

الرقم التسلسلي:

جامعة سعيدة - الدكتور مولاي الطاهر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة

دكتوراه العلوم التخصص قانون عام

من طرف: بن عودة نبيل

عنوان الأطروحة:

المسائل العارضة أمام القاضي الجزائري



أطروحة مناقشة بتاريخ 2019/04/30 أمام لجنة المناقشة المشكلة من :

الرقم	اللقب و الإسم	الرتبة	المؤسسة	الصفة
01	عمارة فتيحة	أستاذ محاضر قسم أ-	جامعة سعيدة - د مولاي الطاهر	رئيسا
02	نقادي حفيظ	أستاذ تعليم عالي	جامعة سعيدة - د مولاي الطاهر	مشرفا
03	محمد باسم شهاب	أستاذ تعليم عالي	جامعة مستغانم- عبد الحميد بن باديس	ممتحنا
04	يحي عبدالحميد	أستاذ محاضر قسم أ-	جامعة مستغانم- عبد الحميد بن باديس	ممتحنا
05	مراح نعيمة	أستاذ محاضر قسم أ-	جامعة سعيدة - د مولاي الطاهر	ممتحنا
06	مهدي بخدة	أستاذ محاضر قسم أ-	المركز الجامعي غليزان - أحمد زبانة	ممتحنا

قال الله تعالى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ

فِيضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ۚ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا

نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ (26)

سورة ص

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

لا يسعني و أنا أحمل هذه الأطروحة العلمية التي أخذت من وقتي وإهتمامي ما لم تخض به غاية في حياتي ، إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي الدكتور **نقادي حفيظ** تقديراً لعلمه وشخصه ، و عرفانا بفضلها لما منحني من وقته وجهده الشيء الكثير وذلك بتحمل عبئ الإشراف والمتابعة والتصحيح والتوجيه طيلة سنوات الدراسة ، كما أكرمني بتصويباته وسهّل لي كثيراً من العقبات سهل الله له طريقه إلى الجنة وجزاه الله عني خير الجزاء .

كما أتقدم بوافر الشكر والامتنان الكبير لرئيس لجنة المناقشة الدكتورة عمارة فتيحة التي توجت رسالتي المتواضعة بتفضّل لها واقتطاع جزء من وقتها بقراءتها وإثراءها بملاحظاتنا المباركة.

والشكر الموصول لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل ، الدكتورة **مراح نعيمة** و الأستاذ الدكتور **باسم شهاب** و الدكتور **مهدي بحد** والدكتور **يحي عبد الحميد** ، لتكرمهم وتفضلهم بمناقشة رسالتي ، فلهم مني خالص شكري وتقديري على ما أبدوه من ملاحظات قيمة وثمينة ، أسأل الله سبحانه وتعالى أن يبارك لهم في أوقاتهم وأن يوفقهما لما يحبه ويرضاه.

كما أخص بالشكر والعرفان بالجميل لفضيلة الدكتور **بوزيان أحمد** حفظه الله تعالى ومتعته متاع الصالحين وجزاه الله عني خير الجزاء.

إهداء

إلى من حملتني وهناً على وهنّ

روح والدتي العزيزة رحمها الله.

إلى من تتحي له هامتي خجلاً إلى أنبل من عرفت

والذي العزيز أطال الله بقاءه ومتعته متاع الصالحين.

إلى مصدر قوتي في هذه الحياة

زوجتي وأولادي الأعمام .

إلى مصدر فخري واعتزازي

إخواني وأخواتي .

إلى من وجدت فيهم دفء العائلة.....

عائلة النعمي حاج حميدة أطال الله بقاءه ومتعته متاع الصالحين.

إلى أصدقائي وكل من كان له دوراً في تذليل عقبات هذه الرسالة....

أخص منهم بالذكر أخي وصديقي جعفري عبدالرؤوف .

توضيح

أولاً: بالنسبة للموضوع

1- كل إشارة لقانون أو الدستور وكل استعمال لكلمة مشرع من دون ذكر البلد ، يقصد به الجزائري.

2- يقصد بـ:

= قانون الإجراءات الجزائية	• ق إ ج
= قانون العقوبات	• ق ع ج
= قانون القضاء العسكري	• ق ق ع
= قانون المدني	• ق م ج
= قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري	• ق إ م إ ج
= قانون التجاري	• ق ت

ثانياً: بالنسبة للهامش

= جريدة الرسمية • ج ر

= صفحة • ص

= بدون سنة نشر • ب س ن

- **P** = Page
- **JORF** = Journal Officiel de la République Française
- **BCCCRF** = Bulletin Criminel Cour de Cassation de la République Française

العدل مبتغى الإنسان منذ كان، إليه كان دائماً سعيه، ومن أجله كان وسيضل كفاحه، ينشده المتنازعون بسلوك سبيل التراضي، فإذا حقق سعيهم لم يكن بد من ولوج باب التراضي، يبتغون النصفة من باب القضاء، فيلodon به مطمئنين، تملؤهم الثقة في الحصول على حقوقهم، إعمالاً لقواعد قانونية تتسم بالعمومية والتجريد، تنظم شؤون المجتمع، وتتصدر وسائل الضبط الاجتماعي فيه .

وتتعد مصادر القواعد القانونية التي يطبقها القضاء على ما يعرض عليه من الدعاوى، وتتفرع إلى قواعد مكتوبة هي التشريع، تصدر من السلطة التي عينها الدستور، وفق القواعد والإجراءات المبينة فيه، فتنصدر القواعد القانونية الكافية، وتعد أهم تجليات القانون¹.

وينهض القضاء برسالة تطبيق القانون، بمعناه الواسع، متضمناً القواعد القانونية كافة، مكتوبة وغير مكتوبة، ويقع عليه واجب الفصل في الدعاوى، ولا يقبل منه النكول عن الحكم في أيها مادامت تدرج في ولايته بدعوى الافتقار إلى قاعدة قانونية تنطبق على الواقعة المطروحة، ويضيف هذا الواجب عبئاً ثقيلاً على القضاء يضاعف قيمته ويعظم رسالته².

وأشدُّ الناس حاجة إلى عدالة القضاء من يوضع منهم في موقف الاتهام، لما يحيط بنفسه، وعلى نحو ما أورده القضاء من عوامل الخوف والحرص. والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية ولأن خصمه في هذا الموقف - وإن وُصف بأنه خصم شريف - هو النيابة العامة بسلطاتها وأسلحتها المتعددة التي زودها القانون³، وفي

¹ سرى محود صيام، الحماية القضائية للمتهم الإجرائية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2009، ص8.

² محمد نور شحاتة، استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية والعربية والإسلامية، دار النهضة العربية، ب س ن، ص25.

³ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية -مرحلة الاستدلالات- سير الدعوى الجنائية والدعوى المدنية المرتبطة بها - والتحقق - والحكم والظعن في الحكم الصادر في الدعوى الجنائية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص. 26 .

شأنها تتواصل الجهود لتحقيق أقصى درجة من التوازن بينها وبين ما يوفره القانون للمتهم في مواجهتها من ضمانات وحقوق الدفاع، من خلال ما يعرف حديثاً بالحاكمة المنصفة¹.

وسبيل القضاء إلى تطبيق القواعد القانونية تطبيقاً صحيحاً تتحقق به غايات تكمن أهمها في " إعلان الحقيقة الواقعية " في الدعوى الجنائية . تلك في نظرنا باختصار موجز هي غاية الإجراءات الجنائية وهي عبارة على قصرها عميقة الدلالة شديدة الانعكاس على قواعد الإجراءات الجزائية بأسرها .

فأما عن عمق دلالتها فلأنها الفيصل المميز بين الإجراءات الجزائية من جهة والإجراءات المدنية والإدارية من جهة أخرى. فبينما تسعى الإجراءات المدنية إلى حماية " الحقوق الخاصة التي يلجأ أصحابها إلى القضاء " اختياراً، ليقدموا إليه "أدلتهم" التي سعرت حجيتها سلفاً ليعلن القاضي " الحقيقة القانونية " أو " الشكلية " في النزاع المعروض، أي الحقيقة التي تشير إليها أدلة الخصوم بصرف النظر عن تلاقى هذه الحقيقة مع الحقيقة الواقعية أو عدم تلاقئها (و على هذا فقد يعلن القاضي المدني براءة ذمة الخصم " قانوناً " على خلاف الحقيقة والواقع . ولما ذ نذهب في التدليل بعيداً وقواعد القانون الخاص. ذاتها تسعى إلى استقرار الحقوق و حماية الأوضاع الظاهرة وهو ما تؤكد مطالعة قواعد التقادم والحيازة على سبيل المثال) وذلك عكس قواعد قانون الإجراءات الجزائية التي لا تسعى إلا إلى إعلاء " الحقيقة المادية أو الواقعية " في الدعوى الجزائية، فإذا أعلن القاضي الجزائي المتهم " مذنباً " فذلك معناه أن الجريمة في الحقيقة والواقع قد وقعت ومن ذلك المتهم، فليس للإجراءات الجزائية - و لا ينبغي أن تكون لها - غاية سوى إعلان الحقيقة الواقعية في النزاع².

¹ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص32.

² أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص22.

وأما عن كونها شديدة الانعكاس على قواعد الإجراءات الجزائية بأسرها . فهو أمر ينبغي أن يظل واضحاً سواء عند تقدير أي إجراء أو عند تقييمه، فالحقيقة الواقعية هي الغاية التي يسعى كل إجراء من إجراءات الدعوى الجزائية إلى إدراكها، بل إنها في الحق ليست فقط غاية كل إجراء بل هي جوهره¹.

فإذا نظرنا إلى الإجراءات الجنائية كافة لوجدنا أن ثمرتها في النهاية هو الحكم القضائي الصادر في الدعوى الجزائية، هذا الحكم - الذي هو ثمرة الإجراءات الجزائية - ينبغي أن يحمل الحقيقة المادية أو الواقعية في الدعوى الجزائية- ذلك أمر لا تفرضه فقط اعتبارات التطبيق السليم للقانون الجزائي وإنما تستلزمه مجموعة ضخمة من الاعتبارات الهامة التي يقوم عليها البنيان القانون الجنائي².

يلزم حتماً أن تكون الحقيقة المعلنة في الحكم القضائي هي الحقيقة الواقعية وإلا تمخض الأمر عن جريمة بغير نص. أو عقوبة بغير نص. أو جريمة بغير عقوبة، لأن عدم إدراك الحكم للحقيقة الواقعية معناه أنه أعلن أن الجريمة وقعت في حين كونها لم تقع - أو العكس - أو نسبها إلى متهم برغم عدم وقوعها منه - أو العكس - وهو الأمر لا يمثل فقط اعتداء على الشرعية واعتبارات التطبيق السليم لقانون بل أنه يمثل اعتداء على الحرية الفردية أو الشخصية لمن أدانته الحكم خطأ، كما أنه يزعزع من اعتبارات الردع العام المنبعثة من التطبيق السليم للقانون لأن شخصاً لن يرتدع إلا إذا نزلت العقوبة صواباً على من تعدى.

¹ أحمد عبدالحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية و الإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص123.

² أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص32.

وعلى أساس من تلك الفكرة وانسياقا وراء تلك الاعتبارات مجتمعة، كان لقواعد الإجراءات الجزائية ذاتية خاصة ومتميزة عن القواعد الإجرائية الأخرى التي تسعى إلى أغراض مختلفة ويتشكل قوامها بالتالي اتساقاً معها.

فالتطبيق السليم لقواعد القانون الجنائي هو إحدى " مهام " الدولة بل هو من أخص. مهامها، أما التطبيق قواعد القانون الأخرى فليس سوى " وسيلة لحماية " الحقوق الخاصة التي يتصور صاحبها وقوع الإعتداء عليها . ومن هنا كان الخضوع لأحكام القانون الجنائي حتماً ومجرداً عن الإرادات الخاصة لأطراف الدعوى الجنائية، فووقع الجريمة يفتح حتماً باب القضاء الجنائي باعتباره الوسيلة الوحيدة لتطبيق قواعد القانون الجنائي واستيفاء حق الدولة في العقاب بصرف النظر عن إرادات الخصوم في الدعوى. وذلك كله على خلاف قواعد القانون الأخرى التي " يلجأ " الأفراد إلى محاكمتها " اختياراً " ليفتح لهم باب القضاء إن شاءوا، ليعلن لهمم حكم القانون، وحكم القانون لا يلزم أن يكون أن يكون دوماً هو الحقيقة الواقعية أو العادلة. وإنما معناه أنه متفق مع قواعد القانون¹.

حيث أن القوانين الإجراءات الجزائية الحديثة تسعى إلى حماية المجتمع من الجريمة من خلال الكشف عن مرتكبيها وإنزال العقاب بهم، كما يهدف إلى حماية الأبرياء من أي ظلم أو جور، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال توفير الشروط اللازمة لتحقيق العدالة التي تكفل لجميع الخصوم في الدعوى الجزائية ضمان حقوقهم المخولة لهم قانوناً و لاتحديد عن العدل والمساواة بينهم مهما تكن الاعتبارات والظروف²، وهذه الحماية التي يتمتع به الخصوم كفلتها لهم المواثيق الدولية والداستير والقوانين، فالضمانات إذن هي تلك الشروط والقيود

¹ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص32.

² . روؤف عبيد، الرقابة على الدستورية في المواد الجنائية، الطبعة السادسة عشر، 1985، ص133

التي تنص . عليها التشريعات الجزائية تجاه الجهات القضائية المختلفة لمنعها من كل تعسف أو تحكم . وذلك بإلزامها بتطبيق صحيح القانون¹ .

ويعدُّ القاضي الجزائي أهمُّ ضامن لتحقيق المحاكمة العادلة التي تحفظ الأنفس والأغراض والأموال والحريات الفردية والجماعية في الدولة لأنه ملاذ المظلومين وحامي حمى العدل من كل تعسف أو ظلم وجور صادر من أي كان وتتفق معه التشريعات الجزائية الوضعية المعاصرة² .

كفل المشرع لمتهم حقه في الدفاع عن نفسه طيلة أطوار الدعوى العمومية، فضمن بذلك تكافؤ الأسلحة بينه وبين النيابة العامة، فهذه الأخيرة تعتمد دوماً بما لها من سلطة إلى جمع أدلة الإقناع ثم تطرحها على المحكمة رغبة منها في أن تكون قناعتها يقيناً بإدانة المتهم، وهي بذلك تساير قاعدة عبء الإثبات الملقى على عاتقها، فينهض المتهم يدرأ عن نفسه التهمة بأدلة نفي تدحض ما سيق إلى المحكمة من قبل النيابة، رغبة منه في إدخال الشك إلى قناعة المحكمة يؤدي بها إلى تبرئته، وهو بذلك يساير قرينة البراءة الأصلية³ .

والمتهم يمارس حق دفاعه بطرائق متعددة، غير أن جميعها ترمي إلى استصدار مقرر من جهة التحقيق أو الحكم يؤكد براءته، أو ما يعادل تلك البراءة، وتظهر ممارسة المتهم لحقه في الدفاع في استعانته بمحام يدافع عن مصالحه طيلة أشواط التحقيق والمحاكمة، كما تظهر هذه الممارسة في إبدائه دفاعات يرمي من ورائها إمّا الطعن في صحة إجراءات الدعوى العمومية فتكون بذلك دفاعات شكلية، واما قطع الصلة بينه وبين الجريمة، فيشكك في رابطة السببية بين الواقعة المجرمة من جهة وبين إسنادها إلى المتهم

¹ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص32.

² سرى محمود صيام، الحماية القضائية للمتهم الإجرائية، المرجع السابق، ص11.

³ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص36.

من جهة أخرى فتسمى بذلك دفاعات في الموضوع، وكل من الطائفتين تخرجان عن نطاق الدراسة.

وقد يبدي المتهم دفاعا يرمي به إلى نفس ركن أو عنصر من عناصر البناء القانوني لمجريمة فيخرجها من منطقة التجريم ويرجعها إلى منطقة الإباحة، وعناصر الجريمة تختلف باعتبارها واقعة مركبة، فهي تحوي عناصر ذات صبغة جرمية بحتة كالاختلاس في جريمة السرقة وازهاق الروح في جريمة القتل، كما قد تحوي عناصر ذات صبغة مدنية كملكية الشيء المسروق في الجريمة الأولى، وحياة المقتول في الثانية.

ودفاع المتهم كما قد ينصب على العناصر ذات الصبغة الجرمية فيحاول إعدامها، قد ينصب أيضا على عناصر ذات صبغة مدنية باعتبارها من متطلبات الجريمة ونفيا يؤدي بالضرورة إلى قلب الجريمة واقعة مباحة بحكم التلازم المنطقي، ويقبل أن يعتمد المتهم في دفاعه على إعدام عناصر ذات طبيعة مدنية لأن إثباتها ونفيها يخضع إلى أدلة قدر القانون مسبقا قيمتها، وهو أمر ليس ببيّن، بخلاف لو اتخذ دفاعه العناصر ذات الصبغة الجرمية محلاً، فالإثبات في هذه الحالة يكون هيئاً باعتبار تلك العناصر وقائع مادية تثبت بكل طرق الإثبات.¹

إتفق الفقه على تسمية العناصر الغير الجزائية المندمجة في الجريمة بالمسائل العارضة، أي التي تعرض للقاضي الجزائي بوصفها مسائل تبعية تتحلل في الواقعة محل التجريم لتصبح جزءاً منها، مع أنها منظوراً إليها في ذاتها مما يصح أن ترفع به دعوى مستقلة أمام القضاء المدني.

إذ يعتبر موضوع المسائل العارضة ذا أهمية كبيرة في جميع التشريعات المقارنة لأنه يتعلق بدور واختصاص. القاضي الجزائي للفصل في مثل هذه المسائل عندما تُعرضُ عليه أثناء

¹ محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص28.

نظره للدعوى الجنائية المطروحة عليه فيفصل فيها إعمالاً للمبدأ الشهير وهو أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع « **le juge de l'action** » والذي ينتج عنه إمتداد اختصاص القاضي الجزائي بنظر مسائل غير جنائية إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً في مَدَاة، فقد أورد عليه المشرع في الجزائر وبعض الدول التي كانت محل مقارنة به كمصر وفرنسا، ما يعدُّ استثناءً عليه وتحديداً له في عدة مواضع مختلفة كما سنرى في هذه الدراسة، وهي المسائل الفرعية، وهذه المسائل تكون في أغلب الأحوال غير جنائية " مدنية - تجارية - إدارية - دستورية - وهكذا "، كما تتميز بأنها تتواجد في مرحلة سابقة من الناحيتين الزمنية والمنطقية على نشاط الجاني وترتب على الدفع بها إن صح عدم اكتمال البنيان القانوني للجريمة كما تحدده القاعدة الجنائية سواء فصل القاضي الجزائي في هذه المسائل أم قام بإيقاف الدعوى للفصل فيها من القاضي المختص، وذلك تحقيقاً لمبدأ إستقلال السلطات القضائية¹.

والمسائل العارضة على النحو المتقدم لا تثير فكرة الاختصاص، ذلك أن الدعوى جزائية كانت أو مدنية لا ينظر إليها كأجزاء ومفردات، بل ينظر إليها ككل ومجموع في باب الاختصاص، وعلى ذلك أرسى المشرع قاعدة عامة مفادها اختصاص القاضي الجزائي بكل ما يطرحه المتهم من دفاعات مهما كان نوعها، وبغض النظر عن طبيعتها: جرمية بحتة أو مدنية، فالقاعدة أن - قاضي الأصل هو نفسه قاضي الدفع - .

و المسائل العارضة ليست جميعاً على صعيد واحد، وإن كان الأصل فيها اختصاص القاضي الجزائي بها باعتبارها مسائل أولية، غير أن المشرع يملك دائماً الخروج على قواعد الاختصاص بنص صريح يقتضيه جزءاً من اختصاص القاضي الجزائي بنظر المسألة العارضة ويرجعها إلى قاضيها الطبيعي كما لو لم تندمج أبداً في

¹. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، نادي قضاة، 1991، ص. 21

واقعة مجرمة، وانما رفعت استقلالاً إلى القضاء المختص بها وتعدُّ حينئذ مسألة فرعية لا أولية.

وقد اختلف الفقه في التسميات التي تطلق على هذه المسائل وتعريفها، فيسميها تارة مسائل أولية وفرعية، وتارة أخرى مسائل عارضة، وثالثة بالمسائل الفرعية مع التمييز بين مسائل الأولية وذلك عندما يختص القاضي الجزائي بالمسائل المطروحة عليه، ومسائل فرعية تلزمه بإيقاف الدعوى الجنائية لحين الفصل في هذه المسائل من القضاء المختص بها، ونحبذ هذه التسمية الأخيرة " المسائل الفرعية " لأسباب سوف نرودها في موضعها من هذه الرسالة .

والمسائل العارضة في الأصل هي تلك الوقائع أو الصفات الشخصية أو الموضوعية أو القانونية، التي تواجه القاضي الجزائي أثناء نظره الدعوى العمومية وهي إن اختلفت طبيعتها الإجرائية كمسائل أولية وفرعية إلا أنها تتفق في أغلب الأحوال في أنها عُصْر يدخل في مكونات الجريمة محل الدعوى، وهو ما يطلق عليه تعبير " مفترضات الجريمة "، وتكون سابقة على نشاط الجاني، مثل ملكية الغير للمال المختلس في جريمة السرقة، وعقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة بالنسبة للعقود التي نص. عليها القانون المدني، وتوافر عقد الزواج في جريمة الزنا، وصفة المواطن أو الجنسية الأجنبية في الجنايات والجنح ضد أمن الدولة، وصفة الموظف العمومي في جريمة الرشوة واختلاس المال العام، وتوقف التاجر عن الدفع في جريمة الإفلاس بالتقصير أو التدليس، ومدى توافر شروط الشيك الشكلية والموضوعية في جريمة إصدار الشيك بدون رصيد طبقاً لما يتطلبه القانون التجاري، واختصاص. القاضي الجزائي بنظر هذه المسائل غير الجنائية ليس مطلقاً كما قلنا بل إن المشرع قد نص صراحة على حالات معينة يقف فيها مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع وينحسر لأسباب واعتبارات يختص. بها قاض آخر، مثل مسائل الأحوال الشخصية والإدارية والدستورية والجنائية والعقارية عند المشرع الفرنسي، كما عني القضاء والفقه

بتأصيل وتحديد حالات أخرى لم يتناولها المشرع بالنص ، وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي الجزائري لا يستطيع الفصل في الدعوى الجنائية¹.

وعلى ذلك يتبادر لذهن المتمعن جملة إشكاليات، من بينها: ما هو المقصود بالمسائل العارضة في التشريع الجزائري؟ وطالما أنها ليست جميعها على صعيد واحد فما الضابط في تمييز كل نوع منها؟ وهل يختص القاضي الجزائري بالفصل في كل أنواعها أم في بعض منها؟ وما حجية فصله في تلك المسائل أمام القضاء المختص أصلاً بنظرها؟ وهل يستعين القاضي بقواعد الأثبات المقررة في قانون الإجراءات الجزائية والذي يتميز بحرية الإثبات، أو أن القاضي الجزائري إذا ما أراد أن يتصدى للفصل فيها فإنه يطبق قواعد الإثبات الخاصة بها حسب طبيعتها؟

إذ تعد المسائل العارضة من أهم وأعقد المسائل على الإطلاق في باب الإجراءات الجزائية ، زادها تعقيداً ما خصصه المشرع لها من مساحة في قانون الإجراءات الجزائية بمجموع لا يتعدى المادتين، فلم يشبع بالتالي العاملين في ميدان القانون من أحكامها الكثيرة نظراً لإيجاز المشرع المخل، وقد أدى ذلك بالضرورة إلى تذبذب أحكام القضاء بخصوصها، بل ومخالفتها للمصلحة من إقرارها في العديد من المرات، زاد ذلك قلة إجتهاادات المحكمة العليا فيها نتيجة عزوف محاكم أول درجة عن تطبيقها.

وليس أمر الفقه من القضاء ببعيد، فلم يحفل الفقه الجنائي عموماً بدراسة موضوع المسائل العارضة إلا عارضاً، فشراح الإجراءات الجزائية لا يخوضون في هذا الموضوع إلا بصفة تبعية عند شرحهم لنظرية الاختصاص، وتكاد تندر الدراسات التي تناولت موضوع المسائل العارضة بصفة مستقلة، باعتبارها نظرية لها أسسها وأحكامها وحدودها التي تستقل بها عن نظرية الاختصاص.

¹ فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً للأحدث التعديلات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010، ص163.

أمّا في الفقه الجزائري فتكاد تنعدم الدراسات في هذا الباب، ففيما يخصّ شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تجدهم لا يخوضون في المسائل العارضة بل يتجاوزونها كما هو الحال في مؤلف الدكتور **عبد الله أوهاببية** الذي لم يتعرض لها إطلاقاً، ولا ننكر مع ذلك ما صدر عن بعض الفقه من كتابات جادة في الموضوع على شاكلة مؤلف المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية للأستاذ **عبد الحميد زروال**.

وعلى ذلك كان اعتماد الباحث بشكل أساسي على ما جاد به الفقه المشرقي بهذا الخصوص، كل ذلك مع مراعاة خصوصية التشريع الجزائري، وتلقيح ذلك الفقه بمجموعة من الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري .

ليظهر وكأنّ القضاء في الجزائر قد تبنى رأياً من تلك الآراء الفقهية، مع الرجوع دائماً إلى التشريع والفقه الفرنسيين لسببين بسيطين: الأول أن فكرة المسائل العارضة قد تبلورت تاريخياً في فرنسا، والثاني أن التشريع الفرنسي كان ولا يزال النص الأصلي الذي يرجع إليه فيما غمض وأبهم من نصوص. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، وهو النص الذي يرجح إذا عارضه النص. الرسمي بالعربية، وعلّة الترجيح الخطأ في الترجمة.

من خلال ما تقدم يبين أن الباحث قد دُفع دفعاً إلى اعتماد المنهج المقارن في الدراسة، فبه وحده يلاحظ القارئ دقة الأحكام التي تمتاز بها المسائل العارضة سواءً في التشريع أو في الفقه، ولتوضيح تلك الدقة اعتمد الباحث كذلك على المنهج التحليلي من أجل تبسيط ما تعقد من أحكام المسائل العارضة وجعمها مفهومة في متناول القارئ.

سيحاول الباحث الإجابة على الإشكاليات التي سبق إيدائها من خلال خطة البحث التالية: حيث تقتضي دراسة هذه المسائل البدء بتحديد ماهيتها وتقسيماتها وأراء الفقه والقضاء ثم الانتقال لبيان طبيعتها كدفع يديه صاحب المصلحة وهو غالباً ما يكون المتهم، مع إيضاح حدود الاختصاص. بالفصل في هذه المسائل، وتتطلب هذه الدراسة أيضاً توضيح المبدأ الأصولي المستقر في قانون الإجراءات الجنائية ألا وهو أن - قاضي الدعوى هو قاضي

الدفع - وخصائصه ومبرراته كما أوردها الفقه والقضاء في مختلف التشريعات وبالخصوص. مع شرح كيفية إثبات القاضي الجزائي لهذه المسائل غير الجنائية ومدى التزامه بقواعد الإثبات غير الجنائية، وهو ما سوف نعالجه في الباب الأول، ونخصص. ا

لدراسة الاستثناء الوارد على المبدأ المذكور وهو ما يسمى " المسائل الفرعية " مع بيان حالات هذا الاستثناء وخصائصها وشروطها وأثارها على الدعوى الجنائية المنظورة أمام القاضي الجزائي .

العدل مبتغى الإنسان منذ كان، إليه كان دائماً سعيه، ومن أجله كان وسيضل كفاحه، ينشده المتنازعون بسلوك سبيل التراضي، فإذا حقق سعيهم لم يكن بد من ولوج باب التراضي، يبتغون النصفة من باب القضاء، فيلوذون به مطمئنين، تملؤهم الثقة في

الحصول على حقوقهم، إعمالاً لقواعد قانونية تنسم بالعمومية والتجريد، تنظم شؤون المجتمع، وتتصدر وسائل الضبط الاجتماعي فيه .

وتتعد مصادر القواعد القانونية التي يطبقها القضاء على ما يعرض عليه من الدعاوى، وتتفرع إلى قواعد مكتوبة هي التشريع، تصدر من السلطة التي عينها الدستور، وفق القواعد والإجراءات المبينة فيه، فتنصدر القواعد القانونية الكافة، وتعد أهم تجليات القانون¹.

وينهض القضاء برسالة تطبيق القانون، بمعناه الواسع، متضمناً القواعد القانونية كافة، مكتوبة وغير مكتوبة، ويقع عليه واجب الفصل في الدعاوى، ولا يقبل منه النكول عن الحكم في أيها مادامت تدرج في ولايته بدعوى الافتقار إلى قاعدة قانونية تنطبق على الواقعة المطروحة، ويضيف هذا الواجب عبئاً ثقيلاً على القضاء يضاعف قيمته ويعظم رسالته².

وأشدُّ الناسُ حاجةً إلى عدالة القضاء من يوضع منهم في موقف الاتهام، لما يحيط بنفسه، وعلى نحو ما أوردَهُ القضاء من عوامل الخوف والحرص. والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية ولأن خصمه في هذا الموقف - وإن وُصفَ بأنه خصم شريف - هو النياية العامة بسلطاتها وأسلحتها المتعددة التي زودها القانون³، وفي شأنها تتواصل الجهود لتحقيق أقصى درجة من التوازن بينها وبين ما يوفره القانون للمتهم في مواجهتها من ضمانات وحقوق الدفاع، من خلال ما يعرف حديثاً بالمحاكمة المنصفة⁴.

¹ سرى محود صيام، الحماية القضائية للمتهم الإجرائية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2009، ص8.

² محمد نور شحاتة، استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية والعربية والإسلامية، دار النهضة العربية، ب س ن، ص25.

³ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية -مرحلة الاستدلالات- سير الدعوى الجنائية والدعوى المدنية المرتبطة بها - والتحقيق - والحكم والظعن في الحكم الصادر في الدعوى الجنائية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص. 26 .

⁴ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص32.

وسبيل القضاء إلى تطبيق القواعد القانونية تطبيقاً صحيحاً تتحقق به غايات تكمن أهمها في " إعلان الحقيقة الواقعية " في الدعوى الجنائية . تلك في نظرنا باختصار موجز هي غاية الإجراءات الجنائية وهي عبارة على قصرها عميقة الدلالة شديدة الانعكاس على قواعد الإجراءات الجزائية بأسرها .

فأما عن عمق دلالتها فلأنها الفيصل المميز بين الإجراءات الجزائية من جهة والإجراءات المدنية والإدارية من جهة أخرى . فبينما تسعى الإجراءات المدنية إلى حماية " الحقوق الخاصة التي يلجأ أصحابها إلى القضاء " اختياريّاً، ليقدموا إليه "أدلتهم" التي سعرت حجيتها سلفاً ليعلن القاضي " الحقيقة القانونية " أو " الشكلية " في النزاع المعروف، أي الحقيقة التي تشير إليها أدلة الخصوم بصرف النظر عن تلاقى هذه الحقيقة مع الحقيقة الواقعية أو عدم تلاقئها (و على هذا فقد يعلن القاضي المدني برأة ذمة الخصم " قانوناً " على خلاف الحقيقة والواقع . ولماذ نذهب في التدليل بعيداً وقواعد القانون الخاص . ذاتها تسعى إلى استقرار الحقوق و حماية الأوضاع الظاهرة وهو ما تؤكد مطالعة قواعد التقادم والحيازة على سبيل المثال) وذلك عكس قواعد قانون الإجراءات الجزائية التي لا تسعى إلا إلى إعلاء " الحقيقة المادية أو الواقعية " في الدعوى الجزائية، فإذا أعلن القاضي الجزائي المتهم " مذنباً " فذلك معناه أن الجريمة في الحقيقة والواقع قد وقعت ومن ذلك المتهم، فليس للإجراءات الجزائية - و لا ينبغي أن تكون لها - غاية سوى إعلان الحقيقة الواقعية في النزاع¹.

وأما عن كونها شديدة الانعكاس على قواعد الإجراءات الجزائية بأسرها . فهو أمر ينبغي أن يظل واضحاً سواء عند تقدير أي إجراء أو عند تقييمه، فالحقيقة الواقعية هي

¹ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص22.

الغاية التي يسعى كل إجراء من إجراءات الدعوى الجزائية إلى إدراكها، بل إنها في الحق ليست فقط غاية كل إجراء بل هي جوهره¹.

فإذا نظرنا إلى الإجراءات الجنائية كافة لوجدنا أن ثمرتها في النهاية هو الحكم القضائي الصادر في الدعوى الجزائية، هذا الحكم - الذي هو ثمرة الإجراءات الجزائية - ينبغي أن يحمل الحقيقة المادية أو الواقعية في الدعوى الجزائية- ذلك أمر لا تفرضه فقط اعتبارات التطبيق السليم للقانون الجزائي وإنما تستلزمه مجموعة ضخمة من الاعتبارات الهامة التي يقوم عليها البنيان القانون الجنائي².

يلزم حتماً أن تكون الحقيقة المعلنة في الحكم القضائي هي الحقيقة الواقعية وإلا تمخض الأمر عن جريمة بغير نص. أو عقوبة بغير نص. أو جريمة بغير عقوبة، لأن عدم إدراك الحكم للحقيقة الواقعية معناه أنه أعلن أن الجريمة وقعت في حين كونها لم تقع - أو العكس - أو نسبها إلى متهم برغم عدم وقوعها منه - أو العكس - وهو الأمر لا يمثل فقط اعتداء على الشرعية واعتبارات التطبيق السليم لقانون بل أنه يمثل اعتداء على الحرية الفردية أو الشخصية لمن أدانته الحكم خطأ، كما أنه يزعزع من اعتبارات الردع العام المنبعثة من التطبيق السليم للقانون لأن شخصاً لن يرتدع إلا إذا نزلت العقوبة صواباً على من تعدى.

وعلى أساس من تلك الفكرة وانسياقاً وراء تلك الاعتبارات مجتمعة، كان لقواعد الإجراءات الجزائية ذاتية خاصة ومتميزة عن القواعد الإجرائية الأخرى التي تسعى إلى أغراض مختلفة ويتشكل قوامها بالتالي اتساقاً معها.

¹ أحمد عبدالحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية و الإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص123.

² أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص32.

فالتطبيق السليم لقواعد القانون الجنائي هو إحدى " مهام " الدولة بل هو من أخص . مهامها ، أما التطبيق قواعد القانون الأخرى فليس سوى " وسيلة لحماية " الحقوق الخاصة التي يتصور صاحبها وقوع الإعتداء عليها . ومن هنا كان الخضوع لأحكام القانون الجنائي حتماً ومجرداً عن الإرادات الخاصة لأطراف الدعوى الجنائية، فووقع الجريمة يفتح حتماً باب القضاء الجنائي باعتباره الوسيلة الوحيدة لتطبيق قواعد القانون الجنائي واستيفاء حق الدولة في العقاب بصرف النظر عن إرادات الخصوم في الدعوى. وذلك كله على خلاف قواعد القانون الأخرى التي " يلجأ " الأفراد إلى محاكمتها " اختياراً " ليفتح لهم باب القضاء إن شاءوا، ليعلن لهمم حكم القانون، وحكم القانون لا يلزم أن يكون أن يكون دوماً هو الحقيقة الواقعية أو العادلة. وإنما معناه أنه متفق مع قواعد القانون¹.

حيث أن القوانين الإجراءات الجزائية الحديثة تسعى إلى حماية المجتمع من الجريمة من خلال الكشف عن مرتكبيها وإنزال العقاب بهم، كما يهدف إلى حماية الأبرياء من أي ظلم أو جور، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال توفير الشروط اللازمة لتحقيق العدالة التي تكفل لجميع الخصوم في الدعوى الجزائية ضمان حقوقهم المخولة لهم قانوناً و لاحتيد عن العدل والمساواة بينهم مهما تكن الإعتبارات والظروف²، وهذه الحماية التي يتمتع به الخصوم كفلتها لهم المواثيق الدولية والداستير والقوانين، فالضمانات إذن هي تلك الشروط والقيود التي تنص . عليها التشريعات الجزائية تجاه الجهات القضائية المختلفة لمنعها من كل تعسف أو تحكم . وذلك بإلزامها بتطبيق صحيح القانون³ .

ويعدُّ القاضي الجزائي أهمُّ ضامن لتحقيق المحاكمة العادلة التي تحفظ الأنفس والأغراض والأموال والحريات الفردية والجماعية في الدولة لأنه ملاذ المظلومين وحامي

¹ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص32.

² . روؤف عبيد، الرقابة على الدستورية في المواد الجنائية، الطبعة السادسة عشر، 1985، ص133

³ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص32.

حمى العدل من كل تعسف أو ظلم وجور صادر من أي كان وتتفق معه التشريعات الجزائية
الوضعية المعاصرة¹.

كفل المشرع لمتهم حقه في الدفاع عن نفسه طيلة أطوار الدعوى العمومية، فضمن
بذلك تكافؤ الأسلحة بينه وبين النيابة العامة، فهذه الأخيرة تعتمد دوماً بما لها من سلطة إلى
جمع أدلة الإقناع ثم تطرحها على المحكمة رغبة منها في أن تكون قناعتها يقيناً بإدانة
المتهم، وهي بذلك تسائر قاعدة عبء الإثبات الملقى على عاتقها، فينهض المتهم يدرأ عن
نفسه التهمة بأدلة نفي تدحض ما سيق إلى المحكمة من قبل النيابة، رغبة منه في إدخال
الشك إلى قناعة المحكمة يؤدي بها إلى تبرئته، وهو بذلك يسائر قرينة البراءة الأصلية².

والمتهم يمارس حق دفاعه بطرائق متعددة، غير أن جميعها ترمي إلى استصدار
مقرر من جهة التحقيق أو الحكم يؤكد براءته، أو ما يعادل تلك البراءة، وتظهر ممارسة
المتهم لحقه في الدفاع في استعانته بمحام يدافع عن مصالحه طيلة أشواط التحقيق
والمحاكمة، كما تظهر هذه الممارسة في إبدائه دفاعات يرمي من ورائها إمام الطعن في
صحة إجراءات الدعوى العمومية فتكون بذلك دفاعات شكلية، وأما قطع الصلة بينه وبين
الجريمة، فيشكك في رابطة السببية بين الواقعة المجرمة من جهة وبين إسنادها إلى المتهم
من جهة أخرى فتسمى بذلك دفاعات في الموضوع، وكل من الطائفتين تخرجان عن نطاق
الدراسة.

وقد يبدي المتهم دفاعاً يرمي به إلى نسف ركن أو عنصر من عناصر البناء القانوني
لمجريمة فيخرجها من منطقة التجريم ويرجعها إلى منطقة الإباحة، وعناصر الجريمة تختلف
باعتبارها واقعة مركبة، فهي تحوي عناصر ذات صبغة جرمية بحتة كالاختلاس في جريمة

¹ سرى محمود صيام، الحماية القضائية للمتهم الإجرائية، المرجع السابق، ص 11.

² أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص 36.

السرقة وازهاق الروح في جريمة القتل، كما قد تحوي عناصر ذات صبغة مدنية كملكية الشيء المسروق في الجريمة الأولى، وحياة المقتول في الثانية.

ودفاع المتهم كما قد ينصب على العناصر ذات الصبغة الجرمية فيحاول إعدامها، قد ينصب أيضا على عناصر ذات صبغة مدنية باعتبارها من متطلبات الجريمة ونفيا يؤدي بالضرورة إلى قلب الجريمة واقعة مباحة بحكم التلازم المنطقي، ويقال أن يعتمد المتهم في دفاعه على إعدام عناصر ذات طبيعة مدنية لأن إثباتها ونفيها يخضع إلى أدلة قدر القانون مسبقا قيمتها، وهو أمر ليس ببيّن، بخلاف لو اتخذ دفاعه العناصر ذات الصبغة الجرمية محلاً، فالإثبات في هذه الحالة يكون هيئاً باعتبار تلك العناصر وقائع مادية تثبت بكل طرق الإثبات.¹

إتفق الفقه على تسمية العناصر الغير الجزائية المندمجة في الجريمة بالمسائل العارضة، أي التي تعرض للقاضي الجزائي بوصفها مسائل تبعية تتحلل في الواقعة محل التجريم لتصبح جزءاً منها، مع أنها منظوراً إليها في ذاتها مما يصح أن ترفع به دعوى مستقلة أمام القضاء المدني.

إذ يعتبر موضوع المسائل العارضة ذا أهمية كبيرة في جميع التشريعات المقارنة لأنه يتعلق بدور واختصاص. القاضي الجزائي للفصل في مثل هذه المسائل عندما تُعرض عليه أثناء نظره للدعوى الجنائية المطروحة عليه فيفصل فيها إعمالاً للمبدأ الشهير وهو أن **قاضي الدعوى هو قاضي الدفع** **« le juge de l'action est le juge de l'exception »** والذي ينتج عنه إمتداد اختصاص القاضي الجزائي بنظر مسائل غير جنائية إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً في مَدَاة، فقد أورد عليه المشرع في الجزائر وبعض الدول التي كانت محل مقارنة به كمصر وفرنسا، ما يعدُّ استثناءً عليه وتحديداً له في عدة مواضع

¹ محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص28.

مختلفة كما سنرى في هذه الدراسة، وهي المسائل الفرعية، وهذه المسائل تكون في أغلب الأحوال غير جنائية " مدنية - تجارية -إدارية - دستورية - وهكذا "، كما تتميز بأنها تتواجد في مرحلة سابقة من الناحيتين الزمنية والمنطقية على نشاط الجاني وترتب على الدفع بها إن صح عدم اكتمال البنيان القانوني للجريمة كما تحدده القاعدة الجنائية سواء فصل القاضي الجزائي في هذه المسائل أم قام بإيقاف الدعوى للفصل فيها من القاضي المختص، وذلك تحقيقاً لمبدأ إستقلال السلطات القضائية¹.

والمسائل العارضة على النحو المتقدم لا تثير فكرة الاختصاص، ذلك أن الدعوى جزائية كانت أو مدنية لا ينظر إليها كأجزاء ومفردات، بل ينظر إليها ككل ومجموع في باب الاختصاص، وعلى ذلك أرسى المشرع قاعدة عامة مفادها اختصاص القاضي الجزائي بكل ما يطرحه المتهم من دفاعات مهما كان نوعها، وبغض النظر عن طبيعتها: جرمية بحتة أو مدنية، فالقاعدة أن - قاضي الأصل هو نفسه قاضي الدفع - .

و المسائل العارضة ليست جميعا على صعيد واحد، وان كان الأصل فيها اختصاص. القاضي الجزائي بها باعتبارها مسائل أولية، غير أن المشرع يملك دائما الخروج على قواعد الاختصاص بنص صريح يقتضيه جزء من اختصاص. القاضي الجزائي بنظر المسألة العارضة ويرجعها إلى قاضيها الطبيعي كما لو لم تندمج أبداً في واقعة مجرمة، وانما رفعت استقلالاً إلى القضاء المختص بها وتعد حينئذ مسألة فرعية لا أولية.

وقد اختلف الفقه في التسميات التي تطلق على هذه المسائل وتعريفها، فيسميها تارة مسائل أولية وفرعية، وتارة أخرى مسائل عارضة، وثالثة بالمسائل الفرعية مع التمييز بين مسائل الأولية وذلك عندما يختص القاضي الجزائي بالمسائل المطروحة عليه، ومسائل فرعية تلزمه بإيقاف الدعوى الجنائية لحين الفصل في هذه المسائل من القضاء المختص بها،

¹. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، نادي قضاة، 1991، ص. 21

ونحبذ هذه التسمية الاخيرة " المسائل الفرعية " لأسباب سوف نرودها في موضعها من هذه الرسالة .

