



جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام



مبدأ الشرعية الجنائية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية

تخصص: قانون جنائي وعلوم جنائية

إشراف الأستاذ

د. حمودي ناصر

إعداد الطالبة

بن طاهر حكيمة

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور سي يوسف قاسي.....رئيسًا

الأستاذ الدكتور حمودي ناصرمُشرفًا ومقرّرًا

الأستاذ عثمان الحسينعُضْوًا

السنة الجامعية: 2015-2016

كلمة شكر

أشكر الله عز وجل الذي أعطاني هذه الإرادة
في مشواري العلمي والقيام بهذا العمل المتواضع
بالرغم من التزاماتي الكثيرة
كما أتوجه بجزيل الشكر والعرفان لمشرفي
الدكتور الفاضل "حمودي ناصر"
لما بذله معي من جهد في توجيهي
ونصحي خلال فترة الإشراف
ولا يفوتني
تقديم آيات الشكر الجزيل
لأعضاء اللجنة الموقرة لقبول تحكيم هذه الرسالة
ومناقشتها بملاحظتهم القيمة.

حكيمه

إهداء

إلى والدي المريض شفاه الله

إلى أمي الكريمة حفظها الله ورعاها

إلى زوجي الذي مد لي يد العون والمساعدة

إلى أبنائي الأربع: نسيم، ملاك، رجاية وماريا حفظهم الله من كل سوء

إلى إخوتي وأخواتي

إلى صديقتي الوحيدة نبيلة وفقها الله

حكيمة

مقدمة

الجريمة وجدت بوجود الإنسان، وعنها تحدثت الكتب السماوية كأول فعل بشري مثير على الأرض لقوله تعالى: ﴿فطوعت له نفسه قتل أخيه فقتله، فأصبح من الخاسرين﴾ سورة المائدة (الآية 29)، إشارة إلى قتل قابيل لأخيه هابيل.

ومن خلال وقوع الجريمة ومن رد الفعل عليها تكونت النواة الأولى للأعراف في المجتمعات القديمة، إذ يؤكد الباحثون بأن المجتمع قد مر بمراحل عديدة من حيث تطور الجريمة وتوقيع العقاب، فمن نظام الأسرة إلى العشيرة ثم القبيلة إلى تشكيل الدول، حيث خضعت هذه الجماعات للعادات والتقاليد وما تكون لديها من أعراف نتيجة التطور الفكري، ما جعل الاهتمام بالجريمة والعقوبة يحتل أهمية خاصة في حياة تلك الجماعات.

لقد ربطت الدولة بين حق العقاب ومظاهر سيادتها، فالجريمة ضرر يعرض سيادة الدولة ومصالحها للخطر، ولذا فإن الرد على الجريمة هو من حق الدولة فقط، لها أن تقرر نوعه ومقداره، وكل ما يتعلق به هو من شأن السلطة العامة.

وهكذا فقد تحول الأمر تماماً مع قيام الدولة، فبعد أن كان رد الفعل على الجريمة في المجتمعات السابقة رد فعل فردي أو اجتماعي انتقامي وتأري، أصبح عقوبة تفرضها الدولة بنصوص قانونية مكتوبة مسبقاً وصارمة بهدف الردع ووقاية المجتمع.

إلا أنه قد تسقط المسؤولية الجنائية للمجرم في بعض الظروف بحيث تعطل هذا المبدأ وتقيده رغم وجود نصوص قانونية مجرمة مسبقاً لأفعاله، بحيث تخرج هذه الأفعال من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة.

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

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

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

- إن مبدأ الشرعية الجنائية يضع حدودا فاصلة بين ما هو مباح وما هو محذور كما أنه يضمن حقوق المواطنين وحياتهم فلا يمكن متابعة الأفراد إذا لم يوجد نص يجرم أفعالهم.
- إن مبدأ الشرعية الجنائية يعطي الجريمة والعقوبة أسسا قانونية يجعلها مقبولة من طرف الرأي العام باعتبارها توقع لصالح المجتمع وباسم القانون، كما أن هذا المبدأ يعتبر الحصن الواقي للمجرمين وغير المجرمين، بحيث يبين لغير المجرمين ما هو مشروع وما هو غير مشروع. وبناء على ذلك نطرح الإشكالية التالية:

على أي أساس تحدد الجرائم ويوقع العقاب؟ وما هي الحالات التي لا يعاقب فيها القانون عن الفعل بالرغم من أنه جريمة؟

ومحاولة منا للإجابة على هذه الإشكالية خصصنا الفصل الأول من هذه المذكرة للتعريف بمبدأ الشرعية الجنائية أي ذكر الجانب الإيجابي لنص التجريم وتناولنا في الفصل الثاني الظروف التي لا يعاقب فيها القانون عن الأفعال المجرمة مبينين بذلك الجانب السلبي لنص التجريم.

واعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي الوصفي الذي رأيناه الأنسب لطبيعة موضوع بحثنا، فالمنهج التحليلي من خلال تحليل ومناقشة بعض النصوص القانونية، أما المنهج الوصفي من خلال التعرض لبعض المفاهيم والخصائص الخاصة بهذا البحث.

الفصل الأول

ماهية مبدأ الشرعية الجنائية

يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون الجنائي، فقد نصت المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على أنه: « لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير امن بغير قانون»⁽¹⁾.

المادة تعالج مسألة تتمثل في معرفة مدى سلطة المحاكم في المهمة العقابية، هل هي حرة في تجريم ومعاقبة أي فعل ترى أنه جدير بالعقاب، أو على العكس من ذلك يجب عليها ألا تتصرف إلا في حدود معينة رسمها لها القانون تطبيقاً للنص السابق ذكره⁽²⁾.

مبدأ الشرعية الجنائية يسود في الدول القانونية وفحواه سيادة القانون وخضوع الجميع له حكماً ومحكومين وهذه السيادة تعني في مجال التجريم والعقاب، حصر الجرائم والعقوبات في قانون مكتوب وواضح، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها من جهة، ثم العقوبات المقررة لها ونوعها ومدتها من جهة أخرى⁽³⁾.

ولدراسة هذا الموضوع قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول يتناول ظهور مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره، ويتناول المبحث الثاني النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية الجنائية.

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

(2) صلاح الدين جبار، (مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 4، 2012، ص 135.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص 73-74.

المبحث الأول

ظهور مبدأ الشرعية الجنائية

في التشريعات السابقة عن قيام الثورة الفرنسية كان مبدأ الشرعية الجنائية مختلف عما هو عليه في وقتنا الحالي، فلم تكن هناك نصوص مكتوبة تجرم الأفعال مسبقاً، فالعقوبات كانت في الغالب تحكّمية ومع ذلك فقد كانت هناك كثير من المبادئ والقواعد التي كان القضاة يستهدون بها، كالتقاليد والأعراف القضائية⁽¹⁾.

ولمعرفة أصول مبدأ الشرعية الجنائية والتعريف به ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتعرض في الأول إلى نشأة مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره التاريخي، ونتعرض في الثاني إلى مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية.

المطلب الأول

نشأة مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره التاريخي

يعد مبدأ الشرعية الجنائية أحد المبادئ الأساسية التي قررتها التشريعات المتعاقبة بدءاً بالتشريع الإسلامي إلى غاية التشريع الحديث وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب، حيث نتناول في الفرع الأول نشأة مبدأ الشرعية الجنائية أما في الفرع الثاني فسنتناول التطور التاريخي لهذا المبدأ وفي الفرع الثالث نتناول أسسه الفلسفية والدستورية.

الفرع الأول

نشأة مبدأ الشرعية الجنائية

نتناول نشأة مبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الإسلامي (أولاً) ثم في أوروبا (ثانياً).

(1) صلاح الدين جبار، مرجع سابق، ص 136.

أولاً: في التشريع الإسلامي:

تعتبر الشريعة الإسلامية أول شريعة مقررة لمبدأ الشرعية الجنائية في الوقت الذي كانت فيه سائر أمم أوروبا غارقة في الظلام وتعاني من تحكم السلطة وتعسفها، حتى وإن كانت بعض الشرائع الوضعية قبل الميلاد عرفته كقانون حمورابي⁽¹⁾.

دلت الشريعة الإسلامية على هذا المبدأ في العديد من الآيات القرآنية الكريمة مثل قوله تعالى في الآية 15 من سورة الإسراء: (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا)، وقوله عز وجل في الآية 59 من سورة القصص: (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا)⁽²⁾، و قوله تعالى في الآية 178 من سورة البقرة (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى...).

ثانياً: في أوروبا:

في أوروبا كان لتعسف السلطة وتحكمها خصوصاً السلطة القضائية في العصور الوسطى أثر في ظهور هذا المبدأ، حيث كان القضاة يملكون سلطة تحكيمية في تجريم الأفعال والعقاب عليها بالرغم من انعدام النصوص التجريبية، فالقضاة كانوا يعاقبون بناء على رسائل الملك وبناء على وجهة نظرهم الأمر الذي أدى إلى انتهاك لحقوق وحرريات الأفراد لعدم وجود ما يحدد مسبقاً للفرد حدود المباح والمحظور⁽³⁾.

وإزاء هذا التحكم القضائي في حقوق الأفراد وحررياتهم وجه الفلاسفة النقد للسلطة بصفة عامة والسلطة القضائية على وجه الخصوص، وكان الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو أول من دعا إلى الشرعية في كتابه روح القوانين سنة 1748 منتقداً السلطة وداعياً إلى الفصل بين مختلف السلطات لحماية الأفراد من التعسف، ثم جاء «بكارايا» في كتابه « الجرائم والعقوبات » الذي

(1) ناصر حمودي، محاضرات في القانون الجنائي العام -الأحكام العامة لقانون العقوبات والنظرية العامة للجريمة-، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، 2009-2010، ص73.

(2) القرآن الكريم.

(3) بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دون ذكر الطبعة، دار الهدى، الجزائر، دون ذكر سنة النشر،

نشره في سنة 1764 معتمدا فلسفة روسو وبالخصوص نظرية العقد الاجتماعي مؤكدا بأن القانون وحده هو الذي يحدد العقوبات المتناسبة مع الجرائم وأن سلطة التحديد هذه يملكها المشرع وحده الذي يجمع أفراد المجتمع بحكم العقد الاجتماعي⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية

كان لمونتسكيو وبكاريا الدور الكبير في ظهور مبدأ الشرعية الجنائية الذي تطور بشكل متسارع وعرفته المجتمعات والحضارات بحيث تضمنته وثائق الثورة الفرنسية، وتؤكد بعد ذلك في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 في المادة 5 والمادة 8 منه⁽²⁾، وأكد بعد ذلك دستور الثورة الفرنسية لسنة 1791 و1793 ودخل بعد ذلك المجال التشريعي⁽³⁾.

أخذ القانون الإنجليزي بمبدأ الشرعية الجنائية منذ صدور ميثاق هنري الأول ثم تضمنه دستور كلاريندون وأكد بعد ذلك العهد الأعظم للملك جون سنة 1215 في مادته 29، وأكد عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المواد 9، 10، 11⁽⁴⁾، كما تضمنته أكثر من 50 اتفاقية تتعلق بحقوق الإنسان والحريات الفردية، ليستقر بعدها في غالبية الدساتير والقوانين الجزائرية بوصفه ضمانا أساسية للحقوق والحريات، وصار ركيزة دستورية هامة وقد نصت عليه غالبية الدساتير الجزائرية ومنها المادة 46 من دستور 1996⁽⁵⁾، كما نصت عليه

(1) بارش سليمان، مرجع السابق، ص10.

(2) تؤكد هذا المبدأ في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 في المادة 5 و8 منه. أنظر هذه المواد على الموقع: <http://www.un.org/ar/documents/udhr> إطلعت عليه يوم: 2014/12/18 على الساعة 17h00 .

(3) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص ص 74-75.

(4) تؤكد هذا المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المواد 9، 10، 11. أنظر هذه المواد على الموقع: <http://www.un.org/ar/documents/udhr> اطلعت عليه يوم: 2014/12/18 على الساعة 18h10 .

(5) دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1966، جريدة رسمية عدد 76، صادر سنة 1996، المعدل بموجب القانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 36، صادر في 16 نوفمبر 2008 .

المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري، ونصت عليه المادة 111-3 من قانون العقوبات الفرنسي⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الأسس الفلسفية والدستورية لمبدأ الشرعية الجنائية

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

أولاً: الأسس الفلسفية

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

أما عن حماية الحرية الشخصية، فقد قام هذا المبدأ كعلاج ضد مختلف صور التحكم التي عان منها القضاء الجنائي ردحا طويلا من الزمن، فهذا المبدأ يضع للأفراد الحدود الواضحة لتجريم الأفعال قبل ارتكابها، فيبصرهم من خلال نصوص محدودة جلية لكل ما هو مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مباشرتها، كما يضمن لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم، ويحول بذلك دون تحكم القاضي، فلا يملك إدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم والعقاب الذي يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل، وقد عبر عن ذلك بكاريا، مؤكدا ما سبق أن قاله مونتسكيو من أن القوانين وحدها هي التي يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم، وأن هذه السلطة لا يمكن أن يتولاها سوى المشرع بذاته الذي يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعي⁽²⁾.

كما يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية ثمرة من ثمار مبدأ الفصل بين السلطات، كما أن أساس هذا المبدأ هو المسؤولية الأخلاقية، حيث تتحدد مسؤولية الشخص بناء على الخطأ المنسوب إليه،

(1) ناصر حمودي مرجع سابق، ص 75.

(2) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، مصر، 2005، ص ص 31-32.

والصادر عنه بناء على الإدراك وحرية الاختيار، حيث جوهر الخطيئة إدراك عدم مشروعية الفعل ثم إرادة ارتكابه، وهو ما يقتضي أن تكون عدم مشروعية الفعل قد حددتها النصوص القانونية العقابية مسبقاً، وتبعاً لذلك فقوم مبدأ الشرعية الجنائية مبدأ العدالة الذي يعد من الركائز الأساسية لقيام دولة القانون⁽¹⁾.

ولهذا فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تلتزم به الدولة القانونية، حيث يضمن القانون احترام الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة الدولة. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا المعنى في نصها بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإن اتخذ من الحرية الشخصية بنياناً لإقراره وتوكيده إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد من محتواه، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازماً إلا بالقدر وفي الحدود التي تكفل صونها⁽²⁾.

أما حماية المصلحة العامة، فتتحقق من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية إلى المشرع وحده، تطبيقاً لمبدأ إنفراد المشرع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحريات، باعتبار أن القيم التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلي الشعب، وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في مصر في قولها بأن القيم الجوهرية التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا يمكن بلورتها إلا من خلال السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير في شأن تحديد الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقوباتها لضمان مشروعيتها وعلى هذا النحو يعرف المواطنون سلفاً القيم التي يبني عليها المجتمع ويحميها قانون العقوبات مما يسهم في الحفاظ على الثقة بين الشعب والدولة والحفاظ على الاستقرار في المجتمع⁽³⁾.

(1) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 76.

(2) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 32.

(3) المرجع نفسه، ص 32.

ثانيا: الأساس الدستوري والقانوني لمبدأ الشرعية الجنائية

أكد الدستور الجزائري لعام 1996 في عدة نصوص منه على مبدأ الشرعية الجنائية، فقد ذكره في الباب الأول وفي الفصل الرابع الخاص بالحقوق والحريات في المواد 29، 47، 46، 45، كما تطرق إليه أيضا في الباب الثاني وفي الفصل الثالث الخاص بالسلطة القضائية في المواد 140 و 142. وهو بذلك يرتفع بالمبدأ من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري وبهذا يستفيد المبدأ من كافة الضمانات التي يمنحها الدستور لمبادئه⁽¹⁾.

أما في قانون العقوبات الجزائري، فقد نصت المادة الأولى على مضمون مبدأ الشرعية بنصها: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون" ، وتأكيدا لهذا المبدأ، فقد جاءت النصوص اللاحقة لتدعم مضمون المادة الأولى، فنصت المادة الثانية على مبدأ عدم الرجعية الذي يعتبر دعامة لمبدأ الشرعية ونصت المادة الثالثة على تحديد نطاق قانون العقوبات⁽²⁾.

كما أكد الدستور المصري عام 1971 صراحة هذا المبدأ في المادة 66 منه، ومن قبله دستور 1923 في المادة السادسة منه. وتمتد جذور هذا المبدأ إلى متطلبات مبادرة القانون وديمقراطية نظام الحكم، ومن ثم فإن اعتباره من مقومات الشرعية الدستورية لا يستند فحسب إلى نص المادة 66 من الدستور المصري، بل يعتمد كذلك على ما نص عليه الدستور المصري في المادة 64 من أن سيادة القانون الأساسي الحكم في الدولة، وما نص عليه في المادتين 2 و 4 من الدستور المصري بشأن ديمقراطية نظام الحكم، كما يستخلص هذا المبدأ كذلك مما قرره المادة 187 من الدستور المصري من أن الأصل في أحكام القوانين هو سريانها اعتبارا من تاريخ العمل بها، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا المبدأ وأعلنت قيمته الدستورية في عدد من أحكامها⁽³⁾.

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

(1) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 77.

(2) المرجع نفسه، ص 78.

(3) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 34.

أسمى في التشريع ذاته ولا يمكن المساس به، وجاء كل من دستوري فرنسا لعام 1946 وعام 1958 فأكدًا بصفة رسمية في مقدمة كل منهما أن إعلان عام 1789 يحتل مكانا رفيعا في قيمة البناء القانوني الفرنسي ويأخذ موقع القلب من الكتلة الدستورية التي تحتوى على الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية، ويتكامل هذا المبدأ مع عدة مبادئ دستورية أخرى، هي مبدأ المساواة وأصل البراءة المفترض في المتهم ومبدأ المحاكمة المنصفة التي تسهم كلها في تحديد نطاق التجريم والعقاب الذي يتم طبقا لشرعية الجرائم والعقوبات⁽¹⁾.

وبعد أن تطرقنا في المطلب الأول لنشأة مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره التاريخي، نتناول في المطلب الثاني مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية.

المطلب الثاني

مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية

تتحقق الجريمة بالفعل الصادر عن الإنسان فيتخذ صور مادية معينة، وتختلف الأفعال المادية باختلاف نشاطات الإنسان وهذا ما يجعل المشرع يتدخل لتحديد فئة من هذه الأفعال الضارة أو الخطرة على سلامة أفراد المجتمع فينهاي عنها بموجب نص قانوني جزائي يجرم هذه الأفعال ويحدد عقوبة من يأتي على ارتكابها. وما عدا ذلك يبقى الإنسان حرا في تصرفه شرط أن لا يلحق الضرر بالغير، فالنص القانوني هو مصدر التجريم وهو المعيار الفاصل بين ما هو مباح وما هو منهي عنه، وهذا ما يعرف بمبدأ الشرعية الجنائية⁽²⁾، الذي سنحاول التعرف عليه، حيث نتناول المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية (الفرع الأول)، أقسام الشرعية الجنائية (الفرع الثاني) ثم الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية الجنائية (الفرع الثالث).

