

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مصادر القانون الجنائي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية

تحت إشراف الأستاذ:
د/ بوصيدة فيصل

من تقديم الطالبات:
• بوضياف جهان
• بشيري نور الهدى
• قويسم نورة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د. شعلال نوال	أستاذ محاضر	رئيسا
د. بوصيدة فيصل	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
د. بن طالب أحسن	أستاذ محاضر	مناقشا

جوان 2022

دعاء

﴿وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾

التوبة الآية 105

«النجاح يحققه فقط الذين يواصلون المحاولة
بنظرة إيجابية للأشياء».

- حكمة -

شكر و عرفان

إذا كان على المرء أن يذكر لكل ذي فضل فضله، امثالاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ ، ولقوله صلى الله عليه وسلم: « لا يَشْكُرُ اللهُ مَنْ لا يَشْكُرُ النَّاسَ »

فإننا نتقدم بشكرنا وامتناناً إلى كل من ساهم وساعد على إنجاز هذا البحث المتواضع وفي مقدمتهم الأستاذ القدير والمشرف الفاضل، الدكتور "بوصيدة فيصل"، لما بدله من جهود وإرشادات سديدة في تفحص محتويات المذكرة، وتصويباته العلمية الدقيقة، فله منا كل الشكر والتقدير والامتنان.

كما نتقدم بجزيل الشكر والعرفان للسادة أعضاء لجنة المناقشة الموقرين لما تحملوه من عبء مراجعة هذا العمل، ولما سيبدونه من اقتراحات قيمة وتوجيهات بناءة.

- وَلِلَّهِ الْحَمْدُ وَالشُّكْرُ مِنْ قَبْلُ وَمِنْ بَعْدُ -

الإهداء

إلى من لها الفضل بعد الله عز وجل فيما وصلت إليه.

الوالدين الكريمين حفظهما الله و أطال في عمرهما.

إلى إخوتي وأخواتي وكل أفراد العائلة، وفقهم الله

أهدي هذا العمل لكل هؤلاء

إلى كل أساتذتي بجامعة 20 أوت 1995، بكلية الحقوق والعلوم السياسية.

- نور الهدى -

الإهداء

يسرني أن أهدي هذا البحث العلمي المتواضع إلى

إلى الوالدة الكريمة حفظها الله

إلى الإخوة والأخوات الأعزاء وفقهم الله

إلى كلّ الأحبة والأقارب والأصدقاء الأوفياء

إلى روح والدي الطاهرة، تغمّده الله بكل رحمة وأسكنه فسيح جناته

- نورة -

الإهداء

يسرني أن أهدي هذا البحث العلمي المتواضع إلى
من حملتني وهنا على وهن، إلى التي تحت قدميها الجنة
إلى من بالدعاء تنير دربي، أدام الله صحتها وأطال عمرها، أمي
إلى من رباني وعلمي، إلى سندي في الحياة
إلى قوتي وسندي بعد الله، أبي
إلى من قال فيهم ربّ الكون سنشدّ عضدك بأخيك، إخوتي
إلى كل أساتذتي بجامعة 20 أوت 1995، بكلية الحقوق والعلوم السياسية.

- جهان -

قائمة أهم المختصرات

باللغة العربية:

د: الدستور

ق ج: القانون الجنائي

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري

ق إ ج ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

ج: الجزء.

ط: الطبعة.

م: المجلد

ع: العدد.

د ت: دون تاريخ.

ج ر: جريدة رسمية.

ص: صفحة.

مفتمه

مقدمة

بالنظر للطبيعة الاجتماعية للإنسان التي فرضت عليه العيش في مجموعات، نجد أن مصالحه قد تعددت وتضاربت مع تطور الزمن، ومن أجل حماية هذه المصالح من أي إخلال يعيق أمن وسلامة هذه المجتمعات، تم سن قوانين وضعية، لتحقيق الردع، ومن أهم هذه القوانين التي يكون الهدف منها، هو حماية الأفراد ومصالحهم، هو القانون الجنائي، والذي تطور بمرور الوقت، حيث أصبح موكبا لتطور أشكال وصور الإجرام، وتماشيا مع طبيعة الجزاءات المقررة في هذا القانون، نشأ مبدأ جوهري يقوم عليه هذا القانون، وهو مبدأ الشرعية الجنائية.

والمراد من هذا المبدأ أنه لا يمكن اعتبار فعل أو امتناع عن فعل جريمة، ما لم يصدر نص قانوني على ذلك، ولا يمكن تقرير عقوبة له إلا إذا كان القانون قد قرر له عقوبة مسبقا، مما يعني أنه لا يمكن اعتبار شخص مرتكب لجريمة ومعاقبته عليها، إلا من خلال نص قانوني واضح ومحدد يعتبر الفعل المرتكب جريمة مع تحديد عقوبة لها فهذا الأساس الذي يستند إليه الوجود القانوني للجريمة، فهذا المبدأ يضع حدا فاصلا بين اختصاص المشرع واختصاص القاضي.

ومن أجل إنشاء قواعد جنائية يلجأ المشرع عند صياغته لتلك القواعد إلى مصادر القانون المختلفة، فقد تكون من مصدر وطني أو من مصدر دولي أو من مصادر أو من مصدر احتياطي أو من مصدر تفسيري، باعتبار أن هذه المصادر تشكل الأدوات العامة التي يتم الرجوع إليها في مرحلة الصياغة التشريعية، فنجد هذه القواعد ليست كلها على درجة واحدة من القوة التشريعية، رغم سيادة مبدأ الشرعية الجنائية الذي يقضي بأن يكون النص القانوني الصادر عن البرلمان هو المصدر الوحيد للجرائم والعقوبات، فهذا المبدأ لم يعد ساريا بهذه الشكلية الضيقة، بل أصبح القانون الجنائي يأخذ بمبدأ الشرعية المرنة.

فالمهدف من هذا المبدأ هو إضفاء نوع من المرونة على مختلف الصياغات للنصوص الجنائية التشريعية، من أجل مواجهة أنماط وصور ووسائل السلوك الإجرامي المستحدث،

وفضلا على ذلك فإن مبدأ الشرعية المرن تنعكس آثاره على السلطتين التشريعية والقضائية، حيث أنها تجنب المشرع لجوئه إلى التعديل المستمر للنصوص القانونية.

كما أنها تمنح القاضي الجنائي سلطة تقديرية واسعة في فهم وتفسير النص، بما يمكنه من تجاوز حالات جمود النص أو عدم انطباقه على الواقعة، وهذا كله في إطار مبدأ الشرعية الجنائية دون أن يؤدي ذلك إلى خلق جرائم أو فرض عقوبات لم يتضمنها النص القانوني، وهذا ما يتضمنه موضوع بحثنا.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع في أنه يعتبر مجالا فنيا للدراسة تقل فيها الدراسات النظرية والتطبيقية والقانونية عموما، بالإضافة إلى أن موضوع مصادر القانون الجنائي أساس القانون الجنائي، لأنه لا يمكن أن نتخيل دولة قوية ومستقلة دون وجود قانون جنائي يقوم على ردع الأشخاص وتنظيم سلوكياتهم داخل الدولة.

لذلك فإن هذه الدراسة تتمركز حول المصادر الأساسية والثانوية التي تنشأ من خلالها القاعدة الجنائية، سواء من حيث ترتيبها أو من حيث كيفية لجوء المشرع إليها عند وضعه هذه القواعد، وكذا تبيان الأحكام المتعلقة بها.

ومن بين الأسباب التي دفعت بنا لاختيار هذا الموضوع اهتمامنا بفلسفة المشرع عند صياغته القاعدة الجنائية وعلى أي أسلوب، فهل يعتمد على الأساليب التقليدية أم الأساليب الحديثة أم يعمل بهما في الوقت نفسه، وكذلك إزالة الغموض حول مصادر القانون الجنائي مع محاولة توضيح بينها من حيث الجهة التي تصدرها، وكذا معرفة طريقة ترتيبها من دولة لأخرى.

ونظرا لجدية الموضوع وقلة الدراسات القانونية فيه، خاصة فالوطن العربي لم يتم التطرق إليه، هو ما دفع بنا إلى اختيار هذا الموضوع والبحث فيه.

فالهدف من هذه الدراسة هو محاولة الإجابة عن التساؤلات التي سنطرحها لتقديم دراسة تحليلية وتطبيقية وقانونية، إضافة إلى المساهمة بجهد بحثنا سعيا لإثراء مكتبة الدراسات القانونية للقانون الجنائي مع المحاولة في إطار القانون الجنائي العام بما أن

مصادر القانون الجنائي هي أساسه، إضافة إلى أنه مجال خصب للدراسة فيما يتعلق بالقوانين الصادرة في هذا المجال.

إلا أنه قد صادفتنا صعوبات خلال بحثنا هذا، فمن أهم هذه الصعوبات إذا لم نقل بأنها الوحيدة نقص المراجع المتخصصة في هذا الموضوع، خاصة فيما يتعلق بالبحوث والدراسات السابقة في موضوع مصادر القانون الجنائي، حيث أننا لم نركز في بحثنا عن مصادر القانون الجنائي الجزائري فحسب، بل كانت دراستنا عامة تطرقنا فيها إلى ما تعتمد عليه مختلف الدول كمصادر للقانون الجنائي، إلا أننا لم نستبعد الرجوع إلى القانون الجنائي الجزائري كمثال في مختلف مراحل البحث، وخاصة في تقسيم الخطة.

وفي إطار معالجة هذا الموضوع تم طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

هل يكتفي المشرع عند صياغته للنصوص الجنائية بالتشريع وحده، أم هناك مصادر أخرى تسهم في تكوين القاعدة الجنائية؟

حيث تم تقريع هذه الإشكالية إلى الأسئلة الثانوية التالية:

- إلى أي مدى يمكن الاعتماد على تشريعات ذات صبغة دولية عند سن القوانين الداخلية وفي أي مجال يمكن اعتمادها؟

- هل تؤثر المرجعية الدينية والعوامل الاجتماعية للمجتمع على المشرع أثناء وضعه القاعدة الجنائية؟

- وإلى أي مدى يمكن للفقهاء والقضاء أن يساهما في صياغة النصوص الجنائية؟

ولتحقيق ذلك اتبعنا منهجية بحث تعتمد على المناهج التالية:

1- المنهج الاستقرائي: والذي يهدف إلى جمع واستقراء القواعد المتعلقة بالموضوع والداستير والنصوص القانونية والشرعية مع القيام بترتيبها وفق ما يخدم البحث.

2- المنهج التحليلي القانوني: وذلك من خلال تجميع المعلومات والأفكار وقياسها مع بعضها البعض لاستخلاص أهم الأحكام والنصوص القانونية المعتمدة في التشريع الجنائي عامة والتشريع الجزائري خاصة.

3- المنهج الوصفي: وذلك بوصف كل نوع وإعطائه الوصف الجنائي الدقيق.

وهذا لم يمنعنا من الاستئناس بمنهج أخرى حسب ما تطلبته ضرورة المنهجية لخدمة البحث

وللإجابة عن هذه الإشكاليات ارتأينا أن نقسم هذه الدراسة إلى فصلين كالتالي:

الفصل الأول: تحت عنوان المصادر الأساسية للقانون الجنائي، حيث تطرقنا فيه إلى المصادر الوطنية وذلك من خلال تقسيمه إلى التشريع الأساسي والتشريع العادي والفرعي، كما تناولنا المصادر الدولية والتي قسمناها هي الأخرى إلى القانون الدولي العام والاتفاقيات الدولية.

الفصل الثاني: جاء تحت عنوان المصادر الثانوية للقانون الجنائي، حيث قمنا بالتطرق إلى المصادر الاحتياطية من خلال تقسيمها إلى الشريعة الإسلامية والعرف، كما تناولنا المصادر التفسيرية والتي هي أيضا قسمناها إلى الفقه والقضاء.

الفصل الأول:

المصادر الأساسية للقانون

الجنائي

الفصل الأول

المصادر الأساسية للقانون الجنائي

إن المصدر الأساسي هو المصدر الأصلي الذي يرجع إليه القاضي من أجل الفصل في النزاعات المعروضة أمامه، ولا شك أن هذه المصادر تختلف من دولة إلى دولة أخرى، ولعل أهم هذه المصادر هو التشريع باعتباره مصدرا رسميا للقانون الجنائي بفروعه، كونه قانونا سياديا يرتبط بالإقليم الذي تمارس فيه الدولة سلطتها، حيث نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات.

فنظرا للتطورات التي عرفها المجتمع على كافة المستويات، أصبح التشريع الوطني في بعض الحالات لا يكفي لسد ثغرات التشريع والتي استغلها المجرمين لصالحهم، فكان من الضروري إيجاد تشريع يحل هذه الثغرات، ويحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، ولكن مع تطور أشكال الإجرام أصبحت الدول عاجزة على مواجهة أساليب ارتكاب هذه الجرائم، بحيث لم تعد عناصر الإجرام تجتمع في دولة واحدة، بل تمتد لتقع في عدة أقاليم، وهذا ما استدعى إلى ضرورة التعاون المتبادل بين الدول من أجل تفادي الإفلات من العقاب، وهذا ما حتم على الدول اللجوء إلى إبرام اتفاقيات، إضافة إلى اللجوء إلى بعض أحكام القانون الدولي العام في بعض الأحكام والمفاهيم.

ولدراسة جوانب هذا الموضوع نقتضي منا الدراسة تقسيمه إلى مبحثين، نتطرق في أوله إلى المصادر الوطنية (مبحث أول)، أما في الثاني سنتحدث فيه عن المصادر الدولية (مبحث ثاني).

المبحث الأول المصادر الوطنية

تعد المصادر الوطنية القاعدة الأساسية التي تستمد منها النصوص القانونية قوتها الإلزامية، لتصبح نافذة وملزمة يتم التقيد بها من قبل الأفراد، فهي السبيل لتنظيم المسائل الداخلية في الدولة.

تتمثل هذه المصادر أساسا في التشريع الذي يعد المصدر الرسمي للقانون، ويعرف بأنه مجموع القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة المختصة بالدولة، طبقا للإجراءات المعمول بها لإصداره.

وبناء على ما تم ذكره سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول التشريع الأساسي، وفي الثاني التشريع العادي والتشريع الفرعي.

المطلب الأول التشريع الأساسي

التشريع الأساسي يقصد به الدستور، وهو أساس كل القوانين الأخرى في الدولة، والتي تتبع منه، ويجب أن تصدر القوانين والتنظيمات بصفة عامة مطابقة لما ينص عليه هذا التشريع الأساسي، كما يحدد هذا التشريع طريقة إعداد القوانين والمصادقة عليها من طرف السلطات المختصة بذلك، وهو يتضمن المبادئ الأساسية التي تحكم المجتمع والدولة.

والدستور قد يتضمن مبادئ عامة للقانون الجنائي، وبالتالي يعتبر مصدرا لهذا القانون، وهناك أمثلة كثيرة لهذه المبادئ في نصوص الدساتير، إلى درجة أنه يمكن دراستها ضمن فرع قانوني مستقل، وهو القانون الجنائي الدستوري.

سنتناول أولا الدستور كمصدر للقانون الجنائي (فرع أول)، ثم نتطرق إلى الأسس الدستورية للشرعية الجنائية الموضوعية (فرع ثاني)، ونتحدث عن الأسس الدستورية للشرعية الجنائية الإجرائية (فرع ثالث)، أما الرقابة على دستورية القواعد الجنائية (فرع رابع).

الفرع الأول

الدستور كمصدر للقانون الجنائي

يتضمن الدستور ثلاث مقومات أساسية تتمثل في: السلطة والحرية والرقابة، فيقصد بالسلطة تنظيم السلطات في الدولة من خلال تحديد كيفية تعيينها وممارسة كل سلطة لمهامها، وعلاقة كل سلطة بأخرى، في حين تتمثل الحرية في حقوق وحرّيات الأفراد اتجاه الدولة والمقومات الأساسية للمجتمع، أما الرقابة فالمقصود بها هو رقابة كل جهة على أخرى عن طريق وسائل الرقابة المتبادلة، كالرقابة على دستورية القوانين ورقابة الأفراد على أعمال البرلمان.

يسهم الدستور في تكريس بعض مبادئ القانون الجنائي⁽¹⁾، على اعتبار أن القانون الجنائي يعد أهم القوانين التي تنتقص من حقوق الأفراد الجنائية، ولتفصيل ذلك سنحاول التطرق إلى مكانة الدستور في النظام القانوني للدولة (أولاً)، ثم علاقة الدستور بالقانون الجنائي (ثانياً)، وأخيراً مبررات وجود المبادئ الدستورية الجنائية (ثالثاً).

أولاً: مكانة الدستور في النظام القانوني للدولة:

بما أن الدستور هو القانون الأسمى في الدولة، فاحترامه يرتبط بمبدأ تدرج القوانين مع توفير الضمانات لتفوقه، وهو الذي يجعل القاعدة الأدنى تخضع للقاعدة الأعلى منها، لذا نجده في قمة هرم التدرج القانوني، فمن واجب المشرع أن تكون أعمال الحكومة مطابقة لما هو محدد في الدستور⁽²⁾، ومن أهم الركائز التي يقوم عليها الدستور حفظ كيان الدولة من خلال تنظيم قواعدها، وكيفيات ممارسة السلطة، بالإضافة إلى الحماية الدستورية للحقوق والحرّيات التي تمس جميع فروع القانون، حيث نجد القانون الجنائي أكثر القوانين التي تحظى بهذه الحماية⁽³⁾، كما أن الدستور الجزائري قد نص على ذلك في ديباجة دستور 1996 والتي جاء فيها: "إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحرّيات الفردية والجماعية..."

¹ انظر: إدريس بوكرا، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2016، ص137.

² - إدريس بوكرا، المرجع نفسه، ص203.

³ انظر: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط 02، القاهرة، دار الشروق، 2002، ص6، ص7.

ثانياً: علاقة الدستور بالقانون الجنائي:

يعتبر الدستور هو المرجع الأساسي لكافة القوانين الأخرى التي تكون قواعدها متوافقة مع نصوصه، فلا يجب أن تكون مخالفة له، أما القانون الجنائي هو من ينظم نشاط الدولة من الجانب الجزائي، من خلال تحديد الجرائم والعقوبات المقررة لها والإجراءات الواجب إتباعها جنائياً⁽¹⁾، فتظهر العلاقة بين الدستور والقانون الجنائي في أنهما فرعين من فروع القانون العام الداخلي الذي يتضمن قواعد قانونية تنظم شؤون الدولة العامة الداخلية، وأيضاً حماية حق الدولة في المحافظة على شكل الحكم الذي يحدده الدستور⁽²⁾، بالعقاب على الجرائم المخلة بأمن الدولة من خلال قانون العقوبات، وهذا ما جاء به قانون العقوبات الجزائري في الجزء الثاني بعنوان: «التجريم» في الكتاب الثالث تحت عنوان: «الجنایات والجنح وعقوباتها» في الباب الأول بعنوان: «الجنایات والجنح ضد الشيء العمومي» في الفصل الأول بعنوان: «الجنایات والجنح ضد أمن الدولة» من المادة 61 إلى المادة 96⁽³⁾ مكرر منه، كما نص على هذه الجرائم دستور سنة 2020 في المادة 79 والتي نصت على أنه: "...يعاقب القانون بكل صراحة على الخيانة والتجسس والولاء للعدو، وعلى جميع الجرائم المرتكبة ضد أمن الدولة".

ثالثاً: مبررات وجود المبادئ الدستورية الجنائية:

يختص القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والشكلي بالمسائل المتعلقة بتنظيم التجريم والعقاب في المجتمع، حيث نجد المبررات الأساسية ل دسترة القواعد الجنائية تكمن في تطور القانون بشكل عام والقانون الجنائي بشكل خاص، فقد تركزت عدة قيم وفقاً لهذا التطور، فكان لزاماً الحفاظ عليها، خاصة بإعطاء العديد من المبادئ التشريعية قيمة دستورية، ومن بين هذه المبادئ تجدر الإشارة إلى تطور مفهوم المسؤولية الجنائية ومبدأ الشرعية الجنائية،

¹ - انظر: حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري والنظم السياسية، سوريا، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص 41.

² - انظر: علي حسين الخلف، سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بغداد، المكتبة القانونية، (د ت)، ص 8.

³ - انظر: المواد من 61 إلى 96 من قانون الإجراءات الجزائية.

وكذا مبدأ شخصية العقوبة، ومبدأ عدم رجعية القانون الجنائي هذا من حيث الجانب الموضوعي للقانون الجنائي⁽¹⁾، أما بالنسبة للجانب الشكلي المتمثل في الإجراءات الجزائية، فقد أحاط المجلس الدستوري أصول المحاكمة الجزائية بتدابير مقيدة، بالمبادئ الدستورية من بينها المساواة في التعامل مع المتقاضين، ووضع حد للتوقيف الاحتياطي، واحترام حق الدفاع وغيرها من الإجراءات المرتكزة على الضمانة الدستورية للحقوق والحريات⁽²⁾.

الفرع الثاني

الأسس الدستورية للشرعية الجنائية الموضوعية

وضع المؤسس الدستوري مجموعة من الأسس والأحكام الدستورية التي تعمل على تكريس الشرعية الجنائية الموضوعية في مجال حماية الحقوق والحريات المتعلقة بالقيم الأساسية للإنسان⁽³⁾، وهي المهمة التي يلتزم المشرع بانجازها عن طريق تجريم بعض الأفعال الماسة بهذه القيم مثلما جاء في المادة 35 من دستور 2020 والتي تضم مجموع الحقوق اللصيقة بالشخصية، وهي الحقوق المعترف بها للإنسان كونه إنسان⁽⁴⁾.

وسنتطرق من خلال هذا الفرع إلى بعض المبادئ الدستورية للشرعية الجنائية في جانبها الموضوعي، حيث سنتناول مبدأ الشرعية الجنائية (أولاً)، ومبدأ شخصية العقوبة (ثانياً)، ومبدأ عدم رجعية القانون الجنائي (ثالثاً).

أولاً: مبدأ الشرعية الجنائية:

يخضع القانون الجنائي لمبدأ أساسي يطلق عليه مصطلح مبدأ الشرعية الجنائية أو شرعية القانون الجنائي⁽⁵⁾، يرتكز هذا المبدأ على محورين هامين هما: الدستور كعامل في تحديد شرعية الجرائم والعقوبات، من خلال تحديد أداة التجريم والعقاب وما يترتب على هذا المبدأ، من ضرورة توافر صفات خاصة في نصوص التجريم والعقاب والتفسير الضيق

¹ - انظر: عبد المجيد زعلاني، مبادئ دستورية في القانون الجنائي، محاضرة أقيمت في ندوة "الحريات العامة والتطور السياسي في الجزائر"، بوهان، أيام 29-30/11/1997، ص 10.

² - انظر: عصام سليمان، دسترة مختلف فروع القانون، v . e . konrad-adenauer-stiftung 2021.

³ - انظر: عبد الكريم بلقاضي، الأسس الدستورية للشرعية الجنائية الموضوعية، مجلة المعارف القانونية الاقتصادية، تصدر عن جامعة الجزائر 1، م 02، ع 03، 2021، ص 137.

⁴ - انظر: عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 13.

⁵ - عبد الكريم بلقاضي، المرجع السابق، ص 138.

للتجريم والعقاب، إضافة إلى أن الدستور يعد عاملا في توجيه قانون العقوبات من خلال إسهامه في مجال الحقوق والحريات التي يكفلها، والمقومات الأساسية للمجتمع في تحديد محل الحماية الجنائية⁽¹⁾.

فقد جاء هذا المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة لعام 1948، وكذا العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، وهكذا يتبين أن هذا المبدأ يعد من حقوق الإنسان ذات الطابع العالمي، فهو من القيم التي يقوم عليها النظام الديمقراطي⁽²⁾.

بالإضافة إلى الدول العربية التي سارت على نفس الدرب، فنجد الدستور المصري لسنة 1971 قد أكد صراحة على هذا المبدأ، وكذلك دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد نص صراحة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وهذا يدل على أن المشرع الدستوري يضع خط أحمر لا يمكن تجاوزه في مجال تحديد الجرائم وفرض العقوبات عليها⁽³⁾.

أما الدستور الجزائري أكد على هذا المبدأ، من خلال الدساتير التي مرت على الجزائر كدستور 1989 ودستور 1996⁽⁴⁾، وإلى غاية آخر تعديل جاء به المؤسس الدستوري لسنة 2020، فقد أوكل المؤسس الدستوري السلطة التشريعية، والمتمثلة في البرلمان بغرفتيه الاختصاص في مجال التجريم والعقاب، وفقا للمادة 139⁽⁵⁾ من دستور 2020، فهو الحارس الطبيعي للنظام والمعبر عن إرادة الجماعة، كما منح للسلطة التنفيذية بعضا من مهام السلطة التشريعية في مجال التنظيم، وفق ما جاء به دستور 2020 في المادتين 141/2 و142⁽⁶⁾، وخلاصة القول فإن السلطة التنفيذية تعمل على تكملة النص التجريمي عن طريق الإحالة التشريعية، أي بتفويض من السلطة التشريعية.

¹ - أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 25، 26.

² - أحمد فتحي سرور، المرجع نفسه، ص 31.

³ - انظر: ماجد نجم عيدان الجبوري، الشرعية الدستورية للقانون الجنائي، مجلة القانون للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن جامعة كركوك، (د ت)، ص 242.

⁴ - انظر: بن طاهر حكيمة، مبدأ الشرعية الجنائية، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص 12.

⁵ - انظر: المادة 139 من دستور 2020 والتي نصت على: « يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور...»، مؤرخ في 28 محرم 1442، الموافق 16 سبتمبر 2020، ج، ر، العدد 54، ص 31.

⁶ - انظر: المادة 141 والمادة 142 من دستور 2020.

ثانيا: مبدأ شخصية العقوبة:

لا يجوز أن يُسأل الشخص جنائيا إلا عن فعله المعاقب عليه قانونا، وذلك بأن يساهم الشخص بفعله الشخصي في الجريمة، وأن تقوم رابطة السببية بين فعله والنتيجة الجرمية المعتد بها من قبل المشرع في التجريم والعقاب، فالأصل في الجريمة بأن يتحمل عقوبتها من أدين بها، وعليه يسأل الشخص عن الجريمة التي عد فيها فاعلا أو شريكا، لأنه لا تضامن في العقوبات⁽¹⁾.

