



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة-



كلية الحقوق و العلوم السياسية.
قسم الحقوق

شرعية الجرائم والعقوبات في ظل

التشريع الجزائي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية

تحت إشرافه:

• د. الحاج علي بدر الدين.

إعداد الطالبة:

• ولدقادة العالية.

لجنة المناقشة:

الدكتور الحاج علي بدر الدين..... مشرفا و مقورا

الدكتور نايبي عبد القادر.....رئيسا

الدكتور ساسي محمد فيصل.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية

2019 - 2018

شكر وعرفان

الحمد لله على توفيقه وإحسانه، الحمد لله على فضله وإنعامه، الحمد لله على جوده وإكرامه
الحمد لله حمدا يوافي نعمه.

والصلاة والسلام على سيّدنا محمّد خير خلقه، وخاتم أنبياءه ورسله وعلى آله وصحبه
ومن اقتضى أثرهم.

أمّا بعد، فعملاً بقول الرّسول عليه أفضل صلاة وأزكى سلام: " من لو يشكر الناس لو يشكر الله " أقدم شكري وجزيل إمتناني وفائق تقديري واحترامي لكلّ من منحني من وقته الثمين أو أفادني بعلمه الغزير وتوجيهاته القيّمة وملاحظاته الصائبة، والتي بفضل الله تعالى وبسببها خرج هذا البحث.

وأخصّ بالذكر الأستاذ المشرف **الدكتور الحاج علي بدر الدين** الذي تكرّم عليّ بقبول الإشراف على هذه الرسالة. والشكر موصول إلى أساتذتي الدكتورة، أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على تحمّلهم عناء تصفح البحث وإثراءه، فلهم عظيم الشكر والتقدير وجزاهم الله خير الجزاء.

وإلى موظفوا مكتبة الحقوق بجامعة سعيدة وكافة الطاقم البيداغوجي والإداري.
كما أشكر كل من قدّم لي يد العون والمساعدة مادياً ومعنوياً، من قريب ومن بعيد، أساتذة وطلبة وإداريين. ونسأل الله عزّ وجلّ أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم، إنّه قريب مجيب.

بارك الله فيكم جميعاً.

إهداء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾

صدق الله العظيم

إلى من تجرعت كأس الشقاء مُرًا لتسقيني رحيق السعادة، إلى التي ضحت بالكثير من أجل
أن أحياء، إلى الذكرى الحية في قلبي إلى الشمس التي أنارت دربي، ودفأني بجناحها، إلى من أرى
من خلال ثغرها الباسم جمال الكون ولذته، إلى قمري الذي لا يغيب وشمسي
التي لا ينقطع دفؤها أبدا...

أمي الحنونة.

إلى من رباني على حب الله وسهر على تربيته إلى سندي في هذه الحياة، إلى الصدر الذي يضمني
كلما ضاقت بي الدنيا، إلى قدوتي الأولى، إلى من علمني أن أصمد أمام أمواج البحر الثائرة...
إلى من أعطاني ولا يزال يعطيني بلا حدود، إلى من رفعت رأسي عاليا إفتخارا به...

أبي الغالي.

إلى من روحها تعانق روحي عناقها الأبدي، إلى من توزعين بساتين الورد حولي، إلى من وقفت
أمام الجميع لأجلي، إلى نصفي الثاني، إلى قطعة السكر أراها من أبي وأمي...أخواتي...
مروة و أمال.

إلى من تؤنس وحدتي وتملأ علي خلوتي، وتبعد عني وحشتي، إلى شمعة أضاءت حياتي، إلى تلك
الوفية المخلصة التي جمعي بها الصدق ويفرقني عنها القدر، إلى توأم روحي... إلى صديقاتي...

أسماء و فاطيمة وحسيبة

إلى كل من ساهم في إنجاز هذه المذكرة من قريب أو بعيد.

قائمة المختبرات

قائمة المختصرات:

ص: صفحة

ج: جزء.

ط: طبعة.

د.ج: دون جزء.

د.ط: دون طبعة.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ق.ع: قانون العقوبات.

ق إ ج ج: قانون الإجراءات الجزائية.

القائمة

إن تجريم الأفعال والمعاقبة عليها من أخطر المسائل التي تمارسها السلطة التشريعية بالنظر لمساس التجريم والعقاب بحرية الأفراد مساسا ملحوظا، حيث أن هذه الأخيرة -أي حرية الأفراد- تبقى مهددة إذا لم يكن هناك قانون جنائي يرسم لهم حدود تصرفاتهم ويحدد لهم كل أنواع الأفعال الممنوع إتيانها بسبب ما تحدثه من اضطراب اجتماعي.

فتتحقق الجريمة بالفعل الصادر عن الإنسان فتتخذ صورة مادية معينة فتختلف الأفعال باختلاف نشاطات الإنسان. ما عدا ذلك يبقى الإنسان حرا في تصرفه شرط ألا يلحق الضرر بالغير وتجسيدها لهذا المعنى قال الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه "متى استعبدتم الناس وقد ولدتم أمهاتهم أحرارا". فالأصل في الإنسان أنه يولد حرا في جميع تصرفاته ولا يستطيع التأقلم لوحده فقال ابن خلدون "كونه مخلوقا اجتماعيا فهو لا يستطيع العيش بمفرده بعيدا عن أقرانه من بني البشر"¹.

ولفرض التوفيق بين حرية الإنسان من حيث الأصل في تصرفاته وبين طبعه المدني وحاجته إلى الآخرين كان لابد من وجود نظام حكم يوازن بين مصلحة الإنسان كفرد وبين مصلحة المجتمع.

فقد عاش الإنسان قبل ذلك صراع كبير مع الطبقات الحاكمة، وذلك لعدم وجود قوانين محددة توازن بين المصلحة العامة للمجتمع وبين المصلحة الخاصة للأفراد وكان الإنسان طيلة ذاك الزمن عرضة للظلم والاستبداد والتعدي على حقوقهم وحررياتهم فكانت تصدر في حقهم عقوبات قاسية وفق مزاجهم وهواهم دون قيد.

ومع تطور حياة الإنسان من مراحل عديدة وصولا لمفهوم الدولة وبروز مبدأ الفصل بين السلطات تحسنت العلاقة فيما بين الدولة وأفرادها ووجد التوازن بين المصلحة العامة التي تسعى الدولة لتحقيقها وبين المصلحة الخاصة التي يسعى الأفراد لتأمينها من خلال المحافظة على حقوقهم

¹ مأمون جميل أحمد مصطفى، انحسار مبدأ الشرعية الجنائية، كلية الحقوق، جامعة القدس الدراسات العليا، 2015، ص 01.

وحرياتهم، فينتهي عنها بموجب نص قانوني جزائي يجرم هذه الأفعال ويحدد عقوبة من يأتي على ارتكابها.

وقد قام القانون الجنائي على عدة مبادئ يعتبر أهمها على الإطلاق مبدأ الشرعية الجنائية الذي أقرته الشريعة الإسلامية في نصوصها القرآنية وقواعدها العامة فهي تستند مباشرة على نصوص صريحة في هذا المعنى ومنها. قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾¹. وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ﴾². وقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ﴾³.

غير أن هذا المبدأ انتظر أواخر القرن 18 حتى تبنته القوانين الوضعية، ويعود الفضل في ذلك إلى الفقيه "بكاريا" وكذلك "مونيسكيو"، ثم انتقل هذا المبدأ إلى عدد من التشريعات فأخذت به الدساتير والقوانين في العالم كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في سنة 1948 وتبنته العديد من الدول في قوانينها من بينها الجزائر، حتى تجلّى ذلك من خلال نص المادة الأولى من قانون العقوبات⁴ التي تنص على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون". فيعد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من المبادئ المسلم بها فقها وقانونا ودستورا من مجال القانون الجنائي فلم تخرج الدساتير الجزائرية على هذا المنهج من حيث ترسيخ مبدأ الشرعية دستوريا فنص في المادة 58 على أنه "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المحرم"⁵. فهذا المبدأ يشكل

¹ سورة الإسراء، الآية 16.

² سورة القصص، الآية 59.

³ سورة فاطر، الآية 27.

⁴ الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1368 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

⁵ قانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016 سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري..

أحد أهم الركائز التي يقوم عليها القانون الجنائي والتي تعد ضمانا للحريات العامة وحقوق الأفراد وحرياتهم.

ومفاد مبدأ الشرعية أن أي فعل لا يمكن اعتباره جريمة تترتب عليه عقوبة إلا نص القانون بشكل واضح وحدد على اعتباره جريمة معاقب عليها، وبخلاف ذلك كل فعل لم تحدد أركانه بوضوح في نص وتوضع له عقوبة خرج على القيم السائدة في المجتمع، وهنا تتجلى أهمية قانون العقوبات في حماية المجتمع على نحو يضمن للأفراد ممارسة حقوقهم وحرياتهم، فيحدد النص في قانون العقوبات والقوانين المكملة له الأفعال المحظورة التي يعد اقترافها بشروط معينة جريمة من الجرائم وتتعدد هذه النصوص بتعدد الأفعال التي يحظرها القانون، وتسمى نصوص التجريم بالفعل لا يمكن اعتباره جريمة إلا إذا انطبق عليه أحد هذه النصوص. ومعنى ذلك أن النصوص المذكورة هي التي تحدد كل الجرائم وتحتكرها فلا يجوز لغيرها من النصوص القانونية أن تشاركها في هذا العمل، وبذلك ينحصر التجريم والعقاب في نصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له الذي عليه أن يحدد ماهية الجرائم بدقة وبين عقوباتها وبهذا الحصر نشأ مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات أو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومقتضى هذا المبدأ أن الجريمة لا ينشأها إلا نص قانوني وأن العقوبة لا يقدرها إلا نص قانوني¹.

فمبدأ الشرعية وضع حدا فاصلا بين اختصاص المشرع واختصاص القاضي الذي يخطر عليه أن ينشأ جرائم في تطبيق النص القانوني المحدد سالفا من قبل المشرع على الوقائع المعروضة أمامه من أجل تحقيق وإرساء قواعد العدالة بين كافة الأطراف داخل المجتمع دون تمييز بينهم فإذا تجاوز القاضي سلطته في فرض العقوبة التي حددها القانون لم يعد قاضيا بل أصبح مشرعا.

حيث ترجع أسباب اختيار هذا الموضوع التي تتمثل أساسا في أسباب ذاتية و أخرى

علمية:

¹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج01، الجريمة، ط08، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2016، ص71.

01/ الأسباب الذاتية: وذلك للإسهام في تحديد مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية واتساع نطاقه، فتكمن في رغبة الباحث في مناقشة مبدأ الشرعية كأحد أهم ركائز دولة القانون ومعرفة سلبات وإيجابيات المبدأ بسبب كثرة البحوث العلمية في هذا الموضوع.

02/ أما الأسباب العلمية: فهي تكمن في إثراء مجال البحث الجنائي أي المساهمة في إثراء المكتبة القانونية بدراسة مبدأ الشرعية ومدى أهميتها ومدى فعاليتها في تكريس وحماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

ويتجلى الهدف الأسمى من هذا البحث في معرفة ماهية مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات والدعائم التي ينهض عليها وتقييم المبدأ بالتعرف على مزاياه وعيوبه وضرورته كضمانة أساسية في أي نظام قانوني والإحاطة بنطاق المبدأ بما يفرضه من التزامات على كل من المشرع و القاضي واكتساب مقدرة قانونية على استشعار ما يكتنف النصوص الجنائية المكتوبة من مخالفة لمتطلبات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، كما في حالة غموض النص وعدم إحكام صياغته و الإتساع غير المبرر في دائرة التجريم.

فيعد مبدأ الشرعية بمثابة الدعامة لحرية الفرد واستقلاله إزاء تحكم الدولة، حيث يضمن للفرد عدم الخضوع للعقاب إلا في الحدود التي يقرها القانون، فالقانون هو وحده الذي يحدد سلفا الأفعال التي تعد جرائم جنائية، كما يحدد العقوبات المقررة لها سواء من ناحية النوع أو المقدار.

ومن ثمة برزت أهمية دراسة هذا الموضوع أو البحث الذي يعتبر من المواضيع الهامة، فيكتسي مبدأ الشرعية أهمية بالغة سواء على الصعيد الدولي أو الدستوري أو الإقليمي أو العلمي. فعلى المستوى الدولي نرى هناك الكثير من الاتفاقيات والبروتوكولات التي أكدت على أهمية هذا المبدأ حيث أن الدول تعتبره من المبادئ الأساسية وتنص عليه في دساتيرها، علاوة على الأهمية العلمية التي يكتسبها مبدأ الشرعية من حيث أنه ضمانة لحقوق الأفراد والمجتمع أيضا

فهو يحمي المصلحة العامة من خلال إسناد مهمة التشريع وبشكل خاص تحديد الجرائم والعقوبات إلى المشرع وحده، إذ تكون بهذه الحالة بين ممثلي الشعب، وهو يحمي الحريات الفردية من خلال تعبير الأفراد بما هو مباح من الأفعال من الأفعال قبل الإقدام عليها بما يضمن الأمن والطمأنينة دون تحكم القاضي بحرياتهم الشخصية.

إن مبدأ الشرعية من أهم المبادئ التي تسند إليها معظم القوانين في دول العالم اليوم، لذلك حظى بكثير من الدراسات القانونية التي سلطت الضوء عليه من حيث تعريفه ونشأته وأهميته. فلم أواجه صعوبات في إعدادة نظرا لكثرة المراجع واتساع الوقت، حيث عثرت أثناء مرحلة البحث على مراجع كل مواضيعها تصب حول عنوان شرح قانون العقوبات الجزائري أو الركن الشرعي للجريمة، وما لفت انتباهي ودفعني لدراسة هذا الموضوع هو كتاب "الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجزائية" للكاتب الدكتور "أحمد فتحي سرور".

وفي هذا المجال وفي إطار تحليل الموضوع تم إتباع المنهج الوصفي التحليلي، لكونه المنهج المناسب لهذه الدراسة، ومن خلال استعراض قوانين ودساتير بعض الدول، بالإضافة إلى الآراء الفقهية والتي تناولت مبدأ الشرعية الجرائم والعقوبات مركزين جل اهتمامنا من خلال هذه الدراسة على قانون العقوبات الجزائري.

وتتجلى مشكلة البحث في أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يتحافى مع سياسة تفريد العقاب الذي بدأ يغزو معظم التشريعات العقابية ذلك أنه يغفل يد القاضي عند تقرير العقوبة ويكبله بالعجز عن تحقيق التناسب اللازم بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع.

وهذا الأمر يستدعي وفي إطار معالجة هذا الموضوع، وعليه تثار الإشكالية التالية:

❖ ما هي الضوابط الموضوعية والإجرائية لتطبيق مبدأ الشرعية في القانون الجزائري؟.

وتتفرع على هذه الإشكالية تساؤلات أخرى فرعية:

◀ ما المقصود من هذا المبدأ وما مدى أهميته؟

◀ ما موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ؟

◀ كيف يسري النص الجنائي في الزمان والمكان؟

وعلى إثر ذلك تتم معالجة هذه الإشكالية وفق خطة ثنائية، حيث قسمت البحث إلى فصلين وكل فصل إلى مبحثين مع المطالب والفروع، حيث تعرضت في الفصل الأول إلى: الإطار المفاهيمي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أما الفصل الثاني فتطرقت إلى دراسة تطبيق شرعية الجرائم والعقوبات. وذلك وفق الآتي بيانه:

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

يعد مبدأ الشرعية من أهم المبادئ القانونية التي وصلت إليها الجماعة الإنسانية بعد صراع طويل ضد استبداد الحكام وما كان سائدا في عهد الملكية المطلقة، حيث كان التحريم والعقاب في يد الحاكم، ومع ظهور مبدأ الفصل بين السلطات طالب المفكرون بأن يكون للسلطة التشريعية الدور الرئيسي في التشريع فيما يتعلق بالحقوق والحريات وانفرادها به.

يقصد بمبدأ الشرعية الجنائية وجود نص يجرم الفعل ويقدر عقوبته قبل وقوعه، وعدم تمتع الفعل بسبب من أسباب الإباحة مثلا: وجود نص الفعل قبل وقوعه، أي وجود نص يسبق وقوع الفعل، فالمبدأ يقضي بعدم جواز معاقبة الشخص على فعل وقع منه إلا إذا كان هذا مجرما بنص قبل وقوع الفعل كما يجب أن يكون النص المحرم تشريعا أو مكتوبا، كذلك عدم وجود سبب من أسباب الإباحة تبيح الفعل، حيث يشترط المبدأ عدم إتمام الفعل بالمشروعية وهي تندرج تحت ثلاثة عناصر، وهي ما يأمر به القانون وما يأذن به القانون، وحالات الدفاع الشرعي.

وتتطلب دراسة هذا الفصل التطرق إلى مفهوم مبدأ ونشأته أساسه الدستوري ثم سنتطرق بعد ذلك إلى دراسة أهمية هذا المبدأ وأساسه. وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ونشأته.

يعني المبدأ محل الدراسة أن المشرع دون غيره هو الذي يمتكر سلطتي التجريم والعقاب في المجتمع، فالنصوص التشريعية دون غيرها، من مصادر القانون الأخرى هي وحدها التي تنشئ الجرائم الجنائية وتحدد الجزاءات الجنائية المقررة من أجلها، وإلى تلك النصوص وحدها يتعين الرجوع لبيان ما إذا كان فعل ما أو امتناع ما يخضع للتجريم، ولتحديد أركان الجريمة، ولمعرفة الجزاء المترتب على اقترافها.

إن الركن الشرعي يعني خضوع الفعل المعتبر إلى نص يجرمه ويعاقب عليه، دراسة جريمة معينة يقتضي أولاً البحث عن النص القانوني المتعلق بالفعل المجرم فيها، وهذا النص يوجد قانون العقوبات وهو الذي يحدد ماهية الجرائم بدقة ويبين عقوباتها، وذلك ما يسمى بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وهو يعني أيضاً أن لا فعل يعتبر جريمة إلا إذا نص عليه القانون¹.

وعليه سيتم دراسة هذا المبحث في مطلبين، أولهما مفهوم مبدأ الشرعية، أما المطلب الثاني المعنون بنشأة مبدأ الشرعية وأساسه.

المطلب الأول: تعريف مبدأ الشرعية:

يعني هذا المبدأ حصر الجرائم والعقوبات في القانون، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها والعقوبات المقررة لها، وبمقتضى هذا المبدأ لا يجوز للقاضي أن يعاقب على فعل لا يعاقب عليه القانون².

¹ منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006، ص46.

² منصور رحمانى، المرجع نفسه، ص126.

ومنه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع متطرفين فيه إلى تبيان مختلف التعريفات التي جاء بها كل من الفقه (الفرع الأول) والتشريع (الفرع الثاني) وأخيرا التعريف الإجرائي (كفرع ثالث).

الفرع الأول: التعريف الفقهي:

الشرعية الجنائية بهذا المعنى تحمي الإنسان من خطر التجريم و العقاب بغير نص قانوني، وتجعله في مأمن من رجعية التشريع، بعيدا عن خطر القياس في التجريم والعقاب، بذلك تحمي الحرية الفردية من شُطط الإدارة وتعسف القاضي، وإذا كان ذلك هو مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الوضعي، فما هو مفهومها في الفقه؟¹.

اختلف الفقه الجنائي في التسمية التي يطلقها عليه مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص إذ أطلق عليه البعض "مبدأ الشرعية"²، والبعض الآخر أطلق عليه "مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات"³ وذهب آخرون إلى تسميته "بمبدأ المشروعية"⁴، ولكن وعلى الرغم من هذا الاختلاف إلا أن الفقه الجنائي متفق على مضمون هذا المبدأ، إذ أنهم يقصدون بهذا المبدأ أن أي فعل لا يعد جريمة يوجب العقاب إلا إذا نص القانون على ذلك وهذا ثابت من تعاريف الفقهاء لهذا المبدأ.

¹ حسين عصام، فلسفة التجريم والعقاب "الشرعية في تجزئة"، ط01، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2010، ص163.

² محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص20.

³ علي حسين خلف، سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص30.

⁴ ضاري خليل محمود، الوجيز في قانون العقوبات القسم العام، (دار القادسية العربية دراسة ونقد)، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، 1964، ص87.

فقد عرف من أطلق عليه "مبدأ الشرعية" أنه: "حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون، فتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها كل ذلك من إختصاص الشارع"¹.

ومؤدى هذا المبدأ عند البعض: "أن على المشرع أن يحدد سلفاً ما يعتبره من الأفعال الصادرة عن الإنسان جريمة، فيحدد لكل جريمة نموذجها القانوني، كما يحدد لكل جريمة عقوبتها"².

وقد أريد به عند من أطلق عليه "مبدأ قانونية الجرائم": "أن المشرع وحده هو الذي يملك تحديد الأفعال المعاقب عليها والمسماة بالجرائم وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها والمسماة بالعقوبات"³.

كما عرفهم البعض منهم أنه: "القاعدة التي يسند إليها لوجود القانوني للجريمة، والمسوغ العادل لفرض العقاب"⁴.

أما من أطلق عليه "مبدأ المشروعية" فقد أراد به: "تعذر فرض أي عقوبة عن ارتكاب أي فعل لم يكن القانون قد نص على تجريمه ومهما كانت جسامته وخطورته"⁵.

¹ محمود نجيب حسين، الفقه الجنائي الإسلامي والجريمة، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص70.

² عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ب د ن، ص291.

³ علي حسين خلف، سلطان عبد القادر الشاوي، المرجع السابق، ص30.

⁴ عدنان الخطيب، المبادئ العامة في مشروع قانون العقوبات الموحد، ج01، د ط، مطبعة جامعة دمشق، 1961، ص47.

⁵ عبده يحي محمد الشاطبي، ماهية مبدأ الشرعية التجريم والعقاب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، جامعة بابل، 2001، ص02.

عرفها الفقه الجنائي الحديث فالأستاذ حسن يوسف مصطفى مقابلة يعرف الشرعية بأنها¹: "القيود الذي يحدد سلطة المشرع ويرسم النطاق الذي يجوز له الخروج عنه لتحقيق غاياته".

أما الأستاذ محمد حده فيعرف الشرعية بأنها: "حكم القانون وسيطرته سيطرة كاملة ومطلقة على عملية التجريم والعقاب وإجراءاتهما متابعة وحكما، وكيفية توقيع العقوبة وتنفيذ الأحكام بما يضمن حرية الأفراد ويؤمن المجتمع واضعا بذلك حدا للسلطة من التحكم والتعسف بقواعد عامة ومجردة وضعت مسبقا قبل التطبيق"².

وقال الدكتور عبد القادر القهوجي على مبدأ الشرعية هي من المبادئ القانونية الهامة التي استقرت عليها أغلب التشريعات الجنائية الحديثة "مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات" أو "مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات" أو مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، ويتربط الأخذ بهذا المبدأ أن تكون مهمة التجريم والعقاب في يد هيئة محددة لا يجوز لغيرها أن تراحمها فيها، وأن يلتزم القاضي بتطبيق ما يصدر عنها من قواعد جنائية دون الخروج عليها ولو تحت ستار تفسيرها³.

وقال عبد الله سليمان على مبدأ الشرعية بأنها: "تعني وجوب حصر الجرائم والعقوبات في القانون المكتوب، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها من جهة ثم العقوبات المقررة لها ونوعها ومدتها من جهة أخرى، وقد صيغ هذا المبدأ بعبارة موجزة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" أو بعبارة مختصرة "مبدأ الشرعية النصية"، ومفاد ذلك أن بيان الجرائم والعقوبات

¹ حسن يوسف مصطفى مقابلة، الشرعية في الإجراءات الجزائية، ط01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 07.

² محمد حده، سلسلة قانونية، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج03، ط01، دار الهدى، الجزائر، 1991-1992 ص176.

³ علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2008، ص 60.

هو عمل من أعمال المشرع وحده، فلا يملك القاضي إلا تطبيق النص و التقيد بكافة الشروط التي جاء بها لتحديد الجريمة وتوقيع العقاب¹.

ويضيف الدكتور أحمد فتحي سرور قائلاً: وبناء عليه فمبدأ الشرعية يمكن تعريفه بأنه: " ذلك الذي يعبر عن قواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد من مواجهة السلطة ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية"².

وعرفه آخر فقال: " ومعنى الشرعية بإيجاز: تأسيس الجرائم على اعتبارات من مصلحة المجموع واحترام الحريات الفردية"³.

وعرفه كذلك الأستاذ نجيب حسني وفتوح عبد الله بأنه: " حصر عدم المشروعية الجنائية في نصوص القانون الجنائي التي تحدد الجرائم والعقوبات". ويعني هذا المبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني أي مصدر الصفة غير المشروعة للفعل هو نص القانون ويقال لهذا النص نص التجريم وهو في نظر القانون الجزائي يشمل قانون العقوبات والقوانين المكملة له والقوانين الجزائية⁴.

وهذا وقد ظهر من يدعو إلى مدلول جديد لمبدأ الشرعية لكي ينسجم ويتلائم مع التطورات الحديثة⁵، إذ قرر هذا الاتجاه أن يكون التجريم والعقاب وذلك حماية لمصلحة المجتمع وتقليل الفجوة التي يمكن أن تحصل بين القانون والمجتمع فقد يفرض المشرع قيمة أخلاقية لا تتفق وأخلاق المجتمع أو أن يحدد عقوبة لا تتناسب مع الجرم المرتكب، فالمدلول التقليدي لمبدأ الشرعية أصبح لدى مؤيدي هذا الاتجاه غير متفق مع الفكر الديمقراطي الحديث للرعية وإنما يجب تكملته لكي يكون معبراً بصدق عن مصالح المجتمع الذي سوف يطبق فيه. ولضمان عدم إسراف السلطة

¹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص74-75.

² أحمد فتحي سرور، الشرعية الإجراءات الجنائية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص102.

³ على راشد، تخطيط السياسة الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 1990، ص231.

⁴ عمر خوري، شرح قانون العقوبات القسم العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، س2010-2011، ص18.

⁵ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات العام، ط05، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص41.

التشريعية في التجريم وعدم القسوة في العقاب، ومن أجل أن يحقق هذا المبدأ غايته كان لابد من النص على معيار في الدستور يضمن تحقيق كل ما سبق، ومثال هذا المعيار عدم تجريم الأفعال التي تعتبر ممارستها حق من الحقوق التي كفلها الدستور كحرية العقيدة وحرية الفكر¹.