(1) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 35.

(2) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002،

الفرع الأول

المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية

يقصد بمبدأ الشرعية الجنائية الركن الشرعي للجريمة، كما يفهم منه أيضا مبدأ المشروعية، لذا وجب علينا أن نفرق بين الشرعية والمشروعية، حيث أن الشرعية تتمثل في حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة، فهي تتعلق بالنص الجنائي وبالعناصر الشكلية والموضوعية التي تضمن شروط صحة النص، كما يقصد بالشرعية تلك المبادئ التي تكفل احترام حقوق الإنسان وإقامة التوازن بينها وبين المصلحة العامة، والتي يتعين على الدولة التقيد بها عند ممارستها لصلاحياتها العامة⁽¹⁾.

بينما يقصد بالمشروعية انتفاء التعارض بين الواقعة القانونية وبين نصوص التجريم والعقاب، وبالأحرى انتفاء التعارض بين النصوص والمصالح والأموال المشمولة بحماية هذه النصوص، فهي بذلك تتصرف إلى أسباب الإباحة، فالمشروعية تتعلق بالفعل، في حين أن الشرعية تتعلق بالنص⁽²⁾.

كما يقصد بمبدأ الشرعية في مجال القانون الجزائي أن لهذا القانون مصدرا واحدا هو القانون المكتوب وهو بذلك يختلف عن فروع القانون الأخرى التي تضيف إلى نص القانون مصادر أخرى كالعرف والشريعة الإسلامية⁽³⁾.

والى جانب ذكر المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية، سوف نتعرف أكثر على هذا المبدأ من خلال إعطاء تعريف خاص به (أولا) وكذلك إبراز مضمونه (ثانيا).

(1) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 77.

(2) المرجع نفسه، ص 77.

(3) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 49 .

أولاً: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية

أعطيت العديد من التعاريف لمبدأ الشرعية الجنائية، التي اختلفت باختلاف الزوايا التي ينظر منها إليه، فالليونانيون قد عبروا عن هذا المبدأ بأنه: «الترباط السياسي الذي يضع كل مواطن مكانه في المجتمع»، في حين عبر عنه المجتمع الدولي لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة 1959 بأنه: «اصطلاح يرمز إلى المثل والخبرة العلمية القانونية التي يجمع عليها رجال القانون في جزء كبير من العالم، ورأى المؤتمر أن المبدأ يقوم أو يعتمد على عنصرين أساسيين، هما انه مهما كان فحوى القانون، فان كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون وتعمل وفقه، والثاني افتراض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سام هو احترام حقوق الإنسان» واستخلص المؤتمر تعريف لمبدأ الشرعية في أنه: « ذلك الذي يعبر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة، ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية»⁽¹⁾

كما عرف بالعديد من التعاريف التي يمكن إجمالها فيما يلي: « نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل»، « النص القانوني الذي يبين الفعل المكون للجريمة ويحدد العقاب الذي يفرضه على مرتكبها»، وهناك من قال بأن الشرعية الجنائية تقضي وجوب وجود نصوص قانونية صادرة عن سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم والجزاء والمتابعة الجزائية⁽²⁾، مبدأ الشرعية الجنائية إذن هو حصر الجرائم والعقوبات في نصوص القانون، حيث يختص هذا الأخير بتحديد الأفعال التي تعتبر جرائم وبيان أركانها وفرض العقوبات على هذه الأفعال، وعلى القاضي تطبيق ما يضعه المشرع من قواعد في هذا الشأن فلا يستطيع القاضي تجريم فعل إلا إذا وجد نصاً يعتبر هذا الفعل جريمة⁽³⁾.

(1) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص ص 77.

(2) المرجع نفسه، ص ص 77-78.

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

ثانيا: مضمون مبدأ الشرعية الجنائية

القانون الجنائي بمختلف فروعها يخضع لمبدأ الشرعية، منذ تجريم الواقعة ووقوعها مروراً بمحاكمة الشخص وتوقيع العقوبة عليه وتنفيذها، ومقتضى مبدأ الشرعية الجنائية أن تراعيه السلطات الثلاث في الدولة في كل تصرفاتها وأعمالها القانونية، فمن جهة لا يملك القاضي تجريم فعل أو توقيع العقوبة عليه ما لم يرد نص بتجريمه أو توقيع العقوبة عليه، كما يقع على القاضي عبء التطبيق السليم لهذه النصوص التي يجب أن تكون واضحة كل الوضوح ومن جهة ثانية فسلطة التجريم والعقاب من اختصاص السلطة التشريعية، ولا تملك السلطة التنفيذية ممارسة هذا الاختصاص دون تفويض⁽¹⁾، فهذا يعني أن المشرع الجنائي يحتكر سلطة وضع القواعد القانونية في هذا المجال وهذا بخلاف ما هو عليه الحال في القانون المدني مثلاً⁽²⁾.

كما يجب على المشرع أيضاً فيما يخص الإجراءات الجنائية أن يبحث عن توازن مرض بين حقوق الاتهام وحقوق الدفاع، لأن القانون يحمي الحريات الفردية بقدر حمايته لمصالح المجتمع، فلا بد أن تضمن للدفاع حرية التعبير، بدون أن تخل بحق سلطة الاتهام من التعبير عن رأياها حماية للمصلحة العامة. كما يقضي هذا المبدأ استبعاد أي إجراء إداري مسبق على الحكم، كوضع المتهم في معسكر اعتقال أو حرمانه من حقوقه المدنية، كما ينتج عن هذا المبدأ، ضرورة أن يعرف الجاني مسبقاً المحكمة المختصة، بنفس المقدار الذي يعرف به الجريمة والعقوبة، ويقتضي مبدأ الشرعية أيضاً، أن لا يعاقب المتهم قبل أن تثبت إدانته ويستنفذ طرق الطعن المقررة في القانون⁽³⁾.

وإذا قلنا بأنه يقع على القاضي عبء التطبيق السليم للقانون فهذا يقضي أولاً أن يكيف الأفعال التكييف الصحيح، فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه على الواقعة، يجب على النيابة

<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>

(1) أنظر : مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره على الموقع :
إطلعت عليه يوم 2014/12/15 على الساعة 10h00.

(2) أنظر : المادة 1 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد 31. الصادر في 13 ماي 2007.

(3) صلاح الدين جبار، مرجع سابق، 147-148.

العامة أن تأمر بحفظ الدعوى، وإذا كانت القضية على مستوى التحقيق، يجب على قاضي التحقيق أن يصدر أمر بانتفاء وجه الدعوى، وإذا كانت القضية على مستوى قاضي الحكم، فعلى القاضي أن يحكم ببراءة المتهم مهما كانت التهم المنسوبة إليه، كما يجب على القاضي أيضا احتراماً لمبدأ الشرعية الجنائية، أن لا يفرض في التوسع في تفسير النصوص القانونية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أقسام الشرعية الجنائية

إن الشرعية الجنائية جزء من الشرعية العامة، لكن مساسها بالحقوق والحريات هو الذي جعلها تبرز على غيرها من أقسام الشرعية الأخرى في الدولة، حيث كلما أطلق لفظ الشرعية انصرفت الأذهان إلى الشرعية الجنائية وهي تتكون من ثلاثة أقسام رئيسية هي الشرعية الموضوعية (أولاً)، الشرعية الإجرائية (ثانياً)، وشرعية التنفيذ العقابي (ثالثاً).

أولاً: الشرعية الموضوعية

وهي القسم الأول من أقسام الشرعية الجنائية وهو ما يعبر عنه في المادة الأولى من ق.ع.ج: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، وهو حصر مصادر التجريم والعقاب في النص التشريعي الصادر عن السلطة المختصة وفقاً للأحكام الدستورية في الدولة، وهو ما نص عليه المشرع في المادة السالفة الذكر. فبمقتضى هذا القسم تم حماية الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب، وزيادة على ذلك أن يكون هذا القانون قبل ارتكاب الفعل، ودون أن يطبق بأثر رجعي، وعدم لجوء القاضي للقياس في مجال التجريم والعقاب، وكذا إلزام القاضي بمبدأ التفسير الضيق وذلك بإتباع قواعد خاصة في التفسير الكاشف فقط عن إرادة المشرع عند وضع النص⁽²⁾.

(1) صلاح الدين جبار، مرجع سابق، ص 148-149.

<http://sciencesjuridique.ahlamontada.net>

(2) أنظر: مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره على الموقع:

إطلعت عليه يوم 2014/12/15 على الساعة 10h28.

ثانيا: الشرعية الإجرائية

وهي أن تكون الإجراءات التي تتبعها الجهات والأجهزة مقررّة بموجب نصوص قانونية، وهي الحلقة التي تكفل احترام الحرية الشخصية للمتهم، وافتراض براءته في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ ضده، وبذلك تكون الشرعية الإجرائية امتداد طبيعي لشرعية الجرائم والعقوبات، بل في الواقع أكثرها أهمية وأعظمها شأنًا، فهي الإطار الذي لا يمكن تطبيق القاعدة الموضوعية إلا من خلاله، وتقوم الشرعية الإجرائية أساسًا على افتراض براءة المتهم، وألا يتخذ ضده أي إجراء إلا بنص في قانون الإجراءات الجنائية، والثالث يتمثل في ضرورة إشراف القضاء على كل الإجراءات المتخذة ضده، حيث أن قرينة البراءة لا تسقط إلا بحكم إدانة المتهم، وهنا فقط يصبح أمر المساس بحريته أمرًا مشروعًا بحكم القانون، غير أن ذلك لا يعد حقًا مطلقًا، بل يجب أن يتحدد نطاقه وفقًا للهدف من الجزاء الجنائي، ومن هنا تظهر أهمية الحلقة الثالثة من الشرعية الجنائية، وهي شرعية التنفيذ العقابي⁽¹⁾.

ثالثًا: شرعية التنفيذ العقابي

شرعية التنفيذ العقابي تعد الحلقة الثالثة من حلقات الشرعية الجنائية، حيث تقتضي أن يجري تنفيذ الحكم الصادر ضد المتهم وفقًا للكيفيات التي حددها القانون، تحت رقابة وإشراف القضاء، خاصة في ظل الاهتمام المتزايد بهذه المرحلة الذي بدأ مع مدرسة الدفاع الاجتماعي، وتبلور مع منظمة الأمم المتحدة التي قامت بإصدار القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة المساجين، التي بينت بدقة المبادئ التي تحكم مرحلة التنفيذ العقابي، مما يعد شرعية لهذا التنفيذ⁽²⁾.

وبالتالي يمكننا القول أن هذه الحلقة لم تبق مجرد مبدأ دستوري بل ارتقت لمرتبة المبادئ الدولية مع صدور قرار عن الجمعية العامة للأمم المتحدة توصي الدول بضرورة العمل بالقواعد النموذجية الدنيا السابقة وهو القرار رقم: 2858 الصادر في 1971/12/20، والقرار 8/32 الصادر في 1974/11/06 وهي القواعد التي عنيت الدول بإدراجها في قوانينها، باعتبار

(1) أنظر: مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره، على الموقع: <http://www.maitremahmoudyacoub.blogspot.com> إطلعت عليه يوم: 2014/12/25 على الساعة 11h00.

(2) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص81.

القانون الأداة التشريعية الصالحة للشرعية الجنائية. وهو ما قام به المشرع الجزائري في قانون تنظيم السجون، خاصة القانون الأخير المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم 04-05 المؤرخ في 06/02/2005⁽¹⁾، وتقوم شرعية التنفيذ العقابي على ضرورة تحديد أساليب التنفيذ وضماناته وأهدافه المنصوص عليها بالقانون المعبر عن إرادة الشعب والذي لا يسمح بالمساس بحرية الشخص أو حياته، وأن يكون تنفيذ العقوبة خاضعا لإشراف قاضي يطلق عليه اسم قاضي تنفيذ العقوبات⁽²⁾.

الفرع الثالث

الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية الجنائية

تم البدء بتوجيه الانتقادات لمبدأ الشرعية الجنائية مع ظهور المدرسة الوضعية الإيطالية والمدارس اللاحقة لها، فظهر اتجاهان أحدهما يعارض مبدأ الشرعية (أولا) والآخر يناصره (ثانيا)⁽³⁾.

أولا: الاتجاه المعارض لمبدأ الشرعية الجنائية

لم يسلم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من النقد، فقد وجهت له انتقادات قاسية في محاولات لتعديل مضمونه، ونحاول أن نحصرها في نقطتين، الأولى تتعلق بشق التجريم والثانية تتعلق بشق العقاب.

فبالنسبة لشق التجريم فقد أنتقد مبدأ الشرعية وقيل فيه أنه مبدأ رجعي وجامد، يجعلنا عبيد للنص الوضعي، كما أنه يصيب التشريع بالجمود ويجرده من المرونة اللازمة في مواجهة الظواهر الإجرامية المستحدثة التي قد لا تندرج بالنظر لحدائتها وأساليب ارتكابها تحت نص

(1) قانون رقم 04-05 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، جريدة رسمية، عدد 12، صادر في 13/02/2005.

(2) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 81.

(3) المرجع نفسه، ص 81.

التجريم، مما يجعله يتسبب في إفلات المجرمين والتهرب من المسؤولية بحيث يستفيدون من الثغرات الموجودة في القانون⁽¹⁾.

كما ترجع عيوب مبدأ الشرعية إلى نصوص التشريع نفسه، فالمشرع لا يستطيع أن يحدد سلفاً كل الأفعال الخطرة الواجب حصرها وتجريمها، وقد تكون هذه النصوص في بعض الأحيان غامضة أو فضفاضة بحيث لا يسمح للقاضي بالتفسير الواسع وهذا ما يجعله في حيرة من أمره مما يتسبب في تعطيل النصوص التشريعية وتهرب الجناة من العقاب⁽²⁾.

وبالنسبة لشق العقاب فقد انتقد مبدأ الشرعية لكونه يتعارض مع أهم مبادئ السياسة الجنائية الحديثة، وهو مبدأ تقرير الجزاء الجنائي الذي يترتب على تطبيقه اختلاف العقاب نوعاً ومقداراً بالنسبة للفعل الواحد تبعاً لدرجة خطورة كل من ساهم في ارتكابه، وعلى الرغم من أهمية مبدأ تقرير العقوبة، فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يقف عقبة أمام القاضي تحول بينه وبين اختيار العقوبة التي تتلاءم وشخصية المجرم، ذلك أن هذا المبدأ يفرض على القاضي نوع العقوبة ومقدارها بالنسبة لكل فعل تبعاً لجسامته دون اعتداد بدرجة خطورة الفاعل، وفي هذا تقويت لفرصة الاستفادة مما يحققه التقدم العلمي والفني من نتائج ترتبط بالجريمة والمجرمين⁽³⁾.

ثانياً: الاتجاه المناصر لمبدأ الشرعية الجنائية

بالرغم من الانتقادات المعارضة لمبدأ الشرعية الجنائية، إلا أن القوانين الحديثة تجتهد لتجاوز هذه الانتقادات، فجمود النص يمكن تداركه بمرونة يلجأ لها المشرع في عبارات يحقق بها التوازن بين حقوق الأفراد ومصالح المجتمع، ومما يساعد على تجاوز جمود النص الأخذ بنظرية التفسير الكاشف والابتعاد عن نظرية التفسير الضيق في مجال تفسير نصوص التجريم، ويعني ذلك إعطاء سلطة للقاضي في تفسير النص التجريمي القائم وتطبيقه بكل ما تنتسح له حكمة الشارع منه ولو لم تشر إليه حرفية النص وقد عمدت التشريعات الحديثة أيضاً

(1) عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دون ذكر الطبعة، دار الهدى، الجزائر، دون ذكر سنة النشر، ص51.

(2) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 82.

(3) عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص52.

إعطاء القاضي سلطة تقديرية تسمح له بتفريد العقاب والملائمة بين العقوبة وشخصية الفاعل⁽¹⁾.

وقد عرض مبدأ الشرعية الجنائية على بساط البحث في مؤتمرات دولية، وأسفرت المناقشات التي دارت في هذه المؤتمرات عن ضرورة التمسك بمبدأ الشرعية والإبقاء عليه بكل قيمته، لما له من قيمة في تحقيق مصلحة الفرد والمجتمع باعتباره صمام الأمان للحقوق والحريات الفردية⁽²⁾.

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول لظهور مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره التاريخي، الذي تعرفنا من خلاله على هذا المبدأ، نتناول بعد ذلك النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية الجنائية وذلك من خلال المبحث الثاني.

(1) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص 83-84.

(2) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دون ذكر الطبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 137.

المبحث الثاني

النتائج القانونية المترتبة على مبدأ الشرعية الجنائية

تقوم التشريعات الجنائية المعاصرة على مبدأ الشرعية الجنائية، أو شرعية الجرائم والعقوبات، هذه الأخيرة التي تستلزم وجود قاعدة قانونية تجرم السلوك وتعاقب عليه، وهذا ما يقتضي تحديد مصادر القاعدة الجنائية وبيان قواعد تفسيرها، وتوضيح مدى إمكانية القاضي للجوء إلى القياس في ميدان التجريم والعقاب⁽¹⁾. وهذا ما سنتناوله في النتائج القانونية لمبدأ الشرعية الجنائية (المطلب الأول)، كما يستلزم هذا المبدأ أن تكون القاعدة الجنائية سارية في الزمان والمكان الذين ارتكبت فيهما الجريمة، وهذا ما يقتضي تحديد نطاق سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان ومن حيث المكان (المطلب الثاني).

المطلب الأول

النتائج القانونية العامة لمبدأ الشرعية الجنائية

تتعدد النتائج التي تترتب على الأخذ بمبدأ الشرعية الجنائية التي سنوجزها في الفروع اللاحقة، بحيث يقتضي هذا المبدأ أن يكون المشرع وحده صاحب الحق في التشريع باعتباره الحارس الطبيعي للنظام، كما يقتضي هذا المبدأ أيضا أن يكون التشريع واضحا بحيث يحدد كل جريمة فيبين عناصرها وظروفها على نحو ينتقي معه الغموض، وتطبيقا لمبدأ الشرعية، يحظر على القاضي اللجوء إلى القياس⁽²⁾. وهذا ما سنراه في انفراد التشريع بالتجريم والعقاب (الفرع الأول)، تفسير النصوص الجنائية (الفرع الثاني) وحظر القياس (الفرع الثالث).