فيعالج الدستور الكثير من المسائل الجنائية ويكفل جميع المبادئ والحقوق الممكنة، ومن بين هذه المبادئ مبدأ شخصية العقوبة، وكمثال على ذلك ما نص عليه الدستور الجزائري لسنة 2020 في مادته 167 والتي جاء فيها: "تخضع العقوبات الجزائية لمبدأي الشرعية والشخصية".

ثالثا: مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي:

من المسلم به أن القواعد القانونية لا تنشأ لكي تبقى سارية المفعول إلى الأبد، لأن هذه القواعد تمر بمرحلة ينتهي فيها سريان القانون بالإلغاء، ليبدأ سريان بعضها الآخر إلى زمن يطول أو يقصر⁽²⁾.

فصلاحية النص الجنائي للتطبيق تتحدد في الفترة التي تلي لحظة نفاذه حتى تاريخ إلغائه، وهذا ما يعرف بمبدأ عدم رجعية النص الجنائي، والذي يعد من أهم النتائج المترتبة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، كما لا يسرى على الوقائع اللاحقة على إلغائه⁽³⁾.

فبموجب هذه القاعدة لا تسري القوانين الجنائية على الوقائع السابقة على نفاذها، فهي تتعارض مع مبدأ الشرعية وتهدمه، 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.

¹ - عبد الكريم بالقاضي، المرجع السابق، ص 141.

² - انظر: محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، ط 03، لبنان، دار الكتاب الجديدة المتحدة، 2002، ص 51.

³ - انظر: عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام دراسة مقارنة، ط 04، الجزائر، دار بلقيس، 2019، ص 170.

ونظرا لأهمية القاعدة فقد نصت عليها الدساتير والقوانين الجنائية، ومنها الدستور الجزائري كقاعدة مكملة لمبدأ الشرعية⁽¹⁾، إضافة إلى المادة الثانية من قانون العقوبات والتي نصت على أنه: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة". ويرد على هذه القاعدة استثناء رجعية نصوص قانون العقوبات في حال أن القانون السابق كان أصلح للمتهم، حين يكون النص الجديد قد ألغى عقوبة أو خففها، وبما أن القانون الأصلح للمتهم فيه مصلحة له، بحيث يخفف من المساس بحقوقه، ولأن رجوعه إلى الماضي لا يجد أية عقبة، فهو إذا لا يصطدم بمبدأ الشرعية⁽²⁾.

الفرع الثالث

الأسس الدستورية للشرعية الجنائية الإجرائية

يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية الإجرائية وجه من أوجه العدالة الجنائية، وهذا يعني أن تخضع جل الإجراءات الجنائية بمختلف أطوارها ومراحلها إلى القانون الدستوري⁽³⁾، حيث تحدث الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية نوعا من التوازن، بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، فهي ضامنة لحماية حقوق وحريات المتهم من خلال تحقيق إجراءات القانون⁽⁴⁾.

نظرا للصلة الوثيقة التي تربط الدستور بقانون الإجراءات الجنائية، الذي يشمل الإجراءات المتخذة من بداية الدعوى حتى نهايتها، وكذا مدى خطورة الحقوق التي يمسه

¹ - انظر: عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ج 01، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ص 90.

² - انظر: فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1987، ص 81.

³ - انظر: علا كريمة، الشرعية الجنائية الإجرائية: نجاعة الصياغة وفاعلية التطبيق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، م 05، ع 02، 2021، ص 1242.

⁴ - أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 268.

القانون الجنائي في شقه الإجرائي، نجد أن الدولة المعاصرة قد اهتمت وأكدت على كفالة الحقوق الجنائية الموضوعية، وكذا الإجرائية في دساتيرها⁽¹⁾.

ومن أهم تلك الإجراءات، أو المبادئ نذكر منها: مبدأ المحاكمة العادلة (أولاً)، ثم مبدأ قرينة البراءة (ثانياً)، إضافة إلى مبدأ حق الدفاع (ثالثاً)
أولاً: مبدأ المحاكمة العادلة:

تعتبر المحاكمة العادلة حق من الحقوق الأساسية للفرد، والتي تقوم على مجموعة من الإجراءات التي تتم بها الخصومة الجنائية في إطار حماية الحريات الشخصية من جهة، وكذا حماية الضحية من جهة أخرى، وحماية المصلحة العامة في شق آخر⁽²⁾.

فقد كرس المشرع مجموعة من الدعائم القانونية، والمبادئ العامة لأجل تحقيق محاكمة عادلة، ومن أهم هذه المبادئ أن يُحاكم المتهم من طرف سلطة قضائية مستقلة ومختصة بالنظر في الدعاوى وحيادها، مع إلزامية تشكيلة السلطة القضائية وفقاً للقانون ولا يجوز مخالفة هذه المبادئ لاعتبارها من النظام العام⁽³⁾.

وتماشياً مع ذلك، فإن المحاكمة العادلة تقوم على أسس هامة تجعل المحاكمة عادلة، نذكر على سبيل المثال استقلال القضاء، حق الدفاع، وقرينة البراءة، سرعة الفصل في الدعوى العلنية، وشفوية الجلسات... وغيرها⁽⁴⁾، من الضمانات الأخرى التي تكفل حق المتهم وتحمي كرامته، وأيضا كفالة حقوق باقي الأطراف⁽⁵⁾.

فلم يغفل المشرع الجزائري عن تكريس هذا المبدأ في معظم دساتيره، خاصة في دستور 2016 والذي جاء فيه استحداث لجوانب عديدة تتعلق بحماية حقوق الدفاع، وتكريس

¹ انظر: إبراهيم بوعمره، عبد العالي حفظ الله، الشرعية كضمانة دستورية في ظل قانون الإجراءات الجزائية والنتائج المترتبة عنها دراسة على ضوء التعديل الدستوري 2020 وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن جامعة محمد خيضر - بسكرة، م 01، ع 13، 2021، ص 639.

² انظر: أحمد بولمكاحل، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، رسالة دكتوراه جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014، ص 398، ص 400 .

³ انظر: نصيرة غزالي، رزق الله العربي بن مهدي، المحاكمة العادلة في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، م 12، ع 04، 2019، ص 153.

⁴ بولمكاحل أحمد، المرجع السابق، ص 398.

⁵ انظر: نجاة شايبة، ضمانات الحق في المحاكمة العادلة أثناء مرحلة المحاكمة في المواد الجزائية، المركز الجامعي، تصدر عن جامعة غيليزان، ع 05، 2015، ص 79، 80.

التقاضي على درجتين وتدعيم قرينة البراءة، مروراً إلى مرحلة المحاكمة، من خلال تعديل قانون الإجراءات الجزائية على ضوء قانون رقم 07-17 مؤرخ في 27 مارس 2017 معدل ومتمم للأمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 جوان 1966⁽¹⁾.

ثانياً: مبدأ قرينة البراءة:

تعتبر قرينة البراءة ركيزة أساسية للشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾، ذلك أن وضع قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" موضع التطبيق الفعلي لا يمر إلا من خلال تفعيل قاعدة أخرى، وهي افتراض البراءة في المتهم، حتى يثبت جرمه وفقاً لمقتضيات القانون، وبذلك أضحي المعنى الحقيقي في قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات يتجلى من خلال ضمان قرينة البراءة لأي شخص متهم لم تثبت إدانته بعد⁽³⁾.

فناطقها غير محدد بمرحلة معينة من مراحل الدعوى العمومية المقررة في قانون الإجراءات الجزائية، بل هي تستغرق كل المراحل التي تمر بها الدعوى، كما تؤكد الشرعية الإجرائية أن الأصل هو البراءة، وبالتالي احترام الحرية الفردية.

ونظراً لأهمية قرينة البراءة فإننا نجد أساسها في الشريعة الإسلامية، وكذا في المواثيق الدولية والإعلانات العالمية، خصوصاً في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وفقاً لما جاء في المادة 1/11، والعهد الدولي والحقوق المدنية والسياسية في المادة 14، كما تم تكريسها أيضاً في أغلب الاتفاقيات الدولية⁽⁴⁾.

ف نجد كل دساتير العالم، من بينها دستور الجزائر قد تبناها بصورة واضحة وصريحة في دستور 1976، ودستور 1989، إذ أنه أحاطها بعدة ضمانات قانونية يظهر ذلك من خلال ضمان سلامة إرادة المتهم عند الاستجواب وحقه في الطعن في الأحكام الصادرة ضده⁽⁵⁾.

¹ - انظر: آمال عيشاوي، ضمانات المحاكمة العادلة أمام محكمة الجنايات في ظل قانون رقم 07/17، حوليات جامعة الجزائر 1، ج 01، ع 33، 2019، ص 86.

² - انظر: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط 01، القاهرة، دار الشروق، 2000، ص 591.

³ - انظر: لخضر زرارة، قرينة البراءة في التشريع الجزائري، مجلة الفكر، تصدر عن جامعة خيضر - بسكرة، ع 11، 2018، ص 58.

⁴ - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص 599.

⁵ - أحمد بولمكاحل، المرجع السابق، ص 352.

بالإضافة إلى قانون الإجراءات الجزائية الذي وضع ضمانات إجرائية لهذا المبدأ كونه قاعدة من قواعده، من بينها القيد على إجراءات تفتيش مسكن المتهم والحق في اختيار محامي، بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 123 وما بعدها، من ضمانات عند تطبيق إجراءات الحبس المؤقت، وأهم ضمانات يحمي بها المشرع المتهم ما نصت عليه المادة 127 بالنسبة لطلب الإفراج المؤقت⁽¹⁾.

ثالثاً: مبدأ حق الدفاع:

يعد حق الدفاع الركيزة الجوهرية للمحاكمة العادلة، ويرتبط بأكثر من حق من الحقوق الدستورية، فهو لصيق بمبدأ قرينة البراءة، كما أنه حق لا ينفصل عن الحق في المساواة والحرية ومبدأ المشروعية⁽²⁾، وأيضاً هو حق أصيل، يحتل الصدارة بين الحقوق الفردية العامة، وقد تقرر هذا المبدأ لمصلحة الفرد والمجتمع في تحقيق العدالة⁽³⁾.

ولا تقتصر ضمانات الدفاع على مرحلة المحاكمة فقط، بل تمتد إلى المرحلة السابقة عليها، فقد نال هذا الحق ضماناً دستورياً، فيما يتعلق بعناصر هذا الحق، وهي الإحاطة بالتهمة، والحق في إبداء أقواله بحرية، الاستعانة بمدافع، والتوازن بين حقوق الدفاع وحقوق المتهم، وكفالة محام عن المتهم⁽⁴⁾.

ومن بين الدساتير التي تبنت هذا المبدأ، الدستور المصري الذي نص في المادة 69 منه على أن: «حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول»⁽⁵⁾، أما في فرنسا فقد أكد المجلس الدستوري على القيمة الدستورية لحق الدفاع، على أساس أنه من المبادئ الدستورية الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية والتي تحوز قيمة دستورية بحكم الإشارة إليها في مقدمة الدستور⁽⁶⁾.

¹ - لخضر زرارة ، المرجع السابق، ص 58.

² - أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص 476.

³ - أحمد بولمكاحل، المرجع السابق، ص 414، 415.

⁴ - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص 741.

⁵ - أحمد فتحي سرور، المرجع نفسه، ص 740 .

⁶ - انظر: شهيرة بولحية، حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مجلة المنتدى القانوني، تصدر عن جامعة محمد خيضر_ بسكرة، 2013، ص 92.

وهذا ما سبق وأكده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة 03/14 منه، بينما نصت المادة 1/151-2 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على ما يلي: "الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية"⁽¹⁾.

الفرع الرابع

الرقابة على دستورية القوانين الجنائية

إن الرقابة على دستورية القوانين تعد وسيلة قانونية فعّالة لضمان الالتزام بالمبادئ والقواعد التي أقرتها الوثيقة الدستورية، من خلال التحقق من التزام سلطة التشريع، بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط وقيود، ومن ثم الحكم على مدى انطباق القوانين العامة مع أحكامه أو مخالفتها له، حتى يتم بذلك انتظام سير الدستور المقيد لسلطة القوانين العادية، ومن هنا ظهرت فكرة "الرقابة على دستورية القوانين"⁽²⁾.
وللمزيد من التفاصيل سنتطرق إلى الجهة التي تتولى هذه الرقابة (أولاً)، ثم إلى أنواع الرقابة (ثانياً).

أولاً : الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين:

إن الهيئة المكلفة بممارسة الرقابة قد تكون متخصصة فقط بالنظر في الرقابة على دستورية القوانين، أو قد تكون غير مختصة به، إذ أنها تنظر في مسائل أخرى غير الرقابة على دستورية القوانين، فإن مثل هذه الهيئة المتخصصة في الرقابة على دستورية القوانين وجدت في ظل الجمهورية الفرنسية الرابعة سميت باللجنة الدستورية في ذلك الوقت، لكنها كانت هيئة غير متخصصة في بقية الدساتير⁽³⁾.

في حين أن المؤسس الدستوري الجزائري كان واعياً من البداية، بالأهمية الحيوية للعدالة الدستورية، في بناء دولة قانونية ديمقراطية، ولتوطيد هذه العدالة، فقد سلكت دساتير الجزائر تدرجياً وتطورياً في هذه الرقابة، حيث نصت على إسناد هذه الرقابة إلى هيئة دستورية متخصصة، من بينها دستور 1996 الذي أطلق عليه اسم المجلس الدستوري،

¹ - أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 315.

² - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 163.

³ - انظر: عمر عبد الله، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق، م 01، ع 02، 2001، ص 4،

إضافة إلى تعديلات 2016⁽¹⁾، فقد خالف النموذج الفرنسي في مسألة الرقابة في بعض النواحي، منها ما هو متعلق بتشكيلة المجلس طبقاً للمادة 183 من دستور 2016، بالإضافة إلى دسترة الشروط الواجب توافرها في أعضاء المجلس الدستوري⁽²⁾، أما في تعديل 2020 فقد تم استحداث محكمة دستورية تتولى الرقابة على دستورية القوانين، مع الاحتفاظ بسمات المجلس الدستوري، من حيث العضوية وجهات الإخطار، ومن جهة أخرى تسميتها كمحكمة تدل على أنها محكمة قضائية⁽³⁾.

ثانياً: أنواع الرقابة على دستورية القوانين:

تقوم الأنظمة التي تأخذ بالرقابة الدستورية بتعيين الجهة المختصة بهذه الرقابة، فقد تعهد بهذه العملية إلى هيئة سياسية، أو إلى هيئة قضائية، وهذا ما سنتطرق إليه:

1- الرقابة السياسية: سميت الرقابة السياسية بهذا المصطلح، لأنها تعهد عملية الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية حددها الدستور، أو تقوم بها الهيئة التشريعية في حد ذاتها⁽⁴⁾، فهذه الرقابة تعد سابقة على إصدار القانون، أي تباشر بعد سن القانون وإقراره من البرلمان، وقبل أن يصدره رئيس الجمهورية، وينتج عن ذلك أن هذه الرقابة ينتهي أمرها في حالة ما إذا تمّ إصدار القانون، إضافة إلى أن اختيار أعضائها يكون بواسطة السلطة التشريعية وحدها، أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية مع تغليب الطابع السياسي، كما تستمد أساسها من مبدأ الفصل بين السلطات⁽⁵⁾، فيتمكن البرلمان من تقادي سيطرة القضاء وتدخله.

¹ انظر: خدوجة خلوفي، الرقابة على دستورية القوانين من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية في ظل تعديل الدستور الجزائري 2020، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، م 06، 2021، ص 269، 270.

² انظر: محمد بومدين، مبررات الاعتراف للقضاء الجزائري بدوره في الرقابة على دستورية القوانين وتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، م 08، ع 04، ص 12.

³ خلوفي خدوجة، المرجع السابق، ص 269.

⁴ انظر: شهرزاد بوسطلة، جميلة مدور، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن جامعة محمد خيضر-بسكرة، ع 04، 2008، ص 351.

⁵ حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 165.

أما الرقابة على المعاهدات والاتفاقيات والقوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان تكون الرقابة بشأنها سابقة دوماً، وهذا ما يؤكد عليه نص المادة 196 و191 من تعديل الدستور لسنة 2016⁽¹⁾.

2- الرقابة القضائية: سميت الرقابة القضائية بهذه التسمية، لأنها تعهد هذه العملية إلى هيئة قضائية تتولاها، تكمن في التكوين القانوني لأعضائها⁽²⁾. من أشكالها شكل القضاء العادي الذي يقصد به أنه يجوز للمحاكم العادية النظر بدستورية القوانين، بناء على دعوى ترفع إليها، إضافة إلى شكل القضاء المختص، بمعنى لا يجوز النظر بدستورية القوانين، إلا من قبل محاكم متخصصة⁽³⁾.

إن تطابق فكرة الرقابة مع وظيفة القاضي، من خلال تمتع كل منهما بأسلوب الحياد والاستقلال، تجعلهم بعيدين على الضغوط وتأثيراتها، لأن هذه الفكرة تكتسي مصداقية أحسن، كما يخضع هذا الأسلوب للإجراءات القضائية المعروفة في رفع الدعوى، لاسيما المواجهة بين الخصوم وتعليل الأحكام وعلانيتها⁽⁴⁾ وتتقسم إلى نوعين:

أ- رقابة الدفع أو الامتناع: يمارس هذا النوع من الرقابة من قبل المتضرر من القانون المطبق عليه، عند طرح قضية ما للنزاع في المحكمة، عندما يرى أن هذا القانون⁽⁵⁾ مخالف مخالف لأحكام الدستور، وممارسة الرقابة عن طريق الامتناع لا يلغي القانون المنظور فيه، إذا ثبت عدم دستوريته.

ب- رقابة الإلغاء أو الرقابة الممركزة أو المختصة: يمارس هذا الإلغاء من قبل أعلى محكمة في الهرم القضائي، أو المحكمة الدستورية التي أسسها الدستور، والأخذ بهذه الرقابة

¹- انظر: بن أعراب محمد، القانون الدستوري، محاضرات ملقاة على طلبة الأولى حقوق مجموعة ب، 2021، ص 53.

²- عمر العبد الله، المرجع السابق، ص 10.

³-بوسطة شهرزاد، مدور جميلة، المرجع السابق، ص 348.

⁴- بوكرا إدريس، المرجع السابق، ص 212، 213.

⁵- انظر: خرشي عبد الله الصمد رضوان، عبد المنعم بن أحمد، أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين كأداة في يد السلطة القضائية في مواجهة السلطة التشريعية، مجلة العلوم القانونية، تصدر عن جامعة زيان عاشور-الجلفة، ع 04، 2016، ص 6، 7.

يتم عن طريق الإحالة من أي محكمة من محاكم الدولة، إذا ادعى أحد الخصوم أمامها أن النص المراد تطبيقه على النزاع يخالف حسب رأيهم أحكام الدستور⁽¹⁾.

المطلب الثاني

التشريع العادي والتشريع الفرعي

يتمثل التشريع العادي في القانون الذي يوضع بواسطة السلطة صاحبة الاختصاص في البلاد، وتتمثل هذه السلطة كأصل في السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية كاستثناء، ومن هذا المنطلق قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع، حيث تناولنا التشريع كمصدر أصلي للقاعدة الجنائية (فرع أول)، والتشريع الفرعي كمصدر استثنائي للقاعدة الجنائية (فرع ثاني)، كما سنتطرق إلى مبدأ الشرعية الجنائية (فرع ثالث)، ثم الاختصاص التشريعي في المسائل الجنائية (فرع رابع).

الفرع الأول

التشريع العادي كمصدر أصلي للقاعدة الجنائية

يأخذ التشريع العادي المرتبة الثانية بعد الدستور ويطلق عليه اسم القانون، فهو صادر عن سلطة مختصة ممثلة في السلطة التشريعية. ومن هنا سنحاول (أولاً) تبيان مكانة القانون الجنائي في النظام القانوني للدولة مع ذكر مراحل سن التشريع (ثانياً).

أولاً: مكانة القانون الجنائي في النظام القانوني للدولة

يلعب القانون الجنائي بشقيه دوراً رئيسياً في المجتمع باعتباره جزءاً من السياسة الجنائية بالنسبة لقانون العقوبات، نظراً لأهميته التي تكون على مستويين هما: حماية المجتمع وحماية الفرد.

بالنسبة لحماية المجتمع تتمثل في أن القانون الجنائي يمنع الفرد من الانزلاق في دائرة المحذور، من خلال فرض عقوبة يكون لها دوراً وقائياً، حيث أنها تمكن الفرد من الانضباط في المجتمع.

¹ - محمد بومدين، المرجع السابق، ص 17.

أما بالنسبة لحماية الفرد في قانون العقوبات، يكون من خلال تحديد السلوكيات المجرمة، حيث يضبط للفرد الإطار القانوني الذي يصب فيه سلوكياته، مما يمكنه من معرفة الحدود بين دائرتي المحظور والمُباح⁽¹⁾، فنجد النظام القانوني يتمثل في مجموعة من القواعد سارية المفعول في زمان ومكان معين، كما يتكون النظام القانوني من فرعين رئيسيين وهما القانون العام والقانون الخاص، ولأن القاعدة الجنائية عامة تعبر عن علاقة الدولة بالأفراد، وهذا ما يجعل جانبا من الفقه يدرج القانون الجنائي ضمن القانون العام⁽²⁾.

يحمي القانون الجنائي حقوقا تعترف بها، وتنظمها قوانين أخرى، فهو يحمي حقوق يقرها القانون الدستوري، ومن هذه الحقوق التي يكفلها الدستور حق الحياة والحرية الشخصية، وحرمة المسكن، والدفاع أمام القضاء، وحق الدولة في حماية الدستور ومؤسساتها⁽³⁾.

أما علاقة القانون الجنائي بالقانون المدني جد ظاهرة، فهو الذي يحمي حق الملكية بالمعاقبة على السرقة، وخيانة الأمانة، وانتهاك حرمة ملك الغير، ويحمل عقود بالعقاب على التزوير في المحررات.

أما علاقته بالقانون الإداري تتمثل في كون هذا الأخير يتضمن جزاءات معينة من بينها الحجز الإداري، كالحلق الإداري للمؤسسات، لكن تبقى هذه الجزاءات ذات فعالية محدودة لهذا يتدخل قانون العقوبات عن طريق الجزاء الجنائي⁽⁴⁾.

إضافة إلى علاقته مع القانون التجاري، وتمثل في معاينة المساس بالائتمان التجاري وبالأوراق التجارية، كجريمة التقليل المنصوص عليها من المادة 383 إلى المادة 384 ق ع وجريمة إصدار شيك بدون رصيد منصوص عليها من المادة 376 إلى المادة 382 ق ع، كما يحمي الشركات التجارية من خلال جرائم الشركات التجارية المنصوص عليها من المادة 801 إلى المادة 840 ق إج⁽⁵⁾.

¹ انظر: سليمان بارش، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص 4.

² سليمان بارش، المرجع نفسه، ص 5.

³ انظر: عبود السراج، قانون العقوبات العام، القسم العام، ج 1، (د ت)، ص 32.

⁴ انظر: عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزائر، دار هومو، 2010، ص 15.

⁵ انظر: فريد روابح، محاضرات في القانون الجنائي العام، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2018، ص 11.

ويتقاطع مع القانون الدولي، فيعالج مسألة تسليم المجرمين والتعاون الدولي في مجال القضاء الجنائي، والحجز والمصادرة والتسليم المراقب في ملاحقة الجرائم العابرة للحدود والجرائم الدولية⁽¹⁾.

أما في ما يخص علاقته بقانون الأسرة، حيث يرمي هذا الأخير إلى حماية الأسرة ويضمن استمرارها، وذلك عن طريق تنظيم الزواج وتحديد حقوق وواجبات كل من الزوجين، وتنظيم مسائل الميراث والوصية والقوامة، ويتدخل قانون العقوبات لحماية هذه المصالح عن طريق الجزاء الجنائي⁽²⁾.

ثانيا: مراحل سن التشريع:

إن مهمة التشريع تسهر عليها السلطة التشريعية المكونة من البرلمان بغرفتيه، (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة)، وتمرّ هذه الأخيرة بعدة مراحل من اقتراحها إلى حين صدورها، كما أن هذه العملية تمر بطرق معقدة سواء من حيث القواعد أو الإجراءات التي يتطلبها الدستور والنظام الداخلي وهذه المراحل هي:

1- المراحل التشريعية:

أ- مرحلة الاقتراح: تسمى المبادرة المقدمة من طرف الوزير الأول مشروع قانون، نصت المادة 143 من دستور 2020، ويطلق على هذه مبادرة النواب باقتراح قانون، أما مبادرة رئيس الجمهورية تسمى مشروع قانون⁽³⁾.

ب- مرحلة التصويت: يناقش الأعضاء في المشروع المعروض على المجلس حتى إذا انتهى الأمر بالتصويت عليه، ويرسل إلى المجلس الأخير بعد أن يمر باللجان المختصة يعرض عليه فإذا ما انتهى المجلس إلى قراره فإن دور البرلمان في سن التشريع ينتهي ويتبقى دور رئيس الدولة⁽⁴⁾.

¹ - فريد روابح، المرجع السابق، ص 12.

² - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 15، 16.

³ - انظر: شلالي رضا محاضرات في مقياس نظام التشريع في الجزائر، جامعة الجلفة، 2018، ص 1، 2.

⁴ - انظر: عبد الرزاق السنهوري أحمد السنهوري باشا، أحمد حشمت، أصول القانون، القاهرة، مطبعة فتح الله إلياس وأولاده، 1950، ص 173.