والمسائل العارضة في الأصل هي تلك الوقائع أو الصفات الشخصية أو الموضوعية أو القانونية، التي تواجه القاضي الجزائري أثناء نظره الدعوى العمومية وهي إن اختلفت طبيعتها الإجرائية كمسائل أولية وفرعية إلا أنها تتفق في أغلب الأحوال في أنها عُصْر يدخل في مكونات الجريمة محل الدعوى، وهو ما يطلق عليه تعبير " مفترضات الجريمة "، وتكون سابقة على نشاط الجاني، مثل ملكية الغير للمال المختلس في جريمة السرقة، وعقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة بالنسبة للعقود التي نص. عليها القانون المدني، وتوافر عقد الزواج في جريمة الزنا، وصفة المواطن أو الجنسية الأجنبية في الجنايات والجنح ضد أمن الدولة، وصفة الموظف العمومي في جريمة الرشوة واختلاس المال العام، وتوقف التاجر عن الدفع في جريمة الإفلاس بالتقصير أو التدليس، ومدى توافر شروط الشيك الشكلية والموضوعية في جريمة إصدار الشيك بدون رصيد طبقا لما يتطلبه القانون التجاري، واختصاص. القاضي الجزائري بنظر هذه المسائل غير الجنائية ليس مطلقا كما قلنا بل إن المشرع قد نص صراحة على حالات معينة يقف فيها مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع وينحسر لأسباب واعتبارات يختص. بها قاض آخر، مثل مسائل الأحوال الشخصية والإدارية والدستورية والجنائية والعقارية عند المشرع الفرنسي، كما عني القضاء والفقهاء بتأصيل وتحديد حالات أخرى لم يتناولها المشرع بالنص ، وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي الجزائري لا يستطيع الفصل في الدعوى الجنائية¹.

وعلى ذلك يتبادر لذهن المتمعن جملة إشكاليات، من بينها: **ما هو المقصود بالمسائل العارضة في التشريع الجزائري ؟** وطالما أنها ليست جميعها على صعيد واحد فما

¹ فوزية عبد الستار، شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقا للأحدث التعديلات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010، ص163.

الضابط في تمييز كل نوع منها؟ وهل يختص القاضي الجزائي بالفصل في كل أنواعها أم في بعض منها؟ وما حجية فصله في تلك المسائل أمام القضاء المختص أصلاً بنظرها؟ وهل يستعين القاضي بقواعد الأثبات المقررة في قانون الإجراءات الجزائية والذي يتميز بحرية الإثبات، أو أن القاضي الجزائي إذا ما أراد أن يتصدى للفصل فيها فإنه يطبق قواعد الإثبات الخاصة بها حسب طبيعتها؟

إذ تعد المسائل العارضة من أهم وأعقد المسائل على الإطلاق في باب الإجراءات الجزائية، زادها تعقيداً ما خصصه المشرع لها من مساحة في قانون الإجراءات الجزائية بمجموع لا يتعدى المادتين، فلم يشبع بالتالي العاملين في ميدان القانون من أحكامها الكثيرة نظراً لإيجاز المشرع المخل، وقد أدى ذلك بالضرورة إلى تذبذب أحكام القضاء بخصوصها، بل ومخالفتها للمصلحة من إقرارها في العديد من المرات، زاد ذلك قلة إجتهدات المحكمة العليا فيها نتيجة عزوف محاكم أول درجة عن تطبيقها.

وليس أمر الفقه من القضاء ببعيد، فلم يحفل الفقه الجنائي عموماً بدراسة موضوع المسائل العارضة إلا عارضاً، فشراح الإجراءات الجزائية لا يخوضون في هذا الموضوع إلا بصفة تبعية عند شرحهم لنظرية الاختصاص، وتكاد تندر الدراسات التي تناولت موضوع المسائل العارضة بصفة مستقلة، باعتبارها نظرية لها أسسها وأحكامها وحدودها التي تستقل بها عن نظرية الاختصاص.

أمّا في الفقه الجزائري فتكاد تنعدم الدراسات في هذا الباب، ففيما يخص شراح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تجدهم لا يخوضون في المسائل العارضة بل يتجاوزونها كما هو الحال في مؤلف الدكتور عبد الله أوهاببية الذي لم يتعرض لها إطلاقاً، ولا ننكر مع ذلك ما صدر عن بعض الفقه من كتابات جادة في الموضوع على شاكلة مؤلف المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية للأستاذ عبد الحميد زروال.

وعلى ذلك كان اعتماد الباحث بشكل أساسي على ما جاد به الفقه المشرقي بهذا الخصوص، كل ذلك مع مراعاة خصوصية التشريع الجزائري، وتلقيح ذلك الفقه بمجموعة من الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري .

ليظهر وكأن القضاء في الجزائر قد تبنى رأياً من تلك الآراء الفقهية، مع الرجوع دائماً إلى التشريع والفقه الفرنسيين لسببين بسيطين: الأول أن فكرة المسائل العارضة قد تبلورت تاريخياً في فرنسا، والثاني أن التشريع الفرنسي كان ولا يزال النص الأصلي الذي يرجع إليه فيما غمض وأبهم من نصوص. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، وهو النص الذي يرجح إذا عارضه النص. الرسمي بالعربية، وعلّة الترجيح الخطأ في الترجمة.

من خلال ما تقدم يبين أن الباحث قد دُفع دفْعاً إلى اعتماد المنهج المقارن في الدراسة، فبه وحده يلاحظ القارئ دقة الأحكام التي تمتاز بها المسائل العارضة سواءً في التشريع أو في الفقه، ولتوضيح تلك الدقة اعتمد الباحث كذلك على المنهج التحليلي من أجل تبسيط ما تعقد من أحكام المسائل العارضة وجمعها مفهومة في متناول القارئ.

سيحاول الباحث الإجابة على الإشكاليات التي سبق إبدائها من خلال خطة البحث التالية: حيث تقتضي دراسة هذه المسائل البدء بتحديد ماهيتها وتقسيماتها وأراء الفقه والقضاء ثم الانتقال لبيان طبيعتها كدفع يديه صاحب المصلحة وهو غالباً ما يكون المتهم، مع إيضاح حدود الاختصاص. بالفصل في هذه المسائل، وتتطلب هذه الدراسة أيضاً توضيح المبدأ الأصولي المستقر في قانون الإجراءات الجنائية ألا وهو أن - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع - وخصائصه ومبرراته كما أوردها الفقه والقضاء في مختلف التشريعات وبالخصوص. مع شرح كيفية إثبات القاضي الجزائي لهذه المسائل غير الجنائية ومدى التزامه بقواعد الإثبات غير الجنائية، وهو ما سوف نعالجه في الباب الأول، ونخصص. الباب الثاني لدراسة الاستثناء الوارد على المبدأ المذكور وهو ما يسمى " المسائل الفرعية "

مع بيان حالات هذا الاستثناء وخصائصها وشروطها وأثارها على الدعوى الجنائية المنظورة أمام القاضي الجزائي .

الباب الأول

ماهية المسائل العارضة

تقتضي دراسة هذه المسائل البدء بتحديد ماهيتها وتقسيماتها وأراء الفقه والقضاء ، مع بيان طبيعتها كدفع يبيده صاحب المصلحة وهو غالباً ما يكون المتهم ، مع إيضاح حدود الاختصاص بالفصل في هذه المسائل في الفصل الأول ، مع توضيح المبدأ الأصولي المستقر في قانون الإجراءات الجنائية ألا وهو أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع

وخصائصه ومبرراته كما أوردها الفقه والقضاء ، مع تبيان كيفية إثبات القاضي الجزائري لهذه المسائل ومدى إلتزامه بقواعد الإثبات في الفصل الثاني من هذا الباب.

الفصل الأول

مفهوم المسائل العارضة وتقسيماتها.

يستلزم تحديد مفهوم المسائل العارضة التي تُعرضُ للقاضي الجزائري أثناء سير الدعوى العمومية، أن نحدد أيضا ما يندرج تحت تعريفها من موضوعات ذلك لإختلاف الفقه حول تعريفها وما يدخل تحت كل تعريف من هذه المسائل هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى

فالقضاء لم يَعرِنِ بهذه المسائل العناية الكافية إلا من ناحية ترتيب نتائجها على كل طائفة من هذه المسائل وإبراز تطبيقاتها المختلفة دون تأصيلها وتحديدها على نحو كافٍ ولا يزال المشرع الجزائري يفتقر إلى نصوص التي تحدد جميع هذه المسائل ومدى إختصاص القاضي الجزائري بنظرها، وهذا ما سنعرض له ببيان تعريفها وما يندرج تحتها في ضل التشريعات المختلفة ، ثم نعرض الطبيعة القانونية والإجرائية لها، وأخيراً حدود سلطة القاضي الجزائري عند فصله فيها، وعلى ذلك فإن هذا الفصل ينقسم الى مباحث ثلاثة يعالج أولها تعريف المسائل الاولية والفرعية، ويتناول ثانيها طبيعتها،بينما يعكف ثالثها على رسم حدود سلطة القاضي الجزائري عند نظرها .

المبحث الأول

تعريف المسائل العارضة وتقسيماتها

لم يعرف المشرع الجزائري المسائل العارضة -حتى أنه لم يشر إليها بهذا اللفظ في المادتين 330 و 331 من قانون الاجراءات الجزائية¹ - وهو مسلك غير سليم من جانبه ذلك أن السياسية التشريعية الحديثة تقوم على تعريف الأحكام القانونية قبل تنظيمها حسماً لجدل الفقه بخصوصها، وقد إقتصر المشرع على تحديد الميدان الذي تنشط فيه المسائل العارضة فنص في المادة 330 من القانون السابق² على أن المحكمة المطروحة أمامها الدعوى الجزائية تكون مختصة بالفصل في جميع الدفوع التي يبديها المتهم دفاعاً عن نفسه، ومن بين تلك الدفوع ما يكون مضمونه مسألة أولية ، ثم نص تكملة للمادة السابقة : "...ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، محددًا بذلك تحديداً سلبياً ما قد يطرح على المحكمة الجزائية نوع آخر من أنواع المسائل العارضة و هي المسائل الفرعية .

¹ الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج رعدد 1966، 48.

² تنص المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية على : "تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبديها المتهم دفاعاً عن نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك".

على أثر ذلك - أي عدم تقديم المشرع لتعريف للمسألة العارضة - وجد الفقه مجالاً خصباً للخوض في تعريف هذه المسائل زيادة في توضيحها وتمييزها عما يشابهها من مسائل أخرى تقترب معها في ميزتها أو خصائصها أو شروطها .

المطلب الاول

تعريف المسائل العارضة

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول يتضمن التعريف إصطلاحي للمسائل العارضة، أما الثاني فيتم من خلاله معرفة التعريف الفقهي والقضائي للمسائل العارضة. الفرع الأول-التعريف اصطلاحى للمسائل العارضة¹ :

تضمُّ المسائل العارضة كلاً من: المسائل الأولية (Les Questions Préalables)، والمسائل الفرعية (Les Questions Préjudicielles).

وقد وقع المشرع الجزائري في خلط بين المصطلحات نتيجة للترجمة الخاطئة من النص الاصلى بالفرنسية إلى العربية، لذا فقد عبر بمصطلح المسائل الأولية بدل مصطلح الفرعية ترجمة للفظ (Les Questions Préjudicielles)، بينما نجد في مواضيع أخرى من قانون الاجراءات الجزائية قد إستعمل مصطلح المسائل العارضة² وعبر عنها بالفرنسية بلفظة (incidents) أي عارض الجلسة او طارئ الجلسة³

كما يعرف العارض من الناحية اللغوية بالرجوع إلى الفعل عَرَضَ، أي عَرَضَ الشيء يَعْرِضُ، إِنْتَصَبَ وصَارَ عَارِضاً، وقد عَرَضَ عَارِضٌ، أي حالٌ حائلٌ ومنع مانع، وقد استعمل

¹ بما أن مصطلح المسائل ذات مدلول واضح ومتداول بين شراح القانون والباحثين، فقد تم الإقتصار على بحث مصطلح العارض في اللغة فقط.

² تنص المادة 305 من قانون الإجراءات الجزائية على: "... وتفصل المحكمة بدون اشتراك المحلفين في جميع المسائل العارضة التي تثار في تطبيق نص هذه المادة" .

³ راجع المواد 291، 314 من قانون الاجراءات الجزائية.

العارض أيضا بمعانٍ مختلفة عن المعنى الذي ورد أعلاه، كدلالته على الآفة التي تعرض في الشيء، أو معنى السحاب المثل الذي يعترض في الأفق، وقد ورد ذلك في قوله تعالى: (فلما رأوه عارضا مستقبلاً أوديتهم قالوا هذا عارض ممطرنا)¹، أي قالوا هذا الذي وعدنا سحاب فيه الغيث²، و يقال: لا تَعْرِض ولا تَعْرِض لفلان، أي لا تعرض له بمنعك أو بإعتراضك أن يقصد مراده ويذهب مذهبه، ويقال سلكت طريق كذا فعرض لي في الطريق عارض، أي جبل شامخ قطع علي مذهبي على صوبي³ وفي القضاء عارض في الحكم الغيابي: رفعه إلى المحكمة التي أصدرته طالباً إلغاءه أو تعديله.

وقد ورد ذكر هذا المصطلح في القرآن الكريم عندما أورد المصدر الدال عليه، ويظهر ذلك من قوله تعالى: (وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُوا وَتَتَّقُوا)⁴، وقد أراد بذلك أن لا تجعلوا الحلف بالله معترضاً مانعاً لكم أن تبروا، فجعل العرضة بمعنى المعترض⁵.
و العارض في اللغة (هو المانع الذي يحول دون تحقيق الغاية التي يقصدها القاصد)⁶.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقضائي للمسائل العارضة

1 سورة الأحقاف - الآية 24.
2 جبران مسعود، الرائد، دار العلم للملايين، ط7، بيروت 1992، ص1016.
3 أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور - لسان العرب - المجلد السابع - دار صادر للطباعة والنشر - بيروت - 1995 - ص 174.
4 سورة البقرة - الآية 224.
5 قال ابن جريج : نزلت في أبي بكر الصديق حين حلف أن لا ينفق على مسطح حين خاض في حديث الإفك، والعرضة : أصلها الشدة والقوة ومنه قيل للدابة التي تتخذ للسفر عرضة لقوتها عليه ثم قيل لكل ما يصلح لشيء هو =عرضة له حتى قالوا للمرأة هي عرضة النكاح إذا صلحت له والعرضة كل ما يعترض فيمنع عن الشيء ومعنى الآية (لا تجعلوا) الحلف بالله سببا مانعا لكم من البر والتقوى يدعى أحدكم إلى صلة رحم أو بر فيقول حلفت بالله أن لا أفعله فيعتل بيمينه في ترك البر (أن تبروا) معناه أن لا تبروا كقوله تعالى " يبين الله لكم أن تضلوا " الآية 176 النساء أي لئلا تضلوا وتتقوا وتصلحوا بين الناس والله سميع عليم ،أنظر محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، طبعة 2001، ص263.
6 إباد خلف محمد ، المسائل العارضة في الدعوى الجزائئية ،المكتبة القانونية ، 2004، ص6.

سبق ذكر عدم تقديم المشرع لتعريف يحدد فيه المقصود بالمسائل العارضة، وترتب على ذلك بالضرورة أن تصدى الفقه والقضاء لهاته المهمة، فاشتغل فقهاء القانون الجنائي بتناول فكرة المسائل العارضة وهم بصدد شرح قانون الاجراءات الجزائية في الباب الخاص باختصاص المحكمة النازرة في الدعوى العمومية، لذا سنتطرق لبعض تلك التعريفات مع ما شابها من عيوب - غير أنه ما يلاحظ على تلك التعاريف أنها جميعها جاءت مختلفة في تراكيبها متفقة في معناها - محاولين في خضم ذلك تقديم تعريف يجمع أهم العناصر التي تقوم عليها فكرة المسائل العارضة .

أولاً: التعريف الفقهي للمسائل العارضة.

تعرض الأستاذ علي جروة لفكرة المسائل العارضة من خلال تقسيمها إلى مسائل أولية وأخرى فرعية، فعرف الأولى بأنها: " تلك الإشكاليات المطروحة أمام المحكمة التي تعترض الفصل في الدعوى مما يتعين البت فيها بصفة أولية قبل التطرق للموضوع كحالة الدفع بسقوط الدعوى أو سبق الفصل فيها وعدم إحترام إجراء من الاجراءات الجوهرية وغيره، وهذه مسائل أولية وجب التصدي لها قبل التطرق للموضوع"¹، بينما عرف الثانية بأنها: " تلك العوارض التي تطرأ على الدعوى الجزائية ويتطلب البت فيها من طرف جهة أخرى مستقلة يتوقف عليها الفصل في موضوع الدعوى المنظورة أمام المحكمة، وتبعا لذلك وجب وقف الفصل فيها الى حين فض النزاع المعروض أمام الجهة المختصة للبت فيه بصورة مستقلة عن الدعوى الاصلية"²

¹ علي جروة، الموسوعة في الاجراءات الجزائية، المجلد الثالث -في المحاكمة-، بدون دار نشر، الجزائر، 2006، ص 363.

² فوزية عبد الستار، شرح قانون الاجراءات الجزائية وفقا للأحدث التعديلات، المرجع السابق، 2010، ص 446

كما عرفت الدكتورة فوزية عبدالستار المسائل العارضة بقولها: " تلك المسائل التي تثور أمام القاضي الجزائي أثناء نظر الدعوى الجنائية، ولا تدخل - بحسب الاصل - في إختصاصه، ويكون الحكم في الدعوى الجنائية متوقفا على الفصل فيها "¹. ويمكن توجيه سهام النقد لهذا التعريف على طريقتين الأول لغوي في قوله "...تلك المسائل التي تثور "²... فكلما (تثور) غير دقيقة باعتبار أن المسائل العارضة تثار ، فهي تثار من طرف المتهم كوسيلة من وسائل الدفاع و تثور من تلقاء نفسها، والثاني قانوني باعتباره لم يحدد الفرق بين المسائل الاولية والمسائل الفرعية، فهذه الأخير هي فقط التي لا تدخل بحسب الأصل في إختصاصه أما المسائل الأولية فهي من صميم إختصاص القاضي الجزائي .

ف نجد أنصار تسمية هذه المسائل بالمسائل العارضة، يجمعون بذلك هذه المسائل تحت تعريف ومسمى واحد دون أن يقسمها إلى مسائل أولية أو فرعية، وهي عارضة لأنها تثار عرضاً أمام المحكمة الجزائية وليست في الأصل من إختصاصها، يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية، ولكن يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها، مثل المسائل المدنية والتجارية،

ما ينص القانون على خلاف ذلك كالمسائل الجنائية والإدارية والأحوال الشخصية فيوقف القاضي الجزائي الفصل في الدعوى لحين الفصل فيها من الجهة المختصة³ ، أو هي فرعية لأنها تتفرع عن الدعوى الأصلية المطروحة، وبحيث يجب التعرف على حكم

¹ نفس المرجع، ص363.

² أثار -إثارة - ثاره جعله يثور ويقال أثار الشيء : خلقه،أوجده " أثار الفكرة أو الموضوع " أنظر جبران مسعود، المعجم السابق، ص112.

³ محمود مصطفى- شرح القانون الاجراءات الجنائية- ط12-،دار النهضة العربية،1988-،ص 364 وما بعدها .

القانون في كل الأحوال سواء برأي من القاضي المعروضة عليه الدعوى الأصلية أو من جهة أخرى مختصة حددها القانون عملاً بمبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع¹.

ويعلل أنصار هذه التسمية بالمسائل العارضة رأيهم في جمع هذه المسائل تحت مسمى ومدلول واحد بثلاثة أمور هي²:

✓ هو دخولها في البناء القانوني للفعل الاجرامي موضوع الدعوى .
✓ هو توقف قيام الجريمة من عدمه على الفصل فيها لأن الدفع بها إن صح ترتب عليه تقويض بنيانها القانوني .

✓ إنها من طبيعة واحدة " مفترضات"³ والدفع بها ذو طبيعة إجرائية واحدة أيضا ، وكل الفارق بينها أنه إذا ما دفع مثلا بدفع يتعلق بعقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة، وعقد الزواج جريمة الزنا، أنه في الحالة الأولى نكون إزاء مسألة فرعية يختص بها القاضي الجزائي أما في الثانية فهي لا يختص بها⁴.

أما الدكتور محمود نجيب حسني فقد فرق بين المسائل الاولية والمسائل الفرعية مع إعتبار كلاهما مسائل عارضة، فعرف الأولى بأنها: " المسائل العارضة التي تثور أثناء النظر الدعوى الجنائية، ويختص القاضي الجزائي بحسمها كي يستطيع بعد ذلك الفصل في الدعوى"⁵.

¹ إباد خلف محمد ، المسائل العارضة في الدعوى الجزائية، المرجع السابق ، ص 42 .
² إن من بين التسميات و التعريفات التي قبلت في المسائل العارضة محل البحث سواء أكانت تعرفها بأنها أولية أو فرعية أو عارضة، أنها محض إنعكاس للمبدأ الأصولي المستقر في قانون الإجراءات الجنائية و هو مبدأ قاضي = =الدعوى هو قاضي الدفع والأستثناء الذي يرد عليه أنظر إدوار غالي الذهبي وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية، ط3، 1991، مكتبة غريب القاهرة، ص255.
³ الركن المفترض هو وضع قانوني معين يحميه المشرع قبل أن تقع الجريمة التي تمثل الاعتداء عليه مثل توفر عقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة و توافر صفة الموظف في جرائم الأعتداء على الوظيفة العامة .
⁴ حسن صادق المرصفاوي- المرصفاوي في الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية - منشأة المعارف-، 1997، ص 534.
⁵ محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات التشريعية، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، القاهرة، 2013، ص، 390، 391 .

بينما عرف المسائل الفرعية بأنها: " المسائل العارضة تثور أثناء النظر في الدعوى حتى تحسم المحكمة المختصة هذه المسألة، ثم يفصل بعد ذلك في الدعوى متقيداً بما قرره هذه المحكمة"¹ .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يفصل سابقه نتيجة تناوله نوعي المسائل العارضة بالتحديد، فتقادي بذلك النقد الذي وجه إلى التعريف السابق، غير أنه وقع في نفس الخطأ اللغوي عندما إستعمل لفظة تثور بدل لفظة تثار.

ومن جهة أخرى أعتبر أن من يفصل في المسألة الفرعية هي محكمة مختصة بتلك المسألة، غير أنه لا يكون دائما الأمر كذلك، فليس بالضرورة أن تكون الجهة المختصة بحسم المسألة الفرعية هي دائما جهة قضائية، قد تكون جهة إدارية او دبلوماسية كما هو الحال في مسائل الجنسية ،

ونجد الدكتور **كامل السعيد** قد فرق بين المسائل الاولية والفرعية²، معتبرا المسائل الاولية بانها جميع المسائل العارضة التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى العمومية والتي تختص المحكمة الجزائية بحسب الأصل في الفصل فيها بصفة تبعية في نفس الدعوى، فالمسائل الاولية تشكل القاعدة العامة، إذ الأصل إختصاص القاضي الجزائي بحسم كل ما يثور أثناء نظر الدعوى من دفعات تطبيقا للمبدأ الأصولي الشهير والذي سنفرده له فصلاً من الدراسة القائل أن - **قاضي الأصل هو قاضي الدفع أو الفرع** -³،

وقد أضاف قائلاً أن سبب إعتبارها مسائل عارضة يرجع لكونها ليست موضوع مناقشة أصلية أمام المحكمة الجزائية، وإنما يثور عرضاً لإمكان الفصل في موضوع الدعوى الجزائية

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، نفس المرجع والموضع السابق.

² كامل السعيد، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، الطبعة الاولى، عمان، 2008، ص701-702.

³ إن هذا المبدأ يجعل من المحكمة الجزائية الناظرة في الدعوى الجزائية ذات إختصاص للفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية المنظورة من قبلها، أنظر عبد الحميد شواربي، حجية الاحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط1996، ص115.

تم عرف المسائل الفرعية بأنها مسائل عارضة تنثور أثناء النظر في الدعوى العامة، ولكن لا تختص بحسمها المحاكم الجزائية، وإنما يوقف النظر في الدعوى العامة حتى تحسم المحكمة المختصة هذه المسألة، ثم تفصل بعد ذلك في الدعوى متفيدة بما قررتة المحكمة، وقد أضاف قائلاً إن هذه المسائل - أي المسائل الفرعية - تشكل استثناء يرد على الاصل¹ ما وجه من انتقادات للتعريف السابقة يبقى صالحاً هذا التعريف، غير أن ميزة هذا التعريف وكذا التعريف الذي سبقه الاشارة إلى تقيد القاضي الجزائي بما قررتة الجهة المختصة بحسم المسألة الفرعية وهو ما يشكل قلباً لقاعدة- الجزائي يوقف المدني-، بحيث يصبح لدينا قاعدة معكوسة مفادها أن المدني يعقل الجزائي .

ويوجد تعريف آخر **لدكتور على زكي العرابي** يرى فيه أن المسائل العارضة: " هي مسائل قانونية تطرح أمام القاضي الجزائي أثناء نظر الدعوى بصورة " دفع " يهدف به الخصم إلى وقف سير الدعوى للبحث في مدى توافر عناصر الجرم الجزائي، حيث يتوقف على ضوء هذه النتيجة أما إثبات عدم وجود أساس لنظر الدعوى أو التأثير في نتيجة الحكم إدانة أو براءة أو ما يعادل تلك البراءة".

يؤخذ على هذا التعريف أنه أخلط بين المسائل العارضة والمسائل الفرعية باعتبارها نوعاً من أنواع الأولى، ويحسب له أنه ذكر الأثر المترتب على إبداء المسألة الفرعية مفرقا بين الأثر الذي يمس شكل الدعوى العمومية، أي قبول رفعها أمام القضاء، وبين الأثر المتعلق بمصير الدعوى إن بالبراءة أو بالإدانة.

1 كما عرف الفقه المسائل الفرعية: (Question préjudicielle à L'action) بأنها عقبة تمنع تحريك الدعوى العمومية ورفعها أمام المحكمة حتى يفصل فيها القضاء المختص وإلا كانت غير مقبولة أمام المحكمة فتقضي بذلك ويكشف هذا التعريف عن أن هذه المسائل تمثل مخالفة لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع « le juge de l'action est juge l' exception .

أما الدكتور رؤف عبيد فقد عرف المسائل الأولية بأنها جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية، والتي تختص المحكمة الجنائية بحسب الأصل بالفصل فيها بصفة تبعية في نفس الدعوى¹.

أما المسائل الفرعية فهي تلك التي قد ترفع بها دعوى مستقلة أمام جهة الاختصاص، وحينئذ قد يوقف النظر في الدعوى الجنائية حتى يتم الفصل فيها². وقد تلافى هذا التعريف ما وجه لسابقه من إنتقادات حينما لم يعبر عن الجهة المختصة بحسم المسألة الفرعية بلفظة (المحكمة)، وإنما سمَّها جهة الاختصاص وهو تعبير في غاية الدقة.

وقد عرف الدكتور نبيل شديد الفاضل رعد المسائل العارضة بأنها: "تلك المسائل التي تُطرح حصراً حقوقاً غريبة على القضاء الجزائي"³.

ويؤخذ على هذا التعريف بالإضافة إلى الإيجاز المخل الذي إعتراه أنه أعتبر المسائل العارضة عبارة عن حقوق غريبة على القضاء الجزائي قاصداً بذلك ما يتعلق بالحقوق المدنية والتجارية والشخصية والادارية ... الخ، غير أن المسألة العارضة قد تكون ذات طبيعة جزائية وبذلك فهي تطرح مسألة غير غريبة عن إختصاص القاضي الجزائي ومع ذلك يضطر القاضي الجزائي الى إرجاء الفصل في الدعوى العمومية إلى غاية حسم المسألة العارضة⁴.

¹ تنص المادة 222 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن "تختص المحكمة الجنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها..."

² رؤف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، 2006، ص588.

³ نبيل شديد الفاضل رعد، الدفوع الشكلية في قانون اصول المحاكمات الجزائية-دراسة مقارنة-، الجزء الاول، الطبعة الثانية، بيروت، 2009، ص588.

⁴ ومن قبيل المسائل العارضة ذات الطبيعة الجزائية ما يتعلق بجريمة الوشاية الكاذبة المنصوص عليها في الفقرة الاخيرة من المادة 300 من قانون العقوبات الجزائري.

وقد عرف الفقيه ميرلان (Merlin) المسائل الفرعية بأنها: "تلك المسائل التي يجب الفصل فيها قبل المسائل الاخرى"¹.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه جاء عاماً وفضفاضاً، وتنقصه الدقة بحيث يشمل المسائل الفرعية والأولية دون أن يميز بينها".

أما الفقيه لوبواتفين (Le Poittevin) فيعرف المسائل الفرعية بأنها: "تلك المسائل التي تمسّ عنصراً من عناصر الجريمة والتي لا يمكن للمحكمة الجزائية الفصل فيها تبعية، إذ تستوجب دعوى أصلية مستقلة"².

وميزة هذا التعريف أنه أعطى الطبيعة الحقيقية للمسائل الفرعية بكونها تشكل ركناً مفترضاً في تكوين البيان القانوني للجريمة³، ومن جهة أخرى أن المحكمة الجزائية لا تملك سلطة الفصل فيها بل لا بد من اقامة دعوى مستقلة أمام القضاء المختص بالفصل في المسألة الفرعية⁴، غير أن ما يؤخذ عليه عدم تحديده لمصدر الوقف وهو دائماً نص القانون فهو وحده من يملك سلطة سحب الاختصاص من قضاء وإسناده الى قضاء آخر .

ويعرف الفقه أيضاً المسائل الأولية بأنها « Questions Préales » هي جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية، وتختص المحكمة الجنائية بحسب الأصل بالفصل فيها بصفة تبعية في نفس الدعوى مستندة في ذلك الى نص المادة

¹ عبد الحميد زروال، المسائل الفرعية امام المحاكم الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 15.

² إياد خلف محمد، المسائل العارضة في الدعوى الجزائية، المرجع السابق، ص 23.

³ أما المسائل الفرعية "Questions Préjudicielles" فهي كل ما يتفرع عن بحث أركان الجريمة من مشكلات وتتميز عن المسائل الأولية في تعلقها بأركان الجريمة لا بمفترضاها السابقة وقوعها، وهذه المسائل لا يختص القاضي الجنائي بنظرها بل يوقف الدعوى انتظاراً للفصل فيها من القاضي المختص بها مثل المسائل الجنائية، أنظر أحمد فتحي

سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية-ط10، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2016، ص 291

⁴ يصح أن ترفع به أمام دعوى مستقلة أمام القاضي المدني .

221 من قانون الإجراءات جنائية والتي تنص على أن " تختص المحكمة الجنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها .."¹.
أما المسائل الفرعية « Questions Préjudicielles » فهي تلك التي ترفع بها دعوى مستقلة أمام جهة الاختصاص، وحينئذ يوقف النظر في الدعوى الجنائية حتى يتم الفصل فيها بعد ذلك في الدعوى حسبما تقرره هذه المحكمة، وهذه المسائل الأولية قد تكون مدنية مثل تكيف العقد أو تأويله في جرائم خيانة الأمانة، وملكية العقار في جرائم التعدي على الملكية العقارية ، وملكية الشيء المسروق في جريمة السرقة وحياة المقتول في جريمة القتل ،أو مسائل إجرائية مثل القول بقيام الحجز أو بعدم قيامه، والتزامات الحارس في جرائم الإعتداء على الحجز.²

حيث نجد أن أصحاب هذه التعاريف إنتهجوا نهجاً يرجع الى جهة الاختصاص التي تنتظر المسألة فقط فهي أولية لأن المحكمة الجنائية تقضى فيها وفرعية لأن جهة أخرى تنتظرها بغض النظر عن طبيعة المسألة المطروحة أمام القاضي سواء تعلقت بالجريمة محل الاتهام أم لا وبالتالي تعتبر مسائل أولية تابعة للدعوى الجنائية المسائل المدنية وكل المسائل المتعلقة بقبول الدعوى ودخولها في ولاية القاضي الجزائي كالتقادم والعفو وحجية الشيء المقتضى فيه، وتعتبر فرعية المسائل التي لا ينظرها القاضي الجنائي بل يوقف الدعوى لحين القضاء فيها من جهة أخرى سواء أكانت إدارية أو جنائية أو أحوال شخصية³.

بينما نجد جانب آخر من الفقه يعرفها بأنها وقائع أو أعمال قانونية يتعين توافرها من الناحية المنطقية قبل الركن المادي للجريمة باعتبار أنها مفترض للجريمة، الذي هو وضع

¹محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات التشريعية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2013، ص123.

² محمود نجيب حسني - شرح قانون الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 390 وما بعدها.

³ عبد الحميد زروال، المسائل الفرعية ، المرجع السابق، ص46.

قانوني معين يحميه المشرع قبل أن تقع الجريمة التي تمثل الاعتداء عليه¹، مثل توافر عقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة، وتوافر صفة الموظف العام في جرائم الاعتداء على الوظيفة العامة، وهذه المسائل الأولية تدخل في اختصاص القاضي الجزائي مالم ينص القانون على خلاف ذلك، أما المسائل الفرعية في تعلقها بأركان الجريمة لا بمفترضاها السابقة على وقوعها، وهذه المسائل لا يختص القاضي الجزائي بنظرها بل يوقف الدعوى إنتظاراً للفصل فيها من القاضي المختص بها مثل المسائل الجنائية²، ويؤخذ على هذا الاتجاه إصطدامه بعقبة نابعة من نصوص قانون الإجراءات الجنائية لأن قيام العلاقة الزوجية وهو مفترض في جريمة الزنا لا يدخل بحسب الأصل في اختصاص القاضي الجنائي المختص بدعوى الزنا باعتباره من مسائل الأحوال الشخصية التي أجاز المشرع المصري للمحكمة الجنائية أن توقف الدعوى الجنائية لإحالتها إلى الجهة ذات الاختصاص " المادة 223" إجراءات جنائية مصري³،

1 حسن صادق المرصفاوي- المرصفاوي في الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية، المرجع السابق، ص 297.

2 أحمد فتحي سرور- الوسيط في القانون الاجراءات الجنائية ط10، المرجع السابق، ص 291- 762.

3 يتوقف على الفصل في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية جاز للمحكمة الجنائية أن توقف الدعوى وتحدد للمتهم أو للمدعي بالحقوق المدنية أو للمجني عليه حسب الأحوال أجلاً لرفع المسألة المذكورة إلي الجهة ذات الاختصاص " فأجاز الشارع بذلك للمحكمة الجنائية سلطة تقدير جدية النزاع وما إذا كان يستوجب وقف السير في الدعوى الجنائية أو أن الأمر من الوضوح أو عدم الجدية بما لا يقتضي وقف الدعوى واستصدار حكم فيه من المحكمة المختصة، ولما كانت المحكمة المطعون في حكمها لم تر من ظروف الدعوى أن الأمر يقتضي وقفها ريثما يتم استصدار حكم من محكمة الأحوال الشخصية ومضت في نظرها مقررة للاعتبارات السائغة التي أو ردتها أن الطاعن هو بعينه... وليس... كما زعم حين اتخذ إجراءات تحقيق الوفاة والوراثة محل الجريمة، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن في = هذا الصدد لا يكون له محل (نقض 1978/1/9 مجموعة القواعد القانونية س 29 ص 32)، كما أجاز الشارع في المادة 223 إجراءات جنائية للمحكمة الجنائية سلطة تقدير جدية النزاع وما إذا كان يستوجب وقف السير في الدعوى الجنائية أو أن الأمر من الوضوح أو عدم الجدية بما لا يقتضي وقف الدعوى واستصدار حكم فيه من المحكمة المختصة (نقض جلسة 1978/1/9 س 29 ق 5 ص 32) أنظر محمود مصطفى- شرح القانون الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 126.

وبذلك نكون بصدد شرط مفترض لا يدخل - بحسب الأصل - في عداد المسائل الأولية ويخرج من اختصاص القاضي الجنائي¹.

والخلاصة هي أن الفقه يقسم المسائل التي تعرض للقاضي الجزائي إلى : مسائل أولية وهي التي تهدف إلى القضاء بعدم قبول الدعوى نهائياً وهذا ما جرى عليه الفقه .

ومسائل فرعية وهي إما أن تكون سابقة على الدعوى يترتب عليها منع تحري الدعوى العمومية إلى أن يفصل فيها من القاضي المختص، أو سابقة على الحكم ويقضي فيها القاضي طبقاً لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع إلا إذا أخرجها المشرع من اختصاصه لتفصل فيها جهة أخرى .

ثانياً: التعريف القضائي للمسائل العارضة.

أما بخصوص القضاء فلا ينهض هذا الأخير عادة بتعريف المسائل القانونية وإنما وظيفته تكمن في الفصل في القضايا، غير أن المحاكم العليا في الدولة عادة ما تضع تعاريف لمسائل كثر بشأنها الخلاف القضائي وهي بصدد صياغة إجتهد أو في إطار وظيفتها العادية في مراقبة مدى فهم وتطبيق محاكم الموضوع لنصوص القانون وتوحيد العمل القضائي .

لذا نجد أن المحكمة العليا في الجزائر تقتصر في كثير قراراتها على تعداد العناصر التي يتطلبها اثاره الدفع بالمسالة العارضة، أو تقوم بالتأكيد على الطبيعة القانونية للمسالة العارضة كونها ركناً من أركان الجريمة أو عنصراً من عناصرها يؤدي قيامها الى نفي الجريمة، كما هو الحال في قرارها الصادر بتاريخ 2003/05/05 بقولها: "... بانه من الشروط الاساسية لقبول الدفع الاولي أن يكون من طبعه نفي وصف الجريمة عن الواقعة التي تعتبر اساس المتابعة ... وحيث أنه بالرجوع الى ما جاء في تعليق قضاة

1 عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، 1983، ص 309.

المجلس لقضائهم بوقف الفصل يتبين بوضوح أن الطاعن سلم فعلا الشيك محل الجريمة المطعون ضده، وهذا يستفاد مما جاء في التعليل من أن المتهم يؤكد أنه سدد مبلغ الشيك ورغم ذلك رفض الضحية ردهُ واغتنم فرصة وجود الشيك بحوزته ليدفعه للبنك رغم أنه استلم مبلغه ... وحيث ان هذه الواقعة وحدها اذا ثبتت تجعل من جريمة اصدار شيك بدون رصيد قائمة، وبالتالي فان الدفع الاولي الذي اخذ به المجلس لا ينفي عن الواقعة اساس المتابعة وصف الجريمة".¹

أما محكمة النقض في مصر فقد نصت على اختصاص القاضي الجزائي بالفصل في المسائل الاولية بقولها: " للمحكمة الجنائية وهي تقضي في الدعوى ان تفصل في المسائل المدنية كافة في الحدود اللازمة للقضاء في الدعوى العمومية".²

كما قضت بأن: " القاضي الجزائي مختص في كافة المسائل الفرعية التي تعرض أثناء نظر الدعوى الجنائية، فمن حقه بل من واجبه أن يفصل في صفة الخصوم، و لا يجوز مطالبته بوقف النظر فيها حتى يفصل في الدعوى مدنية رفعت بشأنها، وذلك إعمالاً بالمبدأ الشهير -القاضي الأصل هو قاضي الفرع -ولأن القاضي الجنائي غير مقيد بحسب الأصل بما يصدره القاضي المدني من أحكام".³

أما محكمة التمييز الجزائرية اللبنانية قضت بأنه: "... من المسائل المعترضة ما يعترض إقامة الدعوى العامة وهذه محددة حصراً بموجب القانون، ومنها ما يعترض صدور الحكم دون أن يتعرض لمسألة تحريك الدعوى العامة، وهذه الفئة الاخيرة توجب على

¹ قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 2003/05/05 في القضية رقم 278620،المجلة القضائية،العدد الاول ، 2003، ص497.

² محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات التشريعية، المرجع السابق،ص 390.

³ عبدالحميد الشواربي، البطلان الجنائي، الطبعة 1990، منشأة المعارف بالاسكندرية،ص 381.

القاضي الجزائي أن يرجئ حكمه حتى يفصل المرجع المختص بالدفع الذي هو من اختصاصه.¹

كما قضت كذلك بان: ' - قاضي الأصل هو قاضي الفرع - لذلك يدخل في اختصاص القاضي الجزائي أمر البت بجميع النقاط التي يثيرها استنبات عناصر الجريمة ما لم يشكل إحدى النقاط مسألة إعتراضية مستأخرة يكون المشرع قد إستثنائها من إختصاصه بنص خاص².

من خلال ما تقدم من تعاريف سواء من جانب الفقه أو القضاء، يمكن أن يبادر الباحث بوضع تعريف للمسائل العارضة مفاده: "المسائل العارضة هي مسائل قانونية تدخل في تكوين الجريمة وتشكل عنصراً من عناصر بنائها القانوني، تثار أمام المحاكم الجزائية منها ما تختص هي به فيسمى مسألة أولية رغم أنه منظوراً إليه في ذاته مما يجوز معه أن تقوم بشأنه دعوى مستقلة، ومنها ما لا تختص به بنص القانون فيسمى مسألة فرعية فتضطر الى أن توقف الفصل في الدعوى حتى تفصل فيه جهة الاختصاص".

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للمسائل العارضة.

كل التعاريف السابقة استقرت على أن جميع المسائل العارضة أولية كانت أم فرعية ذات طبيعة غير جزائية، لإنتمائها لفروع قانونية أخرى مدنية كانت أو تجارية أو غيرها، وذلك لاتصالها بأركان وعناصر الجريمة المطروحة ودخولها في مكوناتها، بحيث يلتزم القاضي الجزائي بالفصل فيها أثناء فصله في الدعوى، عملاً - بمبدأ قاضي الأصل هو قاضي الدفع -، غير أن المشرع يملك دائماً الخروج على قواعد الاختصاص بنص صريح يقتص به جزء من اختصاص القاضي الجزائي، كما تكمن أهمية المسائل العارضة في الدعوى الجزائية

¹ تمييز جزائي لبناني، الغرفة السادسة رقم 63، بتاريخ 20/02/2003، صادر 2003، نقلاً عن عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، ص 382.

² عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، المرجع نفسه، ص 382.

نسبة إلى موضعها من الجريمة، إذ أنها تدخل على نحو ما في البنيان القانوني لها، ومن ثم ففي إثبات صحتها فإن الدعوى الجزائية تتغير مجرياتها كافة وملابساتها، حيث أن هذه المسائل تمثل من الناحية الإجرائية وسيلة دفاع يبدئها المتهم في شكل دفع، مما يقضي تحديد طبيعته من حيث هل هو دفع شكلي أم موضوعي أو ذو طبيعة مختلطة¹، وذلك لاختلاف دور وأثر هذه الدفوع على الدعوة العمومية، فهل تعدُّ من الدفوع التي تثار أمام القاضي الجزائي، أم هي من الإجراءات الضرورية التي لا بد من التعرض لها ولو لم يدفَع بها صاحبُ المصلحة؟.

الفرع الأول: الطبيعة الإجرائية للمسائل العارضة.

لقد أبانت الدراسة سابقاً أن المسائل العارضة تدخل في مضمون الجريمة، أو بمعنى أدق، أنها تدخل على نحو ما في البنيان القانوني للجريمة، بغض النظر عن إختلاف الفقه حول المواضيع الذي تتخذه منها .

وبهذا ففي الموضوع الذي تتخذه المسائل العارضة من الناحية الموضوعية، ينتهي بها إلى أن تكون من الناحية الإجرائية أو من ناحية موضعها من الدعوى الجزائية دفعا من الدفوع الموضوعية الجوهرية، ومن ثم فهل يحق لأي طرف من أطراف الدعوى الجزائية أن يدفع بها طالما أنها تحقق الهدف المنشود من حيث تغيير مجريات الدعوى الجزائية كافة؟ إن المسائل العارضة تعدُّ من الدفوع الهامة والمؤثرة في الدعوى والتي يتغير -عند الأخذ بها - إتجاه المحكمة عند حسمها للدعوى، وهو ما يميزها عن الدفوع الأخرى غير الهامة التي لا تؤثر في الدعوى الجزائية، والتي تستلزم رداً خاصاً من المحكمة.