(1) عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري - القسم العام -، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 47.

(2) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص 80-81.

الفرع الأول

انفراد التشريع بالتجريم والعقاب

إن حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية يعني استبعاد سائر المصادر المألوفة في فروع القانون الأخرى كالعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والشريعة الإسلامية، وبالرغم من ذلك يقتضي تحديد عناصر بعض الجرائم تطبيق قواعد غير جنائية، كما أن تحديد أركان بعض الجرائم يستند مباشرة إلى ضوابط مستمدة من العرف فصفة الإخلال بالحياة الذي توافره في جريمة الفعل الفاضح لا يمكن تحديدها بدون الرجوع إلى العرف السائد⁽¹⁾.

وجعل أيضا دستور 1996 صلاحية التجريم في مواد الجناح والجنايات والمخالفات من اختصاص البرلمان وذلك في المادة 122/ف7، لكن لا يشترط أن تكون جميع الجرائم والعقوبات مصدرها النصوص التشريعية، بل يمكن للسلطة التنفيذية في بعض الحالات إصدار لوائح تكون مصدرا للتجريم والعقاب كاختصاصها بضبط مخالفات المرور⁽²⁾.

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن التشريع الجنائي في الوضع الدستوري الحالي له مدلول واسع من حيث أنه يعني كل سلطة لها صلاحية التشريع، لكن استثناء المشرع يتخلى عن سلطته في مجال التجريم والجزاء إلى السلطة التنفيذية بصفة مباشرة وإلى السلطة القضائية بصفة غير مباشرة⁽³⁾.

ومن أبرز الأمثلة عن تخلي المشرع عن صلاحياته للسلطة التنفيذية ما تقوم به هذه الأخيرة من ضبط وتحديد للعديد من الجرائم مثل مخالفات المرور أو تدخلها عن طريق الإحالة في النصوص التجريبية الصادرة عن المشرع بخصوص مجموعة من الجناح مثل المحددة في

(1) رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري-الأحكام العامة للجريمة-، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976، ص 104.

(2) عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص 54.

(3) بارش سليمان، مرجع سابق، ص ص 14-15.

قانون الأسعار، حيث يضع المشرع نصا يحدد بمقتضاه العقوبة ويحيل في تحديد الجريمة إلى نص صادر عن السلطة التنفيذية وتبرز الخطورة خاصة في مثل هذه الحالات عندما لا تكون السلطة التنفيذية قد أصدرت النص المحال إليه، وتسمى هذه الحالة بالقاعدة الجنائية على بياض، وكمثال عن تخلي المشرع عن صلاحياته للسلطة القضائية ما يسمى بالنصوص المفتوحة حيث يعطي المشرع بمقتضى نص للقاضي سلطة تقديرية (1).

الفرع الثاني

تفسير النصوص الجنائية

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

أولا: أنواع التفسير

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

1- التفسير التشريعي:

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

(1) بارش سليمان، مرجع سابق، ص ص 14-15.

التشريعي ذات القوة الملزمة للنصوص القانونية التي جرى تفسيرها، ويعد جزءاً لا يتجزأ من هذه النصوص⁽¹⁾.

2-التفسير القضائي:

هو ذلك التفسير الذي يتولاه القاضي الجزائي عند فصله في واقعة معروضة عليه بقصد تطبيق النص المجرم على هذه الواقعة، وهذا التفسير يقتصر على الواقعة ذاتها دون غيرها، ويترتب عن ذلك أن هذا التفسير غير ملزم للقضاء الذي أصدره، إذ يجوز له الرجوع عنه حين فصله في واقعة أخرى، كما أنه غير ملزم لأي قضاء جزائي آخر ولو كان أقل منه درجة⁽²⁾.

ويعتبر التفسير القضائي من أهم التفسيرات للنصوص التجريبية، حيث إذا صدر تفسيراً عن المحكمة العليا تستأنس به المحاكم الدنيا⁽³⁾.

3-التفسير الفقهي:

ويقصد به التفسير الذي يصدر عن شراح القانون أثناء شرحهم له، وهو نوع من التفسير لا يتعدى إبداء الرأي بخصوص هذا النص أو ذاك من نصوص القانون، وبالتالي فإنه غير ملزم للقضاء، وتكمن فائدته في إعانة القضاء على تطبيق القانون وفي توجيه المشرع لاستكمال ما في التشريع من نقص⁽⁴⁾.

(1) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 152-153 .

(2) عبد القادر عدو، مرجع سابق، صص 62-63

(3) بارش سليمان، مرجع سابق، ص 19.

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

عمان، 2011، ص 117.

ثانياً: مناهج التفسير

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

1- المنهج الحرفي:

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

وقد ظهر هذا المنهج على يد "مونتيسكيو وبكاريا" حيث ذهب الأول إلى القول بأن القاضي ليس إلا بوقا يردد كلمات القانون، وأن الحكم ليس إلا نظاماً محدداً من القانون، وتركز هذه المدرسة على كمال النص وعدم تغييره وهذا الموقف من شأنه أن يسد كل تدخل للقاضي في مجال التجريم⁽¹⁾.

2- المنهج الغائي:

ويتميز بإعطائه لإرادة المشرع أهمية كبرى، وغاية هذا التفسير هي الكشف عن إرادة المشرع من خلال الألفاظ المستعملة، ولذلك لا يجوز أن يقتصر دور القاضي على عملية استنباط محددة من نصوص القانون، بل يجب أن يبدأ من النص لمعرفة إرادة المشرع، وإذا شاب الغموض إرادة المشرع وجب افتراض هذه الإرادة وفقاً لما يمكن أن يصدر من المشرع العقلاني باللجوء إلى القرائن القضائية والحيلة القانونية واجتهاد القضاة في معرفة إرادة المشرع من نصوص القانون والأعمال التحضيرية⁽²⁾.

(1) بارش سليمان، مرجع سابق، ص ص 19-20.

(2) المرجع نفسه، ص 20.

3- المنهج القياسي:

هذا المنهج يعتبر تفسيرياً مجازاً، لأن غايته ليست تحليل ألفاظ النص، وإنما غايته هي حل قضية لا نص لها وذلك بالاعتماد إما على تشابهها مع واقعة لها نص (قياس شرعي) أو بالاعتماد في الحالات الأخرى على النظام الجزائي لاستخلاص حكم للواقعة المعروضة (قياس قانوني)⁽¹⁾.

الفرع الثالث

حظر القياس في التجريم والعقاب

لا يجوز للقاضي وهو بصدد النظر في الواقعة المعروضة عليه أن يجرم فعلاً لم يرد نصاً بتجريمه قياساً على فعل ورد نص تجريمه بحجة وقوع تشابه أو تقارب بين الفعلين، أو أن يكون العقاب في الحالتين يحقق نفس المصلحة الاجتماعية، مما يقتضي تقرير عقوبة الثاني على الأول وهذا ما يعرف بالتفسير بطريق القياس، لأن في ذلك اعتداء صريح على مبدأ الشرعية الجنائية، فالجرائم والعقوبات لا يقررها إلا المشرع والقاضي لا يملك ذلك قانوناً، فإن فعل ذلك يكون قد خلق جرائم لم يضعها المشرع وهو ما لا يسمح به القانون. ومثال ذلك أن يقيس جريمة السرقة المتمثلة في أخذ مال الغير المنقول دون رضاه على فعل الاستلاء على منفعة، وأن يعتبر من يحصل على منفعة شيء مملوك لغيره دون وجه حق سارقاً⁽²⁾.

وقد استقر القضاء على حظر التفسير بطريق القياس في نصوص التجريم والعقاب، وقررت محكمة النقض بمصر أن من المسلم به أنه لا عقوبة إلا بنص، أي يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له مما يقتضي عدم التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي وعدم الأخذ فيه بطريق القياس وهذا ما حرصت عليه المؤتمرات الدولية ونصت عليها بعض القوانين الأجنبية كمؤتمر باريس الدولي للقانون الجنائي المنعقد سنة 1992⁽³⁾.

(1) بارش سليمان، مرجع سابق، ص 19.

(2) عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص 55.

(3) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 157.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق النص الجنائي

إن وجود نص التجريم لا يكفي كي يخضع له الفعل أو الامتناع الذي يعاقب عليه النص، بل يجب أن يكون الفعل داخلا في النطاق الزمني (الفرع الأول) والمكاني (الفرع الثاني) للنص، أي أن يكون القانون المتضمن للتجريم معمولا به وقت ارتكاب الجريمة وساريا على المكان الذي ارتكبت فيه⁽¹⁾.

الفرع الأول

نطاق تطبيق النص الجنائي من حيث الزمان

تتغير النصوص الجنائية من حين لآخر تبعا لإرادة المشرع وتقديره في مواجهة ظاهرة الإجرام، أي أن هذه النصوص خاضعة للتعديل والإلغاء، وبإلغاء النص ينقضي مفعوله فلا يطبق على وقائع لاحقة. فصلاحية 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 إلغائه. وتكون القوانين نافذة بعد إصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية⁽²⁾، طبقا لما جاء فيها من تحديد دقيق للحظة سريانها⁽³⁾.

فالنص القانوني لا يطبق على ما حدث من وقائع قبل دخوله حيز النفاذ ولا بعد أن يتم إلغائه، بل يحكم فقط الوقائع والتصرفات التي حدثت في مرحلة سريانه أو فترة نفاذه، والنص الجنائي تحكمه قاعدة معروفة تعد أثرا من آثار مبدأ الشرعية الجنائية وهي قاعدة عدم رجعية النص الجنائي للتطبيق على الماضي، وكل قاعدة فإنه يرد عليها استثناء، وهذا الاستثناء في

(1) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 161.

(2) أنظر المادة 46 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

(3) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 89.

المجال الجنائي يعد في حد ذاته مبدأ لم تعرف له فروع القانون الأخرى نظيرا وهو القانون الأصلح للمتهم⁽¹⁾، وشرحا لما سبق ذكره نتطرق للقواعد التالية:

أولا: قاعدة عدم رجعية النص الجنائي

تعد هذه القاعدة أحد أهم آثار مبدأ الشرعية الجنائية وهي المظهر العملي له، وبموجب هذه القاعدة لا تسري القوانين الجنائية على الوقائع السابقة على نفاذها، فتمديد صلاحية النص للتطبيق على الأفعال التي سبقت وجوده لا يتعارض مع مبدأ الشرعية فحسب، بل يهدمه. فلا يجوز تهديد حرية الأفراد بمفاجأتهم بتجريم أفعال لم تكن وقت إتيانها محرمة أو الحكم على شخص ارتكب جريمة بعقوبة أشد من العقوبة التي كانت مقررة لها وقت ارتكابها، ونظرا لأهمية القاعدة فقد نصت عليها الدساتير⁽²⁾، والقوانين الجنائية الجزائرية⁽³⁾.

1-تطبيق القاعدة:

يقتضي تطبيق القاعدة وجوب أن نحدد وقت نفاذ القانون أولا، ثم تحديد وقت ارتكاب الجريمة ثانيا، فصلاحية تطبيق النص يقتضي أن تكون لحظة نفاذ القانون سابقة أو معاصرة لارتكاب الجريمة، ويحدد القانون الجديد عادة وقت نفاذه. أما وقت ارتكاب الجريمة فهو وقت ارتكاب الفعل المكون لها، أي وقت ارتكاب الواقعة المادية التي تكون السلوك الإجرامي للفعل دون الاعتماد بالآثار المترتبة عليها أو حتى تحقق نتيجتها⁽⁴⁾.

(1) أنظر: نطاق تطبيق النص الجنائي على الموقع: <http://www.tribunaldz.com> .إطلعت عليه يوم 2015/10/10 على الساعة 18h00.

(2) أنظر المادة 43 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

(3) مشار إليها لدى: عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص90.

(4) المرجع نفسه، ص91.

ثانيا: الاستثناء على القاعدة -القانون الأصلح للمتهم-:

يطبق النص التجريمي الجديد على وقائع سابقة على نفاذه، إذا كان النص الجديد أقل شدة، فلا تحترم قاعدة عدم رجعية نصوص التجريم على الوقائع السابقة لنفاذها بشكل مطلق إلا في حدود أن يكون القانون الجديد أسوأ للمتهم⁽¹⁾.

ويعني ذلك أن صدور قانون جديد يخلق مسألة تنازع بين قانونين على واقعة إجرامية واحدة لم يبت فيها على وجه نهائي مما يدعو إلى التساؤل بأي القانونين يجب أن يحكم القاضي؟

الأصل أن القانون الساري وقت ارتكاب الواقعة الإجرامية هو القانون الواجب التطبيق عملا بقاعدة عدم الرجعية، وعلى ذلك يطبق القانون القديم على الوقائع التي حدثت في ظله، إلا أن المشرع ولا اعتبارات نفعية أوجب تطبيق القانون الجديد إذا كان أقل شدة أي الأصلح للمتهم، ويرى الفقهاء أن ليس في تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم اعتداء على مبدأ الشرعية، طالما أن تطبيقه لا ينطوي على إهدار للحريات الفردية⁽²⁾.

1- شروط تطبيق مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم:

بالرجوع إلى نص المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري، التي تنص على رجعية تطبيق نصوص قانون العقوبات على أفعال وقعت قبل نفاذه، فإنه إذا كان القانون الساري المفعول أشد يطبق القانون الأقل شدة للمتهم ويشترط لتحقيق ذلك ما يلي:

- أن يكون القانون الجديد في صالح المتهم.
- أن يصدر القانون الجديد قبل صدور حكم نهائي.

(1) أنظر المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري.

(2) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص 91-92.

- أن لا يكون القانون القديم محدد الفترة⁽¹⁾.

بمعنى أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون القديم وإلا فإنه لا يطبق كأن يكون القانون الجديد ينص على عقوبة أشد من العقوبة المقررة بالقانون القديم والعكس صحيح فإذا كان القانون الجديد أخف من القانون القديم فيطبق القانون الجديد.

- أما إذا حركت إجراءات الدعوى العمومية وتمت مباشرتها من طرف النيابة و صدر قانون أصلح للمتهم قبل أن يحكم على الشخص مرتكب الفعل ولم يصبح الحكم نهائيا، فإنه يطبق القانون الجديد الأقل شدة من القانون القديم.

- أما إذا كان القانون الملغى قد صدر على إثر ظرف معين كالحرب مثلا، وبعد زوال هذا الظرف يلغى القانون، فلا يستفيد الأشخاص الذين خالفوا أحكامه من إلغائه حتى ولو لم يكن قد تم الفصل في إجراءات الدعوى.

- أما إذا صدر قانون أصلح للمتهم بعد صدور حكم نهائي فإن الشخص مرتكب الفعل والذي تمت إدانته بهذا الحكم بعد استنفاد طرق الطعن، فإنه لا يستفيد من القانون الجديد، وهذا احتراما لمبدأ قوة الشيء المحكوم فيه.

- أما إذا صدر قانون جديد أصلح للمتهم وقبل صدور حكم نهائي عليه يطبق القانون الجديد ويجعل من الفعل المجرم غير معاقب عليه، فهنا يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثار المتابعة الجنائية⁽²⁾.

(1) إبراهيم بلعليات، أركان الجريمة وطرق اثباتها في قانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، دون ذكر الطبعة، الجزائر، 2012، ص99.

(2) مثال على ذلك ما جاء به ميثاق السلم والمصالحة الوطنية الصادر في شهر فيفري 2006 فيما يخص انقضاء الدعوى العمومية في المواد من 4 إلى 10. أنظر: المرجع نفسه، ص100.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق النص التجريمي من حيث المكان

كقاعدة عامة لا يسري قانون العقوبات إلا على الجرائم التي ترتكب على إقليم الدولة ويعبر عنه بمبدأ إقليمية القاعدة الجنائية، غير أن المقتضيات العملية في مجال مكافحة الجرائم أثبتت قصور هذا المبدأ عن قمع الجرائم التي ترتكب خارج إقليم الدولة، وعليه تم الأخذ ببعض المبادئ المكملّة، وهي مبدأ شخصية النص الجنائي ومبدأ عينية النص الجنائي، ولقد أخذت بعض القوانين على خلاف القانون الجزائري بمبدأ أكثر شمولية وهو مبدأ عالمية النص الجنائي⁽¹⁾. سنتناول كل مبدأ من هذه المبادئ في نقطة مستقلة.

أولاً: مبدأ إقليمية النص الجنائي

يعني مبدأ إقليمية النص الجنائي أن قانون العقوبات يسري على كل الجرائم أيا كان نوعها التي ترتكب على إقليم الجمهورية، وأيا كانت جنسية مرتكبها أو المرتكبة عليه وطنياً أو أجنبياً وهذا المبدأ من أقدم المبادئ، وينطوي على العديد من المبررات السيادية المتعلقة بسيادة الدولة على إقليمها، بالإضافة لما له من قواعد عملية في إثبات الجرائم ومتابعة مرتكبيها ومحاكمتهم محاكمة فعالة، كل ذلك انعكس على طريق تطبيق هذا المبدأ، حيث تمت معاملة بعض الأوضاع أو بعض المركبات معاملة الإقليم، بالرغم من اختلافها التام عنه مثل الطائرات والسفن، كما أنه وبالرغم من سيادة مبدأ الإقليمية، إلا أنه ترد عليه بعض الاستثناءات التي تملئها القوانين والأعراف الدولية، مما جعل بعض الجرائم المرتكبة على الإقليم الوطني غير خاضعة للقانون الوطني⁽²⁾.

(1) عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص ص 69-70.

(2) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص ص 99-100.

1-مضمون مبدأ إقليمية القاعدة الجنائية ومبرراته:

نص المشرع الجزائري في المادة 2 ق.ع على تطبيق قانون العقوبات على الجرائم التي ترتكب على إقليم الدولة الجزائرية، وبهذا النص يكون المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ إقليمية النص الجنائي، ويجد هذا المبدأ مبرره في كون تطبيق القانون الوطني على الجرائم المرتكبة داخل إقليم الدولة يعد مظهرا من مظاهر ممارسة الدولة لسيادتها الوطنية، ومما يتناقض مع هذه السيادة أن يطبق قانون عقوبات أجنبي داخل إقليم دولة معينة، كما أن القضاء الوطني يعد أقدر من غيره على تطبيق قواعد هذا القانون بسبب إلمامه به دون غيره من القوانين الأخرى. كما أن تطبيق القانون الوطني على الجرائم المرتكبة داخل الدولة يرسخ فكرة الردع العام كغاية من توقيع الجزاء الجنائي، ومن شأنه تهدئة مشاعر السخط الاجتماعي التي أثارها ارتكاب الجريمة⁽¹⁾.