ج- مرحلة التصديق: هذه المرحلة تكون من جانب رئيس الدولة، باعتباره عنصر من عناصر السلطة التشريعية، فإذا صادق عليه تم وجود القانون، وفي بعض البلدان كفرنسا قد يكون لرئيس الدولة حق التصديق، إذ يكون البرلمان وحده هو صاحب التشريع بمجرد أن ينتهي المجلس الثاني من إقرار المشروع يوجد قانون⁽¹⁾.

2- المراحل التنفيذية:

أ- مرحلة الإصدار: يصدر رئيس الجمهورية القانون وبأمر السلطة التنفيذية بتنفيذه، حيث تنص المادة 144 من الدستور 2016 على النحو التالي: "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ تسليمه إياه"، غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 187 من دستور 2016، المجلس الدستوري قبل صدور القانون يوقف هذا الأجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط التي يحددها الدستور.

ب- مرحلة النشر: يعتبر نشر التشريع طريقة لإعلام الأشخاص بصدوره، ويتم ذلك بنشره في الجريدة الرسمية، وتقرير نفاذه بعد فترة من تاريخ نشره وقد نصت عليه المادة 04 من ق م⁽²⁾. القرارات على حرية الأفراد وحقوقهم ما يعرف بلوائح الضبط الإداري⁽³⁾.

الفرع الثاني

مبدأ الشرعية الجنائية

إن الضامن الأساسي لحماية الأفراد من تحكم السلطة هو مبدأ الشرعية الجنائية⁽⁴⁾، ومفاده أنه لا يمكن اعتبار الفعل جريمة، إلا إذا كان هناك نص قانوني يجرمه⁽⁵⁾، مما يجعله يستبعد جميع المصادر الأخرى، واعتماد التشريع كمصدر وحيد للتجريم والعقاب، وبما

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 173، 174.

² - رضا شلالي، المرجع السابق، ص 6.

³ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 56.

⁴ - انظر: علي محمد الطيبي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحقوق والحريات العامة، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن جامعة عدن، م 12، ع 01، 2020، ص 131.

⁵ - انظر: فرج القصير، القانون الجنائي العام، (د ب)، مركز النشر الجامعي، 2006، ص 39.

أن الأصل في الأفعال الإباحة، فإن كل فعل لم يجرم صراحة بنص لا يجوز المعاقبة عليه حتى ولو خرج على القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع، وهنا تتجلى أهمية حصر الجرائم والعقوبات في القانون المكتوب⁽¹⁾.

ولدراسة هذا المبدأ سنتطرق إلى طبيعة النص الجنائي (أولاً)، ثم تحديد نطاقه (ثانياً)، ثم تكريسه في النصوص الوطنية والدولية (ثالثاً).

أولاً: طبيعة النص الجنائي:

يستلزم مبدأ الشرعية أن يكون النص التجريمي نصاً تشريعياً مكتوباً، فالغاية من الطبيعة الكتابية للقاعدة هي تمكين الفرد من معرفة حدود المباح والمجرم، وإعطاء نوع من الاستقرار للنظام الجنائي⁽²⁾، فلا بد على المشرع عند الصياغة أن تكون الأفعال محددة وواضحة لا يشوبها الغموض، وأن تكون القاعدة الجنائية آمرة ملزمة للمخاطب، سواء كان المخاطبين بها من الأفراد، باعتبار عنصر التجريم موجه لهم، أو كان المخاطبين بها هي الدولة باعتبار أن عنصر تطبيق الجزاء موجه إليها، أي أن خطاب هذه القاعدة موجه للأفراد وأجهزة الدولة معا على اختلاف مراكزها⁽³⁾.

لا بد أن يتوافر في هذه النصوص التشريعية الفعل الإجرامي والعقوبة الواجب تطبيقها، فإذا لم يتوفر هذا الشرط، فإن تطبيق القاضي له يعني الخروج عن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽⁴⁾.

ثانياً: نطاق مبدأ الشرعية:

1- يقتضي مبدأ الشرعية أن تكون الجريمة واضحة، وأن يكون التجريم واضحاً، فيجب أن تكون الجريمة محددة من حيث تعريفها، ومحددة من حيث العقوبة المقررة لها، عملاً

¹ انظر: الفواعرة حابس، احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بين التشريع والقضاء، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، تصدر عن جامعة الجلفة، م12، ع01، 1970، ص 354.

² سليمان بارش، المرجع السابق، ص 3.

³ انظر: عواطف قارة، ضمانات الحقوق والحريات الدستورية في مواجهة التجريم، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 1، 2013، ص 51.

⁴ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 81.

بمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"⁽¹⁾، ومن جهة أخرى يجب أن يحدد القانون أركان الجريمة، حيث تجرم الاعتداءات على حياة الغير والمعاقبة عليها⁽²⁾، فحتى التدابير الاحترازية أيضا تدخل في نطاق مبدأ الشرعية حيث لا يستطيع القاضي أن يحكم بغير التدابير المنصوص عليها في القانون، وبالتالي يجب على المشرع أن يحدد التدابير الاحترازية، مع ترك للقاضي حرية اختيار التدبير الذي يراه أنسب لخطورة المجرم من بين التدابير المنصوص عليها⁽³⁾.

2- يجب أن يكون التجريم دقيقا، لا يكفي المشرع بالنص على أن عملا ما معاقب عليه، يجب أن يبين الظروف التي يكون فيها معرضا للعقاب، في السرقة مثلا هي اختلاس شيء مملوك للغير بنية التملك، فإذا لم يقوم الاختلاس لا تقوم السرقة وإنما قد تكون حيازة⁽⁴⁾.

ثالثا: تكريس المبدأ في النصوص الوطنية والدولية

إن مبدأ الشرعية الجنائية في التشريعات الوطنية وإن كان يتشابه مع مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي، إلا أنهما يختلفان من حيث تطبيقه ومعاييره، إذ أن عليه أن يوازن بين مصلحة المتهم والحفاظ على النظام العالمي، نظرا للطبيعة الخاصة للقانون الدولي ومن حيث نص التجريم، حيث تستمد الجريمة صفتها الإجرامية في الغالب من العرف الدولي، أي أنها لا تستند مباشرة إلى قانون مكتوب، بينما الجريمة الوطنية تحدد بنص قانوني يبين العناصر المكونة لها بشكل مفصل والعقوبة المقدرة لها⁽⁵⁾.

فقد أوجب القانون الدولي الجنائي احترام مبدأ الشرعية، من خلال عدم محاكمة شخص على فعل لا يعتبر جريمة في الوقت الذي ارتكب فيه، ويستوي أن يكون الفعل مؤثما وفقا للعرف الدولي، أو عن طريق النص على صفته الآثمة في اتفاقية أو معاهدة دولية، ومن ثم

¹ انظر: حماس هديات، محاضرات في القانون الجنائي العام، مطبوعة موجهة للسنة الثانية حقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص 8.

² - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 57.

³ - حماس هديات، المرجع السابق، ص 7، 8.

⁴ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 58.

⁵ انظر: بلقاسم مخلط، تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي، جامعة زيان عاشور-الجلفة، 2014، ص 240.

يتعين احترام مبدأ الشرعية، على هذا الأساس إلى أن يتم تدوين القانون الجنائي الدولي في نصوص مكتوبة تبين تجريم أفعال، كما هو في القانون الداخلي⁽¹⁾.

دخل هذا المبدأ حيز النفاذ على المستوى الدولي، من خلال نظام المحكمة الجنائية الدولية، عن طريق القانون الدولي الجنائي، شأنه شأن القوانين العقابية الوطنية المختلفة، حيث يكون اختصاص هذه المحكمة مكملاً للاختصاصات القضائية الجنائية الوطنية، فقد أصبح هذا المبدأ أساسياً لشرعية القانون الدولي الجنائي وفقاً للمادة 22 من نظامها الأساسي⁽²⁾.

الفرع الثالث

التشريع الفرعي كمصدر استثنائي للقاعدة الجنائية

تشكل أعمال السلطة التنفيذية إذا تضمنت قواعد التجريم والعقاب مصدراً من مصادر قانون العقوبات، غير أن هذه الأعمال ليست على درجة واحدة من القوة، فالبعض منها له قوة القانون والبعض الآخر يعتبر مجرد قرارات تنظيمية تخضع لرقابة القضاء، و لتوضيح ذلك قسمنا هذا الفرع إلى الأوامر (أولاً)، والأنظمة أو اللوائح (ثانياً)، والقرارات الإدارية (ثالثاً).
أولاً: الأوامر:

تعتبر الأوامر التشريعية الوسيلة القانونية الوحيدة التي يمكن بواسطتها لرئيس الجمهورية أن يساهم مباشرة في وضع القانون، ومن تم التشريع في المجالات التي تختص بها أصلاً السلطة التشريعية، إلا أنه وحتى لا تصبح هذه الوسيلة سلطة مقيدة بيد رئيس الجمهورية أحاطها المؤسس الدستوري بمجموعة من القيود طبقاً لنص المادة 124 من دستور 1996 حيث يكون التشريع بأوامر في الحالات الاستثنائية⁽³⁾، أما المادة 93 من نفس الدستور

¹ - انظر: علي فنتيز، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القانون الدولي الجنائي، ماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح، 2016، ص 37.

² - علي فنتيز، المرجع نفسه، ص 37، ص 43، ص 44.

³ - انظر: أحمد بركات، الاختصاصات التشريعية لرئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، 2008، ص 15، 16.

أجازت لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة الضرورة إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامه ترابها⁽¹⁾.
 مما يتطلب استعمال كل الطرق والأساليب للخروج من هذه الحالة، ولا يمكن للظروف القانونية إخراج الدولة من هذه الظروف، لأنها وجدت لمعالجة الأوضاع العادية، لذلك أوجب السرعة في التشريع وفقا للمواد 105 و 107 و 4/142 من دستور 2016⁽²⁾.
 والملاحظ أن أغلب القواعد الجنائية شرعت بأوامر من طرف السلطة التنفيذية في ظل دستور 1963⁽³⁾، لأن معظم النصوص القانونية الأساسية بما فيها قانون العقوبات صدرت في شكل أوامر عن رئيس الحكومة رئيس مجلس الوزراء في الفترة الممتدة بين 1965 و 1977، وهي الفترة التي عاشت فيها الجزائر بدون هيئة برلمانية، بعدما تم تحويل الصلاحيات التشريعية إلى مجلس الوزراء⁽⁴⁾.

ثانيا: الأنظمة أو المراسيم أو اللوائح:

إن المراسيم أو الأنظمة من أعمال السلطة التنفيذية، وهي تلك الأعمال الإدارية العامة وغير الشخصية، فيمكن أن تتضمن أحكاما جزائية وتعاقب على بعض الأفعال، ولكن في مجال المخالفات فقط، حيث أعطي للبرلمان صلاحية التشريع في مجال القواعد التي يتضمنها قانون العقوبات، على وجه الخصوص الجنايات والجنح والعقوبات المقررة لها، ولكنه لم يذكر المخالفات، بل تركها للسلطة التنفيذية ليفتح لها مجالاً للتشريع عن طريق التنظيم⁽⁵⁾، وتختلف هذه الأنظمة والمراسيم باختلاف الجهة التي تصدرها فنجد:

1- الأنظمة المستقلة (المراسيم التنظيمية): تعد الأنظمة المستقلة هي الأكثر أهمية اليوم كونها المتخذة من قبل السلطة التنفيذية، ويطلق عليها مصطلح الأنظمة المستقلة أو الأنظمة القائمة بذاتها، وذلك لأنها لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه، ولكنها تصدر عن السلطة التنفيذية استقلالا عن أي قانون معين بالذات، وقد اعترف الدستور الجزائري لرئيس

¹ عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 44.

² انظر: عمر حميرات، سعيد علي، مشاركة السلطة التنفيذية التشريعية بين الاستثناء والاستحواذ، مذكرة ماستر، جامعة الجبالي بونعامة خميس مليانة، 2018، ص 9.

³ عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 44، 45.

⁴ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 55، 56.

⁵ عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 45.

الجمهورية بصلاحيات إصدار هذا النوع من الأنظمة، إلا أنه ليست لها نفس قوة القانون بل هي مجرد أعمال إدارية، ويمكن إن تكون محلا للطعن، ومن جهة فإن مخالفة هذه المراسيم يعد مخالفة طبقا لنص المادة 459 ق ع.

2- الأنظمة التنفيذية (المراسيم التنفيذية): هي المراسيم التي يصدرها رئيس الحكومة لتطبيق القوانين، حيث أجازت المادتين 85 و 125 من الدستور الجزائري للوزير الأول سنّ قواعد تشريعية، لضمان تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، ومرجع ذلك أن السلطة التنفيذية هي الجهاز المختص بتنفيذ القوانين.

ثالثا: القرارات الإدارية:

ويُقصد بها تلك القرارات التنظيمية التي تصدر عن الوزراء ورؤساء البلديات فكثير ما تتضمن القرارات الولاية والبلدية أحكاما جزائية تكون محصورة في المخالفات، ومن أخطر هذه القرارات على حرية الأفراد وحقوقهم ما يعرف بلوائح الضبط الإداري. إن هذه اللوائح تهدف لحماية النظام العام، والآداب العامة بالمفهوم التقليدي، ويشكل انتهاك الأفراد لمضمون هذه اللوائح مخالفة معاقب عليها طبقا للمادة 459 ق ع⁽¹⁾.

الفرع الرابع

الاختصاص التشريعي في المسائل الجنائية

وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية، فيعتمد الاختصاص التشريعي في المسائل الجنائية على أصل دستوري يتمثل في مبدأ انفراد التشريع بتنظيم الحقوق والحريات⁽²⁾ (أولا)، والانفراد التشريعي في تحديد مجال التجريم والعقاب (ثانيا)، إضافة إلى الانفراد التشريعي في تحديد الإجراءات الجنائية (ثالثا).

¹ - عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 18، ص 38، ص 45، ص 46.

² - أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص 37.

أولاً: انفراد التشريع بالاختصاص في مسائل حقوق الإنسان:

إن ما يميز مجال الحقوق والحريات أنها قواعد عامة ومطلقة وأنها مسألة وطنية داخلية⁽¹⁾، تحظى بعناية خاصة من قبل الدساتير والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إلا أن هذه العناية لم تكن كافية، مما جعل الدستور في الغالب يحيل هذه المسائل إلى التشريعات العادية بهذا المجال⁽²⁾، حيث يُعدّ التشريع الإطار الآخر للحقوق والحريات⁽³⁾، وهذا يعني أن السلطة التنفيذية لا يمكنها التدخل في هذا الاختصاص، فهو منطقة محرمة على غير المشرع، بوصفه ممثلاً لإرادة الشعب، والعلّة في ذلك أن هذه الحقوق والحريات تتم ممارستها في مواجهة السلطة التنفيذية نفسها⁽⁴⁾، إلا أن المشرع أجاز للسلطة التنفيذية أن تمارس عملاً من أعمال التشريع في مجالات محدودة⁽⁵⁾.

بالنسبة لحقوق الإنسان والقوانين الجنائية كونها مرتبطة بكيان الإنسان المادي والفكري، كان لابد من إحاطتها بضمانات تمنع تقييد حريته، أو معاملته، أو الحجر عليه دون مسوغ قانوني، فالقانون الجنائي يحمي حقوق المجني عليه والمصلحة العامة للمجتمع من خلال تطبيق العقاب على المجني، مع مراعاة ألا تكون العقوبة انتقامية، لأنها انتقاص من حقوق الإنسان القانونية، توقعها السلطة القضائية على كل من يخالف قانون العقوبات الذي يوازن بين حماية الفرد والمجتمع.

أما الشق الإجرائي يلزم الدولة من إتباع الإجراءات القانونية، حتى تمارس حقها في العقاب، بهدف حماية حقوق كل من المتهم أثناء المتابعة الجزائية والمجني عليه من خلال جبر الضرر الذي أصابه، ومن ثم حماية المصلحة العامة⁽⁶⁾.

¹ - انظر: نصر الدين عاشور، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان في ظل التعددية السياسية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر - بسكرة، 2015، ص 27، ص 28، ص 29 .

² - انظر: عمر صادق، القانون الدولي لحقوق الإنسان: دراسة في مصادر حقوق الإنسان، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 93، ص 96.

³ - انظر: الخامسة مذور، التنظيم القانوني للحريات العامة، دروس مخصصة لطلبة حقوق الإنسان والأقليات، ماستر 2، السداسي الأول، جامعة باتنة، 2020، ص 3.

⁴ انظر: لوافي سعيد، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر - بسكرة، ص 52.

⁵ - لوافي سعيد، المرجع نفسه، ص 55، ص 56.

⁶ - نصر الدين عاشور، المرجع السابق، ص 30، ص 31.

ثانيا: انفراد التشريع في مجال تحديد الجرائم والعقوبات:

إن النتيجة الحتمية لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تكمن في حصر مصادره في النصوص التشريعية، ويقضي هذا باستبعاد سائر المصادر المألوفة في فروع القوانين الأخرى، كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وتطبيقا لذلك فلا جريمة في فعل لا يخضع لنص تجريم ولو خالف هذه المصادر فلا تخلق جريمة ولا تنشئ عقوبة⁽¹⁾، فهي مستبعدة من نطاق القوانين الجنائية ولا مجال لتطبيقها إلا في مجال أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب وقيود تحريك الدعوى وغيرها، ولكن لا يشترط أن تكون جميع الجرائم والعقوبات مصدرها النصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان، بل يمكن للسلطة التنفيذية أن تشرع بدورها⁽²⁾.

هذا الكلام يخص المصادر التي يأخذ بها القاضي الجنائي للحكم في قضاياها، على أساس أنه لا يمكن أن يجرم فعل، أو يخلق عقوبة غير منصوص عليهما قانونا، لأن مهمة القاضي هي تطبيق ما جاء به القانون، لذا في حالة عدم وجود نص، فالقاضي مجبر على إصدار حكم البراءة، وفقا لمبدأ الشرعية والذي نصت عليه المادة 1 ق ع ج. إلا أن هذا المبدأ لا يؤثر على المشرع عند وضع القاعدة الجنائية، فيمكن له أن يستند على مجموعة من المصادر من أجل صياغة نص قانوني، يعتمد عليه القاضي لإصدار حكمه على القضايا المعروضة أمامه.

ثالثا: انفراد التشريع في مجال تحديد الإجراءات الجنائية:

يقصد بانفراد التشريع في مجال تحديد الإجراءات الجنائية تلك النصوص المحددة في إجراءات التحقيق، والمتابعة، والمحاكمة، وتنفيذ العقوبة، وبأقي الإجراءات التي تختص بها السلطة التشريعية دون غيرها، فهي تحرص على عدم المساس بالحريات الشخصية وحقوق الأفراد⁽³⁾. وفقا للقوانين الوطنية والمواثيق الدولية للإنسان، فهي تحافظ على كيان المجتمع وتقيه من خطر الجريمة، على أساس أنها من تحدد الإجراءات الجنائية، منذ تحريك الدعوى

¹ - محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 82، ص 83.

² - عبد الرحمن خلفي، المرجع السابق، ص 156.

³ - إبراهيم بوعمره، عبد العالي حفظ الله، المرجع السابق، ص 649.

الجنائية حتى صدور حكم بات فيها، فهي من تنظم إجراءات التنفيذ العقابي، باعتباره المجال الطبيعي للمساس بالحرية وتنفيذ الحكم القضائي⁽¹⁾.

فالهدف من هذه الإجراءات هو سير العدالة الجزائية، وعليه فإن المصدر التشريعي الرئيسي للقواعد الإجرائية بالنسبة للدولة الجزائرية هو الأمر رقم 66/ 155 مؤرخ في 8 يونيو 1966 متضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، كما توجد قواعد إجرائية خاصة تتضمنها قوانين خاصة والتي من خلالها يتم الحد من نطاق تطبيق القواعد الإجرائية العامة²، ويمكن القول أن هذه الإجراءات تُعدّ المعيار الذي ينظر من خلاله لأي دولة حول نظام الحكم بها، وعليه فإن الشرعية الإجرائية يقابلها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، كأحد أهم ما يجب أن تحرص عليه الدولة في حالة تنظيمها الإجراءات الجزائية، فهي أداة تنظيم الحريات وحماية حقوق الإنسان، كونها ضمان للتوفيق بين فاعلية العدالة الجنائية واحترام الحرية الشخصية، حيث تُعدّ الشرعية الإجرائية الحلقة الوسطى بين شرعية الجرائم والعقوبات وشرعية التنفيذ العقابي، أو شرعية تنفيذ الجزاء الجنائي⁽³⁾.

¹ - أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص 70، ص 73.

² - إبراهيم بوعمره، عبد العالي حفظ الله، المرجع السابق، ص 649

³ - نصر الدين عاشور، المرجع السابق، ص 33، ص 34.

المبحث الثاني

المصادر الدولية

تكمن العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي في تنازع نظريتان هما: نظرية الازدواجية ونظرية الوحدة، فيترتب عليها الأخذ بطريقة الدمج التلقائي، خاصة عند سمو القانون الدولي على الداخلي، يكون الدستور عادة همزة وصل بين القانونين، حيث يضع ميكانيزمات إدماج القانون الدولي في القانون الوطني.

الأصل أن المعاهدة إذا أصبحت نافذة تكون واجبة التطبيق على إقليم كل دولة طرف فيها، فالدولة إذا أبرمت اتفاقية، فإن سائر سلطاتها العامة وكافة رعاياها يلتزمون بتطبيق أحكامها، ذلك أنه لا قيمة لاتفاقية دولية، إلا إذا نفذت داخل كل دولة على انفراد. ومن ثمة كان لزاما على كل دولة دمج الاتفاقية الدولية المصادق عليها في تشريعها الداخلي والقانون الدولي.

وبناء على ما تم ذكره قسمنا هذا الموضوع إلى مطلبين تناولنا في أوله القانون الدولي، ثم تطرقنا في مطلبه الثاني إلى الاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول

القانون الدولي العام

يتمثل القانون الدولي العام في مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقة بين الدول، فتعدّ بذلك قواعد القانون الدولي جزءا من القانون الداخلي، حيث تتزايد علاقته مع قانون العقوبات كلما ازدادت مظاهر التضامن الدولي في مكافحة الإجرام، وهذا ما جعله مصدرا للقانون الجنائي (فرع أول)، حيث يستند إليه التشريع الجنائي في بعض الأحكام والمفاهيم (فرع ثاني)، كما يرتبط به القانون الجنائي في كثير من القضايا (فرع الثالث).

الفرع الأول

القانون الدولي العام كمصدر للقانون الجنائي

من المعروف أن المصدر الوحيد للقانون الجنائي بفروعه هو التشريع، لاعتباره قانونا سياديا يرتبط بالإقليم الذي تمارس فيه الدولة سلطتها، إلا أن تطور الظاهرة الإجرامية جعل التشريع الوطني عاجزا، على تحديد بعض المفاهيم والأحكام في مجال التشريع الجنائي، فلم تعد عناصر الإجرام تجتمع في الدولة الواحدة، بل تمتد لتقع في عدة أقاليم، وهو ما صعب مهمة التشريع الداخلي في مواجهتها، وهذا ما استدعى ضرورة الاستناد إلى بعض أحكام القانون الدولي.

وسنبين من خلال هذا الفرع مكانة القانون الدولي (أولا)، ثم نتحدث عن علاقته بالقانون الداخلي (ثانيا).

أولا: مكانة القانون الدولي العام:

إن ما يميز القانون الدولي العام أنه نظام قانوني مستقل، يختلف عن الأنظمة القانونية الأخرى، وأن وظيفته الأساسية هي القيام بدور منظم للعلاقات المنبثقة في جميع ميادين التعايش الدولي، فهو ليس تعبير عن الإرادة الذاتية للدول وحسب، بل إنه يعبر عن العوامل الموضوعية للتطور الاجتماعي أيضا⁽¹⁾، إذ يبين ما للدول من حقوق وما عليها من واجبات تجاه بعضها، من خلال التأكيد على السبل التي تلجأ إليها الدول في فض المنازعات بينها بالطرق السلمية، كما يبين نشوء الدول وزوالها⁽²⁾.

ونتيجة تطور العلاقات الدولية وتنوعها أصبح القانون الدولي العام فرعاً من فروع القانون، يضم العديد من القوانين المختلفة، كما يجد القانون الدولي العام قوته الملزمة في إرادة الأشخاص القانونية الدولية ذاتها، فهو ينظم العلاقات بين أشخاص قانونية

¹ - انظر: طباش عز الدين، الاتفاقيات الدولية كمصدر للقانون الجنائي الجزائري لتدعيم جهود مكافحة الإجرام العابر للحدود، تصدر عن جامعة بجاية، م 35، ع خاص، 2021، ص 165.

² - انظر: علي ماهر بك، القانون الدولي العام، مجموعة المحاضرات ليسانس، مطبعة الاعتماد شارع حسن الأكبر، 1924، ص 30. لمزيد من التفصيل أنظر: طالب رشيد يادكار، مبادئ القانون الدولي العام، ط 01، أبريل، مؤسسة موكراني للبحوث والنشر، 2009، ص 18. وأيضا زايد بن عيسى، محاضرات في القانون الدولي العام، السنة الثانية ليسانس، المركز الجامعي البشير، البيض، 2017، ص 14.

متساوية، وليس لدولة معينة سلطان على دولة أخرى، فإذا ما أرادت دولة أن تلتزم بقاعدة من قواعد القانون الدولي العام، فإن التزامها هذا يعبر عن إرادتها ورغبتها الصريحة أو الضمنية، وإذا ما رفضت الالتزام بذلك فلا توجد وسيلة فاعلة لإجبارها، غير أن عدم التزامها قد يؤدي إلى ردود أفعال دولية، وقد تسيء إلى سمعتها أو تواجه مبدأ المعاملة بالمثل، فلم يعد القانون الدولي العام يقتصر على تنظيم العلاقات السياسية والدبلوماسية بين الدول فحسب، بل أخذ ينظم العلاقات في جميع الميادين التجارية والاقتصادية... وغيرها، وكان لتقدم الاكتشافات العلمية الحديثة الدور الكبير في تطوير القانون الدولي العام⁽¹⁾.