حيث قضت المحكمة العليا في ذلك: "...فعلا حيث تبث من الإشهاد المحرر يوم 2004/09/26 أن دفاع الطاعن قدم مذكرة بدفع أولي ترمي إلى إرجاء الفصل في القضية

¹ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية، المرجع السابق، ص 201.

وتعيين خبير طبيب أخصائي لفحص المتهم وتحديد إذ كان في حالة جنون وقت ارتكاب الواقعة لكون الخبرة المدفوعة في الملف غير جدية وقد فصلت محكمة الجنايات دون المحلفين برفض الدفع شفاهة... حيث لم تحرر محكمة الجنايات في شأن المسألة المثارة أمامها حكماً، كما لم يتضمن محضر المرافعات الإشارة إلى الدفع والقرار الصادر في شأنه، مع أنه يجوز عملاً بالمادة 291 من قانون الإجراءات الجزائية¹ الطعن بالنقض في هذا القرار في نفس الوقت مع الطعن بالنقض في الحكم الصادر في الموضوع، وهو ما يشكل خرقاً لإجراء جوهري في الإجراءات أمام محكمة الجنايات يعرض الحكم للنقض².

وتطبيقاً لذلك قضى أيضاً بأن: "...الحجز يعدّ كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر من تاريخ توقيعه، فإذا كان يبين من محاضر الجلسات أن الطاعن دفع أمام المحكمة الاستئنافية ببطلان الحجز، لأن البيع لم يتم خلال ستة أشهر من توقيع الحجز، وكان الحكم قد قضى برفض استئنافه وبتأييد الحكم المستأنف القاضي بإدانته بالتبديد، دون أن يشير إلى الدفاع أو يرد عليه يكون معيياً لقصوره، وواجباً نقضه"³.

¹ تنص المادة 291 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ما يلي: "تبت المحكمة في جميع المسائل العارضة بدون اشتراك المحلفين بعد سماع أقوال النيابة العامة وأطراف الدعوى ومحاميهم ولا يجوز أن تمس القرارات الخاصة بها الحكم في الموضوع أو تتخذ طرق الطعن فيه إلا في نفس الوقت مع الحكم في الصادر".
وجاء النص باللغة الفرنسية على النحو التالي :

Art. 291-Tous incidents son réglés par le tribunal sans la participation du jury, le ministère public, ne peuvent préjuger du fond et faire l'objet de voies de recours qu'en même temps que le jugement sur le fond.

² قرار المحكمة العليا، بتاريخ 2005/02/02، الغرفة الجنائية ملف رقم 340648، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005، ص 367.

³ نقض 22 ديسمبر 1952، مجموعة أحكام النقض، س 4، رقم 105، ص 273، أشار إليه د. محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص 369، ولكن في قرار آخر لها لم تجعل المسائل العارضة سوى وسائل للدفاع وتخضع لقناعة المحكمة، فقد قضت بأن (الطعن بالتزوير في ورقة من الأوراق المقدمة في الدعوى هو من وسائل الدفاع التي تخضع لتقدير المحكمة فيجوز لها أن لا تحقق بنفسها الطعن بالتزوير وألا تحيله إلى النيابة العامة لتحقيقه وألا توقف الفصل = في الدعوى الأصلية إذا ما قدرت أن الطعن غير جدي وأن الدلائل عليه واهية). نقض رقم 7/6/1979، أحكام النقض، سنة 30، ص 137، نقلاً عن د. معوض عبد التواب - الموسوعة النموذجية في الدفوع الشاملة - الجزء الرابع - الدفوع الجنائية - دار العدالة للنشر والتوزيع، 2012.

إذا فالمسائل العارضة هي من الدفوع التي تؤثر في الدعوى الجزائية، ويترتب على الأخذ بها هدم التهمة المسندة إلى المتهم¹.

ويترتب البعض² على عدّ المسائل العارضة من الدفوع الجوهرية نتائج هامة هي :

✓ يتعين التمسك بالمسائل العارضة أو الدفع بها من قبل كل صاحب مصلحة فيها، وعلى ذلك فلا يقبل الدفع بها من غير ذي مصلحة.

✓ يتعين على المحكمة الجزائية أن تتعرض للمسائل العارضة وأن تمحصها، وإن أغفلتها كان حكمها معيبا القصور في التسبيب³.

ويرى بعض الفقه أن النتيجة الأولى لا يمكن التسليم بها، ذلك أن المسائل العارضة من الممكن إثارتها من قبل أي طرف من أطراف الدعوى الجزائية، أو حتى من قبل المحكمة ومن تلقاء نفسها، ذلك لأن المسائل العارضة تدخل في البنيان القانوني للجريمة، وأن واجب القاضي الجزائي هو كشف حقيقة الواقعة المعروضة عليه، حتى لا يعاقب بريء أو يفلت جانٍ من العقاب، ومن ثم كان له التحقق من توافر أركان الجريمة المرفوعة بها الدعوى من عدمه⁴.

غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به في التشريع الجزائري الذي قصر مسألة إثارة المسألة الفرعية على المتهم دون سواه، فهو من يمنحه القاضي مهلة حتى يرفع فيها دعواه أمام الجهة القضائية المختصة، فطبقا لنص المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية: "إذا كان الدفع جائزا منحت المحكمة مهلة يتعين على المتهم فيها رفع الدعوى إلى الجهة

¹ جندي عبدالملك، الموسوعة الجنائية - الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، طبعة 1976، ص 616.

² معوض عبدالنواب، الدفوع الجنائية - دراسة وافية لكافة الدفوع أمام القضاء الجنائي وفقا لقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية معلقا عليها بأحكام النقض، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2003، ص 14.

³ ضوابط تسبيب الاحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق - طبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، 2015، ص 67.

⁴ عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الاجراءات، ص 97.

القضائية المختصة فإذا لم يقدّم المتهم برفع الدعوى في تلك المهلة ولم يثبت أنه رفعها صرف النظر عن الدفع، أمّا إذا كان جازر استمرت المرافعات¹.

وبناء على ذلك لا يمكن لا لنيابة ولا للطرف المدني أن يثير مسألة عارضة و لا حتى للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها، فبالنسبة للمدعي المدني ليس من مصلحته إثارة هذا النوع من المسائل لأنها لها علاقة مباشرة بأركان الجريمة محل الدعوى العمومية والذي ليس طرفاً فيها، أما النيابة العامة وإن كانت طرفاً في الدعوى العمومية فالأثبات يقع عليها في تقديم ملف جاهز للمحكمة يتضمن جميع عناصر الجريمة بما فيها عنصر المسائل العارضة، أما بالنسبة للمحكمة فالقانون لم يحدد الإجراء الذي بموجبه يحق للمحكمة إثارة المسألة العارضة من تلقاء نفسها، كما أن المسائل العارضة ليست جميعها من النظام العام مما يجوز إثارته من المحكمة تلقائياً.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن تحديد الطبيعة الإجرائية لهذه المسائل من ناحيتين الأولى أنها وسيلة من وسائل الدفاع يديها المتهم في شكل دفع أثناء نظر المحكمة للدعوى بهدف نفي الجريمة محل الاتهام .

والثانية دخولها في مكونات الجريمة وبنائها القانوني بحيث لو تخلفت انهارت الجريمة، مما يدل على أن هذه المسائل هي في حقيقتها دافع موضوعية جوهرية يديها صاحب المصلحة وتلتزم المحكمة بالرد عليها في حكمها إذا ما دفع بها أمامها، تأسيساً على أن الدفع الموضوعي الجوهري كما هو مقرر قانوناً هو الدفع الذي يتعلق بأركان الجريمة

¹ قرار المحكمة العليا، بتاريخ 10/10/1995، الغرفة الجنائية ملف رقم 93309، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 1996، ص 209.

وعناصرها¹ ، ولأنه لو صح لترتب عليه هدم التهمة المسندة للمتهم،ولهذا تلتزم المحكمة أن تعرض له في حكمها فإذا أغفلت الرد عليه كان موجبا لنقض الحكم .

ويترتب على إعتبار الدفع بهذه الوسائل محض وسيلة دفاع موضوعية، تؤدي إلى عدم توافر ركن أساسي للجريمة ومن ثم يجوز التمسك بها أمام محكمة ثاني درجة ولو لأول مرة².

ولا يجوز إثارة الدفع بها لأول مرة أمام محكمة النقض³.

وبناء عليه نستطيع تحديد الطبيعة القانونية لهذه المسائل في عدة أمور وهي :

✓ أنها ذات طبيعة موضوعية لتعلقها بالجريمة وأركانها .

✓ أنها دفع جوهرى يقوم عليها الفصل في الجريمة وتلتزم المحكمة بالرد عليه وإلا كان

حكمها معيبا .

✓ أن القاضي الجزائي يفصل فيها طبقا - لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع - إلا

إذا أخرجها المشرع من إختصاصه ورتب عليها إيقاف الدعوى الجنائية لحين الفصل فيها من جهة المختصة⁴.

✓ أنه يجوز إبداء الدفع بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام

محكمة الاستئناف،التي تنظر موضوع الدعوى الجنائية بالحالة التي كانت عليها أمام

محكمة أول درجة، ولا يجوز أبدأؤه لأول مرة أمام محكمة النقض،إلا إذا تعلق الدفع

¹ حسن صادق المرصفاوي - المرصفاوي في الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية،المرجع السابق،ص201.

² على زكي العرابي،المبادئ الاساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية جزء ثاني طبعة أولى .مطبعة لجنة التأليف والنشر،القااهرة،ب.س.ن،ص63 ،جندي عبدالملك ،الموسوعة الجنائية،جزء الأول الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ،طبعة 1976،ص384 & ،محمود مصطفى،شرح قانون الإجراءات الجنائية ،الطبعة الثانية عشر ، مطبعة جامعة القاهرة ،1988،ص366،

³ حامد عبد الحليم الشريف،نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي،دار المطبوعات الجامعية،1996،ص25.

⁴ أنظر المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري .

بالنظام العام، بحيث لا يحتاج إلى تحقيق موضوعي، ومن أمثلة ذلك الدفع بالمسائل الجنائية وهي التي توجب على المحكمة المطروح أمامها الدعوى أن توقفها متى توافرت شروط الإيقاف، لأن الوقف هنا وجوبي لتعلقه بالنظام العام، ومخالفته تعني فصل المحكمة في واقعة خص القانون محكمة غيرها بالحكم فيها¹.

وقد وضع المشرع الفرنسي في نص المادة 386 من قانون الإجراءات الجنائية قيوداً على حق المتهم في وقت إبداء الدفع بالمسألة الفرعية للحكم، وذلك بأن تطلب ضرورة إبدائه قبل أي دفاع في موضوع الدعوى، بحث لا يمكن من ثم إثارتها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وذلك خلافاً على ما كان مستقراً في القانون الفرنسي قديماً من جواز إبداء هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف²، إلا أن المشرع الفرنسي خرج على هذه القاعدة بسماحه للمتهم بإبداء الدفع بالمسألة الفرعية في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض إذا تعلقت بالجنسية طبقاً لنص المادة 25 من قانون 19 أكتوبر 1945 " وحالياً المادة الأولى من قانون 23 ديسمبر 1974 بشأن الجنسية "، وأجازت أحكام القضاء أيضاً الدفع بها في أية حالة تكون عليها الدعوى وفي كل وقت لتعلقها بالنظام العام³.

الفرع الثاني: الطبيعة الموضوعية للمسائل العارضة.

السائد بين الفقهاء الذين يأخذون بفكرة المسائل العارضة في الدعوى الجزائية، أن هذه المسائل تدخل في البنيان القانوني للجريمة، وتعدّ من عناصر النموذج القانوني الذي

¹ حسن صادق المصرفاوي، المصرفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، سنة 2007، ص 539.

² قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه (طبقاً لنص المادة 376 أ.ج. يجب إثارة الدفع الفرعي (exceptions préjudicielles) قبل مناقشة موضوع الدعوى، وإن طلب الإيقاف المبدئي لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يكون مرفوضاً أنظر حسن صادق المصرفاوي، المرجع السابق، ص.ص 539-540).

³ حسن صادق المصرفاوي، المصرفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 541.

تتضمنه قاعدة التجريم، ولكنهم بعد ذلك في تحديد موضع هذه المسائل داخل هذا النموذج، فالفقه لم تتوحد كلمته حول طبيعة المسائل العارضة بهذا الشأن .

إذ أن هذه المسائل تعدُّ عنصراً من عناصر الجريمة سابقة عليها وضرورية لقيامها وتدخل في تعريفها القانوني، بحيث يستتبع تخلفها إنتفاء الجريمة وبراءة المتهم مما هو منسوب إليه¹ ويكون حسم هذه الأمور على نحو يعني القول بتوافر الجريمة وقيامها أو القول بانتفائها أو عدم توافرها²، فهي مسألة كما عبرت محكمة النقض المصرية عنها بأنها متصلة بركن من أركان الجريمة أو بشرط لا يتحقق وجود الجريمة إلا بوجوده³.

أولاً: عنصر في الجريمة .

ذهب الفقه والقضاء إلى أن هذه المسائل تعدُّ عنصراً من عناصر الجريمة سابقاً عليها وضرورية لقيامها وتدخل في تعريفها القانوني، بحيث يستتبع تخلفها إنتفاء الجريمة وبراءة المتهم مما هو منسوب إليه⁴، ويكون حسم هذه الأمور على نحو يعني القول بتوافر الجريمة وقيامها أو القول بانتفائها أو عدم توافرها فهي مسألة متصلة بركن من أركان الجريمة او بشرطها لا يتحقق وجود الجريمة إلا بوجوده⁵.

وتتنوع هذه المسائل بتعدد الجرائم المختلفة، فهي كما قدمنا يختص القاضي الجزائي بالفصل فيها أو تخرج من إختصاصه، فتكون عنصراً ذا طبيعة تجارية أو إدارية أو دولية أو جنائية أو أحوال شخصية وهكذا، ومثال العناصر المدنية وجود العقد وتسليم المال بناء عليه

¹ Gaurraud, Traité Théorique et pratique d'instruction criminelle et procédure pénal, Tome2, Paris 1909, N1909, N618.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية من أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع إلا إذا نص القانون غير ذلك، فالمحكمة الجنائية تختص في كل المسائل المعروضة أثناء نظر الدعوى وتدخل في العناصر المكونة لها .

² محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، المرجع السابق، ص 390.

³ فوزية عبدالستار، شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 447.

⁴ Gaurraud, Op.Cit.N.618.

⁵ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية من أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع إلا أن نص القانون على غير ذلك، فالمحكمة الجنائية تختص بالفصل في كل المسائل المعروضة أثناء النظر الدعوى وتدخل في العناصر المكونة لها.

في جريمة خيانة الأمانة فقد يدفع المتهم بأن العقد الذي يربط بينه وبين المجني عليه هو قرض وليس وديعة¹، أو أن هذا العقد ليس من عقود الأمانة التي حددها القانون على سبيل الحصر في المادة 376 ق عقوبات²، وما كان القاضي الجزائري يختص بها لو عرضت عليه إستقلالا، لكن لا بد له أن يفصل فيها كي يقرر ما إذا كانت أركان الجريمة خيانة الأمانة متوافرة أم غير متوافرة³، بحيث لا يندمج العنصر المدني مع الجريمة ذاتها لأن قيام هذه الجريمة يعتمد على وجود عقد سابق يعترض المتهم على وجوده وتفسيره⁴.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " واقعة الائتمان هي في ذاتها واقعة مدنية صرفاً، فضلا عن أنها واقعة قائمة بذاتها ومستقلة عن واقعة الاختلاس أو التبيد، بل وسابقة عليها في الترتيب الزمني "، كما ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المحكمة الجنائية هي المختصة بالفصل في وجود عقد الأمانة عند إنكاره في جريمة خيانة الأمانة⁵.

ويمثل الدفع بالملكية المنقولة أو العقارية في القانون الجزائري أيضا عنصراً من عناصر الجريمة تختص به المحكمة الجزائية، فيمكن للمتهم في جرائم النصب بالتصرف في ملك الغير أن يدفع بأنه مالك وله حق التصرف في هذا العقار، ومسألة وضع اليد في جرائم منع الحيازة بالقوة، ودخول منزل بقصد ارتكاب جريمة، وتطبيقا لذلك قضى بأنه " كان يتعين

¹ فالقاضي الجزائري يختص بالفصل في جميع العناصر المكونة للجريمة والدفع المتعلقة بها، وقد أجمع الفقه والقضاء على أنه بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة تختص المحكمة الجنائية بالفصل في إثبات صحة العقود وفحص الحساب = الذي يدعيه وكيل المتهم بالتبيد (مصر استئناف 21 ديسمبر 1932 مشار إليه بمرجع القضاء (مج القواعد القانونية ج 6 ق 590 ص 762)، محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات التشريعية، المرجع السابق، ص 390.

² تنص المادة 376 من قانون العقوبات على: " كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو اية محررات أخرة تتضمن أو نشبت التزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر....".

³ لا تتحقق جنحة خيانة الامانة إلا بتوافر لأركانها المادية، المنصوص عليها في أحكام المادة 376 (غ ج 2، ملف 36623 قرار 29-10-1985 المجلة القضائية 1/1990 ص 266).

⁴ محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 392.

⁵ محمود نجيب حسني، المرجع نفسه، ص 398.

على المحكمة، وقد تبينت لزوم الفصل في ملكية العقار محل النزاع للقضاء في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها، أن تتصدى بنفسها لبحث عناصر الملكية والفصل فيها ..¹ .

وملكية المنقول في السرقة والنصب وخيانة الأمانة²، أما الفقه والقضاء في فرنسا فقد إستبعدا مسائل الملكية العقارية من إختصاص القضاء الجزائري، وهو ما أيدهُ المشرع بنص المادة 384 إجراءات جنائية فرنسي، بإستثنائه الدفع بالملكية العقارية دون المنقولة من إختصاص المحكمة الجنائية³ .

وكما قضى بأنه " يجب لسلامة الحكم بالعقوبة تطبيقا للمادة 376 ق عقوبات جزائري أن تكون الورقة التي أصدرها المتهم شيكا، أي يتوافر لها مظهر الشيك، وهو ما يكفي لبسط الحماية الجنائية عليه "، وقضى بأن بحث توقف المتهم عن الدفع وتاريخه وأسبابه، يختص بالفصل فيه القاضي الجزائري في جرائم الإفلاس بالتدليس أو التقصير دون إنتظار الفصل في دعوى شهر الإفلاس من المحكمة التجارية⁴ .

وقد يتعلق هذا العنصر بجنسية المتهم في الجنايات والجنح ضد أمن الدولة، فإن هذه الجريمة لا يرتكبها إلا مواطن " جزائري " فلا تقوم الجريمة إلا إذا كان الفاعل متمتعا بالجنسية طبقا لأحكام قانون الجنسية، وعلى العكس أيضا إذا ادعى أجنبي أنه يحمل

¹ كما قضى أنه " من حق القاضي الجنائي في القانون المصري أن يفصل في المسائل الفرعية التي يتوقف الفصل في الدعوى العمومية على الفصل فيها كما إذا ادعى متهم في قضية جنائية ملكية عقار وكان الدفع يترتب عليه نفي الجريمة لأن القاضي المختص بالفصل في جريمة يختص بتقدير العناصر المكونة لها والفصل في المسائل التي ترفع بشأنها، أي أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع... " نفص 24 أبريل 1983 مج أحكام النقض س 34 ق 109، نقلاً عن محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ص 561.

² رؤوف عبيد. مبادئ الاجراءات الجنائية، المرجع السابق. ص 588.

³ Zeroual Abdelhamid – Les questions préjudicielles devant les juridictions répressives – ENL Alger – Edition 1986.

⁴ رؤوف عبيد. مبادئ الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 589 .

الجنسية الجزائرية في حالة ارتكابه جريمة مخالفة قرار الطرد الصادر ضده¹، ودفع المتهمه بالزنا بأنها لم تكن متزوجة وقد ارتكب الفعل.

ومثال المسائل الإدارية، التي تقتضي من المحكمة تأويلا لأمر الإداري أو إيقاف تنفيذه، كالدفع ببطلان اللائحة أو القرار الوزاري المتضمن العقوبة المطلوبة توقيعها وتحديد ما إذا كان العنصر الذي يدخل في تكوين الجريمة يقابل مركزا قانونيا في قاعدة تابعة لقانون أو لائحة إدارية، بحيث يستلزم تحديده والفصل فيه الرجوع إلى القانون الإداري وفقهه وقضائه، أو تحديد صفة الموظف العمومي أو المال العام، فهما عنصران يدخلان في جريمتي الرشوة والاختلاس².

ويتضح بجلاء من الامثلة السابقة أن المسائل الفرعية هي عنصر من عناصر الجريمة ذات طبيعة غير جنائية تختلف باختلاف الجريمة المنظورة، يفصل فيها القاضي الجزائي عند فصله في الدعوى الجنائية، أو يفصل في هذا العنصر غير الجنائي قاض آخر يرى المشرع أنه أقدر من القاضي الجزائي على الفصل فيها تحقيقا لاعتبارات الاختصاص والتنظيم القضائي والفصل بين السلطات .

ثانياً : وسيلة دفاع .

تعد هذه المسائل وسيلة الدفاع في الدعوى الجنائية وتبدي في شكل دفع (Exception)، بهدف تجريد الواقعة موضوع الدعوى من طابعها الإجرامي، مما يؤدي إلى إنقاص الجريمة وإنهيار بنيانها القانوني، لتعلقها كما قدمنا بعنصر يدخل في مكوناتها وضروري لقيامها في حق المتهم³.

¹ Leon cotte, des question préjudicielles alacton publique et au jugement, thèse-greboble, 1906, P. 14, 15.

² السيد محمد المعداوي، دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة والتشريع الجزائري، طبعة 1984، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 328.

³ Gaston Stefani , Georges Levasseur et Bernard Bouloc - Procédure pénale - 11eme édition Dalloz. P 12.

وبما أن هذه المسائل تعتبر دفوعاً تثار في الدعوى العمومية مما يتطلب بيان المقصود بالدفوع وأنواعها التي نظمها القانون بلوغاً إلى بيان طبيعتها وهو ما نوضحه في النقاط التالية :

1: المقصود بالدفوع.

للدفع تعريفان في القانون الإجرائي مدنياً كان أو جنائياً، فقد عرفها الأستاذ رؤوف عبيد الدفع بأنها كل وسيلة يجيب بها المدعى عليه على طلب المدعي بقصد منع الحكم عليه في نطاق الإجراءات، كما أن تعريف الدفع كأصل في قانون الإجراءات الجزائية يطلق على أوجه الدفاع الموضوعية أو القانونية التي يثيرها الخصم لتحقيق غايته من الخصومة في الدعوى¹ .

كما يعرفها الأستاذ علي عوض حسن بأنها كل ما يجيب به المدعى عليه عن الدعوى ويبني عليه طلب الحكم برفضها، أي أن الدفوع الشكلية هي الدفوع التي توجه إلى إجراءات الخصومة القضائية بقصد استصدار حكم ينهي الدعوى دون المساس بموضوعها - الحق المطالب به - وبالأدنى إرجاء الفصل في الدعوى، وهو بكل وجه عام كل وسيلة من الوسائل الدفاعية *moyens* ويقصد بها السعي إلى منع الحكم بطلبات المدعي²

يقصد به جميع وسائل الدفاع « Moyens des défenses » التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعي به أو سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرًا إياها³ .

يقصد به الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه، فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه

¹ محمد علي سكيكر، موسوعة الدفوع الجنائية وأدلة الأثبات والنفي أمام سلطات التحقيق والمحاكم الجنائية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص9.

² على عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1996، ص13.

³ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية -، 2012، ص11.

بمطلوب خصمه، كأن يجيب بأن الدعوى قدر رفعت إلى المحكمة غير مختصة أو رفعت بإجراء باطل وهي ما تعرف بالدفع الشكالية .

أما عن وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق، أي تلك التي توجه إلى ذات الحق المدعى، كأن ينكر وجوده أو يزعم انقضاءه، فتعرف بالدفع الموضوعية، أما وسائل الدفاع التي ينكر بها الخصم سلطة خصمه في استعمال الدعوى كأن يزعم مثلاً انتفاء صفة الخصم أو سبق صدور حكم في الموضوع فهي تعرف بالدفع بعدم القبول¹.

أما في قانون الإجراءات الجنائية فيقصد بالدفع بأنها أوجه الدفاع الموضوعية أو القانونية التي يثيرها الخصم لتحقيق غايته من الخصومة في الدعوى².

2: أنواع الدفع.

تنقسم الدفع من حيث طبيعتها إلى دفع شكالية وموضوعية، ويمكن حصر الدفع الشكالية من خلال قانونى العقوبات والإجراءات الجزائية، والدفع الشكالية لا يجوز إثارها لأول مرة أمام محكمة النقض بينما الدفع الموضوعية تتميز بأنه لا يمكن حصرها فهي تختلف من دعوى إلى أخرى وهدفها الأول هو نفي الاتهام أو تخفيف العقوبة عن المتهم³.

كما تنقسم الدفع من حيث أهميتها إلى دفع جوهرية وهي التي تؤثر في الدعوى الجنائية وقد يترتب عليها هدم الاتهام وتبرئة المتهم مثل الدفع بالتزوير في جرائم الشيكات وهذه الدفع يمكن التمسك بها في أي مرحلة من مراحل الدعوى ويجب على القاضي الجنائي أن يناقشها ويمحصها ويرد عليها في حكمه، بينما الدفع غير الجوهرية فهي تلك الدفع التي لا تؤثر في الدعوى بالهدم .

¹ أحمد أبو الوفا-، نظرية الدفع في قانون المرافعات ، المرجع السابق، ص 13.

² رؤوف عبيد، ضوابط التسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، المرجع السابق، ص 123.

³ محمد على سكيكر، موسوعة الدفع الجنائية وأدلة الأثبات والنفي أمام سلطات التحقيق والمحاكم الجنائية، المرجع السابق، ص 10.

وتنقسم الدفوع من حيث الهدف منها إلى دفوع متعلقة بالنظام العام وتلك يقضى بها القاضي دون أن يدفع أو يتمسك بها أحد الخصوم بينما الدفوع المتعلقة بمصلحة الخصوم فهي التي يدفع بها أحد الخصوم أو كلاهما فتخضع لتقدير القاضي¹.

وتنقسم الدفوع أيضاً من حيث القانون الذي يحكمها إلى دفوع متعلقة بقانون العقوبات و دفوع متعلقة بقانون الإجراءات الجنائية، دفوع متنوعة واردة في أكثر من قانون وتنقسم الدفوع الجنائية إلى الدفوع المستندة إلى قانون العقوبات وهي الدفوع المتعلقة بإنقضاء الدعوى الجنائية تشمل الدفع بإنقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم، الدفع بإنقضاء الدعوى الجنائية بالوفاة، الدفع بإنقضاء الدعوى الجنائية بالتنازل عن الشكوى، الدفع بإنقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح ... إلخ .

أما الدفوع المستندة إلى قانون الإجراءات الجنائية فأهما الدفوع المتعلقة بالاختصاص كالدفع بعدم الاختصاص المحلي، الدفع بعدم الاختصاص الشخصي، الدفع بعدم الاختصاص النوعي، الدفع بعدم الاختصاص الولائي و الدفع بالمسألة الفرعية كالدفع المتعلقة بالبطلان كالدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور².

فالدفع تنقسم باعتبارها وسلية دفاع من حيث طبيعتها، ومن حيث غابتها، ومن حيث أهميتها على النحو التالي :

أ : من حيث طبيعتها.

تنقسم الى موضوعية، وشكلية :

1 : الدفوع الموضوعية.

¹ عبدالحميد الشواربي، الدفوع الجنائية، منشأة المعارف، 2001، ص321.

² محمد على سكيكر، موسوعة الدفوع الجنائية ، المرجع السابق، ص11.

الدفع الموضوعية هي تلك الدفع التي توجه الى الحق المدعى به في ذاته أو المركز القانوني و التي يترتب على قبولها رفض طلب المدعي.

وهي تتمثل في تمسك المدعى عليه بوقائع تؤدي إلى عدم إنتاج إدعاء المدعى لأثار، أو إنهاء هذا الأثار، ومن أمثلتها، الدفع التي تتعلق بمدى ثبوت الواقعة المنسوبة للمتهم وصحة او عدم صحة إسنادها له، ومدى توافر الجريمة وعناصرها وتختلف بحسب كل دعوى جنائية منظورة، ودفع المتهم بأن المنزل الذي ضبط فيه المخدر ليس له¹.

وقد قررت محكمة النقض بعدم جواز إثارة هذه الدفع الموضوعية لأول مرة امامها مادامت لم تثر أمام محكمة الموضوع².

فالدفع الموضوعية هي وسائل دفاع يهدف من وراءها المدعي عليه الى الإطاحة بالخصومة من خلال عدم الحكم للمدعي بطلباته ، و هي بذلك متعددة لا يمكن حصرها و إنما تثار و تستخلص من معطيات النزاع المطروح، كما يخضع الدفع الموضوعي إلى قواعد، تتمثل من حيث ترتيب إبدائه و الحكم فيه الى مجموعة من القواعد ، نذكرها فيما يلي :

✓ يجوز إبداء الدفع الموضوعي في أية مرحلة تكون عليها الإجراءات ، و لو لأول مرة أمام المجلس القضائي و حتى أما المحكمة العليا إذا كانت لا تعد وسيلة جديدة و الدفاع في الموضوع لا يعد تنازلاً ضمناً عن الدفع الموضوعية الأخرى ، و رغم عدم تعلق الدفع الموضوعي بالنظام العام، بدليل جواز التنازل عنه و عدم جواز إثارته من القاضي من تلقاء نفسه، فإنه لا يستنتج من تقديم دفع موضوعي معين تنازل مقدمه عن غيره من الدفع الموضوعية الأخرى.

¹ مجدي محمود محب حافظ ، موسوعة الدفع الجنائية ، الجزء الأول ، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة 2006 ، ص378.

² مجدي محمود محب حافظ ، موسوعة الدفع الجنائية ، المرجع نفسه ، ص389.

✓ يستنفذ الحكم الصادر في الدفع الموضوعي سلطة المحكمة بالنسبة لموضوع الدعوى ،
فإذا طعن في هذا الحكم بالإستئناف حتى لو كان إستنادا الى عيب شكلي، يفصل
المجلس القضائي في الموضوع الدعوى و لا يحيلها الى المحكمة¹ .
✓ يعتبر الحكم الصادر في الدفع الموضوعي فاصلا في الموضوع يرتب حجية الشيء
المقضي التي تمنع من تحديد النزاع أمام القضاء ، و هو ما يبين الفائدة لتي تعود على
المدعى عليه من الكلام في الموضوع حتى حين تكون لديه دفوعا إجرائية².

2 : الدفع الشكلية.

ويقصد بها اصطلاحاً بأنها عقبة مؤقتة توجه إلى إجراءات الدعوى الأصلية دون أن
تتعرض إلى أساس الحق، ومن هنا إن الدفع الإجرائي يشكل وسيلة مازعة في مجرى
المحاكمة، و لا يبطال أصل الحق المدعي في موضوع هذه الدعوى، إما لأن المحاكمة غير
قانونية أو لأنها ساقطة، أو لوجود سبب يستوجب وقف سيرها، ومن أمثلتها في القانون
الجنائي الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية، أو عدم اختصاص المحكمة، وبطلان القبض
والتفتيش، وبطلان الاعتراف، وبطلان الاستجواب³.

ومن أجل إعطاء مفهوم الدفع الشكلية من الناحية القانونية كان لزاماً علينا ذكر
النصوص القانونية التي خصها المشرع الإجرائي عن الدفع الشكلية، حيث نجد أن المشرع
ذكر كلمة الدفع بصفة عامة، وهذا ما نجده في المادة 352 ق إ ج ج " يجوز للمتهم
ولأطراف الدعوى الآخرين ومحاميهم إيداع مذكرات ختامية ويؤشر على هذه المذكرات من
الرئيس وال كاتب وبنوه الأخير عن هذا لإيداعها بمذكرات الجلسة .

¹ معوض عبدالنواب، الموسوعة النموذجية في الدفع، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية
2001، ص351.

² معوض عبدالنواب، الموسوعة النموذجية في الدفع ، المرجع السابق، ص451.

³ الياس أبو عيد، الدفع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية و الجزائرية، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2016، ص19.

والمحكمة ملزمة بالإجابة عن المذكرات المودعة على هذا الوجه إيداعاً قانونياً يتعين عليها ضم المسائل الفرعية والدفع المبداء أمامها للموضوع والفصل فيها بحكم واحد بيت فيه أولاً في الدفع ثم بعد ذلك في الموضوع .

لا يجوز لها غير ذلك إلا في حالة الاستحالة المطلقة أو أيضاً عندما يتطلب نص متعلق بالنظام العام وإصدار قرار مباشر في مسألة فرعية أو دفع " .

حسب ما جاء في نص المادة 352 من ق إ ج ج، أن المشرع تطرق إلى إجراءات الفصل في الدفع بصفة عامة فالمقصود هنا بكلمة الدفع هو الدفع الشكلي والموضوعي، وإن كانت هذه المادة تخص الدفع في مرحلة المحاكمة وبالتحديد محكمة الجرح، وتعتبر هذه القاعدة عامة أمام المحاكم الجزائية، أما في ما يخص محكمة الجنايات جاءت المادة 295 ق إ ج ج بمايلي " إذ إستمسك المتهمون أو محاموهم بوسائل مؤدية إلى المنازعة في صحة الإجراءات التحضيرية المنصوص عليها في الفصل الرابع في هذا الباب تعين عليهم إيداع مذكرة وحيدة قبل البدء في المرافعات وإلا كان دفعهم غير مقبول " .

من خلال النصوص السابقة الذكر نجد أن المشرع لم يعطي تعريف لدفع الشكلي، وإنما قام بذكر الإجراءات المتعلقة بكيفية الفصل فيه، أما على صعيد الإجراءات المدنية والإدارية فقد قام بتعريف الدفع الشكلي في مادته 49 من ق إ م إ بمايلي : " الدفع الشكلي هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو إنقضائها أو وقفها¹، وبالتالي يمكن أن نأخذ بهذا التعريف مادام قلنا أن هذا القانون يمكن الرجوع إليه في التخيير عندما لا يتعارض مع قانون الأجراءات الجزائية . وفي القوانين العربية نجد أن المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات الجزائية اكتفى بالحديث عن أنواع الدفع الشكلي فسامها وبالتحديد، ولكنه لم يعط تعريفا لها، ولكنه قام بتعريف الدفع

¹ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 يتمّن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ع رقم 21 الصادر في 2008/04/25، ص 2.

الشكلي(L'exception) في أصول المحاكمات المدنية واللبنانية حيث بالرجوع إلى المادة 25 من أصول المحاكمات اللبنانية نجده ينص على أن " الدفع الإجرائي هو كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قانونية المحاكمة أو سقوطها أو وقف سيرها"¹.

أما من ناحية التطبيقات القضائية على الصعيد العملي، لم يتطرق القضاء إلى إعطاء تعريف الدفع الشكلي تعريف دقيق، فأهم ما جاء في قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن، حيث إعتبرت المحكمة العليا بأن الدفع هو أوجه الدفاع القانونية التي يؤدي الأخذ بها إلى عدم الحكم على المتهم في الدعوى كالدفع بعدم الاختصاص والدفع بتقادم الدعوى العمومية²، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارين صادرين عن الغرفة الجنائية الأولى، الأول يوم 1970/11/23 في الطعن رقم 6842 والثاني يوم 1975/04/22 في الطعن رقم 101301 وقرار آخر صادر يوم 1981/07/9 من قسم الثالث الغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم 23301.

في قرار آخر أقرت المحكمة العليا حيث إعتبرت الطلبات الدفع ولسلتان أساسيتان لضمان سير العدالة لذلك .

كما أقرته المحكمة العليا في قرار يوم 1990/03/27 من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 69473 حيث جاء هذا القرار على ضوء ما أجازته المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية لوكيل الجمهورية أن يبدي أمام الجهات القضائية ما يراه لازماً من طلبات، كما تجيز المادة 238 من ق إ ج ج على أنه يمكن تقديم الطلبات كتابية أو شفوية التي يراها مناسبة لصالح العدالة³ .

¹ إلياس أبو عيد، الدفع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية و الجزائية، المرجع السابق، ص 186.

² جيلالي بغدادي، الأجتهد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثالث ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 248-249.

³ جيلالي بغدادي ، الأجتهد القضائي في المواد الجزائية ، المرجع نفسه ، ص 248.

ب : من حيث غايتها.

تنقسم الدفوع من حيث غايتها الى دفوع تتعلق بالنظام العام، وهي التي تبدي في أليه مرحلة تكون عليها الدعوى، إلا إذا تطلبت تحقيقا موضوعيا، ودفوع تتعلق بمصلحة الخصوم وهي التي تخص ضمانات الدفاع في الدعوى الجنائية .

ج : من حيث أهميتها.

تنقسم الدفوع من حيث أهميتها إلى دفوع جوهرية ودفوع غير جوهرية : ومن أمثلة الاولى الدفع بعدم توافر ركن من أركان الجريمة، والدفع بانقطاع صلة المتهم بالواقعة، والدفع بعدم ثبوت الظرف القانوني المشدد، ويعتبر الدفع جوهريا إذا ترتب عليه - لو صحّ - هدم التهمة المسندة إلى المتهم ووجب على المحكمة أن تعرض في حكمها لهذا الدفاع وترد عليه، فإذا أغفلت الرد عليه كان ذلك موجبا لنقض الحكم " ¹، والدفوع القانونية الجوهرية كثيرة ومنها مثلا الدفع ببطلان القبض والتفتيش، والدفع ببطلان الاعتراف، والدفع بعدم الاختصاص، والدفع بانقضاء الدعوى بالتقادم ².

وهي في جملتها تستند إلى قانون الإجراءات الجنائية ومنها ما يستند إلى قانون العقوبات مثل الدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة، والدفع بامتناع المسؤولية والعقاب، والدفع بتوافر العذر القانوني المعفى أو الظرف القضائي المخفف، ومن أمثلة الدفوع غير الجوهرية والتي لا تستأهل من المحكمة ردا خاصاً، كالدفع بتلفيق التهمة أو تجريح أقوال الشاهد أو التأخر في الإبلاغ وهكذا ³.

¹ إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية و الجنائية، المرجع السابق، ص215.

² أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 849.

³ فرج علواني هليل، الدفوع أمام القضاء الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2012، ص356.

وخلاصة القول هي أن الطبيعة القانونية لهذه المسائل تتمثل في كونها وسيلة من وسائل الدفاع عن الدعوى الجنائية، يثيرها المتهم بغرض نفي التهمة عن نفسه في شكل دفع موضوعي يتعلق بأركان الجريمة وعناصرها وتلتزم المحكمة بالرد عليه في أسباب حكمها .

المبحث الثاني

حدود اختصاص القاضي بنظر هذه المسائل

عندما يفصل القاضي الجزائي في مسألة من المسائل التي تعترض سير الدعوى الجنائية طبقاً - لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع -، فإن ذلك الفصل لا يكون مطلقاً بلا حدود، ولأية مسألة مطروحة في الدعوى الجنائية، لذا فقد عنى المشرع والفقهاء والقضاء ببيان هذه الحدود التي يلتزم بها القاضي الجزائي فيشترط أولاً في المسألة أن تكون لازمة للفصل في الدعوى العمومية، ولذلك بأن يتوقف عليها الفصل فيها، فلا يستطيع نظرها بل يوقف الدعوى الجنائية لحين القضاء فيها من الجهة المختصة وسوف نتولى بيان هذه الحدود تباعاً .

المطلب الأول

توقف الفصل في الدعوى على المسألة

يجب أن تكون المسألة التي يختص بها القاضي لازمة للفصل في الدعوى وذلك بأن يتوقف عليها الحكم فيها، وقد نصت على هذه القاعدة صراحة المادة 330 من قانون الإجراءات جزائية الجزائري بقولها بأن "تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبديها المتهم دفاعاً عن نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك " فإذا كانت المسألة لازمة وتوقف عليها البت في الدعوى يلتزم القاضي الجزائي المرفوعة أمامه الدعوى بالتصدي لها، وتطبيقاً لذلك قضى: " حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس قضوا بإرجاء الفصل في القضية لحين الفصل في

القضية أمام الغرفة الإدارية مسبب قرارهم على أنه تبين للمجلس عند الاطلاع على الحكم المستأنف أن النزاع قائم بين الطرفين وأن المجلس لا يستطيع التحقيق من قيمة الضرائب.

حيث أن القاضي الجزائي مستقل عن القاضي الإداري، وأن الحكم الإداري في مادة الضرائب لا حجية له أمام القاضي الجزائي.

حيث أن موضوع القضية الإدارية هو تحديد الوعاء الضريبي وقيمة الأرباح والتصريحات المختلفة أما موضوع التهريب الضريبي فهو قضية جزائية تتعلق باستعمال وسائل تدليسية ووسائل الغش من أجل التهريب من دفع قيمة الضريبة، حيث ليس لقضاء المجلس القضاء بوقف الفصل في القضية بل كان عليهم الفصل فيها لاستقلالها عن الدعوى الإدارية ولعدم حجية الأحكام والقرارات الإدارية عليها فإنهم كما فعلوا قد عرضوا قرارهم للنقض والإبطال.¹

كما نصت المادة 384 إجراءات جنائية فرنسي على أن " تختص المحكمة التي تنظر الدعوى الجنائية بالفصل في كافة الدفوع التي يثيرها المتهم .."

كما نص أيضاً المشرع المصري في المادة 222 إجراءات جنائية مصري بقولها بأن " تختص المحكمة الجنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها.."

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن يتعين على محكمة الموضوع إذا تبينت لزوم الفصل في ملكية الأرض محل النزاع للقضاء في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها أن تتصدى بنفسها لبحث عناصر هذه الملكية والبحث فيها، فإن إستشكل الأمر عليها أو

¹ غرفة الجناح والمخالفات، قرار بتاريخ 2009/01/28، ملف رقم 378030، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2010، ص 334-335.

إستعصى استعانت بأهل الخبرة وما تجرّبه هي من تحقيقات ضرورية حتى تكشف لها وجه الحق، أما وهي لم تفعل فإن حكمها يكون معيبا مما يستوجب نقضه.

كما قضت بأن " البحث في هذه المسائل والتي يتوقف عليها الفصل في الدعوى إنما هو وجوبي على المحكمة فلا يجوز لها أن توقف النظر في الدعوى الجنائية حتى تفصل محكمة أخرى في المسألة الأولية فإن فعلت كان حكمها مخالفا للقانون ".¹

ومن أمثلة المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية مسألة تكيف العقد أو تفسيره في جريمة خيانة الأمانة، كما إذا دفع المتهم بهذه الجريمة بعدم وجود أية علاقة تعاقدية وان تكون تلك العلاقة لا تعتبر عقدا من عقود الأمانة التي نص عليها المشرع في قانون العقوبات بالمادة 376 منه.²

وتفصل المحكمة الجنائية أيضا في مسألة التزوير الأولية إذا قدم المتهم بتهمة تبديد أشياء محجوزة مخالصة عن الدين الذي من أجله وقع الحجز وطعن فيها الدائن بأنها مزورة دون انتظار للفصل في هذه المسألة من المحكمة المدنية، بل حتى ولو كانت هذه المخالصة متعلقة بنزاع مطروح فعلا أمام المحكمة المدنية لم يفصل فيه بعد.³

وقد تطلب الفقه إذا نظرت المحكمة المسألة التي يبني عليها الفصل في الدعوى ألا يتعدى ذلك الحدود اللازمة للقضاء فيها، وقد قضى تطبيقا لذلك أنه إذا كانت المسألة المدنية مثلا لا يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية فلا يختص بها القاضي الجزائي.⁴

¹ مج أحكام النقض س 18 ق 191 نقلاً عن محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية، المرجع السابق ، ص 1019

² جيلالي بغدادي، الأجهاد القضائي في المواد الجزائية ، نفس المرجع، ص 263.

