم القانونية ، المرجع السابق ص 78 .

الفصل الثاني :

تطبيقات مبدأ الشرعية الجزائية

في النظام الجزائي الجزائري

الفصل الثاني : تطبيقات مبدأ الشرعية في النظام الجزائي الجزائري

المبحث الأول: موقف المشرع الجزائري

المطلب الأول: مبدأ الشرعية في الدستور وقانون العقوبات الجزائريين.

جاء النص على مبدأ الشرعية الجزائية في القانون الجزائري من خلال الدساتير المختلفة التي عرفتها البلاد بدءا بدستور 1963 ثم دستور 1989 ثم التعديل الدستوري 1996 و سنفصل هذه الأمور تباعا من خلال التعرض لمبدأ الشرعية في إطار الدستور الجزائري (الفقرة الأولى.) كما أن هذا المبدأ قد تناولته القوانين التشريعية المختلفة و التي تنظم الدعوى العمومية و تحكم الجرائم و العقوبات كما سيأتي بيان ذلك من خلال دراسة المبدأ في قانون العقوبات الجزائري و قد أفردت لهذا العنوان (الفقرة الثانية) الفقرة الأولى

المبدأ في الدستور الجزائري

ورد النص على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في التعديل الدستوري لعام 1996 والجاري العمل به

وذلك في عدة نصوص وأكد على ضرورة احترامها ومنها: ما نصت عليه المادة 29 من ان ، كل المواطنين سواسية أمام القانون ، والمقصود بهاته المادة أن المشرع بمجرد نصه على عقوبة معينة فان هاته الأخيرة تصبح قابلة للتطبيق على كافة الأفراد الذين ارتكبوا الفعل الذي قررت من اجله العقوبة وبالتالي فلا يمكن أن تختلف العقوبة باختلاف أقدار الأفراد والطبقة الاجتماعية التي ينتمون إليها 1 ، وما نصت عليه المادة 40 من ان تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن ،فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة."

حسب المادة لا يمكن انتهاك حرمة المنزل او تفتيشه إلا بقانون وفي حدود متمثلة في وجوب احترام ذلك المسكن بمن فيه ولذلك نص ق.إ.ج في هذا الصدد على أن التفتيش لا يمكن أن يكون بعد الساعة الثامنة ليلا او قبل الساعة الخامسة صباحا،وان يكون التفتيش بعد استظهار الإذن به وهذا الأخير يجب أن يكون صادرا عن السلطة القضائية المختصة ، كما نصت

1 سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، المرجع السابق ص 733 .

المادة 45 ، على ان كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون."

إن الأصل في الإنسان البراءة فلا يكلف احدد بإقامة الدليل عليها، إنما يلزم الدليل لنفيها. وهذا الأصل مقرر بصريح هاته المادة ، وهو مقرر كذلك في عديد المواثيق الدولية . ومؤدى ذلك انه لا يجوز الحكم

بإدانة الشخص إلا إذا قام الدليل القاطع على انتقاء براءته . أما الحكم بالبراءة فـلا يلزم بناؤه على القطع والجزم بل يصح بناؤه على الشك في ثبوت الإدانة. ومعنى ذلك أن الحكم بالبراءة يصح أن يبنى إما على أدلة قاطعة تنفي الاتهام او على عدم وجود أدلة قاطعة تثبت صحة الاتهام. ذلك بان الشك في الإدانة يتساوى مع القطع بالبراءة إذ يجب الحكم في الحالتين ببراءة المتهم. أما الحكم بالإدانة فلا سبيل إليه إلا إذا قام الدليل القاطع على وقوع الجريمة من جهة وعلى نسبتها للمتهم من جهة أخرى لان ما ثبت باليقين وهو البراءة ، لا يزول بالشك¹

فلا لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم ، كما لا يمكن أن يدان شخص بسبب فعل ارتكبه قبل تجريم ذلك الفعل وهذا النص الدستوري يؤكد ما جاء في المادة 03 من قانون العقوبات الجزائري

والمقررة لمبدأ عدم رجعية القوانين ، ويتضح اعتماد المشرع على مبدأ الشرعية مدن خلال نص المادة 140، فأساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة الكل سواسية أمام القضاة وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون ، ويقوم القضاء على مبادئ مهمة منها مبدأ الشرعية والمساواة ومن دون هذين المبدأين لا يمكن لنا أن نتمتع بأجهزة قضائية تطبق العدل والمساواة ، كما ان العقوبات الجزائية تخضع إلى مبدئي الشرعية والشخصية ، كما سبق ذكره فان العقوبات لا يمكن توقيعها إلا إذا كانت مقررة وفق القانون.

موقف المشرع الجزائري يؤكد المشرع الجزائري على احترام المبدأ و العمل بمقتضاه من خلال النصوص الدستورية و نصوص قانون العقوبات أيضا.

في الدستور :

أكد الدستور الجزائري لعام 1989 في عدة نصوص منه على احترام الشرعية و هو بذلك يرتفع

1 عوض محمد عوض:المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية ص 69 .

بالمبدأ من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري، و بهذا يستفيد المبدأ من كافة الضمانات التي يمنحها الدستور لمبادئه فقد جاء في الدستور¹:

المادة 28 : “ كل المواطنين سواسية أمام القانون“

المادة 42 : “ كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كافة الضمانات التي يتطلبها القانون“

المادة 43 : “ لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم“

المادة 44 : “ لا يتابع أحد أو يوقف أو يحجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، و طبقاً للأشكال التي نص عليها“

المادة 131 : “ أساس القضاء مبادئ الشرعية و المساواة الكل سواسية أمام القضاء هو في متناول الجميع و يجسده احترام القانون“

المادة 133 : “ تخضع العقوبات الجزائية إلى مبادئ الشرعية و الشخصية“

و من جهة أخرى، فقد جعل الدستور حق التشريع من اختصاص المجلس الشعبي الوطني بوصفه السلطة التشريعية الذي له السيادة في إعداد القانون و التصويت عليه مادة 92 من الدستور وقد حددت المادة 155 المجالات التشريعية التي تدخل ضمن اختصاص المجلس الشعبي الوطني و من ضمنها القواعد العامة للقانون الجزائي و الإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنايات و الجرح، و العقوبات المختلفة لها، و العفو الشامل، و تسليم المجرمين² في قانون العقوبات:

أما في قانون العقوبات فقد نصت المادة الأولى على مضمون مبدأ الشرعية بنصها:

”لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون“ و تأكيداً لمبدأ الشرعية، فقد جاءت

النصوص اللاحقة لتدعم مضمون المادة الأولى، فنصت المادة الثانية على مبدأ عدم رجعية

وهو من أهم المبادئ الداعمة لمبدأ الشرعية على ما سنرى - كالاتي:

”لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة“، و نصت المادة الثالثة على

تحديد نطاق قانون العقوبات على النحو التالي : “يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي

ترتكب في أراضي الجمهورية“

1 لحسن بوسقسعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة 6 الجزائر ص 56

2 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول الجريمة " ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون

الجزائر، الطبعة السادسة 2005

كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج اذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية¹.

المطلب الثاني: نتائج مبدأ الشرعية الجزائية

تعتمد النتائج التي تترتب على الأخذ بهذا المبدأ و يمكننا أن نوجزها فيما يلي

1- حصر مصادر التجريم و العقاب في النصوص التشريعية :

نتيجة لمبدأ قانونية الجرائم و العقوبات فإن القاعدة الجنائية تتميز عن غيرها من قواعد القوانين الأخرى بأن مصدرها الوحيد هو القانون المكتوب. و عليه فإن المصادر الأخرى مستبعدة في نطاق القوانين الجنائية فلا مجال لتطبيق المصادر المعروفة في القوانين الأخرى كالشرعية الإسلامية أو العرف أو مبادئ العدالة و القانون الطبيعي.²

2- إلتزام التفسير الكاشف للنصوص :

إن الخطة المتبعة بشأن تفسير النصوص الجنائية قوامها البحث عن إرادة المشروع، و عليه فإن التفسير الكاشف المسموح به للقاضي يجب أن يبقى في الحدود التي لا تصل إلى حد خلق الجرائم و العقوبات.

3- حظر القياس :

تتحصر مهمة القاضي في تطبيق القانون لا خلق الجرائم، فلا يجوز للقاضي أن يحرم فعلا لم يرد نص بتجريمه قياسا على فعل ورد نص بتجريمه بحجة تشابه الفعلين، أو يكون العقاب في الحالتين يحقق نفس المصلحة الإجتماعية مما يقتضي تقرير عقوبة الثاني على الأول ، لأن في ذلك إعتداء صريح على مبدأ الشرعية في الجرائم لا يقررها إلا المشرعن و القاضي لا يملك ذلك قانونا فإذا فعل يكن قد نصب من نفسه مشرعا و هو ما لا يسمح به القانون. على أن القياس المحظور هو القياس الخاص بالتجريم، و يعني ذلك أن القياس غير محظور في نطاق الأعمال التي تقرر للإباحة أو مانعا من موانع المسؤولية أو العقاب ، طالما أن الأمر لا يحمل معنى الإعتداء على الحريات الفردية و بالتالي لا يتعارض مع مبدأ الشرعية³

1 أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري (الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون

الإجراءات الجزائية)، الطبعة 2002 ، دار الشروق 2008 دار هوما

2 المرجع نفسه، ص20

3 راجع الدكتور عبد الله سليمان ، المرجع السابق ص85

المطلب الثالث: تقييم مبدأ الشرعية

عرف مبدأ الشرعية انتقادات منذ أواخر القرن التاسع عشر ، ومن أهم هذه الإنتقادات إن مبدأ الشرعية قاعدة رجعية إزاء النظم الحديثة في العقاب كونها تحدد العقوبة على أساس الجريمة دون النظر إلى شخص الجاني و قد نادى أصحاب هذا الرأي المنتقد ، و هم ينتمون إلى المدرسة الوضعية ، بتقسيم المجرمين بدلا من تقسيم الجرائم ، فليس الأهم في نظرهم هو الفعل المجرم وإنما المتهم الذي يجب أن يكون محور الدعوى الجزائية ولا يتسنى للمشرع تقدير العلاج المناسب للمتهم مسبقا وإنما هذا من صميم العمل القضائي، ثم وجب أن تكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة¹ و إن كانت هذه الإنتقادات لا تخلو من الصواب فإنها لا تتعارض مع مبدأ الشرعية و إنما هي مكملة له، كما أنها ساعدت من جهة أخرى على التلطيف من جمود مبدأ الشرعية بجعل العقوبة مناسبة لظروف الجاني تحقيقا للعدالة . وهكذا و بفضل انتقادات المدرسة الوضعية رجعت معظم التشريعات عن نظام العقوبات المحددة إلى نظام تفريد العقوبة حيث أصبحت العقوبة تتراوح بين أقصى و أدنى، كما رخص القاضي بالأخذ بالظروف المخففة و بوقف تنفيذ العقوبة و غير ذلك من النظم المستحدثة

. وأما الإنتقاد الثاني الموجه لمبدأ الشرعية فيتمثل في كون هذه القاعدة تجافى في كثير من الأحوال المبادئ الأخلاقية بحيث تجعل القاضي عاجزا عن مجازاة العابثين بالأمن و النظام بحجة عدم وجود نص يتناول سلوكهم، فكثيرا ما تقع أفعال منافية للأخلاق لا يجرمها القانون و من هذا القبيل العلاقات الجنسية الرضائية بين بالغين لا تربطهما علاقة زواج، الأكل والشرب في شهر رمضان بدون مبرر شرعي، و تحويل مال الغير إذا سلم بناءا على عقد من العقود غير الواردة في نص المادة 376 من قانون العقوبات كما هو حال من استلم شيئا على سبيل التبادل أو البيع أو القرض من أجل الإستهلاك ... الخ.