كما اختلف الفقه في التسمية التي تطلق على هذا المبدأ ويعرفه الفقه الإنجليزي و الفرنسي بمصطلحات، حيث الأول يطلق عليه مصطلح « Principle of Rule of Law »² أما الثاني فيطلق عليه³: « La Régne de la Loi ». واختلف الفقه كذلك في تحديد موضع هذا المبدأ من الجريمة، فذهب البعض ومنهم الفقه الإيطالي "أنتوليزي" إلى: " أن المبدأ هو أساس الجريمة وجوهرها وأن موضوعه أعلى من الركن المادي والركن المعنوي للجريمة إذ لا يمكن الكلام على وجود جريمة دون وجود مبدأ الشرعية". وذهب آخرون أمثال "فون هيبل" الألماني إلى: " اعتباره ركنا في الجريمة بجانب ركنها المادي والمعنوي، ولا يتصور وجود الجريمة بجانب ركنها المادي و المعنوي ولا يتصور وجود الجريمة دون اجتماع هذه الأركان الثلاثة". وذهب اتجاه ثالث وهو اتجاه الفقه الغربي أن المقصود بالمبدأ هو: "نص التجريم ذاته وهو الذي يحدد الفعل المحظور على أساس أن الفعل لا يعد جريمة إلا إذا وجد نصا بذلك"⁴.

وبالتالي ساد بين فقهاء القانون القاعدة العامة التي تنص: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وبناءً على هذه القاعدة التي سادت بنصها على أغلب دساتير العالم وقوانينه، ومنها قانون العقوبات الجزائري. درج الفقهاء على تعريف مبدأ الشرعية بأنه: "عدم جواز تجريم أحد من الناس ومعاقبته بدون نص قانوني سابق". فيقول الدكتور فتحي سرور أن هذا المبدأ يعتمد على عنصرين هما:

¹ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات العام، المرجع السابق، ص 96.

² أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص 21.

³ محمد حده، المرجع السابق، ص 177.

⁴ باسم عبد الزمان الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة بغداد، 2000، ص 35.

01- أنه مهما كان فحوى القانون فإن كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون وتعمل وفقا للقانون.

02- افتراض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سامي وهو احترام الشخص الإنساني¹.

التعريف التشريعي:

قد اكتسب مبدأ الشرعية احترام معظم الدول فنصت عليه في دساتيرها وتشريعاتها العقابية حتى يحترمه المشرع والقاضي ولا يجرؤ على خرقه، فأخذ المشرع الأردني بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات واعتبرها قاعدة دستورية، حيث نصت المادة الثامنة من الدستور الأردني الذي صدر عام 1952 ومازال مطبقا حتى الآن على ما يلي: "لا يجوز أن يوقف أحد أو يجلس إلا وفق أحكام القانون". ثم جاءت المادة الثالثة من قانون العقوبات بالنص التالي: "لا يقضي بأية عقوبة لم ينص القانون عليها حين اقتراف الجريمة...". وهذا معناه أنه لا جريمة بلا نص ولا عقوبة إلا بنص، فما العقوبة سوى الجزاء المترتب على ارتكاب الجريمة².

وأیضا في لبنان الذي قرر هذا المبدأ في الدستور اللبناني، إذ نصت المادة 08 منه على أنه: "لا يمكن تحديد جرم أو تعيين عقوبة إلا بمقتضى القانون"، كما تردد هذا المبدأ في قانون العقوبات اللبناني، إذ جاء في المادة الأولى منه قوله أنه: "لا تفرض عقوبة ولا تدبير احترازي أو إصلاحي من أجل جرم لم يكف القانون قد نص عليه حين اقترافه" وجاء بالمادة 06 منه قوله "لا يقضى بأي تدبير احترازي أو تدبير إصلاحي إلا في الشروط والأحوال التي نص عليها القانون"³.

¹ محمد حدة، المرجع السابق، ص 09.

² محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، عمان 2005، ص 138

³ سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام (معالمه - نطاق تطبيقه - الجريمة - المسؤولية - الجزاء) دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، طبعة منقحة ومعدلة، سنة 1998، ص 45.

وأكدت على هذا المبدأ أيضا الأمم المتحدة عام 1948 في المادة التاسعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بما يلي: "لا يجوز الحكم على أحد لارتكابه فعلا أو امتناعا لا يشكلان جرما وقت اقرارها بموجب أحكام القانون الوطني أو الدولي، ولا يجوز فرض عقوبة تفوق العقوبة النافذة يوم اقراره"¹.

ونص دستور جمهورية العراق عام 1970، في المادة الثانية فقرة "ب"² على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون ولا تجوز العقوبة على الفعل الذي يعتبر القانون جريمة أثناء اقراره، ولا يجوز تطبيقه لعقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجرم". كما نص قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذة في المادة 01 على أن: "لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت اقراره ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون". والملاحظ على موقف التشريع العراقي من هذا المبدأ ما يأتي:

- أنه أطلق تسمية قانونية الجرائم والعقوبات على هذا المبدأ واستعماله لعبارة... إلا بناءً على قانون... وذلك إقراراً منه بمنح الهيئة التنفيذية إصدار أنظمة وتعليمات وبيانات وقرارات تنطوي على تجريم بعض الأفعال والإمتناعات ومن أبرز الإعتبارات التي تدعو إلى ذلك كون السلطة التنفيذية أقدر على وضع تفاصيل الأحكام الإجمالية الواردة في القانون لقرنها من الجمهور واحتكاكها به خلال ممارستها لوظيفتها في تنفيذ القانون وهذا يعني أن وضع النص العقابي قد يكون من اختصاص السلطة التشريعية أو التنفيذية. ويلاحظ أن المبدأ قد شمل كلا من العقوبة والتدبير الاحترازي وعُد التشريع المصدر الوحيد للنص العقابي³.

كما نص الدستور اليمني عام 1994 في المادة 46 على أن: "المسؤولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص شرعي أو قانوني، وكل منهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم

¹ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 137.

² المادة 02 فقرة "ب" من دستور جمهورية العراق عام 1970.

³ أكرم نشأت إبراهيم، السياسة الجنائية، دراسة مقارنة، ط02، شركة آي للطباعة، 1999، ص 32.

قضائي بات، ولا يجوز سن قانون يعاقب على أفعال بأثر رجعي لصدوره". كما نص القرار الجمهوري بالقانون رقم 12 لسنة 1994 بشأن الجرائم والعقوبات اليمني النافذة في المادة 02 منه على أن: "المسؤولية الجزائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"، والملاحظ على موقف التشريع اليمني من هذا المبدأ ما يلي:

-أخلق تسمية الشرعية على هذا المبدأ واستخدم الدستور اليمني عبارة "... إلا بناء على نص شرعي أو قانوني..." ويتضح لنا من خلال هذا النص أن مصدر التجريم والعقاب النص الشرعي أو القانوني، وهنا لا فرق في أن يكون الفعل قد ورد النص على حرمة في القانون أو في الشريعة الإسلامية ولا يتضح في ذلك تقديم النص الشرعي على النص القانوني إذ أن الدستور استخدم "... أو.." وهي تفيد التخيير إما النص الشرعي أو القانوني دون لزوم في تقديم أحدهما على الآخر وليس معنى ذلك الانتقال من حكم إلى آخر يختلف عنه لأن قانون الجرائم والعقوبات اليمني عبارة عن تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية¹.

ومع ذلك فإن الملاحظ على نص المادة 02 من قانون الجرائم والعقوبات أن حكمها لا يساير ما جاء في الدستور، إذ ورد فيها "... لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"، وهذا يعني حصر مصادر التجريم والعقوبات في القانون، بمعنى أن الفعل يكون مباحا إذا لم يجرمه القانون ولو كانت نصوص الشرعية تحرمه، وهذا لا يتفق مع أحكام الدستور (01)، لذا على المشرع إعادة النظر في نص المادة 02 من قانون الجرائم والعقوبات، والأولى أن ينص في قانون الجرائم والعقوبات على تعبير "... إلا بنص" بدلا من "... إلا بقانون" فالنص يشمل الجانب الشرعي والجانب القانوني، وهذا يجعله أكثر انسجاما مع ما ورد في الدستور².

¹ عبده يحي محمد الشاطي، المرجع السابق، ص 03

² بن صافية رابع و آيت حوجة أحمد، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، تخصص القانون الخاص والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية سنة 2012-2013، ص 15.

ف نجد أن لفظ الشرعية والمشروعية والقانونية في كل من التشريع والفقهاء الجنائي ذات مضمون واحد، وهو أن أي فعل لا يعد جريمة ما لم ينص القانون عليه¹.

أما موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ:

ف تنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على مبدأ الشرعية بقولها: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن من غير قانون"، ومفادها هذا النص أن كل الأفعال تعتبر في أصلها مباحة، إلا إذا صدر قانون وقرر لها العقوبة.، وورد النص على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في التعديل الدستوري لعام 2016 والجاري العمل به، وذلك في عدة نصوص وأكد على ضرورة احترامها، ومنها:

ما نصت عليه المادة 32 على أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يُتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو جماعي".

والمقصود بهاته المادة أن المشرع بمجرد نصه على عقوبة معينة فإن هاته الأخيرة تصبح قابلة للتطبيق على كافة الأفراد الذين ارتكبوا الفعل الذي قررت من أجله العقوبة، وبالتالي فلا يمكن أن تختلف العقوبة باختلاف أقدار الأفراد والطبقة الاجتماعية التي ينتمون إليها، وما نصت عليه المادة 56: "كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه". إن الأصل في الإنسان البراءة، وهذا الأصل مقرر بصريح هاته المادة، وهو مقرر كذلك في عديد المواثيق الدولية، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز الحكم بإدانة شخص إلا إذا قام الدليل القاطع على انتفاء براءته. أما الحكم بالبراءة فلا يلزم بناؤه على القطع والجزم بل يصح بناءه على الشك في ثبوت الإدانة.

¹ بن صافية رابع و آيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص15.

كما لا يمكن أن يدان شخص بسبب فعل ارتكبه قبل تجريم ذلك الفعل وهذا ما نصت عليه المادة 58: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم". ويتضح إعتقاد المشرع على مبدأ الشرعية من خلال نص المادة 158: "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة". فالكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون، ويقوم القضاء على مبادئ مهمة منها مبدأ الشرعية والمساواة ومن دون هذين المبدأين لا يمكن لنا أن تتمتع بأجهزة قضائية تطبق العدل والمساواة.

وهذا لا يمنع من وجود استثناء من مبدأ الشرعية لكنه لا يمكن حصر كل الجرائم أو تحديد فعل مجرم ذلك أنه قد يكون في مرحلة سابقة مشروعاً فيصبح غير مشروع لظروف معينة والعكس صحيح، وعليه فإن ظروف المجتمع تتغير من مرحلة إلى أخرى ومن دولة إلى أخرى وحسب نمط الفكري لها وحسب العادات والتقاليد وغيرها، أو لوجود ظروف استثنائية تتطلب ذلك لتحسين وضع المجتمع وتطوره طبقاً لدستور 1996 المادة 91 فقرة 107¹.

وينتج عن هذا المبدأ مبادئ أخرى كعدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية، ومبدأ الأثر الفوري للقانون الإجرائي، وتطبيق القانون الأصلح للمتهم، وإفادة المتهم بأسباب الإباحة وموانع المسؤولية في حال وجودهما واللذان في حقيقتهما يعتبران استثنائين على مبدأ سريان القوانين الجنائية الموضوعية².

ويعني هذا المبدأ أنه لا جريمة أو لا ينص في القانون وأن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يجرمها القانون فتصبح هذه الأشياء غير مباحة فلا يجوز توقيع أي عقوبة ما لم ينص القانون عليها عند ارتكاب الجريمة. أي أن يكون النص قد صدر قبل ارتكاب الفعل المعاقب عليه، بحيث يتعين علم الأفراد مسبقاً بالقانون وما هو محظور من التصرفات قبل ارتكابها، إذ يجب أن يشمل

¹ د. منصور رحمان، المرجع السابق، ص 128.

² بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 43.

القانون نصوصا مجرمة بعدد الأفعال التي يخطر على الأفراد إثباتها، أي أن يحدد نموذجا لما يعتبر جريمة وعقوبة محددة لها أيضا وهذا ما يتحقق مع العقل والمنطق و الفطرة السليمة¹.

وكخلاصة الدساتير العالمية وكذا القوانين الوطنية حيث يعتبر مبدأ الشرعية من أهم الضمانات القانونية للحقوق والحريات الفردية ولحقوق الإنسان عامة، وذلك من خلال منع إصدار قانون يخالف النص الدستوري تطبيقا لمبدأ المتقدم ابتداءً من دستور 1976 مروراً بدستوري 1989 و 1969 وانتهاءً بالتعديل الدستوري لعام 2016².

الفرع الثاني: التعريف الإجرائي:

تنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على مبدأ الشرعية، بقولها: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"³.

وقد أكد الدستور هذا المبدأ، بنصه على ما يلي: " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب العمل الإجرامي"⁴.

أما المادتين الثانية والثالثة من قانون العقوبات الجزائري فحددت الإطار الزماني والمكاني لتطبيق القوانين الجنائية الموضوعية، حيث لا يسري قانون العقوبات بأثر رجعي إلا ما كان منه أقل شدة أي أن الأصل الأثر الفوري والاستثناء الأثر الرجعي، كما أنه يطبق على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية، وكذا تلك التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية.

¹ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 139.

² نصر الدين عاشور، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان في ظل التعددية السياسية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، جامعة بسكرة، 2015-2016، ص 19.

³ المادة 01 من ق ع.

⁴ المادة 58 من الدستور الجزائري.

إذن يقصد بمبدأ الشرعية أن قانون العقوبات له مصدر وحيد فقط وهو القانون المكتوب "التشريع" على عكس القانون المدني أو التجاري أو الدولي أو الإداري مصادر أخرى لها كالعرف والشرعية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

فمبدأ الشرعية أو سيادة القانونية وجدت تأمين أفراد المجتمع والمجتمع نفسه وتقييد سلطات الدولة بالقانون لضمان حريات الأفراد عند تطبيق القانون، وهذا ما أكده المؤتمر الدولي لرجال القانون الذي عقد في "نيو دلهي" عام 1909 حيث عرف مبدأ الشرعية بأنه يعبر عن القواعد والنظم الإجرامية الأساسية لحماية الإنسان وتمكينه من التمتع بالكرامة الإنسانية¹.

إن مبدأ الشرعية في شقه الموضوعي لا ينتج أثره في حفظ حقوق الإنسان وحرياته من تسلط السلطة، إلا إذا تبع ذلك تقرير الشرعية الإجراءات، إن الشرعية الإجرائية هي امتداد للشرعية الجنائية وحلقة من حلقاته العامة²، فتكفل هذه الحلقة إحترام الحرية الشخصية للمتهم عن طريق اشتراط أن يكون القانون هو المصدر للتنظيم الإجرائي، وأن تفترض براءة المتهم في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ قبله، وأن يتوافر الضمان القضائي في الإجراءات³.

إن الناظر إلى تعريفات فقهاء القانون للشرعية الإجرائية يجدهم متفقون على أن المقصود بها: عدم اتخاذ أي إجراء جنائي ضد المشتبه به أو المتهم أو المحكوم عليه إلا بناء على قانون صادر قبل اتخاذ ذلك الإجراء وتحت إشراف القضاء و في حدود الضمانات المقررة بناء على قرينة البراءة⁴.

فالحكمة وفقا للشرعية الإجرائية لا تستطيع أن تحكم بعقوبة إلا على أساس ما جاء به القانون من تكييف لهذه الجريمة، كما أنها لا تستطيع أن تعلق العقوبات المقررة لهذه الجرائم إلا بما

¹ منصور رحمانى، المرجع السابق، ص 123.

² أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص 382.

³ أحمد فتحي سرور، أصول في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 02، سنة 1955، ص 107.

⁴ أحمد فتحي سرور، الشرعية الإجرائية الجنائية، المرجع السابق، ص 177.

جاء به القانون هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن أي جهاز قضائي ومن بينها جهاز التحقيق لا يستطيع أن يتصرف أو يقرر في الموضوعات إلا إذا كان قد نصب أو عين لهذه المهمة قبل القانون، كما أن أي مجرم أو متهم لا يمكن أن يحاكم أو أن يحكم عليه إلا بعد محضر افتتاحي حسب القواعد والأشكال التي حددها القانون، وهنا تظهر الصلة القانونية بين قواعد الشكل التي هي في الحقيقة مكتملة و متممة لقواعد الموضوع التي لا تستطيع أن تؤدي مفعولها ولا تفي بالغرض الذي وضعت من أجله دو الشق الشكلي، كما أنه لا فائدة من الشق الشكلي دون قواعد موضوعية يراد تطبيقها، ذلك لأن القواعد الشكلية ليست مقصودة لذاتها، وإنما هي وسيلة قصد بها لتطبيق الحس والأمثل للشق الموضوعي¹.

إذن وبسبب هذا الاتصال الضروري الحتمي ما بين شقي مبدأ الشرعية فقد وصل بعض فقهاء القانون إلى الاستنتاجات الآتية:

- ليس من الممكن اتخاذ أي إجراء قانوني أو تدبير أمني بحق أحد دون أن يكون هناك نص قانوني يبيح ذلك.

- ليس من الممكن اتخاذ أي إجراء أو تدبير أمني بحق أحد دون جريمة سابقة.

- يتخذ التدبير كما العقوبة نتيجة لخطورة قائمة يراد درؤها، وهذه الخطورة يجب أن تكون معينة ومحددة بقواعد عقابية ملزمة للقاضي، بحيث يتم ضمان الحماية الطبيعية لأفراد المجتمع وتحقيق الطمأنينة الشاملة لهم.

¹ محمد حدة، المرجع السابق، ص 189.

- إن الإجراءات والتدابير الأمنية يشتركان مع العقوبة في الغاية الشرعية المبتغاة من ورائهما، حيث أن القصد من النص عليهما هو ضمان أعلى حد ممكن من الحرية الفردية والكرامة، وعدم المس بذلك إلا بقدر الذي يفرضه تحقيق العدالة¹.

فالشرعية هي امتداد طبيعي لشرعية الجرائم والعقوبات، بل هي في الواقع أكثر خطورة منها وأعظم شأنًا، فهي بمثابة الإطار الخارجي الذي لا يمكن تطبيق القاعدة الموضوعية تطبيقًا صحيحًا إلا عن طريقه².

يتضح من ذلك أن الشرعية الإجرائية تقوم على عناصر ثلاث، تتمثل في:

الأول: الأصل في المتهم البراءة، بحيث لا يجوز تقييد حريته إلا في إطار من الضمانات الدستورية اللازمة لحمايتها، وبناءً على نص في قانون الإجراءات الجنائية، فكما هو ثابت في قانون العقوبات بأن "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" هذا هو العنصر الثاني من عناصر الشرعية الإجرائية أما العنصر الثالث فيتبلور في ضرورة إشراف القضاء على جميع الإجراءات باعتباره الحارس الطبيعي للحقوق والحريات³.

وتقتضي الشرعية الإجرائية معاملة المتهم في الجريمة مهما بلغت جسامتها بوصفه شخصًا بريئًا، حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ومن ثم يتعين إعفاء المتهم من إثبات براءته، وتفسير أي شكل يحوم حول التهمة لمصلحته، فإذا حكم بإدانته، سقطت عنه قرينة البراءة، وأصبح

¹ عماد محمد رضا علي التميمي، رائد سليمان الفقير، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد 03، العدد 01، 2016، ص 132.

² أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة معدلة، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1990، ص 128.

³ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشرق، القاهرة، سنة 1999، ص 553 وما بعدها.

المساس بحريته أمرا مشروعاً بحكم القانون، ولكن هذا المساس بالحرية ليس مطلقاً، بل يجب أن يتحدد نطاقه الطبيعي وفقاً للهدف من الجزاء الجنائي¹.

ومن أهم نتائج المترتبة على أعمال هذا المبدأ قاعدتان إجرائيتان جد هامتين: أولها: وجوب تفسير الشك لصالح المتهم، وثانيهما: وقوع عبء الإثبات على النيابة العامة.

غير أن مبدأ الشرعية ترد عليه استثناءات - إن لم تكن في حقيقتها خروقات - أهمها استثناءان:

الاستثناء الأول: يتعلق بحجية المحاضر المحررة في المادة الجمركية، حيث اعتمد المشرع قرينة التهمة بدل قرينة البراءة، واعتبر هاته المحاضر ذات حجية لا يمكن دحضها إلا بالتزوير إذا أثبتت معاينات مادية طبقاً لنص المادة 254 من قانون الجمارك، وهو في الحقيقة تطبيق للمواد 212-215-218 من قانون الإجراءات الجزائية.

أما الاستثناء الثاني: فيتعلق باعتبار القرائن وسيلة إثبات في المخالفات خاصة منها البسيطة وهي مخالفة لنص المادة 212 من ق إ ج ج².

فالشرعية الإجرائية تكفل هذه الحلقة إحترام الحرية الشخصية للمتهم عن طريق أن يكون القانون هو المصدر للتنظيم الإجرائي، وأن تفترض براءة المتهم في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ قبله، وأن يتوافر الضمان القضائي في الإجراءات باعتبار أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات³.

¹ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص138.

² القانون رقم 07/17 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1438 الموافق لـ 27 مارس 2017، يعدل ويتمم الأمر 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية ج ر عدد 20.

³ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص128.

وتتحقق تلك الضمانات كلما كان الاتهام الجنائي معروفاً بالتهمة، مبيناً لطبيعتها، مفصلاً لأدلتها وكافة العناصر المرتبطة بها، مع مراعاة أن يكون الفصل في هذا الاتهام عن طريق محكمة مستقلة ومحيدة ينشأها القانون وأن تجرى المحاكمة علانية وخلال مدة معقولة، وأن تستند المحكمة في قرارها بالإدانة إلى موضوعية التحري الذي تجريه، وتلك جميعها تشكل الضمانات الأساسية التي لا تقوم المحاكمة العادلة دونها، كما تتمثل ضوابط المحاكمة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظام متكامل الملامح يتوخى بالأسس التي يقوم عليها صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويجول بضماناتها دون استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها وذلك انطلاقاً من الإيمان بجرمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تنال الحرية الشخصية، ولضمان أن تتقيد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها في مجال فرض العقوبة صوناً للنظام الجماعي بالأغراض النهائية للقوانين العقابية التي ينافيها أن تكون إدانة المتهم هدفاً مقصوداً لذاته، أو أن تكون القواعد التي تتم محاكمته على ضوءها مخالفة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة، بل يتعين أن تلتزم هذه القواعد بمجموعة من القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الإنتقاص منها¹.

المطلب الثاني: نشأة مبدأ الشرعية الجنائية وأساسه:

تعتبر الشرعية الإسلامية أول شرعية مقررة لمبدأ الشرعية في الوقت الذي كانت فيه سائر الأمم تعاني من تحكم السلطة وتعسفها، وأنه حتى وإن كانت بعض الشرائع الوضعية عرفت التجريم المسبق كقانون حمو رابي، فإذا كان هذا لم يتعمم الأخذ به في التشريعات الوضعية إلا في أعقاب القرن الثامن عشر فلقد عرفت الشرعية الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً، والأدلة على تقرير المبدأ فيها كثيرة، سواء في نصوصها الأصلية أو قواعدها العامة²، وقد جاء في القرآن

¹ عماد محمد رضا علي التميمي، رائد سليمان الفقير، المرجع السابق، ص 133.

² عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 75.

الكريم لقوله تعالى: " وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا"¹. وقوله تعالى: " وَمَا أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْنَةٍ إِلَّا وَلَهَا كِتَابٌ مَعْلُومٌ" وقوله عز وجل: "² لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا إِذَا مَا اتَّقَوْا وَآمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ثُمَّ اتَّقَوْا وَآمَنُوا ثُمَّ اتَّقَوْا وَأَحْسَنُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ"³.

ولم يكن الإمام بهذا المبدأ بعيدا عن تفكير العلماء المسلمين في القرون التالية لنزول القرآن الكريم، فظهرت لديهم قواعد أصولية وفقهية كلها تصب في هذا الإتجاه، ومن ذلك قولهم "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود نص"، وهو ما يعني القاعدة الأصولية الأخرى، الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم، وهو ما يعني بالتعبير القانوني الحديث أنه لا جريمة ولا عقوبة قبل ورود نص يقيد ذلك⁴.

وبالتالي استخلص الفقهاء قاعدتين أصوليتين معنى واحد ومضمونا واحدا وهو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، والقاعدتان هما:

القاعدة الأولى: " لا حكم لأفعال المكلفين العقلاء قبل ورود النص". أي لا تكليف قبل ورود الشرع. وهذا يعني أن أفعال المكلفين لا يمكن وصفها بأنها مجرمة ما دام لم يرد نص بتجريمها ولا حرج على المكلف أن يأتها أو يتركها حتى ينص على تجريمها".

القاعدة الثانية: "الأصل في الأشياء الإباحة"، أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلا بالإباحة الأصلية، فما لم يرد نص بتجريمه فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه، إذ لا حرج قبل ورود النص على إتيان الفعل أو تركه.

¹ سورة الإسراء، الآية 15.

² سورة الحجر، الآية 04.

³ سورة المائدة، الآية 93.

⁴ منصور رحمانى، المرجع السابق، ص129.

وتطبق هاتين القاعدتين في مجال الفقه الجنائي يعني حظر العقاب على صور السلوك التي لم يرد نص بتجريمه، وقصر العقاب على صور السلوك المجرمة على حالات إرتكابها والتي تقع بعد ورود النص القاضي بالتجريم¹.

ونشير هنا إلى أن الجرائم في الشريعة الإسلامية تنقسم إلى جرائم الحدود والقصاص والدية وجرائم التعازير، وقد أوردت الشريعة الإسلامية بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص والدية نصوص قطعية الدلائل والوضوح، في تسمية للجرائم التي نصت عليها وبيان الفعل أو الأفعال التي يقوم بها كل منها، وكذلك العقوبة المقررة لكل منها². أما جرائم التعزير فإن الأصل فيها أن ينص على الجريمة دون العقوبة التي يترك أمر تقيدها للسلطة المختصة في الدول في إطار العقوبات المسموح بتوقيعها في الشريعة الإسلامية³.