2-المقصود بإقليم الدولة:

على خلاف المجال البري والجوي اللذان لا يثيران أي لبس في تحديدهما، فإنه ينبغي التمييز في المجال البحري بين المياه الداخلية والمياه الإقليمية، فبالنسبة للمياه الداخلية فإنها تعتبر جزءا من الإقليم اليابس للدولة، وتمارس فيه سيادتها كاملة، وتخضع السفن المتواجدة فيه إلى قانون الدولة الساحلية، أما المياه الإقليمية وهي مساحة من البحر ملاصقة لشواطئ الدولة وتمتد نحو البحر العام⁽²⁾.

ولقد استقر العرف الدولي على أنه لا يجوز للدولة الساحلية أن تتخذ أي إجراء على ظهر السفينة المارة في بحرها الإقليمي بقصد إلقاء القبض على شخص بأية جريمة ارتكبت أثناء المرور، إلا إذا امتدت آثار الجريمة إلى الدولة الساحلية، أو إذا كانت الجريمة تخل بنظام المرور في البحر الإقليمي، أو إذا طلب ريان السفينة أو قنصل الدولة التي ترفع السفينة علمها مساعدة الدولة الساحلية أو كان إجراء لمكافحة المخدرات. وفي هذا الإطار أخذ التشريع

(1) عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص70.

(2) المرجع نفسه، ص71.

الجزائري بمبدأ سريان القاعدة الجنائية على طائفة من الجرائم التي يرتكبها الأجانب والبحارة الموجودين على متن سفينة أجنبية متواجدة في المياه الإقليمية الجزائرية⁽¹⁾، فضلا عن ذلك فإن القاعدة الجنائية تسري في المياه الإقليمية على الجرائم المتصلة بالمجال الجمركي وللسلطات المختصة أن تفتش السفن الموجودة في المياه الإقليمية وأن تحتجزها في حال المخالفة⁽²⁾.

وعلا بنص المادة 586 ق.إ.ج فإنه لا يشترط لتطبيق قانون العقوبات الجزائري أن يتحقق الركن المادي بجميع عناصره على إقليم الدولة الجزائرية، إذ يكفي أن يقع السلوك الإجرامي في الجزائر مع تحقق النتيجة الإجرامية في دولة أخرى حتى يتوافر الشرط الخاص بارتكاب الجريمة داخل إقليم الدولة، كما يكفي لتطبيق قانون العقوبات الجزائري أن يتحقق جزء من النتيجة الإجرامية في الجزائر على الرغم من وقوع السلوك الإجرامي في الخارج.

ويكفي لتطبيق قانون العقوبات الجزائري على الجريمة المرتكبة أن يقع أي فعل من أفعال الاشتراك على الإقليم الجزائري حتى ولو تحقق سلوك الفاعل خارج هذا الإقليم، وترتبيا على ذلك فإن من يمد غيره في الجزائر بأي وسيلة لاستخدامها في ارتكاب جريمته في تونس أوالمغرب، فإنه يعاقب طبقا لقانون العقوبات الجزائري بوصفه شريكا للفاعل الأصلي في الجريمة المرتكبة خارج الإقليم الجزائري، وذلك طبقا لنص المادة 585 ق.ع.ج⁽³⁾.

(1) أمثلة عن تلك الجرائم، جريمة إعاقة القيادة والمناورة البحرية، جريمة الإخلال بالنظام والأمن على متن السفينة (م 482 من الأمر 76-80 المعدل بالقانون 98-05 المتضمن القانون البحري)، وكذا جريمة امتناع ربان السفينة عن تقديم مساعدة لكل شخص عثر عليه في حالة خطر الضياع أو الموت (م 485 من القانون السابق). أنظر: عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص ص 71-72.

(2) المرجع نفسه، ص ص 71-72.

(3) أنظر المادة 585 و 586 من قانون العقوبات الجزائري.

3- امتداد سريان القاعدة الجنائية من حيث المكان

وفقا للمادتين 590 و 591 ق.إ.ج.⁽¹⁾، يمتد تطبيق قانون العقوبات على الجرائم التالية:

- الجرائم التي ترتكب في عرض البحر على ظهر السفن التي تحمل العلم الجزائري.
- 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 التي تحمله أيا كان مكان تواجدها.
- الجرائم التي ترتكب على متن الطائرات الجزائرية، سواء كان مرتكب الجريمة جزائري الجنسية أو أجنبيا.
- 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 جزائري⁽²⁾.

4- الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية:

بالرغم من أن مبدأ الإقليمية النص الجنائي يقتضي أن تخضع كل الجرائم المرتكبة على إقليم الجمهورية الجزائرية للقانون الجنائي الجزائري، أيا كانت جنسية الجاني أو المجني عليه، وبغض النظر عن المصلحة أو الحق المعتدى عليه، غير أنه إعمالا لبعض الأحكام الدستورية والأعراف الدبلوماسية وبعض قواعد القانون الدولي العام، فإنه ترد بعض الاستثناءات على مبدأ الإقليمية النص الجنائي التي تستبعد الجرائم التي يرتكبها بعض الأشخاص من الخضوع لقانون العقوبات الجزائري، إذا ارتكبها مثل هؤلاء الأشخاص أثناء أو بمناسبة تأدية مهامهم ومن بين هؤلاء الأشخاص نذكر:

(1) أنظر المادة 590 و 591 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

(2) عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 73.

أ-رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة الجزائريين:

تستثني غالبية القوانين الجنائية بما فيها قانون العقوبات الجزائري جرائم رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة المرتكبة أثناء ممارستهما لمهامهما الرئاسية والحكومية أو بمناسبةهما وذلك طبقاً للأعراف الدستورية، ولا يمكن محاكمتها عنها إلا بعد زوال صفة الرئاسة عنهما غير أن ما تجدر الإشارة إليه الحكم الذي جاءت به المادة 158 من الدستور الجزائري لسنة 1996 التي نصت على أنه: "تؤسس محكمة عليا للدولة تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، ورئيس الحكومة عن الجنايات والجرح التي يرتكبها بمناسبة تأدية مهامهما"⁽¹⁾.

ب-أعضاء المجالس النيابية العليا (البرلمان ومجلس الأمة في الجزائر)

ويقصد بالمجالس النيابية العليا، تمييزاً لها عن المجالس الشعبية الإقليمية أو المحلية، ونجد كل الدول تقرر الحصانة لأعضاء السلطة التشريعية، ولا يعني ذلك نزع الصفة التجريبية عن الفعل المعاقب الذي يرتكبونه، وإنما متابعتهم لا تتم إلا بإتباع إجراءات دستورية خاصة وهو ما بينته المواد 109، 110، 111 من دستور 1996 المعدل والمتمم، حيث نصت المادة 109: "الحصانة البرلمانية معترف بها للنواب ولأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم ومهمتهم البرلمانية، لا يمكن أن يتابعوا أو يوقفوا وعلى العموم لا يمكن أن ترفع عليهم أية دعوى مدنية أو جزائية أو يسلب عليهم أي ضغط، بسبب ما عبروا عنه من آراء وما تلفظوا به من كلام أو بسبب تصويتهم خلال ممارسة مهامهم البرلمانية"، وهذه المادة استثنت نوع محدد من الجرائم، كونها أرست فكرة الحصانة البرلمانية لنواب السلطة التشريعية خاصة المتعلقة بمهامهم الرئيسية غير أن المادة 110 من الدستور ركزت على فكرة المتابعة الجزائية عن الجنايات والجرح بينما بينت المادة 111 حالة تلبس النائب بارتكاب جناية أو جنحة⁽²⁾، غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن المادة 110 لم تبين الموقف في الحالة التي يرتكب فيها عضو البرلمان أو عضو مجلس

(1) ناصر حمودي، مرجع سابق، صص 106-107.

(2) أنظر المواد 110 و 111 من دستور 1996.

الأمة لمخالفة فهل عدم ذكر هذا النوع من الجرائم يعني عدم المسائلة عنها أم تجوز فيها المتابعة دون الإجراءات السابقة⁽¹⁾.

ج- رؤساء الدول الأجنبية:

يتمتع رؤساء الدول الأجنبية بحصانة عامة تشملهم وأفراد أسرهم وحاشيتهم عن كل فعل يصدر عنهم أثناء إقامتهم في دولة أخرى ومصدر هذه القاعدة هو القانون الدولي العام والعرف الدولي⁽²⁾.

د- رجال السلك السياسي الأجنبي:

رؤساء الحكومات والوزراء وكتاب الدولة التابعين لدول أجنبية يتمتعون بحصانة قضائية مستمدة من المعاهدات الدولية والقوانين الأساسية للمنظمات التي يتبعونها تعفيهم من كل مسائلة جنائية عن الجرائم التي يرتكبونها في الدول التي يقيمون فيها في مهام رسمية⁽³⁾.

هـ- رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي:

بالنسبة لرجال السلك الدبلوماسي، فلا يجوز القبض عليهم بمناسبة ارتكاب جرائم أثناء تأدية وظائفهم الدبلوماسية أو بمناسبة مباشرتهم لحياتهم الخاصة، وما يقتضي فعله هو تبليغ ذلك إلى الدولة وطلب إعادتهم إليها، ويمكن للدولة أن تطردهم من إقليمها إذا كانت الجريمة خطيرة، أما رجال السلك القنصلي فلا يجوز القبض عليهم فيما يتعلق بالجرائم التي يرتكبونها بمناسبة ممارسة وظائفهم القنصلية، أما الجرائم الأخرى فإنها تخضع لقانون الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة، ومبرر قصر حصانة أعضاء السلك القنصلي على الأعمال التي يقومون بها في

(1) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص ص 107-108.

(2) رضا فرج، مرجع سابق، ص 127.

(3) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 109.

نطاق وظيفتهم الرسمية هو أنهم، على خلاف أعضاء السلك الدبلوماسي، لا يمثلون دولهم أمام الدولة التي يؤدون فيها عملهم القنصلي⁽¹⁾.

و-رجال القوات الأجنبية المرابطة في التراب الوطني:

يستمدون حصانتهم بخصوص عدم متابعتهم عن الجرائم التي يرتكبونها في الدول التي يرابطون فيها، وهي مقررة للقوات الموجودة بأرض الدولة بترخيص منها، مثل قوات الطوارئ الدولية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، وهي الحصانة التي يتمتع بها أفراد هذه القوات بمناسبة ما يقع منهم من جرائم بمناسبة تأديتهم لمهامهم، أو داخل المناطق المخصصة لهم.

وعلى العموم، الحصانة أو الإعفاء من المتابعة الجزائية وفقا للقانون الجزائري لا يغني عن إخطار الجهات الرسمية التي يتبعها الشخص مرتكب الجريمة والمتمتع بالحصانة الدبلوماسية، التي في العادة ما تتابعهم تأديبيا وقد يتجاوز الأمر لحد تعويض ضحاياهم مدنيا، وتبقى كل معاهدة أو قانون أساسي للمنظمة وكذا الأعراف الدبلوماسية أو مبدأ المعاملة بالمثل تحدد طرق وكيفيات ذلك⁽²⁾.

ثانيا:المبادئ التكميلية لمبدأ الإقليمية

يسري قانون العقوبات استثناء على طائفة من الجرائم ترتكب خارج حدود الدولة، وكان الأصل أن يتحاشى القانون الجزائري بهذه الجرائم احتراما لمبدأ الإقليمية، إلا أنه هناك اعتبارات أولى بالرعاية قضت بضرورة الخروج على هذا الأصل، وتتنظم هذه الاستثناءات في ظل مبادئ ثلاثة تعرف عند البعض بالمبادئ الاحتياطية، وهي مبدأ الشخصية، مبدأ العينية ومبدأ العالمية⁽³⁾.

(1) عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 75.

(2) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 110.

(3) عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص 73-74.

1- مبدأ شخصية النص الجنائي:

يقصد بهذا المبدأ في القانون الجزائري أن يخضع المواطن الجزائري أينما وجد لقانون بلاده، فإذا ارتكب جريمة في الخارج وعاد إلى الوطن قبل أن يحاكم عنها أو يقضي العقوبة التي حكم بها عليه أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل بشأنها على العفو فيجوز أن يحاكم في وطنه⁽¹⁾.

ويعد مبدأ الشخصية مكملاً لمبدأ الإقليمية، فقد يكون هذا الأخير غير كافي لملاحقة المجرمين الذين يرتكبون جرائم خارج الإقليم الجزائري، ومن جهة أخرى حتى لا يكون الوطن ملاذا للخارجين عن القانون الذين يسيئون إلى وطنهم بارتكاب الجرائم في الخارج، فيكون لهم في العودة إلى بلدهم ملجأ يحميهم من تحمل نتائج أعمالهم الإجرامية ويقضي هذا المبدأ كذلك أنه لا يجوز للدولة أن تسلم الجاني الذي يحمل الجنسية الجزائرية إلى الدولة التي وقعت فيها الجريمة لأن هذا مخالف للدستور⁽²⁾.

2- مبدأ عينية النص الجنائي:

يعني مبدأ عينية النص الجنائي تطبيق النص على كل جريمة تمس مصلحة أساسية للدولة أيا كانت جنسية مرتكبها ومكان ارتكابها⁽³⁾.

وتحرص كل دولة لأهمية الحق الذي تحميه على إخضاع الجرائم التي تمس حقوقها الأساسية لنصوصها التشريعية ولقضاؤها الوطني، فمبدأ العينية هو مبدأ المصلحة الخاصة للدولة في معاقبة الجرائم التي تمس كيانها، وتلجأ الدول لمبدأ العينية لتكملة مبدأ الإقليمية النص الجنائي في إعطاء نصوصها الجنائية سلطاناً ونطاقاً للتطبيق لا يتسع له مبدأ الإقليمية⁽⁴⁾.

(1) عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص 74.

(2) المرجع نفسه، ص 74.

(3) رضا فرج، مرجع سابق، ص 129.

(4) المرجع نفسه، ص 129.

وقد حدد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجنائية الجرائم التي تخضع للقانون الجزائري أيا كان مكان ارتكابها وجنسية مرتكبها (غير جزائري) في المادة 588 ق.إ.ج وهي على وجه التحديد الجنايات أو الجنح الموجهة ضد سلامة الدولة الجزائرية أو تزيف النقود والأوراق المصرفية الوطنية المتداولة قانونا بالجزائر⁽¹⁾.

3- مبدأ عالمية النص الجنائي

- يقصد بمبدأ العالمية سريان القانون الجنائي للدولة على الجرائم التي يضبط فاعلها في إقليم الدولة بصرف النظر عن مكان وقوع جريمته، وأيا كانت جنسية الجاني أو المجني عليه، ولا شك أن مبدأ العالمية يوسع إلى حد كبير من نطاق تطبيق قانون العقوبات الوطني، ويكمن مبرر الأخذ بهذا المبدأ في انتشار ظاهرة الجرائم الدولية المنظمة من ناحية، ويتمثل المبرر من ناحية أخرى في تقدم وسائل المواصلات والاتصالات في العصر الحديث، وهو ما يساعد المجرمين على الفرار، ومن المتصور أن يؤدي الأخذ بمبدأ العالمية إلى قيام تنازع في الاختصاص بين أكثر من دولة، لذلك فإن اللجوء إلى مبدأ منوط من حيث الواقع بشروط معينة وهي على التوالي⁽²⁾.

- تواجد الجاني في إقليم الدولة والقبض عليه فلا يتصور إذن محاكمته غيابيا، ويقصد بالإقليم هنا إقليم الدولة في مفهومه الواسع الذي سبق تحديده.

- ألا تطلب دولة أخرى تسليم الجاني وفقا لمبدأ الإقليمية أو الشخصية، ففي هذا الفرض يغلب ترجيح مبدأ الإقليمية أو الشخصية على مبدأ العالمية، لاسيما وأن دولة مكان القبض لا تكون معنية مباشرة من الناحية الواقعية بأمر الجريمة.

- ارتكاب الجاني جريمة تهم الجماعة الدولية، مثال ذلك جرائم الاتجار بالمخدرات، فهذه الجرائم هي على نحو ما ذات طابع دولي وتمس الجماعة الدولية، وهو الأمر الذي يبرر اعتبار دولة القبض على الجاني بمثابة نائب عن المجتمع الدولي في ملاحقته وعقابه⁽³⁾.

(1) أنظر المادة 588 ق إ ج.

(2) محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص ص 42-44.

(3) المرجع نفسه، ص ص 42-44.

خلاصة الفصل الأول:

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

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

الفصل الثاني

تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة

من الثابت فقها وقضاء، وفي جميع تشريعات العالم، أنه إذا توافرت الأركان الثلاثة للجريمة، فإن المتهم يعاقب على الفعل المقترف⁽¹⁾، فبعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى مبدأ الشرعية الجنائية الذي يقضي أنه لا جريمة ولا جزاء إلا بنص قانوني مكتوب صادر عن سلطة مختصة بإصداره طبقاً لأحكام الدستور، وأن يكون هذا النص سارياً من حيث الزمان والمكان، بالإضافة إلى ذلك، يجب ألا يكون قد توفر لدى مرتكب الفعل سبب من أسباب الإباحة. فهناك أسباب تنفي عن الفعل صفة اللامشروعية، وتعطل مبدأ الشرعية الجنائية وتقيده وتجعل الفعل مباحاً، فهذه الأسباب هي عبارة عن حالات تتوفر في أحوال معينة يقدرها المشرع، ويقرر بمقتضاها إخراج الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة⁽²⁾.

لذا سنتناول في هذا الفصل أسباب الإباحة التي تضيف على السلوك المجرم صفة المشروعية وتعطل أحكام النص التجريمي وتخرج الفعل من نطاق التجريم فيتحول عندئذ إلى فعل مشروع وتنتفي عنه الصفة غير المشروعة (المبحث الأول) ثم نتناول هذه الأسباب وفقاً لقانون العقوبات الجزائري، والقانون المقارن (المبحث الثاني).

(1) إبراهيم بلعليات، مرجع سابق، ص 175.

(2) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 115.

المبحث الأول

ماهية أسباب الإباحة

لا يوصف الفعل بأنه غير مشروع إلا إذا ثبت أنه لا يخضع لسبب من أسباب الإباحة، ويفترض سبب الإباحة في الأصل خضوع الفعل لنص تجريم واكتسابه ابتداءً صفة غير مشروعة ولكن يترتب على هذا السبب إخراج الفعل من نطاق التجريم إلى نطاق الإباحة⁽¹⁾.