و نحن لا نرى في هذه الحجة ما يبرر الخروج من على مبدأ الشرعية، فضلا عن اختلاف وجهات النظر بخصوص ما يعد خطرا اجتماعيا فما على المشرع إذا تبين له أن فعلا يشكل

1 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق .

خطورة على المجتمع ألا يجرمه بنص وخلاصة القول أن الإنتقادات التي وجهت إلى مبدأ الشرعية لم تتل منه وظل صامدا¹

الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية الجنائية:

في الحقيقة، مبدأ الشرعية الجزائية لم يكن محل انتقادات في القرن التاسع عشر أو على الأقل خلال جزء كبير منه، غير أنه تم البدء بتوجيه الانتقادات له مع ظهور المدرسة الوضعية الإيطالية، والمدارس اللاحقة لها، غير أن هذه الانتقادات لم تتل من قيمة وأهمية المبدأ، بوجود الرأي الغالب في الفقه في جانب المدافعين عنه، الأمر الذي كرسه كمبدأ قانوني ودستوري ودولي، وهو ما نبينه باختصار في النقطتين التاليتين.

أولاً: معارضي مبدأ الشرعية الجنائية

من بين الانتقادات التي وجهت له، أنه أخذ على المبدأ عدم قدرته على إعطاء تعريف دقيق ومرض للجرائم، حيث هناك العديد من الأفعال التي تعد لا اجتماعية ولا أخلاقية ولا يستطيع المشرع الإحاطة بها، وحصرها من خلال نصوصه، مما يجعل الكثير من المجرمين يفلتون من العقاب، لذا يرى البعض الإفلات من المبدأ أو على الأقل إعطاء سلطة واسعة للقاضي في تفسير النصوص والقياس عليها. كما أخذ عليه، إهماله لشخصية الجاني، كونه هناك الكثير من الأشخاص الخطرين الذي يجب الحجز عليهم حتى قبل ارتكابهم للجرائم. وهناك العديد من الأشخاص لا يمكن القضاء على الخطورة الإجرامية لديهم حتى بعد انقضاء مدة عقوبتهم، ومع هذا النوع لا يستطيع لا المشرع ولا القاضي التحديد المسبق لمدة العقوبة الواجبة التطبيق عليهم، إذ ذلك مرهونا بزوال حالة الخطورة الإجرامية لديهم. وهي الانتقادات التي كان لها صدى عميق على التشريعات الجنائية النازية والشيوعية لغاية سنة 1958، حيث استبعد تطبيق المبدأ نهائياً، وجزئياً في التشريع الإيطالي الفاشي.

ثانياً: أنصار مبدأ الشرعية الجنائية

الانتقادات السابقة، أقلقت كثيرا أنصار مبدأ الشرعية، ودفعهم لعقد العديد من المؤتمرات الدولية للدفاع عنه، مثل المؤتمر الدولي للقانون الجنائي المنعقد في باريس سنة 1937، والمؤتمر الدولي للقانون الجنائي الذي انعقد في لاهاي في أوت من سنة 1937 كذلك. وتم الرد على الانتقادات السابقة، حيث رأوا أن إلغائه أو التقييد منه، يعيدنا إلى عهد استبدادية القضاة، بل إلى أخطر من ذلك، حيث أنه في تلك العصور كانت هناك على الأقل بعض المعايير للقضاة

1 راجع د/ لحسن بوسقسة، المرجع السابق ص 51 .

ونوع من الضمير يمكنهم من التوفيق بين مصالح المجتمع ومصصلحة المتهم على الأقل، في حين اليوم لا يراعي القضاة إلا المعايير السياسية التي تغلبت على مصالح الأفراد، مثلما حدث مع الشيوعية والفاشية وكل الأنظمة الديكتاتورية، وأما بخصوص الاستناد لحالة الخطورة للقول بمعاقبة الأشخاص بمجرد ظهورها لديهم، فتم الرد بالقول: من الذي يحدد هذه الخطورة، فإذا قلنا القاضي فإننا عدنا لعهد التحكم والأهواء، وإن قلنا المشرع فذلك يعني عودة لمبدأ الشرعية الجنائية، كما أنه لا يمكن التسليم بالنقد القائل بأن المبدأ يهمل شخصية الجاني، وذلك بالنظر لما يوفره مبدأ تفريد العقوبة المعمول به في جل الأنظمة العقابية، الذي يخفف من حدة مبدأ الشرعية الجنائية، بإعطاء نوع من الحرية للقاضي في مراعاة شخصية الجاني عن طريق وضع حدين للعقوبة يختار بينهما القاضي، وفقا لشخصية الجاني وظروف ارتكابه للجريمة وحالته. وكذا إقرار نظام التشديد في العقوبة والتخفيف فيها¹.

موقف المشرع الجزائري

يؤكد المشرع الجزائري على احترام المبدأ والعمل بمقتضاه من خلال النصوص الدستورية ونصوص قانون العقوبات أيضا في الدستور أكد الدستور الجزائري لعام 1989 في عدة نصوص منه على احترام الشرعية وهو بذلك يرتفع بالمبدأ من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري وبهذا يستفيد المبدأ من كافة الضمانات التي يمنحها الدستور لمبادئه فقد جاء في الدستور المادة " : 28 كل المواطنين سواسية أمام القانون" المادة " : 42 كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كافة الضمانات التي يتطلبها القانون" المادة 43 لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"

المادة " : 44 لا يتابع أحد أو يوقف أو يحجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، و طبقا للأشكال التي نص عليها" المادة " : 131 أساس القضاء مبادئ الشرعية و المساواة الكل سواسية أمام القضاء، و هو في متناول الجميع و يجسده احترام القانون" المادة " : 133 تخضع العقوبات الجزائية إلى مبادئ الشرعية و الشخصية"

و من جهة أخرى، فقد جعل الدستور حق التشريع من اختصاص المجلس الشعبي الوطني بوصفه السلطة التشريعية الذي له السيادة في إعداد القانون و التصويت عليه

1 إبراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق .

مادة 92 من الدستور ، وقد حددت المادة 155 المجالات التشريعية التي تدخل ضمن اختصاص المجلس الشعبي الوطني و من ضمنها القواعد العامة للقانون الجزائي و الإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنايات و الجنح، و العقوبات المختلفة لها، و العفو الشامل، و تسليم المجرمين“ في قانون العقوبات أما في قانون العقوبات فقد نصت المادة الأولى على مضمون مبدأ الشرعية بنصها

” لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون ” و تأكيدا لمبدأ الشرعية، فقد جاءت النصوص اللاحقة لتدعم مضمون المادة الأولى، فنصت المادة الثانية على مبدأ عدم رجعية وهو من أهم المبادئ الداعمة لمبدأ الشرعية على ما سنرى- كالآتي: لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة“، و نصت المادة الثالثة على تحديد نطاق قانون العقوبات على النحو التالي: “يطبق قانون العقوبات على

كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية“ كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية¹

المبحث الثاني : تقييد مبدأ الشرعية الجزائية بأسباب الإباحة :

المطلب الأول : معنى أسباب الإباحة وتقسيماتها

أسباب الإباحة ترد على أفعال لها صورة وقائع إجرامية ولكنها ليست جرائم غالبية الفقهاء ترى بأنها قيود ترد على نص التجريم فتعطل مفعوله ولذا فهي تنعكس على الركن الشرعي للجريمة فتبطله إذ تخرج الواقعة من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة² أسباب الإباحة عبارة عن ظروف موضوعية عينية حددها المشرع، وجعل من أهم آثارها نفي الصفة التجريبية عن الفعل بعدما كان مجرما، أي نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل بالرغم من تطابقه مع النموذج التشريعي للجريمة التي تضمنها النص العقابي، لذا يمكن تعريفها بأنها: الحالات التي ترفع عن الفعل صفة الجريمة وتجعله مباحا بالرغم من تطابقه مع الواقعة المجرمة بنص القانون، وذلك لأن القانون ذاته هو الذي سمح بارتكاب هذا الفعل في ظل توفر مثل هذه الظروف، كونها ظروف إذا ما اقترنت بالفعل جردته من معنى العنوان - والعدوان هو سبب التجريم بداية-، لذا يمكن اعتبار أسباب الإباحة عبارة عن قيود ترد على النص التجريمي

1 راجع الدكتور عبد الله سليمان، المرجع السابق .

2 د. إبراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ص:170/169/168.