وترجع الجذور الأولى لمبدأ الشرعية إلى العهد الذي إنتم به الملك الإنجليزي "جون" لرعاياه في الوثيقة العظمى (Magne charta) سنة 1216، والقاضي بسن قواعد القانون في إنجلترا. كما ترجع نشأته إلى القرن الثامن عشر، حيث اشتد نقد الفلاسفة والمفكرين أمثال "مونتيسكيو وبيكاريا" لتحكم القضاة في ذلك الوقت، ذلك التحكم الذي كان يعطيهم سلطة تحكيمية في تجريم الأفعال والمعاقبة بما لم يرد به نص. وقد عُرف بعد ذلك مبدأ الفصل بين السلطات للحيلولة دون تحكم الملك والقضاء ولحماية حقوق الإنسان وأدى كل ذلك إلى إقرار مبدأ الشرعية الذي يعطي للسلطة التشريعية وحدها حق وضع الجرائم وما يقابلها من جزاءات. وقد ظهر المبدأ في الولايات المتحدة الأمريكية في إعلان حقوق سنة 1774، كما تقرر في قانون العقوبات النمساوي لسنة 1787⁴ متأثراً في أفكار "بيكاريا" الذي يرجع إليه الفضل في إحياء هذا المبدأ

¹ محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة، ط06، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة، سنة 2009، ص 89.

² محمود نجيب الحسني، المرجع السابق، ص 67.

³ محمد سليم العوا، المرجع السابق، ص 89.

⁴ سمير عالية، المرجع السابق، ص 48.

في كتابه الجرائم والعقوبات لحرمان القضاء من سلطته المطلقة وتقيده بنصوص مكتوبة تحدد الجريمة وعقابها، ثم انتقلت أفكار "بيكاريا" إلى رجال الثورة الفرنسية فصاغوا هذا المبدأ في صياغة محددة في المادة الثانية (2) من إعلان حقوق الإنسان 1789¹.

كما أقر هذه القاعدة قانون العقوبات الفرنسي الصادر عام 1791، والذي تبني مذهب "بيكاريا" كاملا. وأخذت به أيضا معظم التشريعات العقابية. كما نص على هذه القاعدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في 18 ديسمبر 1948. فنصت الفقرة الثانية من المادة 11 منه على أنه: "لا يدان أي شخص من جراء أداء عمل أو امتناع عن عمل إلا إذا كان يعتبر جرما وفقا للقانون الوطني أو الدولي وقت الإرتكاب، كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت إرتكاب الجريمة"².

الفرع الأول: الأساس الدستوري والقانوني لمبدأ الشرعية:

يسود المجتمع الدولي المعاصر مبدأ سيادة القانون رغم اختلاف بعض الدول في تحديد مضمونه، ومقتضى هذا المبدأ التزام جميع أعضاء المجتمع وأجهزة الدولة بالقوانين التي تصدرها السلطة المختصة كأساس لمشروعية أعمال هذه السلطة. ولا شك أن هذا المبدأ يضمن احترام حقوق الأفراد وحررياتهم في مواجهة السلطة العامة، لأنها تصبح محكومة بالقانون وحده وبعيدا عن أهواء السلطة أو تحكمها، وبهذا يحقق مبدأ سيادة القانون الأمن للأفراد عن طريق التزامهم بالقوانين التي تسري عليهم والتزام سلطات الدولة باحترامها وتطبيقها³.

¹ عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام - الجريمة)، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، عنابة سنة 1999، ص 38.

² نظام توفيق المحالي، شرح قانون العقوبات القسم العام دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط04 دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، سنة 2012، ص 94.

³ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص121.

يعد مبدأ الشرعية الجنائية الدستورية من أهم المبادئ القانونية التي وصلت إليها الجماعة الإنسانية بعد صراع طويل ضد استبداد الحكام وما كان سائدا في عهد الملكية المطلقة، حيث كان التجريم والعقاب في يد الحاكم، ومع ظهور مبدأ الفصل بين السلطات طالب المفكرون بأن يكون للسلطة التشريعية الدور الرئيسي في التشريع فيما يتعلق بالحقوق والحريات وانفرادها به¹.

ويرى جانب من الفقه أن الدستور هو أفضل مكان لتقنين مبدأ الشرعية الجنائية وأن النص على هذا المبدأ في التشريع العقابي يعد تزيُّداً لا لزوم له، ويرجع ذلك إلى أن مبدأ الشرعية الجنائية يمثل أهم المبادئ التي تكفل حماية الحرية الفردية، ومن ثمة يتعين على المشرع الدستوري في أي دولة أن يكفل له الحماية الدستورية، برفعه إلى مصاف المبادئ الدستورية الهامة التي يتضمنها الدستور حتى لا يستطيع التشريع العادي أن يخالفه في قانون العقوبات أو القوانين الملحقة به أو الخاصة، وإلا امتنع على القاضي تطبيق النص المخالف لتعارضه مع الدستور².

وقد أكد الدستور المصري عام 1971 صراحة ومباشرة هذا المبدأ في المادة 66 منه ومن قبله أكده دستور عام 1923 المادة 06 منه. ومن ثمة فإن اعتباره من مقومات الشرعية الدستورية لا يستند فحسب إلى صريح نص المادة 66 من الدستور، بل يعتمد كذلك على ما نص عليه الدستور في المادة 64 من أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وما نص عليه في المادتين 2 و4 من الدستور بشأن ديمقراطية نظام الحكم.

كما يستخلص من هذا المبدأ كذلك ما قرره المادة 187 من الدستور من أن الأصل في أحكام القوانين هو سريانها اعتبارا من تاريخ العمل بها. وعلى الرغم من عدم النص على هذا المبدأ في الدستور الفرنسي القديم، فقد أكد الفقه الجنائي قيمته الدستورية على أساس أنه جزء من القانون العام العرفي في فرنسا، وهو قانون أسمى من التشريع ذاته لا يمكن المساس به، كما انتهى العميد "ديجيه" إلى النتيجة ذاتها اعتمادا على أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام

¹ عبده يحي محمد الشاطبي، المرجع السابق، ص 08.

² حسين عصام، المرجع السابق، ص 179.

1789 قد أكد قيمته الدستورية مع جميع المبادئ المترتبة عليه، وجاء كل من دستوري 1946 و عام 1958 فأكد بصفة رسمية في مقدمة كل منهما أن إعلان عام 1789 -سالف الذكر- يحتل مكانا رفيعا في قمة البناء القانوني الفرنسي، ويأخذ موقع القلب من الكتلة الدستورية التي تحتوي على الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية، وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي منذ حكمه المهم الصادر في 16 يوليو عام 1971، هذا المعنى ومارس رقابته الدستورية السابقة للتحقق من مطابقة التشريع لهذا المبدأ الدستوري¹.

وقد منح الدستور الجزائري لعام 2016 على غرار الدساتير السابقة، قيمة دستورية لهذا المبدأ، حيث نصت المادة 158 من الدستور بالقول: "أساس القضاء مبدأ الشرعية والمساواة". كما نص كذلك على أنه: "تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية"². وأيضا نص على: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"³.

فلا يجوز للقاضي بناء على ذلك أن ينطق بغير ما نص عليه القانون من عقوبات وفي إطار ما رسمه له القانون من حدود، وهو بذلك لا يملك أن يقضي بعقوبة غير منصوص عليها جزاء الجريمة ولا بعقوبة تتجاوز الحد الأقصى جزاء للجريمة، ولا بعقوبة تكميلية غير منصوص عليها ولا بعقوبة الحبس عندما ينص القانون على عقوبة الغرامة⁴.

فيتأسس هذا المبدأ أو يستند من الناحية القانونية على أن المشرع وحده هو الذي ينفرد بتنظيم الحقوق والحريات " لأن الحماية الدستورية للحقوق والحريات ليست مجرد حماية إيديولوجية أو فلسفية، وإنما هي حماية قانونية في أسمى صورها يتقيد بها المشرع في جميع فروع القانون

¹ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط 03، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2004، ص 24 - 25.

² المادة 160 من الدستور الجزائري.

³ المادة 58 من الدستور الجزائري

⁴ حسيبة شروق، الشرعية الجنائية الوطنية والشرعية الجنائية الدولية، مجلة المنتدى القانوني، العدد 06، أبريل 2009، تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة بسكرة، ص 88.

ويتطلب تحديد أبعاد هذا التقييد إيضاح التوازن بين الحقوق و الحريات، سواء فيما بينها أو بين المصلحة العامة فبدون هذا التوازن فإن الدستور يفقد وحدته وتكامل قواعده، وتتحول الحماية الدستورية إلى غطاء شكلي للصراع بين الحقوق والحريات من ناحية وبينها وبين المصلحة الخاصة من ناحية أخرى، الأمر الذي يجرّد الحماية من معناها ويؤدي إلى أن تفقد الحقوق والحريات محتواها¹.

إذن فدولة القانون التي تعلق فيها سيادة حكم القانون Rule of Law تتحقق فهي الحماية الدستورية للحقوق والحريات بالتوازن مع المصلحة العامة إعمالاً لمبدأ الشرعية. وإذا لم يتحقق هذا التوازن فإن هذا المبدأ يتحول إلى مبدأ إيديولوجي أو فلسفي لا أساس له في الواقع القانوني، والقانون الجنائي عندما يمارس أحكام هذا المبدأ، حماية لحقوق وحريات الأشخاص، إنما يقوم بذلك بالاشتراك مع غيره من فروع القانون الأخرى، وخصوصاً قانون الإجراءات الجنائية والذي يعد بحق الوجه الآخر للقانون الجنائي، ويبدو هذا المعنى أكثر وضوحاً في قانون الإجراءات الجنائية، حيث يتجلى الأصل في المتهم البراءة فينعكس بضماناته على سائر القواعد الإجرائية ويتأكد بأهمية الضمان القضائي وحياد القاضي واستقلاله وقيامه على فكرة القاضي الطبيعي وضمان المساواة أمام القضاء، ثم تبدو فكرة التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة في ضمانات المحاكمة المنصفة لكل تقدم نموذجاً لما يجب أن يكون عليه التنظيم القانوني للمحافظة على كل الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وألا يتحقق انحياز لأحدها لصالح الآخر، فتشهد هذه المحاكمة نموذجاً للتوازن بين عدد من القيم الدستورية لكي تؤكد وحدة الدستور وتكامله².

لقد عُدَّ المبدأ من المبادئ الدستورية في كثير من التشريعات، حول تقديره باعتباره أحد المبادئ الأساسية في التشريعات الجنائية، إذ لم يسلم هذا المبدأ من النقد الذي تمثل كالاتي:

¹ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص 12.

² زحل محمد الأمين، المرجع السابق، ص 28.

يؤدي هذا المبدأ بالتشريع الجنائي إلى العجز عن مواجهة التطور في الحياة وتغيير الظروف الاجتماعية والاقتصادية، لأن المشرع عند صياغة النصوص المتضمنة للتجريم والمقررة للعقاب لا يمكن أن يحيط بكل ما قد تتمخض عنه ظروف الحياة الاجتماعية، وهذا من شأنه إضرار بالجماعة¹.

تعارض المبدأ مع نظام تفريد العقاب إذ يعاب على المبدأ أن يفترض الجريمة كيانا قانونيا متجزئا عن شخص مرتكبها، ويحدد العقوبة وفق الأضرار المادية للجريمة لا وفق الخطورة الكامنة في شخص مرتكبها.

إن هذا المبدأ لا يتفق مع الاتجاهات الدستورية الحديثة في تفويض السلطة التشريعية السلطة التنفيذية اختصاص إصدار قرارات لها قوة القانون.

مخالفة مبدأ الشرعية لمبادئ الأخلاق على أساس أن المشرع لا يمكنه أن يحد من جميع الأفعال النافية للأخلاق على المستوى الفردي ليجرمها ويضع لكل منها عقوبة تلائمها.

على الرغم أن هذا المبدأ يضمن العدالة عندما يعلم الفرد مقدما أنه يرتكب فعلا من الأفعال المعاقب عليها، إلا أن هذا القول يعارض رأي من يذهب إلى حتمية الجرائم وعدم اختيار الفرد فيها لأن أصحاب هذا الرأي يرجحون وقوع الجريمة إلى أسباب وعوامل متى ما توافرت كان وقوعها حتميا².

ولأنه لا يمكن لجميع الناس الإطلاع على العقوبات والجرائم المنصوص عليها في القانون حتى يتجنبوها، وبالتالي فإن هذا المبدأ لا يحقق المساواة بين الأفراد في المجتمع ولا يحقق العدالة.

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1989، ص 130.

² عدنان الخطيب، المبادئ العامة في مشروع قانون العقوبات الموحد، ج01، مطبعة جامعة دمشق، 1961، ص 47.

ونظرا لهذه الانتقادات فقد قام مؤيدوا هذا المبدأ بالتصدي والرد عليها مضيفين إلى حججهم ما يؤيد ضرورة الأخذ به، حيث تمثلت هذه الردود كالآتي:

- هذا المبدأ يؤدي بالتشريع إلى الجمود والعجز نتيجة لثبات القواعد الجنائية بسببه، قول مردود لأنه لا يمكن مواجهة الحالات الجديدة المتطورة بواسطة التشريع دائما¹.
- لا تعارض بين مبدأ الشرعية وبين العقاب، لاعتراف المشرع للقاضي سلطة تقديرية يستطيع من خلالها أن يحدد عقوبة تتلاءم وظروف الجاني، منها أن ينص القانون على عقوبات مختلفة مخيرا للقاضي في تطبيق أي منها بما يلائم ظروف الجاني.
- أن مبدأ الشرعية يتفق مع الاتجاهات الدستورية الحديثة التي منحت للسلطة التنفيذية حق التشريع سواء بتفويض عن السلطة التشريعية أو مباشرة منها في الظروف الاستثنائية.
- يقوم بكفالة حقوق الأفراد وحررياتهم لعلمهم المسبق بما هو مباح من أفعال، وما هو محظور عليهم، و بذلك يمارسون حقوقهم وحررياتهم خوف من تعسف القضاة.
- أن القول بحتمية الجريمة وإنكار مبدأ حرية الاختيار كما سبق لدى الفاعل يقود إلى نتيجة خطيرة أخرى مفادها أن لا محل لإمتناع مسؤولية الفاعل إذا انتفت حرية الاختيار لديه طالما كان وجوده مبعث خطر على المجتمع، فالمصاب مثلا بعاهة عقلية يكون مسؤولا عن الخطورة الكامنة في شخصه ولكن لا عقاب عليه.
- هذا المبدأ حقق العدل والمساواة بين جميع الأفراد حيث يجعلهم سواسية أمام القانون لأن المشرع نص على التجريم والعقاب مسبقا، وبطريقة عامة ومجردة دون أن يعلم مسبقا بمن سوف يقوم بارتكاب الجريمة.

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لهذا المبدأ فقد اتفق أغلب الفقهاء على ضرورة بقاءه في قانون العقوبات، وقد وردنا تأكيد في العديد من المؤتمرات الدولية، كمؤتمر جمعية قانون

¹ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص73.

العقوبات الدولية المنعقدة في باريس عام 1936¹، ومؤتمر جمعية القانون المنعقد في "لاهاي" عام 1937، كما تم تأكيده في المؤتمر الدولي الرابع للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة المنعقدة في "ميلانو" عام 1956، إذ جاء في قراراته أن الروح الحقيقية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة يجب أن تتجلى في الأهمية الكبيرة التي تعلقها على وسائل الوقاية من الجريمة، وأن أعمال الوقاية لا يمكن ممارستها إلا مع الاحترام التام للكرامة الإنسانية، وذلك بالتمسك التام بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وفي إقامة الضمانات التي من شأنها أن تؤمن حقوق الفرد بصورة عملية².

وبالتالي يتضح ضرورة بقاء هذا المبدأ باعتباره مبدأ قانوني ودستوري، وعلاوة على ما تقدم قد تبني هذا المبدأ المجتمع الدولي في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث نصت المادة 11 منه: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريء إلى أن يثبت إرتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه، ولا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل يكن في حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطني الدولي، كما لا توقع عليه أي عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي". وقد منح الدستور الجزائري قيمة دستورية لهذا المبدأ، إذ نصت عليه المادة 58 حيث جاء فيها: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل إرتكاب الفعل المجرم"³.

الفرع الثاني: الأساس الدولي لمبدأ الشرعية.

الشرعية وفقا للقانون الدولي، تعني مدى توافره قواعد القانون الدولي من تشريعات تنظم بها حقوق الأفراد والجماعات على المستوى الدولي، والتي غالبا ما تجدد سندها في المواثيق الدولية

¹ محمود نجيب حسني، المرجع نفسه، ص133.

² بن صافية رابح و آيت خوجة أحمد، المرجع السابق، ص19.

³ عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام نظرية الجريمة- نظرية الجزاء الجنائي، ط02، دار هومة

الجزائر، سنة 2013، ص.49

التي تشارك في إصدارها دول عديدة وتضع لها آليات التنفيذ ما يضمن إنزال نصوصها إلى أرض الواقع العملي¹.

وسوف نتناول مبدأ الشرعية في عنصرين مهمين الأول في مفهوم الشرعية في القانون الدولي، والثاني الشرعية والمواثيق الدولية.

أولاً: مفهوم الشرعية في القانون الدولي:

الشرعية في القانون الدولي تعني مدى توفره قواعد القانون الدولي من نصوص تهدف من خلالها إلى الحفاظ على حقوق وحرية الأفراد داخل المجتمع الدولي، ذلك أن القانون الدولي شأنه شأن القانون الداخلي، وجد لينظم حياة الأفراد من خلال وجودهم في المجتمع الدولي المتشابك، والذي يحتاج بدوره لقواعد تشارك في وضعها جميع الدوال بغية تنظيم حياة الناس بصورة يرتضيها جميع أفراد المجتمع الدولي، وتحقيق العدل والمساواة للجميع وتصون كرامتهم الإنسانية وحقوقهم وحريةهم الأساسية، تحت مظلة حقوق الإنسان التي ينبغي التقييد بها، لاسيما وأنه منذ نشأة الإنسان وهو يكابد ويجاهد من أجل وضع هذه القواعد التي تنظم حياته وتخلصه من الأخطار والمظالم التي تعرض لها عبر تاريخه الطويل².

لئن كان القانون الدولي العام قد بدأ إقليمياً وطائفيًا، حيث طبق بين دول أوروبا المسيحية في بداية ظهور الدولة القومية في القارة الأوروبية، وخلال فترة السيطرة الأوروبية على شؤون العالم. إلا أن التطور قد انتهى إلى الإتجاه نحو العالمية القانون الدولي العام، بحيث يصبح قانون كل دول بل كل المجتمعات البشرية بغض النظر عن الموقع أو العقيدة أو اللون أو الجنس³.

¹ زحل محمد الأمين، مبدأ الشرعية في النظام الدستوري و الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2015، ص 122.

² زحل محمد الأمين، المرجع نفسه، ص 123.

³ أنور أحمد رسلان، الحقوق والحرية في عالم متغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 239.

وفقا لهذا المفهوم العام لقواعد القانون الدولي وتعاضم دورها بوصفها قواعد صالحة لحكم مجتمع الدول وتحقيق العدل والمساواة لأفراد المجتمع في ظل مجتمع دولي يؤمن بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فإن الشرعية في إطار القانون الدولي تعني التوفيق بين سيادة الدولة على إقليمها، وكذلك سلطات الهيئات والمنظمات الدولية والذي تتم بموجبه الموازنة بين حق الدولة في أن تمارس سيادتها الكاملة على سائر أراضيها، وبين سلطات المنظمات الدولية مثل الأمم المتحدة في المحافظة على الأمن والسلم الدوليين، في ظل قانون دولي عام يتيح لها الاضطلاع بهذا الدور، إذن الأمم المتحدة منذ نشأتها ومن خلال جميع الوثائق التي أصدرتها أو تلك التي صدرت تحت رعايتها، كانت تهدف إلى وضع قواعد عامة تحقق الاستقرار والرفاهية لأفراد المجتمع الدولي وتحسن العلاقات فيما بين الأمم¹.

إن الشرعية وفقا للقانون الدولي الحديث، تعني خضوع الجماعة الدولية لأسس وأحكام العدالة التي أقرها المجتمع الدولي، وتمثلها منظمة الأمم المتحدة والمنظمات التابعة لها، وذلك لما حققته من إجماع دولي، كما تعني أيضا مدى شرعية قواعد القانون الدولي في تحقيق الأهداف السابقة. ووفقا لذلك تعد الوثيقة المنشئة لهذه المنظمة أحد المصادر الهامة للشرعية الدولية، وتحتل الوثيقة القانونية التي تنشأ بمقتضاها المنظمة الدولية، أهمية كبرى في نطاق النظام القانوني للمنظمة الدولية، حيث تعتبر المصدر الرئيسي لذلك النظام، فهي تتضمن كافة القواعد القانونية تفصيلية في المستقبل بواسطة الأجهزة الرئيسية للمنظمة، ومن ثمة فإن هذه الوثيقة تكون قمة الهرم في تدرج القواعد القانونية الخاصة بالمنظمة².

¹ زحل محمد الأمين، المرجع السابق، ص 124.

² صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 31.

ثانيا: الشرعية في المواثيق الدولية.

تستمد الشرعية الدولية أسس وجودها من نصوص المواثيق والمعاهدات الدولية التي تشارك في وضعها الدول بعد استشارتها للحاجة إلى التنظيم موضوع معين له من الأهمية والضرورة ما يجعل من الاهتمام به شأنا عالميا، عندها تسعى الدول إلى تقنين هذا الموضوع في شكل اتفاقية أو معاهدة دولية تنضم وتصادق عليها الدول المعنية، بل وتوائم تشريعاتها الداخلية بما يتفق ونصوص هذه الاتفاقية لضمان الالتزام بها على الصعيد الدولي والداخلي¹.

تعتبر المعاهدات الدولية مصدرا من مصادر الشرعية في الدولة، وذلك بعد التصديق عليها من السلطة المختصة، إذ أنها بعد التصديق عليها تصبح جزء من القانون الداخلي، وتلتزم السلطات العامة كما يلتزم الأفراد جميعا باحترامها والوقوف على ما تقرره من أحكام².

فالاتفاقيات الدولية هي أحد أهم المصادر الشرعية الدولية، فيما يختص بالمسائل التي تهم المجتمع الدولي، والتي تحتاج إلى جهود المجتمع الدولي في مجموعه، فيما يختص بتأمين وتقنين عمل مشترك يتشارك في وضعه عدد كبير من الأفراد لمعالجة هذه المسائل، وقد كان ميثاق الأمم المتحدة من أولى هذه المواثيق لمعالجة هذه المسائل، وقد كان ميثاق الأمم المتحدة من أولى هذه المواثيق التي أمنت على هذه المبادئ الهامة، حيث جاء في دباخته:

" أن شعوب الأمم المتحدة آلت على نفسها أن تؤكد من جديد إيمانها: بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء الأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية".

¹ زحل محمد الأمين، المرجع السابق، ص 127.

² محمد عبد الحميد أبو زيد، مبدأ المشروعية وضمان تطبيقه -دراسة مقارنة-، النسر الذهبي للطباعة والنشر عابدين القاهرة، سنة 2002، ص 33.

وفي إطار أهداف الميثاق الرامية إلى الحفاظ على بني البشر وترقية الإنسان داخل المجتمع الدولي المتكامل، أضافت الدباجة وأكدت على عزم شعوب الأمم المتحدة على أن: "تدفع بالرفعي الاجتماعي قدما، وأن ترفع مستوى الحياة في جو من الحرية أفسح".

أيضا اهتم الميثاق بتعزيز السلم العالمي بين شعوب العالم، كههدف من أهداف الميثاق وفي هذا الإطار نصت المادة 01 و 02 منه على: "إنهاء العلاقات الودية بين الشعوب وأن يكون لكل منها تقرير مصيرها، وكذلك إتخاذ التدابير الأخرى الملائمة لتعزيز السلم العالم" وكذا: "تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية وعلى تعزيز إحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء".

كما هو واضح فقد أمنت دباجة الميثاق ومن ثم مواده على المبادئ الأساسية الواردة فيه، والتي تهدف في مجملها إلى تحقيق الشرعية الدولية وحماية الإنسان والتأكيد على حقوقه وحرياته الأساسية في مواجهة دولته، وكذلك في مواجهة غيرها من دول العالم. كذلك نجد أن الأمم المتحدة تتدخل لحماية الأفراد إذا ما كان هناك انتهاك لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية في أي بقعة من بقاع العالم¹.

المبحث الثاني: أهمية وأسس مبدأ الشرعية.

يكتسي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أهمية كبيرة في التجريم والعقاب (المطلب الأول) كما أنه يركز على جملة من الأسس والقواعد الأساسية (المطلب الثاني)، و سيتم تبيان ذلك على النحو التالي:

¹ زحل محمد الأمين، المرجع السابق، ص 128-129.

المطلب الأول: أهمية مبدأ الشرعية.

لمبدأ الشرعية أهمية قانونية بالغة، ذلك لأنه يعين حدودا فاصلة بين أنماط السلوك المشروع وغير المشروع¹، من حيث أنه ضمانا لحقوق الأفراد في الوقت الذي هو حماية للمجتمع². وسيقسم هذا المطلب إلى أهمية المبدأ من حيث إتجاه مصلحة الأفراد (الفرع الأول) من جهة و إلى أهميته إتجاه مصلحة المجتمع (الفرع الثاني) من جهة ثانية.

الفرع الأول: إتجاه مصلحة الفرد:

فمن ناحية المصلحة الفردية يعد هذا المبدأ السياج الحقيقي لحماية الحقوق والحريات الفردية، ذلك أن اسناد مهمة تحديد الجرائم وعقوباتها إلى السلطة التشريعية ضمان لعدم الإعتداء على حقوق الأفراد وحرياتهم من قبل السلطات الأخرى، فلا تملك المحاكم ملاحقة أفعال لم يجرمها القانون ولا تقرر عقوبات غير تلك التي حددتها النصوص التشريعية، كما لا يجوز لسلطات التنفيذ توقيع الجزاءات بأسلوب يغير ما نصت عليه القوانين وذلك بإنذار الأفراد مقدما بما هو محظور عليهم³.