ومع نمو القانون الدولي وتوسيعه ينمو الاهتمام بالدور الذي تلعبه الدولة ضمن النظام الدولي والعلاقة بين النظام القانوني الداخلي لدولة ما وبين القواعد والمبادئ السياسية في المجتمع الدولي بأسره، فكانت النتيجة الطبيعية لهذا النمو أن أصبح القانون الدولي يمتد إلى مجالات كانت في الماضي مقصورة على القانون الداخلي فقط⁽²⁾.

ثانياً: علاقة القانون الدولي العام بالقانون الداخلي:

يحكم القانون الداخلي الجوانب الداخلية للدولة، بينما القانون الدولي العام يركز في الأغلب على العلاقات بين الدول، وعلى الرغم من كل ذلك هناك مساحات يمكن أن يبرز فيها الخلاف ليقود إلى المصاعب بين النظامين في قضية أمام محكمة داخلية، يمكن الاستناد على قاعدة قانونية دولية والتحجج بها⁽³⁾.

إن تحديد العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي تكمن أهميتها في حالة وجود نزاع قائم بين دولتين، بحيث تطرح أحدهما مسألة ينظمها القانون الداخلي في حين تتمسك الثانية بالقانون الدولي العام المنظم للمسألة موضوع الخلاف، في ظل هذا الخلاف اتجهت آراء الفقهاء نحو مذهبين، الأول يقول بوحدة القانونين والثاني بازواجهما، وانفصال كل منهما عن الآخر، حيث أن الدساتير في حقيقة الأمر هي التي تبين مكانة القانون الدولي في المنظومة القانونية للدولة، وتكتسي أهمية معرفة العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون

¹ - انظر: رضا بن سالم، محاضرات في القانون الدولي العام، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق ل م د جذع مشترك، جامعة البليدة ع02، 2020، ص 12، ص 13.

² - زايد بن عيسى، المرجع السابق، ص 10.

³ - طالب رشيد يادكار، المرجع السابق، ص 41.

الداخلي في تحديد أولية أي قانون على الآخر، في حال أي تنازع قد يثار لدى وجود تعارض، بين قاعدة قانونية دولية وقاعدة قانونية داخلية⁽¹⁾.

1-نظرية ازدواج القانونين: يركز أنصار هذه النظرية الموضوعية على أهمية الدولة، واعتبار القانون الدولي مجموعة من القواعد تشكلت بإرادة الدول، ويرى أن ما ينشأ قواعد القانون الدولي هو الممارسة الفعلية، المتمثلة في العرف والمعاهدة الدولية المؤكدين على أن قواعد القانون الدولي العام مستقلة عن قواعد القانون الداخلي، فعندما يجيز قانون داخلي تطبيق قواعد القانون الدولي، إنما هذا يدل على سمو سلطة الدولة داخل إقليمها، ولا يعتبر سمو القانون الدولي على القانون الداخلي⁽²⁾.

يستند أصحاب هذه النظرية على عدة حجج نذكر بعضها منها: اختلاف المصادر، فمصدر القانون الدولي العام هو إرادة الدول مجتمعة، بينما مصدر القانون الداخلي هو إرادة الدولة منفردة، وكذا اختلاف وتنوع موضوعات كل من القانونين، لأن القانون الدولي العام ينظم العلاقات بين أشخاص القانون الدولي وبين الدول والمنظمات الدولية فيما بينها، أما القانون الداخلي فينظم العلاقة بين الأفراد فيما بينهم (القانون الخاص)، وبين الأفراد والدولة التي ينتمون إليها (القانون العام)، إضافة إلى الاختلاف من حيث التركيب، والبناء القانوني للقانونين، يتضمن القانون الداخلي هيئات تشريعية تسنّ القوانين وقضائية تطبق القانون وتفسره، وهيئة تنفيذية تكفل تنفيذ القانون، وتنفيذ أحكام القضاء بالقوة الجبرية، بينما القانون الدولي لا توجد فيه هيئات بمعنى الكلمة⁽³⁾.

فنتائج هذه النظرية مهمة من زاويتين، سواء من حيث الأساس الذي تكون الدولة فيه خاضعة للقانون الدولي، وهي في نفس الوقت منشأة للقانون الداخلي، وتبقى ملتزمة بمراعاة التزاماتها الدولية، لدى إنشائها القانون الداخلي الخاص بها، فلن يؤثر ذلك على صحة هذا القانون وسريانه، ولا ينجم عن إخلال هذه الدولة سوى المسؤولية الدولية⁽⁴⁾، وكذا من حيث

¹ - انظر: ربيعة بوقرط، علاقة القانون الدولي العام بالقانون الداخلي على ضوء الممارسة الدولية والتشريع الجزائري، تصدر عن جامع حسيبة بن بوعلي - الشلف، م 2، ع 1، 2021، ص 113.

² - طالب رشيد يادكار، المرجع السابق، ص 42.

³ - رضا بن سالم، المرجع السابق، ص 16.

⁴ - رضا بن سالم، المرجع نفسه، ص 42، ص 43.

الشكل، فقاعدة القانون الدولية يترتب عليها لتكون سارية المفعول في القانون الداخلي، وذلك بعرضها على سلطة تشريعية، وإصدارها ونشرها كما هو الأمر بالنسبة لإجراءات إصدار التشريعات الداخلية، وفي غياب ذلك لا يمكن لمعاهدة دولية أن تتمتع بأي قوة إلزامية في مجال القانون الداخلي، ويستتبع ذلك أنه إذا تعارضت قاعدة دولية مع قاعدة داخلية كانت الغلبة للقاعدة الأخيرة، حتى ولو أن هذا الوضع أدى إلى إمكانية تحميل الدولة المسؤولية الدولية⁽¹⁾.

1- نظرية وحدة القانون: لا يتصور أنصار هذه النظرية وجود نظامين قانونيين دون سمو أحدهما على الآخر⁽²⁾، فقد اختلف أصحاب هذه النظرية في تحديد القاعدة الأساسية التي تعلق هذا النظام وذهبوا إلى اتجاهين⁽³⁾، أولهما ينادي بوحدة القانون، مع سمو القانون الداخلي، ويستند أنصار هذا الرأي على مقومين أساسيين هما: عدم وجود سلطة عليا فوق سلطة الدولة، هذا ما يمنحها الحرية الكاملة في تحديد التزاماتها الدولية، وأيضاً تستمد الدولة حريتها تلك من خلال سند دستوري، فإذا تعارضت قاعدة دولية مع أخرى داخلية كان على القاضي الداخلي تغليب القاعدة الداخلية وإهمال الدولية، كما أن أصحاب هذا التيار ينطلقون من وجود مصدر واحد للقانون الدولي، وهو الاتفاقيات الدولية، وهم بذلك يلغون العرف الدولي، باعتباره مصدراً أساسياً للقانون الدولي العام⁽⁴⁾.

كما تستخدم هذه النظرية من قبل حكومات بعض الدول، كوسيلة لمواجهة المبادئ والقواعد التقدمية في القانون الدولي، متذرعين بسيادة الدولة المطلقة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية، لخرق حقوق الإنسان ضمن حدود دولها، ومن جانب آخر كاتجاه ثاني تقوم بعض الدول باستخدام نظرية وحدة القانون، مع سمو القانون الدولي، عن طريق تأويل أحكام ومبادئ القانون الدولي، واعتبارها قانوناً أسمى وأعلى وأقوى لتبرير خرق حقوق الشعوب الأخرى والتدخل في شؤونها الداخلية⁽⁵⁾، فتخضع مجموع الدول للقانون الدولي

1 - رضا بن سالم، مرجع سابق، ص 17.

2 - طالب رشيد يادكار، المرجع السابق، ص 43.

3 - سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص 41.

4 - انظر: حسينة شرور، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، مجلة الباحث، تصدر عن جامعة محمد خيضر - بسكرة، ع 5، 2007، ص 161، ص 162.

5 - طالب رشيد يادكار، المرجع السابق، ص 43، ص 44.

العام، وبذلك يكون القانون الدولي هو القاعدة الأساسية للنظام القانوني، ويتمتع أيضا بنفاذ مباشر على القوانين الداخلية، دون الحاجة للنص على هذا النفاذ⁽¹⁾.

يكمن دور قواعد القانون الداخلي في أن له دور حيوي لعمل الآلية القانونية الدولية، فإن دراسة القانون الداخلي من الطرق الهامة، لمعرفة وكشف الموقف القانوني للدول إزاء العديد من المسائل المهمة في القانون الدولي، فالدول تدرج في قوانينها الداخلية مسائل دولية هامة، بالإضافة إلى أنه يمكن اللجوء إلى أحكام القانون الداخلي واعتبارها دليلا لتقيد أو عدم التقيد بالالتزامات الدولة⁽²⁾.

ومن الدول التي أعطت القانون الدولي مكانة أسمى من الدستور، نجد دستور هولندا الصادر لسنة 1922، أما الدول التي أعطت القانون الدولي العام مكانة متساوية للتشريع، نجد الدستور الألماني لسنة 1919 قد دمج القانون الدولي العرفي بالقانون الداخلي، أما عن الدول التي أعطت القانون الدولي العام مكانة وسط بين الدستور والتشريع، نجد دستور فرنسا لسنة 1958⁽³⁾.

ومن هنا نخلص بأن المشرع الجزائري أخذ بنظرية وحدة القانون مع سمو القانون الدولي العام⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

استناد التشريع الجنائي لبعض أحكام القانون الدولي

تستند قواعد القانون الجنائي لبعض أحكام القانون الدولي العام في تحديد الأقاليم، فهو من يضع الحدود السياسية للدولة، كما يحدد الإقليم البحري والجوي لها (أولا)، بالإضافة إلى تحديد القوانين الواجب تطبيقها لمعاقبة المجرمين سواء كانوا مواطنين أم أجنب داخل الدولة أو خارجها (ثانيا).

1 - سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص 41.

2 - طالب رشيد يادكار، المرجع نفسه، ص 45، ص 46.

3 - بوقرط ربيعة، المرجع السابق، ص 124، ص 125.

4 - بوقرط ربيعة، المرجع نفسه، ص 128، ص 129.

أولاً: سريان القانون الجنائي خارج الوطن أو سريانه على الأجانب داخل الوطن:

تخضع الجرائم المرتكبة على إقليم الدولة لقانونها الوطني فحسب، فلا يطبق قانون عقوبات أجنبي على جريمة ارتكبت في الإقليم الوطني، ونفس الشيء بالنسبة للدول الأخرى، لأنه تعبير على سيادة الدول⁽¹⁾.

ومفاد هذا المبدأ أن يطبق قانون العقوبات على جميع الجرائم المرتكبة في إقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية مرتكبها، سواء كانوا مواطنين أو أجانب أو عديمي الجنسية، مع مراعاة الاستثناءات المقررة في القانون الداخلي أو القانون الدولي العام⁽²⁾، وبذلك تكون الدولة لها ولاية تطبيق قانون العقوبات الوطني، إذا وقعت الجريمة في إقليمها وتحديد مكان ارتكاب الجريمة، يكون بتحديد المكان الذي تتحقق فيه ركنها المادي بكامله، أو جزء منه فقط⁽³⁾.

وقد يكون هناك تحديد في الأقاليم التي تعدّ الجريمة قد ارتكبت فيها ضروري لتفادي فرار الجاني من العقاب، ولا يوجد ضرر من هذا التحديد، لأن مجرد محاكمته في إقليم من هذه الأقاليم يعفيه من محاكمته في الأقاليم الأخرى، حيث أن أغلب التشريعات تأخذ بمبدأ عدم جواز محاكمة شخص من أجل فعل قدمته دولة أخرى للمحاكمة من أجله وقضى العقوبة التي صدر بها الحكم وهذا ما جاءت به المادتين 2/582 و 589 من ق إ ج ج⁽⁴⁾.

الأصل ألا يطبق قانون العقوبات الجزائري على الجرائم المرتكبة خارج إقليم الجمهورية، وذلك لانعدام أي إخلال بالنظام العام، وهذا عملاً بقاعدة إقليمية القوانين الجزائرية، غير أن المشرع الجزائري حاد عن هذه القاعدة الجزائرية وهذا عملاً بمبدأ شخصية النص الجزائري الذي بمقتضاه يطبق النص الجزائري على من يحمل جنسية الدولة ولو ارتكب جريمة خارج إقليمها، أو عندما يكون هناك مساس بالمصالح الأساسية الجزائرية.

1 - عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 101.

2 - فريد روابح، المرجع السابق، ص 60.

3 - أنظر: فرح رضا، شرح قانون العقوبات الجزائري، ط 02، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1976، ص 56.

4 - أنظر: عادل محمد قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، ط 02، جامعة عنابة، 1992، ص 121، ص 122.

الجنايات والجنح المرتكبة من قبل الجزائريين، حيث يستشف من المادتين 582 و 583 ق إ ج، أن قانون العقوبات الجزائري يطبق على كل جناية أو جنحة ارتكبتها الجزائري خارج إقليم الجمهورية، غير أن المشرع أوقف تنفيذ هذا الحكم على توافر مجموعة من الشروط، من بينها يجب أن تكون الواقعة المرتكبة جناية أو جنحة في نظر القانون الجزائري، وأن تكون الواقعة تشكل جناية أو جنحة أيضا في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه، يجب أن يكون المتهم جزائريا وقت ارتكاب الجريمة، ويجب أن يعود المتهم إلى الجزائر⁽¹⁾.

بالنسبة للطائرات فلم يميز المشرع بين الطائرات الحربية أو الطائرات التجارية، فكلها تخضع لاختصاص القانون الجزائري، وفي أي مجال جوي كانت، وفي ذلك نصت المادة 591 ق إ ج ج على ما يلي: " تختص الجهات القضائية الجزائرية بنظر الجنايات والجنح التي ترتكب على متن الطائرات جزائرية أيا كانت جنسية مرتكب الجريمة"، وبهذا النص اعتبرت الطائرات الجزائرية بمثابة امتداد للإقليم الجزائري، ويختص القانون الجزائري بالنظر في الجرائم التي ترتكب على متنها في أي إقليم وقعت وأيا كانت جنسيته مرتكبها⁽²⁾، وتنص المادة 2/591 بالنسبة للطائرات الأجنبية على ما يلي: " كما أنها أي الجهات القضائية الجزائرية تخضع أيضا بنظر الجنايات أو الجنح التي ترتكب على متن طائرة أجنبية إذا كان الجاني أو المجني عليه جزائري الجنسية أو إذا هبطت الطائرة بالجزائر بعد وقوع الجناية أو الجنحة"، ومفاد ذلك أن المشرع الجزائري يعتد بالواقعة التي ترتكب على متن طائرات أجنبية، إذا كان الجاني أو المجني عليه جزائريا، وهو تطبيق لمبدأ شخصية النص الجنائي⁽³⁾.

أما بالنسبة للسفن الجزائرية: فالجرائم المرتكبة على متن السفينة المدنية التجارية في عرض البحر تختص الجهات القضائية بالنظر في الجنايات والجنح التي ترتكب في عرض البحر على البواخر المدنية التجارية التي تحمل الراية الجزائرية، أينا كان جنسية مرتكبها المادة 1/ 590 ق، ع، ج .

فالجرائم المرتكبة على متن السفينة المدنية الجزائرية الراسية في موانئ أجنبية تخضع حسب الأعراف الدولية لقانون جنسيتها، ما لم تمتد الجريمة خارج السفينة إلى الميناء.

1 - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 79.

2 - عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 106، ص 107.

3 - فريد روابح، المرجع السابق، ص 107.

أما الجرائم المرتكبة على متن السفينة الجزائرية الحربية تقتضي الأعراف الدولية، بأنها تخضع لقانون جنسيتها (دولة العلم) في أي مكان وجدت، ويستفاد ذلك من المادة 2/590 بمفهوم المخالفة عندما حصرت الأمر بالنسبة للباخرة الأجنبية على السفينة التجارية فقط، أما بالنسبة للسفن الأجنبية الراسية في الميناء الجزائري، تخضع الجنايات والجنح التي ترتكب في ميناء بحرية جزائرية على ظهر باخرة تجارية أجنبية للقضاء الجزائري، حتى ولو لم تمتد الجريمة إلى الميناء، وهذا خلافا للعرف الدولي⁽¹⁾.

ثانياً: تحديد الإقليم البحري والجوي للدولية:

ينص تعبير الحدود الدولية بشكل أساسي على تحديد المسار الصحيح لخط الحدود الجوية والبحرية، الذي يبين أين تنتهي سيادة الدولة وأين تبدأ سيادة دولة أخرى متجاورة.

1- تحديد الإقليم البحري:

يحمل تعبير الحدود البحرية معنى تعين نهاية الخطوط البحرية للدولة، ويفصل بينها وبين البحار العليا التي تلتقي فيها مصالح كل دول العالم، ومن ثم قيل أنّ الحد البحري يفصل ما بين الدولة الساحلية ومصالح بقية دول العالم⁽²⁾، ويتحدّد الإقليم البحري للدولة بالمنطقة الاقتصادية، وهي حدود الولاية الوطنية للدولة الساحلية على المناطق البحرية المرتبطة بسواحلها التي حددتها اتفاقية قانون البحار عام 1982، وهي تبدأ من التقاء اليابسة بمياه البحر، وتنتهي عند بداية أعالي البحار، وتتمتع الدولة الساحلية بحقوق على هذه المناطق حسب قربها وبعدها من إقليم الدولة، وهي ما يطلق عليها المنطقة الاقتصادية الخالصة، أو الولاية الوطنية للدولة على مياه البحر المتصلة بإقليمها⁽³⁾.

تمتد سيادة الدولة خارج إقليمها البري ومياهها الداخلية إلى حزام من البحر اللاصق لشواطئها، ويسمى البحر الإقليمي، يشمل جزء من البحر بين شاطئ الدولة وبداية البحر الدولي، وقد استقر العرف الدولي على تحديد المياه الإقليمية، بثلاثة أميال بحرية كحد أدنى، ويجوز لكل دولة أن تمده إلى 12 ميل بحري كحد أقصى حسب معاهدة مونتي كوابي 1982 وقد حدد المرسوم 403/63 مؤرخ في 10/12/1963، الإقليم البحري الجزائري

¹ - فريد روابح، مرجع سابق، ص 62، ص 63.

² - انظر: عمر سعد الله، المطول في القانون الدولي للحدود، ج 3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 127.

³ - انظر: سهيل حسن الفتلاوي، الموجز في القانون الدولي العام، ط 2، دار الثقافة، 2011، ص 237.

بالمياه الإقليمية الممتدة بمسافة بـ 12 ميل أخرى ليشمل ما يسمى في قواعد القانون الدولي بالمنطقة المتاخمة⁽¹⁾.

أما بالنسبة لمنطقة أعالي البحار تعتبر منطقة مشتركة لجميع الدول، يمنح هذه الدول حقوق متساوية ومشتركة، أي أن أعالي البحار ستكون مجالاً لتطبيق النظام القانوني الدولي، يقول الأستاذ شارل ديبوي: "إن البحر يجب أن يخضع منطقياً إلى تشريع دولي وإلى بوليس دولي وإلى عدالة دولية"⁽²⁾.

2- تحديد الإقليم الجوي:

ينظم القانون الجوي العلاقات الجوية بين الدول، ويعدّ هذا الموضوع من الموضوعات الحديثة، كما أن الدراسات التي تتناولته حديثة نسبياً، ويقسم القانون الجوي إلى قانون جوي دولي ينظم العلاقات الجوية بين الدول، ويحدد الإقليم الجوي واستغلاله واستعماله، وقانون جوي تجاري يتعلق باستخدام الإقليم الجوي لأغراض تجارية، كنقل الأشخاص والبضائع والتأمين على الطائرات وتسجيلها وبيعها ورهنها⁽³⁾.

نظمت اتفاقية شيكاغو المعقودة عام 1944 الخطوط الجوية المنتظمة والتي أطلق عليها اتفاق النقل الجوي الدولي ونصت على حريات الجو وهي:

- حرية التحليق فوق أراضي الدول دون الهبوط في إقليمها.
- حرية الهبوط في إقليم الدولة لأغراض غير تجارية.
- حرية إنزال الركاب والبضائع والبريد في إقليم الدولة، بشرط أن يكون مصدر الأشخاص والأشياء من إقليم الدولة التي ترفع الطائرة علمها.
- حرية أخذ الركاب والبضائع والبريد من إقليم الدولة بقصد نقلهم إلى إقليم دولة الطائرة⁽⁴⁾.

لكل دولة سيادة كاملة وانفرادية على طبقات الهواء التي تعلو إقليمها البري وبحرها الإقليمي ولمستعمراتها، أما طبقات الجو العليا والأجرام السماوية فإنها تخرج عن سيادة الدول

1 - أنظر: فريد روابج، مرجع سابق، ص 62.

2 - أنظر: محمد الحاج محمود، القانون الدولي للبحار، ط2، دار الثقافة، 2019، ص 398.

3 - سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص 273.

4 - سهيل حسن الفتلاوي، المرجع نفسه، ص 282.

بموجب اتفاقية 1966 المتعلقة بتنظيم استقلال الطبقات العليا في الجو، لكنها لم تحدد المسافة بين الفضاء وطبقات الجو العليا⁽¹⁾.

الفرع الثالث

ارتباط القانون الجنائي مع القانون الدولي العام

يرتبط القانون الدولي العام بقواعد القانون الجنائي في العديد من القضايا في إطار التعاون الدولي ومن بينها: قضية تسليم المجرمين والحصانة الدبلوماسية. أما عن نظام التسليم فينظمه القانون الجنائي الدولي حيث يختص بمكافحة الإجرام ومطاردة الجناة الهاربين من دولة إلى أخرى للإفلات من العقاب، أما الحصانة الدبلوماسية فهي من اختصاص القانون الدبلوماسي الذي يقتصر على الاهتمام بمعالجة المسائل والشؤون المتعلقة بالعلاقات الخارجية واستمرار الروابط السلمية بين الدول، وكلاهما فرعان من فروع القانون الدولي العام.

ولمزيد من التفاصيل في هذا الشأن سنعالج مسألة تسليم المجرمين (أولاً)، ثم نتطرق إلى مسألة الحصانة الدبلوماسية (ثانياً).

أولاً: مسألة تسليم المجرمين:

يعد نظام تسليم المجرمين صورة من صور التعاون القضائي الدولي في المجال الجنائي، فهو عبارة عن آلية قانونية دولية من أجل قمع الجريمة، سواء كانت داخلية أو دولية ويتم بين دولتين، تسمى الأولى الدولة طالبة التي تسعى إلى استرداد المتهم لمحاكمته أو توقيع الجزاء عليه، وتسمى الثانية بالدولة المطالبة وهي التي يكون الشخص المطلوب تسليمه موجوداً على أراضيها⁽²⁾.

إن مصادر التسليم متجددة ومتنوعة تتأرجح بين مصادر القانون الدولي العام المحددة في نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية⁽³⁾، ومصادر القانون الجنائي الوطني، كما أن هذه المصادر ليست على درجة واحدة في المرتبة القانونية، يختلف ترتيبها

¹ _ سهيل حسين الفتلاوي، المرجع نفسه

² - انظر: بن زحاف فيصل، تسليم مرتكبي الجرائم الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2011، ص 1، 2.

³ - انظر: المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية

حسب النظام الذي تتبعه الدولة في الأخذ بهذه المصادر، وعليه يمكن حصر مصادر التسليم في مصادر أساسية ومصادر احتياطية:

1- المصادر الأساسية:

تتمثل في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية سواء كانت ثنائية أو إقليمية أو دولية، كما ترتبط الجزائر بالعديد من المعاهدات والاتفاقيات الثنائية في مجال التعاون القضائي والتي تتضمن أحكام متعلقة بتسليم المجرمين نذكر منها:

- اتفاقية تنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين الجزائر وفرنسا⁽¹⁾.

- اتفاقية التعاون القضائي والإعلانات والإنبابة القضائية وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين الجزائر ودولة الإمارات العربية⁽²⁾.

- اتفاقية تسليم المجرمين بين الجزائر واسبانيا⁽³⁾.

بالإضافة إلى التشريع الوطني الذي يعتبر من أهم مصادر التسليم، ويمثل مصدرا مباشرا للتسليم، حيث يتضمن أحكام موضوعية وإجرائية للتسليم، سواء كان في تشريع مستقل بذاته، مثلما فعل المشرع الفرنسي بموجب قانون 1927/03/10 الذي تمّ تعديله بموجب القانون رقم 20-2004 مؤرخ في 2004/03/09 وفي مادته 696⁽⁴⁾، أو في شكل نصوص مدرجة في قانون آخر، كما فعل المشرع الجزائري الذي نظم أحكام تسليم

¹ - انظر: اتفاقية تنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين الجزائر وفرنسا المصادق عليها بموجب الأمر رقم 65-194 مؤرخ في 29 يوليو 1965، الجريدة الرسمية، العدد 68، المؤرخة في 17 غشت 1965.

² - انظر: اتفاقية التعاون القضائي والإعلانات والإنبابة القضائية وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين الجزائر ودولة الإمارات العربية المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 07-323 مؤرخ في 23 أكتوبر 2007، الجريدة الرسمية، العدد 68، المؤرخة في 28 أكتوبر 2007.

³ - انظر: اتفاقية تسليم المجرمين بين الجزائر واسبانيا المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-85 مؤرخ في 9 مارس 2008، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخ في 12 مارس 2008.

⁴ - انظر: المادة 696 من القانون رقم 20-2004، مؤرخ في 2004/03/09.

"en l'absence de convention internationale en stipulant autrement, les conditions, la procédure et les effets de l'extradition sont déterminés par les dispositions du présent chapitre. ces dispositions s'appliquent également aux points qui n'auraient pas été segmentés par les conventions internationales".

المجرمين⁽¹⁾، في قانون الإجراءات الجزائية الصادر بأمر رقم 66-155 مؤرخ في 1966/06/08 معدل ومتمم الذي تضمنه الباب الأول تحت عنوان: « في تسليم المجرمين » من المادة 694 إلى 720⁽²⁾ منه الصادر بموجب الأمر رقم 66-155 بتاريخ 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 جوان 1966، ويمكن أن يمثل مصدرا غير مباشر إذا ما نصت تشريعات داخلية على بعض أحكام التسليم، كالدستور الذي يتناول بعض القواعد المتعلقة بمنع تسليم الرعايا أو اللاجئين كدستور الجزائر لسنة 1996 في مادته 69⁽³⁾ بحضر تسليم اللاجئين السياسيين، وقانون العقوبات الوطني الذي يضع تعريفا للجريمة السياسية، لهذا القاضي يرجع إلى قانون العقوبات كمصدر غير مباشر لتحديد المقصود بالجريمة السياسية⁽⁴⁾.