فتعطل مفعوله، وتخرج الواقعة المتضمنة في النص من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة. أي تجعل من الفعل مشروعاً بعدما كان يتصف بعدم المشروعية. وبالتالي إن كان الأصل في الأفعال الإباحة، والاستثناء التجريم، فأسباب الإباحة استثناء على هذا الاستثناء (التجريم) وبالتالي هي العودة إلى الأصل، أي الأصل في الأشياء الإباحة. وبالنظر لما يترتب عن أسباب الإباحة من آثار، كان يتعين علينا تناول مصدرها، قبل مسألة تمييزها عما يشابهها من أفكار¹

المطلب الثاني : مصادر أسباب الإباحة

بالنظر لما يترتب على أسباب الإباحة من آثار قانونية، وأهمها تقييد النص التجريمي بالرغم من قيمته وأهميته وأهدافه، فالمنطق يوجب أن يكون المشرع هو المحدد والمقدر للظروف التي يعتبرها سبباً من أسباب الإباحة، ما دام هو الذي حدد الأفعال التي تشكل جرائم، لذا فمن المنطقي أن تكون أسباب الإباحة محددة على سبيل الحصر في قانون العقوبات، غير أن هذا الحصر يتعلق بموضوعها لا بمصدرها، إذ سبق القول عند دراسة نتائج مبدأ الشرعية الجنائية، أنه تستثنى هذه القواعد العامة (مثل حظر التفسير والقياس وأحادية المصدر) في حال تعلق الأمر بمصلحة المتهم، إذ يجوز بالتالي أن يكون مصدر الإباحة غير قانون العقوبات، وذلك لا يخل بقولنا بوجود أن تكون محددة حصراً بموضوعها، كما يجوز اللجوء إلى القياس في مجال أسباب الإباحة، وكذا التفسير الواسع لها، إذ مبدأ الشرعية الجنائية يقضي بأن يكون القانون المصدر الوحيد، ويحظر القياس والتفسير الواسع في مسائل التجريم والعقاب، لا في المجالات التي تخدم صالح المتهم، كأسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب. لذا فأسباب الإباحة يمكن أن تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية أو العرف أو فروع القانون غير الجنائية، أو مبادئ العدالة وأحكام القانون الطبيعي، على أن ترد بموضوعها إلى حالة من الحالات التي تضمنها قانون العقوبات، وذلك ما يتضح عند دراستنا لهذه الأسباب تباعاً.²

1 د.عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن عكنون الجزائر .

2 أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، دار هومة ، الجزائر، طبعة 2003 .

المطلب الثالث : تمييز أسباب الإباحة عما يشابهها من أفكار جنائية

1- أسباب الإباحة وموانع المسؤولية:

موانع المسؤولية عبارة عن حالات بتوفرها تتأثر أهلية الشخص أو قدرته على الاختيار والإدراك، على اعتبار المسؤولية الجنائية تقوم على التمييز والقدرة على الاختيار والحرية فيه، وبالتالي كلما زالت هذه المكنات كان الشخص غير مسؤول جنائياً، كصغر السن أو الجنون أو الإكراه المسلط عليه، وهو ما بينه المشرع الجزائري في المواد من 47 إلى 51 من تقنين العقوبات. وهو ما يبين بوضوح بأن موانع المسؤولية، عبارة عن عوامل داخلية شخصية تتعلق بشخصية الجاني لا بالركن المادي للجريمة¹، على عكس أسباب الإباحة التي تتعلق بالركن المادي للجريمة. هذا من جهة. ومن جهة ثانية، أسباب الإباحة تنصب على النص فتعطل مفعوله، مما يحول دون قيام الجريمة أصلاً، على عكس موانع المسؤولية التي لا أثر لها على قيام الجريمة، بل فقط على تخلف شرط من شروط مسائلة الشخص. وبالتالي لاختلاف أسباب الإباحة عن موانع المسؤولية، العديد من الآثار القانونية التي يرتبها القانون الجنائي، وأهمها²:

أ- إن إثبات أسباب الإباحة أمر يسير مقارنة بإثبات موانع المسؤولية، كون الأولى عبارة عن ظروف موضوعية لصيقة بالجريمة يسهل إثباتها، على عكس موانع المسؤولية التي تعد أسباب نفسية داخلية أمر إثباتها صعب، كونه يتطلب تحليل نفسية الجاني وحالته النفسية، وهو أمر يتجاوز قدرات القاضي، لذا يلجا بخصوصها في العادة للخبرة النفسية، عدا حالة الإكراه.

ب- تطبيق أسباب الإباحة يمتد لكل شخص ساهم في الجريمة، سواء بوصفه فاعلاً أصلياً أو شريكاً، أي يستفيد منها كل شخص ساهم في الجريمة، وذلك باعتبارها ظرفاً لصيقاً بالجريمة، بينما موانع المسؤولية باعتبارها موانع لصيقة بشخصية الجاني، فلا يمكن أن يستفيد منها إلا من توفرت لديه.

ج- أسباب الإباحة تمحي عن الفعل صفته التجريبية، وبذلك تحول دون تطبيق أي جزاء من أي نوع كان، في حين موانع المسؤولية لا تحول دون تطبيق التدابير الاحترازية³.

1 د. عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق .

2 إبراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق .

3 أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، المرجع السابق .

د- أسباب الإباحة مادامت تنفي الجريمة، فهي تنفي المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية¹ بينما موانع المسؤولية لا تنفي قيام المسؤولية المدنية، حيث يلزم الشخص أو مسؤوله المدني بتعويض ما سببته أفعاله من أضرار مادية

2- أسباب الإباحة وموانع العقاب:

موانع العقاب أيضا عبارة عن موانع شخصية تتعلق بالشخص الجاني، إذا ما توفرت ترتب عنها عدم عقاب الشخص، ولا يستفيد منه إلا من توفرت في حقه، ولا تمتد إلى غيره من المساهمين معه في الجريمة، كما لا تنفي قيام هذه الجريمة، بل تظل جريمة في نظر المشرع إلا أن المانع يحول دون توقيع الجزاء فقط، وهي لا تحول دون قيام المسؤولية الجنائية، ولا المسؤولية المدنية، وهي بذلك تختلف تماما عن أسباب الإباحة على النحو الذي سبق تباينه

3- أسباب الإباحة والموانع الإجرائية

وهي موانع إجرائية يقدر المشرع لاعتبارات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو لأسباب تتعلق بملائمة السياسة الجنائية ذاتها أنها تمنع من ملاحقة فاعل الجريمة ورفع الدعوى العمومية ضده، ومن أمثلة الاعتبارات السياسية، الحصانة السياسية والدبلوماسية التي يتمتع بها أعضاء السلك السياسي والدبلوماسي والقنصلي على إقليم الدولة المضيفة، وكذا الحصانات البرلمانية، ومن الاعتبارات الاقتصادية، تقييد رفع الدعوى على الطلب في الجرائم المرتكبة ضد مصالح الجيش الوطني الشعبي²، والأسباب الاجتماعية مثل جريمة الزنا والسرققة بين الأزواج... ومن الموانع المتعلقة بحسب السياسة الجنائية، التقادم، وكل هذه المسائل مجرد عقبات إجرائية تحول دون ملاحقة الفاعل ورفع الدعوى العمومية في مواجهته، غير أنها لا تعني زوال الصفة الإجرامية عن فعله، وهي لا تمنع دون قيام المسؤولية المدنية أيضا، بالرغم من هذه القيود، لذا فهي قيود شخصية يستفيد منها من توفرت لصالح فقط دون المساهمين معه في الجريمة. على عكس أسباب الإباحة. وإن كانت الموانع الإجرائية في بعض الحالات قد يستفيد منها غير الشخص الذي قررت لصالحه، مثل حالات الحصانة السياسية أين تستفيد منها كل الحاشية المرافقة للشخص، وفي حالات الحصانة الدبلوماسية التي يستفيد منها كل أعضاء السفارة أو القنصلية.

1 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، المرجع نفسه .

2 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق .

المبحث الثالث : أساس و تقسيمات أسباب الإباحة وتحديد آثارها

المطلب الأول : أساس الإباحة وتحديد طبيعتها

بكل إيجاز، يرى البعض أن أساس الإباحة هو انتفاء موجب التجريم، كون المشرع وفقا للقواعد العامة لا يجرم إلا الأفعال التي تشكل اعتداء على المصالح الاجتماعية التي يرى ضرورة حمايتها، لذا فإن رأى هذه الأفعال في بعض الظروف لا تؤثر على الحقوق المحمية، أو إذا كانت تضر ببعض الحقوق وتحمي البعض الآخر مما يوليه الرعاية أكثر، فإنه يغلب جانب الإباحة على جانب التجريم، حيث قد تكون صيانة لما يجب حمايته، مثل تدخل الطبيب على جسم الإنسان بالرغم من حماية القانون لأجسام وأبدان أفراد المجتمع، وهو الوضع في كل حالة يرى فيها المشرع أن حماية حق أولى بالرعاية من حماية حق آخر، فهنا يرفع الصفة التجريبية عن الفعل، وكلما حدث تنازع بين حقين فإنه يقرر حماية للحق الأعز شأنًا والأرجح كفة،

أو الحق الذي يعد من الناحية الاجتماعية أغلى وأهم، كلما استحال حماية حق دون إهدار الآخر، لذا يجب إهدار أدنى الحقين قيمة. لذا فأسباب الإباحة من طبيعة موضوعية - ذات طبيعة مادية ملموسة - لا شخصية، فهي تنتج أثرها بعيدا عن الموقف النفسي للفاعل، وسواء كان يعلم بوجودها أو يجهل ذلك، وسواء كان حسن النية وقت اقتراف الفعل أو سيئ النية حتى ولو كان يطفئ غلا أو حقدا، كمن يرى شخص يقتل الآخر فدافع عنه وقتل المعتدي بالرغم من الغل والحق الذي كان يجمعهما¹ كما لا يقتصر أثر أسباب الإباحة على الفاعل وحده، بل تمتد إلى شركائه، تجسيدا لقاعدة " للفرع حكم الأصل".²

وبوجه عام، يمكن القول أن أسباب الإباحة تنحصر في ثلاثة أسباب، هي القيام بما أمر أو أذن به القانون، وهو ما يسميه الفقه والقانون العربيين باستعمال الحق وأداء الواجب أو ممارسة الرخصة، ومن هذه الناحية يمكن القول أن أسباب الإباحة واردة قانونا على سبيل الحصر، غير أن من حيث الواقع فهي في مناي عن حصرها لأنها تتعدد بقدر تعدد الحقوق والرخص والواجبات. كما أن أسباب الإباحة تستلهم وجودها من فروع القانون الأخرى المعروفة في النظام القانوني للدولة ككل، بمعنى تجد أسباب الإباحة مصدرها في فروع القانون الأخرى على اعتبار أنه رغم تعدد فروع القانون في النظام القانوني الواحد، فإن هذه الفروع تتكامل ولا

1 إبراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق .

2 إبراهيم الشباسي ، نفس المرجع السابق .