إن الأهمية الأولى لمبدأ قانونية الجرائم والجزاءات أنه ضمان لحقوق الأفراد، ذلك أنه يضع لهم حدودا واضحة كما هو، فيقدمون على الأفعال المباحة وهم آمنين من العقاب⁴، كما أنه يعتبر سياجا منيعا لحماية حقوق الأفراد من تحكم القضاء في تجريم سلوك غير منصوص على تجريمه أو توقيع عقوبة لا ينص عليها القانون. كما أن له في تدعيم فكرة الردع العام، ذلك أن تحديد

¹ عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 49.

² عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 79.

³ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 49.

⁴ سمير عالية، المرجع السابق، ص 49.

الجريمة سلفاً، خاصة في شقها الجزائي، يؤدي إلى تقوية الأثر التهديدي للعقوبة بسبب إحاطة علم الكافة بالعقوبة¹.

وبالتالي ففي ظل هذا المبدأ لا تستطيع السلطة العامة محاسبة الفرد إلا بموجب النص القانوني، بعد أن تبين له ما هو المحظور عليه عمله، فالمبدأ هو المانع الذي يحمي الفرد وحقوقه من طغيان السلطة.

وهناك ما يطلق عليه تسميت حماية الحرية الشخصية، فقد قام هذا المبدأ لعلاج ضد مختلف صنوف التحكم التي عانت منها العدالة الجنائية دهراً طويلاً من الزمان، فهذا المبدأ يضع الأفراد الحدود الواضحة لتجريم الأفعال قبل إرتكابها، فيبصرهم من خلال نصوص محددة جلية لكل ما هو مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مباشرتها، كما يضمن لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم، ويجول بذلك دون التحكم القاضي، فلا يمكن إدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة منسوبة إلى المتهم والعقاب الذي يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل القانون².

الفرع الثاني: اتجاه مصلحة المجتمع.

فتكمن فكرة تحقيق الردع العام في تحذير الأفراد مسبقاً بتخويفهم حتى لا ينجروا إلى إرتكاب الجرائم، فيبتعدوا عن القيام بها، إذ أنه بوجود نصوص التجريم الأفعال وتحدد العقوبات الموازية لها تجعل الفرد على دراية بالنتائج المترتبة في حالة مخالفة لتلك النصوص القانونية ومنه فإن تحقيق الردع العام هو عبارة عن وسيلة وقائية تضمن المحافظة على النظام العام واستقرار المجتمع في آن واحد، ضف إلى ذلك فإن أهمية مبدأ الشرعية لا تتجلى في حماية الأبرياء فقط

¹ عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 49-50.

² أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص 26.

بل أكثر من ذلك، إذ هو يحمي كذلك الجناة من تعسف القضاة كونه يلزم القاضي باحترام وتطبيق ما جاء به نص التجريم عند الحكم بالعقوبة¹.

ورغم لما هذا المبدأ من أهمية فقد رأى فيه البعض حائلا أمام المجتمع في مواجهة الأفعال الضارة بمصالحه والتي تلازم التطور الاجتماعي، كما أنه يقف حائلا أمام القاضي يحول بينه وبين اختيار الجزاء الجنائي الذي يتلائم وشخصية المجرم، ذلك أن هذا المبدأ يفرض على القاضي نوع الجزاء ومقداره بالنسبة لكل سلوك تبعا لجسامته دون اعتداء بدرجة خطورة الفعل الفاعل. وهذا الرأي مردود عليه، فإذا صح أن مبدأ الشرعية يقف حائلا أمام المجتمع في مواجهة الأفعال الضارة بمصالحه، التي تلازم التطور الاجتماعي، فإن علاج ذلك هو تطوير الدول لنصوص التجريم بما يتماشى وتطور المجتمع، سواء عن طريق إصدار تشريعات جديدة، أو تعديل التشريعات القائمة².

فتتحقق المصلحة العامة من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية في مسائل الحقوق و الحريات، باعتبار أن القيم والمصالح التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلي الشعب³.

ومدلول هذا المبدأ يجب أن يستمد من سلطة معبرة كل التعبير عن إرادة أفراد المجتمع ومصالحهم دون إسراف في التجريم والعقاب حتى يقبلها الضمير الجماعي والرأي العام ليؤمن بها أفراد المجتمع، لأنها تعبير عن مصالحهم العادلة والمشروعة⁴.

¹ سعيد بوعلوي ودينا رشيد، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار بلقيس للنشر الجزائري، 2015 ص 64-65.

² عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 50.

³ حسين عصام، المرجع السابق، ص 172.

⁴ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 49.

ويتحقق الردع الخاص عندما تكون العقوبة بالقدر اللازم من الإيلاء الذي يمنع الجاني ذاته من التفكير في العودة إلى ارتكابها مرة أخرى، وهذا أيضا مما يجسد سياسة الوقاية من الجريمة، أما التأهيل فإنه يتحقق عندما يتم تنفيذ الجزاء الجنائي بطريقة تتوافر فيها وسائل التهذيب والعلاج حتى يتمكن الجاني بعد مغادرة المؤسسة العقابية من أن يكون أهلا للتكيف مع المجتمع وأن لا يعود إلى الإجرام مستقبلا، فالتأهيل بهذا الوصف نوع من أنواع الردع الخاص إلا أنه يخلو من عنصر الإيلاء ويغلب عليه عنصر المعاونة على سلوك الطريق السوي في المستقبل¹.

هناك أيضا من ذهب إلى القول بأن مبدأ الشرعية أهمية نفسية أساسها ما للمبدأ من قيمة تثقيفية أو توجيهية ومن جهة أخرى ما يتمتع به قانون العقوبات من قيمة رادعة، فالشرعية الجنائية لها وظيفة تثقيفية أو توجيهية ذلك أن قانون العقوبات يضع قائمة بالأعمال المحظورة ويقدر لكل منها نصيبا من الجساماة عن طريق تقديره للعقوبة التي يضعها لها، فهو إذا مدونة حامية للقيم الاجتماعية، ويأتي دوره التوجيهي من أنه بهذا الوضع يذكر المواطنين بضرورة استمرار بعض المبادئ الأخلاقية الهامة، مثل احترام الحق في الحياة وسلامة أجسام الغير والشرف الحقيقية، والإخلاص في المعاملات والملكية الفردية والاجتماعية، ومن هنا تأتي وظيفة المنع العام للجريمة، أما من جهة ما يتمتع به قانون العقوبات من أهمية رادعة فتبدوا في أن هذا القانون يباشر عن طريق أوامره ونواهيته الموجودة سلفا².

كما ذكرنا سابقا أن مبدأ الشرعية يجب أن لا يؤدي إلى جمود القوانين وإنما يجب أن تتعدد أوجه تطور التشريعات الجنائية، ويتعلق بها توفير حماية المجتمع من الجريمة، لأن مثل هذه الحماية تنعكس على نمط حياة الناس ورفاهيتهم، وبما أن المجتمعات البشرية في حالة تغيير وحركة دائمة فإن التشريعات يجب أن تواكب هذا الواقع لأنها تعد مرآة عاكسة لكافة الأوضاع السائدة، إضافة

¹ صباح مصباح محمود الحمداني ونادية عبد الله الطيف، الدور الوقائي لمبدأ قانونية الجرائم والجزاءات، مجلة جامعة تكريت للحقوقن المجلد 010، العدد 04، الجزء 02، حزيران 2017، جمادى الثاني 1438هـ، ص 14.

² عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، شركة فاس للطباعة، القاهرة، 2004، ص 168.

إلى كونها وسيلة لاستيعاب ما يمكن أن يستجد من مسائل، ومع ذلك فإنه يجب عدم التوسع في أفعال التجريم¹.

وما يبرر هذا المبدأ سياسياً أن الأفراد يعيشون في مجتمع فهذه حقيقة لا مناص من الاعتراف بها شئنا أم أئينا، ولكن من الضروري أن هذا المجتمع لا ينبغي أن يتعسف كثيراً في حرمان الأفراد المكونين له من حقوقهم وحررياتهم فمهمة المجتمع تكمن في المحافظة على النظام العام ولكن هذه المحافظة يجب أن يكون لها حدود تقف عندها، بحيث نضمن لهؤلاء الأفراد الحرية والاستقلالية لكل منهم. فهناك مصطلحتان متعارضتان: مصلحة الفرد ومصالح المجتمع. فمن يكون الحكم الذي يفصل في رفع هذا التعارض لا بد أن نجد الحل في القانون وبالتحديد في مبدأ الشرعية الجنائية الذي يعتبر الحصن الذي يحمي الأفراد ضد تعسف السلطة العامة. فالقانون وحده هو الذي يجب أن يحدد الأفعال المجرمة والعقوبات التي يجب تطبيقها، والقانون وحده كذلك يجب أن يحدد المحاكم المختصة والشكليات التي يجب اتباعها عند المحاكمة، وهو وحده الذي ينبغي أن يحدد الضمانات التي يجب أن تحترم والتي تمكن المتهمين من الدفاع عن أنفسهم فالقانون إذا يجب أن يكون سابق على الأفعال حتى يمكن لنا أن نستبعد الظلم والتعسف والإستبداد.²

المطلب الثاني: أسس مبدأ الشرعية.

بالرجوع إلى نصوص الدستور نجد أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أو مبدأ الشرعية يقوم على أسس هامة وهي حماية الحرية الشخصية والمصلحة العامة، التي تقوم على تولى السلطة التشريعية سن القوانين المتعلقة بالتجريم والعقاب وهو الذي يقف دون استبداد السلطة التنفيذية، أيضاً مجال التجريم والعقاب مقيد بنصوص قانونية مكتوبة تحدد للفرد الفعل المجرم والعقوبة المقررة له والتي توضح سلفاً طبقاً بنص المادة 58 من الدستور: "لا إدانة إلا بمقتضى

¹ صباح مصباح محمود الحمداني، المرجع السابق، ص 16

² محمد الرازي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، ط3، دار أوبا للنشر، طرابلس، الجماهيرية العظمى، 2002، ص33.

قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"، وأيضاً المادة 160 من الدستور التي تنص: "تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية".

و إذا كان الهدف من مبدأ الشرعية هو إقامة توازن في المجتمع بما يضمن حقوق الفرد وحقوق المجتمع، فإن هذا المبدأ قد يصبح مجرد ضمانة شكلية لا تخدم سوى مصالح الدولة وأهدافها لذلك فإن الشرعية في حد ذاتها تحتاج إلى ضمانات من أجل حماية النظام الاجتماعي، وهذه الضمانات أو الأسس هي¹:

الفرع الأول: مبدأ الفصل بين السلطات.

إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يعد نتيجة حتمية لمبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به المفكر والفيلسوف "مونتيسكيو" في القرن 18 في كتابه "روح القوانين" والصادر عام 1749. والذي يقتضي باستقلالية كل سلطة من سلطات الدولة باختصاصها، بحيث لها تجاؤها، فقد أكد "مونتيسكيو" على أنه لن يكون هناك حرية إذا لم يكن هناك فصل بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية، فالقاضي الجنائي لو كان يستطيع أن يخلق جرائم ويحدد عقوبتها ويعاقب مرتكبيها، فكان ذلك تدخلاً صارخاً في عمل المشرع وعلى أن السلطة التشريعية، تعد صاحبة الاختصاص الأصيل بالتشريع باعتبارها ممثلة من قبل أفراد الشعب، فهي التي تضع القوانين ومنها النصوص القانونية الجزائية التي تجرم الأفعال وتحدد العقوبات. أما السلطة القضائية فوظيفتها تطبيق القانون، فليس للقاضي أن يقوم بتحريم فعل غير منصوص عليه في القانون، وليس له أن يتجاوز العقوبة المنصوص عليها سواء بالحكم بأقل من الحد الأدنى أو بالحكم بالأكثر

¹ بارش سليمان، المرجع السابق، ص 13.

من الحد الأقصى المنصوص عليه قانونا وفقا لما نص عليه القانون. أما السلطة التنفيذية فلها دور تنفيذ الأحكام الصادرة من السلطة القضائية وفق القانون¹.

وعليه يقضي باستقلالية كل سلطة باختصاصها ، فالسلطة التشريعية هي التي تضع القوانين (تحدد الجرائم وتقدر العقوبات)، والسلطة القضائية تطبقها عمليا في الأحكام الصادرة عنها أما السلطة التنفيذية فلها دور التنفيذ.

الفرع الثاني: ضمانات دولة القانون.

فالنظام القانوني مرتبط باحترام الدولة للقانون، حيث يكون المشرع مثلا منتخبا من طرف الشعب وهادفا إلى حماية المجتمع والفرد على سواء، وعندما يتولى سلطة التجريم والعقاب فهو يقف دون استبداد السلطة التنفيذية، ثم إن كون التجريم والعقاب بنصوص قانونية مكتوبة متميزة كغيرها من القاعدة القانونية الأخرى بخاصية العمومية والتجريد مما يكسبها الاحترام من الجميع². وأن القانون يجب أن يطبق بأثر مباشر على الوقائع التي ترتكب بعد نفاذه، ولا يجوز أن يطبق القانون بأثر رجعي على وقائع سبقت صدوره، إلا إذا كان أصح للمتهم فقط خروجاً عن هذه القاعدة العامة التي تستلزم سرية القانون على الحاضر والمستقبل، لذلك يجب نشر القانون في الجريدة الرسمية ليعلم الناس به، وبالتالي إن هذا المبدأ ضمان أكيد لحقوق المواطنين وحررياتهم، فلا يمكن أن يسأل أحد المواطنين عن أي فعل لم يصدر بتجريمه قانون، كما لا يمكن أن يعاقب على جريمة إلا بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها³.

¹ حاس القواعرة، احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بين التشريع والقضاء، جامعة العزيز دبي، الإمارات العربية المتحدة مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر (11)، العدد الأول، ص 360.

² منتديات بوابة النشر، منتدى التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر، قسم حقوق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

وسريان النص الجنائي، سنة 2010، تيسمليت <https://www.ouaresemis.com>

³ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 50-141.

ومما لا شك فيه أن قاعدة الشرعية تمثل ضماناً من ضمانات الحرية الفردية في مجال التجريم والعقاب، لأن الخروج عليها من شأنه التأثير على الحريات الفردية، على النحو الذي كان سائداً في الماضي، عندما كان يترك أمر تقييد الجرائم والعقوبات استبداد الحكام وتعسف القضاء¹. فبناءً وتكريس دولة القانون يكمن ذلك في كون إحترام التشريع واجب على جميع سلطات الدولة، وأن القانون يعلو على الجميع، وكل الأفراد يخضعون له مهما كان المركز الذي يحتلونه لأن الهدف من ذلك هو المحافظة على المصالح العامة والخاصة، وحماية الحريات الفردية والجماعية².

¹ نظام التوفيق المجاني، المرجع السابق، ص96.

² د. سعيد بوعللي ودينا رشيد، المرجع السابق، ص63.

الفصل الثاني

تطبيقات مبدأ الشرعية

ينطبق مبدأ الشرعية على تعريف الجرائم وعلى تحديد العقوبات وتدابير الأمن التي تطبق على شخص معين، ويتعين على السلطات الثلاث مراعاة هذا المبدأ. فلا يجوز للقاضي تجريم فعل لم يجرم بنص أو توقيع عقوبة لم يرد بها نص، كما لا يجوز له أيضا استعمال القياس في التجريم والعقاب. ولما كان التجريم والعقاب من إختصاص السلطة التشريعية فلا تملك السلطة التنفيذية مباشرة هذا الإختصاص، وعلى السلطة التشريعية أن تتوخى الدقة عند وضع النص وأن تسهر على أن يكون ذا أثر مباشر بحيث لا يرجع تطبيقه إلى الماضي.

فعملا بمبدأ الشرعية ليس كل الأعمال المخالفة للنظام العام، مهما بلغت خطورتها تعرض مرتكبيها للعقاب بصفة تلقائية، وإنما يتعرض منها للعقاب ما هو مجرم بنص فحسب، ومن ثم لا تشكل جريمة تستوجب العقاب إلا أعمال المنصوص والمعاقب عليها بنص سواء في شكل قانون أو في شكل لائحة تنظيمية، ويقتضي بمبدأ الشرعية أن تكون الجريمة محددة وأن يكون التجريم واضحا¹.

وتتطلب دراسة هذا الفصل تقسيمه إلى مبحثين متطرفين فيه إلى دراسة النتائج المترتبة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (المبحث الأول). وإلى دراسة نطاق تطبيق العقوبات (المبحث الثاني). وذلك على النحو الآتي بيانه:

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط17، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص76.

المبحث الأول: النتائج المترتبة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

إن الأخذ بمبدأ الشرعية أعطى الكثير من النتائج التي بدورها كانت المرآة التي تعكس الصورة الإيجابية للمبدأ. وتتعدد النتائج التي تترتب على المبدأ والأخذ به فهناك نتائج تخص المصدر الذي أعتد عليه في القانون الجزائي في إتيان النصوص القانونية، وهناك نتائج تخص التفسير الذي تخضع له النصوص الجزائية.

وقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين من حيث حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع في المطلب الأول ، أما المطلب الثاني خصص إلى دراسة تفسير النصوص الجنائية.

المطلب الأول: حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع:

إن حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع يعني أن التشريع هو المصدر الوحيد والمباشر لقواعد التجريم والعقاب، وأن غيره من المصادر الأخرى مستبعدة المصادر المباشرة، وإن كان يمكن أن يكون لبعضها دور غير مباشر في هذا المجال.

وقسم هذا المطلب إلى فروع وهي التشريع هو المصدر الوحيد والمباشر للتجريم والعقاب (الفرع الأول)، و إلى المصادر غير المباشرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التشريع هو المصدر الوحيد والمباشر للتجريم والعقاب:

إن مقتضى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية المكتوبة، فلا تخلف جريمة ولا يعدل نطاق التجريم ولا تقرر عقوبة ولا يعدل نطاق العقاب إلا بنص تشريعي مكتوب¹.

¹ عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 71.

ويترتب على ذلك أنه إذا لم يكن مكتوبا بين الفعل الجرم ويحدد العقوبة المقررة له وجب على القاضي أن يحكم ببراءة المتهم مهما كان الفعل في نظره خطيرا يستحق التجريم والعقاب أو كان مخالفا للعرف أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو القواعد الإجتماعية والأخلاقية¹، أو كان المنطق والعقل يقضيان بالتجريم، فالقاضي الجنائي لا سبيل أمامه من أجل الإدانة إلا الاستناد إلى نص قانوني سابق في الوجود على الأفعال المرتكبة. وقد أكد المفكر والفيلسوف "مونتيسكيو" على ذلك بقوله أن: "القضاة لا يجب أن يكونوا إلا ناطقين بلسان حال النص القانوني"².

والتشريع هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة وفقا للدستور، فالتشريع يجب أن يتضمن إذا قواعد قانونية. ومن صفات القاعدة القانونية العموم والتجريد أي يجب أن يتناول جميع الأشخاص الذين يتوافر فيهم شروط التجريم دون تمييز فالتشريع هو إختصاص أصلي للسلطة التشريعية فتستطيع أن تجرم من الأفعال ما شاء وأن تفرض العقوبة التي تراها مناسبة³. ولهذا يعتبر من قبيل المصادر المباشرة للتشريع الجنائي ما يلي:

أ) الدستور:

ترتبع القواعد القانونية الدستورية على قمة التدرج الهرمي للقواعد القانونية، وتتضمن بصفة أساسية بالنسبة للقانون الجنائي بمعناه الواسع قواعد الشرعية الجنائية والتي استنادا إليها تحقق الحماية الدستورية والرقابة الدستورية لقواعد هذا القانون.

و على هذا تعتبر القواعد الدستورية من أسمى القواعد القانونية في الدولة إذ يأتي الدستور في قمة الهرم القانوني السائد فيها. وهي من أولى القواعد القانونية التي توجب خضوع باقي القوانين

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 53.

² حاس القواعد، المرجع السابق، ص 362.

³ محمد العوا، المرجع السابق، ص 29.

لها وإلا تعرض تصرفها للإلغاء¹. ومخالفة تصرف الإدارة للدستور إما أن تكون مخالفة مباشرة وذلك بأن تصدر الإدارة لائحة أو قرارا إداريا عاما أو فرديا مخالفا لقاعدة دستورية أو أن تكون مخالفة غير مباشرة وفيها لا تخالف الإدارة القاعدة الدستورية بل يجيء تصرفها مطابقا للقاعدة أو نص تشريعي مخالف للدستور ففي الحالة الأولى يخضع تصرف الإدارة لرقابة القضاء الإداري دون جدل أو خلاف، أما الحالة الثانية فالحكم بعدم مشروعية عمل الإدارة لابد من الرجوع إلى دستورية القانون الذي استند إليه عمل الإدارة، وهنا تشار الرقابة في دستورية القوانين، ففي فرنسا نظرا إلى وجود المجلس الدستوري الذي يختص بالنظر في دستورية القوانين متعللاً بأن وظيفته هي مراقبة السلطة الإدارية وليس التشريعية، وبذلك يكون تصرف الإدارة بمنأى عن قرار الإبطال لعدم الدستورية².

ب) المعاهدات الدولية:

يسري مبدأ إنفراد التشريع في المسائل الجنائية على كل الجرائم الوطنية والجرائم الدولية ويدق الأمر بالنسبة إلى هذا النوع الأخير من الجرائم إذا ما تضمنته اتفاقيات دولية ومن المؤكد أن التحريم والعقاب يعد من المسائل التي تدخل في السيادة التشريعية للدولة، ومن ثمة يجب أن يكون القانون الوطني هو مصدرها، فإذا انضمت دولة إلى اتفاقية دولية تجرم أفعالا معينة بأن التصديق على هذه الاتفاقية وأن إعطاءها قوة القانون الداخلي. ولقد لوحظ أن بعض الاتفاقيات الدولية تتضمن عبارات غامضة أو مرسلة بشأن العقوبات، مثل عبارة " العقوبات

¹ علي يونس السيجاري، مركز الإدارة في دعوى الإلغاء والقضاء الكامل، المرجع الإلكتروني للمعلوماتية،

<http://almerja.com/reading.php?idm=50501>

² محمود حافظ، الرقابة على أعمال الإدارة، مبدأ المشروعية، ط01، د د ن، الإسكندرية، مصر، 1982، ص12.

الملائمة التي تضع في اعتبارها الطبيعة الجسيمة للجرائم¹. وعبارة: " الحبس أو غيرها من العقوبات المقيدة للحرية والحكم بالغرامة والمصادرة"².

تنص المادة 150 من الدستور الجزائري على أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون، ومن هذا المنطلق يمكن اعتبار المعاهدات الدولية قانونا، وقد قضي في فرنسا أنه في حالة التنازع بين حكم معاهدة دولية وقانون داخلي فإن الأولوية تكون للمعاهدة الدولية حتى لو صدر القانون الداخلي لاحق للمعاهدة الدولية³.

ت) أعمال السلطة التنفيذية:

ويقصد بها على وجه الخصوص الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية والمراسيم الصادرة عن السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية ورئيس الحكومة والقرارات الصادرة عن الوزراء والولاة ورؤساء البلديات.

أ/ الأوامر:

اختلف الفقه في وصف الصادرة عن رئيس الجمهورية فمنهم من كيفها على أنها قوانين بالنظر إلى موضوعها ومنهم من كيفها على أنها نصوص تنفيذية بالنظر إلى شكلها والجهة التي صدرت عنها والمتمثلة في رئيس الجمهورية وهو صاحب السلطة التنفيذية. وبالرجوع إلى الدستور الجزائري 16-01 المعدل و المتتم لدستور 1996 الذي تم المصادقة عليه في 28 نوفمبر 1996 نجد أنه أجاز في حالات استثنائية لرئيس الجمهورية التشريع بأوامر بنصه في المادة 124: " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان"، وأضافت نفس المادة في فقرتها الثانية على أن: " يعرض رئيس الجمهورية النصوص

¹ اتفاقية تجريم الأعمال غير المشروعة ضد أمن الملاحة البحرية الصادرة في 10 مارس 1988.

² اتفاقية الأمم المتحدة ضد التجارة غير المشروعة في المخدرات الصادرة في فينيا في 20 ديسمبر سنة 1988.

³ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 64.

التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها" و "تعد لاغية إذا لم يوافق عليها البرلمان". كما يجوز لرئيس الجمهورية أيضا التشريع بالأوامر في الحالة الاستثنائية المنصوص في المادة 107 من الدستور: "إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها". وتجدر الإشارة إلى أن معظم النصوص القانونية الأساسية بما فيها قانون العقوبات صدرت في شكل أوامر عن رئيس الحكومة رئيس مجلس الوزراء في الفترة الممتدة بين 1965 و 1977 وهي الفترة التي عاشت فيها الجزائر بدون هيئة برلمانية بعدما تم تحويل الصلاحيات التشريعية إلى مجلس الوزراء بموجب الأمر المؤرخ في 19/06/1965¹.

ب/ المراسيم والقرارات الإدارية:

مما لا شك فيه أن المراسيم والقرارات من أعمال السلطة التنفيذية ومن الجائز أن تتضمن أحكاما جزائية تجرم وتعاقب على بعض الأفعال ولكن في مجال المخالفات فحسب، كما تبين ذلك من نص المادة 122-7 من الدستور وهو النص الذي قضى بأن يشرع البرلمان في مجال قواعد قانون العقوبات، لاسيما تحديد الجنايات والجرح ولم يذكر المخالفات فاتحا الباب أمام التشريع عن طريق التنظيم في مجال المخالفات².

1/ المراسيم: يميز الدستور الجزائري بين المراسيم الرئاسية التي تصدر عن رئيس الجمهورية وهو ما نصت عليه الفقرة السادسة من المادة 77 من الدستور. ولها طابع الإستقلالية، أما الثانية فيصدرها الوزير الأول لتطبيق القوانين³، وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 85 من الدستور 2016.

2/ القرارات الإدارية:

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 73، 74.

² أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص 75.

³ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 59.

يقصد بها القرارات التنظيمية الصادرة عن الوزراء والولاة ورؤساء البلديات، فرغم أن القرارات الوزارية ليس من طبيعتها أن تتضمن أحكاما جزائية، إلا أنه نجد أن القرارات الولائية والبلدية كثيرا ما تكون تتضمنها، وتكون محصورة في المخالفات¹. فقد نصت المادة 459 ق ع على جزاء مخالفة المراسيم أو القرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية، فجاء نصها كالتالي: " يعاقب بغرامة من 30 إلى 100 دج ويجوز أن يعاقب بالحبس لمدة ثلاث أيام على الأكثر كل من خالف المراسيم أو القرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقب عليها بنصوص خاصة"².