2- المصادر الاحتياطية:

تتمثل في العرف الدولي الذي كرس منه نظام التسليم مبادئ دولية، كمبدأ عدم جواز التسليم في الجرائم السياسية، منع التسليم لدولة تنص في تشريعاتها على عقوبة الإعدام، منع التسليم لأسباب دينية أو عرقية أو عنصرية... الخ، وأصبح مرتبط بالمبادئ الدولية لحقوق الإنسان ومفاهيم الحريات السياسية وحماية الأقليات، وهذا الارتباط أسهم في عالمية قواعده بإدراجها ضمن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتسليم⁽⁵⁾.

إضافة إلى المعاملة بالمثل التي تفرض شروط في حال عجزت المصادر الأصلية عن تنظيم قواعد التسليم، كشرط الأخلاق الدولية وأحكام المحاكم والقرارات الدولية، إضافة إلى

¹ - انظر: لحرر فافا، إجراءات تسليم المجرمين في التشريع الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، 2013، ص 15.

² - انظر: المواد من 694 إلى 720 قانون الإجراءات الجزائية.

³ - انظر: المادة 69 من دستور 1996 والتي نصت على: " لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسلم أو يطرد لاجئ سياسي يتمتع قانونا بحق اللجوء".

⁴ - بن زحاف فيصل، المرجع السابق، ص 55، ص 56.

⁵ - بن زحاف فيصل، المرجع نفسه، ص 23.

الفقه الدولي⁽¹⁾، حيث يتم التسليم عبر السلطة التنفيذية للدولة، ممثلة بوزارة الداخلية مروراً بالطريق الدبلوماسي الذي تتولاه وزارة الخارجية، فالعلاقة السائدة بينهما هي علاقة تكامل.

ثانياً : مسألة الحصانة الدبلوماسية:

يعتبر القانون الدبلوماسي المحور الرئيسي لكل فروع القانون الدولي الأخرى عند تطبيق قواعد القانون الدولي العام، فهما يشتركان في مجال تنسيق العلاقات الخارجية، واستمرار الروابط السلمية بين الدول فهو لا يتخلف عنه كثيراً⁽²⁾.

فمصادر القانون الدبلوماسي هي ذات المصادر التي تستمد منها قواعد القانون الدولي العام، بالإضافة للقوانين الداخلية لكل دولة⁽³⁾، حيث نجد مصادر دولية ومصادر داخلية.

1- المصادر الدولية: قواعد عرفية دولية تعتبر مصدراً أساسياً لهذا القانون، كالمقابلة بالمثل، وكذا المعاهدات والاتفاقيات الدولية سواء كانت ثنائية أو جماعية تعقدها دول أو منظمات دولية، تخضع للقانون الدولي العام⁽⁴⁾، وقرارات محكمة العدل الدولية.

2- المصادر الداخلية: تجارب الدبلوماسيين السابقين وخبراتهم، والقوانين والأنظمة الداخلية التي تتصف بصفة الإقليمية، وبالتالي فلا تطبق إلا على إقليم الدولة التي وضعتها، فلا تلتزم بأحكامها الدول الأخرى، لذا تركت تحت تصرف الدول لتقرر محتواها، ومن بين هذه القوانين قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على منح حصانات خاصة لرؤساء الدول وأعضاء البعثات الدبلوماسية، فهي تعد حقوقاً وامتيازات يتم اكتسابها بحكم القانون، وتلتزم الدولة المضيفة باحترامها ويعتبر الإخلال بها إخلالاً بقواعد القانون الدولي⁽⁵⁾، وتتمثل هذه الحصانات في الحصانة الشخصية والحصانة القضائية في المسائل الجنائية.

¹ - انظر: عقيلة عفيري، هدى عمارة، مبدأ تسليم المجرمين كإجراء لتكريس العدالة الجنائية الدولية، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، م 12، ع4، 2020، ص 122.

² - انظر: سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدبلوماسي، ج 11، ط 1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 28.

³ - انظر: علي حسين الشامي، الدبلوماسية، ط 2، عمان، دار النشر والتوزيع، 2007، ص 9.

⁴ - انظر: محمد نعيم علوه، موسوعة القانون الدولي العام العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، ج 11، ط 1، الجزائر، مركز الشرق الأوسط الثقافي، 2012، ص 47، ص 50.

⁵ - محمد نعيم علوه، المرجع نفسه، ص 49، ص 124.

- الحصانة الشخصية: وتتمثل في حرمة الشخص ومسكنه وأمواله، وهي حرمة خاصة مطلقة للمبعوثين، باعتبارهما ضروريان من أجل ضمان حريته وكرامته عند ممارسة وظيفته، وحتى لا يكون تحت رحمة الدولة الموفد لديها⁽¹⁾.

- الحصانة القضائية الجنائية: تتمثل في تمتع المبعوث الدبلوماسي إلى جانب الحصانة الشخصية بحصانة قضائية، تعفيه من الخضوع لقضاء الدولة المعتمد لديها، طوال فترة عمله لديها، كما أن هذا لا يعفيه من احترام وإطاعة قوانين تلك الدولة، فهي تفرض على سلطات الدولة المضيفة عدم التعرض لشخصه أو لمسكنه، بأي طريقة لضمان استقلاله وبث اطمئنانه لأداء مهمته، وكذا احتراماً للدولة التي يمثلها، فهي قاعدة متصلة بقواعد النظام العام، وضرورية من أجل المحافظة على العلاقات السلمية بين الدول، فلا يحق لحاملها التنازل عليها، لأنها مقررة لصالح دولته، لا لصالحه الخاص⁽²⁾.

إن محاكمته أمام القضاء الإقليمي للدولة المستضيفة فيه مساس باستقلال الدولة التي يمثلها، وإخلال بحقها في المساواة في مواجهة الدولة المعتمد لديها مبعوثها، ولهذا نجد المحاكم في حال رفعت أمامها دعوى جنائية ضد مبعوث أجنبي معتمد لدى دولتها تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها، متى ثبت لديها صفة المبعوث، وقد استقر القضاء فعلاً على ذلك في كل الدول، ولا يوجد خلاف في هذا الشأن.

هذا لا يعني عدم محاكمته عن الجرائم التي ارتكبها في الدولة التي كان معتمداً لديها، فمسؤوليته تبقى قائمة، ولا تسقط مع عدم محاكمته عند هذه الدولة، وإنما وجوب محاكمته أمام قضاء دولته، وللدولة التي وقعت بها الجريمة أن تطلب من دولته إجراء هذه المحاكمة وتوقيع العقوبة المقرر للجريمة في حال ما إذا ثبتت إدانته، ولا يمكن لدولته أن ترفض ذلك، إذا كانت مخلة بواجبها أمام الدولة الأخرى، وجاز اعتبارها كما لو كانت شريكة في الجريمة المنسوبة إليه⁽³⁾.

¹ - محمد نعيم علوة، مرجع سابق، ص 164، ص 134.

² - انظر: رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز المبعوث الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، ط 1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، ص 54، ص 55.

³ - محمد نعيم علوة، المرجع السابق، ص 141، ص 142.

المطلب الثاني

الاتفاقيات الدولية

لقد أخذت الاتفاقية الدولية مكانا مميزا في النظم الداخلية، فأصبحت تعد كأحد مصادر المشروعية، حيث اعترفت بها جل قوانين الدول، فأصبحت لها قوة القانون، بل سمت عليه في بعضها الآخر، وفي نفس الاتجاه قرر الدستور الجزائري هذا المبدأ، إذ نصت عليه المادة 132 من دستور 1996 على أن: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"، إذ أن المشرع الجزائري أعطى أهمية كبيرة للمعاهدات الدولية مقارنة بمختلف مصادر القانون الدولي، حيث عرفت اتفاقية فيينا المعاهدات المبرمة سنة 1969 في مادتها الثانية في فقرتها الأولى للمعاهدة بكونها: " اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابيا، ويخضع للقانون الدولي، سواء تمّ في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليها".

وبهذا تعتبر الاتفاقية الدولية مصدرا من مصادر القانون الجنائي (فرع أول)، كما أن تطور الظاهرة الإجرامية استدعى ضرورة الاعتماد عليها في قمع ومحاربة الجرائم العابرة للحدود (فرع الثاني)، ومن أجل توحيد أحكام مفاهيم والعناصر المكونة لتلك الجرائم لتسهيل مهمة التشريع الداخلي للدولة من القدرة على مواجهتها (فرع ثالث).

الفرع الأول

الاتفاقيات الدولية كمصدر للقوانين الجنائية

تعتبر الاتفاقيات الدولية مصدرا ذو أهمية بالغة في القانون الدولي، وتتصرف هذه الأهمية على مستوى القانون الداخلي من خلال الالتزام الدولي الذي يقع على عاتق الدولة من جانبين الجانب الدولي والجانب الوطني⁽¹⁾، ونظرا لتطور الإجرام وعجز الدول على مواجهته، حيث لم تعد عناصره تجتمع في إقليم دولة واحدة، بل تمتد لتقع في عدة أقاليم هذا ما استدعى ضرورة التعاون المتبادل، من أجل تفادي الإفلات من العقاب، لذا فقد رأت الدول أنه من الضروري التنازل عن جزء من حقها السيادي في التجريم، باستتباط عناصره من تلك

¹ - انظر: زيان سبع، مكانة المعاهدة الدولية ضمن مبدأ تدرج القوانين في النظام الدستوري الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، م 01، ع 29، 2019، ص 212.

الاتفاقيات وإدراجها في قوانينها الداخلية، حتى أصبحت اليوم تحتل مصدرا أساسيا غير مباشر إلى جانب التشريع في تحديد مفهوم الجرائم، بالإضافة إلى اعتبارها عنصرا فعالا في جهود توحيد القاعدة الجنائية في إطار فكرة عولمة القانون الجنائي.

كل هذا جعل ضرورة الاستعانة والاحتكام لنصوص الاتفاقيات الدولية باعتبارها السبيل الوحيد للحصول على الإجماع، سواء من حيث المسائل الموضوعية المتعلقة بالتجريم، أو المسائل الردعية المتعلقة بالإجراءات والعقاب، وذلك بنقل النصوص محل الاتفاق إلى التشريعات الوطنية، ثم جعلها كمصدر حقيقي في هذا المجال إلى جانب التشريع، فأصبحت نصوص الاتفاقيات تتبنى، سواء في قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية، بل تطور الأمر لدى بعض الدول إلى درجة أنها تلتزم بتنفيذ المقررات القضائية الصادرة عن المحاكم الاتفاقية وتعديل قوانينها بحسب ما تقتضيه تلك المقررات⁽¹⁾.

لذا فإن هدفنا من خلال هذه الدراسة هو تحديد مكان الاتفاقيات الدولية من النظام القانوني للدولة (أولا)، إضافة إلى تحديد دورها في وضع العناصر المكونة للجريمة العابرة للحدود (ثانيا)، مع تحديد بعض النماذج الاتفاقية لتحديد مفهوم الجرائم العابرة للحدود في القانون (ثالثا).

أولا: مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني للدولة:

إن التكريس الدستوري للمعاهدات باعتبارها أسمى من القانون، جعلها تحتل مكانة في النظام القانوني للدولة، إذ أنها أصبحت تأخذ قوة القانون بل وأصبحت حتى تسمو عليه في جانب آخر، وقد قرّر الدستور الجزائري هذا المبدأ في المادة 132 سالف الذكر، حيث أدرج هذا الأخير المعاهدات ضمن القانون الداخلي الجزائري، على أن الدستور وضع شروطا حتى تجاور القواعد الاتفاقية الدولية عناصر النظام القانوني الداخلي، كمصدر للمشروعية فيه⁽²⁾، وبذلك فقد أخذت المعاهدة مكانا مميزا في النظم الداخلية، فأصبحت تحتل مرتبة بجانب القانون، والمشرع الجزائري لم يقدم تعريفا خاصا بالمعاهدة بل اعتمد على التعريف المنصوص عليه في اتفاقية فيينا للمعاهدات المبرمة سنة 1969 في مادتها 1/2، كما أنه

¹ - عز الدين طباش، المرجع السابق، ص 165، ص 166، ص 167.

² انظر: أحمد حميدة، مبدأ تدرج القواعد القانونية وآثاره على الوظيفة القضائية، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، 2006، ص 10.

يجب أن يوسع مفهوم المعاهدة، فتشمل الاتفاقيات المبرمة مع المنظمات الدولية باعتبارها أشخاصا دولية، وهذا ما تم تكريسه في اتفاقية فيينا لسنة 1986 التي تتعلق بالاتفاقيات المبرمة بين غير الدول⁽¹⁾.

كما اشترط المشرع إجراءات تدخل بها المعاهدة في النظام الداخلي وتسمو بذلك على القانون، ومن بين هذه الإجراءات وأهمها تصديق رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى ضرورة نشرها، وبذلك تصبح مصدرا للمشروعية والحقوق، وتكون قواعدها أسمى من القانون وأقل درجة من الدستور.

إن الدراسة القانونية للمواد 17/111، 124، 158، 159، 160 من دستور 1976 تبين أن المشرع الدستوري قد أعطى للمعاهدة الدولية ثلاث مراتب مختلفة، الأولى مرتبة السمو على القانون، أما في الثانية فقد أعطاها درجة القانون، إذا تمت المصادقة عليها من قبل رئيس الجمهورية، وتم كذلك نشرها في الجريدة الرسمية بعد أن قامت الهيئة القيادية للحزب والمجلس الشعبي الوطني بالموافقة عليها، أما في المرتبة الثالثة فقد أعطى المشرع الدستوري بطريقة ضمنية للمعاهدة التي لا تحتاج للموافقة البرلمانية والسياسية درجة السمو على الدستور، لأن القاعدة تقضي بأنه لا يجوز للدول الاحتجاج بقواعدها الوطنية للتملص من التزاماتها الدولية، أما في دستوري 1989 و 1996 فقد أعطى المشرع الجزائري للمعاهدات أربع مراتب مختلفة، حيث أدخل كمرتبة أولى مبدأ سمو الدستور على المعاهدات، بالإضافة إلى الثلاث مراتب التي تحدثنا عنها سالفاً⁽²⁾، كما تتطلب المعاهدات الدولية المرور بإجراءات دستورية، لأنها تخضع للدستور الذي يعطيها القيمة القانونية، لتحل مكانتها ضمن النظام القانوني الداخلي، وفق مبدأ تدرج القوانين⁽³⁾، كما أن المجلس الدستوري منذ نشأته عمد إلى توسيع الكتلة الدستورية، بضم الاتفاقيات الدولية والأعراف

¹ - انظر: خالد عطوي، مبدأ سمو المعاهدات الدولية في القانون الوطني: قراءة في التعديلات الدستورية الجزائرية، 1، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة الجزائر 1، م 8، ع 2، 2015، ص 343.

² - خالد عطوي، المرجع نفسه، ص 343.

³ - سيع زيان، المرجع السابق، ص 212.

الدولية، تكريسا لمبدأ سمو المعاهدة على القانون، وتبعاً لذلك جاءت كثيراً من اجتهادات المحكمة العليا⁽¹⁾.

أما عن مكانة المعاهدات الدولية في النظام القانوني الأردني فلم يضع المشرع الدستوري معيار واضحاً للتمييز بين كيفية نفاذ المعاهدات الدولية في مواد دستوره لتحديد المعاهدات التي تحتاج إلى موافقة السلطة التشريعية لسريانها، وتلك التي تسري بموافقة جلالة الملك وحده، باعتباره رئيس السلطة التنفيذية، حيث أن الدستور الأردني سكت عن تحديد مكانة المعاهدات الدولية بين التشريعات الداخلية النافذة⁽²⁾.

وعلى ما يتمتع به المجال الجنائي من خصوصية، نشير إلى نقطة مهمة في أن القاضي الجزائي مقيد بمبدأ الشرعية الذي يفرض عليه أن يتقيد بنصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له، غير أن الأمر لا يبقى عائقاً في ظل بديهية أن الاتفاقيات الدولية أسمى من التشريع الداخلي، فإنه لا يمكن القول بعدم إقدام السلطة التنفيذية على المصادقة على اتفاقية تتضمن تجريماً، لولا رغبتها في محاربة هذا النوع من الأفعال المحظورة دولياً، غير أنه لا يمكن أن تطبق هذه الاتفاقيات هكذا مباشرة أمام القضاء، ذلك أن القانون والفقهاء اشترط مجموعة من الشروط لنفاذ هذه الاتفاقية واعتبارها مصدراً يعتد به أمام القضاء⁽³⁾.

ونظراً للمكانة السامية للاتفاقيات الدولية مع تطور الظاهرة الإجرامية أصبحت هذه الاتفاقيات تلعب دوراً هاماً في تحديد وصياغة العناصر المكونة للجرائم العابرة للحدود.

ثانياً: دور الاتفاقيات في وضع العناصر المكونة للجريمة العابرة للحدود:

إن غالبية الاتفاقيات المبرمة بهدف مكافحة الإجرام العابر للحدود، تؤكد على أن نصوصها خاصة تلك المتعلقة بالتجريم، يتم اعتمادها في إطار احترام المبادئ العامة للتشريعات العقابية في الدولة العضو فيها، وقد أشارت إلى ذلك بشكل صريح المادة 11 من

1 - سبع زيان، مرجع سابق، ص 231.

2 - انظر: إبراهيم نصر الله، مكانة المعاهدات الدولية في النظام القانوني الأردني قراءة نقدية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، تصدر عن جامعة ابن زهر أكادير، م 08، ع 05، 2019، ص 224.

3 - انظر: عبد الحليم بن مشري، الاتفاقيات الدولية مصدر ملزم للقاضي الجزائي، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن جامعة محمد خيضر - بسكرة، ع 1، 2018، ص 166.

اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في الفقرة 6 بأنه: " ليس في هذه الاتفاقية ما يمسّ بالمبدأ القائل بأن توصيف الأفعال المجرمة، وفقا لهذه الاتفاقية وتوصيف الدفوع القانونية المنطبقة أو المبادئ القانونية الأخرى التي تحكم مشروعية السلوك، محفوظ حصرا القانون الدولة الطرف الداخلي، وبوجوب ملاحقة تلك الجرائم والمعاقب عليها وفقا لذلك القانون".

ومن خلال هذا النص يتبين أن الاتفاقيات كان لها الدور الأساسي في وضع تعريف للجرائم مع تحديد عناصرها المادية والمعنوية، ويكون على الدول المشاركة في هذه الاتفاقية بإدراج هذه النصوص في قوانينها الداخلية، فتصبح في ذلك هذه الأخيرة مصدرا غير مباشر للتجريم مع مراعاة الشروط الدستورية والداخلية لكل دولة في إدخال هذه النصوص في منظوماتها القانونية، كما تساهم الاتفاقيات في تحقيق الإجماع على نفس مفاهيم التجريم وتحديد عناصر الجريمة العابرة للحدود، فمن مصلحة الدول أن تأخذ بالتعريف الوارد في الاتفاقية لتفادي العقبات التي تنشأ عن الاختلافات التشريعية.

ثالثا: نماذج اتفاقية لتحديد مفهوم الجرائم العابرة للحدود في القانون:

يحصل التوافق في الأحكام العامة للتجريم ضمينا، لأنها مبادئ عالمية تصلح للتطبيق، مهما كانت طبيعة الثقافة القانونية لدولة معينة، أما القسم الخاص الذي يحتوي على مجموعة الجرائم والعقوبات هو الذي يزخر بعدة نماذج كثيرة من النصوص التجريبية ذات الأصل الاتفاقي غالبيتها مرتبطة بالإجرام العابر للحدود، ولكن توجد أخرى أيضا لم تصنف ضمن هذه الخانة من الإجرام، أما إذا كانت الجريمة تقتضي نوع من السياسة الوقائية المسبقة، فإن المشرع ينظمها في قوانين خاصة من أجل تكريس كل التوصيات والأحكام الواردة في الاتفاقية ذات الصلة⁽¹⁾، ومن بين هذه القوانين قانون العقوبات بالإضافة إلى بعض القوانين الخاصة قانون مكافحة الفساد.

تكثر نماذج تدخل الاتفاقيات في مجال الجرائم الواقعة على الأفراد أكثر منها من تلك الواقعة على الشيء العمومي، باعتبار أنها تتعلق بالحقوق والحريات، ومثال ذلك تجريم قانون العقوبات الجزائري لفعل الاتجار بالأشخاص الوارد في المادة 303 مكرر 4 إلى غاية

¹ - عز الدين طباش، المرجع السابق، ص 176.

مكرر 18 وهذه الجريمة يمكن أن تحمل طابعا عابرا للحدود حسب ما ورد في المادة 303 مكرر 5، حيث نقل تعريف هذه الجريمة وعناصرها الواردة في المادة 303 مكرر 4 من البروتوكول المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة والذي جاء تحت اسم " منع وقمع الاتجار بالأشخاص" وذلك في المادة 3 منه دون تعديل، كما جرم أيضا ظاهرة تهريب المهاجرين التي ورد تعريفها في المادة 333 مكرر 30 وهو التعريف المأخوذ من البروتوكول المكمل للاتفاقية سابقة الذكر والوارد تحت اسم «مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو»، حيث نصت عليه المادة 3 مع اختلاف متعلق بنوع التهريب الذي يقع.

أما عن القوانين الخاصة فقد تبنى المشرع سياسة جنائية خاصة متعلقة ببعض الظواهر الإجرامية التي تقضي إلى جانب مكافحتها اتخاذ أساليب وقائية مسبقة، وذلك بتنظيمها في شكل قانون خاص يحمل تسمية تلك الظاهرة، ومن أكثر هذه القوانين تداولاً قانون مكافحة الفساد فكل نصوصه تقريبا مستوحاة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ومن أمثلتها تلك المتعلقة برشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية المعاقب عليها في المادة 28 المقابلة للمادة 16 من الاتفاقية، وكذا جريمة تبييض العائدات الإجرامية الناتجة عن جرائم الفساد المنصوص عليها في المادة 42 والمقابلة للمادة 23 من الاتفاقية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الاتفاقيات الدولية كمصدر لأحكام قمع الجرائم العابرة للحدود

تلزم الاتفاقيات الدولية باتخاذ تدابير تشريعية في مجال التعاون الدولي القضائي من أجل مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود، من خلال تضمين نصوص جزائية إجرائية تتخذ من أجل الجمع والبحث عن أدلة الجريمة وضبط مرتكبيها، بالإضافة إلى الأحكام المتعلقة بنوع العقوبة المسلطة، إذ لا يمكن إبرام اتفاقية من أجل التوافق على سبل مواجهة ظاهرة إجرامية عابرة للحدود، دون الاتفاق على أشكال التعاون القضائي، بما معناه أنه لا

¹ - عز الدين طباش، مرجع سابق، ص 178، ص 179، ص 180.

يكفي إزالة العوائق المتعلقة بنصوص التجريم فقط حتى تفعل أساليب مكافحة، إذ لا بد من إزالة أيضا الحواجز الإجرائية التي تمنع الوصول للدليل أو الجاني.

وعلى هذا الأساس سندرس دور الاتفاقيات الدولية في توحيد القواعد الإجرائية لمكافحة الجريمة العابرة للحدود (أولا)، إضافة إلى دورها كمصدر للعقوبات المقررة للجرائم العابرة للحدود (ثانيا).

أولا: دور الاتفاقيات الدولية في توحيد القواعد الإجرائية لمكافحة الجريمة العابرة للحدود:

إن مجال تدعيم دور الاتفاقيات الدولية كمصدر للنصوص الإجرائية الداخلية، يوضح مدى تأثيرها على التشريعات الوطنية، على أساس أن الدولة ذات سيادة، فلها حق تقبل إدراج القواعد المنفق عليها مع تلقي نفس المعاملة من طرف الدول التي اتخذت نفس الموقف، وإما التحفظ على القواعد أو جزءا منها، وبذلك تتلقى نفس المعاملة أيضا.

فالاتفاقيات الدولية تفرض التزامها فيما يخص تضمين الآليات الإجرائية للتعاون، في إطار احترام السيادة الإقليمية للدولة الطرف، وفقا للمادة الرابعة من اتفاقية الأمم المتحدة والتي جاء فيها أنه لا يمكن لأي دولة كانت طرف في هذه المعاهدة أن تقوم بممارسة ولاية قضائية تخص تلك الدولة بمقتضى قانونها الداخلي، لأن المسائل الإجرائية تدخل في نطاق سيادة الدولة، من خلال بسط ولايتها القضائية على الجرائم الواقعة على إقليمها، إضافة إلى تمديد اختصاصها خارج هذا الإقليم⁽¹⁾، وفقا للمواد 588 و582 و583 من ق إ ج⁽²⁾.

ونظرا للانتشار الواسع للجريمة المنظمة العابرة للحدود في عدة أقاليم، جعل الدول عاجزة عن قمعها، فكان دور الاتفاقيات في تشجيع التشريعات الوطنية، باللجوء إلى الأساليب الخاصة للتحري والبحث عن هذا النوع من الجرائم العابر للوطنية، حيث تم تكريس أحكام استثنائية خاصة بإجراءات التحري والتحقيق، كاستخدام التسليم المراقب وأساليب التحري الخاصة، بالإضافة إلى أحكام خاصة بحماية الشهود والخبراء والضحايا، فيما يخص ضحايا الجرائم المنظمة، أما في مجال التعاون القضائي اقتصر دور الاتفاقيات على وضع توصيات تلتزم بها الدول، تكون متوافقة مع تشريعاتها الداخلية، كآليات تسليم

¹ - عز الدين طباش، مرجع سابق، ص180، ص181.

² - انظر: المواد 582 و583 و588 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

المجرمين والمصادرة وتسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية، وفق احترام مبدأ السيادة والمعاملة بالمثل.