تتناقض أحكامه، إذ لا يمكن للقانون أو المشرع أن يأمر أو يبيح فعل معين في فرع من فروع القانون، ليجرمه في فرع قانوني آخر، لذا يجب التسليم بأن ما يبيحه أو يأمر به فرع من فروع القانون فهو قيد على نص التجريم، في الحدود والشروط التي يبينها هذا الفرع من فروع القانون، وفي ذلك لا وجود لأدنى مساس بمبدأ الشرعية الجنائية، كون المسألة تتعلق بالإباحة لا بالتجريم، خاصة وأنه سبق لنا القول بان كل المسائل التي تخدم مصلحة المتهم، تعد من استثناءات نتائج مبدأ الشرعية الجنائية، خاصة ما تعلق بأسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب. لذا فالقياس جائز في مجال أسباب الإباحة، فيجوز إضفاء حكم سبب من أسباب الإباحة على حكم آخر توفرت فيه ذات العلة التي تقررت لأجلها الإباحة. خاصة وأن القياس في مجال أسباب الإباحة، حسب البعض، لا يدخل في مسائل القانون الجنائي، بل هو من مجالات فروع القانون الأخرى، وأن القياس بحسب الأصل جائز في هذه الفروع القانونية لذا لا يجوز للفقهاء الجنائي أن يرفض هذا القياس. لذا فيمكن أن تخضع أسباب الإباحة لمبدأ الرجعية وذلك كقاعدة عامة لأنها أصلح للمتهم، على العكس إذا ما كان يتشدد في تطبيقها فلا تسري على الماضي.¹

المطلب الثاني : تقسيمات أسباب الإباحة

يقسم الفقه أسباب الإباحة العديد من التقسيمات، وذلك بتعدد الزوايا التي ينظر منها إليها فقسمت بحسب نطاقها (أو يمكن القول بحسب المستفيد منها) إلى أسباب إباحة مطلقة وأسباب إباحة نسبية، وقسمت بحسب موضوعها (بحسب أنواع الجرائم) إلى أسباب إباحة عامة وأسباب إباحة خاصة، وقسمت بحسب طبيعتها بحسب موضع النص عليها في القانون، وبهذا الخصوص هناك من القوانين من تأخذ بسببين وهناك من تأخذ بأكثر من ذلك، غير أن الاتفاق التشريعي حاصل بخصوص الدفاع الشرعي، وما أمر أو أذن به القانون والخلاف ينحصر في العادة حول رضاء المجني عليه، وحالة الضرورة.

أولاً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب نطاقها (بحسب المستفيدين منها)

بالنظر لنطاق أسباب الإباحة أو الأشخاص المستفيدين منها، قسمت أسباب الإباحة إلى أسباب إباحة مطلقة وأسباب إباحة نسبية، الأولى وهي تلك الأسباب التي يستفيد منها بصفة مطلقة كل شخص وجد في الظروف المنصوص عليها ضمن النص المقرر للسبب، ومثاله

1 إبراهيم الشباسي ، نفس المرجع السابق .

الدفاع الشرعي الذي قرر لكل شخص يدافع عن نفسه أو نفس الغير أو عن ماله أو مال الغير، بينما أسباب الإباحة النسبية، فهي تلك الأسباب التي تقتصر الاستفادة منها على أشخاص تتوفر فيهم صفة معينة تعد من شروط تطبيق سبب الإباحة، كالطبيب في إجراء العمليات الجراحية، والزوج في تأديب زوجته، والأب في تأديب ابنه، والموظف في حال تنفيذ أوامر القانون...

ثانياً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب موضوعها

قسمت أسباب الإباحة بحسب موضوعها، أو بالنظر إلى الجرائم المقترنة بها، إلى أسباب إباحة عامة وأسباب إباحة خاصة، الأولى وهي تلك الأسباب التي يمكن تصور قيامها بخصوص كل أنواع الجرائم، مثل الدفاع الشرعي¹، وأما أسباب الإباحة الخاصة، فهي تلك التي تنقرر بالنسبة لبعض الجرائم دون البعض الآخر، كإباحة القذف أثناء الدفاع أمام المحاكم، والجرح بالنسبة للطبيب في العمليات الجراحية، والضرب الخفيف غير المبرح بالنسبة لتأديب الزوجة من قبل الزوج، أو تأديب الإبن من قبل الولي...

ثالثاً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب طبيعتها

وهو التقسيم الذي يستند في تقسيمه لأسباب الإباحة على موضوع النص عليها، وبعبارة أخرى ما إن كان يعتد بها المشرع من عدمه، كون أسباب الإباحة متعددة، تتفق غالبية التشريعات حول بعضها، مثلما هو الأمر بالنسبة للدفاع الشرعي وما أمر به القانون، ولا تتفق حول البعض الآخر، مثلما هو الشأن بالنسبة لحالة الضرورة ورضاء المجني عليه. وأحياناً حول ما أذن به القانون.

وبصفة عامة، يمكن القول أن أسباب الإباحة هي: ما أمر أو أذن به القانون وتسمى في دول أخرى باستعمال الحق وأداء الواجب أو استعمال الحق الشخصي وممارسة السلطة، الدفاع الشرعي ويسمى أيضاً الدفاع المشروع، وهي التسمية التي اعتمدها المشرع الجزائري، حالة الضرورة، ورضاء المجني عليه الذي ضاق نطاقه في الوقت الحالي. وفي قانون العقوبات الجزائري، أسباب الإباحة تضمنتها المادة 39 كقاعدة عامة، وأضافت المادة 40 نوعاً خاصاً من أنواع الدفاع الشرعي والتي يسميها الفقه حالات الدفاع الشرعي الممتازة. وسنتناول ذلك تفصيلاً بعد أن نبين في الفرع الموالي آثار أسباب الإباحة.²

1 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق .

2 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق .

المطلب الثالث : آثار أسباب الإباحة

- يمكن تبين آثار أسباب الإباحة من التمييز الذي قمنا به بينها وبين موانع المسؤولية وموانع العقاب، إذ في حال ما توفر سبب من أسباب الإباحة في الفعل، فإنه تترتب عليه العديد من الآثار القانونية التي تفاديا للتكرار نوجزها في النقاط التالية:
- 1- توفر سبب من أسباب الإباحة، يجعل من الفعل الذي يعد في الحالات العادية جريمة فعلا مباحا، أي الفعل الذي يشكل بحسب الأصل جريمة إذا ما اقترف في الظروف العادية، إذا ما اقترن بسبب من أسباب الإباحة عد فعلا مباحا، مما ينفي كل مسؤولية عنه ويحول دون توقيع أي جزاء على مقترفه. سواء تمثل في عقوبة أو تدبير أمن.
 - 2- انتفاء المسؤولية الجنائية في حالة توفر سبب من أسباب الإباحة يقود أيضا إلى انتفاء المسؤولية المدنية، إذ لا يمكن للشخص أن يعرض عن فعل يسمح به القانون وقد يأمر به أحيانا. أو يرخص به في الكثير من الأحيان.
 - 3- كقاعدة عامة، يستفيد من أسباب الإباحة كل من ساهم في الفعل المقترن به، باعتبار أسباب الإباحة تنصب على الفعل ذاته لا على الفاعلين. كونها أسباب موضوعية عينية لا ذاتية أو شخصية.
 - 4- الجهل بأسباب الإباحة أو الغلط فيها لا يحول دون استفاضة الشخص منها، كون أسباب الإباحة ظروف عينية موضوعية، في حين الجهل والغلط أسباب نفسية وشخصية، ولا يجوز إعمال هذا النوع في مجال ماديات الجريمة¹

المبحث الرابع : أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري

نصت المادة 39 من تقنين العقوبات الجزائري، على أنه: " لا جريمة:

- 1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون
- 2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو مال مملوك للشخص أو مملوك للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء²

1 صلاح الدين جبار، مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون، (المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، المرجع السابق .

2 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق .

وبالتالي أسباب الإباحة وفقا لقانون العقوبات الجزائري، سببين، الأول وهو ما أمر أو أذن به القانون، وجرت العادة أن يقسم هذا السبب إلى قسمين، يتم تناول حالات إذن القانون منفصلة عن حالات أوامر القانون، والثاني الدفاع الشرعي أو المشروع، وهو ما نتناوله في المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول : تنفيذ ما أمر به القانون كسبب من أسباب الإباحة

الفرع الأول : معنى أوامر القانون التي تعد سببا من أسباب الإباحة

لا نقصد بأوامر القانون كأسباب للإباحة بأن مثل هذه الأوامر تشكل دوما جرائم غير أنها مباحة، بل نقصد تلك الحالات التي يرى فيها المشرع انه من الأجدر تعطيل مفعول النص الجنائي وإباحة الخروج عليه تحقيقا لمصلحة اجتماعية معينة، بالرغم من الفعل ينطوي على جريمة لو ارتكب في الظروف العادية بعيدا عن هذا الأمر¹ ، لذا يأمر فيها القانون بإتيان بعض الأفعال، التي لولا هذا الأمر لعدت جرائم في الظروف العادية، كالأمر بالإدلاء بالشهادة أمام الجهات القضائية الجزائية وإباحة ما يترتب عن هذه الشهادة من إفشاء للأسرار، وإلزام الطبيب بإفشاء ما يعاني منه مرضاه من أمراض معدية، بالرغم من التزام الطبيب بالسر المهني، واحترام الحياة الخاصة لمرضاه، وتنفيذ عقوبة الإعدام من الموظف المكلف بذلك وحبس وسجن الأشخاص تنفيذا للأحكام القانونية والقضائية، التي لولاها لعد الفعل جريمة حبس تعسفي (المادة 291 وما بعدها).... ففي مثل هذه الحالات، لولا أمر القانون، لعدت الأفعال السابقة جرائم معاقب عليها، وتجد مثل هذه الأوامر القانونية سندها في تقدير المشرع بأن الأمر ينطوي على تحقيق مصلحة اجتماعية أجدر من المصلحة التي كانت محمية قانونا، مما ينفي عن الفعل صفته التجريبية، ويحول دون قيام أية مسؤولية من أي نوع كان.

ثانيا: تنفيذ الأوامر الإدارية غير المشروعة جريمة

على عكس أنصار الاتجاه السابق، يرى أنصار هذا الاتجاه أن تنفيذ المرؤوس للأوامر الإدارية غير المشروعة الصادرة إليه من رؤسائه يعد جريمة، وبالتالي يجوز للشخص المنفذ عليه هذا الأمر أن يردده عن طريق الدفاع الشرعي متى توفت شروطه. ونرى نحن أنه نفس موقف المشرع الجزائري من خلال ما يتبين من استقراء المواد من 107 لغاية 110 مكرر²

1 إبراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، مرجع سابق .