الفرع الثاني: المصادر غير المباشرة.

أولا: العرف:

يعتبر مصدرا غير مباشر لقانون العقوبات، كل قاعدة غير جزائية تحيل إليها صراحة أو ضمنا قاعدة جزائية مجرمة أو مبررة، بحيث يتوقف وجود القاعدة الجزائية على وجود غير الجزائية وما شابهها، فالعرف يمكن أن يكون مصدرا مباشرا من مصادر القواعد القانونية عامة وفروع القانون الخاص تحديدا في نطاق قانون العقوبات ليست له هذه القيمة، فطالما أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو الذي يهيمن على مصادر قانون العقوبات فلا يمكن اعتبار العرف مصدرا للتعريم والعقاب، لأن ذلك يتعارض صراحة مع مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"³.

والعرف هو تلك القواعد التي تدرج الناس على إتباعها في أمورهم ومعاملاتهم والتي يعتبرونه بأنه ملزم لهم في الوجه القانونية، وبالتالي لعرف عنصران مادي ومعنوي.

*العنصر المادي: وجود عادة أو تعامل بين الناس على وجه مخصوص.

¹ عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 57.

² المادة 459 من ق ع.

³ سمير عالية، المرجع السابق، ص 64.

*العنصر المعنوي: شعور الناس بأن هذه العادة أصبحت ملزمة لهم من الوجهة القانونية.

*من حيث المبدأ: لا يجوز إعتبار مصادر القانون الشرعية الإسلامية والعرف مصدرا للتحريم والعقاب، والسبب في ذلك يعود إلى أن العودة إلى هذه المصادر يهدم مبدأ الشرعية ويؤدي إلى خلق جرائم وعقوبات لم ينص عليها القانون¹.

لئن كان من المسلم به أن العرف أو غيره من مصادر القانون غير المكتوب لا يصلح مصدرا للتحريم والعقاب، إلا أنه من الجائز الرجوع إليه في حالات استثنائية معينة وهي:

الإستثناء الأول: حالات إستبعاد العقاب كما في حالات أسباب الإباحة:

من المتصور أن يكون العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدرا لهذه الحالات، وتبرير ذلك أن مجال الشرعية مقتصر على التحريم والعقاب. ولذلك يهدمه أن يكون غير النص التشريعي مصدرا للتحريم والعقاب، ولكن لا شأن لهذا المبدأ بحالات إستبعاد العقاب ولذلك يجوز أن يكون غير النص التشريعي مصدرا لها، ومن أمثلة ذلك حالات الإباحة التي ترجع إلى العرف كتأديب الآباء لأبنائهم، وحالة ثقب آذان البنات من غير طبيب مختص، وحالة عدم العقاب على جريمة الفعل الفاضح العلني لمن يظهر بلباس البحر على الشواطئ².

الإستثناء الثاني: حالة الاحتياج لحل مسألة لا سبيل لها بغير العودة للعرف: في هذه

الحالة فإن العرف يلعب دورا ثانويا في مجال التحريم والعقاب، إذ قد يكون تحديد دلالاته بعض المفاهيم الداخلة في البناء القانوني لبعض الجرائم من قبل القاضي الجنائي مستندة مباشرة إلى ضوابط مستمدة من العرف. ومثال ذلك: جريمة الفعل الفاضح والمخل بالحياء المادة 334 قانون العقوبات، وجريمة هتك العرض 336 قانون العقوبات. فهاتان الجريمتان

¹ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص94.

² محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص96.

يستلزمان لوقوعهما إرتكاب فعل مخل بالحياء وتقدير ما إذا كان الفعل الذي ارتكبه الجاني مخلًا بالحياء أم لا، ومدى جسامة هذا الإخلال يكون بالرجوع إلى العرف الجاري والأحوال البيئية التي ينتمي إليها المخني عليه¹.

الاستثناء الثالث: حالة العودة إلى قانون غير جنائي لحل قضية جنائية:

عندما يعود القاضي إلى قانون غير جنائي لحل قضية جنائية، فله أن يعود إلى مصادر هذا القانون، مثل جريمة الزنا المادة 339 قانون العقوبات، يعود القاضي إلى قانون الأحوال الشخصية للثبوت من صحة عقد الزواج وله أن يعود إلى العرف و الشريعة الإسلامية إذا احتاج إلى ذلك. وكذلك في جريمة السرقة يعود القاضي إلى القانون المدني في مسألة تحديد ملكية الشيء المسروق وله أن يعود إلى مصادر القانون المدني².

ثانيا: المبادئ العامة للقانون.

يقصد بها تلك المبادئ المستخلصة والمستنبطة من روح النصوص القانونية ومن المبادئ الفلسفية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية من قبل القضاء ويعلنها في أحكامه فتكتسب قوة إلزامية وتصبح بذلك مصدرا من مصادر المشروعية³. ويتعين على الإدارة احترامها وعدم الخروج عنها. ونظرية المبادئ العامة للقانون ذات أصل قضائي عمل مجلس الدولة الفرنسي على إظهارها واستنباطها من خلال أحكام له أدى إلى ظهور نظرية متكاملة لتحل محل المبادئ الدستورية المنهارة بسبب الإحتلال دفاعا عن الحقوق والحريات العامة وحرصا على إستمرار العمل بمبادئ الحرية الفردية⁴. زيادة على ذلك فإن المبادئ العامة للقانون أهمية في تعويض النقص النسبي للقواعد

¹ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص336.

² حاس القواعة، المرجع السابق، ص363.

³ حلمي دقدوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 1989، ص229.

⁴ أحمد لخماس، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1986، ص28.

القانونية المكتوبة في مجال القانون الإداري¹، ومن أمثلة المبادئ القانونية العامة مبدأ المساواة أمام القانون والمساواة أمام الضرائب والمساواة في إستعمال الأموال العامة وعدم رجعية القرارات الإدارية ومبدأ تخصيص المؤسسات العامة... الخ².

المطلب الثاني: تفسير النصوص الجنائية.

إن تفسير القاعدة القانونية عامة والقاعدة القانونية الجنائية خاصة، عملية تقوم استجلاء واستكشاف الغرض من المعاني الواردة في النص الجنائي والتي قصدها المشرع من وضعها أو هو أي التفسير تحري المعنى الحقيقي للنص التشريعي ويبدو التفسير ضرورة عندما يصدر قانون يشوب بعض مواد غموض أو تنقصه الدقة والتحديد، وتبدو الحاجة أكثر إليه أثناء التطبيق لما يثار من لبس وغموض في النص خلاله أي التطبيق³.

وقد تم التطرق في هذا المطلب إلى: تعريف التفسير وأنواعه (الفرع الأول)، ثم إلى قواعد التفسير (الفرع الثاني)، وأخيراً إلى القياس وأثره في التفسير الجنائي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التفسير وأنواعه.

أولاً: تعريف التفسير.

إن مضمون القاعدة القانونية يمثل إرادة المجتمع في حماية المصالح الإجتماعية لذا يجب أن تراعي هذه المصالح عند تفسير القانون، وهذا لا يتم إلا بتحديد إرادة المشرع من القانون الذي سنه حتى يطبق تطبيقاً سليماً، فالتفسير إذن هو تحديد المعنى الذي يقصده المشرع من ألفاظ النص لجعله صالحاً للتطبيق على وقائع الحياة⁴.

¹ أحمد عودة الغويري، القضاء الإداري الأردني، ط01، جامعة مؤتة، 1997، ص25.

² محمود حافظ، المرجع السابق، ص19.

³ عبد الله اواهيبية، المرجع السابق، ص111.

⁴ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص54.

ويأتي دور القاضي لتحديد المعنى الذي قصده المشرع من عبارات النص بالنسبة للوقائع التي تندرج تحته، والهدف من تفسير النصوص الجنائية يتمثل بتحليل ألفاظ النص والكشف عن مدلولاته وتحديدتها ورفع كل غموض أو لبس¹.

إذ أن قانون العقوبات يمتاز عن بقية القوانين في عدم جواز القياس في قواعد التجريم والعقاب، لأن ذلك يخالف مبدأ الشرعية، وهذا ما أكده المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات الذي عقد بباريس عام 1937، إن مبدأ الشرعية ينتج عنه حتما إستبعاد القياس في تفسير النصوص الجنائية².

لذلك لا يملك القاضي القياس في قانون العقوبات فيما يتعلق بالتجريم والعقاب فعلى القاضي أن يتقيد بالقانون المكتوب وأن يصل إلى معرفة قصد وإرادة المشرع من عبارات النص حتى يطبقه على الواقعة المعروضة عليه، سواء كانت جنائية أو جنحة، وهناك قاعدة أساسية في تفسير قانون العقوبات تقضي بأن الشك يفسر لصالح المتهم، فإذا احتمل النص أكثر من تأويل يجب تفسيره على التأويل الذي هو في مصلحة المتهم، لأن الأصل في الأشياء الإباحة والأصل في الإنسان البراءة حتى يثبت العكس³.

وعليه يقصد بالتفسير تلك العملية العقلية التي تستهدف إستظهار إرادة المشرع من خلال الألفاظ والعبارات التي تتكون منها القاعدة الجنائية، كمقدمة لتطبيقه على الواقعة المعروضة بما يتناسب وغاية النظام القانوني، دون المساس بألفاظه وعباراته، ودون تحويل إرادة المشرع عن مقصدها. ويختلف نوع تفسير القاعدة الجنائية باختلاف الزاوية التي يجري عليها التمييز، ولما كان التجريم والعقاب يتضمن أخطر تحديد لحقوق الأفراد وحررياتهم فإن القاضي الجزائي مقيد

¹ محمد نجيب حسني، المرجع السابق، ص 83.

² أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، 431.

³ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 55.

حين تفسيره للقاعدة الجنائية بجملة من المبادئ يفرضها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإلا كان ذلك خروجاً عن هذا المبدأ¹.

ثانياً: أنواع تفسير القاعدة الجنائية:

إن أهم أنواع التفسير هو ما كان بحسب مصدره أولاً، وبحسب وسيلته ثانياً.

1/ التفسير بحسب مصدره:

يقسم التفسير بحسب مصدره إلى تفسير تشريعي و تفسير قضائي وتفسير فقهي.

أ) التفسير التشريعي أو الرسمي:

هو الذي يقوم به المشرع ذاته، ويأخذ صورة نصوص قانونية يصدرها المشرع لتوضيح المعنى الذي قصده من نصوص أخرى، وقد يكون صادراً مع ذات القاعدة محل التفسير وقد يكون في وقت لاحق على صدور القاعدة محل التفسير، ومثال النوع الأول وهو في الأغلب ما تلجأ إليه التشريعات المختلفة في تعريف عدد من الكلمات الواردة في صلب القانون².

ب) التفسير القضائي:

وهو التفسير الذي يصدر عن القاضي الجنائي عندما يتصدى للفعل في واقعة معروضة عليه وتتطلب تطبيق نص من نصوص قانون العقوبات فيشوب هذا النص غموضاً ما، والأصل أن يتقيد القاضي الجنائي بنصوص قانون العقوبات، إذا استلزم الأمر تفسيراً ما فإنه يتعين عدم التوسع فيه والبحث بدقة في علة النص وفحواه، وهذا النوع من التفسير ليس له صفة إلزامية عامة حيث يقتصر أثره على الحالة التي صدر بشأنها وعلى ذلك فهو لا يكون ملزماً للقضاء الذي

¹ عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 61، 62.

² نظام التوفيق المجالي، المرجع السابق، ص 101.

أصدره أو قضاء آخر أقل منه درجة. ولكن لا يوجد ما يمنع استئناس المحاكم في درجة أدنى بالتفسير الذي تقرره محاكم¹.

التفسير القضائي هو ما يقوم به القضاء وهو بصدد تطبيق النصوص الموضوعية على الوقائع المعروضة أمامه وهو غير ملزم إلا في حدود القضية التي صدر فيها الحكم القضائي وبالنسبة لأطراف القضية وللمحكمة التي أصدرته².

ت) التفسير الفقهي:

يصدر هذا التفسير عن فقهاء القانون ويشمل كل ما يبيده هؤلاء، من آراء ومقترحات ونقد للنص القانوني المبهم والغامض جراء تحليل هذا النص، وإبرام النقص و الإبهام أو عدم الملائمة أو الإلغاء أو التعديل والتفسير الفقهي يمثل الجانب العلمي والنظري للنص بقصد توجيه النص إلى تحقيق الغرض والهدف الذي وضع من أجله، ويلعب التفسير الفقهي دورا إيجابيا هاما بالتأثير غير المباشر على السلطة المختصة في سن القوانين في أن تعيد صياغة القانون أو تعديله ليواكب التطورات والمتغيرات المستجدة فهو بذلك يُعِينُ المحكمة على تطبيق النص وإن كانت غير ملزمة بالأخذ به³.

2/ التفسير بحسب وسيلته:

إن الأساليب المتبعة في تفسير النص بحسب وسيلته يذهب إلى تفسيرين: تفسير لغوي وتفسير عقلائي.

¹ نظام التوفيق المحلي، المرجع نفسه، ص102، 103.

² محمد الرازقي، المرجع السابق، ص41.

³ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص58.

أ) التفسير اللغوي:

هو أولى خطوات التفسير هي الإستعانة بالأسلوب اللغوي وذلك أمر بديهي، فقبل أن يحدد المفسر مضمون النص ويستخلص قصد المشرع منه لا بد أن يقف على معناه والوقوف على معنى النص يكون من خلال الكشف عن ألفاظه ويفترض ذلك تحديد دلالة كل لفظ على حده ومن ثمة تحديد المعنى الإجمالي للألفاظ، والعدة الأولى للمفسر في ذلك هي اللغة وسيلة التعبير عن الفكر، فيتعين عليه أن يبحث عن المعنى الذي تعطيه اللغة لكل لفظ وقد يكون هذا المعنى هو ما يعنيه المشرع¹.

ب) التفسير العقلائي:

يلجأ إليه القاضي في حالة ما إذا كانت الألفاظ الواردة في النصوص لها أكثر من معنى وأنها لا تعبر عن الفكرة التي ارتضاها المشرع تعبيراً دقيقاً وواضحاً. كما يلجأ إليه القاضي في حالة إذا ما كانت عبارات النص على درجة من الوضوح ومع ذلك يؤدي تطبيق النص إلى نتائج تتعارض مع المنطق، والتفسير العقلائي يهدف إلى البحث عن قصد المشرع والعلة التي من أجلها وجد النص، وذلك بالإعتماد على الأعمال التحضيرية كالمذكرات الإيضاحية والمناقشات البرلمانية فضلاً عن الوسائل السابقة بالمصلحة القانونية التي استهدف المشرع حمايتها بتقريره تجريم السلوك والعقاب عليه².

الفرع الثاني: قواعد التفسير.

يخضع تفسير قواعد قانون العقوبات لثلاث مبادئ أساسية، أولها مبدأ التفسير الضيق لمصلحة المتهم، وثانيها مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم، وآخرها مبدأ جواز القياس في غير نصوص التجريم.

¹ سمير عالية، المرجع السابق، ص 73.

² عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 64، 65.

أولاً: قاعدة التفسير الضيق لمصلحة المتهم:

متى كانت عبارات القاعدة الجنائية واضحة لا لبس فيها فإنها تعد تعبيراً صريحاً عن إرادة المشرع، ويلتزم القاضي بتطبيقها على الواقعة المعروضة عليه، ولا يجوز له بالتالي اللجوء إلى التفسير أي كان الباعث على ذلك، إذ لا اجتهاد في حالة النص الصريح. كما ليس للقاضي أن يمدد تطبيقه على وقائع لم ينص عليها المشرع صراحة، حتى ولو كانت هذه الوقائع شبيهة بالواقعة التي يحكمها النص، وينبغي الإشارة إلى أن قاعدة التفسير الضيق لا تعني بالضرورة التقييد بألفاظ النص إذ قد يحتوي النص على أخطاء مادية تقلب معناه، وفي هذه الحالة يجب على القاضي تصحيح هذا الخطأ بما يتفق مع غاية المشرع غير أنه ينبغي الإشارة إلى عدم الخلط بين قاعدة التفسير الضيق للقاعدة الجنائية وبين جواز التوسع في تطبيق القانون على وقائع لم يكن بمقدور المشرع استيعابها لحظة إصدار القاعدة بشرط أن تكون هذه الوقائع تتماشى مع الصيغة القانونية التي تبين السلوك المحظور¹.

فإذا كان القاضي ملزماً بالتفسير الضيق للنصوص الجزائية التي هي في غير صالح المتهم ومن هذا القبيل النصوص التي تحدد العناصر المكونة للجريمة وكذا تلك التي تحدد العقوبات، فليس ثمة ما يمنع القاضي من تفسير القوانين الجزائية التي هي في صالح المتهم تفسيراً واسعاً ومفسحاً ويدخل ضمن الأحكام الجزائية التي هي في صالح المتهم التي جاء بها المشرع ضماناً للحريات الفردية وحقوق الدفاع ومن هذا القبيل ما تضمنته المواد 100 إلى 105 ق إ ج من إجراءات يتعين على قاضي التحقيق إحترامها تحت طائلة البطلان، عند سماع المتهم عند الحضور الأول أو عند استجوابه في الموضوع وكذا عند سماع الطرف المدني².

ثانياً: قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم:

¹ عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 65، 66.

² أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 78.

إن وضوح النص المتعلق بتحديد الإجرام وبتقرير العقوبة وضوحاً دقيقاً وهذا حتى لا يترك مجالاً للتأويل مما يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تفسير النص الغامض، كما أنه في حالة وجود غموض يلجأ القاضي إلى التفسير الضيق الكاشف للنص الجنائي، والبحث ورائه عن إرادة المشرع، وفي حالة استحالة تفسير النص نكون بصدد شك، والقاعدة المطبقة هنا هي قاعدة "الشك يفسر لصالح المتهم"¹.

لا يثار أي إشكال عندما يكون النص واضحاً، إذ يسهل على القاضي تفسيره وتطبيقه على الواقعة المجرمة، سواء أكان التفسير لمصلحة المتهم أم ضد مصلحته فالقاضي بتفسيره النص الجنائي إنما يسعى إلى الكشف عن إرادة المشرع لا عن مصلحة المتهم، ولكن النص قد يشوبه لبس يجعل عن تفسيره أمراً صعباً وعندئذ لا بد للقاضي من استعمال شتى أساليب التفسير التي تمكنه من الوصول إلى قصد المشرع، فإن توصل إلى ذلك طبق النص أيضاً سواء أكان في مصلحة المتهم أم ضد مصلحته².

ثالثاً: قاعدة جواز القياس في غير نصوص التجريم:

القاعدة أنه لا يجوز القياس إذا تعلق الأمر بنصوص التجريم، ومرد ذلك أن هذا النوع من القياس يؤدي إلى خلق جرائم جديدة دون أن يستند على قاعدة جنائية مكتوبة وهو ما يخالف مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إذ يتطلب وجود نص قانوني مكتوب صادر قبل ارتكاب الجريمة ويجوز القياس في غير نصوص التجريم، أي النصوص المتعلقة بأسباب الإباحة وامتناع المسؤولية وامتناع العقاب وتخفيفه، والقواعد التي تتضمن قيوداً مفروضة على حق النيابة في تحريك الدعوى العمومية، كشرط الشكوى أو الإذن أو الطلب، ومرد ذلك أن مثل هذا التفسير لا يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ لا يؤدي إلى خلق جرائم جديدة أو تقرير

¹ سعيد بوعلوي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص 66.

² عبد الله سليمان المرجع السابق، ص 86.

عقوبات غير منصوص عليها، بل بالأحرى ينطوي على مصلحة المتهم تتمثل في خروج سلوكه من دائرة العقاب¹، ومن أمثلة جواز القياس متى كان في مصلحة المتهم أن المادة 279 قانون العقوبات تنص على أنه: "يستفيد مرتكب القتل و الجرح والضرب من الأعدار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس". ويجوز قياس جريمة الجرح أو الضرب المفضي إلى عاهة مستديمة على الجرائم المنصوص عليها².

الفرع الثالث: القياس وأثره في التفسير الجنائي:

يقصد بالقياس استنباط علة الحكم في قاعدة تشريعية لتطبق ذات الحكم على حالات أخرى توافرت فيها العلة ولم يتعرض لها الشارع، وبعبارة أخرى هو تطبيق حكم الحالة منصوص عليها على حالة أخرى لم يرد فيها نص تشارك في العلة³.

فتنحصر مهمة القاضي في تطبيق القانون لا خلق الجرائم، فلا يجوز للقاضي أن يجرم فعلا لم يرد النص بتجريمه قياسا إلى فعل ورد نص بتجريمه بحجة تشابه الفعلين، أو يكون العقاب في الحالتين يحقق نفس المصلحة الاجتماعية مما يقتضي تقرير عقوبة الثاني على الأول لأن في ذلك إعتداء صريح على مبدأ الشرعية. فالجرائم لا يقررها إلا المشرع، والقاضي لا يملك ذلك قانونا فإذا فعل يكن قد نصَّب من نفسه مشرعا وهو ما لا يسمح به القانون⁴. إذ لا يجوز مقارنة فعل فيه نص تجريمي بفعل آخر لم يرد فيه نص يجرمه، فمثلا قياس فعل الإستيلاء من أجل المنفعة العامة مع السرقة التي جرمتها المادة 350 قانون العقوبات⁵.

¹ عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 08.

² المادة 279 ق ع.

³ عادل قورة، المرجع السابق، ص 45.

⁴ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 85.

⁵ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 66.

وحظر القياس لا يعني حظر التفسير الواسع، ولكن التمييز بينهما عسير وقد اختلف الآراء في تفسير بعض النصوص فيما إذا كان الفعل بحكم معين هو ثمرة القياس أو ثمرة التفسير الواسع ويرى أن معيار التمييز بينهما هو دخول حكم في نطاق نص التجريم أو خروجه عنه، وتوضيحا لذلك تقرر أن لنص التجريم نطاق يحدده المفسر وفقا لما يراه مطابقا لقصد الشارع، فإن دخل الفعل في هذا النطاق فإن الفعل بتجريمه أن يكون على أساس من القياس ولو حدد هذا النطاق على نحو متسع، أما إذا سلم المفسر بخروجه عن هذا النطاق وقال مع ذلك بتجريمه طبقا للنص نفسه فذلك القياس محظور¹.

ويبدو أن حظر القياس وعدم الأخذ به في قانون العقوبات قاصر على حالات التعارض مع مبدأ الشرعية، حيث تقرر قواعد التجريم والعقاب، أما إذا انتفى هذا التعارض جاز الإلتجاء إلى القياس فيما يختص بأسباب التبرير أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب أو موانع رفع الدعوى الجزائية وكذلك الأعدار القانونية والظروف المخففة، فالحالات الأخيرة لا تتعلق بإنشاء الجرائم وتوقيع العقوبات، بل هي على العكس من ذلك تقرر الخروج عليها، ولذلك فإن القياس عليها لا ينطوي على تعارض مع مبدأ الشرعية، بالإضافة إلى ذلك، فإن الأصل في الأفعال الإباحة ومن ثمة فإن القياس عليها يرد على أصل عام لا على مجرد استثناء وقد رسخت في الفقه قاعدة مفادها حظر القياس ضد صالح المدعى عليه وجواز القياس لصالحه².

¹ عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ص 224، 225.

² سمير عالية، المرجع السابق، ص 81، 82.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق قانون العقوبات.

من المسلم به أن القواعد القانونية لا تنشأ لكي تبقى سارية المفعول إلى الأبد، لأن هذه القواعد تمر بمرحلة تشبه تلك التي تمر بها حياة الإنسان من ولادة وحياة وموت فيولد القانون بإصداره ويحيا بتطبيقه ويموت بإلغائه، وبمقتضى هذه المسلمة تتعاقب القوانين في الزمان فينتهي سريان بعضها بالإلغاء ليبدأ سريان بعضها الآخر إلى زمن قد يطول وقد يقصر حسب إرادة المشرع¹. فتتغير النصوص الجنائية من حين لآخر تبعا لإرادة المشرع وتقديره في مواجهة ظاهرة الإجرام ويعني ذلك أن هذه النصوص ليست أبدية، فهي خاضعة للتعديل والإلغاء. وبالإلغاء النص ينقضي مفعوله فلا يطبق على وقائع لاحقة، فصلاحيه النص للتطبيق تتحدد في الفترة التي تلي لحظة نفاذه حتى تاريخ إلغائه. ويعني ذلك أن النص لا يسري على الوقائع التي سبقت وجوده ولا على الوقائع اللاحقة على إلغائه².

فيسري القانون كأصل عام بأثر فوري ومباشر، فأحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب أثر فيما وقع قبلها، ورغم أن قانون العقوبات يخضع لهذا المبدأ إلا أنه ترد عليه بعض الإستثناءات تفرضها طبيعته الذاتية كون أن النصوص الجنائية ليست أبدية بل هي قابلة للتعديل والإلغاء ومواكبة التطور المستمر الذي يعرفه المجتمع في شتى المجالات، فقد يأتي قانون جديد لتعديل قانون كان موجودا قبله وهنا يطرح السؤال، هل يطبق هذا القانون على الماضي أم لا؟ وعلى أساس أي قانون تتم مباشرة المتابعة وتطبيق العقوبة؟ وهذا يطرح ما يعرف بمسألة تطبيق القانون من حيث الزمان. كما قد نصطدم في بعض الأحيان مع مسألة تنازع الإختصاص، لما يرتكب الفعل خارج إقليم الدولة وعندما يكون الفاعل أجنبي، أو يكون الجاني أو الجاني عليه يحمل الجنسية الجزائرية وارتكب فعل في الخارج، أو عندما يرتكب الفعل في الإقليم الجزائري دون أن يكون للسلطة القضائية صلاحية متابعة الجاني.

¹ محمد الرازقين، المرجع السابق، ص51.

² عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص89.

فهنا يمكن طرح التساؤل التالي: على أساس أي قانون تباشر المتابعة ضده وتطبيق العقوبة عليه؟ هل على أساس قانون مكان ارتكاب الجريمة أم على أساس القانون الجزائري؟ وهذا يطرح ما يعرف بمسألة تطبيق القانون من حيث المكان¹.