ثانيا : دور الاتفاقيات الدولية كمصدر للعقوبات المقررة للجرائم العابرة للحدود:

إن مجال تدخل الاتفاقيات في مسألة حق تقرير العقاب ضيق جدا، على أساس أن تقدير العقوبة مرتبط بالمكونات الثقافية والدينية والاجتماعية، التي تختلف من دولة لأخرى، فهي تلعب دور فعالا في توحيد الأنظمة العقابية، لتفادي لجوء الجماعات المنظمة إلى أقاليم أخرى نظامها أقل شدة، إلا أنها تفتح مجالا للتدخل فيما يخص تطبيق الأحكام الاتفاقية المتعلقة بالتعاون الجزائي المتعلق بنظام الاتحاد الأوروبي، وكمثال على ذلك ما نصت عليه محكمة العدل الأوروبية، بإلزام الدول الأعضاء بوضع نظام عقابي للمخالفات المتعلقة بأحكام معاهدة الاتحاد الأوروبي، يشابه نفس النظام الذي يكون معتمد في القانون الوطني⁽¹⁾.

إضافة إلى أن الاتفاقيات الدولية يمكن أن تضع حدودا أدنى للعقوبات تلزم الدول الأعضاء باحترامها، مثلما فرضت في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة تمويل الإرهاب لسنة 1999 في مادتها 4⁽²⁾، كما نصت اتفاقية الاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية في المادة 3/4⁽³⁾، على إخضاع الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية إلى عقوبات السجن والغرامة المالية والمصادرة، بالإضافة إلى الحث على ضرورة تقرير العقوبات التكميلية كعلاج والتوعية والرعاية اللاحقة.... وغيرها.

فقد وصلت بعض الاتفاقيات لحد النص على مقدار عقوبة الحبس أو السجن التي يجب تقريرها في بعض الجرائم، كما ورد في قرار الإتحاد الأوروبي لسنة 2001 رقم 500 على عقوبة تبييض الأموال التي يجب أن يكون حداها الأدنى 4 سنوات⁽⁴⁾.

¹ - عز الدين طباش، المرجع السابق، ص 182، ص 183

² - انظر: الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب والمعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1999/12/9 صادقت عليها الجزائر بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 445/2000 مؤرخ في 2000/12/23، جريدة رسمية ع 01، صادر في 2001/01/30.

³ - أنظر: المادة 3 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988.

⁴ - عز الدين طباش، المرجع السابق، ص 184.

الفرع الثالث

أسباب اللجوء إلى الاتفاقيات الدولية كمصدر لأحكام مكافحة الجريمة العابرة للحدود

تعدّ الاتفاقيات الدولية مصدرا لمكافحة الجريمة العابرة للحدود ويعدّ التعاون الدولي من بين أسباب اللجوء إلى هذه الاتفاقية، حيث يقابله من الجانب الآخر الصراع الدولي، كما أن التعاون القضائي الدولي من أسمى صور التعاون الدولي في مكافحة الجريمة، إذ يوفق بين استقلال كل دولة في ممارسة اختصاصها الجزائي على حدود إقليمها، حيث تقيد سلطات الدولة بحدود إقليمها، إذ لا يمكن أن تسري قوانينها العقابية أو مباشرة الإجراءات خارج حدود الإقليم الوطني للدولة، لأن ذلك يمس بسيادة الدولة الأجنبية، وهذا تعاون قلل من فرار الجناة خارج الإقليم الذي ارتكبها فيه.

وعليه سنقسم هذا الفرع إلى الطبيعة الخاصة للجرائم المنظمة العابرة للحدود (أولا)، ثم نتطرق إلى إشكالية الطابع السياسي للقوانين الجنائية (ثانيا).

أولا: الطبيعة الخاصة للجرائم المنظمة العابرة للحدود:

لقد ساهمت القدرات المالية الهائلة التي تجنيها الجماعات الإجرامية المنظمة في تمكينها من اكتساب نفوذ سياسي واقتصاديا، إلى درجة أنها أصبحت تتحكم في تنصيب كبار المسؤولين في السلطة وتقرير السياسات الاقتصادية التي تتماشى مع مصالحها الإجرامية، حيث جعل منها تهديدا كبيرا لمصالح الشعب والأمن والسلم العالميين، لذا فقد أصبحت تمثل تحديا خفيفا للشرائع القانونية، دولية كانت أو وطنية فرضت عليها ضرورة إيجاد سياسة عقابية خاصة تختلف على ما جرت عليه العادة بشأن الجرائم التقليدية⁽¹⁾، كما أن للجريمة المنظمة خصائص يمكن أن تشتق من تعريفها⁽²⁾

1- المنظمة الإجرامية: وهي اتحاد إرادة ثلاثية أو أكثر وانعقادها على الإجماع وتأسيس المنظمة في معظم التشريعات يعد جريمة قائمة بذاتها معاقب عليها،

¹ - عز الدين طباش، مرجع سابق، ص 167.

² - انظر: بن عمر الحاج عيسى، الجريمة المنظمة العابرة للحدود وسبل مكافحتها دوليا وإقليميا، مذكرة ماجستير، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2010، ص 17، ص 18.

دون التوقف على وقوع الجرائم المتفق عليها أو عدم تحقيقها⁽¹⁾، المشرعون هنا يجرمون النزعة في اتجاه إرادة أفراد العصابة إلى ارتكاب عدة جرائم، والدول ملزمة بوجوب العقاب على مجرد الأعمال التي تنطوي على الاشتراك في جماعة إجرامية منظمة يكون الغرض منها ارتكاب هذه الجرائم.

2- الأثر عبر الوطن للجريمة: ويعني وقوع أحد عناصر الركن المادي للجريمة في أكثر من دولة، سواء الفعل أو النتيجة ومن ثم تخل الجريمة بالأمن في كل مكان واقع فيه جزء من الركن المادي لها، ولكن إذا وقع السلوك والنتيجة في دولة واحدة، ولم يتعداها لغيرها وارتكبتها أشخاص من نفس الإقليم، فلا يتحقق الأثر العابر الوطنية، والتي تشير إليه العبارة (عابرة للحدود)، كما استخدمتها وثائق الأمم المتحدة إلى المعلومات والأموال والأشخاص والأشياء الملموسة، وغير الملموسة التي تنتقل عبر حدود الدولة، والواقع أنه عندما يزيد الطلب على السلع والخدمات غير المشروعة التي يعمل في مجالها الإجرام المنظم، فإن الأنشطة الإجرامية تمتد إلى خارج حدود الدولة عن طريق التنظيمات الإجرامية⁽²⁾.

ثانياً: إشكالية الطابع السياسي للقوانين الجنائية:

يقصد بالطابع السياسي للقوانين الجنائية بفرعيه الموضوعي والإجرائي، احتكار الدولة لحقها في إنشاء النصوص الجنائية وحق ممارسة سلطة العقاب عبر كامل الحدود الإقليمية التي تمارس عليها سيادتها بشكل عام، بل إن هذا الطابع السيادي يجعله الفقه التقليدي كمبرر لإدراج القانون الجنائي كفرع من فروع القانون العام، باعتبار أن الدولة وحدها عن طريق موظفيها هي التي تتدخل لمتابعة أي جريمة تقع فوق إقليمها، وأن الأحكام بشأنها تصدر باسم تلك الدولة، ولما كانت القوانين الجنائية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالحقوق والحريات التي هي مضمونة دستورياً، فإنه من غير المعقول لأجهزة تابعة لدولة أجنبية التدخل لتجريم أفعال ومتابعاتها داخل الحدود السياسية لدولة أخرى، وهذا ما ينتج عنه مبدأ انفراد الدولة عن

¹ انظر: صباح مريوة، الجريمة المنظمة وآليات مكافحتها على المستوى الدولي، الملتقى الوطني الثالث حول الجريمة المنظمة وسياسة مكافحتها، الأغواط، 2008، ص 85.

² صباح مريوة، المرجع نفسه، ص 86.

طريق سلطاتها وهي السلطة التشريعية أساسا بوضع نصوص القوانين الجنائية الموضوعية والإجرائية⁽¹⁾.

حيث أن الانفراد التشريعي في وضع النصوص الجنائية يقصد به حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية التي يضعها الشعب، عن طريق ممثليه وفقا للمبدأ الدستوري، هؤلاء الممثلين الذين يكونون أحد أهم السلطات الثلاثة للدولة وهي السلطة التشريعية، وهذا يعني استبعاد سائر المصادر المألوفة في فروع القانون الأخرى كالعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والشريعة الإسلامية⁽²⁾، كما يمكن بالسلطة التنفيذية في بعض الحالات إصدار لوائح تكون مصدرا للتجريم والعقاب كاختصاصاتها بضبط مخالفات المرور، 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، ومن أبرز الأمثلة عن تخلي المشرع عن صلاحيته بالسلطة التنفيذية ما تقوم به هذه الأخيرة من ضبط وتحديد مخالفات المرور⁽³⁾.

أ- النطاق الداخلي لتطبيق مبدأ الشرعية:

وبالتالي من حيث المبدأ فإن قانون العقوبات والنصوص الجزائية الواردة في القوانين الخاصة هي المصدر الوحيد للجرائم والعقوبات، كما أن قانون الإجراءات الجزائية والنصوص الملحقة به هو المصدر الوحيد للإجراءات التي تهدف إلى ضبط مرتكبي تلك الجرائم ومحاكمتهم، ولهذه القاعدة آثار غالبا ما يحصر الفقه نطاقها في المستوى الداخلي، رغم امتدادها إلى نطاق أوسع من ذلك، إذ على المستوى الداخلي يجيز للسلطات الأخرى المكونة للدولة من التدخل في وظيفتي سن القوانين الجنائية بشكل عام، سواء من جهة السلطة القضائية بحيث لا يمكن للقاضي إنشاء جرائم غير موجودة ولا تقرير عقوبات غير منصوص عليها قانونا، كما يجيز له الأمر أو القيام بإجراء غير وارد في القانون، أيضا لأن مبدأ الشرعية يفرض عليها ضرورة التفسير الضيق للنص الجنائي عن طريق التقييد بنطاق

¹ - عز الدين طباش، المرجع السابق، ص 172.

² - فرج رضا، المرجع السابق، ص 104.

³ - سليمان بارش، المرجع السابق، ص 14، ص 15.

تطبيقه بدقة متناهية وأن يفسره في حدود ما يعبر عنه روح هذا النص ولا يعتبر ذلك أيضا مساس باستقلالته ولا حياديته، ومن جهة أخرى لا يجوز للسلطة التنفيذية تجاوز صلاحيتها الدستورية المنحصرة في إصدار اللوائح والتنظيمات دون القوانين، وبهذا الشكل مبدأ الشرعية وسيلة لتكريس مبدأ الفصل بين السلطات في نطاقه الداخلي.

ب- النطاق الخارجي لتطبيق مبدأ الشرعية:

يعدّ مبدأ الإقليمية مظهر من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، حيث يكون القاضي فيه أقدر على تحديد مسؤولية مرتكب الجريمة، ومن جهة أخرى تكملة لمبدأ الإقليمية أخذ المشرع بمبدأ الشخصية ومبدأ العينية، وهي من الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية، وعليه فيمثل الوجه السلبي لمبدأ الشخصية في تطبيق الدولة لقانونها على كل من يرتكب خارج إقليمها جريمة، إذا كان المجني عليه من رعاياها، ولو كان مرتكب الجريمة أجنبيا، أما الوجه الإيجابي فيعني تطبيق الدولة لقانونها على مواطنيها الذين يرتكبوا جرائم خارج إقليمها⁽¹⁾.

¹ - سليمان بارش، مرجع سابق، ص 51.

الفصل الثاني:

المصادر الثانوية
للقانون الجنائي

الفصل الثاني

المصادر الثانوية للقانون الجنائي

قد سبق الحديث عن المصادر الرسمية للقانون الجنائي والمتمثلة في التشريع الوطني والتشريع الدولي، إلا أنه أحيانا قد تكون هذه المصادر غير كافية لسد الفراغ التشريعي في بعض المسائل، فبالرغم من الايجابيات التي يتميز بها التشريع إلا أنه لا يمكن أن يكون ملما بجميع الوقائع، وحتى لا يوقع المشرع في أي مشكلة عند وضع القاعدة الجنائية. فقد يعتمد على مصادر أخرى تستقى منها القاعدة الجنائية بطريقة غير مباشرة، على أساس أن مبدأ الشرعية ليس له تأثير عند صياغة النصوص القانونية، لأن مجال هذا المبدأ يبدأ مفعول يسريانه بعد الصياغة وليس قبلها. حيث يلجأ المشرع للشرعة الإسلامية أو العرف باعتبارهما مصدرين احتياطين، إضافة إلى الفقه والقضاء، فهما مصدران تفسيريان يمكن للمشرع أن يرجع لهما على سبيل الاستئناس فقط. وللمزيد من التفاصيل أكثر قمنا بتقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين، نتناول في أولهما المصادر الاحتياطية، أما ثانيهما سنتطرق فيه إلى المصادر التفسيرية.

المبحث الأول

المصادر الاحتياطية

يحرص المشرع عند وضع القاعدة الجنائية على عدم إهمال الدين والعرف، الذي هو أصلا مرتبط بالدين، فنجد الشريعة الإسلامية والعرف وجودهما أسبق على التشريعات الوضعية الحديثة.

حيث لا تزال كثيرا من التشريعات تخطو في تطورها نحو ما انتهت إليه الشريعة، إما اقتباسا أو ابتكارا منها، إلا أنه في الأخير يستشف من أحكامها التي تتميز بالسمو والتفوق في مبادئها العامة، لأنها ليست من وضع الإنسان.

ف نجد بعض دول العالم الإسلامي تطبق أحكام الشريعة كما هي، دون إعادة صياغتها في نصوص تشريعية، بحيث تعتبرها المصدر الأول قبل التشريع، أما البعض الآخر من الدول ومن بينها الجزائر تأخذ بالشريعة كمصدر احتياطي، فحتى العرف تعتبره بعض البلدان مصدرا رسميا بجانب التشريع، أما البعض الآخر يعتبر مصدرا احتياطيا.

المطلب الأول

الشريعة الإسلامية

يمكن تعريف الشريعة الإسلامية في اللغة بأنها الطريقة المستقيمة، ومن هذا المعنى قوله تعالى: "ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ" (1).

كما تعرف في الاصطلاح: هي ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام جاءت على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، حيث جاءت إما عن طريق القرآن الكريم أو السنة القولية أو الفعلية أو التقريرية، حيث أنها تحتوي على جميع الأعمال، سواء كانت منها الدنيوية أو الأخروية، وكل ما يتعلق بالعبادات والمعاملات، فتعتبر الشريعة الإسلامية بذلك منهج يسير عليه المسلمين في ما يخص دينهم ودنياهم (2).

¹ _ انظر: سورة الجاثية، الآية 18.

² _ انظر: كريمة بوديسة، المصادر الرسمية للقانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص 40 ، ص 41.

ف نجد أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الأساسي للشعوب المسلمة من بينها الشعب الجزائري، فتعد بذلك مصدرا رسميا احتياطيا للقانون بصفة عامة، ومصدرا ثانويا احتياطيا للقانون الجنائي بصفة خاصة.

وهو ما سنفصل فيه من خلال هذا المطلب الذي قسمناه إلى ثلاث فروع، تناولنا الشريعة كمصدر للقانون الجنائي (فرع أول)، كما سنتحدث عن لجوء قانون العقوبات إلى بعض أحكام الشريعة الإسلامية (فرع ثاني)، إضافة إلى لجوء القواعد الإجرائية إلى بعض أحكام الشريعة الإسلامية (فرع ثالث).

الفرع الأول

الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الجنائي

تعد الشريعة الإسلامية من المصادر الغير مباشرة للقانون الجنائي الذي استمد قواعده من عدة مصادر، سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وقد كانت الشريعة الإسلامية من بين تلك المصادر، كما يمكن أن تعد الشريعة الإسلامية أيضا مرجعا للمشرع الجنائي أثناء وضعه القانون العقابي، فيجرم بذلك أفعال الجناة بناء على مرجعيته الدينية، ولا يفوتنا أن ننوه هنا أيضا على أن البعض من الدول تعتمد في أحكامها القضائية الجزائية مباشرة على قواعد الشريعة الإسلامية دون تقنينها، ومثال ذلك المملكة العربية السعودية كما يجب أيضا أن نشير إلى أن معظم الدساتير العربية أقرت على مصدريّة الشريعة الإسلامية في قوانينها الجنائية، ومن أمثلتها الدستور السعودي لسنة 1992 والدستور اليمني الصادر سنة 1990، إضافة إلى الدستور السوداني الانتقالي لسنة 2005، وفيما يلي سوف نبين مكانة الشريعة الإسلامية (أولا)، كما سنتطرق إلى علاقتها بالقانون الجنائي (ثانيا).

أولا: مكانة الشريعة في القانون:

تعتبر الشريعة الإسلامية دين الدولة، حيث أن أغلب الدول المسلمة نصت عليها في دساتيرها، ومن بين هذه الدول الدستور الجزائري لسنة 2020 في مادته الثانية، وحتى باقي دساتيرها السابقة، حيث نصت عليها المادة الثانية من الباب الأول والذي جاء بعنوان المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري بقولها: "الإسلام دين الدولة"، ونظرا لأهمية

ومكانة الشريعة داخل الدولة أصبحت هذه الأخيرة تستمد أحكامها وقوانينها من الشريعة الإسلامية⁽¹⁾، فقد كانت الشريعة الإسلامية أول من نصت على مبدأ الشرعية في الوقت الذي كانت فيه سائر الأمم تعاني من تحكم السلطة وتعسفها، ومن الأدلة "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"⁽²⁾، كما يلجأ المشرع إلى الشريعة الإسلامية أيضا في تفسير بعض الألفاظ الواردة في النص القانوني، بحيث تكون مرجعا للمشرع أثناء وضعه للقانون⁽³⁾، فيكون لها دور ثانوي في ذلك⁽⁴⁾، إذ المناط في اعتبار المصدر مصدر رسميا هو أن يكون المصدر ذاته هو أداة التعبير عن القواعد القانونية، وليس التشريع هو أداة التعبير عنها، وإنما أداة ذلك هو الدين⁽⁵⁾.

ولمبادئ الشريعة الإسلامية مكانة كبرى، وهذه المكانة تختلف من بلد إلى بلد آخر فكل بلد رتب مبادئ الشريعة الإسلامية كيفما يراه مناسب له، فالبعض منهم جعلها تحتل المركز الأول، كالمملكة العربية السعودية، والبعض الآخر جعلها مصدرا ثانويا احتياطيا كالجزائر⁽⁶⁾.

ومن ناحية أخرى تعد الشريعة الإسلامية مصدرا تاريخيا لكثير من قواعد القانون التي أدخلت إلى تقنيات الدول الإسلامية، ويجب وضعها في قواعد قانونية تكون مستمدة من القرآن الكريم، وهو الأسلوب الأفضل من أجل إطلاع الباحث أو القارئ عليها⁽⁷⁾.

كما تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا للأحوال الشخصية، بل وتعتبر كذلك مصدرا لبعض مسائل القانون المدني المتعلقة بالمال، ومن هذه المسائل ما يأخذ مباشرة من الشريعة الإسلامية كالوقف والحكر والهبة، ومنها ما ورد فيه تشريع مصري مأخوذ من الشريعة الإسلامية، فتكون الشريعة الإسلامية مصدرها التاريخي، كالشفعة والبيع في مرض الموت

¹ - انظر: منصور رحمانى ، الوجيز في القانون الجنائي العام، عنابة، دار العلوم ، 2016، ص 77.

² - بارش سليمان، المرجع السابق، ص 10.

³ - منصور رحمانى، المرجع السابق، ص 77.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا، المرجع السابق، ص 107.

⁵ - عادل محمد قورة، المرجع السابق، ص 42.

⁶ - كريمة بوديسة، المرجع السابق، ص 50.

⁷ - كريمة بوديسة، المرجع نفسه، ص 51، 52.

والغبن وبعض المسائل في البيع والإيجار، وهناك قليل من الأحكام الجنائية مستمدة من الشريعة الإسلامية، كحق التأديب الشرعي للأب على ابنه وللزوج على زوجته⁽¹⁾.

ثانيا: علاقة الشريعة بالقانون الجنائي:

تدخل الشريعة ضمن المصادر الغير مباشرة للقانون الجنائي، بل وأن البعض من الدول تعتبرها مصدرا مباشرا رسميا للقانون، حيث أن المشرع يستلهم تشريعه من أحكام الشريعة الإسلامية، بل وأن معظم الدساتير العربية تحاشت الإقرار على مصدرية الشريعة الإسلامية، في ما يتعلق بالقوانين الجنائية ومن بينها الثلاث دساتير التي تناولناها سابقا، إضافة إلى خمسة بلدان عربية هي الأخرى اعتمدت على أحكام الشريعة الإسلامية، فيما يخص قوانينها الوطنية الجزائرية، وهي الجمهورية الموريتانية الإسلامية وإمارة قطر وجمهورية السودان والإمارات العربية المتحدة وجمهورية اليمن، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد لجأ إلى الشريعة في تفسير بعض الألفاظ العامة التي ترد في القانون الجنائي، مثل الآداب العامة وانتهاك العرض وغيرها، وهذا لعدم تحديد دقيق لهذه المفاهيم في القانون. كما يمكنها أن تكون مرجعا له أثناء وضعه القانون العقابي، لأنها تعتبر من المكونات الأساسية لهوية الشعب الجزائري، وفقا لما جاء في ديباجة الدستور الجزائري لسنة 1996، وأن الجزائر أرض الإسلام، وبناء على ذلك فإن المشرع يجرم الأفعال بناء على المرجعية الدينية له، وهو ما يفسر اختلاف التشريعات حول النص على بعض الجرائم كالزنا والإجهاض⁽²⁾.

ورغم أن المصدر الوحيد للقانون الجنائي هو التشريع، إلا أننا لا يمكننا استبعاد المصادر الأخرى كلية من مجال التجريم والعقاب، لذلك يجوز أن تكون أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا لأسباب الإباحة⁽³⁾، كحق التأديب وهو حق منحه الشريعة الإسلامية في حالتين الأولى تأديب الزوجة ويتعين أن يكون الباعث لاستعمال هذا الحق هو تحقيق الغاية منه والتي هي تهذيب الزوجة، والحالة الثانية هي تأديب الصغار وهو حق يتعلق بالولاية عن

¹ - عبد الرزاق السنهوري باشا، المرجع السابق، ص 106.

² - منصور رحمانى، المرجع السابق، ص 77.

³ - عادل قورة، المرجع السابق، ص 41، ص 42.

النفس حيث اشترطت الشريعة لممارسة هذا الحق شروط، إذا انتفى أحدها سئل مرتكب الضرب عن فعله جنائياً وهذه الشروط هي:

- 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 محدود، أي أن يكون الضرب خفيفاً بغير تعذيب⁽¹⁾.

إضافة إلى حق مباشرة الأعمال الطبية، فالعمل الطبي لا يحمل بذاته اعتداء على جسم المريض، بل يسعى إلى شفاؤه ليستعيد سيره الطبيعي أو تخليصه من أي آفة لحقت به. وتتدخل الشريعة الإسلامية كمصدر غير مباشر للتجريم والعقاب، إذا كانت أركان الجريمة يدخل فيها عناصر قاعدية مستمدة من الشريعة الإسلامية، فجريمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 ق ع ج، لا تقوم أركانها إلا إذا كان الجاني متزوجاً، وأحكام الشريعة الإسلامية هي التي تبين قواعد قيام الرابطة الزوجية ومن ثم توافر صفة الزوج أو الزوجة في الجاني⁽²⁾.

الفرع الثاني

لجوء قواعد قانون العقوبات إلى أحكام الشريعة الإسلامية

تتعدد النقاط التي يتوافق فيها القانون مع الشريعة الإسلامية في مجال التجريم والعقاب، وخاصة في الجرائم التي تخص الأسرة والمجتمع، على أساس أن القانون ما هو إلا استمرار لقوانين سابقة، استمدت هي أيضاً أحكامها من الشرائع التي سبقتها، ومنها الشريعة الإسلامية التي يستقي منها المشرع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة⁽³⁾.

¹ - حكيمة بن طاهر، المرجع السابق، ص 60.

² - عادل قورة، المرجع السابق، ص 42.

³ - انظر نهى الفاطري، جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، ط 1، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2003، ص 235.

ومن بين الجرائم التي يوجد فيها توافق بين الشريعة والقانون نأخذ على سبيل المثال لهذه الدراسة جريمة الزنا (أولاً)، ثم نتحدث عن جريمة الاغتصاب (ثانياً)، ثم نتطرق إلى جريمة الإجهاض (ثالثاً).

أولاً: جريمة الزنا:

إن إثبات جريمة الزنا لا تقوم إلا بتوافر أركان تدلّ على قيامها، وحسب أحكام الشريعة والقانون فهي تقوم على ثلاث أركان، فأول ركن هو وجود نص يحظر فعل الزنا ويعاقب عليه⁽¹⁾، بالنسبة لدليلها من الشريعة قوله تعالى: "الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ"⁽²⁾، أما دليلها من السنة النبوية نجد قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يخلون أحدكم امرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان"⁽³⁾، ويتمثل الركن الثاني في الوطء المحرم المعتبر زنا وهو الفعل المكون للجريمة، أما الركن الثالث هو تعمد الوطء بما معناه تقصد فعل الحرام ألا وهو الزنا، يقابله في القانون الوضعي نفس الأركان، لكن بصياغة مختلفة، فنجد الركن الشرعي ويقصد به النص المجرم للفعل، ومثال ذلك القانون الجزائري نص على تجريم الزنا في المادة 339 ق ع، ويليه الركن المادي وهو ارتكاب الجاني النشاط الإجرامي لهذه الجريمة وهو فعل الوطء، إذ لا يشترط حدوث إنزال مصاحب لفعل الوطء.