فقد يرتكب الفرد عملاً ينطبق عليه نص التجريم الوارد في قانون العقوبات، ومع ذلك لا يعده القانون جريمة، ويعني ذلك أنه لا يكفي أن يتطابق الفعل مع نص تجريمي ساري المفعول، إذ يجب أن نتأكد من عدم وجود سبب يبرر الأفعال، إذ أن وجود سبب للتبرير يخرج هذه الأفعال من دائرة التجريم ويعيدها ثانية إلى دائرة الإباحة .

وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا المبحث: تعريف أسباب الإباحة (المطلب الأول)، ثم نتعرض لتقسيماتها وآثارها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف أسباب الإباحة

تعتبر أسباب الإباحة الشق السلبي للركن الشرعي، وبالتالي يقتضي منا تحديد المقصود بأسباب الإباحة (الفرع الأول) ثم التعرض لمصادرها (الفرع الثاني)، ثم تمييزها عما يشابهها من أفكار جنائية (الفرع الثالث) وتحديد طبيعتها وأساسها (الفرع الرابع).

(1) رضا فرج، مرجع سابق، ص 139.

الفرع الأول

المقصود بأسباب الإباحة

يقصد بأسباب الإباحة أو أسباب التبرير، بأنها جملة الظروف التي تجرد الواقعة من صفتها الإجرامية، رغم استكمالها سائر العناصر القانونية اللازمة لقيام الجريمة⁽¹⁾.

وكقاعدة عامة تتميز هذه الأسباب بكونها مادية، لا تضم عناصر شخصية، وبالتالي يشترط توافرها في الواقع الملموس حتى ترتب آثارها في نزع الصفة الإجرامية للسلوك⁽²⁾، وما يستتبع ذلك من انتفاء كل من المسؤولية المدنية والجنائية.

فنظرا للطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة، فإن مهمة القاضي في تقدير مدى توافر سبب الإباحة يقتصر على البحث في مدى توافر الشروط القانونية في السلوك، وليس الجوانب الشخصية في الفاعل⁽³⁾.

يمكن اعتبار أسباب الإباحة عبارة عن قيود ترد على النص التجريمي فتعطل مفعوله، وتخرج الفعل المجرم من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة⁽⁴⁾.

في الأخير يمكن أن نشير بأن العلة من الإباحة هي انتفاء العلة من التجريم، فإن كان المشرع يجرم الأفعال التي تضر أو تهدد بالإضرار بحق أو مصلحة جديرة بالحماية، فإنه يقدر في بعض الحالات زوال مبرر هذا التجريم بما يستوجب إباحة الفعل وذلك لسببين: أولهما

(1) أي أن علة التجريم وعلة الإباحة مرتبطان، فعلة التجريم هي حماية حق أو مصلحة، وعلة الإباحة هي انتفاء علة التجريم. أنظر: رضا فرج، مرجع سابق، ص139.

(2) تسري هذه الآثار نظرا لطبيعتها الموضوعية أو المادية حتى بالنسبة لكل من ساهم في السلوك فاعلا أو شريكا. أنظر: عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص96.

(3) لكن استثناء، يمكن الخروج عن القاعدة العامة، فيتم البحث في مدى توافر بعض الجوانب الشخصية، مثلا في حالة تأديب الصغار، يشترط أن يكون التأديب بحسن نية، فهو جانب شخصي لا موضوعي. أنظر: المرجع نفسه، ص96.

(4) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص115.

انتفاء الضرر الذي كان يمكن أن يلحق بالحق أو المصلحة الجديرة بالحماية⁽¹⁾، أما السبب الثاني فيتمثل في ترجيح الضرر الذي يلحق بمن توافر لديه سبب الإباحة على الضرر الذي يصيب المجني عليه، أي أن المشرع يفضل حماية الأول عن الثاني⁽²⁾.

الفرع الثاني

مصادر أسباب الإباحة

إن من المتفق عليه أنه لا يشترط في سبب الإباحة أن يجد مصدره في قانون العقوبات فقط، وإنما يمكن أن يكون مصدره أي فرع من فروع النظام القانوني في الدولة، وبناء عليه قد يكون مصدر الإباحة هو قانون العقوبات كما هو الحال في الدفاع الشرعي، كما قد يكون مصدره قانون الإجراءات الجزائية، كما في حالة القبض على مرتكب جنائية أو جنحة عقوبتها الحبس، في حالة التلبس، واقتياده إلى أقرب مركز للشرطة، كما قد يكون الدستور مصدراً للإباحة، مثل ما هو الحال بالنسبة للجرائم القولية التي يرتكبها النواب أثناء ممارسة نيابتهم، وقد يكون مصدر الإباحة القانون المدني، كحق الدائن في حبس مال مدينه⁽³⁾.

ويرى بعض الفقهاء أنه ليس بشرط أن يسند سبب الإباحة إلى مصدر قانوني معين بل قد يستخلص من مجموع النصوص القانونية أو قد يرجع فيها إلى المبادئ العامة للنظام القانوني، بشرط أن لا يوجد نص يقول بخلاف ذلك فتأديب الأب لابنه والظهور في المسابح بملابس الاستحمام أفعال أباحها العرف في نطاق استعمال الحق⁽⁴⁾.

(1) مثلاً من يسلم ما يملكه لغيره على سبيل الهبة يمنع من اعتبار هذا الغير سارقاً، فرضاً صاحب الحق في هذه الحالة يعد سبباً لإباحة الفعل الذي كان يمكن أن يكون دون هذا الرضاء جريمة سرقة. أنظر: محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 183.

(2) مثلاً في حالة الدفاع الشرعي، حين يعتدي شخص على نفس أو مال شخص آخر، فلا يكون أمام المعتدى عليه سوى الدفاع في مواجهة المعتدي، فالمشرع هنا يفضل حماية المعتدى عليه. أنظر: المرجع نفسه، ص 183-184.

(3) عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 96-97.

(4) سلطان عبد القادر الشاوي و محمد عبد الله الوريكات، مرجع سابق، ص 126.

كما يمكن لأسباب الإباحة أن تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية أو مبادئ العدالة⁽¹⁾.

الفرع الثالث

تمييز أسباب الإباحة عما يشابهها

إن أسباب الإباحة، تشتهر بالعديد من الأفكار الجنائية الأخرى كموانع المسؤولية (أولاً)، وموانع العقاب (ثانياً)، وموانع المحاكمة (ثالثاً)، حيث يجمع بينها عدم خضوع الفاعل للعقوبة في نهاية المطاف، لكن هناك فوارق بينها⁽²⁾.

أولاً: أسباب الإباحة وموانع المسؤولية

إن موانع المسؤولية هي عبارة عن حالات بتوفرها تتأثر أهلية الشخص أو قدرته على الاختيار والإدراك، على اعتبار أن المسؤولية الجنائية تقوم على التمييز والقدرة على الاختيار والحرية فيه، فكلما زالت هذه القدرات كان الشخص غير مسؤول جنائياً⁽³⁾.

وتتميز أسباب الإباحة عن موانع المسؤولية من حيث الطبيعة والآثار.

1- من حيث الطبيعة:

إن أسباب الإباحة في أغلبها ذات طبيعة موضوعية، تلتصق بالفعل ذاته، بينما لموانع المسؤولية طبيعة شخصية أو ذاتية تتعلق بشخص الفاعل. فأسباب الإباحة تتوافر إما لانتفاء الحق الجدير بالحماية أصلاً، أو لرجحان حق الشخص الذي توافرت لديه الإباحة على حق المجني عليه، ففي الحالتين يكون تقدير إباحة الفعل لاعتبارات لصيقة بالفعل ذاته، وعلى

(1) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 117.

(2) محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 186.

(3) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 117.

خلاف ذلك، فموانع المسؤولية تتعلق بشخص الفاعل سواء من حيث انتفاء الوعي أو التمييز لديه أو انتفاء الإرادة أو حرية الاختيار⁽¹⁾.

2- من حيث الأثر:

إن أسباب الإباحة تعني رفع صفة الجريمة عن الفعل كلية، وما يستتبع ذلك من انتفاء المسؤولية المدنية والجنائية لمرتكب الفعل، على خلاف موانع المسؤولية التي تظل فيها الواقعة محتفظة بصفاتها الإجرامية، وكل ما في الأمر أنه ينتج عنها امتناع توقيع العقوبة على المتهم مع بقاءه مسؤولاً مسؤولية مدنية عن الضرر الذي تسبب فيه للغير جراء الواقعة الإجرامية، وبإمكان القاضي في حالة امتناع المسؤولية الجنائية توقيع التدبير الأمني⁽²⁾، الذي تتطلبه حالة مرتكب الجريمة⁽³⁾.

كذلك أسباب الإباحة بالنظر لطبيعتها الموضوعية تقييد من ساهم في الفعل المشمول بها كأصل عام، بينما تقتصر الاستفادة من موانع المسؤولية ذات الطبيعة الشخصية على من توافرت في حقه فقط دون غيره ممن ساهم في الفعل⁽⁴⁾.

كذلك لا يجوز اللجوء إلى الدفاع الشرعي ضد فعل مشمول بدوره بأحد أسباب الإباحة، وعلى العكس من ذلك يحق التذرع بالدفاع الشرعي إذا كان العدوان واقعا من شخص تتوافر لديه فقط أحد موانع المسؤولية الجنائية⁽⁵⁾.

(1) ينتفي الوعي لدى الشخص في حالات صغر السن والجنون والغيوبة، وتنتفي إرادة الشخص في حالي الإكراه والضرورة.

أنظر: محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 186-187.

(2) تدابير الأمن هي الصورة الثانية من صور الجزاء الجنائي هدفها العلاج والتهديب بعيدا عن الإيلام وفكرة العقاب والردع

على عكس الصورة الأولى -العقوبة-. أنظر: ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 118.

(3) عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 98-99.

(4) محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 188.

(5) المرجع نفسه، ص 188.

ثانياً: أسباب الإباحة وموانع العقاب

موانع العقاب هي أسباب تحول دون معاقبة الفاعل الذي يبقى فعله، رغم ذلك جريمة، كما يظل هذا الفاعل مسؤولاً جنائياً بالنظر لكونه متمتعاً بالوعي والإرادة، مثلاً السرقة بين الأزواج أو الأصول والفروع. وهذا ما يميز موانع العقاب عن أسباب الإباحة من ناحية، وعن موانع المسؤولية من ناحية أخرى⁽¹⁾.

فعلى الرغم من تشابه أسباب الإباحة مع موانع العقاب في عدم خضوع الفاعل للعقاب في الحالتين، إلا أنهما يختلفان في عدة أوجه⁽²⁾.

1- من حيث الطبيعة:

أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تصل إلى حد انتفاء الركن الشرعي ذاته للجريمة، بينما موانع العقاب ذات طبيعة شخصية لا يستفيد منها إلا من تقرر المانع لمصلحته دون أي مساهم آخر فاعلاً كان أو شريكاً⁽³⁾.

2- من حيث الأثر:

يقتصر أثر موانع العقاب أو سبب الإعفاء على رفع العقوبة مع إبقاء الصفة الجرمية للسلوك، وبالتالي يعد الشخص مسؤولاً مدنية وجنائية في آن واحد، واحتفاظ السلوك بصفته الإجرامية يؤدي إلى إمكانية إخضاع مرتكب الجريمة لأحد التدابير الأمنية، وهو بالتالي يختلف تماماً عن سبب الإباحة كما تم تبيانه سابقاً⁽⁴⁾.

(1) محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 188-189.

(2) المرجع نفسه، ص 188-189.

(3) عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 99.

(4) المرجع نفسه، ص 99.

ثالثاً: أسباب الإباحة وموانع المحاكمة

يقصد بموانع المحاكمة أو الموانع الإجرائية، الأسباب التي قدر المشرع لاعتبارات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو لأسباب تتعلق بملائمة السياسة الجنائية ذاتها، أنها تمنع من ملاحقة فاعل الجريمة ورفع الدعوى العمومية ضده بهدف محاكمته، ومثال عن الاعتبارات السياسية الحصانات الدبلوماسية التي يتمتع بها أعضاء السلك السياسي أو الدبلوماسي لدولة أجنبية على إقليم الدولة المضيفة، ومن الاعتبارات الاقتصادية تعليق رفع الدعوى على تقديم طلب من السلطة المختصة في جرائم التهرب الضريبي، ومن الاعتبارات الاجتماعية تعليق رفع الدعوى الجنائية على تقديم شكوى من المجني عليه، مثل جرائم الزنا والسرقة بين الأزواج.⁽¹⁾

فموانع المحاكمة هي مجرد عقبات إجرائية تحول دون ملاحقة الفاعل ورفع الدعوى العمومية في مواجهته، لكنها لا تعني زوال الصفة الإجرامية عن الفعل الواقع، وهي لا تمنع من جواز قيام المسؤولية المدنية للفاعل، كما أن أثرها شخصي تقتصر الاستفادة منها على من توافرت في حقه فقط دون أن تمتد إلى غيره ممن يكون قد ساهم في الجرم المشمول بالمانع⁽²⁾، وهذا ما يميز موانع المحاكمة عن أسباب الإباحة.

الفرع الرابع

أساس الإباحة وتحديد طبيعتها

يرى بعض الفقهاء أن أساس الإباحة هو انتفاء موجب التجريم، كون المشرع لا يجرم إلا الأفعال التي تشكل اعتداء على المصالح الاجتماعية الجديرة بالحماية، لذا فإن رأى هذه الأفعال في بعض الظروف لا تؤثر على الحقوق المحمية، أو إذا كانت تضر ببعض الحقوق وتحمي البعض الآخر مما يوليه الرعاية أكثر، فإنه يغلب جانب الإباحة على جانب التجريم،

(1) محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 189-190.

(2) لكن في بعض الحالات قد يستفيد منها غير الشخص الذي قررت لصالحه، مثل حالات الحصانة السياسية أين يستفيد منها كل الحاشية المرافقة للشخص، وفي حالات الحصانة الدبلوماسية التي يستفيد منها كل أعضاء السفارة أو القنصلية. أنظر: ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 119.

حيث قد تكون صيانة لما يجب حمايته، مثل تدخل الطبيب على جسم الإنسان بالرغم من حماية القانون لأجسام أفراد المجتمع. وهو الوضع في كل حالة يرى فيها المشرع أن حماية حق أولى بالرعاية من حق آخر، فهنا يرفع الصفة التجريبية عن الفعل، وكلما حدث تنازع بين حقين فإنه يقرر حماية للحق الأهم شأنًا وإهدار الحق الأدنى قيمة⁽¹⁾.

لذا فأسباب الإباحة من طبيعة موضوعية لا شخصية، فهي تنتج أثرها بعيدا عن الموقف النفسي للفاعل، سواء كان يعلم بوجودها أو يجهل ذلك وسواء كان حسن النية وقت اقتراف الفعل أو سيء النية، كمن يرى شخص يقتل الآخر فدافع عنه وقتل المعتدي، ولا يقتصر أثر أسباب الإباحة على الفاعل وحده، بل يمتد إلى شركائه تجسيدا لقاعدة للفرع حكم الأصل⁽²⁾.

المطلب الثاني

تقسيمات أسباب الإباحة وآثارها

يقسم الفقه أسباب الإباحة للعديد من التقسيمات، فقسمت بحسب نطاقها إلى أسباب إباحة مطلقة وأسباب إباحة نسبية، وقسمت بحسب موضوعها إلى أسباب إباحة عامة وأسباب إباحة خاصة. وقسمت بحسب طبيعتها بحسب موضع النص عليها في القانون وهذا ما سنتناوله في (الفرع الأول)، أما في الفرع الثاني فسوف نتطرق للآثار القانونية المترتبة على أسباب الإباحة.

الفرع الأول

تقسيمات أسباب الإباحة

يقسم الفقه أسباب الإباحة إلى العديد من التقسيمات، وذلك بحسب نطاقها (أولا)، وبحسب موضوعها (ثانيا)، وبحسب طبيعتها (ثالثا).

(1) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 119.

(2) المرجع نفسه، ص 120.

أولاً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب نطاقها:

بالنظر لنطاق أسباب الإباحة أو الأشخاص المستفيدين منها قسمت أسباب الإباحة إلى أسباب إباحة مطلقة وأسباب إباحة نسبية، فالأولى وهي تلك الأسباب التي يستفيد منها بصفة مطلقة كل شخص وجد في الظروف المنصوص عليها ضمن النص المقرر للسبب، ومثاله الدفاع الشرعي الذي قرر لكل شخص يدافع عن نفسه أو ماله أو نفس الغير أو مال الغير، أما أسباب الإباحة النسبية فهي تلك الأسباب التي لا يستفيد منها إلا من توافرت لديه صفة معينة تعد من شروط تطبيق أسباب الإباحة، ومثالها: (الطبيب الذي يجري العمليات الجراحية، والزوج الذي يؤدب زوجته)⁽¹⁾.

ثانياً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب موضوعها:

بالنظر لموضوع أسباب الإباحة، أو بالنظر إلى الجرائم المقترنة بها قسمت أسباب الإباحة إلى أسباب إباحة عامة وأسباب إباحة خاصة، فالأولى تنتج أثرها بالنسبة إلى الجرائم كافة مثل الدفاع الشرعي، أما الثانية فهي التي يقتصر أثرها على جريمة معينة دون الجرائم الأخرى، ومثالها إباحة القذف أثناء الدفاع أمام المحاكم، وإباحة الجرح بالنسبة للطبيب في العمليات الجراحية⁽²⁾.

ثالثاً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب طبيعتها:

وهو التقسيم الذي يستند في تقسيمه لأسباب الإباحة على موضوع النص عليها، أي ما إذا كان يعتد بها المشرع من عدمه، كون أسباب الإباحة متعددة، تتفق غالبية التشريعات حول بعضها، مثل حالة الدفاع الشرعي وما أمر به القانون، ولا تتفق حول البعض الآخر، كما هو الحال بالنسبة لحالة الضرورة ورضا المجني عليه وأحياناً حول ما أذن به القانون. وبصفة عامة يمكن القول أن أسباب الإباحة هي ما أمر أو أذن به القانون، وتسمى في دول أخرى استعمال الحق وأداء الواجب أو استعمال الحق الشخصي وممارسة السلطة، الدفاع المشروع وهي

(1) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص121.

(2) محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص195.

التسمية التي اعتمدها المشرع الجزائري ويسمى أيضا بالدفاع الشرعي، حالة الضرورة، ورضاء المجني عليه الذي ضاق نطاقه في الوقت الحالي⁽¹⁾.

الفرع الثاني

آثار أسباب الإباحة

إن بخروج الفعل من دائرة التجريم ودخوله دائرة الإباحة، فإنه يترتب على ذلك استفادة كل من ساهم في ارتكابه سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا وعلّة ذلك أن الفعل المشروع لا يصلح محلا للمساهمة الجنائية، وبالتالي فنطاق آثار الإباحة يثير مشكلة الجهل بالإباحة (أولا) والغلط فيها (ثانيا) وحكم حالة تجاوزها (ثالثا)⁽²⁾.