وقسم هذا المبحث إلى مطلبين، تضمن المطلب الأول على سريان قانون العقوبات من حيث الزمان أما المطلب الثاني تضمن سريان قانون العقوبات من حيث المكان. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: سريان قانون العقوبات من حيث الزمان:

من النتائج الهامة المترتبة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات عدم رجعية القواعد الجنائية المجرمة إلى الماضي، فلا تسري إلى الأفعال السابقة على إصدارها ونفاذها، وإنما يقتصر سريانها على الأفعال اللاحقة لنفاذها، والحكمة من تقرير عدم رجعية القواعد الجنائية المجرمة إلى الماضي هي أن تلك القواعد تتضمن الحد من حريات الأفراد وحقوقهم، وليس من العدل معاقبتهم عن أفعال كانت مباحة وقت أن اقترفوها أو الحكم عليهم بعقوبات أشد من تلك التي كانت مقررة في ذلك الوقت، والقول بغير ذلك يعني محاسبة الأفراد عن أفعال ارتكبت في وقت لا توجد فيه تلك القاعدة الجنائية المجرمة وفي هذا إهدار لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فعدم رجعية القواعد الجنائية المجرمة إلى الماضي مقرر إذن لمصلحة المتهم، ولهذا يكون من المنطقي عدم التمسك بعدم الرجعية والأخذ بالرجعية حيث تكون قواعد التجريم والعقاب أصح للمتهم².

وسنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع: الفرع الأول: عدم رجعية قانون العقوبات على الماضي، والفرع الثاني: رجعية قانون العقوبات على الماضي، والفرع الثالث: شروط تطبيق القانون الأصح للمتهم.

¹ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 67، 68.

² عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 100، 101.

الفرع الأول: مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات على الماضي:

تعد هذه القاعدة أحد أهم نتائج مبدأ الشرعية، وقد وصفت بأنها النتيجة اللازمة Corollaire للمبدأ، وقيل هي جزء منه أو المظهر العملي له¹.

يرى مؤيدي هذه القاعدة أنه " لا يجوز إدانة شخص ما على فعل لم يكن مجرماً وقت ارتكابه، حيث أن النص يطبق فقط على الأفعال التي وقعت منذ لحظة العمل به إلى غاية إلغائه ولا يطبق على الأفعال التي سبقت صدوره لأن أصل النصوص الجنائية لا تسري بأثر رجعي أو بعبارة أخرى لا يجوز تطبيق القاعدة الجنائية إلا على الوقائع التي وقعت في فترة سريانها، فلا يمتد سريانها لوقائع سابقة عن نفاذها، فتحكم القاعدة الوقائع التي وقعت بين لحظتي بداية سريانها ونهايتها بإلغاء أو تعديل، ومن ثم يتوجب على القاضي ألا يحكم على متهم ارتكب فعلاً مجرماً بعقوبة أشد من العقوبة التي كان يقرر لها القانون الذي وقعت في ظلّه².

وقد حرص المشرع الجزائري على تكريس هذه القاعدة، حيث نصت عليه المادة 02 من قانون العقوبات³. ولهذه القاعدة قوة دستورية حيث تنص المادة 58 من الدستور على ما يلي: " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم". وعلى هذا الأساس يخضع تطبيق النص الجنائي إلى قاعدة عدم الرجعية⁴.

أولاً: شروط تطبيق مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات:

يقتضي تطبيق مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات على الماضي توافر شرطين هما:

01/ تحديد وقت العمل بالقانون الجديد:

¹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 90.

² سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 69.

³ المادة 02 من ق ع: " لا يسري القانون الجزائري على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

⁴ عمر خوري، شرح قانون العقوبات القسم العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010-2011، ص 18.

إن تحديد وقت العمل بالقانون الجديد لا يثير أي إشكال إذ أن المرجع في ذلك هو القواعد التي جاء بها الدستور يسري القانون من يوم نشره في الجريدة الرسمية بعد مرور 24 ساعة بالنسبة للجزائر العاصمة، أما بالنسبة للولايات الأخرى يسري القانون بعد مرور 24 ساعة من تاريخ وصول الجريدة إلى مقر الولاية أو الدائرة، ويتم إلغاء بنفس الكيفية¹. وهناك نوعين من الإلغاء:

متى أصبح القانون نافذا فإنه يستمر العمل به من وقت نفاذه إلى أن يتقرر إلغاءه، وقد يصدر الإلغاء من ذات السلطة التي أصدرت القانون، كما قد يصدر من سلطة أعلى، وكما قد يتم الإلغاء تلقائيا كما هو الحال بالنسبة لقوانين المؤقتة، والإلغاء نوعان: صريح و ضمني².

أ) الإلغاء الضمني:

يتكون في حالة تعارض تشريع جديد مع تشريع قديم، أو في حالة صدور تشريع جديد يعيد تنظيم موضوع تولى تنظيمه تشريع سابق على نحو مخالف حيث يستفاد الإلغاء من تعارض النصوص اللاحقة مع النصوص السابقة ووجود ترجيح الأولى على الثانية³.

ويكون ذلك في حالتين:

الأولى: عند تعارض أحكام القانون الجديد مع أحكام القانون القديم: ويكون الإلغاء في هذه الحالة في حدود التعارض بين القانونين، فإذا كان التعارض كلياً بينهما فإنه يترتب على ذلك إلغاء القانون القديم وإحلال الجديد محله، وإذا كان التعارض جزئياً فإن الأمر يحتاج إلى تفصيل، فقد يتحقق التعارض بين قانون قديم عام وقانون جديد خاص. ففي مثل هذا الوضع يكون القانون الجديد الخاص قد ألغى ضمناً القانون القديم العام في حدود ما جاء بتخصيصه

¹ عمر خوري، المرجع نفسه، ص 19.

² علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 107.

³ د. سمير عالية، المرجع السابق، ص 88.

فقط، ويظل القانون القديم العام في حدود ما جاء في تخصيصه فقط، ويظل القانون القديم العام ساري بعد أن يتقطع منه أو يحذف منه الجزء الذي يتعارض مع القانون الجديد الخاص.

والثانية للإلغاء الضمني تتوافر حينما يتناول القانون الجديد تنظيم نفس الموضوع الذي يتناوله القانون القديم إذ يستخلص من ذلك أن القانون الجديد قد ألغى القانون القديم¹.

ب) الإلغاء الصريح:

يفترض هذا الإلغاء أن يأتي قانون جديد ينص صراحة على إنهاء العمل بالقانون السابق ويبدأ هذا الإلغاء من تاريخ صدور ونفاذ القانون الجديد، إذن تكون لحظة نفاذ القانون الجديد هي لحظة إنتهاء القانون القديم²، أو عندما يتضمن القانون الجديد مادة تلغي صراحة أحكام القانون القديم³.

2/ تحديد وقت ارتكاب الجريمة:

المسلم به أن وقت ارتكاب الجريمة هو وقت ارتكاب السلوك المكون لها وليس وقت تحقيق النتيجة الإجرامية، ومرد ذلك أنه بارتكاب السلوك الإجرامي أو الشروع فيه يتحقق الإعتداء على المصلحة القانونية محل الحماية الجنائية، وترتبطا على ذلك فإن جريمة القتل مثلا يتحدد زمان ارتكابها بالوقت الذي تم فيه الإعتداء على حياة الشخص وليس بوقت تحقيق النتيجة الإجرامية، وفضلا عن ذلك فإن النتيجة المتمثلة في إزهاق الروح قد تتراخى بوقت طويل عن وقت ارتكاب السلوك⁴.

¹ عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 107، 108.

² محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 60.

³ عمر خوري، المرجع السابق، ص 19.

⁴ عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 83.

ولكن الإشكال يثور بالنسبة لبعض أنواع الجرائم مثل الجريمة المستمرة وجريمة الاعتياد والجريمة المتتابعة التي تتطلب فترة زمنية لارتكابها.

أ) الجريمة المستمرة:

وهي تلك الجرائم التي تستلزم من الجاني نشاطا إيجابيا أو سلبيا يستغرق فترة زمنية معينة ومعظم الوقت تكون طويلة، فيقوم ركنها المادي على عنصر الدوام و الإستمرارية، كجريمة إخفاء الأشياء المسروقة المعاقب عليها في المادة 387 من قانون العقوبات، فهذه الجريمة تعتبر أنها ارتكبت في ظل القانون الجديد، على الرغم من أن البدء في تنفيذها كان في ظل القانون القديم، ما دام الجاني استمر في تنفيذها في ظل القانون الجديد¹.

ب) جريمة الإعتياد:

وهي التي يقوم ركنها المادي على تكرار الفعل المعاقب عليه لقيام الجريمة، إذ يكفي أن يقع أحد الأفعال في ظل القانون الجديد حتى نطبق هذا الأخير على هذه الجريمة، ومثالها ما نصت عليه المادة 342 من قانون العقوبات، بالنسبة لجريمة الاعتياد على تحريض قصر لم يبلغوا سن التاسعة عشر على الفسق وفساد الأخلاق².

ت) الجريمة المتتابعة:

هي تلك الجريمة التي يقع ركنها المادي في شكل دفعات، ورغم وحدة المشروع الإجرامي ووحدة الحق المعتدى عليه، كما هو الحال بالنسبة لسرقة الماء أو الغاز أو الكهرباء عن طريق

¹ سعيد بوعلوي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص70.

² عمر خوري، المرجع السابق، ص20.

الوصل المباشر للأنبوب الرئيسي وعليه إذا وقعت من هذه الدفعات في ظل القانون الجديد فإننا نطبق عليها هذا الأخير¹.

الفرع الثاني: رجعية قانون العقوبات على الماضي.

إذا كانت المادة 02 من قانون العقوبات تنص على مبدأ عدم رجعية القانون على الماضي، وذلك بعدم تطبيقه على وقائع وقعت في ظل قانون سابق وتطبيقه فقط على ما يقع أثناء نفاذه، فإنها تضع استثناء عليه بتقريرها إمكان تطبيق قانون العقوبات على الماضي متى كان أقل شدة فتنص: " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة"، ويعرف في الفقه الجنائي بـ "القانون الأصلح للمتهم"، ويقصد به القانون الجديد الذي ينشئ للمتهم مركزا أو وضعاً يكون أصلح له بتطبيق القانون الجديد عليه من تطبيق القانون القديم الذي وقعت في ظل سريانه².

كما يفرض هذا المبدأ على القاضي في حالة صدور عدة قوانين بعد ارتكاب الجريمة أن يختار القانون الأصلح للمتهم من بين تلك القوانين، ومن ثم يتعين على القاضي الجزائري أن يختار من بين القوانين الجديدة مثلاً أيهما أصلح للمتهم، فإذا كان أحدهما يخفف العقاب على المتهم أو ينزل بدرجة الجريمة فعلية اختياره، أما إذا ثبت بأنهما يسيئان لمركز المتهم بتشديدهما للعقاب بالرفع من شدة العقاب أو بتغيير وصف الجريمة لوصف أشد من الوصف الذي قرر لها في ظل القانون القديم، فإن القاضي عليه أن يطبق القانون القديم بأثر مستمر، باعتباره القانون الذي وقعت في ظل نفاذه الجريمة واستحالة تطبيق أحد القوانين اللاحقين على ارتكابها، إعمالاً

¹ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص70.

² عبد الله اوهابوية، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، موفم للنشر، 2015، ص123.

بأحكام المادة 02 من قانون العقوبات ، وللقاضي الجنائي وحده السلطة التقديرية في اختيار القانون الأصلح للمتهم¹.

وبالتالي يرى الفقهاء أن ليس في تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم إعتداء على مبدأ الشرعية، طالما تطبيقه لا ينطوي على إهدار الحريات الفردية فتطبيقه يتمشى مع مصلحة المجتمع الذي تخلى عن القانون القديم، ومع مصلحة المتهم لأنه الأصلح له، وعلى هذا النحو تلتقي مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم في وجوب تطبيق القانون الجديد².

الفرع الثالث: شروط تطبيق القانون الأصلح للمتهم.

إن تطبيق مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم، يقتضي التحقق من توافر شروط وهي:

01/ الشرط الأول: أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم:

يتعين على القاضي بداية أن يقرر بأي القوانين يحكم، هل يحكم بقانون وقت ارتكاب الجريمة أم بالقانون الجديد الذي صدر قبل الحكم البات في القضية؟. إن الفيصل في هذه الحالة هو ضرورة التحقق من القانون الأصلح للمتهم، لأنه القانون الواجب التطبيق، وعليه فإن عمل القاضي ينصب على البحث عن أي القوانين الأصلح للمتهم، فإذا ثبت للقاضي أن القانون الجديد هو الأصلح للمتهم وجب عليه تطبيقه عملاً، ولتقرير أي القوانين أصلح للمتهم يجب المقارنة بين الوضعين القانونيين اللذين ينشئهما تطبيق القانون القديم على المتهم من جهة وتطبيق القانون الجديد عليه من جهة ثانية أيضاً. واستخلاص أيهما الأصلح له³.

والسؤال المطروح هنا هو: على أي أساس تتم المقارنة؟ ومتى يكون القانون أصلح للمتهم؟

هنا يجب التمييز بين الضوابط التالية:

¹ سعيد بوعلي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص 71.

² محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 116.

³ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 92، 93.

*ضوابط تطبيق القانون الأصلح للمتهم:

إن وصف القانون بأنه أقل شدة أي أصلح للمتهم يقتضيه أو يرتبط بالقانون الجديد أو هو صفة تلحق القانون الجديد متى جاء لمصلحة المتهم من حيث التنزيل من درجة جسامة الجريمة أو تخفيض العقوبة، ويقتضي تطبيقه المقارنة بين القانون القديم و الجديد بالنسبة للجريمة والعقوبة من حيث جسامة الجريمة و أركانها، ومن حيث العقوبة درجتها وأصنافها، فينص قانون العقوبات على أنه: " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة"¹. وهي المادة التي يمكن أن نستخلص منها ضوابط القانون الجديد الأصلح للمتهم، والملاحظ أن تطبيق القانون الأصلح لا يطرح في بعض المواضع أي إشكال، إلا أنه في آخره يطرح بعض الإشكالات في اختياره².

الضابط الأول: من حيث التجريم:

إن ضوابط تحديد القانون الجديد ما إذا كان أصلح للمتهم أو أنه أتى بأكثر شدة عليه بالنظر للجريمة، فيمتنع تطبيقه، ويتم على النحو التالي:

-تطبيق حكم المادة 27 من قانون العقوبات التي نصت على أنه: " تقسم الجرائم تبعاً لخطورتها إلى جنایات وجنح ومخالفات وتطبق عليها العقوبات المقررة للجنایات أو الجنح أو المخالفات". بحيث إذا نزل القانون الجديد بجسامة الجريمة درجة كان أقل شدة، كأن تكون جنایة في القانون القديم فتصبح في القانون الجديد جنحة، أو أن تكون في القانون الجديد مخالفة كان يعاقب عليها القانون القديم كجنحة³.

¹ المادة 02 من ق ع.

² عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص125.

³ عبد الله اوهابيه، المرجع نفسه، ص126.

- إذا ألغى القانون الجديد نص التحريم، فأصبح الفعل في ظله مباحا أو مشروعاً، وكان القانون القديم يجرمه مهما كانت درجة جسامة هذا التحريم¹.

- إذا أورد القانون الجديد سببا من أسباب الإباحة أو مانعا من موانع المسؤولية أو مانعا من موانع العقاب، يستفيد منه المتهم، وكان القانون القديم قد أغفل النص على مثل هذا السبب أو ذلك².

- إذا أضاف النص الجديد ركنا جديدا إلى الجريمة لم يكن مطلوبا في القانون القديم وكان من شأن تطبيقه على المتهم أن يبرأه لعدم توافره³. الحكم بالبراءة لعدم توافر مثل ذلك الركن في حق المتهم، وبالتالي عدم اكتمال الجريمة بأركانها الكاملة، مثال ذلك أن يضيف القانون الجديد ركن الاعتياد للجريمة فيترتب على تطبيقه على الحالة المعروضة على القاضي فعلى القاضي أن يقضي ببراءة المتهم الذي أتى الفعل المعاقب كجريمة بسيطة طبقا للقانون القديم⁴.

- كما يكون القانون الجديد أصح للمتهم إذا غير من وصف الجريمة من جنائية إلى جنحة، أو من جنحة إلى مخالفة، أو إذا ألغى أحد الظروف المشددة التي تلحق بالجريمة بعد اكتمالها. ويكون كذلك إذا أضاف عدرا معفيا من العقاب أو مانعا من موانع المسؤولية أو سببا من أسباب التخفيف كعذر الاستفزاز في جرائم الضرب على سبيل المثال⁵.

الضابط الثاني: من حيث العقوبة:

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 93.

² عمر خوري، المرجع السابق، ص 21.

³ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 95.

⁴ عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 126.

⁵ عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 86.

يلجأ المشرع أحيانا إلى التغيير في أحكام العقوبة دون مساسه بطبيعة الفعل أي أنه يبقى على الوصف القانوني للجريمة نفسه ويقرر لها عقوبة جديدة أخف من تلك التي كانت مقررة في القانون القديم، ويتبع في تحديد القانون الجديد الأصلح من حيث العقوبة في:

-تتدرج العقوبات من حيث شدتها بتدرج أنواع الجريمة من حيث جسامتها، فعقوبات الجنايات أكثر شدة من العقوبات المقررة للجنح و المخالفات، لأن المقارنة بينهما يتم وفق الترتيب الذي وضعه المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون العقوبات¹.

-بالرجوع إلى المادة 05 من قانون العقوبات والتي ذكرت العقوبات من حيث الشدة، فأشد العقوبات هي الإعدام ثم يليها السجن المؤبد فالسجن المؤقت من خمس (05) إلى (20) سنة ثم الحبس من شهرين (02) إلى خمس (05) سنوات ثم الغرامة التي تزيد عن 20.000 دج ثم الحبس من يوم واحد إلى شهرين ثم الغرامة التي لا تتجاوز 20.000².

- كما يكون القانون الجديد أصلح للمتهم إذا أقر للجريمة عقوبة الحبس أو الغرامة في حين كان القانون القديم يقرر عقوبة الحبس والغرامة وجوبا، ويكون أصلح للمتهم إذا قرر عقوبة واحدة في حين كان القانون القديم يقرر عقوبتين اثنتين يجوز توقيع إحدهما على سبيل التخيير بشرط أن تكون العقوبة الوحيدة في القانون الجديد أخف من عقوبتي القانون القديم، فإذا كانت أشد منهما استبعد تطبيق القانون الجديد لكونه أسوأ للمتهم في هذه الحالة³.

-إذا نص القانون الجديد على إلغاء أحد العقوبات التبعية أو التكميلية وإذا نص القانون الجديد على استبدال عقوبة الحبس بتدبير من تدابير الأمن⁴.

¹ عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص127.

² عمر خوري، المرجع السابق، ص21.

³ عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص86.

⁴ سعيد بوعلي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص73.

- إذا تحددت العقوبة في القوانين من حيث النوع كالسجن أو الحبس مثلا، فإن الأصل بينهما هو الذي ينقص مدتها، فإذا هبط القانون الجديد بالحد الأدنى أو الأقصى بالحديث معا فهو بلا شك القانون الأصلح. ولكن ما القول لو أن القانون الجديد هبط بالحد الأدنى وزاد في الحد الأقصى للعقوبة، أو العكس زاد في الحد الأدنى ولكنه هبط بالحد الأقصى للعقوبة¹. فأبي القوانين أصلح للمتهم؟

نجد هنا عدة آراء فقهية فالبحت هذا الإشكال، فهناك من يرى أن القانون الأصلح للمتهم هنا، هو ذلك الذي يخفض الحد الأقصى ويرفع الحد الأدنى، ومن ثم فالعبرة هنا تكون بالحد الأقصى للعقوبة السالبة للحرية، في حين إذا كان القانون قد أتى بأحكام ترفع الغرامة وتخفض عقوبة الحبس فإن العبرة في هذه الحالة تكون بالعقوبة الأساسية، أي عقوبة الحبس إلا أن هناك من يرى أن العبرة في معرفة القانون الأصلح للمتهم تكون بالمقارنة بين القانون القديم والقانون الجديد التي لا بد أن تقوم على أسس موضوعية و واقعية، فإذا رأى القاضي بأن المتهم جدير بتخفيف العقاب عليه فإنه يطبق القانون الذي خفض من الحد الأدنى، أما إذا رأى القاضي بأن المتهم يستحق عقوبة مشددة فهذا يطبق عليه القانون الذي خفض من الحد الأقصى وهو الرأي المعمول به والذي أخذ به القضاء في الجزائر².

ومثال ذلك أن ينص القانون القديم على عقوبة الحبس من سنة إلى 03 سنوات فيصدر قانون جديد يعدل مقدار العقوبة بأن يجعلها من 6 أشهر إلى 5 سنوات، ففي هذا الفرض تكون عقوبة القانون الجديد أصل للمتهم في حدها الأدنى و أسوء له في حدها الأقصى، والسائد فقها وقضاء أن القانون الأصلح للمتهم هو الذي يكون فيه الحد الأقصى منخفضا، أي أن القانون الذي يجعل من العقوبة من سنة إلى 03 سنوات وفق المثال السابق، ومرد التعويل على الحد الأقصى في هذه الحالة هو أن يمثل الحد المحتمل للعقوبة إذا لم يأخذ القاضي المتهم بظروف

¹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص96.

² سعيد بوعلي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص 73، 74.

التخفيف رافة به، وهذا ما يتماشى مع الحكمة من مبدأ رجعية قانون العقوبات، وهي ألا يعاقب المتهم بعقوبة لم يكن يتوقعها وقت إرتكاب الجريمة¹.

02/ الشرط الثاني: أن لا يكون قد صدر حكم نهائي في الدعوى العمومية قبل صدور

القانون الجديد:

لتطبيق القانون الأصلح للمتهم يجب أن لا يكون القانون الجديد قد صدر قبل صدور حكم بات في الموضوع، أي ألا يكون القضاء قد فصل بصورة نهائية في الدعوى العمومية، ولم يستنفد الحكم طرق الطعن بالمعارضة و الاستئناف أو عن طريق الطعن بالنقض، والعلة من هذا الشرط هي المحافظة على الاستقرار القانوني واحترام قوة الشيء المقضي فيه. وعليه فإذا كانت الدعوى لم تحرك ولم ترفع بعد أو كان قد صدر فيها حكم ابتدائي، وجب على جهة الحكم التي تنظر في الدعوى أن تطبق القانون الأصلح من تلقاء نفسها، سواء كانت هذه الجهة محكمة الدرجة الأولى، المجلس القضائي، المحكمة العليا².

يختلف الحكم النهائي عن الحكم البات إذ يقصد بالأول الحكم الذي لا يقبل الطعن بالاستئناف أو المعارضة ولو كان قابلاً للطعن فيه بطريق النقض، في حين يطلق على الثاني الحكم الذي لا يقبل الطعن بطريق عادي أو غير عادي، وهو المعنى المقصود في الشرط الثاني لتطبيق القانون الأصلح للمتهم³.

03/ الشرط الثالث: أن لا يكون القانون القديم من القوانين محددة المدة:

¹ عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 87، 88.

² سعيد بوعلوي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 75.

³ عمر خوري، المرجع السابق، ص 22.

أقر الفقه والقضاء مبدأ سريان القوانين المؤقتة على الجرائم التي ترتكب خلال فترة نفاذه حتى لو صدر قانون جديد أصلح للمتهم، سواء أُلغى التجريم كلية أو خفف العقوبة¹.

فالقانون محدد الفترة أو الوقت، هو قانون يضعه المشرع لمواجهة ظروف استثنائية أو طارئة كالحرائق أو الزلازل أو الحرب أو انتشار وباء في إقليم معين من الدولة، فلا يصرح التشريع بمجال سريانه في الزمان، فيستمر العمل به طالما أن تلك الظروف ما زالت قائمة، وينتهي به العمل بزوالها، وإذا كانت التشريعات الجنائية تختلف من حيث النص وعد النص على حكم هذا النوع من القوانين، فجاءت تشريعات منها خالية من النص على حكمها كالقانون الجزائري².

كما أن الفقه يميز بين نوعين من القوانين المؤقتة وهي القوانين التي نص عليها المشرع في النص الخاص وحدد بداية ونهاية سريانها والقوانين التي لم ينص المشرع لا على تاريخ بداية سريانها ولا على تاريخ نهاية سريانها بل حدد الظروف التي تتضمن العمل بها والتي ينتهي سريانها بزوالها³.

المقصود بالقوانين المؤقتة: يقصد بالقانون المؤقت: "القانون الذي يصدر لتجريم فعل خلال فترة محددة معلومة الأجل أو غير معلومة، بحيث يزول هذا القانون بمجرد إنتهاء تلك الفترة". وهناك قوانين مؤقتة بنص وقوانين مؤقتة بطبيعتها، فالأولى: يقصد بها القوانين التي يصدرها المشرع وينص فيها مسبقا على مدة سريانها محددًا تاريخ بداية العمل بها وتاريخ إنهاء العمل بها. أما الثانية: يقصد بها القوانين التي لا تتضمن نصًا يحدد تاريخ بداية العمل بها ولكن تتحدد بداية العمل بها ضمناً بقيام الظروف الخاصة وينتهي العمل بزوال تلك الظروف⁴.

¹ عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 89.

² عبد الله اوهابيه، المرجع السابق ص 136، 137.

³ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 76.

⁴ عمر خوري، المرجع السابق، ص 23.

أما بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري، فلم يتضمن في نصوصه وأحكامه تنظيماً لهذه المسألة، أي ما إذا كان مجال تطبيق القانون الجديد الأصح للمتهم يشمل أيضاً الجرائم المنظمة بالقوانين المحددة الفترة أم لا؟ وللإجابة على هذا السؤال، نقول أنه إعمالاً للقواعد العامة المعمول بها في القانون وبالنظر إلى العلة من وجود القوانين المحددة الفترة، فإن الأمر يقتضي عدم تطبيق مبدأ رجعية قانون العقوبات على الماضي أي عدم الأخذ بعين الاعتبار القانون الأصح للمتهم لأن مخالفة القانون المحدد الفترة بخرق أحكامه و الإعتداء عليها بعد احترامه والالتزام بها، واستفادة المخالف له من إلغاءه يعني ضياع الحكمة والعلة التي من أجلها وضع القانون المحدد الفترة أو المؤقت بتدخل المشرع الجنائي لمواجهة حالة استثنائية طارئة وهذا يعني أن الحكمة تقتضي إستبعاد القانون الجديد الأصح للمتهم وعدم تطبيقه إذا تعلق الأمر بقانون محدد الفترة أي مؤقت ألغي في ظل العمل بالقانون الجديد¹.