حيث تشترط غالبية القوانين الوضعية المعاقبة على زنا أحد الزوجين عند قيام الركن المادي، المتمثل في الوطء المحرم وقيام علاقة زوجية وقت الوطء، وتضيف بعض القوانين شروط أخرى كالقانون الأردني الذي يشترط في زنا الزوج أن يتخذ خلية جهراً، أما المشرع المصري فيشترط إذا في الزنا عدم قيام الجريمة، إلا إذا كان الزنا قد وقع في منزل الزوجية، أما الركن المعنوي ويقصد به أن جريمة الزنا هي من الجرائم العمدية سواء وقع

¹ - انظر: تاهونزة نور الدين، عقوبة جريمة الزنا بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مخبر الجرائم العابرة للحدود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد العلما، (د ت)، ص 251.

² - انظر: سورة المؤمنون، الآية 5-7.

³ - انظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 02، ط 02، لبنان، دار الكتاب العلمية، 2009، ص 289.

من الزوج أو الزوجة، ولذلك يتخذ ركنه المعنوي صورة القصد الجنائي، والقصد المتطلب لقيامه هو القصد العام الذي يتحقق بالعلم والإرادة⁽¹⁾.

إضافة إلى اتفاقهم في مسألة طرق إثبات الزنا فنجد نفس الطرق والمتمثلة في الشهادة والإقرار⁽²⁾، بالنسبة للدليل من القرآن قوله تعالى: "فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ"⁽³⁾، وقوله عز وجل: "فَإِذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ"⁽⁴⁾، فحتى بالنسبة للأعذار المعفية من العقاب في جريمة الزنا، عنصر الاستفزاز قد نصت عليه الشريعة أولا في حالة ما إذا كان أحد الزوجين مخدوع، فقتل زوجه مع الزوج الآخر متلبسا بالزنا⁽⁵⁾، أما بالنسبة إلى عنصر التلبس سوف نتطرق إليه لاحقا .

ثانيا: بالنسبة لجريمة الاغتصاب:

يتوافق القانون مع الشريعة في جريمة الاغتصاب من خلال صور عديدة نذكر من بينها:

- الإكراه: حيث اعتبروه نوعين: إكراه ملجئ وإكراه ناقص، الأول يحصل بالضرب والقوة أما النوع الثاني فيكون بالتهديد والوعيد الذي يكون على الضحية أو أحد أقاربه، بالإضافة إلى حالة أخرى تلحق بالإكراه من حيث الحكم، كحالة النوم والمباغطة وحالة الضرورة⁽⁶⁾.

- المسؤولية الجنائية: حصروها في ثلاث أسس هي: إتيان فعل محرم وأن يكون الفاعل مختارا وأن يكون مدركا، فإذا توفرت هذه الأسس قامت المسؤولية الجنائية، وإذا انعدم أحدهما فلن يعاقب الجاني على فعله، هذا ما ينطبق على أركان الجريمة حاليا في القانون

¹- انظر: عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، تصدر عن جامعة محمد خيضر- بسكرة، ع 10، 2006، ص 186، ص 188، ص 193.

²- انظر: بشير رحمانية، عذر الاستفزاز عند المفاجأة بالزنا دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، م ب، ع 46، عنابة، 2016، ص 456.

³- انظر: سورة النساء، الآية 15.

⁴- انظر: سورة النور، الآية 13.

⁵- انظر: عمر عماري، عذر الاستفزاز في جريمة الخيانة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، ص 453.

⁶- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 235.

وهي الركن القانوني والركن المعنوي حسب المادة الأولى من قانون العقوبات التي تنص "على الجريمة ولا عقوبة ولا تدابير إلا بنص"، أما الركن المعنوي ويقصد به القصد الجنائي و، المتمثل في النية الجرمية عند الفاعل مرتكب الفعل (1).

- فقد حازت الشريعة الإسلامية على الأسبقية في دراسة مسألة الحرية والإرادة التي تعتبر من أعقد المسائل، وتبعه القانون الجنائي، وخاصة القانون الجزائري في هذه المسألة، حيث تقوم المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات على أساس حرية الاختيار ومناطقها التمييز والاختيار، فإذا توافر الأمران لدى الشخص كان مسؤولاً جنائياً، وإذا تخلف أحدهما أو كلاهما كان غير مسؤول جنائياً، وعليه نجد هذا التوافق في شروط وأسباب المسؤولية الجنائية ومدى تأثيرها في الحكم بها على الشخص، خاصة في اشتراط ما يسمى بالأهلية الجنائية للشخص، واعتبارها أساساً لقيام المسؤولية الجنائية، إضافة إلى توافقهما في بعض الحالات التي ينعدم فيها الرضا، فلا تقوم المسؤولية إلا بعد القيام بالفعل المجرم أو المحظور قانوناً (2).

- العدول الاختياري من الجريمة: اتفقوا على رفع العقوبة عن المجرم في حالة عدوله عن جريمته باختياره، عندئذ لا يحاسب على جريمته التي شرع فيها، إنما يحاسب على الأفعال التي ارتكبها، بحيث في الشريعة تخضع هذه الأفعال لعقوبة تقديرية من القاضي، أما في القانون بدل أن يحاكم بجريمة الاغتصاب، فتخضع إلى جريمة هتك العرض (3).

- شروط الإثبات: في الشريعة نجد أن القاضي لا يحكم بعلمه، بل يحكم بما ظهر أمامه من أدلة وما سمعه من شهادة، ودليله قوله صلى الله عليه وسلم: "أدرؤوا الحدود بالشبهات عن المسلمين ما استطعتم فإذا كان له مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة" (4)، أما بالنسبة للقانون فإن القاضي يحكم وفق الأدلة الموجودة أمامه بالبيينة.

1- نهى القاطرجي، مرجع سابق، ص 236.

2- انظر: الطيب برمضان، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الجزائر 1، ع1، ص107، م12، 2021، ص107.

3- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص237.

4- أخرجه الترميذي، الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ص1344،

المشاركة في جريمة الاغتصاب: فهي كذلك يتوافق القانون والشريعة الإسلامية على أن الشريك في جريمة الاغتصاب حكمه حكم الجاني نفسه، فقد نص بعض فقهاء الشريعة من بينهم المذهب المالكي وغيرهم على مستدلين في ذلك على أدلة من القرآن.

- التسبب في الموت: نجد الشريعة والقانون يتفقان على أنه من يقوم بقتل الضحية بعد الاعتداء عليها فإن عقوبته تشدد، فكانت العقوبة في الشريعة بالموت والدية، أما في القانون الإعدام والغرامة، فمن أدلة الشرع قوله صلى الله عليه وسلم: « من فجر بامرأة حرة فماتت في ذلك فعليه الدية والحد »⁽¹⁾.

- تكرار الجريمة: اتفقوا في حالة تكرار جريمة أن تشدد العقوبة، لأن الدافع للتكرار في الجريمة هو اعتياد الإنسان على ارتكاب الجرم.

- إثبات الجريمة: يتفق القانون مع الشريعة على أهميه الوسائل المادية لإثبات الجريمة والتأكد من حدوثها من هذه الوسائل البينة والإقرار والشهادة⁽²⁾.

ثالثاً: بالنسبة لمسألة الإجهاض:

يقصد بالحماية الجنائية للجنين هو أن يدفع قانون العقوبات عن الجنين جميع الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى إعدامه أو طرده أو إخراجه من رحم أمه عن طريق ما يقرره القانون⁽³⁾.

أما الإجهاض فهو جريمة يعاقب عليها كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي، سواء كان الجنين انفصل عن أمه ميتاً أو ظل راکناً في رحمها متى تحقق موته بسبب التعدي الحاصل من الجاني⁽⁴⁾، فمن أدلة تحريم الإجهاض في الشريعة قوله تعالى: "وَأِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ"⁽⁵⁾، والإجهاض صورة من صور إهلاك النسل الذي انعقدت أسبابه، وبدأ نموه وهذا دليل على تحريم

¹ _ نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 237.

² - نهى القاطرجي، المرجع نفسه، ص 238، ص 239، ص 240.

³ - انظر: عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، ط1، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2013، ص18.

⁴ - انظر: الرق محمد رضوان، رزق الله العربي بن مهدي، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، م04، ع02، 2020، ص119.

⁵ - انظر: سورة البقرة، الآية 3.

الإجهاض قبل نفخ الروح، وكذلك قوله عز وجل: "وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ"⁽¹⁾، وهذا دليل على التحريم بعد نفخ الروح.

تتفق التشريعات العربية وبعض الدول الأجنبية من بينها القانون الجزائري مع الشريعة الإسلامية في أن الهدف من تجريم الإجهاض هو حماية الجنين، فلا دخل في الجريمة بوضعية الجنين من أنه ابن شرعي أو ابن زنا، لأن كليهما يعاقبان على الإجهاض لذاته، وفي كل الحالات يستحق الابن حماية قانونية وحق الحياة، أي أنهما يهدفان من وراء ذلك إلى حماية التطور الطبيعي للحمل، ويظهر ذلك في أن الإجهاض معاقب عليه في أي مرحلة من مراحل الحمل، سواء في الأشهر الأولى من الحمل أو في الأشهر الأخيرة منه⁽²⁾.

فهم يتبعون المذهب المالكي وبعض فقهاء الشافعية وغيرهم بأن تجريم الإجهاض مطلق يشمل جميع مراحل الحمل ويمنعون حصوله بأي طريقة⁽³⁾.

بالإضافة إلى توافقهما في أن الإجهاض برغم اختلاف أنواعه، إلا أنه ينقسم لنوعين رئيسيين هما: الإجهاض الطبيعي الذي يحدث بدون تدخل الغير، والإجهاض الغير الطبيعي الذي يحدث بتدخل الغير، فكلاهما يعاقبان مرتكب الإجهاض الجنائي سواء وقع على الحامل نفسها أو من الغير⁽⁴⁾، فنفس الأمر بالنسبة لأسباب إباحة الإجهاض نجدهما يتفقان على إباحة الإجهاض إلا للضرورة، أي وجود عذر حتى يتم إجهاض المرأة الحامل حفاظاً على حياتها، فالدليل الشرعي بالنسبة للشريعة قوله تعالى: " مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ حَرَجًا"⁽⁵⁾ وقوله تعالى: "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَىٰ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ"⁽⁶⁾، وقوله تعالى: "وَمَا جَعَلَ جَعَلَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"⁽⁷⁾.

¹ - انظر: سورة البقرة، الآية 4.

² - الرق محمد رضوان، رزق الله العربي بن مهدي، المرجع السابق، ص 119.

³ - عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص 34.

⁴ - انظر: محمد أمين جدوى، عبد الكريم مأمون، جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 123.

⁵ - انظر: سورة المائدة، الآية، ص 6.

⁶ - انظر: سورة البقرة، الآية 184.

⁷ - انظر: سورة الحج، الآية 76.

أما دليبه من السنة النبوية عن قول السيدة عائشة رضي الله عنها: « ما خير الرسول صلى الله عليه وسلم بين شيئين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً»، حيث يتفرغ عن هذه القاعدة عدة قواعد فقهية من بينها:

- "الضرورات تبيح المحظورات"⁽¹⁾، ومشروعية هذه القاعدة قوله تعالى: " فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ"⁽²⁾.

- " لا ضرر ولا ضرار" فدليل مشروعيتها الحديث النبوي الذي رواه أبو سعيد الخضري عن النبي صلى الله عليه وسلم أن قال: «لا ضرر ولا ضرار»، معناه أن المحافظة على الكليات الخمس وهي حفظ الدين والنفس والمال والعقل والنسل تبيح مخالفة التكاليف الشرعية بشرط أن يكون الخطر يهدد إحدى الضروريات الخمس المذكورة⁽³⁾، بالنسبة للقانون الجزائري الجزائري نجد أنه لم يعرف الإجهاض تاركا الأمر لاجتهادات الفقهاء وشرح القانون إلا أنه تناول معظم جوانب الإجهاض في المواد 304 إلى 313 من ق ع يتبين لنا أن المشرع كما سبق القول يهدف إلى حماية المرأة تبعا لحماية الجنين من خلال تجريم الإجهاض⁽⁴⁾. بناء على ما تم ذكره نخلص إلى أن الشريعة الإسلامية كانت هي السبابة في هذا النهج و تفوقها على القوانين الوضعية الحديثة التي لم تأتي بجديد، حيث تستقي عند وضع قواعدها من أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث:

لجوء القواعد الإجرائية الجنائية إلى بعض أحكام الشريعة الإسلامية

من المسلم به أن حرية الأفراد وحياتهم الخاصة هما من الأمور التي تسعى كل دولة إلى المحافظة عليها، ولذلك أحاطتها بسياج من الحصانة، ضد أي محاولة للنيل منها أو الافتكاك بها، حيث أنه متى استقامت موازين العدالة على نظام الشريعة، وبتبعها النظام الوضعي، فقد استقامت في نفس الوقت دعائم الحياة الراقية شاهدة بعدل الحكام وطمأنينة المحكومين.

¹- محمد أمين جدوي، المرجع السابق، ص 107.

²- انظر: سورة القرة، الآية 172.

³- جدوي محمد أمين، المرجع السابق، ص 108.

⁴- الرق محمد رضوان، رزق الله العربي بن مهدي، المرجع السابق، ص 105.

وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى مسألة حق الدفاع (أولاً)، ثم مسألة التلبس بالجريمة (ثانياً).

أولاً: في مسألة حق الدفاع:

لقد حثت أحكام الشريعة الإسلامية على حرية الدفاع، وتعتبره الطريقة المثلى للرد على اغتصاب الحقوق والاعتداء عليها، لذلك جعلته من حق أي خصم في الدعوى، وهو يأتي على رأس الحريات، لأنه في نظر فقهاء الشريعة إذا فقد حق الدفاع فلا أمان ولا استقرار.

كما يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الأصل في الدفاع شخصي أن يتولاه الشخص بنفسه، لأنه من حقه، بشرط أن يكون قادراً عليه، فإذا كان عاجزاً عن ذلك لم تصح إدانته لأن العجز عن الدفاع والحرمان منه سواء بسواء.

لقد منع المذهب الحنفي عدم جواز إقامة الحد على الأخرس، ولو أقر به إشارة أو شهد به عليه شهود، لأنه في نظرهم لو كان ناطقاً لربما ادعى شبهة تدرأ الحد عنه، لاعتبار أنه لا إقامة للحد مع وجود أو حصول الشبهة، ومن نصوص الشريعة التي تبيح للخصوم حق الاستعانة بمحام يباشر حق الدفاع⁽¹⁾، من ذلك قوله تعالى: "فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيُمَلِّ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ"⁽²⁾، فمضمون هذه الآية ومحتواها يدل على جواز الاستعانة بالشخص القادر لتبيان الحق وإظهار الحقيقة عند عجز صاحبها.

كما أن الشريعة لم تحدد أن يكون الشخص القادر على تبيان الحق يكون رجلاً، بل فتحت المجال أمام المرأة، أن تكون محامية تتولى الدفاع عن الخصوم، فقد ورد عن الإمام السرخسي قوله: "وإذا وكلت امرأة رجلاً أو رجل امرأة ومسلم ذمياً أو ذمي مسلماً أو حر عبد أو مكاتباً له أو لغيره بإذن مولاه وذلك كله جائز لعموم الحاجة إلى الوكالة في حق هؤلاء".

إن كل ما جاءت به الشريعة يتوافق مع ما جاء به القانون الوضعي الحالي، في الكثير من النقاط، حيث أنه يستوجب الحق في الدفاع التي تهيئه بعض الظروف الضرورية التي تساعد الخصوم بصفة عامة، والمتهم بصفة خاصة، كل استعمال الحق في الدفاع بشكل

¹ - انظر: عبد الحميد عمارة، ضمانات الخصوم أثناء المحاكمة الجزائية في التشريع الوضعي والإسلامي، الجزائر، دار الخلدونية، 2010، ص 509، 510.

² - انظر سورة البقرة، الآية 282.

إيجابي وفعال، ومن أهمها تمكين الخصوم من حضور إجراءات المحاكمة واضطلاعهم على ملف الدعوى وإبداء الدفوع والطلبات ذات الصلة بموضوع الدعوى المطروحة على المحكمة، فضلا عن إعطاء المتهم الحرية في الكلام وإبداء أقواله وعدم إلزامه بذلك وتمكينه من محامي يتولى الدفاع عنه⁽¹⁾.

ثانيا: في مسألة التلبس بالجريمة:

مما لا شك فيه أن التلبس يعد من الإجراءات الخطيرة التي تمس الحريات الشخصية والتي هي من أسمى أنواع الحريات، وذلك أن اقتراف الشخص إثما أو جرما لا يعني إهدار آدميته، فالمقصود بالتلبس هو تقارب زمني بين لحظة ارتكاب الجريمة ولحظة اكتشافها⁽²⁾. وقد يتوهم أو يعتقد البعض أن حالة التلبس بالجريمة قد لا تكون معروفة منذ القدم، أو لم تعرفها الشريعة الغراء، بل على العكس من ذلك تماما، فهي موجودة منذ القدم، حيث عرفت الشريعة، حتى أن بعض التشريعات القديمة كانت ترتب عليها أثر موضوعية، تتمثل في تشديد العقاب وتغليظه، وذلك تهديئة لما تثيره حالة التلبس بالجريمة، من غضب لجميع أفراد الشعب، بالإضافة إلى الآثار الإجرائية المستعجلة⁽³⁾،

فقد نص القرآن الكريم على هذا النوع من الجرائم، من بينها جريمة الزنا والتي تم شرحها سابقا، حيث جاء في هذا الصدد قوله تعالى: "الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، وَلَيْشْهَدَ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ"⁽⁴⁾.

والتلبس بالزنا لم يقصد به معناها المنوه به في المادة 41 قانون إجراءات جزائية، لأن التلبس بالزنا لا يفترض مشاهدة الشريك أثناء ممارسة الصلة الجنسية بالزوجة، وإنما يكفي مشاهدة الشريك في ظروف لا تجعل مجالا للشك عاقلا في أن الفعل الذي تقوم به الجريمة قد ارتكب، ويعد من قبيل المشاهدة سماع أصوات من الزوجة أو شريكها بارتكاب الفعل،

¹ _ عبد الحميد عمارة، المرجع السابق، ص 510، ص 513 .

² _ انظر: خالد عبد العظيم أو غابة، فتحي عبد العظيم أو غابة، التلبس بالجريمة وآثاره، ط01، دار الفكر الجامعي، 2010، ص 18، 19.

³ _ خالد عبد العظيم أو غابة، فتحي عبد العظيم أو غابة، المرجع نفسه، ص 22، 23.

⁴ _ انظر سورة النور، الآية 02.

فالقانون لا يشترط معاينة حصول الوطء أو الجماع، وإنما يكفي للعقاب مشاهدة الزاني أو الشريك في ظروف لا تترك مجال للشك، في أنهما قد باشرا العلاقة الجنسية⁽¹⁾.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد عناصر جريمة الزنا، منهم من يرى أن للزنا عنصران هما: الوطء المحرم والقصد الجنائي، ومنهم من يرى أن للزنا عنصر واحد وهو الوطء المحرم، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، أما الاتجاه الثالث والممثل في جمهور الفقهاء فيرون أن لجريمة الزنا ثلاثة عناصر، وهي الوطء المحرم والفاعلان (الزاني والزانية) بالإضافة إلى القصد الجنائي⁽²⁾.

أما القانون الوضعي فقد نص على حالات الجريمة المتلبس بها في المادة 41 قانون إجراءات جزائية وهذه الحالات هي:

_ ارتكاب الجريمة في الحال، أي توصف الجناية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس، إذا كانت مرتكبة في الحال، كأن يشاهد ضابط الشرطة القضائية شخصا وهو يطلق النار بواسطة مسدس على شخص آخر فيقتله.

_ مشاهدة الجريمة عقب ارتكابها، فعبارة عقب ارتكابها في المادة 41 قانون إجراءات جزائية تدل على أن الجناية أو الجنحة تعتبر متلبسة، إذا مرت على ارتكابها فترة زمنية قصيرة مثالها، أن يصل ضابط الشرطة القضائية إلى مكان الجريمة فيجد الضحية وهو يتخبط في دمه من جراء طعنة خنجر، والمعيار المعتمد هنا هو أن فترة وصول المحقق إلى مكان الجريمة والآثار لا تزال حديثة، أي يمكنه جمع الأدلة والتمكن من اكتشاف وتعقب وضبط مرتكبها.

_ تتبع مرتكب الجريمة بالصياح، حيث تنص على هذه الحالة المادة 41 قانون الإجراءات جزائية، ولتحقق التلبس في هذه الحالة يجب أن يهرب الجاني بعد ارتكابه لعمله الإجرامي، ويتبعه الأشخاص الذين يشاهدونه بالصياح، وأن يكون ذلك بالصراخ الصوتي، مثال هاهو السارق، أو الإشارة باليد الصادرة عن المجني عليه أو الشهود أو الجيران.

¹ _ عبد الحميد عمارة، المرجع السابق، ص437.

² _ انظر: جلالى بغدادى، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج02، ط01، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص136.

_ حيازة المشتبه فيه للأشياء أو عليه دلائل تدل على مساهمته في الجريمة، وتتمثل هذه الحيازة في أشياء قد استعملت في ارتكاب الجريمة، كالألات والأسلحة والأوراق والسيارات وغيرها.

_ التبليغ عن جناية أو جنحة ارتكبت في منزل، لقد نصت على هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة 41 قانون إجراءات جزائية، إن هذه الحالة تعد تلبسا اعتباريا (حكما) وهذا يستخلص من عبارة (تتسم بصفة التلبس)⁽¹⁾.

المطلب الثاني

العرف

يعتبر العرف من أقدم مصادر القانون، حيث كان في فترة من الزمن هو القانون الأول الذي يحكم المجتمعات القديمة قبل ظهور الدولة بشكلها الحالي، أي بعد ظهور العلاقات الاجتماعية وتتوعها إلى عقوبات ومعاملات مالية وأحوال شخصية وعلاقات دولية وغيرها.

فوجد الدولة بعد امتلاكها سلطة توقيع العقاب جعلت العرف مصدرا احتياطيا، إلا أن أهمية العرف ما زالت موجودة، حيث أنه يسد النقص الموجود في التشريع، ويستكمل دوره في المسائل التي لم يتناولها المشرع.

وللمزيد من التفاصيل سنقسم هذا الموضوع إلى ثلاث فروع، نتناول العرف كمصدر للقانون الجنائي (فرع أول)، ثم نتطرق إلى أثر العرف في التجريم (فرع ثاني)، ثم نتحدث عن إسهام العرف في بناء التكليف الجنائي (فرع ثالث).

¹ _ انظر: أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزائر، دار هومه، 2005، ص138، 139،

الفرع الأول

العرف كمصدر للقانون الجنائي

يعتبر العرف اعتياد أو تعارف الناس على إتباع سلوك معين لفترة من الزمان مع شعورهم بالزامية هذا السلوك، وتعرض من يخالفه إلى الجزاء، فهو نابع من ضمير الجماعة عكس التشريع الذي هو وليد عمل السلطة .

والواقع أن دور العرف في التجريم لم ينل قسطاً وفيراً من الدراسة في الفقه، فمعظم جوانبه لا تزال غامضة مجهولة والسبب في ذلك راجع لتناوله بصفة عامة ضمن القسم العام من قانون العقوبات أو ضمن محددات عناصر بعض الجرائم دون تبيان دوره الحقيقي في النص التجريمي بشكل أكثر عمقا⁽¹⁾.

وعليه نتناول مكانة العرف في القانون (أولاً)، ثم نتحدث عن علاقة العرف بالقانون الجنائي (ثانياً).

أولاً: مكانة العرف في القانون:

يعد العرف أول مصدر للقانون في تاريخ المجتمع البشري، فهو المصدر الذي توحى به الفطرة في تاريخ المجتمع البدائي، ولذلك كان له الشأن الأول في المجتمعات الأولى، حيث تسيطر فيها التقاليد العرفية، والقوانين القديمة التي مرت عبر التاريخ، كالقانون العراقي القديم والذي يعد مجموعة من القواعد العرفية تم تدوينها، والعمل بها بعد تنظيمها لتصبح قانوناً، أما القانون الروماني فقد جمعت قواعده العرفية في الألواح الإثني عشر، وأصبح التشريع إلى جانب العرف مصدراً رسمياً للقانون، يسانده الفقه والقضاء.

أما بالنسبة للمجتمع العربي، فقد كان العرب في عصر الجاهلية خاضعين لمجموعة من الأعراف، مستمدة من طبيعة مجتمعهم كعادات القبيلة، ومعتقداتهم الدينية، فجاءت الشريعة الإسلامية وانتقصت من سلطان العرف، سواء بمنع الكثير من العادات أو بتعديل البعض

¹ - انظر: حسين إيهاب محمد، دور العرف في التجريم، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 10، 2018، ص533.

منها، فقام الدين مصدرا رسميا للقانون، على أن يمنع بقاء العرف كمصدر أصلي في الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

إضافة إلى القانون الانجليزي الذي بدأ بمجموعة من العادات تخضع لها القبائل الأنجلوسكسونية، اقترنت بها القبائل النورماندية، وعندما تطورت المدينة الانجليزية، بات القضاء مصدرا رسميا إلى جانب العرف، ثم قام التشريع مصدرا آخر، حيث بقي رغم تطور وتقدم البشرية يبقي بجانب التشريع، حتى ولو لم يكن مصدرا مباشرا، فعلى الأقل يمكن أن يكون مصدرا غير مباشر، فنجد العرف رغم انتشار التشريع والتقنين في العصر الحالي لا يزال مصدرا رسميا للقانون في معظم الدول، لأن وجوده كمصدر احتياطي يكمل ما في التشريع من نقص، لذا فإن العرف كان له أثر في تكوين القانون الوضعي ويظهر ذلك من خلال أثره في فروع ما يلي:

أثر العرف في القانون الدستوري: يلعب العرف دورا مهما في تكوين البناء الدستوري للدولة الحديثة، لأن وجود العرف لا يرتبط بكون الدستور مكتوب أو غير مكتوب، حيث أنه يوجد جانب من القواعد المتعلقة بنظامها الدستوري، يكون مصدرها العرف، يختلف أثر العرف في اختلاف الدول، ففي إنجلترا كان للعرف الحظ الأوفر في تكوين القواعد الدستورية، وحتى ولو بدأ التشريع يأخذ مكانا بجانبه، كمصدر للدستور الإنجليزي في الوقت الحالي⁽²⁾.