³ حسن صادق المرصفاوي المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 537 .

⁴ مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، دار النهضة النشر والتوزيع، 2008، ص.368.

وهكذا نخلص إلى أنه يتطلب لكي يفصل القاضي في مسألة فرعية أن تكون لازمة بحيث يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية وفي الحدود اللازمة للقضاء فيها .

المطلب الثاني

دخولها في البنيان القانوني للجريمة.

من القواعد التي إستقر عليها الفقه، وجرت عليها أحكام القضاء، أنه كي يقوم بنيان للجريمة على أساس قانوني متين وصحيح استلزم قيام هذه البنيان على ركنين أساسيين ألا وهما الركن المادي والركن المعنوي، ولا يتحقق هذا إلا بتكليف الطلبات والوقائع المعروضة عليه تكييفاً صحيحاً يتفق مع الوصف القانوني للجريمة من قبل المشرع¹.

الفرع الأول: أهمية التكييف القانوني للجريمة.

لقد نص مبدأ الشرعية الجنائية على اختصاص المشرع الجنائي بإنشاء الجرائم والعقوبات وفقاً لما هو مقرر فيه بأنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وبالتالي يحظر على القاضي أن ينشأ جرائم وعقوبات من نفسه حيث تنحصر مهمته بتطبيق النص القانوني المحدد من قبل المشرع على الواقعة المطروحة أمامه . وهذا المبدأ الدستوري تقتضيه مبررات مبدأ دستوري آخر ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات حيث تختص كل سلطة بوظيفة معينة تحددها طبيعتها ومقتضيات العمل، فالسلطة التشريعية تختص بوضع القوانين أما السلطة التنفيذية فوظيفتها تنفيذ القوانين في حين ان السلطة القضائية وظيفتها تطبيق القوانين التي وضعتها السلطة التشريعية على الوقائع المعروضة أمامها .

أولاً: تعريف التكييف القانوني للجريمة.

¹ أمال عبدالرحيم عثمان، النموذج القانوني للجريمة ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الرابعة عشر، 1972 م، ص3.

لمصطلح التكييف دلالات مختلفة حسب طبيعة البحث . ففي مجال العلوم الطبيعية يدل على معنى التأقلم أي تكيف وانسجام الكائنات الحية مع ظروف وقوانين البيئة المحيطة وفي مجال العلوم الجنائية يدل هذا الاصطلاح على أن واقعة معينة تكون جريمة بعينها .

لقد حضي التكييف الجزائي بتعريفات متعددة على مستوى الفقه فمن الفقهاء من عرفه بأنه : " الوصف القانوني الذي يسبغه المشرع على الواقعة المجرمة التي يرتكبها الجاني ¹ .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه جاء قاصراً من حيث أن من يقوم بعملية التكييف وفقاً له هو المشرع والصحيح هو أن التكييف كعملية قانونية حصيلة محددة لنشاط جهات التحقيق والنيابة العامة والقضاء فلا يقتصر فقط على المشرع .

لأجل ذلك يعرفه اتجاه آخر في الفقه بأنه " مطابقة أفعال شخص معين مع سمات أركان الجريمة المحددة في القاعدة القانونية الجنائية المدرجة في اطار مادة أو مواد عقابية معينة أو " تحديد وتثبيت للتوافق الدقيق بين سمات الواقعة الإجرامية المرتكبة وسمات أركان الجريمة المحددة في القاعدة القانونية الجنائية المنصوص عليها في قانون العقوبات ² .

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه (بيان حكم النص القانوني الذي تخضع له الواقعة والذي يحكمها ويعاقب عليها،أوهو إرجاع الواقعة إلى نص جنائي وإعطائها الاسم القانوني، أو هو مجرد خلاف بين وجهات النظر في تقدير الواقعة) ³ ، فالتكييف القانوني ليس إلا بحث القاضي عما إذا كان الفعل المرتكب من قبل المتهم قد توفرت فيه العناصر القانونية وأركان جريمة ما حسب الوصف القانوني لها، أي حسب

¹ محمد أحمد على المحاسنة ، سلطة المحكمة الجزائية في بحث التكييف القانوني للتهمة ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 2013-1434هـ، ص77.

² محمود عبد ربه محمد القبلاوي،التكييف في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي ، 2003، ص45.

³ محمد أحمد على المحاسنة ، سلطة المحكمة الجزائية في بحث التكييف القانوني للتهمة ،المرجع السابق، ص 78.

التحديد القانوني للنموذج أو الاسم الخاص بها¹، أما الدكتور أحمد فتحي سرور فقد أوضح بالتفصيل معنى التكييف والفرق بينه وبين الوصف القانوني للجريمة لان الأخير يعني النموذج أو التحديد القانوني لاسم الجريمة التي تكون الواقعة المرتكبة قد توافرت فيها أركان تلك الجريمة، وذلك بالقول إن التكييف يتطلب شرطين لازمين :

- ❖ أن ينص المشرع على أنه إذا توافرت واقعة مجردة لها خصائص معينة فإنها تتدرج تحت أحد الأوصاف التي يعرفها القانون ويرتب عليها أثرا قانونيا معينا .
- ❖ أن يعلن القاضي أن الواقعة المعروضة عليه تتوافر فيها خصائص الواقعة المجردة التي أضفى عليها القانون وضعا قانونيا معينا، والشرط الأول هو من عمل المشرع أما الشرط الثاني فهو من عمل القاضي².

ولابد من الإشارة إلى على أن هناك من يعرف التكييف الجزائي ضمن نطاق التقسيم الثلاثي للجرائم إلى جنایات وجنح وحالات بأنه " الوصف القانوني الصحيح للجريمة بوضعها في القالب الذي يتناسب معها حسب التصنيف لهذه الجريمة وحسب معيار العقوبة الذي يتخذ لهذا التصنيف "

وهذا ما دعى جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بان تكييف الواقعة يعدُّ عملاً أساسيا وضروريا للقاضي³، حيث إن التكييف ليس إلا من عمل القاضي لان الأخير عندما يكيف واقعة ما وفقا لوصفها القانوني فانه يوجد منطقة قانونية وفنية يجذب إليها الواقعة من الأسفل ويرتفع بها درجة إلى التكييف، وبالتالي يعمل القاضي في تلك المنطقة على النقاء الواقع بالقانون وحينئذ يسهل تطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على

¹ محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، المرجع نفسه، ص 48 .

² أحمد فتحي سرور، الطعن بالنقض وطلب إعادة المحاكمة في المواد الجنائية، 2004، ط1، القاهرة، دار الشروق، ص562

³ محمود عبد ربه محمد القبلاوي، المرجع السابق، ص 83 .

الواقعة¹.

في ضوء ما سبق يظهر لنا من التعاريف السابقة أنها تدور حول فكرة واحدة وهي أن مكنون التكييف وجوهره لا يخرج عن معنى واحد هو رد الواقعة الإجرامية إلى نص من نصوص القانون الذي يحكمها .

ثانياً : صور التكييف القانوني .

يرى اتجاه آخر من الفقه² أن البحث عن المدلول الدقيق للتكييف يكمن في التفرقة بين ثلاثة صور للتكييف فهو من حيث موضوعه ينقسم إلى تكييف الواقعة وتكييف الجريمة ومن حيث السلطة التي يصدر عنها ينقسم إلى تكييف قانوني و تكييف قضائي ومن حيث نطاقه قد يكون تكييف مرتبط بالموضوع وتكييف مرتبط بالشخص .

ولإحاطة بهذه الصورة الثلاثة للتكييف الجزائي نعرضها على النحو التالي :

➤ الصورة الأولى : تكييف الواقعة وتكييف الجريمة .

يقصد بتكييف الواقعة تحديد موضوعها من بين الوقائع التي تشترك بالاسم القانوني الواحد. أما تكييف الجريمة فيقصد به تحديد نوع الجريمة من التقسيم الثلاثي للجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات فإزهاق روح إنسان حي قصداً أو عمداً يوصف بالقتل القصد أو العمد ، فتعتبر بذلك ولقعة القتل تكييفاً لها على أنها قتل أي تكييفاً للواقعة ، بينما يعد إدراجها في مصاف الجنايات تطبيقاً لطبيعة الجريمة في نطاق التقسيم الثلاثي للجرائم الذي

¹ محمود عبد ربه محمد القبلاوي، المرجع نفسه، ص 42 .

² محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، المرجع نفسه، ص 45 .

أخذ به المشرع المصري والأردني ، لذلك فإن المناط في تكييف الجريمة هو عقوبتها المقررة في القانون بينما المناط في تكييف الواقعة هو مقوماتها وعناصرها كما أشار إليها القانون .¹

وتوجد ثمة روابط بين النوعين إذ إن تغيير في تكييف الواقعة غالباً ما ينعكس على تكييف الجريمة ففي واقعة القتل لو ثبت أن القتل قد تم بطرق الخطأ فإن الجريمة تتحول جنحة ، وعلى العكس من ذلك فإن التغيير في تكييف الجريمة لا يترتب عليه تغيير في تكييف الواقعة فأخذ مال الغير المنقول دون رضاه دون اقترانه بأحد الظروف المشددة ومع ذلك تبقى الواقعة سرقة كما هي .²

وتكييف الجريمة يتميز عن تكييف الواقعة بأنه هو الأساس في تحديد الاختصاص وإجراءات التحقيق والمحاكمة والتقدم ، إذ تختلف مثل هذه المسائل حسب تصنيف الجريمة إلى جنائية أم جنحة أو مخالفة .

بينما يتميز تكييف الواقعة عن تكييف الجريمة بأنه سابق عليه ويكون إيجابياً في حالة تجريم الواقعة وسلبياً في حالة تجريمها .³

الصورة الثانية : التكييف القانوني والتكييف القضائي.

يقصد بالتكييف القانوني بيان حكم القانون بشأن واقعة معينة فيما إذا كانت تشكل جريمة أم لا وإذا كانت تشكل جريمة تحديد نوع النموذج القانوني لها فيما إذا كانت جنائية أو جنحة أم مخالفة ، وغالباً ما يستعمل مصطلح التكييف القانوني للدلالة على تكييف الواقعة وتتحدد على أساسه قواعد الاختصاص والتقدم ، أما التكييف القضائي فيعني المطالقة بين الواقعة

¹ محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، المرجع نفسه، ص 46 وما بعدها .

² محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، المرجع نفسه، ص 49 .

³ محمد أحمد على المحاسنة ، سلطة المحكمة الجزائية في بحث التكييف القانوني للتهمة ، المرجع السابق ، ص82.

المرتكبة وتكييفها القانوني من خلال ممارسة القاضي لوظيفته ، وهو يخضع لرقابة محكمة التمييز باعتباره من مسائل القانون¹ .

ومن الأهمية بمكان ملاحظة أن هناك علاقة وثيقة جدا بين السلطة التقديرية الممنوحة قانونا للقاضي وبين التكييف القانوني الذي هو من إختصاص القاضي، ذلك لان تقدير وتهيئة القاضي لعناصر النزاع المطروح عليه من أجل إنزال حكم القانون عليها لغرض حسمها هو الذي يعتمد عليه تكييف القاضي لذلك النزاع، ولما كانت أدوات الصياغة القانونية ووقائع النزاع والقاعدة القانونية هي المادة التي تباشر من خلالها السلطة التقديرية وهي كذلك عصب التكييف القانوني ولما كان من يقوم بالتقدير هو نفسه من يقوم بالتكييف، فان ذلك يدل على قوة العلاقة بين التقدير والتكييف، وعملية التكييف تأتي تالية للتقدير ذلك لأنه وإن كان التقدير والتكييف يردان على عناصر واحدة ويقوم بهما ذات العضو بالصفة ذاتها عند إصدار العمل القضائي، إلا أن الفارق بينهما زمني، حيث إن التقدير سابق للتكييف من حيث التمهيد له حتى يمكن إنزال حكم القانون على الواقعة، والتقدير أيضا لاحقا للتكييف من حيث إعمال اثر القاعدة القانونية على واقع النزاع، وهذا التعقيد لا يمكن أن يواجهه إلا القاضي المتمتع بالذكاء والفتنة والقدرة القانونية والعلم والخبرة والذوق الرفيع ضمن سلطته التقديرية، وعلى ذلك فالقاضي عندما يقوم بعملية التكييف يباشر سلسلة من عمليات التقدير ليصل إلى تطبيق القاعدة القانونية التي يرى ملامتها لواقع النزاع المعروض عليه بقصد حسمه² .

➤ الصورة الثالثة : التكييف المرتبط بالموضوع والتكييف المتعلق بالشخص.

¹ محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية ، المرجع نفسه، ص 62 .

² حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 127.

يقصد بالتكليف المرتبط بالموضوع أن فعلاً ما يكون جريمة يعتبرها القانون جنائية أو جنح أو مخالفة ، أما التكليف المتعلق بالشخص فيتحقق عندما يفقد الفعل وصف الجريمة إذا ما ارتكبه مجنون أو صغير غير مميز بالنسبة لمن توافر لديه هذا السبب دون غيره من الفاعلين والشركاء بحيث نكون بصدد تكليف سلبي بالنسبة لشخص معين وتكليف ايجابي بالنسبة للآخرين ، باعتبار أن التكليف السلبي الشخصي لا يتعلق بالواقعة ذاتها كأسباب الإباحة التي بها يفقد الفعل صفته غير المشروعة في مواجهة الكافة فنكون بصدد تكليف سلبي عيني بالنسبة للكافة وليس بالنسبة إلى شخص معين¹.

ويتفق هذا التقسيم مع المادة 79 من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 التي عالجت مفاعيل الأسباب والظروف المادية والشخصية والمزدوجة ، حيث نصت على أن مفاعيل الأسباب المادية التي من شأنها تشديد العقوبة أو تخفيفها على إرتكابها، وتسري عليهم مفاعيل الظروف المشددة الشخصية أو المزدوجة التي سببت اقتراف الجريمة". وإلى جانب الصور الثلاثة السابقة هناك صورة رابعة أشار إليها اتجاه² من الفقه وهي أن التكليف ينقسم من حيث نطاق الفكرة القانونية إلى تكليف قانوني وتكليف غير قانوني ويقصد بالتكليف القانوني بأنه ما كان خلاصة تطبيق فكرة قانونية على الواقعة ، مثل تكليف المنقول في السرقة بأنه مملوك للغير وتكليف العلاقة بين الجاني والمجني عليه في خيانة الأمانة بأنها علاقة تعاقدية من قبيل الإيجار متوقفاً على تطبيق أفكار غير ذات طابع قانوني لا تعدو أن تكون خلاصة لنظرة الأخلاق إلى الفعل أو الحكم المجتمعي على الواقعة أو تطبيق قواعد الطب على حالة المجني عليه ، كتكليف الفعل بأنه فعل فاضح مخل بالحياة وتكليف الواقعة المسندة للمجني عليه بأنها ذم أو قدح أو تحقير.

¹ محمود عبد ربه محمد القبلاوي ، المرجع نفسه ،ص63.

² محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكليف في المواد الجنائية، المرجع نفسه،ص66.

ثانياً: شروط فرض حجية التكييف القانوني على القاضي المدني .

لكي يكون الحكم الجنائي الصادر في الدعوى الجنائية له حجية أمام القضاء المدني المنظور أمامه الدعوى المدنية فيما يتصل بالتكييف القانوني للواقعة ينبغي أن يتوفر فيه عدة شروط : وهي كون الحكم الجنائي باتاً ، فاصلاً في موضوع الدعوى الجنائية ، سابقاً على الحكم المدني، وإلا يكون قد صدر حكم بات من القضاء المدني ، وأن تقام الدعوى المدنية أمام القضاء ، فضلاً عن وحدة الواقعة بين الدعوتين الجنائية والمدنية وأخيراً أن يكون الحكم الجنائي فاصلاً في موضوع لازم للحكم في الدعوى الجنائية. فإذا ما توفرت هذه الشروط فإن التكييف الجنائي يكون قد فرض نفسه على القاضي المدني .

وبناء على ما تقدم سوف نورد لكل شرط من تلك الشروط على النحو التالي :

1- كون الحكم الجنائي باتاً.

لكي يحوز الحكم الجنائي قوته في فرض نفسه على القاضي المدني فيما يتعلق بالتكييف القانوني للواقعة ، فليس أي حكم جنائي يصدر تكون له هذه الفاعلية ، وإنما يجب لتقييد القاضي المدني به أن يكون حكماً نهائياً . فإذا تمتع بخصيصة النهائية صارت له السيادة على ذلك القاضي المدني به واستطاع ذلك الحكم أن يشل ويوقف سلطة تكييف الدعوى ويقدم للقاضي المدني تكييفاً مفروضاً عليه رغماً عن إرادته¹.

والعلة بكون الحكم باتاً تكمن في أن الحكم البات هو الذي ينطق بالكلمة الأخيرة في الموضوعات التي فصل فيها ، أمام الحكم الغير البات فيحتمل إلغاؤه بالطعن فيه أو تعديله، ومن غير السائغ أن يتقيد القاضي المدني بما يحتمل زواله².

¹ محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ، دار الفكر العربي ، 1982، ص 521.

² محمد محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ، المرجع السابق، ص 201.

لذا فإن الحكم البات يعد شرطاً جوهرياً من شروط فرض حجية التكييف الجنائي على القاضي المدني ، لما يمثله ذلك الحكم من حجة قاطعة على صحة ما قضى به وهذه الحجة تتطلبها المصلحة العامة بغية وضع حد للمنازعات القضائية الأمر الذي يؤدي إلى إستقرار المراكز القانونية للخصوم .¹

2- كون الحكم الجنائي فاصلاً في موضوع الدعوى الجنائية بالإدانة أو البراءة.

لكي يكون الحكم الجنائي منتجاً في التأثير على القاضي المدني من حيث التكييف القانوني للواقعة ويكون له الحجية في ذلك ،

أن يكون الحكم الصادر من محكمة جنائية عادية أو من محكمة خاصة أو إستثنائية². وبذلك لا يكون للأحكام التمهيدية أو التحضيرية التي تصدرها المحكمة الجنائية قبل الفصل في الموضوع حجية إزاء القضاء المدني .

كما يخرج من نطاق القاعدة جميع قرارات التحقيق فهي غير فاصلة في موضوع الدعوى العمومية ، وإنما في توافر الظروف التي تجعلها صالحة لإحالتها على المحكمة للفصل في موضوعها ، وسيان أن يصدر القرار في مواجهة المدعى أو في غير مواجهته³. كما أنها ليست أحكاماً . إذ العبرة فقط بالأحكام النهائية التي تصدرها المحاكم.

3- كون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني.

¹ محمد محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ، المرجع السابق ، ص 522.

² المحاكم الخاصة يقصد بها المحاكم العسكرية .

³ محمود مصطفى ، شرح قانون الإجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص 201.

يشترط للإحتجاج بالحكم الجنائي أمام القضاء المدني فيما يتصل بالتكليف القانوني للواقعة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن الحكم الجنائي سابقاً في صدوره بين صدوره على الحكم المدني الذي يراد تقييده لا ، لاحقاً عليه ، إذ بعد استقرار الحقوق بين الطرفين بحكم نهائي لا يصح المساس بحجبيته بسبب حكم جنائي يصدر بعده¹.

والعلة في شرط سبق صدور الحكم الجنائي على الحكم المدني تكمن في إعتبرات الإستقرار القانوني ، فإذا صدر الحكم البات في الدعوى المدنية فقد انقضت ، ولم يعد مجال لبحث فيها حتى يتقيد فيه القاضي بقيد ما ، ومن ناحية ثانية ، فقد استقرت بهذا الحكم المراكز القانونية لإطراف الدعوى المدنية ، فلا يجوز إدخال الإضطراب عليها².

4-عدم صدور حكم بات من القضاء المدني في الدعوى المدنية.

فإذا كان قد صدر هذا الحكم فإنه يحوز قوة الشيء المحكوم فيه ، حتى ولو كان مناقضاً لما قضى به الحكم الجنائي ، لأنه إذا فصل في الدعوى المدنية فصلاً باتاً ، فإن ذلك يعنة أنها بهذا تكون قد خرجت من ولاية المحكمة المدنية ، ولاتملك الرجوع إليها ولو تناقض الحكم الذي أصدرته فيها مع الحكم الجنائي.

فالقاضي المدني يتقيد بالحكم الجنائي ولو كانت الدعوى أمام محكمة النقض³.

5-إقامة الدعوى المدنية أمام القضاء المدني .

أياً كانت تلك الدعوى سواء أكانت دعوى التعويض عن جريمة أو دعوى تطليق مؤسسة على جريمة الزنا ، أو دعوى رجوع في الهبة ناشئة عن الإعتداء على حياة الواهب، أو دعوى حرمان من الإرث ناشئة عن الإعتداء على حياة المورث¹.

¹ محمود عبد ربه محمد القبلاوي ، التكليف في المواد الجنائية -دراسة مقارنة المرجع السابق، ص793.

² محمود عبد ربه محمد القبلاوي ، التكليف في المواد الجنائية، المرجع السابق ،ص793.

³ المرجع السابق و الموضوع نفسه .

إذ أن مجال الحجية مقتصر على الدعوى المدنية التي ينظرها القضاء المدني ، ومن ثم كانت الحجية في حقيقتها حجية الحكم الجنائي على القضاء المدني . ومؤدى ذلك أنه لا مجال لهذه الحجية إذا كانت الدعوى المدنية مطروحة على القضاء الجنائي تبعاً للدعوى الجنائية . ذلك أنه في هذع الحالة يفصل القاضي الجنائي في الدعوتين بحكم واحد ، فيلبيتم بأن يحقق إتساق بين شطري حكمه ، ويعني ذلك أن يلزم نفسه في كل من الشطرين بما قرره في الأخر.² كما أن الدعوى الجنائية والمدنية وأن نشأتا عن سبب واحد إلا أن الموضوع في كليهما مختلف مما يسيغ التمسك بقوة الأمر المقضي.³

أضف إلى ذلك أن الحكم الذي يصدره القضاء الجنائي في الدعوى المدنية التي تختص بها على نحو تبعي لا يعتبر حكماً جنائياً ومن ثم لا حجية له على القضاء المدني . وبالتالي فلا مجال لإعمال حجية الحكم الجنائي في الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية للدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي متى طعن بالإستئناف في الدعوى المدنية وحدها وصار الحكم الجنائي باتاً لعدم الطعن فيه إذا يكون للمحكمة الإستئنافية أن تعرض للبحث عناصر الجريمة من حيث توافر أركانها وثبوت الفعل المكون لها في حق المتهم من جهة وقوعه وصحة نسبته إليه .

وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه من أنه إذا كان للتكييف القانوني للواقعة حجبيته على الدعوى الجنائية ، فإنه له أيضاً حجبيته على الدعوى المدنية سواء أكانت هذه أقيمت بالتبعية للدعوى الجنائية أم أقيمت أمام القضاء المدني .⁴

6- وحدة الواقعة في الدعوتين الجنائية والمدنية.

¹ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ، ص 1186.

² محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق، ص 320.

³ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ، ص 1177.

⁴ رؤف عبيد ، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية ، دار الفكر العربي ، ج 1، 1980، ص 332.

ليس كافياً لكي يفرض على القاضي المدني تكييفات ليست من صنعه وإنما صنعها القاضي الجزائي صنعا مؤسساً على فلسفة القانون الجنائي والإجرائي، أن تكون بصدد حكم جنائي في موضوع الدعوى الجنائية ، وإنما يجب بالإضافة إلى تلك المفترضات ، أن يكون هناك أساس مشترك فيما بين الدعويين الجنائية والمدنية بحيث إذا إنتقى ذلك الأساس المشترك ، استرد القاضي المدني ولايته الكاملة بخصوص التكييف القانوني مهما كان من روابط قانونية بين تلك الدعويين .¹

وهنا يثر التساؤل حول مدى التزام القاضي المدني بما انتهت إليه المحكمة الجنائية من وصف للفعل موضوع التداعي وللدرد على هذا التساؤل نجد أن نص المادة 456 من قانون الإجراءات الجنائية المصري يذهب إلى الحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية في دعاوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة أو بوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها والمقصود بالوصف القانوني من ناحية قانون العقوبات هنا هو الوصف الجنائي للوقائع المطروحة أما المحكمة الجنائية أي تكييفها من قانون العقوبات دون غيره من القوانين².

وهذا الوصف تلتزم به المحكمة المدنية عند نظر دعوى التعويض أمامها فلا تستطيع مثلاً أن تعتبر الواقعة سرقة بعد أن كيفتها المحكمة الجنائية على أنها خيانة أمانة ولا تعتبر الواقعة جنائية بعد أن أثبت القاضي الجنائي إنها جنحة .

¹ محمد محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ، المرجع السابق ، ص 524.

² إدوار غالي الذهبي ، حجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني ، المرجع السابق ، ص 652.

وكذلك لا يصح للمحكمة المدنية أن تعد الواقعة شروعاً بعد أن قضت المحكمة الجنائية بأنها جريمة تامة و لا أن تعد المتهم شريكاً بعد أن قررت المحكمة الجنائية بأنه فاعل أصلي¹.

والتزام القاضي المدني بالوصف القانوني أسبغته المحكمة على الفعل يتطلب ويشترط أن يكون الوصف القانوني لازماً لقيام الحكم الجنائي .

وعلى هذا فعندما يصف القاضي الجنائي الفعل بأنه لا يدخل في مفهوم الخطأ المنصوص عليه في المادة التي يحاكم المتهم بها أمام المحكمة الجنائية فإن هذا القضاء لا يحوز الحجية أمام المحاكم الجنائية إذ يجوز للقاضي المدني أن يكيف الفعل وفقاً لنصوص القانون المدني وينزل أحكام المسؤولية المدنية على الفعل ويقضي بالتعويض رغم تجرد الفعل من صفة الجريمة أما بالنسبة للتكييف الملزم للمحكمة المدنية هو التكييف وفقاً لنصوص قانون العقوبات فعندما يخضع القاضي الجنائي الفعل لنص عقابي معين فلا يجوز للقاضي المدني أن يتدخل ويخضع الفعل ذاته إلى نص عقابي آخر فعندما تقضي المحكمة الجنائية بأن الفعل هو السرقة فلا يجوز للقاضي المدني التدخل وتكييف الفعل بأنه نصب².

الفرع الثاني : مقومات البنيان القانوني للجريمة.

يدخل في اختصاص القاضي الجزائي النظر في كل الوقائع والتصرفات التي تكون عنصراً للجريمة، ولو كان لا يختص بالفصل فيها إذا ما رفعت أمامه كدعوى مستقلة عن الجريمة، ولكن يكون له كل الاختصاص بنظرها أثناء سير الدعوى الجنائية ما دامت المسألة

¹ إدوار غالي الذهبي ، حجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني ، المرجع السابق ، ص 239.

² محمود عبد ربه القبلاوي ، التكييف في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص 809.

العارضة تعتبر عنصراً في الجريمة وترتب عليها إنتفاء التهمة، فالقاضي الجزائي يختص بها¹.

أولاً: الركن المفترض والبيان القانوني للجريمة.

يجد اختصاص القاضي الجزائي بالفصل في هذا العنصر أساسه في أنه أحد مقومات البيان القانوني للجريمة، فهو لا يستطيع أن يفصل في أمر التكييف القضائي ، أي النظر في مطابقة الواقعة المقام عنها الدعوى للنموذج القانوني للجريمة دون أن يعتمد أولاً إلى التيقن من قيام الشرط المفترض باعتباره عنصر في الجريمة، بناء على هذه الصلة فإن القاضي الجزائي ينبغي أن يكون مختصاً بالمنازعات المتعلقة بقيام أو إنتفاء الشرط المفترض حتى ولو كان هذا الشرط يقابل مركزاً قانونياً مقرراً في قانون غير جنائي².

ونظراً لتقيد القاضي الجزائي بمبدأ الشرعية الجنائية وفقاً لما هو مقرر فيه بأنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) ، وبالتالي يحظر على القاضي أن ينشأ جرائم وعقوبات من نفسه حيث تنحصر مهمته بتطبيق النص القانوني المحدد من قبل المشرع على الواقعة المطروحة أمامه . وهذا المبدأ الدستوري تقتضيه مبررات مبدأ دستوري آخر ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات حيث تختص كل سلطة بوظيفة معينة تحددها طبيعتها ومقتضيات العمل، فالسلطة التشريعية تختص بوضع القوانين أما السلطة التنفيذية فوظيفتها تنفيذ القوانين في حين إن السلطة القضائية وظيفتها تطبيق القوانين التي وضعتها السلطة التشريعية على الوقائع والحوادث المعروضة أمامها . ولكن يلاحظ في كثير من الأحيان أن بعض الفقه يخلط بين معنى الوصف القانوني الذي هو التحديد القانوني من قبل المشرع لواقعة معينة وإخضاعها لنص أو نموذج قانوني معين ينطبق عليها وبالتالي يكون هذا النص المحدد من

¹ حسن صادق المصرفاوي، المصرفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 538.

² عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات ' القسم العام " الجزء الأول النظرية العامة للجريمة، المرجع السابق، ص.

قبل المشرع متضمنا الجريمة والعقوبة المحددة من قبل المشرع ، وبين التكييف القانوني الذي هو عمل قضائي صرف حيث أن القاضي يعمل سلطته التقديرية لتقدير إخضاع الواقعة المعروضة عليه إلى النص القانوني الملائم الذي ينطبق عليها وذلك كله وفقا لتقدير القاضي طبقا لثقافته القانونية وبالتالي يعتمد ذلك على فطنته وذكائه وخبرته وعلمه القانوني دون علمه الشخصي ، مع ملاحظة أن علم القاضي الشخصي لا يشمل العلم بالأمور العامة التي يفترض بالناس كافة الإلمام بها.

ثانياً: خروج المسائل الفرعية عن إختصاص القاضي الجزائري.

أما فيما يختص القاضي الجزائري بنظر المسائل الفرعية وهذه الدفوع يجب أن ينص عليها صراحة في القانون، حيث تجبر القاضي الجزائري على إيقاف الفصل في الدعوى لحين الفصل فيها من القاضي المختص بنظرها.

فهي إما تكون إدارية، أو جنائية، أو عقارية أو مدنية ، فقد نص المشرع في المادة 330 بأنه (تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبديها المتهم دفاعا عن نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك).

وقد جاء أيضا في نص المادة 255 من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم 13 لسنة 1994 بأنه (تختص المحكمة عند نظر الدعوى الجزائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم فيها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وإذا عرضت مسألة غير جزائية يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية وجب عليها وقف الفصل في الدعوى ...)¹.

¹ المشرع اليمني في هذه المادة وقع في تعارض، وهذا بعد أن بين إختصاص المحكمة الجزائية بالفصل في المسائل الأولية في الفقرة الأولى، نجده في الفقرة الثانية وضع حكما آخر يعارضه وهو بأنه ليس لقاضي الجزائري أن يفصل في

أما بالنسبة للقانون التونسي فقد نصت مجلة الإجراءات الجزائية التونسية رقم 23 لسنة 1968 في الفصل 132 بأنه (يجوز للمحاكم أن تحكم طبق قواعد القانون المدني في المسائل الأولية ذات الصفة المدنية التي تثار أثناء قضية جزائية وذلك على شرط أن يكون لتلك المحاكم حق النظر فيها مدنياً وإلا وجب عليها تأجيل النظر فيها)¹.

وقد نص قانون المسطرة الجزائية المغربي رقم 261 لسنة 1959 في الفصل رقم 160 على أنه (يختص القاضي الذي ترفع إليه الدعوى العمومية بالبت في أي وجه من وجوه الدفع الذي يثيره الشخص المتهم في دفاعه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أم ما لم يستظهر الشخص المتهم بحق عيني عقاري)².

وصفوة القول أن إختصاص القاضي الجنائي بالفصل في المسائل الأولية يحده ثلاث حدود تتعلق بضرورتها للفصل في الدعوى، ودخولها في بنيان الجريمة، وعدم خروجها عن إختصاصه.³

الفصل الثاني

إختصاص القاضي الجزائي بالفصل في المسائل الأولية

المسائل -التي لا تدخل ضمن إختصاصه- إذا ما كانت الدعوى تتوقف على الفصل فيها إبتداءً، وإنما عليه أن¹ يوقف الدعوى. إذن فمصطلح المسائل الذي أورده في الفقرة الأولى من نص المادة يقصد به المسائل غير الجزائية.

¹ معناه يجوز للقاضي الجزائي أن يطبق قواعد الإثبات الخاصة بها حسب طبيعتها.

² المشرع المغربي قد نص صراحة -كما فعل القانون الفرنسي - على إخراج المسائل المتعلقة بالحقوق العينية العقارية من نطاق المسائل ذات الصفة المدنية التي يختص بالفصل فيها القاضي الجزائي.

³ أنظر المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية.

نعالج في هذا الفصل مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع بإعتباره من أهم المبادئ القانونية الراسخة في الإجراءات الجزائية وتطوره التاريخي ، وخصائصه ومبرراته في التطبيق المتمثلة في عدم تخصص القاضي الجزائي من خلال تحقيق عدالة جنائية سريعة توقع العقوبة على الجاني وترفع الضرر عن المضرور والمجتمع من جراء الجريمة ، وكيفية إثبات هذه المسائل التي يختص بها القاضي الجزائي بالفصل فيها ومدى خضوعها لقواعد الإثبات غير الجزائية ، وهل يطبق القواعد الجنائية في قوانينها ، لذا ينقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث يعالج أولهما ماهية المبدأ وتبريره وخصائصه، ونستعرض في ثانيها قواعد إثبات المسائل الأولية و كيفية فصل القاضي الجزائي في المسائل الأولية في ثالثها ، وأخيراً نستعرض بعض صور المسائل الأولية ومدى إختصاص القاضي الجزائي فيها إعمالاً للمبدأ الشهير قاضي الدعوى هو قاضي الدفع.

المبحث الأول

ماهية مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع

يمتد هذا المبدأ بجذوره إلى الماضي البعيد فهو لم يولد مرة واحدة بنص وضعه المشرع لكي يطبقه القاضي، إنما عرفته القوانين القديمة وتناوله الشراح في كتاباتهم بالتعليق وطَبَقَهُ القضاء في العديد من أحكامه ، إلى أن نصت عليه صراحة القوانين الإجرائية كقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات الجنائية، مما يقتضى بيان نشأته وتطوره التاريخي ومبررات وجوده في مجال الإجراءات الجزائية، وذلك في ثلاث مطالب : نعالج في أولها نشأة المبدأ وتطوره التاريخي، و في ثانيها مبررات المبدأ، وفي ثالثها خصائصه.

المطلب الأول

نشأة المبدأ وتطوره التاريخي

يعنى هذا المبدأ إختصاص القاضي الجزائي بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى العمومية، مما يؤدي إلى أن تخضع الدعوى الجنائية بجميع عناصرها لسلطته، فيستطيع أن يفصل في مسائل ليست - في الأصل من إختصاصه - على نحوٍ يترتب عليه تعديل قواعد الاختصاص واعتبره الفقه صورة من صور إمتداد الإختصاص للقاضي الجزائي، مثل الفصل في بعض المسائل التي تخرج عن نطاقه كأن يفصل في مسائل تخضع لأحكام القانون المدني أو التجاري والتي تعرض عليه بصفه تبعية، وقد أكدت هذا المبدأ العديد من أحكام القضاء، قبل أن يحظى بتقنين المشرع ، ذلك أن النص عليه ما هو إلا ترجمة لأمر واقع من قبل، فقد عرفته القوانين الرومانية، وطبقته على الدعاوى التي كانت تعرض عليها¹ .

ولكي نستطيع تحديد هذا المبدأ وأسباب تواجده يجب أن نلقي نظرة أولاً على نشأته وتطوره حتى وصل إلى ما هو عليه الآن من مفهوم مستقر في الفكر الجنائي، وهو ما سوف نعالجه في فرعين متتالين نتناول فيهما تطور هذا المبدأ في القانون الفرنسي تم القانون الجزائري.

الفرع الأول: نشأة المبدأ وتطوره في التشريع الفرنسي.

يجد - مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع - جذوره منذ عهد القانون الفرنسي القديم، وقبله القانون الروماني مروراً بقانون تحقيق الجنايات ثم مذكرة الرئيس باري في 5 نوفمبر 1813³²، فثمة عدة مراحل مرت على نشأة وتطور هذا المبدأ إلى أن تبلور في شكله الراهن في عدة قوانين إجرائية :

¹ محمد عبدالمنعم بدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، دار الكتاب العربي، سنة النشر 1983، ص63.

² محمد عبدالمنعم بدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، المرجع السابق، ص63.

³ Stefani et G. levasseur- Droit penal General et Procedure Penale – Tome.II- Dalloz- 1980- N438.

أولاً: نشأة المبدأ في التشريع الفرنسي .

في ظل القانون القديم كان يختص القاضي الجنائي بنظر كافة الدفوع والمسائل التي تثار أمامه ، ويعود ذلك أنه في ظل القانون الفرنسي القديم وحتى القرن السادس عشر لم هناك انفصال بين القضاة الجنائي والمدني ، وبالتالي لا يوجد تمة إحالة من قضاء لآخر . أما في ظل قانون تحقيق الجنايات لسنة 1808 ، خلا هذا القانون من نص أو حكم عام يقرر أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، ولم يستقر القضاء في مدى الأخذ به من عدمه، وهل يطبقه بطريقة مطلقة أم يقبل وجود الدفوع الفرعية، ومن ثم لم يحدث ثمة إستقرار على مبدأ مطلق محدد في هذا الخصوص أو إستخراج مبدأ مجرد يمكن إستخدامه كدليل للقضاء ، فتارة يأخذ بالنظرية الأولى وتارة أخرى نجد أنه يقرر بأن جميع مسائل الملكية والحقوق العينية والمتعلقة بالعقارات من إختصاص المحاكم المدنية بحيث يجب إحالتها من المحاكم الجنائية إليها.¹

في حين إحتفظت المحاكم الجنائية بنظر مسائل الملكية المنقولة، مع تردها بشأن مسائل وجود وصلاحيية وتفسير العقود، وظل الامر كذلك غير مؤكد بالنسبة للمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للأفراد.²

كذلك ثار خلاف فقهي حول الدفوع المبداءة من المتهم كوسيلة دفاع، ومتى يتم إحالتها إلى القضاء المدني للفصل فيها، ومتى تفصل فيها المحكمة التي تنتظر الدعوى.

ثم أوردت " مذكرة الرئيس باري " رئيس محكمة النقض في 5 نوفمبر 1813 " هذه القاعدة حيث أصبح من الممكن قبول الإثبات بالكتابة للمسائل المعروضة على القاضي الجزائي بالتبعية، وبحيث لا يضطر القاضي الجزائي إذا عُرِضَتْ عليه هذه المسألة إلى إيقاف الدعوى وإحالتها على القاضي المدني، حتى لا يكون المتهم عُرضَةً لأن يكون ضحية

¹ محمد عبدالمنعم بدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه ، المرجع نفسه، ص66.

² أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، 1982، ص190.

لأي غش أو تدليس يقع عليه عن طريق الإثبات بشهادة الشهود، إذ صار الإثبات وفقاً لهذا المبدأ راجعاً إلى طبيعة الواقعة المراد إثباتها لا إلى القضاء الذي ينظرها¹.

ثانياً: موقف المشرع الفرنسي .

إزاء الصعوبات التي ثارت بخصوص مدى هذا المبدأ وكيفية تطبيقه، طلب قضاة محكمة النقض من رئيسهم باري تحرير مذكرة توضح الأمور للقضاة في هذه المسائل، فقام بكتابتها وأودعت وصوت عليها الجميع في 5 نوفمبر 1813 من قضاة الغرفة الجنائية، وقد تناولت هذه المذكرة فحماً عاماً لقضايا المحكمة وتوضيح المبادئ التي كرستها في خصوص هذا الموضوع، بحيث أصبح من المقبول أن تختص المحكمة الجنائية بالفصل في جميع العناصر المكونة للجريمة التي عرضت عليها، عملاً بمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، ما يعني تطبيق هذا المبدأ ما لم يستثن القانون هذه المسألة بنص صريح من إختصاصه ، وظلت هذه المذكرة سرية لفترة من الزمن²، إلى أن صدرت فكانت بمثابة مرجع ترجع المحاكم إليها، كما إستلهم المشرع منها بعض القواعد التشريعية الخاصة مثل المادة 182 من قانون الغابات الصادر في 1827 والمادة 59 من قانون الصيد في الأنهار الصادرة في 15 أبريل 1829³.

¹ Stefani et G. levasseur- Droit penal General et Procedure Penale – Tome.II- Dalloz- 1980- N438.

² ظلت هذه المذكرة سرية لفترة من الزمن احتراماً لنص المادة 5 من القانون المدني الفرنسي الذي يمنع القاضي من اصدار أحكام أو فتاوى في أمور لم تعرض عليه بصدد دعوى مرفوعة.

³ محمد عبدالمنعم بدر، المرجع نفسه، ص75.

أما في ظل القانون الإجراءات الفرنسية عام 1958 ، فلقد قنن هذا المبدأ والتي أبقى عليه قانون الاجراءات الفرنسية الحالي ولأول مرة مبدأ - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع-، مؤكداً على وجود الدفع الفرعي إذ نص عليه القانون أو تعلق بحق عيني عقاري.¹ كما إنحصرت الدفع الفرعية في القانون الفرنسي في الدفع المدنية والإدارية و جنائية. وبهذا أصبح لهذا المبدأ قاعدة و استثناء في النظام الإجرائي في فرنسا.

الفرع الثاني: نشأة المبدأ وتطوره في التشريع الجزائري.

لم يختلف الأمر في الجزائر عنه في فرنسا إختلافاً ملحوظاً، وذلك منذ صدور قانون الإجراءات الجزائئية الصادر في 8 يونيو 1966 حتى اليوم، وهو ما سوف نفضل الحديث عنه فيما يلي:

أولاً: تطور المبدأ في التشريع الجزائري.

لقد تضمن قانون الإجراءات الجزائئية الصادر في 8 يونيو 1966 نصاً يقرر هذا المبدأ، ومع ذلك استقر الفقه والقضاء على وجوب إعماله، مقررين بذلك اختصاص القاضي الجزائري بالفصل في جميع المسائل الفرعية التي تعرض عليه ولو كان غير مختص أصلاً بنظرها ما لم يوجد نص صريح يقضي بغير ذلك.²

وقد عتّى قانون الإجراءات الجزائئية بتقنين هذه القاعدة حينما نصّ في المادة 330 منه على أنه: "تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفع التي يبديها المتهم دفاعاً عن نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك".

من الأهمية بمكان معرفة الجذور التاريخية للمادة 331 من قانون الإجراءات الجزائئية الجزائري، فلقد نقل المشرع حرفياً نص المادة 331 من المادة 386 قانون الإجراءات

¹ إدوارد غالي الذهبي ، اختصاص القضاء الجنائي بالفصل في المسائل غير الجنائية ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد 302 ، السنة الحادية والخمسون ، يوليو ، 1960م ، ص 23.

² عبد الحميد زروال ، المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائرية، المرجع السابق، ص 63، 64.

الجزائية الفرنسي¹، وهذه المادة الأخيرة حديثة نسبياً أدخلت في قانون الاجراءات الفرنسي بعد إضافة هذا القسم إلى قانون المحاكمات الجنائية بمقتضى الأمر 58-1926 الصادر بتاريخ 1958/12/23.²

ثانياً: موقف المشرع الجزائري.