المطلب الثاني: سريان قانون العقوبات من حيث المكان.

للقاعدة الجنائية منطقة جغرافية محددة يكون لها فيها كل النفوذ والسلطان فتسري على ما يرتكب عليها من جرائم، وهذا ما يعبر عنه بالسلطان المكاني للقاعدة الجنائية، ويتحدد السلطان على أساس أربعة مبادئ وهي: مبدأ الإقليمية ويعني أن كل الجرائم التي ترتكب على إقليم الدولة تخضع للقانون الجنائي الوطني. ومبدأ العينية أو الذاتية ويعني سريان القانون الوطني على بعض الجرائم التي تمس المصالح الجوهرية للدولة والتي ترتكب خارج إقليمها الوطني ومبدأ الشخصية ويعني سريان القانون الوطني على الجرائم التي ترتكب في الخارج من أو ضد من يحملون جنسية الدولة. وأخيراً مبدأ العالمية أو الشمول ويعني سريان القانون الوطني على الجرائم التي يرتكبها أجنبي في الخارج ثم دخل بعدها إلى الإقليم الوطني².

¹ عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 139.

² علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 137.

لقيام الركن الشرعي يجب أن يكون هناك نص جنائي يجرم الفعل ويقرر العقوبة المناسبة له ويحدد الفترة الزمنية التي يكون فيها سريان المفعول قبل ارتكاب السلوك المجرم، غير أن هذا غير كافي إذ لابد من تحديد المكان الذي وقعت فيه الجريمة لتحديد القانون الواجب التطبيق وهو ما يطلق عليه بسريان النص الجنائي من حيث المكان والذي تحكمه عدة مبادئ. كمبدأ الإقليمية (الفرع الأول) و المبادئ الاحتياطية (الفرع الثاني). سيتم بيانها كالتالي¹:

الفرع الأول: مبدأ الإقليمية: PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ

يقصد بمبدأ الإقليمية تطبيق التشريع الجنائي الوطني على كافة الجرائم المرتكبة في إقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية الجاني أو المجني عليه سواء كان وطنيا أو أجنبيا، وبصرف النظر أيضا عن المصلحة التي أهدرتها الجريمة، ولو كانت مصلحة تخص دولة أجنبية، فلمبدأ الإقليمية إذن شقان: شق إيجابي: مؤداه وجوب تطبيق التشريع الجنائي على كل جريمة تقع في إقليم الدولة ولا يجوز إدعاء تطبيق تشريع أجنبي على هذا الإقليم. و شق سلبي: مؤداه انحسار تطبيق التشريع الجنائي الوطني خارج إقليم الدولة².

و يجب تطبيق مبدأ الإقليمية النص الجنائي حسب ما جاء في نص المادة 03 من قانون العقوبات³ من حيث تحديد إقليم الدولة، وتحديد مكان ارتكاب الجريمة.

أولا: تحديد إقليم الدولة:

يتكون إقليم الدولة الجزائرية حسب الفقرة الأولى من المادة 13 من الدستور، من ثلاث عناصر وهي:

¹ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 76.

² محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص 03.

³ تنص المادة 03 من ق ع على أنه: " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية".

أ) **الإقليم البري:** وهو تلك المساحة الأرضية التي ترسمها الحدود السياسية للدولة مع باقي الدول المجاورة لها، والذي تمارس عليه الدولة سيادتها على ما فوقه وما في باطنه من ثروات وموارد طبيعية وتقوم فيها بالخدمات العامة وتنظيمها¹.

ب) **الإقليم البحري أو المياه الإقليمية:** هو جزء من البحر العام يتصل بشواطئ الدولة². وبحكم خضوع هذا الإقليم لسيادة الدولة قواعد القانون الدولي العام، حيث يستقر العرف الدولي على خضوع هذا الجزء من البحر لسيادتها لأنه يعتبر إمتداد لإقليمها البري³. وتختلف الدول في تحديدها لمداها فتحددها بعض الدول بإثني عشر (12) ميلا بالنسبة للقانون المصري وأخرى بعشرين (20) كيلومتر بالنسبة للقانون السوري، وهو ما ذهب إليه القانون الجزائري⁴ الذي حدد المياه الإقليمية الجزائرية بـ 12 ميلا أي يساوي 22.328 كلم تحسب من آخر نقطة تنحسر عنها مياه البحر وقت الجزر⁵.

ت) **الإقليم الجوي:** هو طبقة الهواء التي تغطي إقليم الدولة من اليابسة والمياه الإقليمية أو الفضاء الذي يعلو إقليم الدولة من أرض ومياه إقليمية، وهو مجال لا يتقيد بارتفاع محدد، حيث أن الأصل احتفاظ كل دولة لنفسها بسلطان مطلق على أجوائها مهما ارتفعت إلا أن الملاحظ أن هذا مرهون من الناحية العملية بمدى إمكانيات كل دولة وقد فرض القانون الجزائري حماية جنائية للأجواء الوطنية بتجريم حرق المجال الجوي الوطني، فقرر في المادة 3/70 من قانون العقوبات عقاب كل من يخلق في الأجواء الجزائرية بدون ترخيص، فتنص: "يعاقب بالسجن المؤقت من عشر(10) سنوات إلى

¹ سعيد بوعلي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص77.

² محمد فاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط04، د د ن، د س ن، ص149.

³ رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائرية، ط01، الشركة الوطنية للنشر، الجزائر، 1976، ص145.

⁴ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص130.

⁵ محمد فاضل، المرجع السابق، ص 149.

عشرين (20) سنة كل من حلق فوق الأرض الجزائرية باستعمال أي طائرة أجنبية دون أن يكون مصرحا له بذلك بمقتضى اتفاق دبلوماسي أو تصريح من السلطة الجزائرية¹.

ثانيا: تحديد مكان ارتكاب الجريمة.

يتكون الركن المادي للجريمة من ثلاث (03) عناصر هي: الفعل والنتيجة والعلاقة السببية فإذا وقع الركن المادي بعناصره الثلاث في أحد الأماكن المذكورة أعلاه سهل علينا تحديد القانون الواجب التطبيق وهو قانون الدولة التي وقعت فيها الجريمة سواء كان الإقليم البري أو البحري أو الجوي ولكن الإشكال يثور في حالة وقوع أحد عناصر الركن المادي في إقليم والعنصر الآخر في إقليم آخر². مثلا: كمن يطلق النار على شخص في الحدود ثم يعبر المجني عليه الحدود فيموت في إقليم لدولة أخرى، أو كمن يعطي سما بطيئا قاتل في إقليم لشخص لتحدث الوفاة في إقليم آخر³.

فالإشكال المطروح هنا أي القوانين يطبق؟ هل يطبق قانون الإقليم الذي وقع فيه الفعل أم قانون الإقليم الذي وقعت فيه النتيجة؟

لقد أجابت على هذه التساؤلات المادة 585 والمادة 586 من قانون الإجراءات الجزائية فوضعت أحكام خاصة تطبق في حالة تعدد أقاليم ارتكاب الجريمة، ف جاء النص عليها كالتالي:

"كل من كان في إقليم الجمهورية شريكا في جناية أو جنحة مرتكبة في الخارج يجوز أن يتابع من أجلها ويحكم عليه فيها بمعرفة جهات القضاء الجزائرية إذا كانت الواقعة معا قبل

¹ عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 145.

² عمر خوري، المرجع السابق، ص 24.

³ عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 146.

عليها في كلا القانونين الأجنبي والجزائري بشرط أن تكون تلك الواقعة الموصوفة بأنها جنائية أو جنحة قد ثبت ارتكابها بقرار نهائي من الجهة القضائية الأجنبية"¹.

في حين جاء نص المادة 586 من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي: "تعد مرتكبة في الإقليم الجزائري كل جريمة يكون عمل من الأعمال المميزة لأحد أركانها المكونة لها قد تم في الجزائر"². ومن هنا نستنتج أنه حتى نطبق القانون الجزائري كاملا يكفي أن يقع الفعل أو السلوك المعاقب عليه جنائية أو جنحة طبقا للقانون الجزائري سلوكا أو نتيجة في الجزائر، أو أن يقع الاشتراك في الجزائر في جريمة جنائية أو جنحة وقعت في الخارج وثبت وقوعها بحكم نهائي من الجهة القضائية الأجنبية.

وهذا يعني أن الأصل في تحديد مكان إرتكاب الجريمة هو بعنصري الركن المادي 'السلوك والنتيجة)، حيث تعتبر الجريمة واقعة في الجزائر كلما كان السلوك الإجرامي أو جزء منه ارتكب فيها، أو أن تقع النتيجة الإجرامية في الجزائر، إلا أن المشرع الجزائري لم يقتصر على الأصل العام فأضاف لذلك وقوعها حكما في الجزائر، وفي حالة الاشتراك في جريمة وقعت في الخارج منع وجوب الشروط التالية:

01/ أن تقع الجريمة خارج الحدود الإقليمية للجزائر بعناصرها الثلاث.

02/ أن يتم الاشتراك في ارتكابها في الجزائر.

03/ أن توصف الواقعة بأنها جنائية أو جنحة.

04/ أن تكون الجريمة معاقبا عليها في القانونين الأجنبي و الجزائري.

05/ أن يتم الاشتراك فيها في الجزائر.

¹ المادة 585 من ق إ ج .

² المادة 586 من ق إ ج .

06/ أن يثبت إرتكاب الجريمة في حق المتهم بقرار نهائي من الجهة القضائية الأجنبية¹.

حكم الجنايات والجنح المرتكبة على ظهر السفن ومتن الطائرات:

يضع القانون الجزائري قواعد خاصة تحكم الجرائم التي تقع على ظهر السفن التجارية والطائرات، وأوردها في المادتين 590 و 591 من قانون الإجراءات الجزائية، بحيث يمتد تطبيق قانون العقوبات على الجرائم التالية:

أ) الجرائم التي ترتكب في عرض البحر على ظهر السفن التي تحمل العلم الجزائري.

ب) الجرائم التي ترتكب في ميناء جزائري على ظهر السفن الأجنبية، والملاحظ أن العرف الدولي مستقر على إخضاع الجرائم التي ترتكب على ظهر السفن الحربية لقانون العلم الذي تحمله أيا كان مكان تواجدها.

ج) الجرائم التي ترتكب على متن الطائرات الجزائرية مدنية كانت أو حربية، سواء كان مرتكب الجريمة جزائري الجنسية أم أجنبيا.

د) الجرائم التي ترتكب على متن الطائرات الأجنبية إذا كان الجاني أو المجني عليه جزائري الجنسية، أو إذا هبطت الطائرة بالجزائر بعد وقوع الجريمة أو الجنحة في مطار جزائري².

كما أن المادة 590 من قانون الإجراءات الجزائية، تستثني السفن الحربية لأنها إمتداد لسيادة الدولة، فهنا القانون الذي يطبق هو قانون الدولة التي تنتمي إليها هذه السفينة مهما كانت المياه متواجدة حتى وإن كانت راسبة في ميناء دولة أجنبية³.

¹ عبد الله اوهايبية، المرجع السابق، ص 147.

² عبد الله عدوا، المرجع السابق، ص 73.

³ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 79.

فالجرائم التي ترتكب على ظهر السفينة الحربية يسري بشأنها قانون جنسية السفينة سواء كانت في أعالي البحار أو المياه الإقليمية أو موانئ وشواطئ دولة أخرى، وهذا ما يقضي به العرف الدولي وما يستفاد من مفهوم المخالفة للمادة 590 من قانون الإجراءات الجزائية التي قصرت حكمها بانطباق القانون الجزائري على السفن التجارية الراسية في موانئ الجزائر دون السفن الحربية الأجنبية والحكمة من تطبيق قانون الدولة التي تحمل علمها السفينة الحربية التي ارتكبت الجريمة على ظهرها هو أن تلك السفينة الحربية تعد مظهرا من سيادة الدولة بقوتها¹.

الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية:

يقتضي مبدأ إقليمية النص الجنائي أن تخضع كل الجرائم المرتكبة على إقليم الجمهورية الجزائرية لقانون العقوبات الجزائري، بغض النظر عن جنسية وصفة الجاني أو المجني عليه ومركزه الاجتماعي أو وظيفته، وبغض النظر عن المصلحة أو الحق المعتدى عليه وذلك تطبيقا لحكم المادة 03 منه، غير أنه و لاعتبارات متعلقة بمصالح الدولة الداخلية والخارجية يستثنى تطبيق قانون العقوبات الجزائري على بعض الفئات، وذلك رغم ارتكابهم لجرائم داخل إقليم الدولة، فلا يخضعون لقانونها لتمتعهم بالحصانة، وهذه الأخيرة قد يكون مصدرها إما القانون الداخلي أو القانون والعرف الدوليين².

01- الحصانة التي مصدرها القانون الداخلي:

تتمتع طائفتان من الموظفين في الدولة بالحصانة الموضوعية وهما: رئيس الدولة و نواب الرئيس.

¹ عادل قورة، المرجع السابق، ص58.

² سعيد بوعلي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص80.

أ/ رئيس الدولة: تنص المادة 173 من الدستور الحالي على أنه: "يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء". وتنص المادة 03 من القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته: "يرأس المجلس الأعلى للقضاء رئيس الجمهورية"¹.

هذه الوظيفة المقررة لرئيس الجمهورية باعتباره القاضي الأول في البلاد، تقتضي وجوباً عدم خضوعه للقواعد العامة العادية، بالإضافة للإعتبارات السياسية وتنظيم الدولة التي تقتضي بالضرورة تمتع رئيس الدولة باستقلالية تامة عن سلطتين التشريعية والقضائية لتمكينه من ممارسة صلاحياته الدستورية، وهو ما يتطلب تمتعه بحصانة تامة من المسؤولين الجنائية والمدنية على حد سواء².

إلا أن هذه الحماية ليست مطلقة حيث تقرر معظم الدساتير أجهزة خاصة لمساءلة رئيس الدولة بصدد ارتكابه الجرائم الخطيرة، مثل الخيانة العظمى، التي نصت عليها المادة 177 من الدستور الحالي بتأسيس محكمة عليا للدولة تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، فتنص على ما يلي: "تؤسس محكمة عليا للدولة، تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى...".

ولا تحجب الحصانة الجنائية المقررة لرؤساء الدول المسؤولة الدولية التي يمكن أن تلقى على عاتقهم بسبب ارتكابهم جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية بما فيها جريمة إبادة الجنس البشري. وقد تقرر مبدأ مسؤولية رئيس الدولة بصفة صريحة في تقرير لجنة القانون الدولي التي عهدت إليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1947/11/21 بصياغة مبادئ قانونية حول المسؤولية الدولية على ضوء محاكمة نورمبرغ الخاصة بقيادة النازية. وقد قررت اللجنة كمبدأ ثالث

¹ وهو نفس النص الذي كانت تقرره المادة 63 من القانون الأساسي للقضاء بالقانون 89-21 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 الملغى بقانون 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، في مادته 96 بنصه: "يرأس المجلس الأعلى للقضاء رئيس الجمهورية".

² عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 148، 149.

مسؤولية الدولة وكبار موظفي الحكومة بقولها: "إن مقترف الجريمة الدولية يسأل عنها ولو كان وقت ارتكابها بتصرف بوصفه رئيسا للدولة أو حاكما لها"¹.

ب/ نواب البرلمان: يتمتع نواب الشعب في المجلسين -غرفتي البرلمان- بالحصانة النيابية² المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، تستمر هذه الحصانة طيلة الفترة النيابية فينص الدستور الجزائري الحالي على أنه: "الحصانة البرلمانية معترف بها للنواب ولأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم ومهمتهم البرلمانية. ولا يمكن أن يتابعوا أو يوقفوا. وعلى العموم لا يمكن أن ترفع عليهم أية دعوى مدنية أو جزائية أو يسلط عليهم أي ضغط بسبب ما عبروا عنه من آراء أو ما تلفظوا به من كلام، أو بسبب تصويتهم خلال مهامهم البرلمانية"³.

إن المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة لا يخضعوا لأحكام قانون العقوبات لتمتعهم بحصانة برلمانية يمنحها لهم الدستور، إلا أنها ليست مطلقة إذ يمكن أن يخضع النائب العام إلى المساءلة القضائية على الجرائم التي يرتكبها وذلك بعد سحب الحصانة البرلمانية، وبعد تقديم النيابة العامة طلب لمكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة لرفع الحصانة، وحتى ترفع يجب أن يتم التصويت بثلاثي الأعضاء، فإذا تم التصويت برفعها هنا تقوم النيابة العامة باتخاذ إجراءات المتابعة والمتمثلة في تحريك الدعوى العمومية بعد حصولها على إذن بذلك، أما إذا تم التصويت برفض رفع الحصانة خاصة إذا كان النائب ينتمي إلى الحزب الذي يتمتع بالأغلبية هنا يجب انتظار إنتهاء العهدة النيابية التي هي 05 سنوات وبعدها تتم المساءلة⁴.

02- الحصانة التي مصدرها القانون والعرف الدوليين:

¹ عبد القادر البقيرات، العدالة الجنائية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص 34، 35.

² وهي قاعدة مقررّة أيضا في العرف الدستوري.

³ المادة 126 من الدستور 2016.

⁴ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 81.

تنظم الاتفاقيات الدولية تمتع بعض الأجانب في الدول المستقبلية والمستضيفة بحصانات تمتع خضوعهم لسلطة القضاء الوطني للدولة المستقبلية، ونلاحظ في هذا الصدد أن الحد من تطبيق قانون العقوبات إقليمياً بعدم متابعة ومحاكمة من يتمتعون بالحصانة لا يعني عدم خضوع سلوكياتهم المجرمة لقانون العقوبات، إذ تظل أفعالهم خاضعة لنصوص التجريم الوطنية¹.

وعليه فوفقاً للعرف الدولي الجاري به العمل يتمتع رؤساء الدول الأجنبية بحصانة سياسية عامة أثناء وجودهم ومرورهم بإقليم دولة ما احتراماً لسيادة الدولة التي يمثلونها وهي حصانة تتوسع لتشمل رؤساء الدول والدبلوماسيين الأجانب وأسرتهم وحاشيتهم والقناصل والقوات المسلحة الأجنبية المقيمة في الدولة المستقبلية².

أ/ رؤساء الدول الأجنبية: وهي حصانة مستمدة من العرف وقواعد القانون الدولي والتي تقضي بإعفاء رؤساء الدول الأجنبية من المسؤولية الجنائية أثناء إقامتهم في بلاد أخرى. وهذه الحصانة تشمل أيضاً أفراد عائلاتهم وحاشيتهم³.

ب/ رجال السلك السياسي والدبلوماسي الأجنبي: يمنح العرف الدولي والاتفاقيات الدولية لأفراد السلك الدبلوماسي الذين يقومون بتمثيل دولهم في دولة معينة أو يمثلون المنظمات الدولية والإقليمية حصانة سياسية تمتع خضوعهم لولاية القضاء الوطني، وهي حصانة مطلقة إذ تمتع خضوع هؤلاء إلى تطبيق قانون العقوبات الوطني على الجرائم التي يرتكبونها في إقليم الدولة التي يقيمون لديها سواء أثناء تأديتهم لوظائفهم أو خارج عملهم كما تشمل هذه الحماية أفراد عائلاتهم وجميع الموظفين الإداريين والتقنيين معاونين لهم في أداء مهامهم على أن تكون هذه

¹ عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 150.

² سعيد بوعلوي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص 82.

³ عمر خوري، المرجع السابق، ص 26.

الحصانة متعلقة فقط بالأفعال التي يرتكبونها أثناء أو بمناسبة أدائهم لوظيفتهم، بشرط ألا يكونوا من رعايا الدولة المستقبلية، وهو ما أكدته المادة 37 من اتفاقية فيينا لعام 1963¹.

ب/ السلك القنصلي: يتمتع موظفو السلك القنصلي الأجنبي بحصانة سياسية تتميز بضيقها ومحدوديتها من حيث الأشخاص ومن حيث السلوكات، فهي حصانة لا تعني إلا السلوكات التي يأتيها المعنى أثناء تأديته لعمله القنصلي².

وهي حصانة تقتصر على شخص من تتوفر فيه صفة القنصلي فلا تمتد لأفراد أسرته وذلك طبقاً لاتفاقية فيينا لسنة 1963. فتقرر المادة 43 فقرة أولى من الاتفاقية المذكورة، والمادة الأولى من المرسوم الصادر 1963/08/27، على إمتناع متابعة القناصل والموظفين القنصليين في الدول المستقبلية لهم، بالنسبة للأفعال التي يأتوها خلال تأدية الوظيفة أو بمناسبة³.

فيما يتعلق بالجرائم التي يرتكبونها بمناسبة ممارسة وظائفهم القنصلية، أما ما عداها من الجرائم الأخرى فإنها تخضع لقانون الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة، ومبرر قصر حصانة أعضاء السلك القنصلي على الأعمال التي يقومون بها في نطاق وظيفتهم الرسمية هو أنهم على خلاف أعضاء السلك الدبلوماسي لا يمثلون دولهم أمام الدولة التي يؤدون فيها عملهم القنصلي⁴.

ج/ القوات المسلحة الأجنبية: عند وجود معاهدة أو إتفاقية بين دولتين، فإن رجال القوات العسكرية الأجنبية الذين يتمتعون بحصانة بمقتضى هذه الاتفاقية لا يسألون عن الجرائم التي يرتكبونها في إقليم تلك الدولة المتواجدين بها، فلا يخضعون للقضاء الوطني لتلك الدولة

¹ سعيد بوعلوي و دينا رشيد، المرجع السابق، ص82.

² عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص80.

³ عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 153.

⁴ عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص75.

المستقبله بسبب ما يأتون من سلوكات مجرمة أثناء قيامهم بعملهم الرسمي أو داخل القواعد المخصصة لتواجدهم فيها¹.

الفرع الثاني: المبادئ الإحتياطية:

أشرنا فيما سلف إلى أهمية المبادئ الإحتياطية وضرورتها، إذ يستعين بها القاضي إلى جانب المبدأ الأصلي أو الأساسي "مبدأ الإقليمية" لأحكام الطوق القانوني حول الجريمة، وهذه المبادئ مستقرة وتأخذ بها التشريعات الوضعية وهي مبدأ عينة النص الجنائي ومبدأ شخصية النص الجنائي وكذا مبدأ عالمية النص الجنائي.

أولاً: مبدأ عينية النص الجنائي: PRINCIPE DE LA RÉALITÉ

قد يرتكب الأجنبي وفي بلد أجنبي جريمة تهدد المصالح الجهوية للدولة فلا يسعفنا إختصاص الإقليمية لمواجهة هذه الحالة بالرغم من خطورتها وخشية أن لا تعير الدولة الأجنبية الإهتمام الكافي لمواجهة هذه الجرائم باعتبارها جرائم لا تمس مصالحها².

ومعنى هذا المبدأ "تطبيق قانون العقوبات على كل شخص يحمل جنسية أجنبية ارتكب في الخارج جريمة تمس بالمصالح الأساسية للدولة بشرط أن يتم القبض عليه في الجزائر أو أن تحصل عليه عن طريق تسليمه من طرف الدولة التي وقعت فيها الجريمة³.

حيث نص قانون الإجراءات الجزائية على هذا المبدأ بنصه: "كل اجنبي ارتكب خارج الإقليم الجزائري بصفته فاعل أصلي أو شريك جنائية أو جنحة ضد سلامة الدولة الجزائرية أو تزيفاً

¹ سعيد بوعللي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص 83.

² عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 110.

³ عمر خوري، المرجع السابق، ص 28.

لنقود أو أوراق مصرفية وطنية متداولة قانونا بالجزائر تجوز متابعتها ومحاكمته وفقا لأحكام القانون الجزائري إذا أُلقي القبض عليه في الجزائر أو حصلت الحكومة على تسليمه لها"¹.

ويستخلص من هذه المادة الشروط التالية لتطبيق مبدأ العينية:

1- أن تكون الجريمة جنائية أو جنحة تمس بأمن الدولة واقتصادها، هذا النوع من الجرائم هي المنصوص عليها في المواد 91 إلى 96 من قانون العقوبات، وهي جرائم التجسس والتعدي على الدفاع الوطني والمؤتمرات الأخرى ضد سلامة الوطن والجرائم الماسة بأمن الدولة والأفعال الموصوفة بالجرائم الإرهابية والتخريبية، وكذلك الجرائم الواردة في نصوص المواد 197-204 من نفس القانون التي تعاقب على تزيف النقود والأوراق المالية والمصرفية المتداولة قانونا بالجزائر، أو تكون من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال المرتكبة خارج الجزائري².

2- أن يكون مرتكب مثل تلك الجرائم أجنبيا، لأنه لو كان جزائريا لتطبيق مبدأ شخصية النص الجنائي، الواردة في المواد 582-583-584 من قانون الإجراءات الجزائية.

3- وأن يتم القبض على الجاني في الجزائر، أو أن يتم الحصول عليه عن طريق تسليمه من طرف السلطات الأجنبية وفق إجراءات تسليم المجرمين المحددة سلفا بالقانون³.

4- أن لا يكون قد صدر على الجاني حكم نهائي أو يكون قضى عقوبته أو تكون العقوبة قد سقطت بالتقادم أو بالعفو⁴، وهو الحكم المستخلص من نص المادة 589 من قانون الإجراءات الجزائية والتي جاء نصها كالتالي: " لا يجوز مباشرة إجراء أية متابعة من أجل جنائية

¹ المادة 588 ق إ ج ج.

² عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 167.

³ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 86.

⁴ عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 168.

أو جنحة اقترفت في الجزائر ضد أجنبي يكون قد أثبت أنه حوكم نهائيا من أجل هذه الجناية أو الجنحة وأن يثبت في حالة الإدانة أنه قضى العقوبة أو تقادمت أو صدر عفو عنها"¹.