أولا: الجهل بالإباحة:

يعني الجهل بالإباحة أن يرتكب شخص جريمة، وقد توافر في حقه بالفعل سبب من أسباب إباحتها لكنه كان يجهل ذلك، ومثالها رجل الضبط الذي يقوم بإلقاء القبض على متهم أو بتفتيش منزله بمقتضى أمر صحيح كان يعتقد هو أنه باطل⁽³⁾.

إن الجهل بالإباحة حسب الرأي السائد فقها، لا ينفي توافرها، وبالتالي يتحقق أثرها من حيث إباحة الفعل نظرا لطبيعتها الموضوعية، فهي تنتج أثر في إسقاط وصف التجريم عن الفعل بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل عالما بها أو جاهلا بها، غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء لأنه في بعض الحالات تكون أسباب الإباحة مبنية على عناصر شخصية ومنها العلم، كحالة استعمال الحق للإباحة إذ يشترط فيه توافر حسن النية، ولذلك فالجهل يحول دون توافرها إذا جعل القانون العلم من شروطها⁽⁴⁾.

(1) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص122.

(2) محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص190.

(3) المرجع نفسه، ص190.

(4) بارش سليمان، مرجع سابق، ص59.

ثانيا: الغلط في الإباحة:

يتحقق الغلط في الإباحة إذا توهم مرتكب الفعل توافر سبب الإباحة بكل شروطه، في حين أن هذا السبب غير متوفر ومثال ذلك من يعتقد أن شخصا يستعد لقتله فيبادره بقتله. فالغلط في الإباحة هو الغلط في الوقائع، إذ لا يتوافر الغلط إذا أخطأ الشخص في فهم قانون العقوبات، واعتقد خطأ أن القانون يبيح الجريمة، فلا يعذر أحد بجهل قانون العقوبات⁽¹⁾.

ولقد استقر الفقه على أن الغلط في الإباحة لا ينفي قيام الجريمة، فما دامت أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية فإنه يجب توافرها في الواقع وليس في مخيلة الجاني، غير أنه إذا كان الغلط في الإباحة لا يزيل الصفة الإجرامية عن الفعل إلا أنه ينفي القصد الجنائي، وقد ينفي الخطأ غير العمدى ويحول دون توقيع العقاب، غير أن الخطأ غير العمدى هذا ينتفي إذا كان الغلط في الإباحة مبنيا على الاعتقاد بتوافر الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة، وهذا الاعتقاد يجب أن يكون لأسباب معقولة، وإذا كان الغلط في الإباحة غير مستند إلى أسباب معقولة، فإن الغلط ينفي مع ذلك القصد الجنائي ولكنه يبقى الخطأ غير العمدى متوافرا⁽²⁾.

ثالثا: حكم تجاوز الإباحة:

لكي ينتج سبب الإباحة أثره لابد من تحقق جميع الشروط التي يتطلبها القانون، فإذا خرج الفاعل عن مقتضى هذه الشروط التي تمثل حدود الإباحة يؤدي ذلك إلى انتفاء سبب الإباحة وارتداد الفعل إلى وصفه الأصلي وهو الجريمة، ووجب مساءلة الشخص عن الجريمة، لكن طبيعة هذه المساءلة تختلف بحسب الموقف النفسي للفاعل⁽³⁾، فإذا كان خروجه عمدى في

(1) بارش سليمان، مرجع سابق، ص 59.

(2) المرجع نفسه، ص 59-60.

(3) محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 193.

تجاوزه لحدود الإباحة اعتبر مسؤولاً عن جريمة عمدية، أما إذا كان خروجه عن حدود الإباحة نتيجة خطأ غير عمدي فإنه، يعتبر مسؤولاً عن جريمة غير عمدية⁽¹⁾.

(1) كمن يضرب ابنه ضرباً مبرحاً متجاوزاً حدود حق التأديب، فيؤدي إلى موته، فيسأل عن ضرب مفضي إلى الموت، أي عن جريمة عمدية، أما من يكون في حالة دفاع شرعي فيصوب سلاحه ضد المعتدي، فيقتل شخصاً يتصادف وجوده فإنه يسأل عن قتل خطأ، أي عن جريمة غير عمدية. أنظر: بارش سليمان، مرجع سابق، ص 60.

المبحث الثاني

أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري والقانون المقارن

إن قانون العقوبات الجزائري قد حدد أسباب الإباحة في كل فعل يأمر أو يأذن به القانون أو في حالة الدفاع الشرعي وهو ما بينته المادتان 39 و40 ق ع ج وعليه فلا يجوز إضافة أي سبب آخر لهذه الأسباب التي وردت على سبيل الحصر لا المثال، ففي البحث عن أي فعل يثور حوله التساؤل عما إذا كان من الأفعال التي تخضع لأسباب الإباحة أم لا، يجب أن نحدد ما إذا كان الفعل يدخل ضمن ما حدده القانون كأسباب للإباحة، أي أن يكون الفعل في نطاق ما يأمر أو يأذن به القانون أو حالة الدفاع الشرعي⁽¹⁾، وهذا ما سنتطرق إليه في (المطلب الأول).

إلا أنه توجد أسباب أخرى للإباحة أخذت بها بعض القوانين دون البعض الآخر، وتتمثل في رضاء المجني عليه وحالة الضرورة التي سنتطرق إليها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري

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

- 1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.
- 2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع الشرعي عن النفس أو عن الغير أو مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء"⁽²⁾.

(1) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص 118 - 119 .

(2) أنظر المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري.

فأسباب الإباحة وفقا لقانون العقوبات الجزائري سببين، الأول وهو ما أمر أو أذن به القانون، ويمكن تقسيمه إلي قسمين، حالات أوامر القانون (الفرع الأول) وحالات إذن القانون (الفرع الثاني) والثاني الدفاع الشرعي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

ما أمر به القانون

يكن سبب إباحة الأفعال التي يأمر بها القانون، في النص القانوني ذاته، فليس من المنطقي أن يأمر القانون بفعل معين ثم يجرمه بعد ذلك، فإذا ما رأى المشرع ضرورة التدخل رعاية لمصلحة اجتماعية بتعطيل نص التجريم وتبرير الخروج عليه في حالة معينة فإن ذلك يعني إباحته ضمن الشروط التي حددها القانون ومن أمثلة ما يأمر به القانون، ما ورد في قانون الصحة العمومية من نصوص توجب على الطبيب التبليغ عن حالة مرض معدي، ولا يعد هذا التبليغ جريمة إفشاء السر المهني⁽¹⁾.

وتعتبر الأفعال التي أمر بها القانون سواء مباشرة أو تنفيذ أوامر السلطة أفعالا مباحة، إذن تنفيذ أمر القانون يتخذ شكل التنفيذ المباشر(أولا) كما يتخذ شكل استعمال سلطة شرعية (ثانيا)⁽²⁾.

أولا: التنفيذ المباشر لأمر القانون:

لتحديد مدى إباحة الفعل الذي أتاه الفرد تنفيذا لأمر القانون مباشرة يجب التفرقة بين حالتين:

(1) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص121-122.

(2) بارش سليمان، مرجع سابق، ص64.

1- الحالة الأولى: إذا كان الفرد خاضعا لسلطة رئاسية:

حيث أن القانون قد يأمر الفرد بتنفيذ فعل معين ولكنه نظرا لخطورة هذه الأفعال، يضع المشرع بين أمر القانون المجرد وفعل المنفذ الملموس سلطة وسيطة يستوجب الرجوع إليها لتنفيذ أمر القانون⁽¹⁾.

2- الحالة الثانية: إذا لم يكن الفرد خاضعا لسلطة رئاسية:

فإذا لم يكن الفرد خاضعا لسلطة رئاسية يستوجب الرجوع إليها لتنفيذ أمر القانون، فإن أمر القانون وحده يكفي لتبرير سلوك الفرد وإباحة فعله⁽²⁾، غير أن تنفيذ أمر القانون لا يعدّ من الأفعال المبررة إذا تجاوز الفرد الحدود التي يقتضيها أمر القانون⁽³⁾.

ثانيا: تنفيذ أمر سلطة مختصة:

ويدخل ضمن إباحة الأفعال بناء على أمر القانون، تنفيذ الأمر الصادر عن سلطة مختصة، وذلك أن القانون يوجب على الموظف المرؤوس طاعة رئيسه طبقا للتدرج التسلسلي في الوظيف العمومي وعليه فإن طاعة المرؤوس لرئيسه ليست إلا تطبيقا لما أمر به القانون ومثال ذلك أن يقوم الموظف المختص بتنفيذ حكم الإعدام بناء على أمر من السلطة المختصة، ففعله هذا لا يعد جريمة قتل، كما أن تنفيذ أحد أعوان القوة العمومية لأوامر قاضي التحقيق بإحضار المتهم جبرا عنه بطريقة القوة أو إلقاء القبض عليه لا يجعله مرتكبا لجرائم الاعتداء على الحريات الفردية⁽⁴⁾.

(1) ومثالها: أن ضابط الشرطة القضائية إذا لم يكن مزودا بأمر من الجهة القضائية لا يستطيع تفتيش المنازل، وإلا فإنه يعتبر مرتكبا للجريمة. أنظر: بارش سليمان، مرجع سابق، ص 64.

(2) ومثالها: أن الطبيب لا يرتكب جريمة إفشاء الأسرار إذا قام بالتبليغ عن مرض معد، تأسيسا على أن قوانين الصحة تلزمه الإبلاغ، ويعتبر في هذه الحالة قد نفذ أمر القانون. أنظر: المرجع نفسه، ص 65.

(3) المرجع نفسه، ص ص 64-65.

(4) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 122.

وينبغي التمييز في مجال إباحة الفعل الصادر عن الموظف تنفيذ الأمر رئيسه بين وضعين:

1- تنفيذ الأمر الشرعي لسلطة مختصة:

لا تطرح مسألة تنفيذ أمر شرعي من سلطة مختصة أية صعوبة قانونية إذ تعتبر جميع الأعمال المتعلقة بهذا التنفيذ أعمالاً مبررة، ويسري سبب الإباحة حتى في حالة اعتقاد الموظف خطأ باختصاص هذه السلطة، في حين أنها لم تكن كذلك، غير أنه لتحقيق الإباحة لا بد من توافر شرطين أساسيين هما:

أ - مراعاة قواعد الاختصاص سواء بالنسبة للموظف الأمر « الرئيس » أو بالنسبة للموظف القائم بالتنفيذ « المرؤوس ».

ب - مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون في الأمر، ومن الشروط الشكلية إ فراغ الأمر في شكل معين كالكتابة⁽¹⁾.

2- تنفيذ الأمر غير الشرعي لسلطة مختصة:

إن تنفيذ الأمر غير الشرعي لسلطة مختصة لا يشكل سبباً مبيحاً في القانون الجزائري ويمكن تفسير ذلك ب:

- عدم نص المشرع الجزائري على تنفيذ مثل هذه الأوامر، فسكوت المشرع الجزائري يفيد ضمناً عدم اعتبار تنفيذ الأمر غير الشرعي سبباً مبيحاً.

- نص المشرع الجزائري في المادة 60 من الدستور على عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، فلا يجوز للموظف الاعتذار بجهل القانون الجنائي.

- نص المشرع الجزائري صراحة في حالات عديدة على ترتيب المسؤولية الجنائية للموظف

(1) عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 101.

في حال تنفيذه لأوامر غير شرعية⁽¹⁾.

ولكن رغم عدم اعتبار الأمر غير الشرعي لسلطة مختصة، سببا مبيحا غير أنه من الممكن استبعاد المسؤولية الجنائية للشخص بالاعتماد على نظرية الإكراه المعنوي للشخص⁽²⁾.

الفرع الثاني

ما أذن به القانون

يقصد بـ: « ما أذن به القانون » أن القانون يجيز في حالات معينة ويسمح بممارسة عمل كان بغياب هذا السماح عملا مجرما⁽³⁾.

وتتنوع الأعمال التي يأذن بها القانون، ويمكن تقسيمها إلى نوعين، الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطته التقديرية (أولا) وممارسة أحد الحقوق المقررة (ثانيا).

أولا: الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطته التقديرية:

منح القانون للموظف العام سلطة تقديرية في مباشرة بعض أعمال وظيفته، وعليه فإذا قام الموظف بعمله ضمن هذه الرخصة المعطاة له من القانون فإن عمله لا يعد جريمة، استنادا إلى أن العمل مباح بإذن القانون، لكن يجب عليه إتباع الشروط التي حددها القانون ولا يجوز له إهمالها أو تجاوزها⁽⁴⁾.

(1) منها ما جاء في المادة 135 من قانون العقوبات الجزائري.

(2) تنص المادة 48 من قانون العقوبات: « لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها » وتعتبر هذه الصورة هي الغالبة في القضاء الفرنسي.

(3) يمكن الفرق بين ما أمر به القانون وبين ما أذن به القانون، في أن الأول إجباري يجب القيام به، ويترتب على مخالفته المسؤولية الجنائية، في حين أن الثاني يسمح للمخاطب بالقاعدة أن يستعمل رأيه الشخصي في القيام بالعمل أو الامتناع عنه. أنظر: عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 124.

(4) المرجع نفسه، ص 125.

وكمثال عمّا سبق، أن القانون يجيز لمأمور الضبط القضائي تفتيش المنازل (م44) والإطلاع على المستندات (م45) ومنع أي شخص من مبارحة مكان الجريمة ريثما ينتهي من إجراءات تحرياته (م50)، وله أن يحتجز شخصا أو أكثر (م51)⁽¹⁾.

ثانيا: ممارسة أحد الحقوق المقررة:

ويدخل ضمن الأعمال التي يأذن بها القانون، ممارسة الشخص لحق له مقرر في القانون بصفة عامة، وليس قانون العقوبات فحسب، ويمكن أن نجمل هذه الحقوق فيما يلي⁽²⁾:

1- حق التأديب:

وهو حق منحه الشريعة في حالتين:

أ- تأديب الزوجة:

ويتعين أن يكون الباعث للزوج على استعمال هذا الحق هو تحقيق الغاية منه، وهو تهذيب الزوجة، فإذا أخفى باعثا إجراميا كالانتقام أو مجرد إيذائها أو حملها على المعصية، فليس للزوج الاحتجاج بهذا الحق، ولا تدخل الأفعال التي يرتكبها ضمن أسباب الإباحة ويسأل جنائيا عنها، ووسيلة تأديب الزوجة في الشريعة ثلاث: الوعظ والهجر في المضجع، والضرب. ولا يجوز أن يكون هذا الأخير شديدا، وإلا اعتبر خروجا عن استعمال الحق ويدخل ضمن الأفعال التي يجرمها قانون العقوبات⁽³⁾.

ب- تأديب الصغار:

قررت الشريعة حق تأديب الصغار، وهو حق يتعلّق بالولاية عن النفس، واشترطت الشريعة لممارسة هذا الحق شروط، إذا انتفى أحدها سؤل مرتكب الضرب عن فعله جنائيا، وهذه الشروط هي:

(1) أنظر هذه المواد في قانون الإجراءات الجزائية.

(2) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 126.

(3) رضا فرج، مرجع سابق، ص ص 146-147.

- أن يكون حق التأديب للأب والوصي والأم، وهو كذلك لولي النفس عند عدم وجود الأب.
- أن يكون هذا الحق بقصد التهذيب والتأديب.
- أن يكون حق التأديب من حيث وسيلته محدودا، أي أن يكون الضرب خفيفا بغير تعذيب⁽¹⁾.

2- حق مباشرة الأعمال الطبية:

يعترف القانون بمهنة الطب وينظمها، ويأذن للطبيب بمعالجة المرضى لتخليصهم من الأمراض التي تلحق بهم، فالاعتراف بالتطبيب يؤدي حتما إلى الاعتراف بالوسائل التي تؤدي إليه. فالعمل الطبي لا يحمل بذاته اعتداء على جسم المريض، بل يسعى إلى شفاؤه ليستعيد سيره الطبيعي أو تخليصه من أي آفة لحقت به، وإباحة العمل الطبي تقتضي مراعاة شروط معينة هي⁽²⁾:

أ- الاختصاص في العمل:

تقتضي ممارسة العمل الطبي أن يكون المعالج طبيبا، أي مختصا، والطبيب هو من كان أحد خريجي كلية الطب، حاصل على مؤهل دراسي يسمح له بموجب قوانين البلاد من ممارسة مهنة الطب⁽³⁾.

ب - موافقة المريض على العلاج:

إن القانون لا يجبر الأشخاص ولا يجيز للأطباء إجبارهم على التداوي، احتراما لما لجسم الإنسان من حصانة، لكن استثناء إذا كان المرض معديا ويخشى منه على الصحة العامة،

(1) رضا فرج، مرجع سابق، ص 147.

(2) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 127.

(3) وعليه لا تباح أفعال بعض الأشخاص، الذين يمارسون بعض الأعمال التي يدعون أنها تحقق الشفاء حتى ولو ثبت ذلك بالممارسة. أنظر: المرجع نفسه، ص 127.

يكون العلاج إجبارياً تحقيقاً لمصلحة اجتماعية أجدر بالرعاية وهي مصلحة الناس في أن لا ينتقل إليهم المرض⁽¹⁾.

ج- تحقيق الغاية:

يقصد بالعلاج مداواة المريض، فبهذه الغاية ترتبط الإباحة. لكن إذا كان القصد من العلاج غاية أخرى، كإجراء العلاج بقصد القيام بتجربة علمية، فإن ذلك يبعد الفعل عن أسباب الإباحة، ويجعله عملاً غير مشروع⁽²⁾.

3- حق ممارسة الألعاب الرياضية:

تفترض ممارسة الألعاب الرياضية، استعمال العنف والمساس بسلامة اللاعب المنافس كما في الملاكمة والمصارعة، ولا تعتبر الأفعال التي تمس سلامة جسم اللاعب في ممارسة الرياضة أفعالاً غير مشروعة⁽³⁾، حيث يأذن القانون ويعتبر عملاً مباحاً ممارسة اللاعب للعبة رياضية ضمن قواعد اللعبة، ولو نتج عن ذلك ما يمكن اعتباره مساساً بجسم الآخرين، وعلّة الإباحة هي استعمال اللاعب حقاً أقره القانون، إذ تشجع الدولة الألعاب الرياضية على اختلاف أنواعها ولإباحة هذه الألعاب يجب توافر بعض الشروط:

- أن تكون اللعبة من الألعاب التي يعترف بها العرف الرياضي، أي أن تكون لها قواعد متعارف عليها وقواعد يحترمها المشاركون فيها.
- أن يقع الفعل موضوع الإباحة أثناء ممارسة اللعبة الرياضية على المتنافس الآخر الذي اشترك بالمنافسة باختياره دون أن يتجاوز الجاني قواعد وقوانين اللعبة⁽⁴⁾.