2 أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، مرجع سابق .

هناك قرار عن المحكمة العليا صادر في 07-06-1981 يقضي بأنه: " إن تنفيذ الموظف لأوامر غير قانونية واردة عن مسؤوليه لا تدخل في إطار الأعذار القانونية المنصوص عليها في المواد من 277 إلى 283 ق ع ج. وما دامت لا تدخل في نطاق الأعذار التي تعد أسباب شخصية خاصة، فهي لا تعد أيضا سبب من أسباب الإباحة.

ثالثا: مدى وضوح حالة عدم المشروعية من عدمها

الرأي الوسط والراجح بين الرأيين السابقين، هو الرأي الذي يفرق أنصاره بين حالتي وضوح عدم مشروعية الأمر الإداري الصادر للمرؤوس من عدمها، ففي الحالة التي تكون فيها ظاهرة يجب على المرؤوس الامتناع عن تنفيذ الأمر الإداري غير المشروع الصادر إليه، وإلا عد مرتكبا لجريمة يجوز ردها من قبل المنفذ عليه الأمر، على عكس الحالة التي لا تكون فيها عدم المشروعية ظاهرة، فهنا يكون تنفيذ المرؤوس للأمر الصادر إليه سببا من أسباب الإباحة التي لا يجوز مقاومتها من قبل المنفذ عليه الأمر.

الفرع الثاني : شروط أوامر القانون كسبب من أسباب الإباحة¹

بعيدا عن الجدل السابق، فإن الفقه أوجد بعض الشروط الواجب مراعاتها في تنفيذ أوامر القانون حتى تكون سببا من أسباب الإباحة، وهي:

1- أن يكون الأمر قد نص عليه القانون صراحة ودون لبس أو غموض، وأن يصدر في الحالات التي يجوز فيها إصدار مثل هذا الأمر، وبالشروط والقيود والحالات الواردة بالنص، مثل تفتيش المساكن.

2- أن يصدر الأمر من جهة مختصة بإصداره.

3- أن يصدر لشخص مختص بتنفيذ الأمر.

4- أن تكون هناك علاقة وظيفية بين الرئيس والمرؤوس.

5- أن يكون تنفيذ الأمر بحسن نية.²

1 إبراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق .

2 إبراهيم الشباسي ، نفس المرجع السابق .

المطلب الثاني : ما أذن به القانون كسبب من أسباب الإباحة

على غرار ما قمنا به في المطلب الأول، سنحاول أن نبين المعنى من هذا السبب وشروطه، لنتناول في الثاني بعض تطبيقاته .

الفرع الأول : معنى إذن القانون كسبب من أسباب الإباحة

إن تقرير حق لشخص يبيح له بالضرورة استعماله حتى ولو كانت صورة هذا الاستعمال يشكل جريمة، لأن الحق الذي يمنع استعماله لا يعد حقا، وهي مسألة بديهية لا تحتاج إلى نص يقرها، لذا فكل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة، أو بحكم فرع من فروع القانون، يعد سببا للإباحة، لذا سنحاول أن نتناول معنى الإذن وشروط ممارسته في النقاط التالية.

أولا: معنى الإذن القانوني كسبب من أسباب الإباحة

هي حالات يجيز أو يسمح فيها القانون لشخص بالقيام ببعض الأفعال التي لو ارتكبت خارج هذا الإذن لعدت جرائم معاقب عليها قانونا، غير أنها على عكس أوامر القانون، هي حالات تعد مجرد رخصة من المشرع للشخص أن يمارسها أو أن يتركها، ففيها يمكن إعمال الرأي الشخصي على عكس أوامر القانون التي يلزم الموظف بتنفيذها وإلا قامت مسؤوليته. وموضع هذه الحالات في العادة هو بعض القوانين الخاصة التي تسمح ببعض الأفعال التي تعد في نظر قانون العقوبات جرائم، إعمالا لمبدأ الخاص يقيد العام، وعلة ذلك أن الإذن في الحالات المسموح بها يحقق فائدة أجدر من الفائدة التي يحققها النص الحامي للحق. لذا مصدر هذه الحالات لا يقتصر على قانون العقوبات، بل يمكن أن يكون مصدره العرف أو الشريعة الإسلامية.¹

وبخصوص مصادر الإذن - أو الحق مثلما تستعمله قوانين المشرق - فإن المتفق عليه أن القانون هو المصدر العام لكل الحقوق، كون فكرة الحق ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة القانون، فلا يمكن تصور حق دون أن تكون هناك قاعدة قانونية تقرره أو على الأقل محمولا على قاعدة من قواعد القانون، والمقصود بالقانون كافة فروعها سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، في الحدود التي يسمح فيها القانون لهذه الفروع من تقرير الحقوق، سواء كانت مبادئ الشريعة الإسلامية

1 صلاح الدين جبار، مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون، (المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، المرجع السابق .

أو العرف أو قواعد العدالة وأحكام القانون الطبيعي، بل قد يكون القانون الجنائي ذاته أو قانون الإجراءات الجزائية مصدرا للحقوق، مثل تقديم البلاغات أو الشكاوى في بعض الجرائم، حيث لولا هذا النص لاعتبر الفعل قذفا، أو من الشريعة الإسلامية التي تبيح للأب أن يؤدب ابنه وللزوج أن يؤدب زوجته، كما قد يكون العرف، مثلما هو الشأن بالنسبة للأعراف الرياضية، كما يجد الحق مصدره في العقد في الزواج، أو في الإرادة المنفردة كالتنازل عن المال، أو في أمر القضاء كالترخيص بتوقيع الحجز على الأموال، أو في قرارات السلطات العامة، مثل الترخيص بحمل السلاح إذ لولا هذا الترخيص لكنا بصدد جريمة. لذا فكل ما يشترط في مصدر الحق أن تكون القاعدة القانونية نافذة في النظام القانوني للدولة، ولا تكون قاعدة قد ألغيت، أو الأعراف الفاسدة التي تنشأ مخالفة لقاعدة قانونية، ولا بقواعد القانون الأجنبي إن لم يكن يعترف له القانون بالسريان في الدولة، ولا في قواعد الشريعة الإسلامية التي لم يرد المشرع تطبيقها بغض النظر عن سلامة مسلكه من الناحية الدينية من عدمه. كإعدام الشخص من القضاء لا يجيز القضاء وإن كانت الشريعة الإسلامية تقضي بغير ذلك، والمقتص يعد مرتكبا لجريمة قتل عمد.

ثانيا: شروط اعتبار الإذن سبب من أسباب الإباحة

لكي يعد الإذن سببا من أسباب الإباحة يجب أن يستجمع الإذن الشروط التالية:

1- أن يكون للإذن مصدر من المصادر التي يعتد بها القانون¹، كالتشريع أو العرف أو الشريعة الإسلامية، وفي الحالة التي يكون فيها مصدر الإذن قرار إداري، يجب أن يراعي هذا القرار قواعد إصداره شكلا وموضوعا وإلا اعتبر مصدره محرضا في القانون الجزائري والصادر له فاعلا أصليا²

2- أن يمارس الإذن في حدود المصلحة التي منح لأجلها³

3- أن يستخدم الإذن بحسن نية، وحسن النية ألا يتجاوز الشخص في استعماله الإذن الحدود التي لأجلها منح الإذن.

4- أن يمارس الإذن من الشخص الذي منح له وفي المكان المحدد له، كون الإذن شخصي لا يمكن التنازل عنه، ومقيد بحيز مكاني لا يجوز تجاوزه.⁴

1 إبراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، المرجع سابق.

2 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، المرجع سابق.

3 أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، المرجع السابق .

4 صلاح الدين جبار ، مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون(، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،

المرجع السابق .

الفرع الثاني : بعض تطبيقات لإذن كسبب من أسباب الإباحة

من أهم تطبيقات الإذن كسبب من أسباب الإباحة، وبالرغم من تعدد مصادره نجد حق التأديب، وأهمها تأديب القصر وتأديب الزوجة. وممارسة الأعمال الطبية وكذا الألعاب الرياضية وحتى الإذن بارتكاب بعض الجرائم في حدود معينة كإباحة القذف والسب في حالة الدفاع أمام الجهات القضائية. وهو ما نبينه باختصار في النقاط التالية.

أولاً: حق تأديب القصر

في الكثير من الأحيان تقتضي الأحوال شيء من الحزم مع الصغار لحسن تنشئتهم، مما يقتضي تأديبهم لتقويم سلوكهم أو لتعليمهم، وهو التأديب الذي قد ينطوي نوعاً ما على بعض الجرائم، كالضرب والشتم أو الحبس ، غير أنها جرائم لا يعاقب عليها القانون، لأن التأديب في مثل هذه الأمور، يعد ضرورة يقرها العرف والشرع والقانون، بل وتأديب القصر ممن له الحق لا يعد فقط حق، بل حسب البعض يعد حقاً وواجباً في نفس الوقت، كون القانون المدني يقر حق رقابة القصر " مسؤولية متولي الرقابة" بل ويحمل هؤلاء ما يقع من هؤلاء القصر. غير أن تأديب القصر يتطلب بعض الشروط بحيث إذا تخلف أحد هذه الشروط، وقع الفعل تحت طائلة العقاب، المتمثلة في:

1- الصفة في القائم بالتأديب:

وهو شرط ينطوي على شقين، أحدهما يتعلق بمن يستحق التأديب والآخر خاص بمن يباشر هذا الحق، فمن يستحق التأديب هم القصر والأحداث، وهم وفقاً للقانون المدني ممن يخضع لرقابة متولي الرقابة، وأما الشخص القائم بالتأديب هم الأشخاص المكلفون برعاية الحدث، سواء كان مصدر التكليف الشرع أو القانون أو الاتفاق، والمنصب على التربية والتأديب سواء كان أب أو أم أو جد أو جدة، أو الوصي كما يثبت هذا الحق أيضاً للمعلم بالنظر للتلازم بين التأديب والتعليم حتى أنه قديماً كان يسمى المعلم مؤدباً ، ويمتد الحق حتى لملقن الحرفة أو المهنة، وما عدا ذلك لا يمتد حق التأديب لغير هؤلاء.¹

2- وقوع ما يوجب التأديب:

حق التأديب يقضي ألا ينزل بالحدث أذى بغير سبب، ومؤدى التأديب هو انحراف الحدث عن السلوك الواجب، سواء تعلق الأمر بما ينص عليه القانون أو الشرع أو العرف، سواء كان ضرر

1 إبراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق .

الانحراف على الغير أو على الحدث ذاته، حتى ولو تعلق بإفطار رمضان أو ترك الصلاة أو مخالطة الأشرار أو امتنع عن تلقي الدروس أو مراجعتها، وما عدا ذلك يمتنع إيذائه قولاً وفعلاً، ويعد ذلك ظلماً وقد يعاقب عليه القانون¹

3- التزام حدود التأديب:

حيث لا يجوز أن يتجاوز التأديب مده، والتزام مبدئي المشروعية والملائمة، المشروعية وتعني استعمال وسيلة مقبولة للتأديب، فالقتل لا يمكن تصوره وسيلة للتأديب، أو بتر عضو من أعضائه، بل هو ضرب بسيط لا يحدث كسراً أو جرحاً أو يترك أثراً ولا ينشأ عنه مرضاً والضرب ذاته قد يباح للبعض ويحظر للبعض الآخر، إذ هو مباح للولي أو الوصي، ومحظور على المعلمين كون القانون في هذه الحالة جعل من الضرب وسيلة غير مشروعة. أما الملائمة فيراد بها التناسب بين وسيلة التأديب والغاية المرجوة منه، لذا فعلى القائم بالتأديب اختيار الوسيلة الأكثر ملائمة من الوسائل المتاحة له للتأديب، فله اللجوء لبعض الوسائل في بعض الظروف، وفي ظروف أخرى وسائل أخرى، وفي كل ذلك يجب مراعاة التوازن، حيث لا يكون هناك اختلال فاحش بين وسيلة التأديب والأمر الذي استوجبه.

4- حسن النية:

وهي التزام الشخص الغاية التي تقرر لأجلها حق التأديب، حيث كلما هدف التأديب غاية أخرى غير التي لأجلها تقرر حق التأديب، وقع تحت طائلة العقاب، فلا ضرب للأب أبناءه لحملهم على السرقة أو التسول أو نكاية في والدتهم، وحتى وإن كانت الغاية مشروعة، فلا يجوز أن تخرج من غاية التأديب في الحالة ذاتها، فالأم المطلقة التي تأدب أولادها لحمل والدهم على دفع النفقة يعد جريمة، بالرغم من أن الغاية مشروعة، فالتأديب غير جائز كلما انحرف عن موجب التأديب.

ثانياً: تأديب الزوجة

وهو حق يستمد من الشريعة الإسلامية، في حين أن القانون لم ينص عليه صراحة، غير أن الرأي في الفقه والقضاء استقر على قبوله في مصر كسبب من أسباب الإباحة إذا توفرت فيه شروطه²، وهي الصفة في التأديب، وأن يكون هناك موجبا لتأديب الزوجة، والتزام حدود التأديب، وأن يكون ذلك أيضاً بحسن نية، وهو ما نتناوله في النقاط الربعة التالية.

1 إبراهيم الشباسي ، نفس المرجع السابق .

2 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق .

1- الصفة في التأديب:

تأديب الزوجة من الحقوق الذاتية الشخصية الخاصة للزوج دون غيره، فلا يجوز لغيره ذلك، سواء كان من أهله أو حتى من أهلها، وهو من الحقوق التي لا تقبل الإنابة، حيث لو قام بذلك وأدبت الزوجة من المنيب عوقب هذا الأخير كفاعل أصلي والزوج كشريك أو محرض حسب الأحوال، ويثبت حق تأديب الزوجة بثبوت رابطة الزوجية ويزول بزوالها، والعبرة بوقت التأديب لا بوقت اقتراف الفعل الذي أوجب التأديب، فليس للزوج تأديب زوجته بعد الطلاق عن أفعال توجب التأديب اقترفتها وقت قيام العلاقة الزوجية. وصاحب الحق في تأديب الزوجة هو الزوج المسلم الذي تزوج بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، ويرى البعض أن سكوت النص عن هذا الحق يمنع هذا الأمر على الزوج. وهو ما جعلنا نرى صعوبة التمسك به في القانون الجزائري.

2- موجب التأديب:

هو حق مقرر لزوج إذا بدر من الزوجة معصية، وهو كل إخلال بواجب من واجبات الزوجة سواء كان واجبا عاما من الواجبات الملقاة على الناس جميعا، أو واجبا خاصا باعتبارها زوجة، وذلك بحسن معايشة زوجها وطاعته والحفاظ على أمواله ورعاية أولاده، بشرط ألا يكلفها الزوج أمرا مخالفا للدين

أو الشرع أو القانون، فإن أمرها يمثل هذه الأمور، فلها مخالفته، وإن أدبها يكون قد ارتكب جريمة معاقب عليها قانونا.¹

3- التزام حدود التأديب:

تأديب الزوج لزوجته تبعا للشريعة الإسلامية أن يكون بإحدى الطرق الثلاث التالية: الوعظ، الهجر في المضجع، الضرب، لذا فليس للزوج أن يعتمد غير هذه الوسائل مما قد يلحق بالزوجة أذى شديد في نفسها أو في بدنها، وأن يراعي التدرج في وسائل التأديب، الوعظ ثم الهجر وأخيرا الضرب، والموعظة هي التبصرة وإبداء النصح وحثها على الإقلاع عن المعاصي، وهي الموعظة التي تختلف باختلاف الأحوال ونوع الزوجة والمعصية التي ارتكبتها كما أن التأديب يراعى فيه مقاصد الإسلام فلا يكون بالكلام الفاحش ولا أمام المأى، والهجر في المضجع هو الإعراض عن المرأة في فراشها باعتباره مظهرا من مظاهر غضب الرجل وسخطه، ومدة الهجر لدى الفقهاء شهر، ولا يجوز في أن تبلغ الأربعة أشهر في أي حال من

1 إبراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق .

الأحوال¹. ثم الضرب الذي يعد أقصى مراتب التأديب، حيث لا يمكن اللجوء إليه إلا باستمرار العصيان، ودأبت عليه الزوجة، لكن اللجوء مقيد بان يسلك الزوج أولاً طريق الوعظ والهجر في المضجع، وألا يكون الضرب مهلكاً أو متلفاً أو شائناً، أو مبرحاً حتى ولو ثبت أن الضرب الخفيف معها لا يجدي، بل أنه في الفقه الإسلامي خلاف حتى حول وسيلة الضرب وعدد الضربات.

4- حسن النية: وهو أن يضع الزوج نصب عينيه الغاية من فعله وهي التأديب، فلا يجوز له ضربها بغضا لها أو طمعا في مالها أو انتقاما من أهلها، أو لحملها على ارتكاب معصية، بل ويعاقب حتى ولو بدرت منها معصية تستوجب التأديب، لكن يثبت أن هدف الزوج لم يكن التأديب وإنما غرض من الأغراض السابقة²

ثالثاً: حق مزاولة الأعمال الطبية

يقصد بهذا الحق، مزاولة كل عمل طبي ينطوي على المساس بجسم الإنسان إما بهدف علاجه مما يعتريه من مرض، أو لتخفيف آلامه، أو لوقايته من مرض، أو لمجرد الكشف عما يشوبه من خلل، كما يشمل بالإضافة إلى ذلك، كافة الأعمال المرتبطة بذلك والمعتبرة ضرورية لتنفيذ الأفعال السابقة، فلا يشكل جريمة الجروح التي يرتكبها الطبيب ولا استئصاله أعضاء المريض المعيبة، بشرط الالتزام بالأصول الطبية المرعية في هذا الصدد، بل أن الطبيب مخول له حيازة المواد المخدرة وإدخال المواد الضار والمخدرة جسم الإنسان متى كانت ضرورية لممارسة أعماله، ولا يعد مرتكباً لجريمة هتك العرض في حالة الكشف عن عورات مرضاه. والعلة من تبرير حق مزاولة الأعمال الطبية، وجعلها سبباً من أسباب الإباحة، في نظر الفقه مزدوجة، فهي حق لمن يزاوله وذلك باعتراف القانون، وبالتالي وجب الاعتراف بالمشروعية على وسائل استعماله ولو كانت تشكل بحسب الأصل جريمة، ومن ناحية ثانية العلة تكمن في رضاه المريض، فإن كان رضاه المجني عليه لا يعد سبباً عاماً للإباحة، فإنه في مجال الأعمال الطبية يعد أساساً للإباحة العمل، ويرى البعض أن أساس الإباحة في هذه الحالة، هو انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب، غير أن أساس الإباحة وفق رأي الغالبية، هو تبرير القانون، وعلته الحقيقية رضاه المريض، لذا فعدم رضاه المريض لا يجعل من الفعل مباحاً، إلا إذا تعلق الأمر بحالة الضرورة وهنا يكون مانعاً من موانع المسؤولية لا سبباً من أسباب

1 إبراهيم الشباسي ، نفس المرجع السابق .

2 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق .

الإباحة، وهو ما لا نؤيده بخصوص موقف المشرع الجزائري. وشروط ممارسة الأعمال الطبية التي تعد سببا من أسباب الإباحة، أن تكون من الأعمال التي يرخص بها القانون، وأن تكون بقصد العلاج، وأن يرضى المريض بذلك، وأن يراعى في ممارستها الأصول المهنية والقواعد العلمية المرعية لمزاولة المهنة أو العمل الطبي. وهو ما فصله اختصارا في النقاط التالية.¹

1- ترخيص القانون:

لكي يعتبر ممارسة الأعمال الطبية من أسباب الإباحة، يجب أن يكون من الأعمال المرخص بها قانونا، وأن يكون صادرا ممن رخص له بذلك، ممن يحوزون على المؤهل العلمي الذي يخولهم ذلك.