ثانيا: مبدأ شخصية النص الجنائي:

اقتضت المقتضيات العملية في مجال مكافحة الجرائم قصور مبدأ إقليمية قانون العقوبات على قمع الجرائم التي ترتكب خارج إقليم الدولة، وهذا ما دفع كل الدول إلى الأخذ بمبدأ آخر مكمل لمبدأ الإقليمية هو "مبدأ شخصية قانون العقوبات" أي شخصية القاعدة الجنائية *Principe de Personnalité*، ويقتضي مبدأ الشخصية تطبيق قانون العقوبات الجزائري على كل من يحمل الجنسية الجزائرية ولو ارتكب جرمته خارج الإقليم الجزائري²، ومعناه: "تطبيق قانون العقوبات على كل شخص يحمل جنسية جزائرية ارتكب جناية أو جنحة في الخارج ثم عاد للجزائر. وهو ما يعبر عنه "بمبدأ الشخصية الإيجابية". كما يطبق القانون الجزائري على كل جناية أو جنحة إذا كان المجني عليه جزائري الجنسية والجاني أجنبي الجنسية وهذا ما يسمى "بمبدأ الشخصية السلبية".

وتتحلى أهمية هذا المبدأ في إكماله لمبدأ إقليمية قانون العقوبات من حيث أنه يؤدي إلى عدم فرار الجاني من العقاب لأنه اقترف جريمة خارج إقليم الدولة التي يحمل جنسيتها ثم عاد بعد ذلك على إقليمها وتزداد هذه الأهمية بالنظر إلى أن المبدأ الدستوري هو عدم جواز تسليم الدولة أي من رعاياها ممن ارتكبوا جريمة خارج الإقليم الوطني³.

¹ المادة 589 من ق إ ج ج.

² عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 77.

³ عادل قورة، المرجع السابق، ص 61.

كما تتجلى هذه الأهمية أيضا بالنسبة للطرائف المستثناة من تطبيق قانون العقوبات عملا بمبدأ الإقليمية كأعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي وغيرهم¹.

ولقد نظم المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادتين 582 و 583 من قانون الإجراءات الجزائية ، فميز بين نوعين من الجرائم، الجنايات والجنح المرتكبة من طرف الجزائريين في الخارج والجنايات والجنح المرتكبة ضد الجزائريين بالخارج، والتي ستتطرق إليها فيما يلي:

01) الجنايات والجنح المرتكبة من طرف جزائريين في الخارج:

وهذا ما يسمى بمبدأ الشخصية الإيجابية ورجوعا إلى المواد 582 و 583 و 584 من قانون الإجراءات الجزائية نجد أن هذه الجنايات والجنح تستوجب توفر شروط عامة وأخرى خاصة.

أ- الشروط العامة:

بالرجوع إلى المواد سالفة الذكر، نستخلص الشروط العامة التي يجب توفرها بشأن جريمة جنائية أو جنحة مرتكبة في الخارج من طرف جزائريين وهي:

01/ أن تكون الواقعة موضوع المتابعة جنائية أو جنحة ارتكبت في الخارج، أي خارج الحدود الإقليمية الوطنية في أي عنصر من العناصر المكونة للإقليم، وبالتالي تستبعد المخالفة إطلاقا من التطبيق الشخصي لقانون العقوبات ولو كان القانون الأجنبي يجرم ويعاقب عليها بصفة أشد لأن القاضي الجنائي في كل الأحوال سيطبق قانونه الوطني².

02/ أن يرتكبها جزائري، والجزائري هو من كانت جنسيته عند ارتكاب الجريمة الجزائرية ويسري النص أيضا على من ارتكب الجريمة ثم اكتسب الجنسية الجزائرية بعد افتراق الجريمة بنص

¹ عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 77، 78.

² عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 161.

المادة 584 من قانون الإجراءات الجزائية، وعلة ذلك أنه لا يجوز أن يكون اكتساب الجنسية سبيلا للتهرب من المسؤولية¹.

03/ أن يعود الجاني إلى الجزائر باختياره، فلو أثر البقاء في الإقليم الذي ارتكبت فيه الجريمة فلا تجوز متابعته غيابيا، ويكفي لتحقيق هذا الشرط أن يتواجد الجاني بالجزائر ولو لفترة قصيرة غادر بعدها الإقليم الجزائري، إذ تجوز في هذه الحالة متابعته غيابيا، ويترتب عن شرط العودة الاختيارية أنه لا يجوز المطالبة بتسليمه قصد محاكمته².

04/ أن لا يكون المتهم قد حكم عليه نهائيا في الخارج أو قد صدر عليه حكم بعد تنفيذ العقاب عليه أو صدر عفو عنه أو تقادم عقوبته، لأنه لا يمكن المحاكمة مرتين على نفس الواقعة³.

ب/ الشروط الخاصة:

بالإضافة للشروط العامة حدد القانون شروط خاصة تتعلق بالجناية وأخرى بالجنحة يمكن إيرادها فيما يلي:

01/ بالنسبة للجناية:

فتنص المادة 582 من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي⁴:

"كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها في القانون الجزائري ارتكبتها جزائري في خارج إقليم الجمهورية يجوز أن يتابع ويحكم فيها في الجزائر.

¹ عبد الله سليمان، المرجع نفسه، ص112.

² عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص78.

³ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص84.

⁴ المادة 582 من ق إ ج.

غير أنه لا يجوز أن تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل على العفو عنها".

ويستخلص من المادة سالفه الذكر أنها تضع شرطا يجب توافره في أي متابعة عن جريمة الجنائية تقع في خارج الإقليم الجزائري واتهام جزائري بها وهو أن تكون الواقعة المتابعة بسببها والتي ارتكبت في الخارج موصوفة بالجنائية وفقا للتحديد القانوني في المادتين 5 و 27 من قانون العقوبات يعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو السجن المؤقت من 5 إلى 20 سنة، وبغض النظر عن موقف القانون الأجنبي منها، سواء عاقب عليها أم لم يعاقب عليها أو نزل بدرجة جسامة الجريمة أم لا¹.

02/ بالنسبة للجنحة:

تنص المادة 583 من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي²:

"كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها في الجزائر إذا كان مرتكبها جزائريا.

ولا يجوز أن تجري المحاكمة أو يصدر الحكم إلا بالشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 582.

وعلاوة على ذلك فلا يجوز أن تجرى المتابعة في حالة إذا ما كانت الجنحة الشخص المضرور أو ببلاغ من سلطات القطر الذي ارتكبت الجريمة فيه".

¹ عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، 163.

² المادة 583 من ق إ ج.

يستنتج من نص المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري يشترط لمعاقبة الجزائري المتهم بارتكاب جنحة في الخارج توفر الشروط التالية:

01- يجب أن تكون الواقعة جنحة منصوص عليها في القانون الجزائري والأجنبي، فإذا كانت الواقعة جنحة في القانون الأجنبي ولكنها غير معاقب عليها في القانون الجزائري فلا وجه للمتابعة باعتبار أن القاضي الجزائري لا يستطيع أن يطبق غير القانون الجزائري¹.

02- لا يجوز أن تجرى المتابعة في حالة ما إذا كانت الجنحة مرتكبة ضد أحد الأفراد إلا بناءً على طلب النيابة العامة بعد إخطارها بشكوى من الشخص المضرور أو ببلاغ من سلطات البلد الذي ارتكبت الجريمة فيه، أما بالنسبة للجنح الأخرى فإنه لا يشترط فيها تقديم شكوى من الشخص المضرور ولا بلاغ من السلطات الأجنبية².

ب) الجنائيات والجنح المرتكبة ضد الجزائريين بالخارج:

وهذا ما يدعى بـ "مبدأ الشخصية السلبية" فتعني النظر للمجنح عليه ضحية الاعتداء بغض النظر عن جنسية الجاني، وهو يعني أن قانون العقوبات يمكن أن يطبق على جريمة تقع في الخارج يكون المجني عليه فيها جزائرياً، وهو مبدأ يقصد به تمكين الدولة من حماية رعاياها في الخارج من الاعتداءات الإجرامية، وهو تعبير عن حماية الدولة لمصالحها في الخارج³، فقد نصت المادة 26 من الدستور على أنه: "الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات".

¹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص112.

² سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 85.

³ عبد الله اوهائية، المرجع السابق، ص164.

وهذا المبدأ قَلَّمَا تأخذ به القوانين الجنائية، كما أن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الجزائريين لم يتضمنا ما يفيد الأخذ بهذا المبدأ، سوى ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 591 قانون الإجراءات الجزائية، وذلك بالنسبة للجنايات والجنح المرتكبة ضد جزائري على متن طائرة أجنبية إلا أن تطبيق هذا الحكم يكون معلقا على حالة القبض على الجاني في الجزائر أو حالة ما إذا سلم لها وفق إجراءات تسليم المجرمين¹. فتنص على أنها: "... كما أنها تختص أيضا -أي الجهات القضائية الجزائرية- بنظر الجنايات أو الجنح التي ترتكب على متن طائرات أجنبية إذا كان الجاني أو المجني عليه جزائري الجنسية"².

ثالثا: مبدأ العالمية: PRINCIPE DE L'UNIVERSALITÉ

ويقصد بمبدأ عالمية النص الجنائي تطبيق القانون الجنائي الوطني على كل جريمة تقع في الخارج ويقبض على مرتكبها في إقليمها، بغض النظر عن إقليم ارتكابها وجنسية القائم بها فهو مبدأ يعبر عن التعاون والتضامن الدوليين لقمع الجرائم العابرة للحدود، والتعاون الدولي في مكافحة ظاهرة الإجرام³.

ويؤدي مبدأ عالمية النص الجنائي بهذا المفهوم إلى تعارض بين قوانين الدول إذ يجعل لكل دولة تضع يدها على المتهم الإختصاص بمتابعة الجرائم المرتكبة خارج إقليمها ومعاقبة مرتكبيها، وهو مبدأ يتعارض مع طبيعة القاعدة الجنائية في أنها قاعدة إقليمية، وهو مبدأ أيضا لا يوجد ما يبرره سوى فكرة حماية المصالح العامة والمشاركة للبشرية قاطبة، وهو ما أدى إلى انحصار هذا المبدأ وعدم أخذ التشريعات الوطنية به، واهتمامه بمجال ضيق من الجرائم أي في نطاق جرائم معينة ومحددة تمس المصالح المشتركة للبشرية.

¹ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص 85.

² المادة 591 من ق إ ج ج.

³ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع نفسه، ص 86.

وعليه فمبدأ العالمية معناه تطبيق قانون العقوبات على كل شخص يحمل جنسية أجنبية ارتكب جريمة ضد الإنسانية في الخارج وتم القبض عليه في الجزائر ولم يرد نص صريح يفيد بأن المشرع أخذ بهذا المبدأ، إلا أنه نظراً لتعاون الدول في مكافحة ظاهرة الإجرام، يجوز للجزائر تطبيق هذا المبدأ إذا تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي ترتكب ضد المجتمع الدولي، ومن أمثلة هذه الجرائم: جرائم الحرب وجرائم الإتجار في المخدرات وتزييف النقود والإتجار بالأسلحة والقرصنة والإرهاب والإتجار في أعضاء الجسم¹.

وحقيقة أن تطبيق هذا المبدأ قد اعترضته الكثير من العوائق وهذه العوائق قد قللت من فعاليته في مكافحة الجرائم الدولية. ومن بين هذه العوائق حصانة رؤساء الدول واعتماد الدول على أسلوب العفو الشامل لتخليص أعوانها مما يمكن أن يتم ملاحقات جنائية في الخارج، إضافة إلى حرص الدول على صيانة علاقاتها الدولية، وهو ما يدفعها إلى عدم ملاحقة أو طلب تسليم رعايا الدول الأخرى التي تجمعها بها مصالح مميزة².

¹ عمر خوري، المرجع السابق، ص 29.

² عبد القادر عدوا، المرجع السابق، ص 32.

الذاتية

من خلال هذه الدراسة نستنتج أن خضوع الفعل لنص التحريم ضرورة ولازمة قوية خاصة في الدول الحديثة التي يسودها القانون ومبدأ سيادة الدولة، حيث يخضع الجميع للقانون ويعرف واجباته حتى لا تعم الفوضى وترتكب الجريمة على أوسع نطاق.

كما لاحظنا أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات قد لقي جل الاهتمام من طرف المشرع الجزائري، إذ نجد أن قانون العقوبات الجزائري وقانون الإجراءات الجزائية قد ركزوا على مبدأ الشرعية، وهذا من خلال وضع نص قانوني يجرم واقعة معينة، ويضع عقوبة لهذه الأخيرة، حيث أن هذا المبدأ أصبح من بين القواعد العامة في الجزائر، فهو مبدأ دستوري لا يمكن الإستغناء عليه.

ووفقا لذلك فقد خالصنا إلى عدة نتائج وتوصيات نردها كآآتي:

❖ النتائج:

01. إن مبدأ الشرعية وإن ظهر في الكتابات القانونية الحديثة إلا أن مفهوم المصطلح ومعناه مقرر في الشريعة الإسلامية منذ قرون.
02. إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يعد شرط وضمانة مهمة لأمن الأفراد وحررياتهم.
03. إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يشكل حصن منيع ضد أي محاولة للمشرع إذا تجاوز صلاحيته وضد أي تعسف واستبداد محتمل من قبل القضاة.
04. إن مبدأ الشرعية يعد ركيزة أساسية من ركائز قانون العقوبات التي تهدف إلى إحداث توازن بين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم.
05. رغم العيوب التي واجهت هذا المبدأ إلا أنه يبقى على الأقل ضمانا لحقوق الافراد وحررياتهم وأساسا للثبات والاستقرار القانوني.
06. يضمن هذا المبدأ للناس كافة بالقيام بأعمالهم ونشاطاتهم فيما لا يتعارض مع نصوص القانون فيترتب على ذلك نشر الطمأنينة والراحة والثقة عند القيام بأي عمل أو فعل نظرا لوجود نص قانوني منيع يحميهم من تعسف من قبل السلطات القضائية والتنفيذية.

07. إن القانون الجزائري يحترم هذا المبدأ ويأخذ به من خلال بعض المواد القانونية في الدستور (المادة 58) وفي قانون العقوبات من خلال المواد الثلاث الأولى، وعليه فإن قانون العقوبات الجزائري بصفة عامة يلتزم بهذا المبدأ.

08. يعتبر القانون أي التشريع مصدرا أصليا من مصادر التجريم، على غرار العرف لا يعتبر مصدرا للتجريم والعقاب.

09. أن المشرع قد استبعد القواعد القانونية التي تطبق بأثر رجعي أي بمعنى أدق لو كان مسموحا له النص على رجعية القوانين الأصلح للمتهم فإنه لا يسمح له بالنص على رجعية القوانين الأسوأ للمتهم.

10. أن المشرع قد حدد العقوبات المترتبة على الجرائم المرتكبة وحدد الحد الأدنى والحد الأقصى في حالة ما إذا كانت العقوبة ذات حدين.

11. لا يجوز للقاضي بمقتضى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أن يخلق جرائم ولا يضع عقوبات، فهو لا يملك سلطة اعتبار فعل مجرم وتوقيع عقوبة على مرتكبه في حالة لم يكن هذا الفعل من وجهة نظر المشرع فعلا مجرما ومنصوص عليه قانونا.

12. لا يجوز للقاضي أن ينطق بالعقوبة غير تلك التي حددها المشرع بالنسبة للجريمة المرتكبة.

13. أن يقع على عاتق القاضي تكييف الأفعال أي معرفة فيما كانت الأفعال المعروضة أمامه يوجد لها نص قانوني يطبق عليها ومعرفة متى يطبق القانون من حيث الزمان والمكان ليتسنى بعد ذلك توقيع العقوبة المناسبة عليها.

❖ التوصيات:

من خلال ما تم عرضه من نتائج فإننا نورد هنا بعض التوصيات لما يعزز مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. وهذه التوصيات هي:

01. دعوة السلطة التشريعية لتعزيز المواد القانونية التي تكفل الحفاظ على كرامة الإنسان وتمنع الإعتداء على حريته وكرامته بغير وجه حق.

02. على السلطة التشريعية أن تنص على كل الجرائم والعقوبات المقررة لها بوضوح، بمعنى أن كون الجريمة محددة وأن يكون التحريم واضحاً أي أن يراعي الوضوح والدقة في هذه النصوص والابتعاد عن العبارات العامة ذات معاني متعددة وغير محددة، فكلما كانت صياغة النصوص غير واضحة وغامضة كلما توسعت سلطة القاضي في تفسيرها بما قد يؤدي إلى خلق نصوص جديدة لم تكن موجودة أصلاً مما يساهم في الإعتداء على الحريات والحقوق الفردية.

03. على المشرع التدخل لوضع إطار محدد يتعلق بمسألة تفسير نصوص القانون بطريقة منظمة ومقيدة، بما يمنع في المقابل أخذ بالتفسير الموسع أو اللجوء إلى القياس، فالقاضي قد تعرض عليه بعض المسائل التي يثور حولها إشكالية وجود نص يطبق عليها أو عدم وجوده أو يشوبه الغموض (النص)، مما يستوجب عليه تفسير تلك النصوص، لمنع أي تعسف من قبل القاضي في تفسيره للنص فإن وجود قواعد عامة متعلقة بتفسير نصوص القانون يحول دون ذلك.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر:

✚ القرآن الكريم

✚ القوانين والأوامر:

✚ النصوص التشريعية:

- 1) دستور جمهورية العراق عام 1970.
- 2) الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1368 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- 3) قانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر سنة 2004 يتضمن القانون الأساسي للقضاء.
- 4) قانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016 سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري.
- 5) القانون رقم 07/17 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1438 الموافق لـ 27 مارس 2017، يعدل ويتمم الأمر 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية ج ر عدد 20.

✚ الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

1. اتفاقية تجريم الأعمال غير المشروعة ضد أمن الملاحة البحرية الصادرة في 10 مارس 1988.
2. اتفاقية الأمم المتحدة ضد التجارة غير المشروعة في المخدرات الصادرة في فينيا في 20 ديسمبر سنة 1988.

ثانيا: قائمة المراجع:

✚ الكتب باللغة العربية:

❖ الكتب العامة:

1. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط17، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
2. أحمد عودة الغويري، القضاء الإداري الأردني، ط01، جامعة مؤتة، 1997.
3. أحمد فتحي سرور، أصول في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط02 سنة 1955.
4. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط03، دار الشروق، القاهرة، مصر 2004.
5. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات العام، ط05، دار النهضة العربية، القاهرة 1989.
6. أحمد لحماس، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل 1986.
7. أكرم نشأت إبراهيم، السياسة الجنائية، دراسة مقارنة، ط02، شركة آي للطباعة، 1999.
8. أنور أحمد رسلان، الحقوق والحريات في عالم متغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
9. حسن يوسف مصطفى مقابلة، الشرعية في الإجراءات الجزائية، ط01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
10. حسين عصام، فلسفة التجريم والعقاب "الشرعية في تجزئة"، ط01، دار الكتاب الحديث القاهرة، سنة 2010.
11. حلمي دقدوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 1989.
12. رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائرية، ط01، الشركة الوطنية للنشر، الجزائر 1976.
13. سعيد بوعلوي ودينا رشيد، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار بلقيس للنشر الجزائري، 2015.

14. سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام (معامله - نطاق تطبيقه - الجريمة - المسؤولية - الجزء) دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، طبعة منقحة ومعدلة، سنة 1998.
15. صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة 1989.
16. ضاري خليل محمود، الوجيز في قانون العقوبات القسم العام، (دار القادسية العربية دراسة ونقد)، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، 1964.
17. عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام - الجريمة)، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، عنابة سنة 1999.
18. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر.
19. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، شركة فاس للطباعة، القاهرة 2004.
20. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشركة الشرقية للنشر و التوزيع، بيروت، ب د ن.
21. عبد القادر البقيرات، العدالة الجنائية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005.
22. عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام نظرية الجريمة - نظرية الجزء الجنائي، ط02، دار هومة الجزائر، سنة 2013.
23. عبد الله اوهايبيبة، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، موفم للنشر، 2015.
24. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج01، الجريمة، ط08 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2016، ص71.
25. عدنان الخطيب، المبادئ العامة في مشروع قانون العقوبات الموحد، ج01، د ط، مطبعة جامعة دمشق، 1961.
26. عدنان الخطيب، المبادئ العامة في مشروع قانون العقوبات الموحد، ج01، مطبعة جامعة دمشق، 1961.

27. علي حسين خلف، سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982.
28. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2008.
29. عمر خوري، شرح قانون العقوبات القسم العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 2010-2011.
30. عمر خوري، شرح قانون العقوبات، كلية الحقوق، الجزائر، 2007.
31. مأمون جميل أحمد مصطفى، انحسار مبدأ الشرعية الجنائية، كلية الحقوق، جامعة القدس الدراسات العليا، 2015.
32. محمد الرازي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، ط03، دار أويا للنشر طرابلس الجماهيرية العظمى، 2002.
33. محمد حده، سلسلة قانونية، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج03، ط01، دار الهدى الجزائر، 1991-1992.
34. محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002.
35. محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة، ط06، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع بالقاهرة، سنة 2009.
36. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، كلية الحقوق الجامعة الأردنية، عمان 2005.
37. محمد عبد الحميد أبو زيد، مبدأ المشروعية وضمان تطبيقه -دراسة مقارنة-، النسر الذهبي للطباعة والنشر عابدين القاهرة، سنة 2002.
38. محمد فاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط04، د د ن، د س ن.
39. محمود حافظ، الرقابة على أعمال الإدارة، مبدأ المشروعية، ط01، د د ن، الإسكندرية، مصر، 1982.
40. محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.

41. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للعقوبات والتدابير الإحترازية، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1989.
42. محمود نجيب حسين، الفقه الجنائي الإسلامي والجريمة، ط01، دار النهضة العربية القاهرة، 2007.
43. منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006.
44. نظام توفيق المحالي، شرح قانون العقوبات القسم العام دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط04 دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، سنة 2012.

❖ الكتب الخاصة:

1. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشرق، القاهرة، سنة 1999.
2. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000.
3. أحمد فتحي سرور، الشرعية الإجراءات الجنائية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة 1977.
4. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة معدلة، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1990.
5. بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2006.
6. زحل محمد الأمين، مبدأ الشرعية في النظام الدستوري و الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2015.

✚ رسائل ومذكرات:

◀ رسائل الدكتوراه:

1. باسم عبد الزمان الربيعي، نظرية البيان القانوني للنص العقابي، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة بغداد، 2000.

2. نصر الدين عاشور، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان في ظل التعددية السياسية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، جامعة بسكرة، 2015-2016.

◀ رسائل الماجستير:

1. عبده يحي محمد الشاطبي، ماهية مبدأ الشرعية التحريم والعقاب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، جامعة بابل، 2001.

◀ رسائل ومذكرات الماستر:

1. بن صافية رابح و آيت خوجة أحمد، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، تخصص القانون الخاص والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية سنة 2012-2013.

✚ المجلات:

1. حاس القواعرة، احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بين التشريع والقضاء، جامعة العزيز دبي، الإمارات العربية المتحدة مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر (11) العدد الأول.

2. حاس القواعرة، احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بين التشريع والقضاء، جامعة العزيز دبي، الإمارات العربية المتحدة مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر (11) العدد الأول.

3. حسيبة شروق، الشرعية الجنائية الوطنية والشرعية الجنائية الدولية، مجلة المنتدى القانون العدد 06، أبريل 2009، تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة بسكرة.
4. صباح مصباح محمود الحمداني ونادية عبد الله الطيف، الدور الوقائي لمبدأ قانونية الجرائم والجزاءات، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 10، العدد 04، الجزء 02، حزيران 2017، جمادى الثاني 1438هـ.
5. على راشد، تخطيط السياسة الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول 1990.
6. عماد محمد رضا علي التميمي، رائد سليمان الفقير، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد 03، العدد 01، 2016.

المواقع الإلكترونية:

1. منتديات بوابة النشر، منتدى التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر، قسم حقوق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وسريان النص الجنائي، سنة 2010، تيسمستيلت <https://www.ouaresemis.com>
2. علي يونس السيجاري، مركز الإدارة في دعوى الإلغاء والقضاء الكامل، المرجع الإلكتروني للمعلوماتية، <http://almerja.com/reading.php?idm=50501>

الفهم الرسي

55	الفرع الثاني: المصادر غير المباشرة
58	المطلب الثاني: تفسير النصوص الجنائية
59	الفرع الأول: تعريف التفسير وأنواعه
63	الفرع الثاني: قواعد التفسير
66	الفرع الثالث: القياس وأثره في التفسير الجنائي
68	المبحث الثاني: نطاق تطبيق قانون العقوبات
69	المطلب الأول: سريان قانون العقوبات من حيث الزمان
70	الفرع الأول: مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات على الماضي
74	الفرع الثاني: رجعية قانون العقوبات على الماضي
76	الفرع الثالث: شروط تطبيق القانون الأصح للمتهم
83	المطلب الثاني: سريان قانون العقوبات من حيث المكان
84	الفرع الأول: مبدأ الإقليمية
94	الفرع الثاني: المبادئ الإحتياطية
105	الخاتمة
	قائمة المراجع
	الفهرس
	الملخص

المقدمة

يعني مبدأ شرعية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني أي مصدر الصفة غير المشروعة للفعل هو نص القانون ويقال لهذا النص " نص التجريم" وهو في نظر القانون يعني مبدأ شرعية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني أي مصدر الصفة غير المشروعة للفعل هو نص القانون ويقال لهذا النص " نص التجريم" وهو في نظر القانون الجزائي يشمل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، وبالتالي يحدد في كل نص الشروط التي يتطلبها في الفعل كي يخضع لهذا النص ويستمد منه الصفة غير المشروعة ويحدد العقوبة المقررة لهذا الفعل.

وبالتالي فإن القاضي لا يستطيع أن يعتبر فعلاً معيناً جريمة إلا إذا وجد نصاً يجرم هذا الفعل فإذا لم يجد مثل هذا النص فلا سبيل إلى اعتبار الفعل جريمة ولو اقتنع بأنه متناقض مع العدالة أو الأخلاق أو الدين. وأساس هذا المبدأ هو حماية الفرد وضمان حقوقه وحرية ذلك بمنع السلطات العامة من اتخاذ أي إجراء بحقه ما لم يكن قد ارتكب فعلاً ينص القانون عليه وفرض على مرتكبيه عقوبة جزائية. وقد حصر هذا المبدأ التجريم والعقاب في السلطة التشريعية وهو اختصاص أصيل لها لا تزاخمه فيها أي سلطة أخرى، كما أن العرف لا يصلح لأن يكون مصدراً للتجريم والعقاب.