فواجب المحكمة يقتضيها الفصل في كل مسألة تعترض طريقها مادام الفصل فيها لازماً للفصل في الدعوى ذاتها، وذلك عملاً بقاعدة أن - ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب -، ومن هنا كانت القاعدة الاجرائية أن - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع - .
ومن ثم يكون المشرع الجزائري بذلك قد أخذ بهذا المبدأ، باعتباره مبدأ أساسياً ومستقراً في الاجراءات الجزائية، وذلك لما لهذا المبدأ من أهمية للفصل في الدعوى الجنائية، نظراً لأن القاضي الجزائي هو صاحب الاختصاص الأصيل في تحري كافة أركان الجريمة المعروضة عليه.

المطلب الثاني

مبررات المبدأ -قاضي الدعوى هو قاضي الدفع-

يجد هذا المبدأ تبريره في العديد من الأمور التي أدت إلى ظهوره في الفكر الجنائي كمبدأ قوى ومستقر في آراء الفقه واحكام القضاء، ونستطيع، إجمال هذه المبررات في نقطتين:

¹ Art 331- Ordonnance n° 66-155 du 8 juin 1966 portant du code de procédure pénale :
« l'exception préjudicielle doit être avant toute defense au fond. Elle n'est recevable que si elle est de nature à retirer au fait qui sert de base à la poursuite le caractère d'une infraction... » ..

² Code de Procédures Pénale, Livre 2, Des juridictions de jugement, p.148 (petits code Dalloz).

- أولهما يتعلق بصلة هذه المسائل بمكونات الجريمة،
 - ثانيهما يتصل بوحدة القضاة المدني والجنائي والرغبة في تحقيق العدالة سريعة .
- وهو ما سوف نعالجه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الإتصال بمكونات الجريمة.

يعتبر من أقوى الأسباب التي أدت إلى ظهور هذا المبدأ، هو إنتماء هذه المسائل إلى قوانين غير جنائية، إذ تتصل بمكونات الجريمة وبنائها القانوني ونسبتهَا إلى فاعلها، وهي تمثل عنصراً سابقاً على وقوع الجريمة باعتبارها مفترضا لها، مثال ذلك عقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة أو الملكية في جريمة سرقة المنقول باعتبار أن العقد والملكية هما من مفترضات هاتين الجرميتين¹.

و تُعدُّ هذه المفترضات التي تقابلها المسائل الفرعية من الناحية الإجرائية ويلتزم القاضي الجزائي بالفصل فيها مركزاً أو عنصراً قانونياً أو فعلياً أو واقعة أو صفة قانونية أو فعلية لازمة لقيام الجريمة، بحيث يترتب على تخلفها القول بعدم وجودها، وهي قد تكون سابقة على نشاط الجنائي من ناحية الزمنية والمنطقية وتظل مرتبطة به حتى لحظة توقيفه².

وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول وضعها بالنسبة للجريمة، ومدى تبعيتها أو استقلالها عن أركانها وهل هي ركن خاص من أركانها أو لا ؟ وهو ما سوف نعرض له ل في هذه الدراسة إلا بيان محل هذه المفترضات أو المسائل الفرعية بالنسبة لتكوين الجريمة يقتضي منا أولاً إلقاء الضوء على المقصود بالجريمة وأركانها ثم بيان موضع هذه المسائل بالنسبة إلى أركان الجريمة³.

أولاً: الجريمة وأركانها.

¹ عوض محمد عوض ،قانون العقوبات -القسم العام ،دارالمطبوعات الجامعية الإسكندرية،2012،ص50.49.

² جلال ثروت ، نظم القسم في قانون العقوبات المصري ، منشأة المعارف،2007،ص136.

³ أنظر عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، 32.

تعددت التعريفات الفقهية للجريمة واختلفت حول أركانها على النحو التالي:ذ

1- المقصود بالجريمة:

إختلف الفقه في تعريف الجريمة، فالبعض يعرفها بأنها واقعة قانونية يترتب عليها آثار جنائية وليست بسيطة بل مركبة ، بينما يعرفها البعض الآخر بأنها واقعة ترتكب إضراراً بمصلحة حماها المشرع في قانون العقوبات ورتب عليها أثر جنائياً متمثلاً في العقوبة¹ ، أو أنها فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر لها القانون جزاء جنائياً²، أو أنها إنتهاك لقانون العقوبات³.

2- أركان الجريمة:

يسود الفقه الجنائي إتجاهان في شأن تحديد أركان الجريمة أولهما تقليدي وثانيهما حديث.

ويذهب الإتجاه التقليدي إلى أن الجريمة تقوم على ركنين مادي ومعنوي، أما عن الأول فهو الواقعة أو المظهر المادي للجريمة فيتمثل في نشاط الفاعل والنتيجة التي يصيبها وعلاقة السببية بينهما والثاني هو خطأ الفاعل، سواء تمثل في هيئة العمد، أو تمثل في صورة الإهمال أو التقصير⁴.

أما الإتجاه الحديث فهو يضيف إلى هذين الركنين ركناً ثالثاً هو الركن الشرعي أو عدم الشرعية، حيث يقوم هذا الركن على التعارض بين الواقعة المرتكبة والمصلحة المحمية،

¹ رمسيس بهنام ، النظرية العامة للمجرم والجزاء ، منشأة المعارف ، 2000، ص308.

² مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات -القسم العام-، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي، 1998، ص63.

³ جلال ثروت، نظم القسم في قانون العقوبات المصري، منشأة المعارف، 2007، ص 136.& فوزية عبد الستار، شرح قانون

العقوبات - القسم العام، دارالنهضة العربية للنشر والتوزيع، 2012، ص189.

⁴ محمود محمود مصطفى ، أصول قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، ط ، 1980، ص21.

باعتباره الصفة التي يسبغها عليه نص التجريم، ويجب لتوافره شرطين، هما الخضوع الفعل لنص التجريم والثاني عدم خضوعه لسبب اباحة¹.

ويرجع تقسيم الفقه للجريمة إلى أركان وذلك لأن ركن الشيء هو جانبه الأقوى ويتفق والدراسة المنهجية لانقسامها إلى شروط أو عناصر أو مقومات أو خصائص أو مميزات، إذ أن ركن الشيء هو الظاهرة محل البحث مما يساعد على تقسيم كل ركن بدوره إلى عناصر تتفق مع طبيعته وتختلف بالتالي عن عناصر الأركان الأخرى.²

ونظرا لإنقسام الجريمة إلى أركان أساسية فإنه يترتب على تخلف أي منها عدم جواز إطلاق وصف الجريمة على الفعل، وهذه الأركان قد تكون عامة أي يشترط توافرها في كافة الجرائم ويرد تنظيمها بالتالي في القسم العام من قانون العقوبات، وقد تكون خاصة حيث يتطلب المشرع توافرها في جرائم معينة ويشملها في هذه الحالة القسم الخاص من قانون العقوبات.³

ويسبق وجود أركان الجريمة عنصر هام وهو مفترضاها، والتي هي حالة قانونية أو واقعية يحميها القانون ويفترض توافرها قبل وقوع الجريمة، كما تتميز هذه الأركان وعناصرها عن صفاتها وإن كانت من خصائصها، ولا تختلط أيضا بالشروط الموضوعية للعقاب التي يترتب على تخلفها إمتناع سلطة الدولة في العقاب.⁴

حيث يرى **الفقيه حسين ابراهيم صالح عبيد** أن الجريمة تنهض على طائفتين من العناصر عرضية وأساسية وينصرف النوع الأول إلى الظروف بينما يتحدد نطاق النوع الثاني في الأركان، ويمكن تعريف الظروف بأنها عناصر أو وقائع عرضية تبعية للجريمة تؤثر في

¹ مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري "الجزء الاول"، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2008، ص 108.

² عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 57.

³ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 108.

⁴ فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 126.

كيانها وتكشف مدى خطورة تفاعلها، تستتبع توقيع جزاء جنائي يلائم تلك الخطورة ويرضى شعور العدالة، أما الأركان فهي تلك العناصر أو الوقائع الداخلة في تكوين النموذج القانوني لجريمة والتي يترتب على تخلفها أو تخلف إحداها عدم القيام الجريمة الكلية .

وأركان الجريمة تختلف عن عناصر أخرى عرضية لا تؤثر في وجود الجريمة إنما في جسامتها فقط مما ينعكس على العقوبة فتؤدي إلى تشبيدها أو تخفيفها، بحسب الأحوال وبطلق عليها "ظروف الجريمة"¹ .

وبناء عليه نخلص إلى أن الجريمة تنقسم إلى ركنين رئيسين: مادي ومعنوي عند الفقه التقليدي، بالإضافة إلى الركن الشرعي في رأي الفقه الحديث، وأن هذه الأركان تختلف عن مفترضاتها وصفاتها والشروط الموضوعية للعقاب وظروف الجريمة اللازمة لقيامها.

ثانياً: موضع هذه المسائل بالنسبة لأركان الجريمة.

اختلف الفقه حول تعريف مفترضات الجريمة وتحديد صورها وذلك على النحو التالي:

1 - موقف الفقه من تعريف المفترضات:

ثار الجدل حول موضع المسائل الفرعية التي هي في حقيقتها مفترض للجريمة بالنسبة لأركانها بين قائل باستقلالها عن هذه الأركان، وقائل بتبعيتها كركن خاص وقبل بيان هذا الخلاف الفقهي سنقوم بتعريف هذه المفترضات عند الفقه مع إيضاح ماهيتها.

تعددت تعريفات الفقه لهذه المفترضات، حيث يعرفها البعض بأنها مركز أو عنصر يسبق في الوجود قيام الجريمة أو يعاصر إرتكابها، وهي أسبقية منطقية وزمنية، ومن ثم قانونية بحيث يترتب على تخلف هذا المركز أو ذاك العنصر عدم وجود الجريمة، فهي

¹ فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية ، المرجع نفسه، ص 192.

لازمة لوجود الجريمة قانوناً، أو أنها عنصر يدخل في تكوين الجريمة ويضمها النموذج القانوني لها ما دام يترتب على تخلفها عدم جواز إدراج الواقعة تحت وصف تجريمي¹،

ولا يتعارض مع ذلك كونها عناصر تتميز بصفات خاصة وتختلف بالتالي في بعض أحكامها عن العناصر التكوينية العامة². أو هي العنصر الذي يفترض قيامه وقت مباشرة الفاعل نشاطه بغيره لا يوصف هذا النشاط بعدم المشروعية، وسواء تمثل في مركز قانوني معين أو مادي، وأخيراً عرفت بأنها حالة واقعية أو قانونية يحميها القانون ويفترض توافرها قبل وقوع الجريمة³.

أما الفقه في فرنسا فيعرفها بأنها شروط سابقة أو مراكز قانونية أولية بالنظر إلى أنها شروط أو عناصر تخرج عن بناء الجريمة القانوني وتدخل في تكوينها ولازمة لوجودها من الناحية القانونية وبدونها لا يكون الفعل معاقبا عليه⁴، كما عرفها البعض الآخر بالظروف المكونة وذلك لافترانها بعناصر أساسية تجعل منها عناصر مركبة، ويكون اتحادها بالعناصر الأساسية ضروريا لوجود الجريمة⁵، أو أنها العناصر التي تحدد المجال الذي يمكن لجريمة أن ترتكب فيه، أو هي الظروف التي تسبق النشاط وتجعله إجراميا⁶. ويتضح من هذه التعريفات أن المفترضات سواء كانت عنصراً أو ظرفاً أو ركناً، إلا أنها تتفق على دخولها في مكونات الجريمة ولازمة لاكتمال نموذجها القانوني، فهي عنصر لازم لوجودها

¹ عبدالفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 260 & عوض محمد، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 35.

² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام "النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2016، ص 48.

³ حيث يعرفها الأستاذ حسنين إبراهيم صالح عبيد بأنها "مركز وعنصر قانوني أو فعلي أو واقعة أو صفة قانونية أو فعلية فتعتبر لازمة لقيام الجريمة ويترتب على تخلفها عدم القول بوجودها".

⁴ فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات - القسم العام -، المرجع السابق -، ص 22..

⁵ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، المرجع السابق، ص 23.

⁶ عبدالفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 260، عوض محمد، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 35.

ويترتب على تخلفها انتفاء وجودها وبراءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه، ومن ثم يُعدُّ الدفع بهذه المسائل أو انتقاؤها بمثابة دفع جوهري وأساسي تلتزم المحكمة الجزائية بالفصل فيه للفصل في الدعوى الجنائية المطروحة أمامها بما يستتبع ذلك انتفاء الجريمة إذا صح، وبالتالي تظهر أهمية المبدأ - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع - فلا يستطيع هذا الأخير عند فصله في الجريمة التخلي عن الفصل في أي عنصر من العناصر المكونة لأية جهة أخرى وإلا كان ذلك منطويًا على تخليه عن الفصل في الواقعة المنظورة، ما لم ينص المشرع على ذلك صراحة، حيث يكون حكمه معيبًا مشوبًا بالخطأ القانوني متعينًا نقضه،¹ ونتولى فيما يلي تبيان حالات المفترضات لكي يستطيع القاضي أن يتعرف عليها وحتى يكون فصله فيها لازماً وضرورياً للفصل في الدعوى الجنائية، وهي ذات صور عديدة تتمثل إما في وضع أو مركز قانوني، أو تصرف أو إجراء قانوني، أو واقعة قانونية أو صفات قانونية أو مادية، وذلك على التفصيل الآتي:

أ- وضع أو مركز قانوني:

يقصد به قيام وضع قانوني قبل إتيان الجاني نشاطه الاجرامي²، مثال ذلك قيام دعوى بالنسبة لجرائم الأهانة والتعدي على موظفين ومؤسسات الدولة نخص منها جريمة إهانة قاضي و وذلك بالإنقاص من هيئته أو سلطته في صدد الدعوى المطروحة أمامه" 144 ع جزائري³ " وبالنسبة لجريمة الشهادة الزور "المواد 234، 234، 232، و 235 عقوبات

¹ فوزية عبد الستار، المرجع نفسه، ص 27.

² محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 39 & عبدالفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 260.

³ يمكن إثبات القصد الجنائي في جريمة الأهانة :

أولاً : تعمد المتهم استعمال الأقوال والاشارات أو العبارات المهينة.

ثانياً: معرفته لصفة الشخص المهان . (غ ج 2 قرار 1981/11/17 ملف 230005).

جزائري¹، إذ يفترض لقيام هاتين الجريمتين سبق وجود دعوى مطروحة أمام القاضي وهي عبارة عن مركز معين ينظمه قانون الاجراءات الجزائية بناء على ارتكاب جريمة معينة.

ومن أمثلة ذلك كون الضحية مالكا للمال للمسروق "م 350 ع جزائري و المادة 1/311 فرنسي" وهو بدوره وضع أو مركز قانوني اكتسبه المجني عليه وفقا لأحد الأسباب كسب الملكية التي ينظمها القانون المدني وكذلك وضع اليد بصورة قانونية بالنسبة لجريمة إنتهاك حرمة المسكن "المادة 295 ع جزائري"، إذ ينبغي لقيامها أن يكون هناك من يشغل المسكن بصورة قانونية أيا كان سندها، فإذا لم يكن المسكن محل سيطرة من أحد فلا جريمة².

ب- تصرف أو إجراء قانوني:

يقصد به وجود عمل إداري أو إجراء قانوني ينتج آثاراً قانونية. والعمل الإداري قد يكون صادراً عن إرادة منفردة أو عن إرادتين³. مثال ذلك في التشريع الجزائري ما نص عليه المرع في المادة 81 عقوبات جزائري التي تعاقب بالإعدام كل " من تولى قيادة عسكرية أيا كانت بدون وجه حق أو بدون سبب مشروع، وكل من احتفظ بمثل هذه القيادة ضد أمر الحكومة، والقواد الذين يبقون جيوشهم وقواتهم مجتمعة بعد ان صدر لهم الأمر بتسريحها أو تفريقها ".

إذ تفترض هذه الجريمة صدور قرار من الحكومة أو القادة بتسريح الجنود قبل أن يرتكب القائد جريمته التي يتمثل ركنها المادي في الاستمرار في القيادة واستبقاء الجنود تحت

¹ تحدد المواد 232 إلى 235 ق ع جرائم شهادة الزور أمام الجهات القضائية تختلف عقوبة هذه الجرائم بحسب ما إذا وقعت الشهادة المزورة في المواد الجنائية أو المدنية أو الإدارية وما إذا كان شاهد الزور قد تلقى لذلك مكافأة أو نقود (غ ج 2 قرار 1986/06/24).

² لا يشترط أن يكون المنزل مسكونا بل يكفي أن يكون العقار معدا للسكن وتحوزه المجني عليها بأي طريق من طرق الحيازة المشروعة (غ ج 2 قرار 1991/01/26 ملف 78566).

³ عبدالفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، المرجع السابق، ص 260.

إمرته، ومثال الحالة الثانية جريمة خيانة الأمانة "المادة 376 ع جزائري " و "المادة 314 ع فرنسي " حيث تستلزم كشرط مفترض فيها تسليم المال بناء على عقد من عقود الأمانة التي يحددها المشرع على سبيل الحصر¹،

ونفس الأمر يقال بالنسبة لعقد الرهن في جريمة إختلاس الأشياء المرهونة حيث يعدُّ العقد مفترضاً لوقوع الجريمة حيث نصت المادة 364 عقوبات جزائري² على أنه " يعاقب بالحبس لمدة ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج المحجوز عليه الذي يتلف أو يبدد الأشياء المحجوزة والموضوعة تحت حراسته أو يشرع في ذلك .

وإذا كانت الأشياء المحجوزة مسلمة إلى الغير لحراستها فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبالغرامة 20.000 إلى 100.000 دج " .

ويعدُّ التوقيع على بياض على ورقة مسلمة إلى الفاعل شرطاً مفترضاً في جريمة خيانة الأمانة في الأوراق الممضاة على بياض "م 381 عقوبات جزائري أو كما يعرف بجريمة استغلال لتوقيع على بياض³ " .

¹ لا تتحقق جنحة خيانة الأمانة إلا بتوافر أركانها المادية، المنصوص عليها في أحكام المادة 376 وهي :

- تسليم المال للجاني على سبيل عقد من عقود الأمانة الستة الواردة في نص المادة 376

- اختلاس هذا المال وتبديده

- وقوع هذا الفعل على منقول مملوك للغير .

القضاة الذين ادانوا الطاعن بجنحة خيانة الأمانة دون إبراز الأركان المادية للجنحة المشار إليها على النحو المذكور سلفاً يتعرض قرارهم للنقض " (غ.ج.2، ملف 36623 قرار 29-10-1985، المجلة القضائية 1/1990 ص 266).

² تقتضي جنحة تحويل أشياء محجوزة أن يكون الشيء محل الجريمة محجوزاً ومادام الحجز في قضية الحال يخص الجرار و لا يشمل المبلغ المالي الذي كان بداخله فإن قضاة المجلس الذين أدانوا المتهم لأخذه المبلغ المالي قد خالفوا القانون (غ.ج.م.3، ملف 179887 قرار 21-6-1999 غير منشور).

³ المادة 381 من قانون العقوبات الجزائري " كل من أوتمن على ورقة موقعة على بياض وخان أمانتها بأن حرر عليها زورا التزاماً أو إبراء منه، أو أي تصرف آخر يمكن أن يعرض شخص الموقع أو ذمته المالية للضرر يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 1000 إلى 50000 دينار.

أما الاجراء القانوني فهو طريق يرسمه القانون الاجرائي جنائيا كان أو مدنيا تحقيقا لغرض معين على طريق الخصومة¹، مثال ذلك قيام الحجز القضائي في جريمة تبيد أو اختلاس الأشياء المحجوزة²، سواء وقع الفعل من مالكة المعين عليها حارسا وتعتبر هذه الجريمة في حكم السرقة وهي تفترض قبل اقرار الجاني فعلته وجود إجراء قانوني صادر عن السلطة القضائية ويتمثل في الحجز³.

ت-واقعة قانونية أو مادية:

تفترض هذه الصورة أن يكون ارتكاب الجريمة مسبقا بوجود واقعة قانونية أو مادية⁴. والواقعة القانونية هي تلك التي يحفل بها القانون ويسبغ عليها وصفاً أو تكييفاً معيناً، مثال ذلك جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جناية أو جنحة المنصوص عليها في " م 387 ع جزائري " و " م 44 ع مصري " والتي تقرر معاقبة كل من أخفى أشياء مسروقة متحصلة من جناية أو جنحة مع علمه بذلك، وأيضاً نصت المادة 387 ع جزائري على ما يلي : " كل من أخفى عمداً أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية أو جنحة في مجموعها أو

¹ عبدالفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص 260.

² إن المسؤولية الجنائية لحارس الأشياء المحجوزة تعتبر من أقوى وأشد الوسائل القانونية وأكثرها فاعلية للمحافظة على الأشياء المحجوزة، لما ينطوي عليه الجزاء بطبيعته من قوة الردع والزرع، ولأجل ذلك عالجها المشرع بموجب نصوص خاصة في الأمر رقم 66 - 159 المؤرخ في 08 جوان 1996 المتضمن قانون العقوبات الجزائري وجاءت العقوبات مشددة وخاصة عقوبة. خيانة الأمانة.

³ وعرفت الحراسة القضائية على أنها (نيابة يوليها القضاء بإجراء مستعجل ووقتي يأمر به إستنادا إلى نص في القانون بناء على طلب صاحب المصلحة وذلك إذا رأى القاضي أنها إجراء ضروري للمحافظة على حقوق أصحاب الشأن ومصالحهم، ويعهد القاضي للحارس المنقول أو العقار لحفظه وإدارته إلى أن يردده) التعريف كان لمحمود مصطفى عثمان يونس: النظام القانوني للحجز التحفظي القضائي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1992، ص 64.

⁴ عبد العظيم مرسي الوزير، شرح قانون العقوبات " القسم العام " الجزء الأول النظرية العامة للجريمة-، سنة 2009، ص

في جزء منها، حيث يفترض في هذه الجريمة وجود جريمة سابقة تكون في الأولى الجريمة التي تتحصل منها الأشياء محل الإخفاء¹.

وفي الثانية سبق ارتكاب جريمة الهروب من وجه العدالة حيث نصت م 188 ع جزائري " على معاقبة كل من كان مقبوضا عليه أو معتقلا قانونا بمقتضى أمر أو حكم قضائي ويهرب أو يحاول الهروب من الأماكن التي خصصتها السلطة المختصة لحبسه أو من مكان العمل أثناء نقله²، وينطبق الأمر بالنسبة لجريمة إخفاء جثة قتيل أو دفنها بدون إخبار الجهات المختصة .

وقبل الكشف عليها وتحقيق حالة الموت وهذا ما قرره " المادة 154 ع جزائري حيث نصت في فقرتها الأخيرة على ما يلي : **وإذا كان المخفي يعلم أن الجثة لشخص مقتول أو متوفي نتيجة ضرب أو جرح فإن العقوبة تكون من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.** " وهي واقعة قانونية تستمد تكييفها من المشرع الجنائي³، أما الواقعة المادية⁴ فمثالها كون المجنى عليها في جريمة الإجهاض امرأة حامل⁵ والمجني

¹ تقوم جريمة إخفاء الأشياء على عنصرين أساسيين وهما : العلم بأن الأشياء المختلسة مصدرها جنائية أو جنحة واستلام وحيازة هذه الأشياء عمدا م ق غ ج م ملف 56361 قرار 1989/4/14 م ق 4/1992 ص 193.

² يعرضون قرارهم للنقض قضاة الموضوع الذين صرحوا بعقوبة الهروب على حدة دون ضمها (جمعها) إلى العقوبة الأصلية المحكوم بها على جريمة التي أدت إلى حبس المتهم (غ ج 1 ملف 64400 قرار 05-06-1990).

³ عبد العظيم مرسي الوزير، شرح قانون العقوبات، ص.71،72.

4 تنص المادة 304 : كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 10.000 دج .

5 تقوم جنائية القتل بتوافر العناصر الثلاثة الأتية - العنصر المادي ويتمثل في فعل القتل أو فعل من شأنه إحداث الموت.

- أن يكون المجني عليه إنسانا على قيد الحياة

- القصد الجنائي، و هو الأهم ويتمثل في العمد ويتمقق هذا العنصر في الجريمة متى كان الجاني ارتكب الفعل بنية إحداث الموت لغيره مع علمه بذلك و من ثم فأى إدانة من أجل القتل العمد يجب أن يذكر فيها هذا العنصر الأخير وإلا كان الحكم مخالفا للقانون ومشوبا بالقصور (الغرفة الجنائية،ملف 36646، قرار 18-12-1984،المجة القضائية 2/1990 ص 242،ملف 67370،قرار 22-5-1988 المجلة القضائية 3/1992 ص 185،ملف 84077 قرار 05-

02-1991،المجلة القضائية 2/1993 ص 161) .

عليه في القتل إنساناً حياً حيث نصت " م 254 ع جزائري على ما يلي : القتل هو إزهاق روح انسان عمداً.

ث-صفات قانونية ومادية:

يستلزم القانون في بعض الأحيان توافر صفات معينة لقيام الجريمة، سواء كانت مادية أو قانونية ومثال الأولى صفة الموظف العام ومن حكمه في جريمة الرشوة "المادة 25 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته"¹ وصفة المواطن الجزائري في جرائم الخيانة ضد أمن الدولة "المادة 61 جزائري"²، وصفة العسكري بالنسبة للجرائم العسكرية المنصوص عليها في المواد 26،27 من قانون القضاء العسكري³، أما الصفات المادية فهي تتعلق بخصائص تحكمها المفاهيم الطبية في بعض الأحيان مثل كون الشخص مصاباً أو مريضاً، حيث نصت المادة 47 ق ع أن لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة،⁴ وذلك دون الإخلال بأحكام الفقرة 2 من المادة 21(يتعلق الأمر بالحجز القضائي في مؤسسة نفسية أو طبية قصد العلاج)⁵.

ثالثاً: إستقلال وتبعية المفترضات بالنسبة لأركان الجريمة.

1 قانون رقم 06-01 مؤرخ في 06 فبراير 2005 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد رقم 14،08 مارس 2006.

2 نصت المادة 61 من (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006) على مايلي : " يرتكب جريمة الخيانة يعاقب بالإعدام كل جزائري وكل عسكري أو بحار في خدمة الجزائر ...".

3 الأمر رقم 71-28 المؤرخ في 22 أبريل 1971 المتضمن قانون القضاء العسكري، ج ر عدد 1971،38.

⁴ من المقرر قانوناً أن يكون جزاء الجرائم المرتكبة بتطبيق العقوبات المقررة لها ولا يعفي منها إلا من ثبتت لفائدته إحدى موانع المسؤولية الجزائية، كثبوت حالة الجنون وقت ارتكاب الأفعال وإن القضاء بغير ذلك يعد خرقاً للقانون (قضية رقم 19،101792/12/1993،المجلة القضائية،1994،عدد3،ص28).

⁵ أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائري العام،ط10،دار الهومة، سنة 2011، ص204.

بما أن وضع العنصر أو الشرط المفترض في الجريمة محل خلاف في الفقه ويمكن تأصيله إلى اتجاهين أساسيين: يرى أولهما إستقلال المفترضات عن مكونات الجريمة بينما يتجه الثاني إلى تبعيته لها وإدماجه فيها سوف نتعرض فيما يلي لبيان هذين الاتجاهين¹:

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن هذه المفترضات وإن كانت تستقل عن أركان الجريمة إلا أنها تدخل ضمن مقوماتها بصفة عامة، بحيث لا توجد بدونها، ومن الممكن عزلها عن ركنها المادي والمعنوي وسائر عناصرها الأخرى لأنها سابقة جميعاً من الناحية الزمنية والمنطقية، إلا أن أنصار هذا الاتجاه إنما يختلفون حول تحديد ما يعتبر من مقومات الجريمة بمثابة جانبها المفترض وما لا يعتبر كذلك².

و يستند أصحاب هذا الرأي إلى تحليل مقومات الجريمة ورد الجانب المفترض إلى إحداها بحيث لا يعتبر خارجاً عن نموذجها القانوني للجريمة كما حدده القانون ذلك أنه لا يعدو أن يكون أحد مقومات الركن المادي للجريمة، وهناك من يرد الجوانب المفترضة إلى المحل القانوني للجريمة بينما يردها البعض إلى أركان الجريمة بصفة عامة دون تحديد لركن بذاته³.

مهما كان الخلاف الفقهي حول إستقلالها أو تبعيتها لأركان الجريمة إلا أنه يتفق على لزومها للوجود القانوني للجريمة، والتي لا تقوم بدونها إذ أنها جزء من نسيجها الذي تطلبه المشرع في النص التجريمي، ومن ثم فإن القاضي عندما يقوم بالفصل فيها والقول بوجودها أو إنتفائها إنما هو تحقيق لمبدأ - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع - بحيث أنه لو لم يفصل في هذه المسألة يعد تاركاً لمسألة لازمة للفصل في الدعوى المنظورة أمامه⁴.

¹ حسنين إبراهيم صالح عبيد ، فكرة المصلحة في قانون العقوبات ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد السابع عشر ، العدد الثاني ، 1984 ، ص 254.

² حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 544.

³ عبد الفتاح الصيفي ، القاعدة الجنائية ، المرجع السابق ، ص 262 & حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 550..

⁴ حسنين عبيد ، المرجع نفسه ، ص 544 وما بعدها.

الفرع الثاني: الارتباط بالتنظيم القضائي.

هناك من المبررات الأخرى التي دعت إلى وجود مبدأ - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، تتعلق بالتنظيم القضائي للدولة، ويمكن إرجاع هذه المبررات إلى عاملين إثنين هما مبدأ وحدة القضاءين المدني والجنائي، وسرعة تحقيق العدالة الجنائية .

أولاً: مبدأ وحدة القضاءين المدني والجنائي.

يقصد بمبدأ وحدة القضاء أن يقوم نفس القضاة بالفصل بالتناوب في القضايا المدنية والجنائية، حيث يشكل القضاء المدني والجنائي نظاماً قضائياً واحداً، يختلط كل منهما مع الآخر، بحيث يكون لهما نفس التكوين بما يسمح للقاضي الجزائي مثلاً بالفصل في قضايا القانون المدني، وتظهر هذه الوحدة بوضوح المادة 3 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري¹ حيث تجيز ممارسة الدعوى المدنية مع الدعوى العمومية أمام الجهات القضائية نفسها أي أمام القضاء الجزائي²، وهذا ما أجازهُ المشرع المصري في المادة 251 قانون إجراءات الجنائية المصري بممارسة الدعوى المدنية في نفس الوقت مع الدعوى العمومية³.

لقد أكد قانون تحقيق الجنايات لسنة 1808 هذه القاعدة، ثم أعادها قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1958 والأوامر القضائية في نفس الفترة الخاصة بالإصلاح القضائي

¹ يمكن المحاكم الجزائية النظر في الجرائم التي لها علاقة بالأعمال الإدارية، فنكون بذلك مختصة بتقدير المسؤولية الناتجة عن هذه الجرائم تطبيقاً لحكام المادة 3 ق إ ج، ومن ثم يستوجب النقض القرار الذي اعتمد على المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية للتصريح بأن القضاء الجزائي غير مختص بالنظر في المسؤولية وفي طلب المدعي بالحق المدني (غ ج م 1969/2/4 مجموعة الأحكام الجنائية ص 430).

² إن رفع الدعوى المدنية أمام القضاء هو مجرد اختيار للطرف المضرور (مدني 19 جانفي 1996 النشرة السنوية للعدالة 67/66 ص 355)،

³ أجاز المشرع الفرنسي في نص المادة 3 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي ممارسة الدعوى المدنية مع الدعوى العمومية أمام القضاء الجزائي.

وتقنين التنظيم القضائي لسنة 1978 بحيث تكون المحاكم مشكلة من نفس القضاة الذين يقومون بأعمال القضاء المدني والجنائي.¹

وبالرغم من أن القضاة في الفرعين لا يتطلبان نفس الاستعدادات والمعلومات والأساليب والإجراءات، إلا أن القضاة أنفسهم الذين يفصلون مرة في القضايا الجنائية وأخرى في القضايا المدنية، ويتم اختيارهم بنفس الطريقة دون تفرقة، ويخضعون لهيئة تفتيش واحدة.

حيث تتم التشكيلة من قاضي الفرد يكون قاضيا مدنيا وقاضيا للمخالفات المادة 523 إجراءات جنائية فرنسي كما تكون المحكمة الابتدائية تكون في نفس الوقت كذلك محكمة مدنية ومحكمة جناح المادة 381 إجراءات جنائية فرنسي أما محكمة الاستئناف الفرنسية كانت تنظر أيضا في القضايا المدنية والقضايا الجنائية المادة 469 و المادة 547 قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي . و يرأس محكمة الجنايات مستشار من محكمة الاستئناف وهذا النوع من القضاء يتضمن وجود محلفين لا يشتركون في الحكم في المسائل المدنية.

¹ أخذ النظام القانوني المصري أيضا عن نظيره الفرنسي ، حيث يقوم على وحدة القضاة الجنائي والمدني حيث تنص المادة 12 من قانون السلطة القضائية على (يجوز تخصص القاضي بعد مضي أربع سنوات على الأقل من تعيينه في وظيفته ، ويجب أن يتبع نظام التخصص بالنسبة للمستشارين و بالنسبة لمن يكون من القضاة قد قضى على تعيينه ثماني سنوات . ويصدر بالنظام الذي يتبع في التخصص قرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية على تراعي فيه القواعد الآتية :

أولاً: يكون تخصص القاضي في فرع أو أكثر من الفروع الآتية : جنائي -مدني-تجاري-أحوال شخصية-مسائل اجتماعية ،ويجوز أن تزداد هذه الفروع بقرار من المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

ثانياً: يقرر المجلس الأعلى للهيئات القضائية الفرع الذي يتخصص فيه القاضي بعد استطلاع رغبته ويجوز عند الضرورة ندب القاضي المتخصص من فرع لآخر، نقلاً عن محمود نجيب حسني شرح قانون الاجراءات الجنائية ،المرجع السابق،ص392.

كما أخذ النظام القانوني الجزائري عن نظيره الفرنسي، حيث يقوم على وحدة القضاء الجنائي والمدني فكل منهما يتناوب الفصل في القضايا المدنية والجنائية كقاعدة، حيث نجد المحاكم الجزئية أو المحاكم الابتدائية لا يتخصص قضااتها في نوع معين من القضايا¹، فهم قضاة المدني والجنائي في نفس الوقت، وهو ما ينطبق أيضا على المجالس القضائية والمؤلفة من عدد من المستشارين، والمحكمة العليا، فنجد التشريع الجزائري لم يأخذ بنظام تخصص القضاء.

والتشريع المصري على الرغم من تقنينه نظام تخصص القضاء في المادة 12 من قانون السلطة القضائية إلا أنه لم يوضح حتى الآن موضع التنفيذ².

ثانياً: أهمية المبدأ.

لا ريب فيما يحققه هذا المبدأ من فوائد مؤكدة منها : أنه يحقق قيام تنظيم قضائي أكثر إقتصاداً، فضلا عن أنه يمنع قضاة الجنائي من إكتساب عقلية يغلب عليها الأسلوب

¹ القانون العضوي 04-11 مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر العدد 57 المؤرخ في 8 سبتمبر 2004.

² تنص المادة 12 من قانون السلطة القضائية على " يجوز تخصص القاضي بعد مضي أربع سنوات على الأقل من تعيينه في وظيفته ، و يجب أن يتبع نظام التخصص بالنسبة إلى المستشارين و بالنسبة لمن يكون من القضاة قد قضى على تعيينه ثماني سنوات . ويصدر بالنظام الذي يتبع في التخصص قرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية على أن تراعى فيه القواعد الآتية :

أولاً: يكون تخصص القاضي في فرع أو أكثر من الفروع الآتية : جنائي - مدني - تجاري - أحوال شخصية - مسائل اجتماعية (عمال) ، ويجوز أن تزداد هذه الفروع بقرار من المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

ثانياً : يقرر المجلس الأعلى للهيئات القضائية الفرع الذي يتخصص فيه القاضي بعد استطلاع رغبته ويجوز عند الضرورة ندب القاضي المتخصص من فرع لآخر ، محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، المرجع السابق ، ص392.

الجنائي ويجعلهم على إتصال مستمر بالقانون المدني، حتى لا يتحولوا مع الزمن إلى آلات توزيع العقوبات .

ومع ذلك فقد تعرض هذا المبدأ للانتقاد من عدة نواح من جانب أنصار المذهب الواقعي وعلماء الإجرام الذين يطالبون بقضاة متخصصين للفصل في القضايا الجنائية والذين لا يُلمُونَ فحسب بالقانون الجنائي بل بعلم الإجرام أيضاً، لأن الظاهرة الجنائية لا ينظر إليها من وجهة نظر القاضي المجردة، ولكن في أسبابها الحقيقية وفي شكلها الفسيولوجي والنفساني، وحتى الاجتماعي،

وأن التخصص يحقق وجود قضاة جنائيين متخصصين حاصلين على تعليم معمق ليس فحسب في القانون الجنائي ولكن في علوم أخرى مساعدة مثل الطب الشرعي ويتم إعدادهم في المعاهد الجنائية¹ .

ويرى الباحث أنه إذا كان لمبدأ تخصص القضاة أهميته وأثره في تحقيق العدالة إلا أنه من الضروري والمهم أن يلم القاضي بكافة فروع القانون المختلفة والتي تساعده على تنمية قدراته وملكته القانونية، لكي يكون قادراً على الفصل في أية مسألة تُعرض له أثناء نظره لمختلف أنواع القضايا المطروحة أمامه .

ثالثاً: سرعة تحقيق العدالة الجنائية.

يعتبر مبدأ سرعة تحقيق العدالة الجنائية أحد المبادئ العامة التي يلتزم القاضي

¹ فوزية عبد الستار، شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقاً للأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص133.

بمراعاتها، وتمثل إطاراً عاماً للمحاكمة المنصفة والعادلة، ويقصد به سرعة الفصل في الدعوى على نحو يحقق الردع العام وإظهار الحقيقة¹.

وقد أفصحت عن هذا المبدأ المادة 157 من الدستور الجزائري بقولها

تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات ، وتضمن للجميع ولكلّ واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية هذا الى جانب المادة 168 بقولها يحمي القانون المتقاضي من أي تعسف أو أي إنحراف يصدر من القاضي²، كما نصت عليه المادة 158 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بقولها أن لكل فرد عند النظر في أية تهمة جنائية ضده الحق في أن تجرى محاكمته دون تأخير زائد عن المعقول، ونصت المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على وجوب أن تجرى المحاكمة خلال وقت معتدل .

ويستند هذا المبدأ إلى كل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بالمتهم، أما عن الأولى فهي تقضي سرعة الانتهاء من المحاكمة الجنائية تحقيقاً للردع العام الذي يتوخاه العقاب وهو أمر يتطلب السرعة في توقيعه بعد وقوع الجريمة هذا بالإضافة إلى عدم فعالية الردع الخاص وإعادة تأهيل المجرم لأن التأخير في ذلك يضعف جدواه، هذا إلى جانب ما تتكبده الدولة من نفقات بسبب طول الإجراءات³.

وبالنسبة للثانية فهي تتوافر من وضع حد للألام التي يتعرض لها بسبب وضعه موضع الاتهام مما يمس شرفه وإعتباره بين الناس، وخاصة في ضوء علانية إجراءات

¹ أحمد فتحي سرور-الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية- دارالنهضة العربية-القاهرة، 1995، ص، 356.

² دستور 2016، ج ر عدد 14، المؤرخ في 2016/03/07.

³ تنص المادة 136 (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20) على مايلي: "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يتمتع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك وبصر على امتناعه بعد التنبيه عليه من رؤسائه ويعاقب بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية خمس سنوات على عشرين سنة"

المحاكمة وهي ألام نفسية تلحق به وبأسرته، كما أن إنتظار المتهم وقتاً طويلاً للمحاكمة قد يؤثر على الشهود في معرفة الحقيقة .

هذا المبدأ لا يعني التسرع في المحاكمة فذاك قد يؤدي المتهم لأنه يحتاج إلى وقت لإعداد دفاعه، ولهذا فإن السرعة المطلوبة للفصل في الدعوى هي تلك السرعة المعقولة وهي تكون كذلك إذا تمت في ميعاد معقول، حسب كل قضية على حدة،

وتحقيقاً لهذا المبدأ تبنى المشرع الجزائري إجراءات جديدة من شأنها التقليل من عدد القضايا المعروضة على القضاء الجزائي وتبسيط إجراءاتها ومن هذه الاجراءات إجراءات المثل الفوري وضهر هذا في التعديل الذي أدخله المشرع على قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 جولية 2015 ومن بين تلك التعديلات إدخال المثل الفوري والأمر الجزائي كطريقتين من طرق إخطار المحكمة الجنائية بالدعوى .

هذا المبدأ أيضاً يضمن سرعة الفصل في الواقعة المقامة عنها الدعوى وهذا ضمان لأحترام قواعد القانون الجنائي، وأيضاً إصلاح الاضطراب الذي أوقعه الجاني بالمجتمع بسرعة توقيع العقاب عليه وتعويض المضرور عما لحقه من ضرر، فمن الملائم تجنب أي تأخير في النطق بالحكم الجنائي، وهو الامر الذي قد يؤدي إلى اضعاف فعالية الحكم بالفدر الذي يباعد به الزمن بين وقوع الجريمة وصدور الحكم فيها¹.

و يحافظ هذا المبدأ على وحدة الدعوى الجنائية وعدم تفتيتها ما يتيح للقاضي من سلطة الفصل وتحديد جميع أركان الجريمة وعناصرها والنظر في مختلف الدفوع التي تثار بشأنها مما يحقق وحدة الجريمة وتجانسها.

¹ أحمد فتحي سرور-الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق، ص، 356

فحسن سير العدالة الجنائية وسرعتها يقتضيان تخويل القاضي الجزائي سلطة الفصل في كل مسألة يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية المعروضة عليه¹ ، تعدُّ من المبررات الأساسية التي أدت إلى ظهور هذا المبدأ وتطوره إلى الوضع الذي هو عليه في تشريعنا الراهن .

المطلب الثالث

خصائص مبدأ -قاضي الدعوى هو قاضي الدفع

ينهض مبدأ - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع - على إختصاص القاضي الجزائي بنظر المسائل التي تعرض عليه وتخرج بحسب الأصل من اختصاصه وذلك لما قدمناه من مبررات، وتكمن خصائص هذا المبدأ في أمرين أولهما هو إلتزام القاضي بالفصل في هذه المسائل لدخولها في إختصاصه عند نظر الدعوى المعروضة أمامه، وثانيهما هو أن تعرُّضه لها يكون بصفة عرضية وليست أساسية، وسوف نتولى الحديث عن هاتين الصفتين الإلزامية والعرضية تَباعاً في فرعين متواليين.

الفرع الأول: الصفة الإلزامية.

تجد هذه الصفة الإلزامية أساسها في كلِّ من التشريع والقضاء، تقوم أحكامها على الجوهرية والوجوب.

وتعود هذه الصفة الإلزامية إلى نصوص التشريع وأحكام القضاء أما عن نصوص التشريع فقد نصت المادة 330 من قانون الإجراءات جزائية ، على إختصاص المحكمة

¹ أحمد فتحي سرور ، المرجع نفسه، و الموضوع نفسه،

الجنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها، ما لم ينص القانون على غير ذلك.¹

وفي القانون الفرنسي أكدت المادة 384 إجراءات على إلزام المحكمة الجنائية بالفصل في كافة الدفوع التي يثيرها المتهم أثناء نظر الدعوى في دفاعه .