2- رضاء المريض:

يتعين لاعتبار العمل الطبي سببا من أسباب الإباحة، أن يكون المريض قد رضي به. وهو شرط طبيعي يقتضيه ما لجسم الإنسان من حرمة تمنع المساس به بدون رضاه صاحبه، حتى ولو كان هذا المساس يتضمن رعاية الجسم وضمان سيره سيرا طبيعيا.²

4- مراعاة الأصول المهنية والقواعد العلمية في مزاوله الأعمال الطبية:

إباحة ممارسة الأعمال الطبية، تظل مرهونة بإتباع الأصول الطبية المتعارف عليها في مجال مهنة الطب، ولا يقصد بذلك تقييد الطبيب بعلاج دون آخر أو بطريقة دون أخرى، وإنما الأصول الأساسية لممارسة المهنة الطبية، مثل تعقيم الأدوات الجراحية، أو أن يجري العملية في ظروف غير مواتية تماما كان يجريها وهو مخمور أولا يستعين بمن يتوجب الاستعانة بهم، أو أن يرتكب سلوك غير مغتفر مثل نسيان أداة جراحية بداخل جسم المريض. وفي مثل هذه الحالات يسأل الطبيب عن جريمة غير عمدية، قوامها الخطأ القائم على الإهمال أو عدم الاحتياط، ومعيار الخطأ هو المعيار المهني أو الفني الذي سنتناوله عند دراسة أنواع الخطأ ودرجاته في إطار دراسة الركن المعنوي للجريمة، وبالضبط في الجرائم غير العمدية أو جرائم الخطأ.

1 صلاح الدين جبار، مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون، (المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، المرجع السابق).

2 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق.

المطلب الثالث : الدفاع الشرعي (المشروع)

يعد الدفاع الشرعي من أقدم أسباب الإباحة التي عرفتھا القوانين الجنائية عبر العصور، كونه سبب يستند لغريزة طبيعية في النفس البشرية التي تسعى دوما للدفاع عن بقاءها، كما أنه سبب يبرره منطق الأمور، إذ لا يمكن تصور إلزام الناس بتحمل الاعتداءات التي يتعرضون إليها، خاصة وأنا بصدد موازنة بين تصرفين أحدهما غير مشروع وهو الاعتداء على الحق، والثاني مشروع، وهو حماية هذا الحق، والمشروع يفضل دوما حماية الحق بل أن نصوص قانون العقوبات ذاتها هدفها الرئيسي ذلك. وحسب نظرية هيكل الجدلية فالدفاع الشرعي يستمد مشروعيته من فكرة أن الاعتداء على حق يحميه القانون هو نفي لهذا الحق وخرق للقانون، ورد هذا الاعتداء هو إثبات للحق وإحقاق لسلطة القانون، الأمر الذي أدى في النهاية إلى اعتبار الدفاع الشرعي حق وواجب في نفس الوقت¹ غير أن أهمية الدفاع الشرعي تقتضي منا قبل أن نتناول شروطه في فرعين، نتناول أولا أساس وطبيعة الدفاع الشرعي.

المبحث الخامس : الاستثناءات الواردة على تطبيق مبدأ الشرعية

المطلب الأول : مفهوم و أنواع الظروف الاستثنائية

تعريف الظروف الاستثنائية

أولا : في التشريع

لم تستعمل التشريعات المختلفة عبارة الظروف الاستثنائية وإنما تنص بعض الدساتير والتشريعات على اتخاذ تدابير معينة في حالة الضرورة، ففي مصر العربية مثلا صدرت عدة تشريعات بأسماء مختلفة القانون الخاص بإعلان حالة الطوارئ، وكذا القانون الخاص بتنظيم الدفاع المدني، القانون الخاص بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة. وفي فرنسا فبالرغم من تعدد الدساتير الفرنسية إلا أنها لم تستخدم عبارة الظروف الاستثنائية بل عرفت حالات معينة خولت السلطة التنفيذية حق التوسع في سلطاتها، مثل قانون الأحكام العرفية الفرنسية الصادر في 09 أوت 1848 وكذا قانون 11 جويلية 1938 الخاص بإعداد الأمة في حالة الحرب².

أما في التشريع الجزائري فلم يتم تنظيم الظروف الاستثنائية بموجب قوانين خاصة بل حاول

1 عبد الله سليمان شرح قانون العقوبات مرجع سابق

2 أمين لمان - حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الج ا زري، مذكرة لنيل المدرسة العليا للقضاء 2006 -

المؤسس الدستوري أن ينظم الظروف الاستثنائية ولكن مجمل الدساتير التي تتطوي على هذه القاعدة أوردت المبدأ ف شكل صيغة عامة , هذا الأمر أوردته المشرع الجازيري بموجب نص المادة 93 من دستور 1996 أين ينعد للرئيس اختصاصا واسعا في هذا الخصوص . ومرد ذلك أن رئيس الجمهورية في بعض الأوضاع يصبح غير قادر على مباشرة سلطاته بصورة غير عادية¹.

غير أن ما ورد في الدساتير الجزائرية حول هذه المسألة يتميز بنوع من الغموض واللبس بخصوص تحديد الخطر الوشيك.

ثانيا : في القضاء

لقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي عبارة الظروف الاستثنائية , غير انه ميز بين الظروف الاستثنائية التي تنشأ بسبب الحرب و إطلاق عليها تسمية " نظرية سلطات الحرب " وبين غيرها من الظروف الأخرى والتي أطلق عليها تسمية الظروف الاستثنائية , فالأولى قصد بها تلك الظروف التي تنشأ في حالة الحرب , أما الثانية فقد قصد بها بقية الحالات والظروف المتمثلة في حالة الطوارئ والحصار وحالة الاستثناء وكذا حالة التعبئة أما فيما يخص القضاء الجزائري فلا توجد أي محاولات لتعريف حالة الظروف الاستثنائية الأمر الذي يدفعنا إلي الاكتفاء بما ورد في القضاء الفرنسي , وكما سبق تبيانه .²

ثالثا : في الفقه يخلط البعض من الفقهاء بين الظروف الاستثنائية , وفكرة الضرورة كما يطلق عليها البعض

منهم في الظروف الاستثنائية مصطلح نظرية الضرورة وأعمال الضرورة.

وقد سار الكثير من الفقهاء على منهاج مجلس الدولة الفرنسي ومن ثمة ميزوا بين ظرف الحرب وخصوه بنظرية , وبين غيره من سائر الظروف الاستثنائية وخصوها بنظرية وفي هذا الإطار ذكر الفقيه فالين " إن تغيير الظروف الاستثنائية استعمله مجلس الدولة الفرنسي أول مرة في فبراير 1901

1 عبدالله بوقفة , أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري , دراسة مقارنة , دار هومه للنشر والتوزيع 2002 ص 456 .

2 عبد المنعم عكاشة , مسؤولية الإدارة على أعمال الضرورة , الطبعة الأولى , دار النهضة العربية , القاهرة , 1998 ص 101 .

المطلب الثاني : شروط الإعلان عن حالة الظروف الاستثنائية والآثار المترتبة عنها :

الشروط الشكلية : هذه الشروط تتمثل حسب المادة 91 من الدستور 1996 وكذلك التعديل الأخير حاليا لجمهورية الجزائرية في اجتماع مجلس الأعلى للأمن هو إجراء شكلي باعتبار رئيس الجمهورية هو من يت رأس المجلس الأعلى للأمن عند اجتماعه تطبيق لنص المادة 173 من الدستور في الفصل المتعلق بالهيئات الاستشارية التي تنص ﴿يؤسس المجلس الأعلى للأمن يرأسه رئيس الجمهورية مهنته تقديم الآراء إلى رئيس الجمهورية في كل القضايا المتعلقة بالأمن الوطني. يحدد رئيس الجمهورية كيفية تنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله وحسب المادة أن الرئيس يتكفل بتنظيمه.

ورغم ما يتمتع به رئيس الجمهورية لاسيما من حيث المهام الموكولة إليه إلا انه لا يستطيع أن يتخذ قرارا انفراديا دون اجتماع المجلس الذي حددت مهمته دستوريا باقتصارها في تقديمه للآراء فقط في كل القضايا المتعلقة بالأمن والدفاع¹

استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الأمة و يكون ذلك بصفتها الممثلين للسلطة التشريعية. استشارة الوزير الأول باعتباره ممثلا للسلطة التنفيذية وكونه عضو من أعضاء المجلس الأعلى للأمن وهو المكلف بالسهر على تنفيذ القوانين.

استشارة المجلس الدستوري يكون ذلك بحجة أن الهيئة الأولى المكلفة بالسهر على مدى دستورية القوانين بفعل الرقابة التي يستعملها هذا من جهة ولكونه أن رئيسه يمكنه تولي رئاسة الدولة في حالة اقتران شعور رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الأمة²

الشروط الموضوعية للظروف الاستثنائية

لحالي الحصار والطوارئ

الضرورة الملحة

حالة الاستثنائية وحالة الحرب

1 سعيد بوشعير النظام السياسي الجزائري دار الهدى عين مليلة الجزائر 1990 ص 271 .

2 انظر الفقرة الثالثة من المادة 96 من الدستور 1996 الجريدة الرسمية العدد 61 .

المطلب الثالث : الضمانات الدستورية والقانونية لحماية الحريات العامة في كل الظروف الاستثنائية

الضمانات الدستورية لحماية الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية مبدأ المشروعية : إن مبدأ المشروعية تزداد أهميته في ظل الظروف الاستثنائية بالأخص نظرا لتوسع صلاحيات السلطة التنفيذية مقارنة بما هو الحال عليه في ظل الظروف العادية. إذ يعتبر القاعدة المتينة التي تبنى عليها كافة الضمانات الدستورية والقانونية لحماية الحريات العامة , رغم ما تمليه نظرية الظروف الاستثنائية من قيود عليه بفعل السلطة التقديرية الممنوحة لرئيس الجمهورية بموجب الدستور للإعلان عنها بفعل ارتباطها بأعمال السيادة , إلا أن ذلك لا يعني الخروج على مبدأ خروجها مطلقا في الحالات الاستثنائية , وذلك طبقا لمبدأ حتمية خضوع الإدارة بمفهومها العادة لسيادة القانون 1

ثانيا : الرقابة على دستورية القوانين بالنظر إلى الدستور الجزائري .

انطلاقا من دستور 1989 نص المشرع الدستوري على مبدأ الرقابة على دستورية القوانين كأحسن الضمانات للمراقبة الدستور على غرار الدستور السابق 1976 الذي سكت على هذا المبدأ بسبب نمط الحكم القائم آنذاك والذي كرسه الدستور الذي أوكل مسؤولية الرقابة بصفة رئيسية للحزب وقيادته المركزية وعلى الخصوص ما يتعلق برقابة الهيئة التشريعية 2

1 عبد الله مرسي , سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية و الشرائع الوصفية , دار الطباعة المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر 1992 ص 264 .

2 دجال صالح بكير , الحقوق والحريات في الدستور الجزائري والشريعة الإسلامية رسالة ماجستير , كلية أصول الدين , جامعة الجزائر ص 297 سنة 1999 - 2000 .