(1) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 128.

(2) المرجع نفسه، ص 127-128.

(3) رضا فرج، مرجع سابق، ص 149.

(4) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 128.

الفرع الثالث

الدفاع الشرعي

إن القانون يقرر الحق للفرد في صد العدوان ولو بالعنف متى كان غير مشروع وبصرف النظر عن الحق المعتدى عليه، غير أن الإباحة التي تنتفي معها صفة التجريم لا تنقرر إلا إذا توافرت شروط وذلك حتى لا تباح الجريمة كوسيلة لمواجهة الجريمة إلا إذا كانت لازمة⁽¹⁾.

وفي هذا الفرع سنتعرض لمختلف الإشكالات التي يثيرها الدفاع الشرعي سواء ما تعلق منها بتعريفه (أولاً)، بأساسه (ثانياً)، بحالاته الممتازة (ثالثاً)، بطبيعته (رابعاً)، بشروطه (خامساً)، إثباته (سادساً) وآثاره (سابعاً).

أولاً: تعريف الدفاع الشرعي:

الدفاع الشرعي هو أحد أسباب الإباحة، ومؤداه أن لكل شخص يتعرض لعدوان على نفسه أو ماله أو على مال ونفس الغير أن يدفع هذا العدوان ولو بطريق ارتكاب جريمة متى كانت هذه الجريمة هي الوسيلة الوحيدة والملائمة لدرء هذا العدوان⁽²⁾.

وقد كرس حق الدفاع الشرعي في أغلب القوانين والتشريعات الداخلية للدول، ويعرف بأنه استعمال القوة اللازمة لمواجهة خطر اعتداء غير مشروع، أو هو حق الإنسان في حماية نفسه أو ماله، ونفس الغير وماله، من كل اعتداء حال غير مشروع، بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء⁽³⁾.

(1) بارش سليمان، مرجع سابق، ص 76.

(2) محمد زكي أبو عامر و سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 233.

(3) صليحة حامل، مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،

2011، ص 26.

ثانياً: أساس الدفاع الشرعي:

تعددت الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي، فقد قيل أن الدفاع الشرعي نوع من الإكراه المعنوي يمنع المسؤولية الجنائية لأن المدافع بخضوعه لضغط الاعتداء، أصبحت إرادته غير معتبرة قانوناً، مما يعطل الركن المعنوي للجريمة الذي يتطلب أن تكون الإرادة حرة، وفي رأي آخر قيل أن المدافع يمارس وظيفة عامة نيابة عن الدولة التي لا يمكنها من رد الاعتداء في حينه، ولذلك يقوم الأفراد برد الاعتداء بسبب الضرورة، ولكن الرأي الغالب الذي اتفق عليه الفقه، يرى أن الدفاع الشرعي يقوم على فكرة المقابلة أو الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد، وإيثار مصلحة أولى بالرعاية تحقيقاً للمصالح العام، ففعل الدفاع وإن أهدر حق المعتدي، فقد صان حق المعتدى عليه وهو الحق الأجدر بالرعاية في نظر المجتمع بعد أن هبط المعتدي بالقيمة الاجتماعية لحقه (1).

ثالثاً: الحالات الممتازة للدفاع الشرعي:

وتسمى أيضاً الدفاع الشرعي الممتاز دلالة على افتراض المشرع فيها توافر شروط الدفاع الشرعي وهي الحالات التي نصت عليها المادة 40 ق ع ج بنصها: "يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي:

- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو تواجدها أو كسر شيء منها أثناء الليل،

- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة".

(1) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص 130-131.

نلاحظ أن المشرع الجزائري في هذه المادة افترض شرط اللزوم الوارد في المادة 39 ق ع، ثم أن المادة ذاتها تميز بين فرضين، فرض ورد فيه نوع الجرائم ونوع الاعتداء الذي يوجبها وهو ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 40 حيث أجاز أقصى الجرائم جسامة وهي القتل والجرح والضرب. أما الفقرة الثانية فقد بينت بصيغة عامة إباحة كل فعل يدفع الاعتداء على النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة⁽¹⁾.

رابعاً: طبيعة الدفاع الشرعي:

ثار خلاف فقهي حول تحديد طبيعة الدفاع الشرعي، فمنهم من يعتبره حقا ومنهم من يعتبره واجبا، إلا أن الرأي الراجح لدى جمهور الفقهاء هو أن طبيعة الدفاع الشرعي تدور بين الحق والواجب والرخصة حسب اختلاف الحالات، فإذا كان العدوان واقعا على حق خالص للفرد فإن الدفاع الشرعي يعتبر حقا، أما إذا كان المدافع ليس المعتدي عليه، أي أن الاعتداء لم يقع على حق خالص له، فإن الدفاع الشرعي يعتبر رخصة، أما إذا كان القانون يفرض على المدافع الدفاع عن الحق المعتدى عليه فإن الدفاع الشرعي يعتبر واجبا⁽²⁾.

غير أن المادة 2/39 من ق.ع.ج، تعتبر الدفاع الشرعي حق يقره القانون لمصلحة المدافع بأن يستعمل القوة اللازمة لرد الاعتداء الواقع على النفس أو المال، غير أن ممارسة هذا الحق على الوجه القانوني يقتضي مراعاة جملة من الشروط سنتناولها مباشرة⁽³⁾.

خامساً: شروط الدفاع الشرعي:

ترد هذه الشروط إلى نوعين: شروط تتعلق بالعدوان وأخرى تتعلق بفعل الدفاع.

1 - شروط العدوان:

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

(1) ناصر حمودي، مرجع سابق، صص 150-151.

(2) بارش سليمان، مرجع سابق، ص ص 78-79.

(3) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص ص 138-139.

أ- فعل يهدد بخطر غير مشروع:

يوصف الخطر بأنه غير مشروع، إذا كان من شأنه أن يحقق اعتداء محتملا على مصلحة يحميها القانون أي أنه يتجه لتحقيق الجريمة إذا ترك بدون رد مناسب يحول دون أن يتحقق، على أن تحقق فعل الاعتداء كاملا يوقف فعل الدفاع الشرعي، ذلك أن الدفاع المباح هو الدفاع الموجه إلى الخطر للحيلولة دون وقوع الاعتداء أو الفعل أثناء تحقق جزء منه للحيلولة دون استمراره واكتماله⁽¹⁾.

وكون الخطر المنبعث عن فعل المعتدي غير مشروع يجيز الدفاع الشرعي ولو كان من قام بالفعل غير مسؤول جنائيا، أو انه يستفيد من عذر قانوني⁽²⁾.

ب- أن يكون الخطر حالا:

لا يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء غير مشروع وإنما يلزم فضلا عن ذلك أن يكون حالا لا مستقبلا ويكون في حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الخطر على وشك أن يبدأ وهو يتحقق في الأحوال التي يبدأ فيها المعتدي باتخاذ الأفعال التي تجعل وقوع الاعتداء وفق المجرى العادي للأمر وشيكا، كمن يتشاجر مع خصمه ثم ينطلق نحو سيارته ويخرج منها مسدسا ويبدأ في عملية حشوه بالرصاص⁽³⁾.

الحالة الثانية: أن يبدأ الضرر الناجم عن الاعتداء في الوقوع ولكنه لم ينته بعد كضرب المجني عليه واستمراره في ضربه، إذ تظل حالة الدفاع الشرعي قائمة طالما كان الاعتداء مستمرا، فإذا انتهى الاعتداء، كما لو كف الجاني عن الضرب فإن حالة الدفاع الشرعي

(1) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص 131-132.

(2) المرجع نفسه، ص 132.

(3) عبد القادر عدو، مرجع سابق، صص 120-121.

تكون قد انتهت، وأي اعتداء من جانب المعتدى عليه أو غيره على الجاني يعد انتقاما وليس دفاعا⁽¹⁾.

ج - أن يهدد الخطر النفس أو المال:

يجيز القانون بنص المادة 39 ق.ع الدفاع عن النفس أو المال ولم يحدد جرائم بعينها دون أخرى، مما يعني وجوب أن يؤخذ النص بمعنى عام وشامل، فكل الجرائم التي تقع على الأشخاص تجيز أفعال الدفاع الشرعي، وكذلك بالنسبة للجرائم التي تقع على الأموال، فكلها جرائم تبيح فعل الدفاع الشرعي⁽²⁾.

2- الشروط المتطلبية في فعل الدفاع:

فعل الدفاع في حقيقته عبارة عن جريمة تباح للشخص ارتكابها لدرء الأخطار غير المشروعة الواقعة عليه أو على غيره، لذلك وإن أجاز القانون لأسباب معينة ارتكاب مثل هذه الجرائم، فقد قيدها بقيود حتى لا تنقلب إلى أفعال غير مشروعة، وعليه ففعل الدفاع مقيد بشرطين أو قيدين وهما شرطي اللزوم والتناسب اللذين سنتطرق إليهما فيما يلي:

أ- لزوم الدفاع:

يقصد بشرط اللزوم أن يكون فعل الدفاع السبيل الوحيد لدرء الاعتداء وبالتالي كلما كان بإمكان الشخص أن يسلك سبيل آخر غير مجرم، انتفى شرط اللزوم وبالتالي انتفت الإباحة عن فعل الدفاع وبمعنى آخر كون سلوك الجريمة لازما، إذا كان العدوان قائم ومنذر بالتفاقم والاستمرار ولم يكن أمام المدافع من سبيل لدرئه غير الفعل الذي ارتكبه وإلا فقد الدفاع مبرراته ويجعل منه عدوان يسأل عنه قانونا، فإذا ثبت أن المجني عليه أو الغير كان بإمكانه رد

(1) عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 121.

(2) عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 135-136.

الاعتداء بوسيلة أخرى لا تعد جريمة، فإن الدفاع عن طريق الجريمة يكون غير لازم، وأن يكون الدفاع معاصرا للاعتداء وهو ما بينته المادة 5/125 من قانون العقوبات الفرنسي⁽¹⁾.

ب-تناسب فعل الدفاع مع جسامة الاعتداء:

يشترط في فعل الدفاع أن يكون متناسبا مع جسامة العدوان، فممارسة حق الدفاع الشرعي مرهونة بالتزام حدوده وإلا خرج المدافع عن دائرة المباح ووقع في المحذور، وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 2/39 بنصه (...بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الخطر)⁽²⁾.

فالتناسب يتمثل في كون فعل الدفاع المتمثل في قدر من القوة لازما لدفع الخطر. ولذلك يتجه الفقه في تحديد معيار التناسب إلى اعتماد الحكمة من تقرير الدفاع الشرعي حيث أن المدافع ملزم بالنص بتحري القصد والاعتدال في دفاعه، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بانتفاء الدفاع الشرعي في حالة الرد بعبارة نارية على صفة⁽³⁾.

سادسا: إثبات الدفاع الشرعي:

نتناول فيما يلي مسألة إثبات الدفاع الشرعي العام.

1- مسألة إثبات الدفاع الشرعي بوجه عام:

يثور التساؤل حول من يقع عليه عبء إثبات أن الاعتداء كان حالا وغير مشروع من جهة، وأن الدفاع كان ضروريا ومتناسبا من جهة أخرى، فهل يقع ذلك على سلطة المتابعة؟ أم على الدفاع؟ الأصل وانطلاقا من قرينة البراءة أن على النيابة العامة إثبات أن الشروط

(1) أنظر: أسباب الإباحة في القانون الجنائي الجزائري على الموقع: <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>. إطلعت

عليه يوم 2015/10/11 الساعة 14h00 .

(2) بارش سليمان، مرجع سابق، ص ص95-96.

(3) المرجع نفسه، ص ص95-96.

المطلوبة قانونا متوفرة، غير أن القضاء الفرنسي ذهب مذهباً مغايراً حيث قضى في عدة مناسبات أن على المتهم إثبات توافر الشروط القانونية للدفاع الشرعي سواء فيما يتعلق بعمل الاعتداء أو بعمل الدفاع⁽¹⁾.

سابعاً: آثار الدفاع الشرعي:

إذا ثبت قيام الدفاع المشروع يزول عن عمل الفاعل أي طابع إجرامي ومن ثم لا تسلط عليه أية عقوبة، فإذا كان الملف على مستوى النيابة العامة يتعين عليها حفظه وإذا كان على مستوى التحقيق تعين على قاضي التحقيق إصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى وإذا كان على مستوى جهات حكم تعين عليها إصدار حكم بالبراءة. وعلاوة على ذلك لا تطبق على الفاعل تدابير الأمن لأن المعني ليس في حالة خطورة، كما أنه لا يسأل مدنياً ولا يجوز للمجني عليه أن يقيم ضده دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض بأي عنوان كان⁽²⁾.

المطلب الثاني

أسباب الإباحة في القانون المقارن

أخذت بعض القوانين الأخرى غير قانون العقوبات الجزائري أسباب أخرى للإباحة تمثلت في رضاء المجني عليه (الفرع الأول) وحالة الضرورة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رضاء المجني عليه

نتناول في هذا الفرع تعريف رضاء المجني عليه (أولاً)، شروطه (ثانياً) وبعده طبيعته القانونية (ثالثاً) ثم الجرائم التي يعتد بالرضاء فيها (رابعاً).

(1) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 128.

(2) المرجع نفسه، ص 130.

أولاً: تعريف رضاء المجني عليه:

رضاء المجني عليه هو حالة ذهنية تعبر عن قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه، وهو الرغبة والقصد المتجه إلى الأثر المترتب على القول أو الفعل مع الالتزام بذلك الأثر، وهو إيثار الشيء واستحسانه، وعرفه بعض الفقهاء على أنه الإذن الصادر من شخص من أشخاص القانون الخاص بإرادته الحرة الحقيقية أو شخص من أشخاص القانون العام إذا ما عمل في نطاق القانون الخاص إلى الغير، مدركاً عالماً لما سيقع من هذا الإذن من اعتداء أو إيذاء، أو ضرر ضد من صدر منه هذا الرضاء، وهو موافقة يعطيها سلفاً شخص ما على جرم يعتدي على حقوقه⁽¹⁾.

ثانياً: شروط رضاء المجني عليه:

هناك شروط يتعين توافرها لكي يتيح رضاء صاحب الحق أثره في إباحة الفعل هي:

1- الصفة:

وهو أن يكون الرضاء صادر عن صاحب الحق، وهو الشخص المجني عليه في الجريمة، أو من كان مرشحاً لأن يكون مجنياً عليه لولا رضاه، وإذا تعدد أصحاب الحق وجب رضائهم جميعاً، فإذا رضي البعض دون البعض الآخر كان الرضاء غير كاف ليكون سبباً من أسباب الإباحة. لكن وإن كان الأصل أن يصدر الرضاء من صاحب الحق نفسه، لكن يجوز أيضاً أن يصدر من نائبه، خاصة وأن الإنابة في التصرف في الحقوق المالية جائزة سواء كانت الإنابة قانونية أو اتفاقية أو قضائية، غير أن الحقوق غير المالية، لا إنابة فيها بالنظر لطابعها الشخصي الشديد، عدا الحالات التي تكون فيها الفائدة التي تعود على صاحب الحق مؤكدة، كما هو الحال بالنسبة للعمليات الجراحية بغرض الشفاء⁽²⁾.

(1) أنظر: رضاء المجني عليه على الموقع: <http://www.riyadhalelm.com> إطلعت عليه يوم 2015/10/11 على الساعة 17h00.

(2) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 157.

2- الأهلية:

الرضا لا يمكن أن يعتد به إلا إذا كان صادرا من شخص أهل قانونا، والأهلية مناطها الإدراك والتمييز، وأن تسلم الإرادة من العيوب⁽¹⁾.

3- معاصرة الرضا لوقوع الفعل:

لكي يلغى الرضاء عن الفعل صفته غير المشروعة، فإنه يجب أن يكون معاصرا لوقت وقوع الفعل، فإذا كان سابقا على الفعل، فإنه يجب أن يظل قائما لحين وقوع الفعل⁽²⁾، أما إذا كان لاحقا لوقوع الجريمة لا يرفع المسؤولية الجنائية أو الصفة الإجرامية للفعل ولا يمنع من المقاضاة لكنه يؤثر فقط عند النطق بالحكم بشكل العفو أو التنازل من المجني عليه وكذلك نجد أثر هذا الرضاء اللاحق في الإعفاء من المسؤولية المدنية⁽³⁾.

ثالثا: الطبيعة القانونية للرضا:

يذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الرضاء تصرف قانوني تحكمه قواعد القانون الخاص، بينما يعتبره البعض الآخر تصرف قانوني تحكمه قواعد القانون العام، في حين يرى اتجاه ثالث أنه واقعة قانونية لا تصرف قانوني، ويرى البعض أنه تصرف قانوني يخضع أساسا لقانون الحق، لهذا فهو يخضع تارة لأحكام القانون الخاص، وتارة أخرى لأحكام القانون العام، ويرجع إلى قانون العقوبات في حالتين: حينما ينص هذا القانون صراحة على حكم خاص بشأن الرضاء، وهنا يطبق النص الجنائي مباشرة، والثانية حينما يخلو القانون الخاص من حكم ينظم الرضاء في بعض جزئياته، ويستتبط الحكم من المبادئ العامة لقانون العقوبات⁽⁴⁾.

(1) المرجع نفسه، ص 157.

(2) بارش سليمان، مرجع سابق، ص 101.

(3) محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، دون ذكر الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 60.

(4) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 154-155.

رابعاً: الجرائم التي يعتد بالرضاء فيها:

اتفق الرأي على أن الرضاء لا ينتج أثره بالنسبة لكافة الجرائم، وإنما يقتصر على طائفة محدودة فقط، وهي الجرائم التي يكون فيها العدوان منصبا على حق يقبل التصرف فيه، مما يعني أن أثر الرضاء يتوقف على طبيعة الحق، وهي الحقوق التي لا تكون فيها منفعة مباشرة للمجتمع وإنما حقوق تقرها الدولة وتحميها لصالح صاحبها، بقصد تمكينه من الانتفاع بها لذا كان الاتفاق أنه لا أثر للرضاء في الجرائم التي تقع على حق من الحقوق الخالصة للمجتمع، كالصحة العامة والأخلاق العامة أو الجرائم الماسة بالدين، وكذا الجرائم الواقعة على الدولة وتلك الواقعة على الأسرة، لتبقى باقي الجرائم الأخرى التي يتعين فيها البحث عن طبيعة الحق ومنها الحقوق المالية وغير المالية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

حالة الضرورة

تعتبر حالة الضرورة أحد أسباب الإباحة لذا سنحاول التطرق في هذا الفرع إلى المقصود بها (أولاً)، شروطها (ثانياً) والآثار المترتبة عليها (ثالثاً).