وقد جرت أحكام القضاء على إلزام المحكمة الجزائية بالفصل في هذه المسائل حيث قضت بأن المشرع قد أمَدَّ القاضي الجزائي وهو يفصل في الدعوى العمومية بسلطة واسعة تكفل له كشف الواقعة على حقيقتها ، فلا يتقيد في ذلك إلا بقيد يورده القانون، ومن ثم كان له الفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى العمومية لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وليس عليه أن يقف فيها دون أن يصدر من أية محكمة غير جنائية في حدود إختصاصها في المسألة التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية من محاكم غير جنائية من محاكم السلطة القضائية أو من أية جهة أخرى وهو لا يتقيد بأي قرار أو حكم يصدر.²

وقد إتجه القضاء الفرنسي أيضا إلى إلزام المحكمة بالفصل فيما يطرح عليها من مسائل فرعية إلا إذا تعلقت بالملكية أو بحق عيني عقاري فلا تنظرها المحكمة أو إذا نص القانون على خلاف ذلك، فيتعين على المحكمة الفصل في طبيعة العقد في جريمة خيانة الأمانة وبوجوده، وفي مسألة ملكية المنقول للمتهم.³

¹ تنص المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية على كايي : " تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبديها المتهم دفاعا عن نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك ."
² على هيئة المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية أن تفصل في جميع الدفوع ، على أن تثار الدفوع الأولية قبل أي دفاع في الموضوع(قضية رقم 93309 ، تاريخ 10/10/1995 ،المجلة القضائية،1996،عدد 1 ، ص 209).
³ أنظر نقض 4 فبراير 1948 مج القواعد القانونية ج 8 ق 402 ص 380 نقلاً محمد نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 198.

كما قضى أيضا في مصر بموجب المادة 221 إجراءات جنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، ويستوي في هذه المسائل التي تلتزم المحكمة الجنائية بالحكم فيها أن تكون مدنية أو تجارية أو متعلقة بقانون المرفعات أو بتشريعات خاصة.¹

وبناء عليه فإن الصفة الإلزامية لهذا المبدأ إنما ترجع أولا إلى نص القانون وثانيا إلى ما أكده القضاء في أحكامه العديدة من وجوب هذا الإلزام على هيئة المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية .

كما يتميز الدفع المبدئي من المتهم بهذه المسائل بجوهريته، بمعنى أنه يتعين على المحكمة أن تقوم بالرد عليه، ويعتبر الدفاع جوهريا إذا كان ظاهر التعلق بموضوع الدعوى المنظورة أمامها، أي أن يكون الفصل فيها لازما للفصل في الموضوع ذاته.²

وعدم التزام المحكمة بعدم الرد على الدفع يعتبر إخلالاً بمبادئ ضمان المحاكمة المنصفة والعادلة كاحترام حقوق الدفاع و إلتزام المحكمة بتسبيب الأحكام، وتعد كل مخالفة لهذا الإلتزام مؤدية إلى بطلان الحكم للإخلال بحق الدفاع وبواجب المحكمة في تسبيبه، فكل دفع بهذه المسائل يعتبره جوهريا لأنه لو صح لترتب عليه نفي الجريمة عن المتهم³، مثال ذلك أن يدفع المتهم أنه ليس مدينا أو حائزاً في جريمة اختلاس الأشياء المحجوزة⁴ التي يجب لانعقاد الحجز تعيين حارس على الأشياء المحجوزة إلا إذا كان المدين أو الحائز

¹ نقلاً محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق 328.

² أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 849.

³ أحمد فتحي سرور، المرجع نفسه، ص 849.

⁴ تنص المادة 364 من قانون العقوبات على مايلي: " يعاقب بالحبس لمدة ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج المحجوز عليه الذي يتلف أو يبدد الأشياء المحجوزة والموضوعة تحت حراسته أو يشرع في ذلك...".

حاضراً أو كلف بالحراسة¹، أو الدفع بأن تسليم المال في جريمة خيانة الأمانة تم بصفته مالكا له لا أمينا عليه بناء على عقد من عقود الأمانة الواردة في المادة 376 قانون العقوبات ودفاع المتهم في جريمة إصدار شيك بدون رصيد بأنه يحمل تاريخيين في دفاع جوهرى من شأنه أن يؤثر في قيام الجريمة أو عدم قيامها.

ولكي يكون الدفاع جوهريا تلتزم المحكمة بتحقيقه يجب أن يكون ذا أثر منتج في الدعوى، لأنه إذا كان المتهم لم يقصد من وراء دفاعه إلا إثارة الشبهة في الدليل لم يكن من شأنها - بفرض قيامها - أن تذهب بصلاحيته القانونية فإن مثل هذا الدفاع لا يعتبر من أوجه الدفاع الجوهرى التي تلتزم المحكمة بتنفيذها أو الرد عليها صراحة²،

والتزام المحكمة بالفصل في هذه المسائل والرد عليها مشروط بشرطين :

- ✓ أن يكون دفع المتهم بهذه المسألة جازما وصريحا ويقرر سمع المحكمة ويتحقق ذلك إذا كان يشتمل على بيان ما يرمى إليه ويصر عليه مقدمه في طلباته الختامية.
- ✓ أن يبدى هذا الدفاع قبل إقفال باب المرافعة وإلا كانت المحكمة غير ملزمة بالرد عليه³.

وبعد تكليف المحكمة لهذه المسائل ملزم لها، ولو لم تكن محل منازعة أو دفع أمامها بها لأنها لازمة في الفصل في موضوع الدعوى، إذ أن المحكمة طبقا لنص المادة 379 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ملزمة ببيان مكونات الأفعال التي أتاها المتهم والتي تتوافر بها عناصر الجريمة المنسوبة إليه في أسباب حكمها لأن ذلك يعد من البيانات

¹ تقتضى جنحة تحويل أشياء محجوزة أن يكون الشيء محل الجريمة محجوزا ومادام الحجز في قضية الحال يخص الجرار و لايشمل المبلغ المالى الذي كان بداخله فإن قضاة المجلس الذين أدانوا المتهم لأخذه ذلك المبلغ المالى قد خالفوا القانون(غ.ج.م.ق.م.ف 179887 قرار 21-6-1999 غير منشور)

² مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصرى، المرجع السابق، ص 107.

³ أحمد فتحي سرور - الشرعية والإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 854.

الجوهرية الواجب ذكرها حتى يمكن مراقبة محكمة الموضوع في صحة تطبيقها للقانون¹ فلا يكفي مجرد سرد الوقائع دون إستجلاء أركان الجريمة فيها، وطالما أن المحكمة قد استجلبت أركان الجريمة في الواقعة التي بينتها فإنها غير ملزمة بأن تتحدث صراحة عن كل ركن فيها².

و يعتبر إلتزام المحكمة بالفصل في هذه المسائل بحسب الأصل وجوبي لا جوازي، فإذا كانت الجريمة المطروحة على المحكمة الجنائية يتطلب الفصل فيها إلى تبيان حكم القانون في مسألة فرعية تحكمها القواعد المدنية ، فإنه يتعين على المحكمة الجزائية أن تفصل في تلك المسألة ولا يجوز لها أن توقف الدعوى انتظاراً للفصل فيها من محكمة أخرى فإن هي فعلت ذلك كان قضاؤها متهين للإلغاء لأن حكم القانون في هذه الحالة ملزم للمحكمة³.

والخلاصة أن الصفة الإلزامية تتميز بأمرين الأول هو الجوهرية إحتراماً لحقوق الدفاع إذا ما دفع بها والتزاماً من المحكمة عند تسبب حكمها ببيانها لأركان الجريمة وعناصرها القانونية والثاني هو الوجوب، بحيث تلتزم المحكمة بالفصل فيما يعرض عليها من مسائل تكون لازمة للفصل في الدعوى .

الفرع الثاني : الصفة العرضية.

¹ يعرضون قرارهم للنقض قضاة الأستئناف الذين أدانوا المتهم بناء على أوراق الملف والمناقشة التي دارت في الجلسة دون أن يذكروا بوضوح الافعال التي ارتكبتها و ظروفها الزمنية والدلائل التي اعتمدها للإدانة (غرفة الجرح والمخالفات ، ملف 52013 قرار 20-12-1988، المجلة القضائية 1999/2 ص312).

² مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري،المرجع السابق،ص 113.

³ فوزية عبدالستار،شرح قانون الإجراءات الجنائية،المرجع السابق،ص354

تعني الصفة العرضية لهذا المبدأ أن الفصل في هذه المسائل إنما يكون عارضاً أثناء نظر القاضي الجزائي للدعوى الجنائية، فلا يختص القاضي بنظرها إذا ما رفعت إليه إستقلالاً عن الدعوى الجنائية، وأنها تثار أساساً في شكل دفع أثناء نظر الدعوى، وليست محل مرافعة أو حكم منفصل عن موضوعها ويجب الفصل فيها مع الجريمة في نفس الوقت نظراً لأنها عنصر فيها¹.

كما لا يختص القاضي الجزائي بنظر هذه المسائل إذا ما عرضت عليه كدعوى أساسية أو مستقلة عن الجريمة المطروحة أمامه، إذ أن القاضي الجزائي لا يفصل في مسألة لا تدخل في ولايته أو اختصاصه إلا إذا كانت مسألة فرعية أو عارضة².

وقد قضت محكمة النقض في مصر بعدم إختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية التي لم تنشأ عن الجريمة لتعلق ذلك بتحديد ولايتها القضائية ، لأنه من النظام العام، ويجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ويجوز الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، فالحكم الذي يقضي برفض هذا الدفع بمقولة أن الحق في التمسك سقط لعدم أدعائه قبل أي دفع آخر أمام محكمة الدرجة الأولى، أو إعتبره من الطلبات الجديدة التي لا يصح عرضها على المحكمة الاستئنافية لأول مرة هو حكم مشوب بالخطأ في تطبيق القانون³.

ويذهب الفقه إلى أن هذه القاعدة تحقق إكمال سلطة المحكمة الجنائية في الدعوى المنظورة، وذلك بفصلها في كافة عناصرها المتعلقة بوجود الجريمة ومسئولية المتهم عنها، مادامت هذه المسائل تابعة أو متفرعة عنها ومتعلقة بالواقعة محل الاتهام، وبحيث يتبع في

¹ مأمون محمد سلامة، المرجع نفسه، ص 588 .

² محمود محمد مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 369.

³ مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 610.

إثباتها نفس قواعد الإثبات المقررة في القانون الذي تنتمي إليه، كما لو كانت معروضة أمامه¹.

لهذه المسائل العارضة طبيعة غير جزائية، سواء كانت مدنية أو تجارية أو إدارية وبترتب على هذه الصفة العارضة أنه يجب على القاضي الجزائي الفصل في جميع هذه المسائل الغير جنائية إذا أثبتت أمامه، ولا يستطيع أن يقضي فيها لو رفعت أمامه بدعوى مستقلة، وعليه أن يحكم بعدم اختصاصه، فمدخل اختصاصه بها هو كونها عارضة وليست مقامة بدعوى أساسية أو مستقلة أمامه .

كما يمنح مبدأ - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع - القاضي الجزائي صلاحية إمتداد اختصاصه بنظر مسائل غير جنائية لا يختص بها أصلا إلا عندما تكون عارضة .

المبحث الثاني

قواعد إثبات المسائل الأولية

يتطلب إثبات هذه المسائل معالجة بعض الموضوعات الضرورية لإلقاء الضوء على كيفية إثباتها ومدى خضوعها لقاعدة حرية القاضي الجزائي في الإثبات أو خضوعها لقواعد الإثبات التي تنتمي إليها المسألة محل الإثبات وإلى مدى يلتزم القاضي الجزائي بهذه القواعد المحددة لإثبات هذه المسائل غير الجنائية ومن ثم نقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة نعالج فيها أولها التزام القاضي الجزائي في الإثبات بطبيعة الموضوع الذي يرد عليه، وثانيها كيفية إثبات هذه المسائل أمام القاضي الجزائي، وثالثها : مدى التزام القاضي الجزائي بقواعد الإثبات غير الجنائية .

¹ Jean Lourd Op. Cit. P. 12et 13.

المطلب الأول

قاعدة التزام القاضي الجزائي في الإثبات بطبيعة الموضوع الذي يرد عليه

للإثبات معنيان في اللغة والقانون، فهو يعني لغة تثبیت الشيء وإثبات : مصدر أُثْبِتَ، ثبت من باب دخل، يثبت ثبوتاً، إثباتاً إذا دام واستقر، ويتعدى بالهمزة والتضعيف يقال أثبتته وثبته¹، قَدَّمَ إِبْتِاطًا بِشَهَادَتِهِ : تَأْكِيدًا، دَلِيلًا مَعَ أَنَّهُمْ لَمْ يَفْطَعُوا فِي الْأَمْرِ بِإِثْبَاتٍ وَلَا بِنَفْيٍ، ثَبَّتَ الشَّيْءَ أَقْرَهُ، أَبْقَاهُ، أَقْرَهُ وَثَبَّتَهُ وَنَفَّذَهُ، وَيَقَالُ أَثْبِتَ الْحَقَّ : أَكَّدَهُ بِالْحُجَّةِ وَالِدَّلِيلِ، وَضَحَّهُ وَبَيَّنَّهُ، أَثْبِتَ بَرَاءَتَهُ : أزال الشبهة بالحجة.

أما معناه في القانون فيقصد به بالعملية القانونية التي يقوم بها المدعي أمام القضاء لإظهار حقه المدني أو حق المجتمع في القصاص من الجاني وذلك عن طريق تقديم الأدلة اللازمة، أو بيان الوقائع التي يعتمد عليها المدعي لإقناع القاضي بوجود الحق أو التذليل على حدوث أو عدم حدوث واقعة أخرى، أو النتيجة التي وصل إليها المدعي من إقناع القاضي بوجود الحق أو صحته أو بقيام الواقعة².

وينقسم الإثبات إلى إثبات عام " غير قضائي " وهو الذي يكون طليقا من أیه قيود مثل الإثبات العلمي أو التاريخي، وإثبات قضائي وهو الذي يكون مقيدا للقاضي في طريقه وفي قيمة كل طريقة منها³.

وهو كنظام قانوني يطبقه القاضي المدني والقاضي الجزائي، قد تتشابه قواعده ووسائله كالكتابة والشهادة والاستجواب والإقرار والمعايينة والخبرة والقرائن ، وتختلف مثل التفتيش

¹ لتعريف الإثبات لغة راجع القاموس ابن منظور - لسان العرب - المجلد السابع -، المرجع السابق، ص 14.

² هشام عبدالحميد الجميلي، المرجع السابق، ص 31.

³ أحمد ضياء الدين محمد خليل - مشروعية الدليل في المواد الجنائية - دراسة تحليلية مقارنة لنظيرتي الإثبات والمشروعية في مجال الاجراءات الجنائية - القاهرة - 1983، ص.ص. 241، 242..

والضبط والقبض والحبس الاحتياطي في المجال الجزائي دون المدني وذلك لاختلاف موضوع القانون الجنائي وأهدافه عن المدني .

فموضوع القانون الجزائي هو العقاب والمنع وليس بطلان أو التعويض كجزء يفرضه القانون المدني، ويستهدف القانون الجزائي حماية المصالح الإجتماعية، أما القانون المدني فهو يهدف إلى حماية المصالح الخاصة¹، مما أدى إلى تبيان دور القاضي الجزائي في الإثبات عن نظيره المدني، فبينما الأخير دوره يقتصر على الموازنة بين الأدلة التي يقدمها الخصوم وترجيح بعضها على بعض، فإن دور القاضي الجزائي أوسع يقتضيه البحث والتحري عن الحقيقة بكافة الطرق المشروعة بحيث يتمتع بالحرية الكاملة في إختيار وسائل الإثبات والأدلة مهما كانت طبيعة الوقائع المراد إثباتها والافتناع بها ، فافتناع القاضي يجب أن يخضع دائما للعقل والمنطق، فلا يمكن أن يعني إطلاقا حرية القاضي الجزائي في أن يحل محل أدلة الإثبات تخميناته وتصوراته الشخصية، مهما كانت وجاهتها².

لذا تنقيد حرية القاضي الجزائي في الإثبات بثلاثة قيود حسب رأي الفقيه أحمد فتحي سرور والذي أيده الأستاذ محمد عوض وهي³:

- أن يكون اقناع القاضي يقينا مبنيا على أدلة صحيحة لها أصلها وطرحت للمناقشة في الجلسة⁴.
- أن يكون إقتناعه في المسائل غير الجنائية بطرق الإثبات المقررة فيها، لأن نظام الدليل لا يرتبط بطبيعة القضاء وإنما بطبيعة الموضوع الذي يرد عليه.

¹ محمود محمود مصطقى- الإثبات في المواد الجنائية- في القانون المقارن- ج1 طبعة أولى- مطبعة جامعة القاهرة 1977، ص37.

² كمال عبد الواحد الجوهري، أصول مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته -حالة الجرم بالإدانة وأحوال وجوب البراءة - ، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2010، ص 64 65.

³ أحمد فتحي سرور- الوسيط في الاجراءات الجنائية- المرجع السابق- ص 746،747 .

⁴ أحمد فتحي سرور- الوسيط في الاجراءات الجنائية- المرجع السابق- ص 746،747 & محمد محي الدين عوض- المرجع السابق ص 373 وما بعدها .

- أن يكون إقتناعه بإدانة شريك الزانية بأدلة معينة بينها القانون¹.

الفرع الأول: المقصود بالقاعدة.

يقصد بهذه القاعدة إلتزام القاضي الجزائي عند فصله في المسائل غير الجنائية والمعروضة عليه، طبقاً لمبدأ - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع -، أن يقوم بإثباتها طبقاً لقواعد الإثبات التي تنتمي إليها ، لا إلى قواعد الأثبات الجنائية التي تتميز بإعطائها القاضي الجزائي الحرية في الإثبات، وتقدير قوة الأدلة حسب اقتناعه بها، أما هذه القاعدة فتلزمه بقواعد الإثبات الخاصة بالمسألة سواء كانت مدنية أو تجارية أو غير ذلك وتعد قيوداً على حريته في الإثبات، ومن المقرر أن هذه القاعدة ذات صفة عامة تسري أمام جميع أنواع القضاء الذي ينظر الدعوى مدنياً كان أم إدارياً أو جزائياً، ويبدو أثر هذه القاعدة إذا ما التزم القاضي الجزائي بإثبات المسألة طبقاً للقانون الخاص بها " مثل العقد المدني بصدده جريمة خيانة الأمانة والملكية في جريمة السرقة يتم إثباتها بقواعد الإثبات المدني لا

¹ متى كان من المقرر انه إذا كانت أسباب القرار لا تكفي لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى ، فإن القرار يكون مشوباً بالقصور في التسبب ومتناقض في مقتضياته ، وكان من المقرر كذلك أن الدليل يقبل في إثبات جنحة الزنا يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط في حالة التلبس ، أو بإقرار وارد في وسائل أو مستندات صادرة من المتهم أو بإقرار قضائي فإن الإغفال عن مناقشة إحدى هذه الوسائل القانونية يعد خرقاً لمقتضيات أحكام 341 من ق ع إذا كان الثابت في قضية الحال-أو قضاة الاستئناف قضاة بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإجانة المتهمين ومن جديد قضاة ببراءتهما من تهمة الزنا تأسيساً على أنه لم يكن هناك أي اعتراف بالوقائع ودون أي مناقشة في تسبب قرارهم لعناصر إثبات هذه الجنحة أو نفيها فإنهم بإغفالهم هذا خالفوا مقتضيات أحكام المادة 341 ق ع التي تحدد قانوناً الدليل المشروط فيما يتعلق بإثبات الجنحة ، ومن وسائل المحددة الاعتراف الكتابي الوارد في الرسائل إذا لم يشترط حكم هذه المادة اعترافاً قطعياً بل يترك للقاضي سلطة تقدير العبارات ، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على قصور في التسبب والخطأ في تطبيق القانون (ملف رقم 41320، بتاريخ 1986/12/30، مجلة المحكمة العليا، 1986، عدد3، ص289) نقلاً عن قانون الاجراءات الجنائية، المرجع السابق ، ص 231.

الجنائي" ¹ أن يكون لهذا الحكم الصادر بمقتضى ذلك حجية الشيء المحكوم فيه ما دامت المسألة لازمة وضرورية للفصل في الدعوى الجنائية².

الفرع الثاني: نشأة القاعدة في التشريعات المختلفة.

أولاً: نشأة القاعدة في التشريع الفرنسي.

ثار جدل فقهي كبير في ظل هذا القانون، وتضاربت الأحكام حول هذا الموضوع، ولم تجد حلاً حتى القرن الثامن عشر، سيما في قضايا إخفاء النسب والبنوة إذا عرضت على القاضي الجزائي بالتبعية، وقد كان القانون الفرنسي القديم يسمح طبقاً لمبدأ - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، للقاضي الجزائي بالفصل في كل الدفوع أو المسائل التي تثار أمامه أثناء نظر الدعوى، إلا أنه عند تطبيق هذا المبدأ صادفته عدة مصاعب خاصة في مجال الجنائي إذا ما عرضت مسألة مدنية أمامه وهل يلتزم بذلك أم لا، حيث كانت الأوامر الملكية في ذلك الوقت تتطلب ضرورة إثبات الحالة الشخصية بالكتابة " كإثبات البنوة أو النسب " بواسطة الدفاتر العمومية المعدة لذلك ". وأيضاً رفض الفقه والقضاء قبول إثبات الحالة الشخصية عن طريق الشهود كإثبات سلسلة النسب أو البنوة .

هذا عن المجال المدني أما في المجال الجنائي فقد انقسمت الآراء إلى اتجاهين يرى أولهما أن القواعد المدنية بما فيها قواعد الإثبات تطبق على القاضي الجزائي، بينما ذهب ثانيهما إلى رفض تطبيق القواعد المدنية في المجال الجنائي بحيث يرجع في الإثبات إلى طبيعة القضاء، لأن الدليل الكتابي وإن كان ضرورياً في المدني إلا أن دليل الشهادة كافٍ في المجال الجنائي، وقد أخذ جانب من الفقه والقضاء بهذا الرأي الأخير فسمح للقاضي الجزائي بإثبات المسائل المدنية بواسطة أي دليل يطرح في الدعوى ولو كان شهادة الشهود، وقد أخذ

¹ عصام أحمد البهجي، حجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني، دار الفكر الجامعي - الاسكندرية -، طبعة 2014، ص 123.

² إدوارد غالي الذهبي - حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني -، مكتبة غريب للطباعة والنشر، 1990، ص 346.

جانب من الفقه و بهذا الرأي الاخير حيث سمح بإثبات الحالة الشخصية أمام المحكمة الجنائية بشهادة الشهود إذا لم يوجد دليل كتابي أو مبدأ ثبوت بالكتابة، وهذا الاتجاه الأخير كان محلا للانتقاد من جانب الفقه على أساس أن تطبيق قواعد الإثبات الجنائية على المسائل غير الجنائية يمكن أن يؤدي إلى محاولة التحايل على قواعد القانون المدني بشكل يضر بمصالح المتهم عن طريق لجوء الشاكي أو المجني عليه إلى الغش و خداع القاضي الجزائي بالإثبات بشهادة الشهود، ومثال ذلك محاولة بعض الأشخاص إثبات نسبهم لبعض عائلات النبلاء بشهادة الشهود أمام المحكمة الجنائية على غير الحقيقة في حين أن ذلك لا يجوز في المجال المدني¹.

ومع إمكانية قبول الإثبات بشهادة الشهود في المجال الجنائي، إلا أن القضاء قد انتهى إلى رفض هذه الوسيلة للإثبات، إذا ما تبين أن اتباع الطريق الجنائي كان للتهرب من الطريق المدني للإثبات والذي يتطلب الإثبات بالكتابة أو توافر مبدأ ثبوت الكتابة².

ثم تلتها مرحلة ثانية في نوفمبر 1813 عرفت بمذكرة الرئيس باري ، حيث قام الرئيس باري رئيس محكمة النقض الفرنسية بتحرير مذكرته الشهيرة في 5 نوفمبر 1813، حيث نصت في ضمن فقراتها على أن القاضي مختص بالفصل في كافة المسائل الخارجة عن اختصاصه إذا عُرِضَتْ عليه أثناء نظر الدعوى، وأن مراعاة قواعد الإثبات المدنية لا تجعل المحاكم المدنية هي المختصة بالفصل فيها إلا أن المحاكم الجنائية ملزمة بمراعاتها، وأن إثبات المسائل المدنية يخضع لأدلة الإثبات المنصوص عليها بهذا القانون³.

وبهذا النص تأكدت قاعدة إجرائية هامة من قواعد الإثبات الجنائي كانت مثارا لخلاف الفقه والقضاء في مرحلة سابقة عليها، حيث قيدت حرية القاضي الجزائي في إثبات المسائل

¹ Faustin Hélie ,pratique criminelle cours et tribunaux,codes d'instruction criminelle et pénal Paris 1928. Cit P.19

² Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier et André Varinard –Institutions judiciaires – 7e édition Dalloz 2003. Cit P.19

³ Jean Vincent, Op. Cit P.67

غير الجنائية بهذه القاعدة الإجرائية العامة التي تعني أن وسيلة إثبات التصرف سواء كانت مدنيا أو تجاريا-ترجع إلى طبيعة التصرف لا إلى طبيعة القضاء الذي ينظره -¹.

ثم جاءت مرحلة أخرى عُرِفَتْ بمرحلة التقنين الحديث وفيها إستقر الفقه والقضاء على تطبيق القاعدة باستمرار، بحيث ذهب إلى رفض إثبات وجود العقد محل المخالفة في جريمة بشهادة الشهود إذا زادت قيمته عن 5000 فرنك فرنسي، إلا إذا وجد بداية مبدأ ثبوت بالكتابة " المادة 1341، المادة 1347 مدني فرنسي"، لأن القانون لم يقرر في إثبات هذه المسائل قواعد تختلف تبعا لنظرها أمام القضاء المدني أو الجنائي، فطريقة الإثبات واحدة لأن المسألة غير الجنائية والمطلوب إثباتها تعدُّ عنصراً مكوناً وسابقاً على الجريمة ويترتب على عدم ثبوتها براءة المتهم وإطلاق سراحه².

وقد برر الفقه هذه القاعدة بأن هنالك فرقا واضحا في إثبات التصرفات القانونية والوقائع المادية، إذ تخضع الأولى للإثبات القانوني لأنه يمكن إعداد وسيلة الإثبات مقدما لهذا التصرف، وعادة يفضل الدليل الكتابي لأنه الأضمن، أما الثانية مثل الجنح أو المخالفات فتنبت بجميع طرق الإثبات وقد أخذ القانون المدني بهذه التفرقة في بعض الأحيان مثل ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 1353 مدني بأن الغش والتدليس من الممكن إثباتها عن طريق القرائن أو شهادة الشهود لأنهما مجرد وقائع مادية، كذلك في المجال الجنائي فإن الجنح لا يمكن أن يعد لها دليل مقدم لإثباتها لأنها محض وقائع مادية .

فإذا ما عرض للقاضي الجزائي أثناء نظره للدعوى الجنائية تصرف قانوني " عقد مدني " فيجب إثباته بطرق الإثبات المدنية دون الجنائية لأنه تصرف قانوني وليس واقعة مادية³.

ثانياً: نشأة القاعدة في التشريع الجزائري.

¹ Delaunay Marlange Op. Cit. P.11 Et S. 26 et S & Jean Lourd Op. Cit. 45.54 & M. Mangin – traité de l'action publique et l'action civil 3Ed Tom1. 1876. N 171

² Garraud Op. Cit. N 719. Stefani Levasseur Bouloc. Op. Cit. N 35 & Bouzat Op. Cit N 1190.

³ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا للأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 435.

نجد أن المشرع الجزائري قد كرس هذه القاعدة في المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية بقوله: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لإقتناعه الخاص ...". وهنا يبدو جليا أن المشرع قد أخذ بهذا مبدأ، وأفسح له المجال للقاضي الجزائي في حرية الاستعانة بأي دليل أو وسيلة للإثبات¹، ومن ثم أخذ المشرع بهذه القاعدة وأجاز للمحاكم الجنائية عند قيامها بإثبات المسائل غير الجنائية حال قيامها بالفصل فيها بإمكانية الرجوع إلى قواعد الإثبات المدنية في التقدير أدلة الإثبات، وذلك بالاستعانة بكل وسائل الإثبات²، وله أيضا أن يتخذ أي إجراء من الإجراءات التي يراها مناسبة لإظهار الحقيقة، وفي هذا قضت المحكمة العليا في القرارين الصادرين عنها من الغرفة الجنائية الثانية، الأول يوم 29 أبريل 1982 في الطعن رقم 25085، والثاني يوم 3 أبريل 1984 في الطعن رقم 29526 بقولها: "يجوز لقضاة الاستئناف أن يأخذوا بالدليل الذي يرونه صالحا لتدعيم اقتناعهم على شرط أن يكون له أصل ثابت في أوراق الدعوى، وأن يعللوا قضاءهم تعليلا كافيا"، كما قضت أيضا في قرارها الصادر يوم 29 يناير 1991 من القسم الثاني لغرفة الجرح والمخالفات في الطعن رقم 70690 بقولها: "إن الأخذ بدليل الإثبات أو طرحه مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا طالما أن قضاة الموضوع قد عللوا قضاءهم تعليلا كافيا وأن القانون لا يشترط لإثبات الواقعة المعروضة عليهم طرقا خاصة"³.

كما ذهب القضاء والفقهاء إلى الأخذ بهذه القاعدة وطبقها على الوقائع غير الجنائية المعروضة على القاضي الجزائي، وبحيث تكون المحكمة الجنائية مقيدة في إثباتها بالقواعد

¹ استقر القضاء في شأن وسائل الإثبات ان للمحكمة الجزائية حرية تقدير وسائل الإثبات التي اقتنعت بها واطمأنت إليها في نطاق اجتهادها المطلق ولها أن تستند إلى أية حجة لم يستبدها القانون ولا شيء يمنع قانونا القاضي الجزائي من الاستناد لأقوال متهم ولتخاذها على متهم آخر (جنائي 1987/11/10، قرار رقم 999: غير منشور).

² من المقرر قانونا أنه يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون (ملف رقم 70690، بتاريخ 1991/01/29، مجلة المحكمة العليا، 1992، عدد 4، ص 211).

³ جيلالي بغدادي، الأجهاد القضائي في المواد الجزائية، المرجع السابق، ص 75، 74.

المقررة فيها وفي هذا قضت المحكمة العليا في القرارين الصادرين عنها من الغرفة الجنائية الثانية، الأول يوم 29 أبريل 1982 في الطعن رقم 25085، والثاني يوم 3 أبريل 1984 في الطعن رقم 29526 بقولها: "يجوز لقضاة الاستئناف أن يأخذوا بالدليل الذي يروونه صالحا لتدعيم اقتناعهم على شرط أن يكون له أصل ثابت في أوراق الدعوى، وأن يعللوا قضاهم تعليلا كافيا"، كما قضت أيضا في قرارها الصادر يوم 29 يناير 1991 من القسم الثاني لغرفة الجرح والمخالفات في الطعن رقم 70690 بقولها: "إن الأخذ بدليل الإثبات أو طرحه مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا طالما أن قضاة الموضوع قد عللوا قضاهم تعليلا كافيا وأن القانون لا يشترط لإثبات الواقعة المعروضة عليهم طرقا خاصة".

كما كرس المشرع حرية القاضي الجزائي في الاقتناع في المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: "إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت وتدبر، وأن يبحثوا بإخلاص ضمايرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم وأوجه الدفاع عنها، ولم يضع لها القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم (هل لديكم اقتناع شخصي؟)" وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر يوم 13 نوفمبر 1982 من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 26575¹.

الفرع الثاني: شروط تطبيق القاعدة.

لم يترك القضاء والفقهاء الجنائيان تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها في جميع الأحوال بدون أية قيود بل قيدها بشرطين لإثبات المسألة طبقا للقانون الذي تنتمي إليه وهما :

أولاً: أن تسبق الواقعة محل الإثبات الواقعة موضوع التجريم.

¹ جيلالي بغدادي، الأبحاث القضائية في المواد الجزائية، المرجع السابق، ص 76.

ويقصد بذلك أن تكون الواقعة غير الجنائية مفترضا للجريمة وعنصراً لازماً لقيامها وليست المكونة للسلوك الاجرامي ذاته .

ثانياً: أن تكون الواقعة غير الجنائية لازمة للفصل في الدعوى الجنائية.

بحيث إذا كانت غير ذلك فلا يلتزم القاضي بإثباتها وفقاً لقواعد الإثبات غير الجنائية، إنما يتم إثباتها وفقاً لقواعد الإثبات الجنائي والتي تخضع لحرية القاضي في الإثبات واقتناعه الذاتي¹ .

وخلاصة القول أن القاضي الجزائي ملزم بإثبات المسائل المدنية أو غير الجنائية طبقاً لقواعد الإثبات التي تنتمي إليها هي باعتبارها قيد على حريتها في الإثبات بشرط أن تكون المسألة عنصر سابق على وجود الجريمة ولزام لقيامها وأن يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية وإلا جاز إثبات هذه المسألة بكافة طرق الإثبات الجنائي ومع هذا نأيد رأي الفقه القائل أن قواعد الأثبات المدنية المطروحة أمام القاضي الجزائي ترجع إلى طبيعة التصرف لا إلى طبيعة القضاء الذي ينظره - .

المطلب الثاني

كيفية إثبات هذه المسائل أمام القاضي الجزائي

تبدو أهمية إثبات هذه المسائل المدنية أمام القاضي الجزائي فيما يتعلق بموضوع العقود المدنية والتي تشكل مخالفتها جريمة في قانون العقوبات، مثال ذلك إثبات العقود في جريمة خيانة الأمانة والمنصوص عليها في المادة 376 عقوبات الجزائري، 314 عقوبات فرنسي " سابقا 408 "، وهذه العقود حددتها المادة المذكورة كعقد الوديعة أو الإيجار أو

¹ محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجزائية، دار الجامعة الجديدة، ب س ن، ص 116.

عارية الاستعمال، وهي تعتبر عقود مدنية تخضع في وجودها وتفسيرها وإثباتها لقواعد القانون المدني¹ مادامت تمثل عنصراً سابقاً على الجريمة وتدخل في مكوناتها كمفترض لها، بالإضافة إلى أن مثل هذه العقود المدنية محل الإثبات يجب أن يتوقف عليها الفصل في الجريمة المنظورة .

و يشترط فيها أن تكون من ضمن العقود المنصوص عليها في مادة التجريم وهي عقود الوديعة والإيجار والعارية والرهن والوكالة والمقاولة، فإذا كان العقد مفترضا للجريمة ولازماً للفصل فيها وتطلب القانون المدني إثباته دليلاً معيناً تعين إتباعه والتزم القاضي الجزائي باستخلاص عقيدته عن طريقه، ولا يجوز له طرح هذه الدليل إلا بالطرق المنصوص عليها في القانون ولأسباب المحددة، مثال ذلك اشتراط الكتابة للإثبات إذا زادت قيمة العقد على مبلغ معين ..

وعليه فللقاضي الجزائي مطلق الحرية في تقدير القيمة الإقناعية لكل دليل على حدة، والقيمة الإقناعية للأدلة مجتمعة ومتساندة، وهي حرية كاملة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، فهو غير ملزم بذكر أسباب إقتناعه وبيان العناصر التي كونت هذا الإقتناع، فلا يجوز للمحكمة العليا أن تناقش إقتناع القاضي، فتقول أنه ما كان يجوز له أن يفتتق بدليل معين، أو أنه كان يتعين عليه أن يفتتق بدليل معين، بحيث نجد أن المشرع الجزائي قد كرس هذه الأفكار في المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية بقوله: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لإقتناعه الخاص ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضورياً أمامه"²

¹ محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجزائية، المرجع السابق، ص118.

² نأمل أن يتم تعديل نص المادة 212 ق إ ج على غرار المشرع المصري بإضافة عبارة الأدلة المشروعة.

يتضح أن المشرع قد أطلق للقاضي الحرية في الاستعانة بكل وسائل الإثبات، وله أيضا أن يتخذ أي إجراء من الإجراءات التي يراها مناسبة لإظهار الحقيقة.

وسوف نعالج في هذا المطلب قواعد إثبات العقد المدني ثم طرق الإثبات المختلفة له في القانون في فرعين .

الفرع الأول: قواعد إثبات العقد المدني.

ينبغي لإثبات العقد المدني التفرقة بين فرضين يمكن أن يعرضا أمام القاضي الجزائي، كثيراً وهما أما يكون العقد في أولها هو الفعل الإجرامي ذاته ، بينما يسبق العقد الفعل الإجرامي في ثانيهما ويمكن القول مقدما بأن جميع الأدلة تكون مقبولة في الفرض الأول، وذلك على عكس الحال بالنسبة للفرض الثاني حيث يخضع وجود العقد أو تفسيره أو إثباته لأدلة الإثبات المدنية .

فإنه إذا عرض على القاضي الجزائي مسألة مدنية تتعلق بعقد مدني إختص به، ويجب عليه لكي يحدد مدى خضوعها لقواعد الإثبات المدنية، أن يراعى قاعدتين :

✓ تحديد ما إذا كانت من العقود المنصوص عليها بالمادة 314 ع فرنسي محل التجريم كالإيجار أو العارية أو الرهن أو أنها عقد آخر لا يدخل في طائفة هذه العقود مثل عقد البيع أو القرض.

✓ إلتزام القاضي باتباع قواعد القانون المدني عند نشوب النزاع في شأنها .¹

كما أضاف جانب من الفقه قاعدة ثالثة بجانب القاعدتين السابقتين، وهي وجوب أن يتبع القاضي الجزائي غايات القانون الجنائي في الإثبات ، والتي تهدف إلى تحقيق مصلحة المجتمع، ويقوم القاضي الجزائي بذلك عن طريق توسيع مدلول المعنى القانوني ليصل إلى أغراضه العقابية . مثل تعريف الموظف العمومي في مجال بعض جرائم المال العام .

¹ إدوارد غالي الذهبي، اختصاص القضاء الجنائي بالفصل في المسائل غير الجنائية ، المرجع السابق ،ص 15.

ومن ثم فإن الرجوع إلى قواعد القانون المدني في الإثبات تكون على هذا النحو محدودة، حتى إذا طبقنا قواعد القانون المدني في الإثبات، لأن هذا التطبيق يستهدف غايات القانون الجنائي، ولذلك يكون له طابعه الخاص¹.

فإذا تطلب المشرع المدني الكتابة في إثبات مسألة معينة يلتزم القاضي الجزائي بقاعدة الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، في شأن إثبات المسألة المدنية، إلا إذا أعطى المشرع الجنائي ذاته لهذه المسألة مدلولاً مخالفاً مثل مدلول الموظف العام بحيث يوسعه عن مدوله الإداري، هنا على القاضي الجزائي أن يلتزم بهذا المدلول الذي قصده المشرع الجنائي ودون التوسع في مدلول باقي المسائل الأخرى والتي لم يعطها مدلولاً مختلفاً عما هو مقرر في قوانينها الخاصة .

✓ كما برر خضوع إثبات المسألة المدنية للقواعد المدنية، ولو كانت معروضة على القضاء الجنائي بأمرين :

✓ أنه إذا خول الشارع القضاء الجنائي في الفصل في الحقوق مدنية فإن ذلك لا يعني أن لصاحب الحق أن يصل إلى حقه بغير الطريق الذي كان يسلكه أمام القضاء ذي الاختصاص الأصلي².

✓ أن القضاء الجنائي له حجتيه على القضاء المدني، ومن ثم تعين ألا يكتسبها إلا إذا أستند إلى ذات وسائل الإثبات التي يقررها القانون المدني³.

وبهذا فإن القاضي الجزائي عند إثباته المسألة غير الجنائية إنما يلتزم باتباع القواعد السابقة على ضوء وغايات القوانين الخاصة بها إلا إذا تطلب المشرع الجنائي في تحديدها قواعد مغايرة .

¹ محمد محي الدين عوض ، قانون الإثبات بين الإزدواجية والوحدة ، دار الإتحاد العربي للطباعة ، 1974 ، ص 453.

² محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- وفقاً للأحدث التعديلات التشريعية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2012، ص 325.

³ راجع محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، ص 325.

الفرع الثاني: طرق الإثبات المدنية أمام القاضي الجزائري.

تتعدد طرق الإثبات بحيث تشمل الكتابة و الإقرار واليمين .

أولاً: الكتابة.

نصت على هذه الطريقة المادة 333 من قانون المدني الجزائري بقولها انه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الأثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "،

كما نصت عليه قواعد الإثبات المدني الفرنسية في المواد 1346،1341 مدني فرنسي من عدم جواز إثبات التصرف إذا زادت قيمته عن مائة وخمسين فرنك فرنسي بشهادة الشهود إلا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة¹.

وتعتبر الكتابة ذات قوة مطلقة في الإثبات، إذ يتم تدوينها في الأوراق رسمية كانت أو عرفية لها حجية في الإثبات يحددها القانون، تتفاوت قوة وضعفا، وتعد الاوراق الرسمية أقوى الأوراق في الإثبات، لأنها حجة على الناس كافة، أما الأوراق العرفية المعدة للإثبات فقوتها أقل من قوة الاوراق الرسمية، إذ هي لا تنهض حجة إذ أنكرها من صدرت منه، وعند ذلك يرسم القانون إجراءات معينة لتحقيق هذه الأوراق².

¹ نصت المادة 1341 من التقنين الفرنسي على أنه يجب إعداد ورقة رسمية أو عرفية لإثبات الأشياء التي تزيد قيمتها على مائة وخمسي فرنكا، ولو كانت ودائع اختيارية. ولا تتقبل البنية فيما يخالف أو يجاوز مشتملات هذه الأوراق، أو فيما يدعي أنه وقع قبل كتابتها أو في اثناء الكتابة أو بعدها، لو كانت القيمة تقل عن مائة وخمسين فرنكا. هذا كله دون الاخلال بأحكام قوانين التجارة)، إلا أنه ويصدر قانون أول أبريل 1928 رفع النصاب البنية إلى خمسمائة فرنك. ثم صدر قانون 1948 برفع النصاب إلى خمسة آلاف من الفرنكات.

² عبد الرزاق احمد سنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج2 المجلد الأول- الاثبات -، دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، 2011، ص 142.

وطبقا لنص المادة 333 من القانون المدني فقرة ثانية فإن العبرة في تحديد قيمة التصرف محل الإثبات هي بوقت صدوره، حيث نصت على أنه " يقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني " أي وقت التعاقد، وليس بوقت النظر في الدعوى، وقد علل الفقه ذلك بأن الدليل الكتابي المطلوب فيما تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري هو دليل مهياً يجب إعداده مقدماً عند صدور التصرف، فلا يستطيع الدائن إلا أن يقف عند هذا الوقت لمعرفة ما إذا كان واجبا عليه إعداد هذا الدليل من عدمه .

أما عن القضاء فقد تطلب ضرورة إثبات العقد كتابة إذا زادت قيمته على النصاب المحدد في القانون، إلى أن المحكمة مقيدة في إثباتها للعقود المذكورة في المادة 376 عقوبات بأحكام القانون المدني.

وتتميز طريقة الإثبات بالكتابة بأنها أفضل وسيلة لإثبات وجود العقد، إذ أنه ستطبق نفس القواعد المدنية أمام القاضي الجزائري بالنسبة للمحركات العرفية، وقوة الإثبات للأعمال والمحركات الرسمية¹.

إلا أن المشرع في الجزائر وفرنسا قد أورد على قاعدة إثبات العقود المدنية بالكتابة عدة استثناءات نصت عليها المواد 1347، 1348، 1341، مدني فرنسي والفقرة الأخيرة من المادة 333 من قانون المدني الجزائري، بحيث أجازت الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في عدة حالات، وهي إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل، وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري .

¹ عبد الرزاق احمد سنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني، نفس المرجع، ص 146.

وهذه القواعد في مجال الإثبات ينبغي على المحاكم الجزائرية مراعاتها عند إثباتها للعقود المدنية أو غيرها من المسائل الأخرى .