خاتمة

خاتمة :

أخير نخلص إلى نتائج متواضعة من خلال هذه الدراسة منها وحسب ما عرفناه في السنوات الأولى من دراستنا الجامعية أن تعريف مبدأ الشرعية هو حصر الجرائم والعقوبات في قانون، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وتبين أركانها والعقوبة المقدرة لها، ومن خلال ذلك تطرقنا إلى التطور التاريخي لهذا المبدأ نجد أنه تم تكريسه بداية في الشريعة الإسلامية، ولقد أخذت به مجمل التشريعات الوضعية لتنص عليها في دساتيرها لترتقي به من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري يحظى بجميع الضمانات المقرر لمبادئه ، ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ كغيره وأدرجه في دساتيره.

إن مبدأ الشرعية يحوي على جملة من العناصر يجب توافرها وهي وجود نص تجريمي مسبق وعدم توافر المشروعية في السلوك المرتكب، و أن الأخذ بهذا المبدأ يترتب عليه و جملة من النتائج، ولعل أهمها حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع ولا يعني هذا عدم اللجوء إلى بعض المصادر كاللوائح التنظيمية مثلا أما النتيجة الأخرى في خاصة بتقيد القاضي، وهذا الأخير يلتزم بالنص فيحضر عليه القياس فلا يستطيع أن يبني حكم على جريمة قياسا بجريمة أخرى منصوص عليها

كما لا يجوز له التفسير الذي يؤدي إلى خلق جريمة وانما يجوز له في بعض الحالات التفسير الضيق في إطار السلطة المخولة له ، و ان هذا المبدأ يقوم على مبادئ فمنا مبادئ رئيسية ومبادئ احتياطية تكمل المبادئ الرئيسية، فالمبدأ الرئيسي الأول هو التطبيق الزمني لنص التجريم والعقاب أي أن القانون يسري بأثر فوري

ومباشر، أما مبدأ الإقليمية فهو تطبيق قانون العقوبات على كل من يرتكب الجريمة على الإقليم الوطني، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة الثالثة من قانون العقوبات كما أوضحنا و ختاماً نقول أنه على الرغم من الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية في الجرائم إلا أنه مازال صامداً إلى وقتنا الحالي ويجد تطبيقاً له في كثير من الدول بل اعتبره بعض الدول من المبادئ الدستورية ونص عليه في دساتيرها.

نظراً للأهمية العملية لهذا المبدأ سواء بالنسبة للأفراد أو للقضاء فأما بالنسبة للأفراد تمثل هذا المبدأ إنذار مسبق للعلم بالأفعال المجرمة والعقوبة المقررة لها وبالتالي ترك الحرية للأفراد بإتيان الأفعال الغير منصوصة عليه . أما بالنسبة للقضاء فإنهم يجدون في مبدأ الشرعية

الأساس القانوني لتجريم الأفعال وتحديد العقوبات . فضلاً على أنه أفضل حل لمنع تسلط القضاة في الأحكام.

على الرغم من الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية إلا أنه مازال صامداً إلى وقتنا الحالي ويجد تطبيقاً له في كثير من الدول بل اعتبره بعض الدول من المبادئ الدستورية ونص عليه في دساتيرها نظراً للأهمية العملية لهذا المبدأ سواء بالنسبة للأفراد أو للقضاء فأما بالنسبة للأفراد تمثل هذا المبدأ إنذار مسبق للعلم بالأفعال المجرمة والعقوبة المقررة لها وبالتالي ترك الحرية للأفراد بإتيان الأفعال الغير منصوصة عليه، أما بالنسبة للقضاء فإنهم يجدون في مبدأ الشرعية الأساس القانوني لتجريم الأفعال وتحديد العقوبات، فضلاً على أنه أفضل حل لمنع تسلط القضاة في الأحكام

. من خلال ما درسنا نستنتج أن تعريف مبدأ الشرعية هو حصر الجرائم والعقوبات في قانون وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وتبين أركانها والعقوبة المقررة لها، ومن خلال ذلك تطرقنا إلى التطور التاريخي لهذا المبدأ نجد أنه تم تكريسه بداية في الشريعة الإسلامية، ولقد أخذت به مجمل التشريعات الوضعية لتنص عليها في دساتيرها لترتقي به من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري يحظى بجميع الضمانات المقرر لمبادئه، ولقد أخذ المشرع الجزائري بها المبدأ كغيره وأدرجه في دساتيره. إن مبدأ الشرعية يحوي على جملة من العناصر يجب توافرها وهي وجود نص تجريمي مسبق وعدم توافر المشروعية في السلوك المرتكب، وإن الأخذ بها المبدأ يترتب عليه جملة من النتائج، ولعل أهمها حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع ولا يعني هذا عدم اللجوء إلى بعض المصادر كاللوائح التنظيمية مثلاً أما النتيجة الأخرى في خاصة بتقييد القاضي، وهذا الأخير يلتزم بالنص فيحضر عليه القياس فلا يستطيع أن يبني حكم على جريمة قياساً بجريمة أخرى منصوص عليها كما لا يجوز له التفسير الذي يؤدي إلى خلق جريمة وإنما يجوز له في بعض الحالات التفسير الضيق في إطار السلطة المخولة له، وإن هذا المبدأ يقوم على مبادئ فمنها مبادئ رئيسية ومبادئ احتياطية تكمل المبادئ الرئيسية، فالمبدأ الرئيسي الأول هو التطبيق الزمني لنص التجريم والعقاب أي أن القانون يسري بأثر فوري ومباشر، أما مبدأ الإقليمية فهو تطبيق قانون العقوبات على كل من يرتكب الجريمة على الإقليم الوطني وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة الثالثة من قانون العقوبات: " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية"، أما في الفقرة الثانية من هذه المادة، فلقد بينت أنه يمكن أن يطبق قانون العقوبات الجزائري على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت

تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائرية وهذا ما يعرف بمبدأ الشخصية وهي تعني إمكانية ملاحقة بعض الجرائم الخطيرة الواقعة في الخارج وهي تيدد المصالح الجوهرية للبلاد، بغض النظر عن جنسية مرتكبها ولقد عالج المشرع هذا المبدأ في المادة 855 من قانون الإجراءات الجزائرية. من جهة أخرى هناك جملة من الاستثناءات التي ترد على مبدأ الشرعية، والتي تعرف بالظروف الاستثنائية التي بقيامها يجوز لسلطة التنفيذية ان تسن القوانين ويكون لها الدور الأكبر في التشريع بدلاً من صاحبة الاختصاص الرئيسية الا وهي السلطة التشريعية اضافة الى الاجراءات تختلف من الظروف العادية الى الظروف الاستثنائية وهذه الظروف هي حالة الطوارئ والحصار والحرب ومن خلال دراستنا وجدنا الظروف العادية تختلف عن الظروف الاستثنائية من حيث الاجراءات والسلطة التي لها دور سن القوانين فمثلا من حيث السلطة التي تسن في الظروف العادية هي السلطة التشريعية اما الظروف الاستثنائية بي السلطة التنفيذية ومثال عن الاختلاف في الاجراءات التفتيش يختلف مثلا ففي الظروف العادية يكون حسب قانون الاجراءات في وقت معين من الثامنة الى الخامسة صباحا في كان خارج هذا الاوقات يكون اجراء باطل ويجب ان يكون بامر من وكيل الجمهورية بينما في الظروف الاستثنائية فيو يكون كلما دعت الضرورة لتفتيش ومن هذا ان المشرع الجزائري وسع من سلطات السلطة التنفيذية من خلال استقراء المواد 91 الى 96 من الدستور

المصادر و المراجع :

القرآن الكريم

- الكتب:

1. صلاح الدين جبار، مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون(، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر ، عدد4 2012 .
2. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة " ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، الطبعة السادسة 2005 .
3. عبد الواحد العلمي شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام طبعة 2002 .
4. عبد الحفيظ بلقاضي : "مدخل إلى الأسس العامة للقانون الجنائي" الجزء الأول، الطبعة الأولى 2003 مطبعة دار الكرامة .
5. لطيفة مهداتي : حدود سلطة القاضي التقديرية في تنفيذ الجزاء، الطبعة الأولى 2007 مطبعة طوب باريس .
6. رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري -الأحكام العامة للجريمة-، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1976.
7. سمير عالية: شرح قانون العقوبات، القسم العام طبعة 2002، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع مكان النشر غير مذكور.
8. عبد الأحد جمال الدين: في الشريعة الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد 2، 16 يوليوز 1974.
9. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري (الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة 2002 ، دار الشروق،
10. لحسن بوسقسعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة 2008 ،6 دار حوما الجزائر .
11. سلطان عبد القادر الشاوي ومحمد عبد الله الوريكات، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2011 .
12. بلعليات ابراهيم، أركان الجريمة وطرق اثباتها في ق م ج ، دار الخلدونية ، ط 1 ،الجزائر 2007 .

13. محمد سعيد جعفرور - مدخل إلى العلوم القانونية (وجيز في نظرية القانون) دار الأمل للطباعة والنشر المدينة الجديدة تيزي وزو 1998 .

14. فريدة محمدي - المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون) الجزائر 2000 .

15. لحسن بوسقسعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة 6 الجزائر

16. إبراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام

17. عبد المنعم عكاشة ، مسؤولية الإدارة على أعمال الضرورة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998

18. سعيد بوشعير النظام السياسي الجزائري دار الهدى عين مليلة الجزائر 1990

19. عبد الله مرسي ، سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية و الشرائع الوصفية ، دار الطباعة المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر 1992

- الرسائل والمذكرات

دجال صالح بكير ، الحقوق والحريات في الدستور الجزائري والشريعة الإسلامية رسالة ماجستير ، كلية أصول الدين ، جامعة الجزائر ص 297 سنة 1999 - 2000

20. بركاني محمد الصديق، رقيق رضا، بوغابة رياض، مبدا شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء الدفعة الخامسة عشر 2004 .

21. أمين لمان - حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري ، مذكرة لنيل المدرسة العليا للقضاء 2006 - 2009 .

22. عبدالله بوقفة ، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار هومه للنشر و التوزيع 2002 .

23. - القوانين

24. الدستور 1996 الجريدة الرسمية العدد 61 .

25. أمر رقم 66 - 156 ، مؤرخ في 08 جوان 1966 ، قانون العقوبات معدل ومتمم ، جريدة رسمية عدد 49 .

26. - الاتفاقيات

27. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

www.arblaws.com