أولاً: المقصود بحالة الضرورة:

نقصد بحالة الضرورة حالة الشخص الذي لا يمكنه أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شراً محدقاً به أو بغيره إلا بارتكاب جريمة بحق أشخاص آخرين مثل سائق السيارة الذي يصطدم بسيارة أخرى تقاديا للاصطدام بأحد المارة، أو كارتكاب طبيب جريمة الإجهاض من أجل إنقاذ حياة الأم من الخطر⁽²⁾.

(1) المرجع نفسه، ص 157.

(2) نصيرة تواتي، محاضرات في القانون الجنائي العام مقدمة لطلبة السنة الثانية حقوق، جامعة بجاية، 2014-2015،

ص ص 47-48.

فحالة الضرورة تبيح فعل غير مشروع من أجل منع تحقيق جريمة أكبر خطراً، وهي فكرة قديمة عرفت في عدة بلدان، فقد وردت على سبيل المثال في المادة 122-7 من قانون العقوبات الفرنسي واعتبرها سبباً من أسباب الإباحة⁽¹⁾.

ثانياً: شروط حالة الضرورة:

تتمثل شروط حالة الضرورة فيما يلي:

1- ضرورة وجود فعلي لخطر حال:

يشترط الفقه وجوب أن يكون خطر حال حتى تتوافر حالة الضرورة لأن الخطر المستقبلي لا يعتد به⁽²⁾.

2- عدم وجود وسيلة أخرى لتفادي الخطر أهملها الشخص بسبب اضطرابه:

فإذا كان لدى الشخص وسيلة للخروج من المكان الذي اشتعلت فيه النيران ولكنه نتيجة لاضطرابه آثر أن يدفع شخصاً آخر يمر أمامه فقتله أو جرحه، فإن هذا الشخص يسأل جنائياً وإن كان يستفيد في هذه الأحوال من الظروف المخففة⁽³⁾.

3- يشترط ألا يكون لإرادة المتهم دخل في حلول الخطر:

وعلة هذا الشرط أن الانتقاص من حرية الاختيار يفترض أن المتهم قد فوجئ بحلول الخطر فلم يكن في الفترة ما بين وقوع الخطر وارتكابه الفعل فسحة من الوقت تمكنه من التفكير في إتيان فعل سواه لا يمس حقوق غيره، فمن يغرق سفينة عمداً ثم يضطر في

أنظر: Etatde nécessité: على الموقع Fr.wikipedia.org/wiki طلعت عليه يوم 2015/03/17 على الساعة 18h00 (1)

(2) رضا فرج، مرجع سابق، ص ص 186-187.

(3) المرجع نفسه، ص ص 186-187.

سبيل إنقاذ نفسه إلى قتل شخص زاحمه في وسيلة النجاة لا يستطيع أن يحتج بحالة الضرورة⁽¹⁾.

ثالثاً: الآثار المترتبة على حالة الضرورة

إن حالة الضرورة طبقاً لبعض التشريعات، تعتبر سبباً من أسباب الإباحة وينبغي على ذلك عدم قيام الجريمة التي ترتكب في حالة الضرورة، على أن حالة الضرورة تفتقر عن حالة الدفاع الشرعي عن النفس فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية فإن المجني عليه في الدفاع الشرعي لا يستطيع المطالبة بالتعويض المدني ضد المدافع عن نفسه لأنه إن كان قد أصيب فذلك يرجع إلى خطئه هو وليس خطأ المدافع عن نفسه، بينما المجني عليه في حالة الضرورة لم يرتكب أي خطأ ولم يدخل كعنصر من عناصر نشوء حالة الضرورة، لذلك فإن من يقوم بارتكاب جريمة في حالة الضرورة يلتزم بدفع تعويض للمجني عليه، فمثلاً الجائع الذي سرق خبزا في حالة الضرورة عليه تعويض صاحب الخبز إذا تحسنت حالته المادية، لذلك فإن هذه التفرقة بالإضافة إلى الأسباب الأخرى السالفة الذكر، تستوجب إعادة النظر في حالة الضرورة وضرورة النص عليها كحالة من حالات امتناع المسؤولية طبقاً للرأي السائد في الفقه الفرنسي الحديث ولأغلبية التشريعات الجنائية الحديثة⁽²⁾.

(1) رضا فرج، مرجع سابق، ص ص 186-187.

(2) المرجع نفسه، ص ص 187-188.

خلاصة الفصل الثاني:

تعتبر أسباب الإباحة كقيود ترد على النص التجريمي فتعطل مفعوله وتخرج الواقعة من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، وهي جملة من الظروف تجرد الواقعة من صفتها الإجرامية رغم استكمالها سائر العناصر القانونية اللازمة لقيام الجريمة. وتختلف أسباب الإباحة من قانون لآخر بحيث أخذ القانون الجزائري بأسباب الإباحة المتمثلة في ما أمر أو أذن به القانون والدفاع الشرعي أما القوانين الأخرى فأخذت بأسباب أخرى للإباحة تمثلت في حالة الضرورة ورضاء المجني عليه.

لمبدأ الشرعية الجنائية أهمية بالغة في الكثير من التشريعات، حيث أنه يضع الأفراد في مأمن على تصرفاتهم بحيث يعرفون مسبقاً ما يحق لهم إتيانه وما يحتم عليهم فعله، والاستغناء عنه أمر خطير يؤدي إلى الفوضى والتحكم والاضطراب في العلاقات، فمبدأ الشرعية ضمانات حقوق الإنسان لأنه يشكل حاجزاً يحمي الفرد وحقوقه من طغيان السلطة وتعسفها، لأن هذه الأخيرة قد تتماهى في العقاب عند غياب قانون يحدد بشكل دقيق أركان الجريمة والعقوبة المقررة لها، كما يعتبر مبدأ الشرعية ضمانات للحريات الفردية لأنه يمثل إنذاراً مسبقاً للعالم بالأفعال المجرمة وعقوباتها مما يمكن الفرد من إتيان وممارسة كل الأفعال والنشاطات المباحة في اطمئنان.

بالإضافة إلى هذا، فمبدأ الشرعية يرضي شعور العامة بالعدالة كونه يعطي العقوبة أساساً قانونياً ويجعلها مقبولة بل مطلوبة من طرف الرأي العام مادامت صادرة عن ممثلي الشعب ومن أجل المصلحة العامة وكون هذه العقوبة موجهة دون تمييز إلى كل من توفرت فيه الشروط المنصوص عليها في النص، فالمساواة بين الناس أمام القانون تجعلهم يطمئنون للسلطة.

بالإضافة إلى حماية الفرد، يحمي مبدأ الشرعية كذلك المجتمع برمته لأنه يلعب دوراً وقائياً في منع وقوع الجريمة بتحديد الأفعال المجرمة والعقوبات المقررة لها فيكون له ضغط على الأفراد قد يمنعهم عن ارتكاب الجرائم.

من جهة أخرى فإن مبدأ الشرعية الجنائية يدعم مبادئ الدولة الحديثة بتكريسه لمبدأ سيادة القانون الذي يعد أهم الدعائم الدستورية في نظام الدولة الديمقراطية، ومعناه التزام الحاكم والمحكوم بالقانون، كما يكرس مبدأ الفصل بين السلطات لأنه يقيم حاجزاً بين اختصاصات سلطات الدولة الثلاث، ومبدأ الشرعية الجنائية يجعل القانون الجنائي متلائماً مع المواثيق الدولية في إطار ضرورة الاعتناء بحقوق الإنسان.

كما أن مبدأ الشرعية الجنائية يلزم المشرع بأن يحدد سلفاً العقوبة لكل جريمة، سواء من حيث نوعها أو من حيث مقدارها دون النظر إلى شخصية مرتكبيها، وبغض النظر عما أحاطت به من ظروف دفعته إلى ارتكابها، ومعيار المشرع في تحديد العقوبات سلفاً هو النظر إلى ما ينطوي عليه الفعل من خطر لا إلى ما ينطوي عليه مرتكبه من خطورة وذلك لأن خطورة هذا الأخير لا تكون مبرراً أمام القاضي حينما يواجه كل جريمة وكل مجرم على حدى.

ونظراً للنتائج غير المرضية التي خلفها التطبيق الضيق لمبدأ الشرعية الجنائية ارتأينا أن نقترح ما يلي:

- فإذا كان لمبدأ الشرعية الجنائية أهمية لا يمكن الاستغناء عنها، فإن الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية أصبح أمراً لا مفر منه بعدما اتضح أن نصوص القانون إذا ما طبقت حرفياً قد تهدر مبدأ المساواة أمام القانون، تلك المساواة التي تعني في حقيقتها شيئاً أسمى من التطبيق بطريقة آلية على جميع المجرمين مهما كانت ظروفهم الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية.

- فمهما حاولت النصوص القانونية التقرب من الواقع فلن يتأتى لها ذلك إلا عن طريق تمتيع القاضي بقدر من الحرية لتقريب هذه القاعدة من الواقع الاجتماعي الذي وجدت فيه ومن أجله.

- ومهما بذل المشرع من جهد للإحاطة بكافة الحالات الممكن تصورها لن يستطيع لتجنب النقص في هذا الصدد، لأن المشكل يكمن في الواقع الاجتماعي الذي يقبل التطور بصفة مستمرة تبعا لتطور المفاهيم، فهل يستطيع القاضي سد هذه الثغرات؟ هذا السؤال الذي تضاربت فيه الآراء واختلفت، لكن يجمع الفقه حول مسألة القياس بالنسبة للقواعد الجنائية.

قائمة المراجع:

• باللغة العربية:

أولاً: الكتب.

- 1- إبراهيم بلعليات، أركان الجريمة و طرق اثباتها في قانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، دون ذكر الطبعة، الجزائر، 2012.
- 2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
- 3- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، مصر، 2005.
- 4- بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، الجزائر، دون ذكر سنة النشر.
- 5- رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الأحكام العامة للجريمة، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1976.
- 6 - سلطان عبد القادر الشاوي ومحمد عبد الله الوريكات، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2011.
- 7- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دار الهدى، الجزائر، دون ذكر سنة النشر.
- 8- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 9- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
- 10- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003 .

- 11- محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
- 12- محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

ثانيا: المذكرات

- 1- صليحة حامل، مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 26.

ثالثا: المقالات

1. صلاح الدين جبار، (مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 4، 2012، ص 135-137.

رابعا: النصوص القانونية

- أ - دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1966، جريدة رسمية عدد 76، صادر سنة 1996، المعدل بموجب القانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.

ب- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-155، مؤرخ في 08-06-1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 49 صادرة في 11 جوان 1966
2. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08-06-1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 49 صادرة في 11 جوان 1966.
3. القانون رقم 05-04 المؤرخ في 06/02/2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، جريدة رسمية عدد 12، المؤرخة في 13 02 2005.

4. الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

خامسا: المحاضرات

1) نصيرة تواتي، محاضرات في القانون الجنائي العام مقدمة لطلبة السنة الثانية حقوق، جامعة بجاية، 2014-2015، ص ص 47-48.

2. ناصر حمودي، محاضرات في القانون الجنائي العام -الأحكام العامة لقانون العقوبات والنظرية العامة للجريمة، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، 2009-2010.

سادسا: المؤتمرات والمواثيق الدولية:

1-إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789 في المادة 5 و 8 المنشور في الموقع:

www.un.org/ar/documents/udhr. إطلعت عليه يوم: 18-12-2014 على

الساعة 17:00.

2-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 في المواد 9،10،11. المنشور في الموقع:

www.un.org/ar/documents/udhr إطلعت عليه يوم: 18-12-2014 على

الساعة 18:10.

3-سابعاً: مواقع الأنترنت

1.<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>

2.<http://www.maitremahmoudyacoub.blogspot.com>

3.<http://www.tribunaldz.com>

4.<http://www.riyadhalelm.com>

• باللغة الفرنسية:

(1) Fr.wikipedia.org/wiki/Etat, Etat de nécessité de nécessité

فهرس:

قائمة المحتويات

إهداء

كلمة شكر

| | |
|---------|---|
| | مقدمة |
| 6..... | الفصل الأول: ماهية مبدأ الشرعية الجنائية |
| 7..... | المبحث الأول: ظهور مبدأ الشرعية الجنائية |
| 7..... | المطلب الأول: نشأة مبدأ الشرعية الجنائية و تطوره التاريخي |
| 7..... | الفرع الأول: نشأة مبدأ الشرعية الجنائية |
| 8..... | أولاً: في التشريع الإسلامي |
| 8..... | ثانياً: في أوروبا |
| 9..... | الفرع الثاني: التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية |
| 10..... | الفرع الثالث: الأسس الفلسفية والدستورية لمبدأ الشرعية الجنائية |
| 10..... | أولاً: الأسس الفلسفية لمبدأ الشرعية الجنائية |
| 12..... | ثانياً: الأساس الدستوري و القانوني لمبدأ الشرعية الجنائية |
| 13..... | المطلب الثاني: مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية |
| 14..... | الفرع الأول: المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية |
| 15..... | أولاً: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية |
| 16..... | ثانياً: مضمون مبدأ الشرعية الجنائية |
| 17..... | الفرع الثاني: أقسام الشرعية الجنائية |
| 17..... | أولاً: الشرعية الموضوعية |
| 18..... | ثانياً: الشرعية الإجرائية |
| 18..... | ثالثاً: شرعية التنفيذ العقابي |
| 19..... | الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية الجنائية |
| 19..... | أولاً: الاتجاه المعارض لمبدأ الشرعية الجنائية |
| 20..... | ثانياً: الاتجاه المناصر لمبدأ الشرعية الجنائية |
| 22..... | المبحث الثاني: النتائج القانونية المترتبة على مبدأ الشرعية الجنائية |

| | |
|---------|--|
| 22..... | المطلب الأول: النتائج القانونية العامة لمبدأ الشرعية الجنائية..... |
| 23..... | الفرع الأول:انفراد التشريع بالتجريم والعقاب..... |
| 24..... | الفرع الثاني: تفسير النصوص الجنائية..... |
| 24..... | أولاً: أنواع التفسير..... |
| 25..... | ثانياً: مناهج التفسير..... |
| 27..... | الفرع الثالث: حظر القياس في المسائل الجنائية..... |
| 27..... | المطلب الثاني: نطاق تطبيق النص الجنائي..... |
| 28..... | الفرع الأول: نطاق تطبيق النص الجنائي من حيث الزمان..... |
| 28..... | أولاً: قاعدة عدم رجعية النص الجنائي..... |
| 29..... | ثانياً: الاستثناء على القاعدة - القانون الأصلح للمتهم -..... |
| 31..... | الفرع الثاني: نطاق تطبيق النص الجنائي من حيث المكان..... |
| 31..... | أولاً: مبدأ إقليمية النص الجنائي..... |
| 37..... | ثانياً: المبادئ التكميلية لمبدأ الإقليمية..... |
| 40..... | خلاصة الفصل الأول..... |
| 41..... | الفصل الثاني: تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة..... |
| 42..... | المبحث الأول:ماهية أسباب الإباحة..... |
| 42..... | المطلب الأول: تعريف أسباب الإباحة..... |
| 43..... | الفرع الأول: المقصود بأسباب الإباحة..... |
| 44..... | الفرع الثاني:مصادر أسباب الإباحة..... |
| 45..... | الفرع الثالث: تمييز أسباب الإباحة عما يشابهها..... |
| 45..... | أولاً: أسباب الإباحة و موانع المسؤولية..... |
| 47..... | ثانياً: أسباب الإباحة و موانع العقاب..... |
| 47..... | ثالثاً: أسباب الإباحة و موانع المحاكمة..... |
| 48..... | الفرع الرابع: أساس الإباحة و تحديد طبيعتها..... |
| 49..... | المطلب الثاني: تقسيمات أسباب الإباحة وآثارها..... |
| 49..... | الفرع الأول: تقسيمات أسباب الإباحة..... |
| 50..... | أولاً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب نطاقها..... |
| 50..... | ثانياً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب موضوعها..... |

| | |
|---------|---|
| 50..... | ثالثا: تقسيم أسباب الإباحة بحسب طبيعتها |
| 51..... | الفرع الثاني: آثار أسباب الإباحة. |
| 51..... | أولا: الجهل بالإباحة. |
| 52..... | ثانيا: الغلط في الإباحة. |
| 52..... | ثالثا: حكم تجاوز الإباحة. |
| 53..... | المبحث الثاني: أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري والقانون المقارن. |
| 54..... | المطلب الأول: أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري. |
| 55..... | الفرع الأول: ما أمر به القانون. |
| 55..... | أولا: التنفيذ المباشر لأمر القانون. |
| 56..... | ثانيا: تنفيذ أمر سلطة مختصة. |
| 58..... | الفرع الثاني: ما أذن به القانون. |
| 58..... | أولا: الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطته التقديرية. |
| 59..... | ثانيا: ممارسة أحد الحقوق المقررة. |
| 62..... | الفرع الثالث: الدفاع الشرعي. |
| 62..... | أولا: تعريف الدفاع الشرعي. |
| 63..... | ثانيا: أساس الدفاع الشرعي. |
| 63..... | ثالثا: الحالات المتميزة للدفاع الشرعي. |
| 64..... | رابعا: طبيعة الدفاع الشرعي. |
| 64..... | خامسا: شروط الدفاع الشرعي. |
| 67..... | سادسا: اثبات الدفاع الشرعي. |
| 68..... | سابعا: آثار الدفاع الشرعي. |
| 68..... | المطلب الثاني: أسباب الإباحة في القانون المقارن. |
| 69..... | الفرع الأول: رضاء المجني عليه. |
| 69..... | أولا: تعريف رضاء المجني عليه. |
| 69..... | ثانيا: شروط رضاء المجني عليه. |
| 70..... | ثالثا: الطبيعة القانونية للرضاء. |
| 71..... | رابعا: الجرائم التي يعتد بالرضاء فيها. |
| 71..... | الفرع الثاني: حالة الضرورة. |

| | |
|---------|---|
| 71..... | أولاً: المقصود بحالة الضرورة..... |
| 72..... | ثانياً: شروط حالة الضرورة..... |
| 73..... | ثالثاً: الآثار المترتبة على حالة الضرورة..... |
| 74..... | خلاصة الفصل الثاني..... |
| 75..... | خاتمة..... |
| 77..... | قائمة المراجع..... |
| 80..... | الفهرس..... |