حيث يجوز إثبات المسائل التجارية بالبينة والقرائن مهما بلغت قيمتها، وترجع الحكمة في ذلك إلى ما تتطلبه المعاملات التجارية في سرعة وبساطة، الأمر الذي يتنافى مع إشتراط الكتابة في الإثبات التي قد يكون مدعاة للبطء والتعقيد¹.

فإذا طرحت مسألة تجارية أمام المحكمة الجزائرية إتبع في إثباتها القواعد التجارية، وقد قررت هذا الاستثناء الفقرة الأخيرة من المادة 1341 من التقنين المدني الفرنسي والمادة 109 من القانون التجاري الفرنسي والمادة 333 من قانون المدني الجزائري، من جواز الإثبات بالبينة مهما كانت قيمة التصرف محل الإثبات .

كما نصت المادة على هذا الاستثناء 336 من قانون المدني الجزائري بقولها أنه: "يجوز كذلك الإثبات بالشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة - إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ،- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته"، ويقابل هذا النص في التقنين المدني الفرنسي المادة 1348² . ويتحقق هذا في حالة وجود مانع في الحصول على الكتابة سواء أكان المانع ماديا أو أدبيا فهنا يجوز الإثبات بالبينة والقرائن.

والمانع من الحصول على كتابة وقت التصرف قد يكون ماديا أو قد يكون أدبيا³:

¹ "الإثبات في المواد التجارية وإن كان مطلقا من كل قيد إلا أن القانون التجاري تطلب الإثبات بالكتابة بالنسبة لعقد الشركات التضامن والتوصية والتي يجب تحرير عقودها كتابة (نقض 1967/6/12 س 18 ق 164)، ص 818.

² عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق-، ص 508.

³ نصت المادة 1348 من التقنين المدني الفرنسي على "يستثنى من القاعدتين- ضرورة الدليل الكتابي- أيضا جميع الحالات التي لم تكن الدائن يستطيع فيها الحصول على دليل كتابي للالتزام المعقود له. وهذا الاستثناء الثاني يسري: • على الالتزامات التي تنشأ من شبه عقد أو جريمة أو من شبه جريمة.

أما عن المانع المادي فلم تورد المادة 336 المذكورة أمثلة عليه بل تركت الأمر إلى تقدير القاضي، حيث تقوم ظروف مادية تتعذر معها الحصول على كتابة لإثبات التصرف فيجوز الاثبات بالبينة والقرائن مثال ذلك الوديعة الاضطرارية فمن فوجئ بخطر كحريق أو اضطرابات فبادر إلى إنقاذ متاعه بإيداعه عند الغير لا يجد من الوقت أو الظروف التي أحاطت به متسعا للحصول من المودع عنده على دليل كتابي بالوديعة إذا زادت قيمته على 100.000 دينار جزائري، وبالنسبة للمانع الأدبي فهو الذي يقوم على إعتبرات أدبية ترجع إلى الملابس التي انعقد فيها التصرف أو العلاقة التي تربط الطرفين وقت انعقاد التصرف.

وقد ذهب المحكمة النقض الفرنسية أيضا إلى جواز الاثبات بشهادة الشهود والقرائن، إذ وجد مانع من الحصول على الكتابة سواء كان مانعا ماديا أو مانعا أدبيا، وقضت تطبيقا لذلك في عدة حالات منها، مثلا إذا كان متسلم الوديعة وكيلًا أو كاتبًا أو صرافًا أو عاملا للتحويل¹، أو حالة تسليم قائد عربة نقل المسافرين حافظة نقود بها مبلغ يزيد عن 150 فرنك عثر عليها شخص ملقاة على الطريق على أن يعهد إليه بأن يسلمها إلى المسافر الذي فقدها، أو استلم المتهم مبلغ 1000 فرنك من طفلة صغيرة لا تدرك شيئًا مع طلب إعادة باقي المبلغ لها، أو تسليم بعض الجلود لشخص لصباغتها حيث لا يكون من المعتاد طلب إيصال يثبت التسليم ويجمع هذه الحالات وجود المانع من الحصول على دليل كتابي².

ولقد نصت المادة 333 من قانون المدني الجزائري بقولها أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير

على الودائع الاضطرارية التي تقع في حالات الحريق والتهدم والاضطرابات والغرق - وفي الودائع الاضطرارية للنزلاء في الفنادق التي ينزلون فيها، هذا كله وفقا لصفة الشخص ولظرف الواقع.

- في الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطيع معها كتابة ورقة.
- في حالة ما إذا فقد الدائن سنده الذي كان يستخدمه دليلا كتابيا بسبب حادث فجائي لم يكن منظور أو ترتب على قوة قاهرة.

¹ Jean Lour Op. Cit.N 75, Cass. Crim. 8 Juillet 1886, B. N247.

² Jean Lour Op. Cit.N 78.

محدد القيمة، فلا يجوز الأثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "

وهذا النص يقابل نص المادة 1347 من التقنين المدني الفرنسي¹، وكلاهما يكشف عن أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة جاز إثبات التصرف القانوني بالبنية أو القرائن تأتي معززة بدليل كتابي فتكمله.

فيعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة معزز بالبيئة والقرائن، دليلاً كاملاً في كل ما كان يجب إثباته بالكتابة، في الأحوال الآتية:

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد، إقرار المتهم الضمني بوجود العقد، وإقراره المنطوي على تناقض فيما بين أجزاءه، ومن ثم فإن أقوال المتهم في أثناء التحقيق يمكن أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذ احتوت على تناقض أو تباين يدل على سوء النية ولو لم تكن هذه الأقوال ظاهرة بحيث تكون اعترافاً صريحاً، وأقواله في محضر الاستدلال أو التحقيق الابتدائي، كما أن الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد المتهم فقضى " بأنه إذا أراد المتهم أن يخفي اختلاسه لمبلغ ألفي قرش سلم إليه ليدفعه بدلاً من الخدمة العسكرية فزور شهادة معافاة من تلك الخدمة بالبدل النقدي، حكمت المحكمة بجواز إثبات دفع المبلغ له بالنية لأن الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضده².

وقد أعطت المحكمة النقص لقاضي الموضوع الاختصاص للقول بوجود مبدأ ثبوت بالكتابة من عدمه تبعاً لوقائع كل دعوى وملابساتها.

¹ نصت المادة 1347 م فرنسي على: -

أ. ويستثنى من القواعد المتقدم ذكرها (أي من وجوب الدليل الكتابي في إثبات تصرف تزيد قيمته على 5000 فرنك وفي إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها) الأحوال التي يوجد فيها مبدأ ثبوت بالكتابة.

ب. ويقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم، ويكون من شأنها أن تجعل الورقة المدعى بها قريبة الاحتمال

² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، المرجع نفسه، ص 671.

على أن يكون ذلك التقدير تحت رقابتها والتي من حقها التأكد من توافر الشروط القانونية لوجود هذا المبدأ بصفة خاصة وجود كتابة وصدورها عن المتهم نفسه، ويرتبط بذلك وجوب أن يتضمن حكم الإدانة العبارات التي اعتبرت مبدأ ثبوت الكتابة، كي يستطيع أن تباشر رقابتها وإلا كان الحكم قاصراً¹.

ثانياً: الإقرار.

يقصد بالإقرار بوجه عام إقرار شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد، والإقرار ليس له شكل خاص وله في القانون صور متعددة فهو قد يكون صريحاً أو ضمنياً، والصريح قد يكون مكتوباً أو شفويًا، وفي جميع الأحوال يكون الإقرار قضائياً أو غير قضائي².

وقد أوردت المادة 341 من قانون المدني الجزائري تعريفاً للإقرار بقولها أنه إقرار الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة، ويلتزم القاضي الجزائري بتطبيق القواعد المدنية في شأن الإقرار المقدم في الدعوى سواء من حيث أركانه أو من حيث أثره.

كما يعد الإقرار في أصله عمل مادي فهو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني، ومن حيث أنه واقعة مادية لا حاجة في تمامه إلى قبول الخصم الذي صدر الإقرار لصالحه، وهو من حيث أنه ينطوي على تصرف قانوني من جانب واحد، لا يحتاج إلى قبول

¹ قضى بأنه (إذا سلم أحد لاعبي القمار لشخص محفظة وبها نقود لحفظها حتى ينتهي من اللعب مع الآخرين ثم ادعى أنه لما فتحها وجد النقود ناقصة، فإن الواقعة لا تنتج سوى أن تسليم المحفظة كان على سبيل الوديعة وهي وديعة اختبارية لا شيء فيها من الاضطرار فالقول فيها قول المودع لديه، ما لم يقر الدليل الذي يقبله القانون المدني على صحة الدعوى المدعى. فإذا لم ينكر المتهم استلامه للمحفظة ولكنه يقرر أنه تسلمها وردّها كما هي دون أن يفتحها فلا يمكن أن يعبر اعترافه هذا مبدأ ثبوت بالكتابة مجيزاً لإقامة الدليل بالبينة على مقدار ما كان بها النقود) طعن رقم 1122 سنة 48 ق جلسة 1931/5/7 مج الذهبية ج 1 ص 155، نقلاً عن عبدالرزاق السنهوري، الإثبات، المرجع السابق، ص 212.

² عبد الرزاق السنهوري. الإثبات المرجع السابق ص 616 .

أيضا، ويشترط لصحته أن يكون المقر أهلا للالتزام بهذه الواقعة¹، وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإدارة كالغلط أو تدليس أو الاكراه، ويجب للتوكيل فيه أن تصدر وكالة خاصة فلا تكفي الوكالة العامة.

إذ يجب أن ينص على واقعة قانونية مدعي بها على المقر، ولا يلزم أن تكون هذه الواقعة تصرفا قانونيا ، بل يصح أن تكون واقعة مادية.

ويعتبر قضائيا متى صدر أمام القضاء، والقضاء هو كل جهة نظمها القانون من جهات القضاء سواء أكان قضاء جنائيا أو مدنيا².

ويجب أن يصدر الاقرار أمام المحكمة المختصة إختصاصا موضوعيا على الأقل، أما الاقرار الصادر أمام الخبير أو أي جهة أمنية سواء أكانت شرطة أم درك فهي غير قضائية يكون بمثابة إقرار غير قضائي لأن هذه الجهات ليست بجهاز القضاء.³

¹ تقابل المادة 103 سالفه الذكر المادة 1356 فقرة أولى فرنسي بنصها على أن الاقرار القضائي هو اعتراف الخصم أمام القضاء بنفسه أو بمن فوضه في ذلك تفويضا خاص، ولم يتعرض القانون الجنائي بخصوص صريحة لتنظيم الاقرار وبيان مواضع بطلانه كما هو الحال في القانون المدني -إلا أن الاقرار بنوعيه- القضائي وغير القضائي بوصفه =طريقا من طريق الاثبات -لا يخرج عن كونه مجرد قرينه لأن موضوعه ينصب. دائما على مسألة لا يملك المقر التصرف فيها أو الصلح عليها وهو على هذا الاعتبار متروك تقديره دائما لمحكمة الموضوع. أنظر عبد الرزاق السنهوري. الاثبات المرجع السابق ص159 .

² من المقرر قانونا ، أن من بين الأدلة لإثبات جريمة الزنا ، الإقرار القضائي ، ومن ثم فإن الاعتراف بهذه الجريمة أمام قاضي من قضاة النيابة ، يعتبر إقرارا قضائيا يلزم صاحبه.

ولما كان من ثابتا-في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف أدانوا الطاعن أساسا على إقراره بالمشاركة في الزنا ، أثناء تحقيق الشرطة ، وأمام وكيل الجمهورية عند إستجوابه في محضر التلبس بالجريمة ، فإنهم بقضائهم هذا التزموا صحيح القانون ، وكان لذلك النعي على قرارهم المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ، في غير محله ويستوجب رفضه لعدم تأسيسه . ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن (قضية رقم 28837 بتاريخ 12/06/1984، المجلة القضائية، عدد 1، ص 279).

³ ولما كان -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف الذين أيدوا الحكم المستأنف لديهم من حيث إدانة المتهمين بجريمة الزنا والمشاركة فيه بمقتضى المادة 339 من ق.ع مستثنين على إقرار المتهم (ب.ز) في محضر رجال الدرك الوطني الذي كان محل إنكارها طيلة سير التحقيق القضائي وكذا أمام المحكمة ومجلس القضاء =

فلا يكفي أن يصدر أمام القضاء بل يجب أن يصدر أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة .

فيجوز أن يصدر أمام المحكمة نفسها في جلسات المرافعة أو في المذكرات المقدمة ويقتصر الاقرار القضائي في قوته على الدعوى التي صدر فيها¹.

وقد نصت المادة 342 من قانون المدني الجزائري على أثر الإقرار بقولها:

✓ الاقرار حجة قاطعة على المقر(المادة 1/342 ق م ج)

✓ ولا يتجزأ الاقرار على صاحبه، إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى(المادة 2/342 ق م ج)².

ومفاد هذا النص أمران :

✓ أنه في حجة قاطعة على المقر بحيث لا يجوز الرجوع فيه -ولكن يجوز باعتباره- تعبيراً عن الإرادة الطعن فيه للغلط، أو التدليس أو الإكراه.

✓ عدم جواز تجزئته كأصل عام، ولكنه يقبلها إذ انصب على وقائع متعددة وإن كان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى، فلا يجوز تجزئة الاقرار بأن يؤخذ بواقعة أقر بها المتهم وترك واقعة أخرى فإما أن يؤخذ كله أو يترك كله، ويتحقق ذلك في حالة أخذه كوسيلة إثبات وجود العقد في الجريمة محل المقاضاة³.

= فإنهم بقضائهم كما فعلوا =تجاهلوا أحكام المادة 341 ق.ع المبينة لكيفيات إقامة الحجة في جريمة الزنا على سبيل الحصر(قضية رقم 47004 بتاريخ 14/07/1987،المجلة القضائية،1990،عدد3) نقلاً عن محمود نجيب حسني ، المرجع السابق، ص275.

¹ عبد الرزاق السنهوري -، الوسيط في شرح القانون المدني،المرجع السابق،ص 632 .

² نصت المادة 1356 مدني فرنسا على أن "الاقرار حجة قاطعة على من صدر منه،ولا يجزأ عليه،ولا يجوز الرجوع فيه إلا إذا ثبت أنه صدر عن غلط في الواقع،أما الغلط في القانون فلا يصلح حجة للرجوع.

³ محمود نجيب حسني،شرح قانون العقوبات- القسم الخاص-،المرجع السابق،ص 1160.

وتطبق قواعد الإقرار المدني في المجال الجنائي، مثل حالة ارتكاب جريمة الخيانة أمانة، وذلك عند المخالفة لعقد من عقود الأمانة المنصوص عليها بحيث ينطبق عليها نص التجريم، كعقد الإيجار أو الرهن أو العارية، فإن خلت الدعوى من دليل على العقد وأقر المتهم بوجوده أمام المحكمة فإن الإقرار يعفي النيابة العامة والطرف المدني من تقديم دليل كتابي في حالة صدور مثل هذا الاعتراف من المتهم من وجود العقد، مع ملاحظة عدم جواز تجزئة الإقرار ما دام موضوعه عقداً من العقود المدنية لا توجد الجريمة إلا بوجوده¹.

فالقاعدة الأساسية في الإقرار المدني تنحصر في عدم جواز تجزئته على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى، لأن الإقرار المدني حجة على المقر ودليل قانوني لا يملك القاضي مناقشته بل يجب الأخذ به.²

كما نصت عليه المادة 343 من قانون المدني الجزائري بقولها "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في ذلك".

وتوجه هذه اليمين في أية حالة تكون عليها الدعوى "344 مدني جزائري"، م1360 مدني فرنسي"، ويشترط في توجيهها ألا تكون واقعة مخالفة للنظام العام، وأن تكون الواقعة

¹ حيث ذهبت محكمة النقض (عدم تجزئة الاعتراف أو الإقرار في المواد المدنية لا يمنع من اعتباره مبدأً ثبوت بالكتاب من جهة ما يتضمنه في ناحية أو أكثر من نواحيه) راجع نقض فرنسي ، نقلاً عن محمود نجيب حسني ، المرجع السابق، ص163.

² من المبادئ القضائية العامة ، أنه لا يجوز تجزئة الوقائع عندما تكون دلائل الإقناع مشتركة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ ، يعد مخالفة للقواعد الجوهرية للإجراءات .

ولما كان من الثابت في قضية الحال-أن قضاة الاستئناف قضوا بفصل قضية أحد المتهمين عن الآخر، مع أن الأفعال واحدة ، وأدت إلى نتيجة واحدة ، يكونون بذلك قد خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات ، ومتى كان ذلك الأمر استوجب نقض القرار المطعون فيه (قضية رقم 63676، بتاريخ 1991/04/02، المجلة القضائية ، 1992، عدد1، ص203).

التي تنصب عليها متعلقة بشخص من وجهة إليه "343" مدني جزائري"، "م 1359 مدني فرنسي"، وأخيرا أن تكون متعلقة بواقعة حاسمة في الدعوى، ولا يجوز لمن وجه اليمين أورها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين "المادة 345 ق م ج".

وصور اليمين الحاسمة في الدعوى خيانة الأمانة مثلا، أن يعوز الضحية الدليل الكتابي على عقد الأمانة فيوجهها إلى المتهم، ويحتكم بذلك إلى دينه وضميره، فإذا حلف بأنه لا وجود لعقد اعتبرت الجريمة غير متوافرة الأركان، أما إذا نكل عن اليمين اعتبر العتد قائما، وقضى بإدانته إذا توفرت سائر أركان الجريمة.

ثالثاً: اليمين الحاسمة والمتممة.

تعرف اليمين بأنها قول يتخذ فيه الحالف من الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد ويستزل عقابه إذا ما حنث واليمين كدليل من أدلة الإثبات نوعان:

- اليمين الحاسمة وهي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع.
- اليمين المتممة وهي يمين يوجهها القاضي إلى أي من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قدمها هذا الخصم.

فقد نصت المادة 348 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على مايلي: " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائياً إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به ". يتبين من نص هذه المادة بأن توجيه اليمين المتممة يكون في الدعوى التي ليس فيها دليلاً ولقد قضت المحكمة العليا أن توجيه اليمين المتممة من طرف القاضي رغم وجود بينة كاملة لا تعتبر مخالفة يترتب عليها إلغاء الحكم . وهذه المادة تقابل المادتين 1366 و 1367 من التقنين المدني الفرنسي.

وصورة اليمين المتممة وجود دليل غير كامل على العقد الأمانة مثلا، فيسعى القاضي إلى تكملته عن طريق اليمين المتممة، مثال ذلك أن يوجد مبدأ ثبوت فيسعى القاضي إلى تكملته عن طريق اليمين المتممة التي يوجهها إلى المجنى عليه أو المتهم أيهما يوحي بثقة أكثر في تقديره¹.

ويذهب القضاء والفقهاء في فرنسا إلى رفض توجيه اليمين الحاسمة أو المتممة تأسيسا على أنه لا يجوز توجيه اليمين أمام القضاء الجزائي².

إلا إذا اعتبره القاضي الجزائي كمبدأ ثبوت بالكتابة، كما استقر الفقه والقضاء على ذلك، على عكس الحال فالاعتراف في المواد الجزائية متروك لسطة تقدير القاضي³ فله أن يأخذ منه ما يعتقد صحته ويطرح ما لا يطمئن إليه ولهذا كان قابلا للتجزئة⁴، فإذا اعترف المتهم مثلا بأنه قتل ولكن دفاعا عن النفس، فالقاضي يأخذ باعترافه فيحكم عليه بعقوبة القتل ويطرح الدفاع الشرعي الذي يدعيه⁵، وعلى هذا القضاء جرت محكمة النقض المصرية بجواز تجزئة الاعتراف⁶.

¹ أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات الطبعة الثانية من منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2000، ص 353.

² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، المرجع السابق، ص 1160.

³ تنص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية على مايلي "يجوز إثبات الجرائم بأي طريقة من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص القانون على خلاف ذلك."

⁴ استقر القضاء في شأن وسائل الإثبات أن للمحكمة الجزائية حرية تقدير وسائل الإثبات التي اقتنعت بها واطمأنت إليها في نطاق اجتهادها المطلق ولها أن تستند إلى أية حجة لم يستبدها القانون و لا شيء يمنع قانونا القاضي الجزائي من الأستناد لأقوال المتهم واتخاذها حجة على متهم آخر (جنائي 10 نوفمبر 1987، قرار رقم 999، الاجتهاد القضائي ص (60

⁵ Vedal et Magnol OP, Cit N.749 P.172

⁶ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 1160.

أما اليمين الحاسمة فيلجأ إليها الخصم عندما يعوزه الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه أو لا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه، فيحتكم إلى ضمير هذا الخصم موجهاً إليه اليمين الحاسمة يطلب إليه حلفها لحسم النزاع¹.

وقد سار جانب من الفقه² إلى جواز الإثبات باليمين وحجته في ذلك أنه لا يوجد ما يحول بين المجني عليه الذي لا يحوز دليلاً على عقد الأمانة، وبين أنه يوجه اليمين الحاسمة إلى المتهم، فلا يوجد لقاعدة تحظر عليه ذلك، ومن ثم فهو يخضع في إثباته للقواعد المدنية، ومن بينها جواز توجيه اليمين الحاسمة، أما القول بعدم جواز توجيهها أمام القضاء الجزائي فليس هناك ما يمنع من توجيه اليمين التي تكون موضوعها الفعل الإجرامي.

فموضوع اليمين ليس الفعل الإجرامي، وقد أجمع الفقه والقضاء على وجوب معالجته من حيث الإثبات كما يعالج أي موضوع مدني وليس ثمة ما يحول كذلك دون أن يوجه القاضي اليمين المتممة إلى المتهم أو المجني عليه ليستكمل الدليل الذي توافر لديه، كي يصل إلى اقتناع في شأن وجود العقد أو عدم وجوده، وأوضح فروض توجيه اليمين المتممة أن يوجد مبدأً ثبوتاً بالكتابة على وجود العقد، ولا تجوز شهادة أو قرينة تكمل هذا المبدأ، فيستكمل القاضي عن طريق اليمين المتممة إقتناعه تبعاً لما إذا حلف أو نكل من وجهة إليه هذه اليمين³.

¹ وتقابل نص المادتين 1375 من التقنين المدني الفرنسي، وقد نصت المادة 1375 فرنسي على اليمين القضائية وهي نوعان: يمين يوجهها الخصم ليحل الحكم في القضية موقوفاً عليها وهذه هي اليمين الحاسمة، ويمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين، م 1358 توجيه اليمين الحاسمة في كل خصومة، أي كان نوعها.

² تقتضي جنحة شهادة الزور :

-الأدلاء بشهادة تحت اليمين القانونية من طرف شخص مطلوب للإدلاء بشهادته:

-أن يدلي بشهادة أمام جهة قضائية ويتلقاها في إطار مهامه .

-أن تكون الشهادة عن وقائع محل إثبات (غ.ج.م 2006/03/29 ملف 320898 المجلة القضائية 1/2006 ص 603).

³ محمود نجيب حسني، -شرح قانون العقوبات- القسم الخاص-، ص 1161 .

كما أن الباحث يميل إلى الأخذ بهذا الرأي لما ساقه أنصاره من حجج قوية، ونضيف أن نص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية¹ كان من الصراحة والوضوح في التزام القاضي الجنائي باتباع قواعد الإثبات المدنية عند إثباته لما يعرض عليه من مسائل مدنية يختص بالفصل فيها طبقاً لمبدأ - قاضي الدعوى هو قاضي الدفع -، ولم تورد هذه المادة ثمة قيداً على حرية القاضي الجنائي في إتباع وسائل الإثبات غير الجنائية في المجال المدني باتباعها، فلا مجال إذاً لأن نرفض الأخذ بوسائل الإثبات المدني لإثبات هذه المسائل المدنية البحتة، بل إن ذلك الرأي هو الذي يتفق وطبيعتها غير الجزائية².

وخلاصة القول أنه يتعين على القاضي الجنائي الالتزام بإثبات المسائل غير الجنائية التي تعرض له أثناء نظر الدعوى عليه بوسائل الإثبات المدنية كالكتابة، كما له أن يلجأ إلى إثبات هذه المسائل بالإقرار القضائي واليمين بنوعيتها الحاسمة والمتممة متقيداً عند إثباته هذه المسائل بغايات وأهداف قوانينها الخاصة دون أهداف وغايات القانون الجنائي إلا إذا تطلب المشرع ذلك .

المطلب الثالث

حدود التزام القاضي الجنائي بقواعد الإثبات غير الجزائية

قدمنا بأن القاضي الجنائي ملزم بإثبات المسائل المدنية التي تعرض له أثناء نظر الدعوى الجنائية طبقاً لقواعد الإثبات المدنية، باعتبار أن مبدأ حرية الاقتناع في الإثبات في مجال النظام الجنائي لا يطبق حينما ينص المشرع على طريقة معينة للإثبات، عملاً بالمبدأ القانوني المقرر، وهو أن طريقة الإثبات تتبع جوهر الخلاف³.

¹ أنظر المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية.

² رؤوف عبيد، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية في القانون المصري، المرجع السابق، ص 747.

³ محمود محمود مصطفى - اثبات في المواد الجنائية - المرجع السابق، ص 92 .

كما نشير على أن هذا المبدأ هو القيد الوارد على حرية القاضي في الإثبات ليس مطلقا يطبقه القاضي الجزائي كلما مرت عليه مسألة مدنية أثناء نظره للدعوى الجنائية¹، لأن هناك من المسائل المدنية التي تعرض عليه ولا يلزم في إثباتها إتباع القواعد غير الجنائية، ويكون ذلك عندما يرى القاضي الجزائي إنتفاء المسألة فيقضي بالبراءة،

وبناء عليه تُرد هذه القاعدة ثلاثة حدود هي:

- أن تكون المسألة عنصرا في الجريمة ولازمة للفصل فيها.
- القضاء بالبراءة .
- عدم تعلقها بالنظام العام².

الفرع الأول: أن تكون المسألة عنصراً في الجريمة يتوقف عليه الفصل في الدعوى الجنائية.

يقصد بهذا الحد أن تكون المسألة مفترضا للجريمة فتمثل وضعا قانونيا معيناً يحميه القانون قبل أن تقع الجريمة التي تشكل الاعتداء عليه، ويجب توافره من الناحية المنطقية قبل الركن المادي³، ومثال ذلك توافر عقد من عقود الأمانة في جريمة خيانة الأمانة⁴، وعقد الزواج في جريمة الزنا⁵، ففي هذه الأحوال تكون المسألة مدنية عنصرا لازما لقيام الجريمة وكذلك الفصل فيها، حيث يتقيد القاضي الجزائي بقواعد الإثبات المدنية متى تطلب القانون المدني في إثباتها دليلا معيناً تعين اتباعه والتزم القاضي باستخلاص عقيدته عن طريقه،

¹ قضت محكمة النقض (بأن المحكمة الجزائية غير ملزمة بقواعد الإثبات المقررة بالقانون المدني إلا إذا كان قضاؤها في

الواقعة يتوقف على وجوب الفصل في مسألة مدنية) 1974/2/24 مج أحكام النقض س25 ق127 ص 183 .

² تنص المادة 344 من القانون المدني على مايلي : " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام .

³ أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الاجراءات- المرجع السابق ص 762.

⁴ غ ج 2، ملف 36623 قرار 29-10-1985، المجلة القضائية 1/1990 ص 266.

⁵ المتابعة بموجب المادة 339 من ق.ع لم تتم إلا بتقديم عقد من الحالة المدنية يثبت من زواج الشاكي (ملف رقم

23022، بتاريخ 09/11/1982، نشرة القضاة، عدد2، ص76.

بحيث لا يجوز له طرح هذا الدليل إلا بالطرق المنصوص عليها في القانون المدني ولأسباب المحددة فيه¹.

أما إذا لم تكن هذه المسألة عنصراً في الجريمة أو مفترضا لها فلا محل لاتباع طرق الإثبات المدنية، مثال ذلك أن يكون محل الإثبات هو الفعل المادي أو السببية بينه وبين النتيجة أو القصد الجنائي أو الضرر إذا لم تكن مفترضا للجريمة فهي تخضع للقواعد العامة للإثبات²، وما دام يجوز اثبات الفعل الجنائي بكل الطرق القانونية بما فيها شهادة الشهود،

يجوز أيضا إثبات واقعة الاختلاس في جريمة خيانة الأمانة أي التصرف الذي يأتيه الجاني ويشهد أنه حول حيازته إلى حيازة كاملة، أو نفى هذا الاختلاس، ويدخل فيه الشيء موضوع عقد الأمانة، فإنه واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها الإثبات البينة رجوعاً إلى الأصل وهو مبدأ حرية اقتناع القاضي الجنائي، وقد عللت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها أن "واقعة اختلاس أو التبيد التي تتكون منها الجريمة المعاقب عليها يجوز اثباتها بكافة الطرق القانونية لأن الجرائم يجوز اثباتها على اختلاف أنواعها بكافة الطرق القانونية إلا ما استثنى بنص خاص، فقد تكون المسألة هي ذاتها الفعل المادي للجريمة مثل جريمة الاقراض بالربا الفاحش لا ينفك عن جريمة الربا، لأنها تنشأ فيه وتلازمه، فعقود القرض بهذه المثابة تعتبر في جملتها واقعة واحدة ومنها يتكون الفعل الجنائي المعاقب عليه بالمادة 2/239 ع فيجري عليها ما يجري على نظائرها من المسائل الجنائية من طرق الإثبات ويجوز إثباتها وإثبات الاعتياد عليها بكافة الطرق القانونية دون ما قيد على ذلك من القيود الخاصة بالإثبات المدنية"³

¹ رؤوف عبيد ، مبادئ الاجراءات الجنائية ، ص 848.

² رؤوف عبيد، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية في القانون المصري، المجمع السابق، ص 748..

³ راجع نقض 1967/3/27 مج أحكام النقض س 18 ق 82 ص 26، 1974/5/436 س 25 ق 110 ص 514 نقلاً عن رؤوف عبيد، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية في القانون المصري، المجمع السابق، ص 79.

كما قضى بأنه ما دامت دعوى السرقة قائمة على أن المدين بعد أن حرر سندا بمديونته للدائن سرق هذا السند في غفلة منه ووضع مكانه سندا آخر عليه توقيع غير صحيح، فإن سماع المحكمة الجنائية الشهود في هذه الدعوى للإثبات سبق وجود السند الصحيح لدى الدائن لا غبار عليه قانونا، إذ أن السرقة واقعة مادية يجوز اثباتها بالبينة كائنة ما كانت قيمة المسروق، وإذا كان تحقيق واقعة السرقة قد استلزم تحقيق المديونية التي لم تكن مقصودة لذاتها فذلك لا مخالفة فيه للقانون¹.

كذلك الحال بالنسبة للضرر في جريمة النصب فإنه يمكن أن يتولد من عمل قانوني ثابت بالكتابة، بحيث إذا ادعي أن ما جاء بهذه الكتابة غير صحيح، وأن هذه الكتابة قد تم التوقيع عليها نتيجة الاحتيال فإن الثبات يكون مقبولا هنا بكل الوسائل²

ويرجع السبب في قبول الاثبات هنا للمسألة المدنية بوسائل الاثبات الجنائية، وذلك لاندماج الواقعة الاجرامية والعقد في وحدة واحدة مما يستوجب منطقيا أن ينطبق عليها قواعد اثبات واحدة هي قواعد الاثبات في المواد الجنائية، وهو ما ينطبق على اثبات عدم مشروعية العقد أو الغش نحو القانون، مما يجوز اثباته بكافة الطرق، أو إذا كانت واقعة التعاقد تستر في حقيقتها اتفاقا جنائيا على ارتكاب الجريمة، أو تحريضا على ارتكابها، أو تعامللا في مواد

¹ رؤوف عبيد، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الموجع السابق، ص 748 .

² يجوز اثبات فعل اتلاف سند بجميع الطرق ولو كانت تقيمه السند تزيد على عشرين جنيه، نقض 14 نوفمبر 1938 مج القواعد القانونية ح 4 ق 271 ص 26، 1974/5/329 مج أحكام النقض س 25 ق 1101 ص 514، واثبات الفعل التزوير بجميع الطرق الاثبات ولو كانت قيمة المحرر تزيد عن عشرين جنيه نقض 1950/1/2 س 1 ق 271 ص 26، 1974/5/329 ويجوز اثبات واقعة تقاضي (خلو رجل) بجميع الطرق الاثبات مهما كانت قيمة المبلغ، نقض 1980/11/20 مج أحكام النقض س 31 ق 197 ص 1018 كما (قضى بأن قبض المتهم لفائدة دين لم يدفع عنه ضريبة واقعة مادية جائز اثباتها بكل الطرق . أم سند الدين فليس عنصرا من عناصر الجريمة حتى تطالب النيابة به طبقا للقواعد المدنية خصوصا أنه من الجائز أن يكون سند الدين قد أعدم بعد وفاء به وبفائدته أو أخفى باتفاق الطرفين اضرار بالخزانة العامة، مما لا تكون معه النيابة مستطبعة اثبات الجريمة إلا بشهادة الشهود) نقض 1943/11/22 مج القواعد القانونية ح 6 ق 262 ص 15، 1956/3/337 مج أحكام النقض س 7 ق 102 رؤوف عبيد، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الموجع السابق، ص 34 .

مخدرة أو نقود مزيفة أو تستر نصاباً، أو ابتزاز أموال بالتهديد، وهكذا الشأن كلما كانت الواقعة المدنية عملاً غير مشروع أو أية جريمة من الجرائم¹.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن اثبات مفترضات الجريمة يخضع للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية والتي لا تقيد القاضي الجزائي بوسيلة معينة، وبناءً عليه فإن القاضي الجزائي غير مقيد باتباع قواعد الإثبات المقررة في القانون المدني وهو بصدد الفصل في جريمة خيانة الأمانة لأن عقد الأمانة يعد مفترضاً لسلوك الجاني، ويلتحم به بحيث لا يتصور اتیان هذا الأخير - بهذا الوصف الآثم - دون سبق وجود مثل هذا العقد، ومن ثم كان عنصراً فيه، ويخضع لما يخضع له من أحكام، ويعلل بذلك بأن العنصر المفترض قد يتعلق بالسلوك مثل سلوك الموظف العمومي المرتشي أو مرتكب القذف العلني، وقد يتعلق بالنتيجة مثل كون المجني عليه إنساناً حياً في القتل أو امرأة حامل في الاجهاض، ومع التلاحم الوثيق بين السلوك والنتيجة مما يسوغ بأن يكون العنصر المفترض متعلقاً بهما معاً².

ونميل إلى ترجيح الرأي الغالب في الفقه وأحكام القضاء، بالتأكيد على إثبات المسائل المدنية إنما يخضع لقواعد الإثبات المدني إذا توقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية، لأن هذه المسألة تعد مفترضاً يسبق الفعل المادي والجريمة، والقول بإباحة إثبات المفترضات طبقاً لقواعد الإثبات الجنائي يجعل إمكان اثباتها بكافة الوسائل الجنائية مما يخضع بالتالي لحرية القاضي في الاقتناع ويتيح الفرصة للجاني بالإفلات من العقاب بالتحاليل على قواعد الإثبات المدني أمام القاضي الجنائي، كالإثبات بشهادة الشهود مما كان يجب اثباته بالكتابة في القانون المدني، أو إثبات عكسه وفي هذا إخلال بقواعد الإثبات التي يجب اتباعها حسب طبيعة المسألة لا القضاء الذي ينظرها، فضلاً عن أن هذه المسألة كما قال أغلب الفقهاء هي

¹ Canden (Jean) La reuve un metier pénale. Op. Cit P 172

² حسنين إبراهيم صالح عبيد - مفترضات الجريمة - بحث مجلة القانون والاقتصاد - المرجع السابق ص. 31، 30.

مفترض للجريمة تسبق أركانها وإن كانت عنصرا لازما لتوافرها وانطباق النص الجنائي ومن ثم فهي تخضع لقواعد الاثبات المدني.

الفرع الثاني: القضاء بالبراءة.

إذ خلص القاضي في حكمه إلى القول بانتفاء المسؤولية الجزائية في حق المتهم تكون العبرة هي حقيقة الواقع فيسترد القاضي حريته التامة في تكوين عقيدته دون التقيد بدليل معين، لأن المحكمة في جريمة خيانة الأمانة تكون في حل من التقيد بتلك القواعد إلا حالة الإدانة عند اثبات العقد الأمانة إذا ازدادت قيمته عن النصاب المقرر قانونا إحتياطا لمصلحة المتهم حتى لا تقرر مسؤوليته وعقابه إلا بناء على الدليل المعتبر في القانون ولا كذلك البراءة لانتهاء موجب تلك الحيطة وإسلاسا لمقصود الشارع في ألا يعاقب بريء مهما توافر في حقه من ظواهر الأدلة، مما يعني أنه عند إثبات المسألة المدنية في حالة الإدانة تلزم المحكمة بقواعد الاثبات المدني، أما إذا قضت بالبراءة فلا إلزام على المحكمة بالتقيد بها لنفي وجود العقد بل يخضع إلى حرية القاضي في تكوين عقيدته¹.

الفرع الثالث : عدم تعلقها بالنظام العام .

من المقرر قانونا أن مراعاة قواعد الاثبات في المواد المدنية لا شأن له بالنظام العام. وقد رتبت محكمة النقض على ذلك ثلاثة أمور:

- أنه لا يجوز التمسك بهذه القاعدة لأول مرة أمامها ما دام لم يدفع بها أمام محكمة الموضوع.
- أنه يجب إيذاء الدفع بها قبل التكلم في موضوع الدعوى.

¹ حسن صادق المرصفاوي- المرصفاوي في قانون الاجراءات الجنائية ،المرجع السابق، ص 343،

• أن سكوت المتهم وعدم اعتراضه على سماع شهود الاثبات لإثبات التصرف المدني يعد إسقاطاً لحقه في التمسك بها لأن سكوته عن الاعتراض يفيد تنازله عن القواعد المقررة للإثبات في المواد المدنية والتي هي القواعد مقررة لمصلحة الخصوم وليست من النظام العام¹ فالأصل أن قواعد الاثبات المدنية لا تتعلق بالنظام العام ومن ثم يسري عليها أمام القاضي الجزائي نفس القاعدة من حيث إثارته قبل التكلم في الموضوع وعدم جواز الدفع بها لأول مرة أمام محكمة النقض، لأنها مقررة لمصلحة الخصوم ويجوز لهم التنازل عنها صراحة أو ضمناً.

وصفة القول أن قاعدة التزام القاضي الجزائي في إثباته للمسائل المدنية بقواعد القانون المدني، ليست قاعدة مطلقة إنما يحددها ثلاثة حدود، تتعلق بكونها لازمة للفصل في الدعوى الجنائية، وبشرط أن لا يكون بذلك في معرض البراءة، وعدم تعلقها بالنظام العام.

المبحث الثالث

كيفية فصل القاضي الجزائي في المسائل الأولية

عندما يقوم القاضي الجزائي طبقاً لمبدأ -قاضي الدعوى هو قاضي الدفع- بالفصل في المسائل الأولية، فإن هذه المسائل عادة ما تقابل مراكز قانونية تنظمها فروع القوانين التي تنتمي إليها مثل الملكية أو الشيك. ويواجه القاضي الجزائي أثناء الفصل فيها بمشكلة إشتراك القوانين المدنية والتجارية في حمايتها مع القانون الجنائي، وهنا يثور التساؤل عن مدى وطبيعة العلاقات بين القاعدة الجنائية المتضمنة لشق التكليف والجزاء والقاعدة الجنائية المتضمنة للمسألة أو المركز القانوني غير الجنائي، وكيفية قيامه بالفصل فيها؟ فهل يكون

¹ حيث قضت محكمة النقض المصرية "إذا لم يعارض المتهم لدى محكمة الدرجة الأولى في جواز اثبات واقعة التبديد مصوغات سلمت إليه على سبيل الوديعه، بشهادة الشهود، فإن ذلك يعتبر قبولاً منه لهذا الطريق في الاثبات، وذلك القبول والتنازل جائز لأن الاثبات الكتابي في مثل هذه الصورة ليس من النظام العام" نقلاً عن حسن صادق المرصفاوي- المرصفاوي في قانون الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص.ص 343 .

متبعا لمفهوم هذه المسائل في قوانينها الخاصة أم وفقا لما تمليه قواعد وغايات قانون العقوبات التي تهدف إلى حماية المصلحة العامة وليس المصلحة الخاصة؟، مع تحديد مفهوم المصطلحات القانونية في هذه الحالة ومدى إستقلال أو تبعية قانون العقوبات ، وهذا حينما يتولى قانون العقوبات حماية مركز قانوني بالاشتراك مع قانون آخر غير جنائي، وهو ما يقتضي منا أن نعرض للمقصود باستقلال قانون العقوبات وتبعيته لغيره من القوانين.

وعليه سيتم إستعراض موضوع القاعدة الجنائية من حيث تحليلها وخصائصها، ثم بيان المقصود من إستقلال قانون العقوبات .

المطلب الأول

القاعدة الجنائية

يمكن تأصيل القاعدة القانونية ، جنائية كانت أم غير جنائية إلى شقين هما الشق التكليف وشق الجزاء ، أما التكليف فهو أمر أو نهي يتوجه به المشرع إلى المكلف بالخضوع للقاعدة القانونية وإطاعة مضمونها، ومن أمثلة ذلك التكليف وجوب إلزام بدفع قيمة النفقة المحكوم بها "المادة 331 قانون العقوبات الجزائري" ومن أمثلة التكليف بالنهي، مثل النهي عن السرقة"المادة 350 قانون العقوبات " أو النصب "المادة 374 قانون العقوبات " أو خيانة الأمانة "المادة 376 قانون العقوبات " .

وبالنسبة لشق الجزاء فهو يتضمن الجزاء الذي رتبته المشرع لمن يخالف التكليف الذي تتضمنه القاعدة، أمراً كان التكليف أم نهياً، ويتعدد الجزاء بتعدد فروع القانون التي يحمي الجزاء ما تتضمنه قواعدها من تكاليف¹، فمن الجزاء ما هو مدني "كالبطلان بالنسبة للعقود والتي يشوب إرادة طرفيها عيب من عيوب الرضاء كالغلط² أو الاكراه¹ أو التدليس² أو

¹ عبدالفتاح الصيفي ، القاعدة الجنائية ، المرجع السابق ، ص32.

² المواد 81 و 82 من القانون المدني.

الأستغلال و الغبن³ " وما هو إداري "كإنداز الموظف العمومي" وغيرها من صور الجزاء في القوانين المختلفة.

الفرع الأول: خصائص القاعدة الجنائية.

يتكون التشريع الجنائي من مجموعة من القواعد القانونية الموضوعية، بعضها يجرم السلوك في حالات معينة، بينما يبيح السلوك المكون للجريمة إذا ارتكب في حالات معينة حددها القانون، وأيا كان مضمون القاعدة الجنائية فإن لها خصائص كل قاعدة قانونية وهي: التعميم والتجريد وكونها صادرة من سلطة تملك إصدارها وكونها ذات شقين: تكليف وجزاء⁴.

والى جانب هذه الخصائص العامة تتميز القاعدة الجنائية بخصائص ذاتية أخرى وهي نها من قواعد القانون العام ، و أنها من قبيل القواعد الآمرة، لا تقبل الاتفاق على مخالفتها وذلك على العكس من القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين في مجال القواعد المدنية فقواعد القانون الجنائي جميعها ملزمة للسلطة العامة بأن تعمل بموجبها وملزمة للمخاطب بها بأن يمتثل لما تتضمنه من تكليف وإلا حق عليه الخضوع لما تتضمنه من جزاء ، وأنها من قبيل القواعد المقومة لسلوك الانسان فتقومه، ويتحقق التقويم عندما تجد القاعدة أن هذا السلوك كان ينبغي أن يكون على نحو آخر أفضل ، وأنها أيضاً قواعد صادرة عن الدولة، تضعها السلطة التشريعية أو تفويض السلطة التنفيذية في وضع بعضها في حدود محدودة.⁵

وهناك نصوص جنائية قد تتضمن قاعدة قانونية أو أكثر من القواعد القانونية، وفي هذه الحالة يوصف النص بأنه كامل أو تام ومثال ذلك المادة 260 عقوبات جزائري والتي تعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم، بينما تتضمن المادة

1 المادة 88 من القانون المدني.

2 المادة 86 من القانون المدني.

3 المادة 91 من القانون المدني.

4 عبدالفتاح الصيفي، القاعدة الإجرائية الجنائية ، المرجع نفسه، ص33 وما بعدها

5 عبدالفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية ، المرجع نفسه، والموضع نفسه .

254،255،256 عقوبات جزائري قاعدتين جنائيتين،أولهما خاصة بالقتل غير المقترن بظرف سبق الاصرار والترصد، وثانيهما وقد وردت في المادة 263 قانون العقوبات الجزائري خاصة بإتصال القتل بجناية أخرى أو جنحة¹.

الفرع الثاني: أنواع القواعد الجنائية.

تنقسم أنواع القواعد الجنائية حسب الأساس الذي يقوم عليه كل تقسيم:

أولاً: من حيث مضمون القاعدة الجنائية تنقسم إلى فئتين:

- * قواعد مجرمة: ومن أمثلة القواعد المجرمة كل قاعدة تنشئ الجريمة، كالقواعد التي تجرم القتل "المادة 254 ق ع ج " والسرقه "المادة 350 ق ع ج " .
- * قواعد مبيحة أو مبررة : وهي التي تبيح الفعل أو تبرره مثل قواعد الدفاع الشرعي "المادة 39 ق ع ج"².

ثانياً: من حيث اعتماد القاعدة الجنائية على نفسها أو على غيرها:

¹ تعاقب المادة 263 ق ع بالإعدام على القتل إذا سبق أو صاحب أو تلى جناية أخرى أو كان الغرض منه إعداد أو تسهيل أة تنفيذ جنحة أو تسهيل فرار مرتكبها أو ضمان تخلصه من العقاب . يستفاد من نص الماجة 263 في فقرتها الأولى أن اقتران القتل بجناية أخرى يكفي وحده لتشديد العقوبة بينما يتطلب التشديد في الصورة الثانية المنصوص عليها في الفقرة الثانية توافر رابطة السببية بين الجريمتين بحيث يجب أن يكون القصد من ارتكاب جناية القتل العمد تهيئة أو تسهيل أو تنفيذ جنحة (ج1 قرار 1980/10/28 ملف 22518 الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية ج2 ص 91).

² إن توافر شروط الدفاع الشرعي ينفي على الواقعة طابعها الإجرامي،ومن ثم تمحي الجريمة من الأساس (غ ج 2003/04/29،ملف 306921،المجلة القضائية 2003-1 ص 398).

■ القواعد الجنائية مستقلة، أو من الدرجة الأولى، ومن أمثلة القواعد التي يتضمنها القسم الخاص من قانون العقوبات كالقواعد التي تجرم القتل¹ والإيذاء الخفيف² والسرقه³ والنصب⁴.

■ قواعد جنائية تابعة لقواعد جنائية وغيرها، أو قواعد الدرجة الثانية، وهي قواعد لا تطبق إلا إذا انكأت على قواعد جنائية غيرها مثل قواعد المساهمة الجنائية في القسم العام فإذا أسهم شخصان في جريمة سرقة مثلا فإنهما يخضعان لقاعدتين جنائيتين أولهما مستقلة وهي الخاصة بجريمة السرقة والأخرى تابعة وهي خاصة بالمساهمة الجنائية⁵.

■ قواعد موجهة وهي القواعد التي تضع مبدأ أو معيار ينبغي تطبيقه عند التصدي لمركز قانوني معين فالقاعدة الجنائية تشير مثلاً إلى أن العقوبات الجرح هي الحبس تبدأ من شهرين إلى خمس سنوات .

■ قواعد معلنة أو موضحة أو شارحة لغيرها: من أمثلتها القواعد التي تحدد المقصود بعبارة معينة استخدمها المشرع في قاعدة جنائية أخرى، مثال ذلك تعريف المشرع للموظف العمومي في جريمة الرشوة مثلاً في المادة 2 من قانون رقم 06-01⁶، حيث قام بتحديد المقصود موظف العمومي في هذا القانون .

■ قواعد مفسرة لغيرها: من أمثلتها 176 ق ع ج والتي تفسر معنى الاتفاق الجنائي "اتحاد شخصين فأكثر على ارتكاب جناية أو جنحة."

¹ أنظر المادة 254 من قانون العقوبات الجزائري .

² أنظر المادة 442 من قانون العقوبات الجزائري .

³ أنظر المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري.

⁴ أنظر المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري .

⁵ إن إدانة الشريك تستند أساساً إلى إدانة الفاعل الأصلي، ومن ثم فما دام الفاعل الأصلي قد استفاد بالبراءة بموجب القرار الصادر في 14/04/1966 فإن القرار الصادر في 16/05/1966 القاضي بإدانة الشريك بعامين حبس قد أحدثت وضعياً متناقضة (جنائي 23/05/1967 نشرة القضاة 8/1967 ص 78).

⁶ قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

المطلب الثاني

المقصود بالإستقلال قانون العقوبات

يرى جانب من الفقه أن القانون العقوبات تقتصر وظيفته على معاقبة كل من يخالف قاعدة تتبع فرعاً من فروع القانون الأخرى، ولهذا فهو قانون جزائي محض، ومن ثم فإن القانون الجنائي يتبع دائماً وبدون إستثناء قواعد القوانين الأخرى،¹

وبهذا نجد أن قانون العقوبات لا يقرر حقوقاً وإنما هو فقط يحمي ما تقرره القوانين الأخرى من حقوق، ويستعير بمصطلحات من فروع القانون الأخرى بصياغة قواعد يلزم لها الاعتراف، فلا بد إذا من وجود تلازم حتمي بين القانون وهذه القواعد، إذ لا يتصور وجود قانون جنائي دون أن تلازمه قاعدة غير جنائية تطلب منه حمايته في حالة عدم امتثال المخاطب لما تتضمنه من تكليف غير جنائي، وبهذا فهو يقر التبعية للقاعدة الجنائية².

ومع ذلك فقد تعرضت أصحاب هذا الرأي إلى إنتقادات كثيرة منها عدم صحة ما قالت به من تبعية قانون العقوبات لفروع القانون الأخرى بصفة مطلقة، ذلك لعدم إحاطتها بالقوة الجزائية للقانون الجنائي على حقيقتها، فمن الخطأ القول بأن القانون الجنائي مكون من محض جزاء بدون أحكام وأنه لا يفعل سوى أن يمد بالجزاء قواعد القوانين الأخرى هذا من جهة³،

أما أصحاب الرأي القائل بإستقلال قواعد القانون العقوبات عن غيره من القواعد غير الجنائية، بحيث تطبق القواعد والمبادئ الجنائية على القاعدة غير الجنائية حينما تجتمع معها بذلك ذاتيتها، وتصبح بذلك قاعدة جنائية من كل النواحي وإستقلال قانون العقوبات وفقاً للرأي القائل بإستقلالية قانون العقوبات لا يقف عند حد إستقلاله بمفاهيمه الخاصة به

¹ عبدالفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص181.

² رمسيس بهنلم- النظرية العامة للقانون الجنائي- منشأة المعارف- الاسكندرية 2008، ص 165.

³ زكي أبوعامر قانون العقوبات- القسم العام- دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع-، 2015، ص19.

حين العقاب على مخالفة قواعد غير جنائية بل إنه يمتد إلى الحد الذي يمكن أن يناقض ويخالف قانون العقوبات بمدلوله القواعد غير الجنائية. ومثال ذلك عقاب متلقي الشيء المشروع بحسن نية بعقوبة الاخفاء لأشياء¹ إذا علم بمصدره بعد أن تلقى الحيازة وبعد أن صار مالكا لها بحكم القانون المدني.

أصحاب هذا الرأي تعرضوا إلى جملة من إنتقادات مثل أصحاب الرأي القائل بتبعية قانون العقوبات ، حيث يرى الفريق المعارض لهذا الرأي أنها إنطوت على قدر من الحقيقة، ذلك لأن قانون العقوبات له ذاتيته المستقلة لحمايته كثيرا من الحقوق التي لا ينظمها غيره من القوانين العقابية² مثل الأفعال التي تعرض الحق للخطر كالشروع في السرقة الفقرة الاخيرة من المادة 350 قانون عقوبات جزائري³ أو الجنایات وتعريض الطفل للخطر وغيرها.

ومع ذلك انتقاد أساسي الذي شاب أصحاب الرأي القائل بالاستقلال المطلق لقانون العقوبات بسائر الفروع القانونية الأخرى التي تعمل معه داخل نظام قانوني واحد. في حين أن فروع القانون المختلفة ينبغي أن يكون تنسيق و تعاون نحو تحقيق الصالح العام الذي ينشده النظام القانوني⁴.

ومع هذا المد والجزر نحو القول بتبعية قانون العقوبات مع الفروع الأخرى ومع القول بإستقلاليتها تارة أخرى ، لبطهر لنا رأي جديد يقول أن قانون العقوبات في علاقته بفروع

¹ تقوم جريمة إخفاء الأشياء على عنصرين أساسيين و هما : العلم بأن الأشياء المختلسة مصدرها جناية أو جنحة . واستلام وحيازة هذه الاشياء عمداً (جنائي 1968/4/2 مجموعة الاحكام ص 316،جنائي 1980/12/30 مجموعة قرارات غ ج ص 15،ملف 56361 قرار 1989/4/14 المجلة القضائية 1992/4 ص 193).

² أنظر في عرض مفصل لهذه النظرية ونقدها عبدالفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية ، المرجع نفسه، 56 & زكي أبوعامر قانون العقوبات- القسم العام- المرجع السابق ، 2015، ص22.

³ إن قيام المتهم برد المسروق إلى الحارس الذي استوقفته لا ينفى حصول الشروع في السرقة المعاقب عليه بعقوبة السرقة التامة (جنائي 14 جانفي 1969 مجموعة الاحكام،ص401،نشرة الفضاة 3/1969 ص 30).

⁴ في عرض هذه النظرية ونقدها عبد الفتاح الصيفي- المرجع السابق،ص 83.

القانون الأخرى يعتبر مستقبلاً في بعض الأحيان عن القواعد أو تابعا لها في أحيان أخرى والأمر بالنسبة للقاعدة الجنائية في علاقتها بفروع القانون الأخرى .

مثال ذلك أن تكون هذه القواعد الجنائية وحدها في مجال التجريم لا تشركها قواعد قانونية أخرى في هذا المجال وهذا رأي القائل بالاستقلال قانون العقوبات .

أو كأن يقتصر دور هذه القواعد على الجزاء ، وذلك حين تضىف جزاءها على شق تكليف في قاعدة أخرى تتبع فرعاً من فروع القانون، في هذه الحالة يكون التكليف تابعا لقاعدة غير جنائية، بينما يكون التكليف جنائياً بهذا تقتصر دور القانون الجنائي على محض العقاب، ومن أمثلة ذلك القانون الجنائي الإداري.

المبحث الرابع

المسائل الإدارية

من المقرر قانوناً أن المسائل الإدارية يختص بها القضاء الإداري، ويجب على القاضي الجزائي إحالتها إليه لكونها مسألة فرعية ، إلا أن هناك من هذه المسائل ما درج في الفقه والقضاء على إحاقها بالمسائل الأولية بحيث يفصل فيها القاضي الجزائي إعمالاً لمبدأ

أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ، وهي المعاهدات الدولية، والضرائب وسوف نفصل الحديث عنها في المطلبين المتوالين:

المطلب الأول

المعاهدات الدولية.

قد يدفع أمام القاضي الجزائي الذي يقوم بالفصل في الدعوى العمومية المنظورة أمامه بدفع يتعلق بتفسير معاهدة دولية تنطبق على واقعة النزاع، فهل يقوم القاضي بذلك بنفسه أم يوقف نظر الدعوى لحين الفصل في هذه المسألة من الجهة المختصة بالتفسير؟ ولبيان ذلك نتناول في هذا الفرع تعريف المعاهدة الدولية وأنواعها، وفي ثانيهما سلطة القاضي في تفسير المعاهدة تباعا.

الفرع الأول : تعريف المعاهدة الدولية وأنواعها:

عرفت المادة الثانية من اتفاقية فيينا لعام 1969 لقانون المعاهدات في فقرتها الأولى (أ) المعاهدة الدولية بأنها: اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة ويخضع للقانون سواء تم في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه.

أو أنها اتفاق مكتوب بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام، أيا كانت التسمية التي تطلق عليه، ويتم إبرامه وفقا لأحكام القانون الدولي، بهدف إحداث آثار قانونية¹.

ومن ثم فالمعاهدة لها أربعة عناصر أساسية تظهر من خلال هذا التعريف وهي إتفاق بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي ، والكتابة، إبرامها وفقا لأحكام القانون الدولي ، و هدفها من خلال ترتيب آثارها قانونية.

¹ صلاح الدين عامر - مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة 1985 ، ص 208.

كما تقسم المعاهدات الدولية إما على أساس مادي أو على أساس شكلي ولا يعتبر هذا التقسيم مانعاً ولكن هذه التقسيمات تتداخل فيما بينها تداخلاً كبيراً ..

ومن أمثلتها المعاهدات المعاهدات الشارعة وهي التي تنشأ بين دول في حالات تكون إرادات هذه الدول فيما بينها متوافقة ومتطابقة وتستهدف إلى التوصل إلى ذات النتيجة بوضع قواعد قانونية دولية مجردة ،

أما المعاهدات العقدية فهي تتعلق بتسوية خاصة للأطراف فيه تنشئ التزامات دولية متبادلة على عاتقها.

ويكون هذا التقسيم للمعاهدات في الإطار العام للمعاهدات الدولية الشارعة بحيث إما تكون معاهدات تشريعية أو معاهدات دستورية، فنجد المعاهدات التي تشكل أساساً للنظام القانوني الدولي، مثل المعاهدات التي تقيم نظاماً دائماً، كنظام الحياد السويسري، والمعاهدات التي بموجبها ينزع سلاح أقاليم بعينها تعتبر دستورية لأنها تتعلق بهيكل المجتمع الدولي.

وإلى جانب الطائفة السابقة من المعاهدات توجد معاهدات تنشئ منظمات دولية وهي تعد في هذه الحالة معاهدات شارعة ذات طابع خاص.

يعد من أهم تقسيمات المعاهدات الدولية إنطلاقاً من الاعتبارات الشكلية، فتقسم المعاهدات إما بحسب الأطوار الشكلية التي تمر بها إلى معاهدات بالمعنى الدقيق والاتفاقيات الدولية في الشكل المبسط، والاتفاقيات التنفيذية، أو تبعاً لعدد الدول الأطراف في المعاهدة تنقسم إلى المعاهدات الجماعية، والمعاهدات الثنائية ذات طابع عالمي، أو وفقاً

لصفة العاقدين للمعاهدة تنقسم بين معاهدات إقليمية، ومعاهدات تبرم بين الدول، أو بين الدول والمنظمات الدولية، أو فيما بين المنظمات الدولية¹.

و للمعاهدة قوة ملزمة من الوجهتين الدولية والداخلية، ومعنى القوة الملزمة الدولية أو الاتفاقية هو إلتزام الدولة بتنفيذ المعاهدة إلتزاماً دولياً يترتب على عدم القيام به تحريك المسؤولية الدولية بمجرد التصديق عليها وفقاً لما تقتضيه القانون الدولي والقانون العام الداخلي للدولة، أما القوة الملزمة الداخلية للمعاهدة فهي تعني إلتزام سلطات الدولة والأفراد باحترام المعاهدة والحق في التمسك بتطبيق أحكامها، وتكون المعاهدة نافذة في الداخل في أغلب الدول، كما هو في الجزائر²، بالتصديق عليها من السلطة التشريعية³.

وتعتبر المعاهدة جزءاً من التشريع الداخلي بذلك أنه مجرد عقد المعاهدة والتصديق عليها تصير نافذة في الداخل، لأنها تصير جزءاً من التشريع الداخلي، ولأفراد أن يتمسكوا بأحكامها وعلى القاضي تطبيق أحكامها، فإذا أخطأ في تطبيقها كان حكمه قابلاً للطعن عليه بالنقض⁴.

وهناك بعض الصعوبات التي يمكن أن تثور إذا إتسمت بعض النصوص المعاهدة بالغموض وإحتاجت إلى تفسير من القاضي الوطني، وإزاء ذلك انقسم الرأي إلى اتجاهين، اتجاه أول يقيد السلطة القاضي الوطني في تفسير المعاهدات الدولية واقتصارها على تفسير

¹ صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص 220 .

² وقد اعتمدت الجزائر هذا الإجراء أي التصديق لإدراج القانون الدولي الإتفاقي في قانونها الوطني ، وهو ما يتضح جلياً بالرجوع إلى ما جاء في دساتيرها المختلفة والمتعاقبة ، وكذا الإنضمام للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في 1966/12/10 الساري المفعول في 1976/08/23،

³ يقصد بالتصديق على المعاهدات الدولية ، ذلك التصرف الذي توافق وتقبل من خلاله الدولة ، أو منظمة دولية الإلتزام بصورة نهائية بأحكام معاهدة ما وفقاً للإجراءات الدستورية . (أنظر محمد السعيد الدقاق ، مصطفى سلامة حسن ، القانون الدولي المعاصر ، دار المطبعة الجامعية ، الإسكندرية ، 1997 ، ص 92.

⁴ صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص 68 .

المعاهدات المتعلقة بالمصالح الخاصة، واتجاه ثان يرى من حق القاضي الوطني تفسير المعاهدات عموماً شأنها شأن التشريع الداخلي في غالبية دول العالم.

الفرع الثاني : سلطة القاضي الجزائي في تفسير المعاهدة الدولية.

ثار جدل حول ما إذا دفع أمام القاضي الجزائي بمسألة تتعلق بتفسير المعاهدة موضوع التطبيق أمامه فهل يقوم بتفسيرها طبقاً لنية المتعاقدين أو يعمل طرق تفسير القانون الداخلي في المعاهدة¹ وانقسم الفقه إلى اتجاهين.

الأول: يرى أن تفسير المعاهدات يجب أن يتم وفقاً للمبادئ السائدة في القانون القاضي، فأحكام المعاهدة جزء من القانون الداخلي، ولذا يبدو طبيعياً أن يخضع تفسيرها للقواعد السائدة في هذا القانون.

الثاني: وهو السائد تقريباً في جميع التشريعات المقارنة ونخص بالذكر فرنسا ومصر، ويرى بوجود التزام القاضي عند قيامه بالتفسير أن يقتضي النية المشتركة للدول المتعاهدة على ضوء الهدف الذي يتطلع الاتفاق الدولي إلى إدراكه مع الرجوع للأعمال التحضيرية للاتفاق إذا تيسر ذلك للقاضي، أما إذا عجز القاضي عن تقصي النية المشتركة للدول المتعاهدة، فلا مفر من الرجوع إلى قانونه².

ويرجع هذا الحل والذي يتفق الفقه في مجموعه على التسليم به لأمرين:

✓ الطبيعة الخاصة بالمعاهدات، فهي وإن كانت تشبه العقد من حيث نشأتها بوصفها تعبيراً عن الإرادة المشتركة للدول المتعاهدة، إلا أن أحكامها تتداخل في الوقت نفسه في القانون الداخلي لأن مفادها مرهون بإرادة الدولة، فإذا فشل القاضي في الوقوف

¹ أثبتتها المادة 31 من اتفاقية "فيينا" تفسر المعاهدة بحسن النية

² محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، 1992، ص 25 .

على الإرادة المشتركة، فعليه أن يرجع إلى المبادئ العامة في قانونه، وهو حل تلمية الضرورة في حالات محددة، ومن ثم يتعين أن يبقى استثناء لا يجوز التوسع فيه. ✓ أن رجوع القاضي إلى قانونه عند عجزه عن تقصى النية المشتركة للدول المتعاهدة، ويؤدي به بحكم تكوينه وثقافته، إلى أعمال حكم المبادئ العامة في قانونه¹.

و خلاصة القول أنه إذا ما ثار نزاع أمام القاضي الجزائي بشأن تفسير معاهدة من المعاهدات الدولية تنطبق على الواقعة المعروضة أمامه، فإنه:

- يقوم بالتعرف على ما إذا كان النزاع يتعلق بمصلحة خاصة أو عامة تمس علاقة الدول المتعاهدة.
- عليه أن يتقصى في تفسيره النية المشتركة للدول المتعاهدة، فإذا أخفق في ذلك فإنه يعمل حكم المبادئ العامة في قانونه للوصول إلى التفسير الصحيح للمعاهدة.

المطلب الثاني

مسائل الضرائب

ينشئ القانون الضريبي التزاماً على عاتق الممول بدفع مبلغ الضريبة بهدف تحقيق المصلحة العامة، وذلك بفرض إلتزامات يفرضها القانون على عاتق الممول مثل الإلتزام بتقديم إقرار بمقدار أرباحه، والإلتزام بالإبلاغ عن إيقاف العمل وهكذا، وهذه الإلتزامات الأخيرة لا تتوقف على نشوء الإلتزام بدين الضريبة ولا تدور معها وجوداً أو عدماً، وإنما هي إلتزامات أصلية تقع على عاتق دافعي الضريبة سواء تنشأ في ذمتهم الضريبة أو لم تنشأ. ويقوم التهرب من الضريبة أو الغش الضريبي على الإلتجاء إلى وسيلة غير مشروعة من شأنها أن تؤدي إلى ضياع حق الدولة في الضريبة كأن يقدم الممول إقراراً كاذباً عن دخله أو يمتنع عن دفع الضريبة، أما تجنب الضريبة فيتحقق بعدم قيام الممول بالعمل الذي من شأنه

¹ هشام على صادق - المرجع السابق - ، ص 94.

أن يؤدي إلى حصول الواقعة المنشأة للضريبة، وقيام الممول بالتهرب الضريبي على ذلك النحو تقوم به الجريمة الضريبية والتي يعرفها البعض أنها كل عمل أو إمتناع يترتب عليه الاخلال بمصلحة ضريبية يقرر القانون على ارتكابها عقابا كما قال البعض الآخر، كل مخالفة للقوانين الضريبية التي تفرض على الممولين عملاً أو إمتناع لتحديد وعاء الضريبة وفي التعريف ثالث هي كل مخالفة للقوانين الضريبية¹.

وإنه بالاستناد إلى المبادئ العامة أو القواعد الأساسية لفرض الضريبة على الممولين ، وباعتبار الضريبة من أهم الموارد التي تغذي ميزانية الدولة والمجموعات المحلية ، غير أنه في تحديد وعائها وتصفياتها وتحصيلها تثور نزاعات بين الخاضع لها أو المدين بها هذا من جهة والإدارة الجبائية من جهة ثانية حول قرار الضريبة .

الفرع الأول: المقصود بالمسائل الضريبية .

إن كلمة منازعة لغة تعني الخصام أو الدعوى وتهدف إلى كل شيء متخاصم فيه ويقابلها باللغة الفرنسية "Contentieux" .

والمنازعة في المادة الضريبية لها مفهوم محدد وشامل حيث يتضمن كل الأعمال و كل الإجراءات التي تهدف إلى تخفيض أو الإلغاء الكلي أو الجزئي لضريبة تم إقرارها وتتضمن كلمة منازعة في المادة الضريبية معنيين :

أحدهما ذو معنى ضيق وتستعمل في المنازعات التي تحدث بين المكلف والإدارة الضريبية وذلك فيما يتعلق بتحديد طرق تحصيل الضريبة أو مبلغها المفروض عليه.

وآخر ذو معنى واسع يظهر حين إستعمال اللفظ وإن يكن هناك نزاع بين المكلف والإدارة الجبائية بل هناك وضعية معينة قد حلت مثل إعسار المكلف أو هلاك أمواله أين

¹ فارس السبتي، المنازعات الضريبية في التشريع و القضاء الجزائري الجزائري ، دار الهومة ، 2008، ص24.

يطلب المكلف على أساسها من الإدارة الجبائية أن ترفق به أو يطلب الإعفاء أو التعديل لمبالغ الضريبة ، كما يشمل المنازعات التي تحدث أثناء إستعمال طرق احتيالية أو تدليسية بقصد التهرب من دفع كل الحقوق أو بعض الحقوق المفروضة عليه ، وهنا يطرح النزاع أمام القسم الجزائي بعكس الحالة التي تطرح أمام القضاء الإداري.¹

وقد عرف المنازعة الضريبية باكر عمر أن " المنازعة بصفة عامة هي مجموع القواعد التي تمكن من وجود حل لقضية متنازع فيها " .

وعرفها اندري هارتي مستشار مجلس الدولة الفرنسي سابقا أن " المنازعات الضريبية تشمل مجموع النزاعات المتولدة عن تطبيق قانون الضرائب " .

أما الدكتور زكريا محمد بيومي فعرّفها بأنها " تلك المنازعات التي تنازع في صحة أو شرعية ربط الضريبة المباشرة ومهمة القاضي في هذا الصدد هي البحث عما إذا كانت الضريبة محل النزاع قد ربطت وفقا للقانون والوائح أو لم تربط وفقا لها وفي حالة إذا ما تبين عدم صحة أو شرعية ربط الضريبة فإنه يحكم برفعها كليا أو جزئياً " .

وبعد إستعراض التعريفات يتضح وأن التعريف الأخير هو الأقرب إلى تحديد المنازعات الضريبية ، لأن النزاع لا يقوم إلا عندما يرى المكلف عدم صحة أو شرعية ربط الضريبة ، ومهمة القاضي هو التصدي من خلال التأكد مما إذا كانت الضريبة ربطت وفقا للقوانين السارية المفعول أم لا ؟ وبالتالي يحكم برفعها كليا أو جزئياً .

ومن خلال مفهوم المنازعة يمكننا استخلاص العناصر الأساسية التي من شأنها أن تؤدي إلى المنازعة :

¹ القاضي الجزائي غير مرتبط في مجال الغش الجبائي ، بالدعوى الضريبية المعروضة على القاضي الإداري ، لاستقلال الدعويين الجزائية والإدارية (قرار رقم 378030، بتاريخ 2009/01/28، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد 2، ص333.

✓ تقوم المنازعة أحيانا عندما يمتنع المكلف أو المدين عن تسديد ما فرضته عليه الإدارة الجائئة.

✓ وقد تقوم المنازعة عند تعديل قانون الجباية أو إلغاء نص تشريعي يترتب عليه الاستفادة من التشريع الجديد.

✓ وقد يقوم نزاع بطلب استدراك وضع خلال عمليتي تحديد الوعاء الضريبي أو تحصيل الضريبة .

وقد يقوم النزاع في حالة تهرب المكلف من الضريبة أو في حالة قيامه بالغش الضريبي (La Fraude Fiscale) ، من خلال إستعماله طرق تدليسية أو مناورات احتيالية ، بقصد التملص من كل جزء من الوعاء الضريبي أو الرسوم المفروضة ، وفي هذه الحالة تأخذ المنازعة الجبائية الصفة الجزائية بحيث يكون الاختصاص للقاضي الجزائري .

أولاً: الجرائم الضريبية :

هي جرائم تتضمن الإعتداء على مصلحة الخزينة العمومية بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل يؤدي إلى الإخلال بمصلحة ضريبية أو المساس بالإقتصاد الوطني يقرر له القانون عقوبات متفاوتة حسب طبيعة الجرم .

والجرائم الضريبية تشمل جرائم الأعباء الضريبية جميعها وتعتبر بعبر بعض القوانين بلفظ الرسم¹ للتدليل على الضريبة كرسوم الدمغة أو الرسوم الجمركية ورسوم التسجيل . أما الغرامة الضريبية يراعي فيها عنصر التعويض وتعتبر في ذات الوقت عقوبة جبائية.

إلا أن بعض الأفعال لا تعتبر جريمة ضريبية بالرغم من أن المشرع رتب عليها جزاء على مخالفة بعض النصوص الضريبية كريط الضريبة على أساس أرباح الحقيقية أو التقدير الجزافي كامهن الحرة (محامي ، محضر قضائي ، موثق ،.....إلخ) . و لاتعتبر جريمة

¹ الرسم هو دفع مبلغ مالي مقابل عمل أو منفعة مباشرة.... أما الضريبة فهي دفع مبلغ مالي دون مقابل أو منفعة مباشرة.

ضريبية المخالفات الضريبية التي لا ترتب سوى زيادة في الضريبة أو المسؤولية المدنية ، كحالات رسم التسجيل عل إنتقال التركات أو المواريث التي تطبق مباشرة من طرف الإدارة الجبائية أو المخالفات التي نص المشرع فيها على غرامات جبائية فقط والتي تطبق كذلك عن طريق الإدارة الجبائية أو باللجوء إلى القضاء الإداري.

كما تعتبر الجرائم الضريبية ذات طبيعة خاصة ، إذ تطبق فيها العقوبات الجزائية الخاصة بالدعوى العمومية وتوقع بجانبها أيضا عقوبات أخرى تتسم بالطابع المدني وهي غرامات التعويض كما أجاز القانون التصالح فيها كما هو الحال في قانون الضرائب الغير المباشر. حيث اختلف الفقه إزاء طبيعة هذه الجرائم فذهب رأي بعض الفقهاء الألمان هرمان شويخر وجورج مايل وفون بار إلى تطبيق قانون العقوبات العام على هذه الجرائم لأن الغرض منها حماية المصلحة العامة كونها تتضمن اعتداء على مال الخزينة العامة ، فهي شبيهة بالسرقات والاختلاس كما تتوفر فيها عناصر التحايل والنصب متى ثبت غش الممول أو المعني بالضريبة¹.

في حين ذهب رأي آخر إلى اعتبار الجريمة الضريبية ذات طبيعة إدارية إذ يهدف القانون الضريبي إلى تنظيم تحصيل الضرائب التي تنشئ علاقة إدارية إلى مصلحة الضرائب والممول ، وأن قرارات إدارة الضرائب ذات طبيعة إدارية . وأنه لا مجال لتشبيه هذه الجرائم بالجرائم العادية الخاضعة لقانون العقوبات .

إلا أن هناك رأي توفيقى بين الرأيين ذهب إلى أن الجريمة الضريبية يتعين إخضاعها للأحكام العامة في قانون العقوبات كون القانون الضريبي ينشئ علاقة ضريبية بين الدولة والأشخاص يفرض عليهم بمقتضاها المساهمة في الإيرادات العامة للدولة .

ثانياً: صور الجرائم الضريبية .

¹ فارس السبتي، المنازعات الضريبية في التشريع و القضاء الجزائري الجزائري ، المرجع السابق ، ص40.

لقد جرم المشرع في قانون الضرائب المباشرة عدة أفعال في حالة ارتكابها أو الامتناع عن القيام ببعض منها وقرر لها عقوبات جزائية ومن ذلك ما أورده المادة 303 " أن كل من تملص أو حاول التملص باستعمال طرق تدليسية في إقرار أساس الضرائب أو الرسوم التي تخضع لها أو تصنيفها كلياً أو جزئياً وتعتبر أعمال تدليسية على وجه الخصوص الأعمال التالية :

- الإغفال عند قصد عن تسجيل أو الأمر بتسجيل حسابات أو القيام بتسجيل أو الأمر بتسجيل حسابات غير صحيحة أو صورية في السجل اليومي أو في سجل الجرد المنصوص عليهما المادتين 09 و 10 من قانون تجاري¹.
- الإغفال أو التقليل عن قصد في التصريح برقم الأعمال وفقاً لأحكام المواد 09 وما يليها من قانون الضرائب المباشرة.
- إستعمال فواتير أو الإشارة إلى نتائج لا تتعلق بعمليات فعلية لا سيما بخصوص وضع الكشف المفصل للزبائن المنصوص عليه في المادة 224 قانون ضرائب مباشرة².
- و لقد تناول قانون الضرائب الغير مباشرة عدة أفعال في حالة القيام بها من طرف المكلف بالضريبة، بحيث تعدُّ جرائم ضريبية ورتب لها عقوبات جزائية وجبائية بالمواد 530،532،537،538،539،542 وما يليها تعتبر أعمالاً تدليسية الأفعال التالية : الصناعة المغشوشة للكحول والغش في المشروبات الروحية عن طريق التصعيد أو الدهليز أو بواسطة آلات مخصصة لإخفائها .

¹ تنص المادة 09: (كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر اليومية يفيد فيه يوماً بيوم عمليات المقابلة أو أن يراجع بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات اليومية) كما تنص المادة 10:(يجب عليه أيضاً أن يجري سنوياً جرداً لعناصر أصول وخصوم مقاولته وأن يقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب الخسائر والأرباح في دفتر الجرد مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها بالمواد 11،12، إلى 18 قانون تجاري.

² فارس السبتي، المرجع السابق ، ص46.

لم يحدد قانون الرسوم على الرقم الأعمال كل الطرق الاحتمالية والتدليسية المرتكبة من المكلفين بالضريبة وإنما أورد بعض الأمثلة على سبيل المثال بعبارة لا سيما وليس حصرياً ومن ذلك ما أورده المادتين 117،118 ق.ر.أ:

▪ إخفاء أو محاولة إخفاء من قبل أي شخص للمبالغ أو الحواصل التي يطبق عليها الرسم على القيمة المضافة الذي هو مدين بها ولا سيما منها عمليات البيع بدون فاتورة.

▪ تقديم وثائق خاطئة أو غير صحيحة إثباتاً لطلبات ترمي إلى الحصول إما على تخفيض أو تخفيف أو مخالصة أو استرجاع الرسم على القيمة المضافة وإما إلى الاستفادة من المزايا الجبائية المنصوص عليها لفائدة بعض الفئات من المدانين بالضريبة .

و لقد تعرض المشرع في قانون الطابع إلى مجموعة من الأعمال التي في حالة اقرارها من طرف المستفيد من الخدمة أو المتحصل على الوثائق معينة خاضعة للرسوم دون وضع الطابع التي تؤكد دفع الرسوم إلى عقوبات جزائية وجبائية ومن هذه الأعمال:

▪ المادة 07 نصت (أنه لا يجوز لأي شخص أن يبيع أو يوزع ورقاً مفروضاً عليه طابع إلا بمقتضى أمر من الإدارة الجبائية).

▪ المادة 08 نصت (سوء استعمال الطابع ويع الورق المفروض عليه الطابع).

▪ المادة 09 نصت (استعمال الطابع المنفصلة أو الطابع المميزة غير صحيحة والتي سبق استعمالها بالنسبة لتسديد جميع أنواع الرسوم وكذلك بيع هذه الطابع أو محاولة بيعها).

وقد تناول أيضاً تناول المشرع في قانون التسجيل جملة من الأفعال فرض على الامتناع عن القيام ببعضها أو ارتكاب بعضها عقوبات جزائية وجبائية والمتمثلة في التالي :

▪ المادة 13 نصت (كل إخفاء في ثمن بيع عقارات أو تنازل على محل تجاري أو زبائن في معدل مقايضة أو قيمة.

▪ **ثانياً:** كل شخص شارك بأي طريقة كانت في مناورات التي تهدف إلى التملص من دفع الضريبة ، خاصة إذا كان موظفاً مؤهلاً لتلقي العقود يتعرض إلى عقوبات الثابتة وكذا يخضع لأحكام المادتين 123،124 قانون العقوبات الجزائري.

وتعرض المشرع في قانون الإجراءات الجبائية إلى بعض الأفعال على سبيل المثال لا الحصر التي اعتبرها ممارسات تدليسية بموجب المادة 76 وكذلك نص على حالة رفض تقديم الوثائق للأعوان بموجب المادة 102 وعليه فإن ارتكاب الأفعال التالية تعدّ جرائم ضريبية .

- ممارسة نشاط غير مصرح به.
- إنجاز عمليات الشراء أو بيع البضائع دون فاتورة خاصة بها وذلك مهما يكن مكان حيازتها أو خزنها أو استيادها.
- تسليم فواتير وسندات أو أية وثيقة لا تتعلق بعمليات حقيقية .
- نقل تقييدات حسابية خاطئة أو وهمية عمداً في الوثائق المحاسبية التي يكون مسكها إجبارياً بمقتضى القانون التجاري.
- كل مناورة تهدف إلى تنظيم الإعسار من طرف مكلف بالضريبة متابع لدفع ضرائبه.
- كل شخص أو شركة ترفض منح حق الاطلاع على الدفاتر والمستندات والوثائق المنصوص عليها في المواد 58 إلى 101 من قانون الإجراءات الجبائية التي يتعين عليها تقديمها وفقاً للتشريع أو تقوم بإتلاف هذه الوثائق قبل انقضاء الآجال المحددة لحفظها والمقدرة بعشر (10) سنوات وفقاً لأحكام المادة 104 من قانون الإجراءات الجبائية.

- نصت المادة 105 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه (يلزم بالسر المهني بمقتضى أحكام المادة 301 ق ع ويتعرض للعقوبات المقررة من نفس المادة كل شخص مدعو أثناء أداء وظائفه أو صلاحيته للتدخل في إعداد أو تحصيل أو في المنازعات المتعلقة بالضريبة على الدخل الإجمالي والضريبة على أرباح الشركات والدفع الجزافي والرسم على النشاط المهني والرسم على القيمة المضافة وحقوق الطابع المذكورة في التشريع الجنائي المعمول به.

الفرع الثاني : جهة الفصل في المسائل الضريبية.

يختص القاضي الجزائي في النظر في جميع المسائل الضريبية فقد أمدّه القانون بسلطة واسعة في سبيل إثبات الجريمة أو العكس ، والوقوف على علاقة المتهمين ومدى اتصالهم بالجريمة المتابعين من أجلها ، وخاصة إذا تعلق الأمر بالمحاضر التي لها حجية إذا فتح له باب الإثبات على مصرعيه بعكس المحاضر التي لها طرق الإثبات وبالتالي تبيان العنصر الذي اعتمده القاضي الجزائي وإطمأنت إليه عقيدته وضميره وطرح ما لا يرتاح إليه وغير ملزم بأن يسترشد في قضائه بقرائن معينة بل له مطلق الحرية في التقدير ما يعرض عليه منها ووزن قوته التدليلية في كل حالة حسما يستفاد من وقائع الدعوى وضروفها ، ويسعى من وراء ذلك إلى البحث عن الحقيقة وينشدها أن وجدها ومن أي سبيل يجده يؤدي إليها ، هذا هو الأصل الذي أقام عليه القانون الجنائي قواعد الإثبات في حالة البث في مثل هذه المسائل خصوصا عندما تعتري الدعوى بعض العوارض التي قد تؤدي إلى وقف الفصل فيها ،

وإعمالاً لمبدأ -قاضي الأصل هو قاضي الفرع -، فالقاضي غير مطالب في حكمه إلا ببيان العناصر التي استمد منها رأيه والأساليب التي بنى عليه قضاءه وذلك فقط للتحقق مما إذا كان ما اعتمد عليه من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي خلص إليها أم لا ؟ وشريطة أن يكون ذلك كله مما عرض عليه .

وبالتالي ففي حالة طرح قضية على المحكمة الجزائية تتضمن مسألة ضريبية ، فإن أساس تكوين القاضي لاقتناعه واعتقاده الشخصي بالإدانة أو البراءة مستندا في ذلك إلى الأدلة الكافية واليقينية التي تبرر الرأي الذي إنتهى إليه ، وعليه فسلطته واسعة مع تبيان مصادر اقتناعه من الأدلة المقدمة أو المحاضر المعدة لذلك¹ ، وبالتالي يصبح الاقتناع الشخصي اقتناعا موضوعيا بالرغم من للقاضي كامل الحرية في البحث عن الأدلة وتقديمه الشخصي لها واطمئنانه إليها ، وعليه تبيان ذلك في حكمه مما يحقق توازنا بين حرية الاقتناع والدليل على صحة الاقتناع من خلال استخلاصه من طرق الإثبات المطروحة عليه في الجلسة.

أما في فرنسا فقد ذهب الفقه والقضاء إلى استقلال المنازعات الجنائية، حيث إن قاضي الضرائب هو قاضي فرض الضريبة أما القاضي الجنائي فهو قاضي التهرب والغش الضريبي، يترتب على هذا أن محكمة الجناح المقدم لها متهم بتهمة التهرب في مجال الضرائب غير ملزمة بوقف الدعوى حتى تحدد المحكمة الإدارية المختصة وعاء الضريبة ومدى الضرائب المستحقة لأنه لا يشكل دفع فرعي².

¹ لا يجوز مسامحة المخالف على نيته في مجال المخالفات الجمركية ، كما يعد مسؤولاً عن الغش كل شخص يجوز محل غش ، إن القضاء ببراءة المدعي عليه في الطعن على أساس حسن النية رغم ثبوت المخالفة الجركية بمحضر معاينة ذو قوة إثباتية الغير محتج ضده بعد خطأ في تطبيق القانون مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض،(قرار رقم 243259، بتاريخ 2001/06/05، الأجنهاد القضائي، 2002، عدد خاص ج 2 ، ص286.

² Gilbert Tixier. Droit Pénal de la fiscalite – Dalloz & Paris 1989 N 242 .

إن إختصاص القاضي الجزائي في القضايا الضريبية كجرائم تدخل إلى أختصاصه - الأصيل - وكذلك تتولى الفصل في جميع المسائل التي تثار أمامها والمتعلقة بالمادة الضريبية وهذه الجهات على نوعين " قسم الجناح ، قسم المخالفات و فضلا عن محكمة الجنايات"¹.

نخلص إلى أنه ما ثار نزاع يتعلق بمسألة ضريبية كجريمة التهرب الضريبي فإن المحكمة الجزائية لا توقف نظر الدعوى بل تمضي للفصل فيها.

خصصنا الباب الأول من هذه الدراسة لتناول - ماهية المسائل العارضة -
فعرضنا فيه لأهم مبدأ يحكم القاضي الجزائي عند فصله في المسائل العارضة وهو - قاضي الأصل هو قاضي الفرع - من خلال إستعراض ماهيته وتطوره وخصائصه ومبرراته، ثم عرضنا لكيفية إثبات المسائل الأولية، وكيفية فصل القاضي الجزائي فيها على ضوء موقف المشرع والقضاء والفقهاء من هذه المسائل، وانتهينا إلى نتيجة مؤداها أن القاضي الجزائي مختص بالفصل في كافة المسائل الأولية واللازمة للفصل في الدعوى الجنائية إلا ما

¹ القاضي الجزائي غير مرتبط في مجال الغش الجبائي ، بالدعوى الضريبية المعروضة على القاضي الإداري ، لاستقلال الدعويين الجزائية و الإدارية (قرار رقم 378030 بتاريخ 2009/01/28،مجلة المحكمة العليا، عدد 2 ، ص333..

إستثناء المشرع منها بحيث تختص به الجهات القضائية الأخرى كما جاء في نص المادة 330 من قانون الإجراءات جزائية، والقاضي عند فصله في هذه المسائل يلتزم في اثباتها بتطبيق قواعد الاثبات الخاصة بها لا قواعد الاثبات الجنائي.

وفي هذا الباب سنعالج إختصاص القاضي الجزائي في الفصل في المسائل الفرعية
«**Exception préjudicielle ou questions Préjudicielle au jugement**»
في فصلين: يتناول أولهما صور هذه المسائل المختلفة التي تعرض أثناء الدعوى ويدفع بها أمام القاضي والتي تجبره في هذه الحالة على إيقاف الدعوى العمومية لحين الفصل في المسألة من الجهة المختصة للفصل فيها، ويستعرض ثانيهما النظام القانوني لهذه المسائل وخصائصها، وقواعد وشروط قبولها، وآثارها القانونية على الدعوى الجنائية من إيقاف ودور القضاء أثناء ذلك.