أثر العرف في القانون المدني: يعتبر العرف حسب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري المصدر الثاني من المصادر الرسمية الاحتياطية، وذلك بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، فهو يعبر عن شكل من أشكال القانون وذلك بسبب اشتراكه مع قواعد القانون في الخصائص العامة.

أثر العرف في القانون التجاري: يقوم العرف بدور هام في مجال القانون التجاري، لعدم وفرة النصوص التشريعية من ناحية، وقصور النص عن مواجهة متطلبات الحياة التجارية

¹ - انظر: أحمد بن رفاع بن حامد العزيمي المطيري، العرف في التشريع دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010، ص 18.

² - أحمد بن رفاع بن حامد العزيمي المطيري، المرجع نفسه، ص 19، ص 80، ص 81.

المتجددة والمتنوعة، بتتبع أنواع التجارة من ناحية أخرى، يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع التجاري والمدني وفقا للمادة 1 مكرر من القانون التجاري المعدل بالأمر 27/96⁽¹⁾.

أثر العرف في القانون الإداري: يحتل العرف دورا ثانويا في القانون الإداري، فهو يوجد في المرتبة الثالثة بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، لأنه يسد النقص في القواعد التشريعية، هذا بالنسبة للقانون الجزائري، حيث نجد العرف الإداري الذي استقر العمل عليه يعد بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة، ويعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع⁽²⁾.

أثر العرف في الأحوال الشخصية: نجد أن العرف يؤثر في بعض أحكام الأسرة، من حيث كيفية التطبيق وتفسير بعض المفردات، فيما أتاح المشرع إمكانية الاجتهاد فيها، كالاجتهاد في تحديد مقدار الإنفاق بالمعروف على الزوجة، وتحديد خصال الكفاءة بين الزوجين، ومن الأمثلة كثيرة نجد أن قانون الأحوال الشخصية اقتدى بالعرف في كثير من الأمور، كالقضايا والتصرفات التي سكت عنها المشرع كذلك مراعاة العرف للتطور الزمني والمكاني⁽³⁾.

أثر العرف في القانون الدولي العام: يقوم العرف بدور هام في تكوين قواعد القانون الدولي العام، نظرا لعدم وجود هيئة تشريعية دولية مختصة بوضع أحكام هذا القانون، كما هو الحال بالنسبة إلى القانون الداخلي، ولذا فإن الكثير من المبادئ التي يتضمنها القانون الدولي العام، إنما أصلها العادة المطردة التي اتبعتها الدول في تنظيم علاقتها⁽⁴⁾.

ثانيا: علاقة العرف بالقانون الجنائي:

أجمع كافة الفقه على أن العرف لا يشكل مصدرا للتجريم، نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير التجريم والعقاب وفقا لقاعدة أساسية في القانون الجنائي والتي تقضي بأنه: « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»⁽⁵⁾، إلا أنه من الجائز أن يكون مصدرا لأسباب الإباحة لا

1- أحمد بن الرفاعي بن حامد العزيزي المطيري، مرجع سابق، ص 21.

2- بوديسة كريمة، المرجع السابق، ص 53.

3- انظر: أحمد الصويعي شليبيك، العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 4، 2020، ص ص 243، ص 244.

4- أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، المرجع السابق، ص 20.

5- حسين إيهاب محمد، المرجع السابق، ص 535.

يشترط في سبب الإباحة أن يجد مصدره في قانون العقوبات فقط، وإنما يكفي أن يكون مصدره أي فرع من فروع النظام القانوني في الدولة، بشرط أن لا يتعارض مع تلك القاعدة التجريبية، فلا يمكن أن يخلق عقوبة أو إجراء جزائي، إلا أنه يمكن أن يحدد واقعة محل التجريم، طالما أنه لا يتعارض مع مبدأ الشرعية حفاظاً على حقوق وحريات الأفراد⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أثر العرف في تجريم الأفعال

بما أن القانون المكتوب هو المصدر الوحيد للقاعدة الجنائية، فيظل العرف ضعيف في تجريم الأفعال، ما دام أنه خارج النص القانوني، حتى ولو كان ذا أثر في اتخاذ الخطوات اللازمة بين المبادئ الاجتماعية والسلوكية التي يتقبلها المجتمع⁽²⁾.
لكن من الجائز أن يرجع المشرع إلى العرف في بعض الحالات المعينة، كحالات استبعاد التجريم كأسباب الإباحة (أولاً)، وحالات تحديد العناصر المكونة للسلوك الإجرامي (ثانياً).

أولاً: حالات استبعاد التجريم كأسباب الإباحة:

إذا كان العرف مصدر من مصادر أسباب الإباحة، فلا يمكن أن يتعارض مع قاعدة جنائية، متى وجد نص صريح يجرم سلوك معين، فإنه لا يجوز الاعتداد بالعرف، كأساس في تبريره و الاعتداد بالعرف في هذه الحالة فيه تعطيل لقواعد قانون العقوبات، والأصل أن هذه القواعد وجدت لرعاية الصالح العام، ومن ثم يتوجب إتباعها حتى ولو كانت مخالفة لما تعارف عليه الناس في بيئة معينة، ولا ينقص من هذا الالتزام تهاون السلطة العمومية في تطبيق أي نص من نصوص قانون العقوبات.

من أهم الأمثلة التي يستند القانون فيها على العرف، كمصدر غير مكتوب لأسباب الإباحة في مسألة تأديب الصغار، فإن أساسه الشريعة الإسلامية بالنسبة للأب والعرف بالنسبة للمعلم و ملقن الحرفة عند تقديره، لما يعتبر تأديباً يستلزم الرجوع إلى العرف الثابت والمستقر في تأديب الصغار والذي لا يتعارض مع أحكام القانون، فلا يشكل العرف هنا

¹ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 77.

² - أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، المرجع السابق، ص 81.

مصدرا للإباحة، وإنما وسيلة توضيح للإباحة وتعيين حدودها، فمن المتعارف عليه أن حق التأديب لا يقتصر على الأب أو الأم أو الولي أو الوصي، وإنما يشمل الأخ الأكبر بالنسبة لإخوته الصغار، فالعرف كذلك يمنح هذا الحق لمن يقع عليه واجب تعليم الابن، كالمعلم في المدرسة.

يتطلب التأديب استعمال قدر من العنف، بشرط أن لا يترك أثرا، ولهذا لا بد من الرجوع إلى العرف في هذه الحالة، لتوضيح حدود الحق في تأديب الصغار، لأنه يشترط أن يكون هذا الفعل مبررا مع من مسموح له ممارسة هذا الحق (الأب أو الولي)، إضافة إلى اشتراط أن يكون بنية التأديب وليس بدافع الانتقام، حيث لا بد أن يكون التأديب بالضرب الخفيف⁽¹⁾. أما في مسألة إباحة أفعال الضرب والجرح الناتجة عن ممارسة الألعاب الرياضية التي يسمح أو يبيح فيها قدرا من العنف على جسم المنافسين، كالمصارعة، والملاكمة، أو الجيدو... الخ، نجد القانون يعتبر ذلك عملا مباحا ممارسة اللاعب للعبة الرياضية، ضمن القواعد التي تحددها اللعبة، ولو نتج عن ذلك ما يمكن اعتباره مساسا بجسم الآخرين، وعلّة الإباحة تكمن في أن اللاعب يكون قد مارس حقا يقره العرف الرياضي⁽²⁾.

حيث تشجع الدولة الألعاب الرياضية وتشرف عليها، ويشترط كي يعتبر العمل مباحا وأن تكون اللعبة من الألعاب التي يقرها العرف الدولي، إذ ينظم قواعدها ويحدد تقاليدها. كما يشترط أن يقع الفعل موضوع الإباحة أثناء ممارسة اللعبة الرياضية مع المنافس الآخر المشترك في اللعبة باختياره، دون أن يتجاوز الجاني قواعد وقوانين اللعبة⁽³⁾.

ثانيا: حالات تحديد العناصر المكونة للسلوك الإجرامي:

لا يوجد ما يمنع الرجوع للعرف من أجل تحديد الواقعة محل التجريم، طالما أنه لا يتعارض مع مبدأ الشرعية، وبما أن النص الجنائي يحتوي على أفكار مرنة وتتغير بتغير الزمان والمكان، فيعتمد في تحديد معناها على العرف الجاري في شأنها⁽⁴⁾.

1- عبد القادر عدو، مرجع سابق ص 77، ص 84، ص 85.

2- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 126.

3- أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، المرجع السابق، ص 81.

4- حسين إيهاب محمد، المرجع السابق، ص 544.

فيمكن أن يحدد العرف عناصر بعض الأفعال التي يجرمها المشرع بالنص المكتوب، كجريمة السرقة التي تقوم على اختلاس مال مملوك لغير الجاني، فيلزم أن يكون محل الجريمة منقولاً وأن تثبت ملكيته لغير الجاني حتى يتم إدانته⁽¹⁾. كذلك الأمر بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة، حيث يقتضي وجود عقد من عقود الأمانة، كالوديعة أو الإيجار أو الوكالة، الأمر الذي يتطلب تطبيق القواعد الخاصة بها بالرجوع للقانون المدني والذي يعد العرف فيه من المصادر الرئيسية. إضافة إلى أنه يمكن الرجوع إلى العرف من أجل تحديد أركان بعض الجرائم، كجريمة الفعل الفاضح، يلزم القيام بفعل مذل بالحياء، مما يستلزم الرجوع إلى العرف لتحديد مفهوم تلك الأفعال المخلة بالحياء العام⁽²⁾، فبهذه الأمثلة وغيرها يقتضي الاحتكام إلى العرف الذي يحدد مكان وزمان الفعل.

الفرع الثالث

إسهام العرف في بناء التكليف الجنائي

يسهم العرف أحيانا في تكوين شق التكليف الخاص بالقاعدة الجنائية، على نحو تمليه طبيعة التكليف ذاته⁽³⁾، بدلا من أن يشتمل في النص الواحد على شق التكليف وشق الجزاء، قد يوزع شق التكليف على نص أو أكثر وشق الجزاء على نص واحد، وقد تستلزم قالباً حراً في تحديد شق التكليف، لما لطبيعة السلوك المأمور أو المنهى عنه من تعذر في الإحاطة بوصفه الدقيق قد يساهم العرف بدور لا بأس به⁽⁴⁾ في تحديد التكليف الذي تتضمنه قاعدة جنائية على بياض (أولاً)، والتكليف الذي يضعه المشرع في قالب حر (ثانياً).

أولاً : بالنسبة للتكليف الذي تتضمنه قاعدة جنائية على بياض:

بما معناه اكتفاء المشرع بتحديد شق الجزاء في القاعدة الجنائية، ويحيل في الوقت نفسه وهو بصدد تحديد شق التكليف الجنائي إلى قاعدة قانونية غير جنائية لتتولى تحديد هذا

1- أحمد بن رفاع بن حامد العزيمي المطيري، المرجع السابق، ص 81.

2- حسين إيهاب محمد، المرجع السابق، ص 545.

3- أحمد بن رفاع بن حامد العزيمي المطيري، المرجع السابق، ص 106.

4- حسين إيهاب محمد، المرجع السابق، ص 547.

الشق الذي لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض⁽¹⁾، بمعنى آخر توزيع التكليف المأمور به على نص أو أكثر، أما الشق الجزائي يكون على نص واحد⁽²⁾.

ومثال ذلك نجد الجريمة الإيجابية التي ترتكب بطريق سلبي، يشترط لیتحقق الوصف القانوني لهذه الجريمة أن يخل الجاني بالتزامه القانوني الملقى على عاتقه وأن يتدخل ليحول دون تحقق نتيجة معينة (وهو الالتزام بعمل)، وبهذه الإحالة تتولى قاعدة غير جنائية تحديد الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به أحد مقومات السلوك الوصفي.

ومن المسلم به أن العرف قد يكون مصدرا لمثل هكذا التزام، كما هو الشأن بالنسبة للالتزام القانوني الذي يلزم الصيادين بإنقاذ من تشرف سفينته على الغرق، وهو التزام مصدره العرف في بعض الدول⁽³⁾، أو ما يقرره البنك المركزي من معاقبة كل من يقترب مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذا له، لأن هذه المخالفات والقرارات الصادر عن هذا البنك وتنفيذا لهذا القانون يتحكم في تحديدها العرف المصرفي⁽⁴⁾.

ثانيا: بالنسبة للتكليف الذي يضعه المشرع في قالب حر:

بما معناه أن الجريمة ذات القالب الحر هي الجريمة التي تعذر على المشرع أن يحيط الفعل المكون لها بالوصف الدقيق فيصعب تحديده لكونها ذات طبيعة متنوعة ومختلفة⁽⁵⁾، كتحديد ما إذا كان لفظ معين يعتبر سبا سواء تضمن هذا السب خدشا بالشرف أو الاعتبار أو القذف بأمر لو كان صادقا لا وجوب لعقاب من أسند إليه، كذلك استعمال الموظف العمومي القسوة مع الناس اعتمادا على وظيفته بحيث مس بشرفهم⁽⁶⁾.

فالجريمة ذات القالب الحر قد يترك المشرع لقاضي الموضوع سلطة تحديد ما يطابق من الأفعال الوصف القانوني المجرد.

1- أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، المرجع السابق، ص 83.

2- حسين إيهاب محمد، المرجع السابق، ص 547.

3- أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، المرجع السابق، ص 84.

4- حسين إيهاب محمد، المرجع السابق، ص 547.

5- أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، المرجع السابق، ص 84.

6- حسين إيهاب محمد، المرجع السابق، ص 585.

فالعرف يقوم بتحديد الفعل الذي يجسم العنصر القانوني المجرد، ويعتمد المشرع كثيرا إلى الإحالة إلى العرف بالنسبة للأفعال ذات المضمون المتغير والمتطور الذي يستمد تغييره من الواقع الاجتماعي وتطوره من تطور مفاهيمه، ومثال على ذلك تجريم كل من فعل علانية فعلا فاضحا بالحيا حتى ولو كان هذا الاعتبار نسبي يختلف باختلاف المكان والزمان داخل الدولة الواحدة، وقد ترك المشرع للعرف الاجتماعي مهمة تحديد ما يعتبر من الأفعال الفاضحة وما لا يعتب⁽¹⁾.

وعليه فإن للعرف دور في تحديد شقه التكليف في قاعدة جنائية صيغ تكليفها على نحو مرن أو حر أو غير مقيد، فهو يساهم في تكوين أو بناء القاعدة الجنائية وليس على تفسيرها، لأن النتيجة هي عنصر من العناصر المكونة للركن المادي للجريمة، مثال على ذلك مباشرة أعمال البنوك باعتبارها عملا مجرما لا تخضع لحرية القالب الذي يستخدمه المشرع بل يحدده العرف المصرفي⁽²⁾.

المبحث الثاني

المصادر التفسيرية

يقصد بالمصادر التفسيرية للقاعدة الجنائية كل من الاجتهادات الفقهية والقضائية، والتي تصدر عن أشخاص مختصين، في هذا المجال.

بحيث نجد هذين المصدرين يقومان بتفسير النصوص القانونية الغامضة، وتأويلها وشرحها وذلك بغية التوصل إلى قصد المشرع من هذه النصوص، دون تجاوز ذلك إلى خلو القاعدة القانونية، وأن كان هذا لا يمنعها من الإسهام في سن القوانين والتأثير في النظام القانوني إذ اعتمدهما المشرع وتبناهما في صياغة قواعده .

وبناء على ذلك فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول القضاء وفي الثاني الفقه.

¹ - أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، المرجع السابق، ص 84، ص 85.

² - حسين إيهاب محمد، المرجع السابق، ص 549.

المطلب الأول

القضاء

يعد الاجتهاد القضائي مصدرا تفسيريا للقانون الجنائي، من خلال مجموع الأحكام القانونية التي تصدرها المحاكمة العليا، فهي تنظر في الأحكام التي تصدر عن محاكم أقل درجة منها.

فوظيفة القاضي أساسا هي تطبيق القانون لا خلقه، مخافة من تجاوز اختصاصاته والتطاول على مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعطي حق سن القوانين للسلطة التشريعية كأصل عام، والسلطة التنفيذية كاستثناء، في حين حصر مهمة السلطة القضائية في تطبيق القانون وتفسيره عند غموضه.

إلا أن هذا المبدأ ليس له تأثير على المشرع وقت إنشاء القواعد القانونية، إضافة إلى أن الدستور أعطى للقاضي رخصة من أجل الاجتهاد، لكن وفق شروط يضعها له المشرع، حتى يتقيد بها القاضي في اجتهاده.

وبناء على هذا فإن مبدأ الفصل بين السلطات لم يعد مطلق في مجال اجتهاد القاضي كالسابق، ومنه قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى القضاء كمصدر للقانون الجنائي (فرع أول)، ثم دور القاضي في تفسير النص الجنائي (فرع ثاني).

الفرع الأول

القضاء كمصدر للقانون الجنائي

ينظر القضاء الجنائي في شتى أنواع الجرائم التي تنعكس آثارها على المجتمع فتهدد أمنه، كجرائم القتل العمد والسراقات والسلب، وعمليات الاختطاف، والاعتصاب وغيرها من الأفعال الجرمية الأخرى.

كما أن القضاء وثيق الصلة بسيادة الدولة، فهو الوسيلة التي تمارس بها الدولة حقها في العقاب على كل من سولت له نفسه أن يتعدها، لأن دور القضاء هو إقامة العدل، والسعي إلى توفير الأمن والاستقرار داخل المجتمع.

لذلك ستطرق إلى مكانة القضاء في القانون (أولا)، ثم نتحدث عن علاقة القضاء بالقانون الجنائي (ثانيا).

أولاً: مكانة القضاء في القانون:

تعد السابقة القضائية المصدر الأكثر قدماً في القانون الإنجليزي، ففي فترة زمنية سابقة كثيراً على سن التشريعات القانونية بدء بالقرن الثاني عشر، كان القضاة الملكيون المكلفون بالقضاء في محاكم ويستمنستر، وفي المحاكم المتنقلة بين المقاطعة عند النظر في القضايا التي تعرض عليهم، يصدرن أحكاماً، ويضعون تلك القواعد التي أصبحت لاحقاً أساساً للقانون الإنجليزي المعاصر⁽¹⁾.

ومن هنا فقد وضع قضاة المحكمة الإنجليزية التي كانت تعقد جلساتها برئاسة الملك في القوانين في القرنين الثاني عشر والثالث عشر، قواعد المسؤولية عن الجرائم الأشد جساماً (جنايات)، في القرن الرابع عشر القواعد الخاصة بالجرائم الأقل جساماً (الجنح)، في فترة لاحقاً أدت المحاكم التابعة للبرلمان (محكمة مجلس العموم) التي اقتصت بالنظر في قضايا محددة دوراً محدوداً في صياغة عدد من قواعد القانون الجزائي، ومن ذلك أنها وضعت الأسس النظرية الإنجليزية المعاصرة للشروع في الجرائم والتآمر⁽²⁾.

يختلف دور الاجتهاد القضائي بحسب الأنظمة القانونية، حيث يعتبر القضاء في القانون الإنجليزي مصدراً رسمياً، أي المصدر الأساسي الأول للقانون الجزائي، هذا يعني أن القضاء الإنجليزي مقيد فيما يصدره من أحكام، بمبدأ السوابق القضائية التي تتضمن مجمل التقاليد والمبادئ القانونية التي أقرتها المحاكم الإنجليزية، وتفسيرا لهذا فإن المحكمة إن تبين لها وجود مبدأ قانوني يتعلق بالنزاع المنظور من طرفها وطبقته في النزاع المذكور، فإن الحكم المتخذ يتحول إلى سابقة قضائية يتوجب على القضاء الأخذ بها في المستقبل مع مراعاة عدد من الشروط.

فضلاً عن هذا إن البرلمان الإنجليزي بوصفه السلطة المعنية بالتشريع لم يكن في مركز من التدخل في تطوير القانون، وذلك عبر الوظيفة التشريعية التي يضطلع بها وهذا يعزز مكانة السوابق القضائية مقارنة بالتشريعات البرلمانية، بل أن القضاء عد القانون العام الذي تكون على وجه العموم مما وضعت المحاكم الإنجليزية من قواعد وتقاليد قانوناً

¹ - انظر: حسين عبد علي عيسى، مصادر القانون الجزائي الإنجليزي، مجلة الرافدين للحقوق، م 15، ع 55، 2017، ص 162.

² - حسين عبد علي عيسى، المرجع نفسه، ص 162.

قديمًا، وثابتًا فيه الحلول للمسائل كافة، لذا لا يصح تغيير قواعده بعمل إنساني أو عبر البرلمان، لذا أبقى القضاء نفسه في النظام للسوابق القضائية ولم يخرج عنها⁽¹⁾. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أعطى للقاضي رخصة الاجتهاد، لكن لا بد أن تكون لديه رخصة دستورية ورخصة قانونية.

فبالنسبة للرخصة الدستورية : بموجب المادة 179 من دستور 2020 الناصة على أنه: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لإعمال المجالس القضائية والمحاكم... تضمن المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون". وهنا فإنه بمفهوم مخالفة لهذا النص أن الاجتهادات القضائية تصدر من المجالس القضائية والمحاكم، حتى تتمكن المحكمة العليا من توحيدها في حالة اختلافها.

كما أن هذا النص الدستوري لم يشترط عدد معين من غرف المحكمة العليا، لسن توحيد الاجتهاد القضائي، لم يشترط صدوره من الغرفة المجتمعة أو من الغرفة المختلطة، وبالتالي فإنه يصح سن اجتهاد قضائي أو تويده من غرفة موحدة فقط من غرف المحكمة العليا. والمحكمة العليا عند ممارسة سلطتها في توحيد الاجتهادات القضائية الصادرة عن مختلف المحاكم والمجالس القضائية لها ضوابط مصدرها العقل والمنطق⁽²⁾ هي:.

- إذا كان هناك حل قضائي اعتمده الغالبية الساحقة للجهات القضائية، فهنا المحكمة العليا تبحث عن الحل الذي اعتمده أغلب المجالس والمحاكم، وتعتمده وتعممه، وتستبعد باقي الحلول القضائية التي اعتمدها الأقلية للجهات القضائية.

- إذا كان هناك اختلاف، متعادل، في الحلول القضائية من مجالس قضائية ومحاكم، هنا المحكمة العليا لها طريقتين تأخذ بوحدة فقط:

إما أن تعتمد أحد الحلول القضائية، وتعممه وتستبعد باقي الحلول. وإما تستبعد كل هذه الحلول القضائية المختلفة والمعتدلة، وتجتهد بسن حل قضائي خاص بها وتعممه.

¹ - حسين عبد علي عيسى، مرجع سابق ص 163.

² - انظر: يوسف محمد، بوعزة مصطفى، ضوابط الاجتهاد القضائي الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، م 06، ع02، 2021، ص 599.

بالنسبة للرخصة القانونية: حسب القانون العضوي رقم 12/11 بتاريخ 2011/07/26 يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، فالمادة 18 من هذا القانون تفصل المحكمة العليا بغرفتها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي، وتتعدّد الغرف المجتمعة بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا، وذلك بمبادرة منه أو بناء على اقتراح من رئيس إحدى الغرف، وحسب المادة 19 من هذا القانون تتشكل الغرفة المجتمعة التي يرأسها الرئيس الأول، نائب رئيس، رؤساء الغرف، رؤساء الأقسام، عميد المستشارين بكل غرفة، المستشار المقرر ولا يمكنها الفصل إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل، وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً.

هذا النص هو رخصة قانونية لممارسة الاجتهاد القضائي جديد، يغير في اجتهاد قضائي سابق، وبالتالي المشرع في هذا القانون العضوي الذي يعتبر قانوناً مكملًا للدستور، اشترط في الرجوع عن اجتهاد قضائي سابق، أن يصدر قرار الرجوع من الغرفة المجتمعة، بمعنى سن اجتهاد قضائي جديد لم يكن هناك اجتهاد قضائي قبله يمكن أن يصدر من غرفة واحدة من غرف المحكمة العليا، أما التراجع عنه، لا يكون إلا بقرار من الغرفة المجتمعة⁽¹⁾.

ثانياً: علاقة القضاء بقواعد القانون الجنائي:

يشمل النظام القضائي العادي المحكمة العليا كأعلى جهة فهي محكمة قانون، فيمكن أن تكون محكمة موضوع في الحالات المحددة قانوناً، تمارس الرقابة على الأوامر والأحكام والقرارات القضائية من حيث تطبيقها السليم للقانون واحترامها لأشكال وقواعد الإجراءات، تليها المجالس القضائية والتي تعد جهة استئناف عن الأحكام الصادرة عن المحاكم وكذا في الحالات الأخرى المنصوص عليها قانوناً، ثم بعد ذلك تأتي المحاكم الابتدائية، والتي تعد ذات الاختصاص العام وتعتبر الدرجة الأولى للتقاضي⁽²⁾.

¹ _ يوسف محمد، بوعز مصطفى، مرجع سابق، ص 599.

² _ انظر الرابط: <https://www.mjjustice.dz>

فالقضاء بجميع غرفة وفي أي جهة قضائية كان يسهر على تطبيق القانون ومن بين هذه الغرف الغرفة الجنائية فهي تقوم بإعمال وإيقاع الجزاءات التي ينظر فيها القضاء الجنائي وفقا للقانون الجنائي، من أجل تحقيق مصلحة معينة وتحقيقا لمبادئ العدالة في المجتمع.

فمن واجب القضاء الجنائي العمل على فض النزاعات والمصالح المتعارض عليها، حيث يقوم به بصورة باتة وملزمة للأشخاص الآخرون الغير أطراف في النزاع، وذلك استنادا إلى نموذج قانوني مطابق للوقائع الخاصة، يبين الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي النزاع كما أن القانون الجنائي الوطني يحتفظ بموجبه القضاة والمتقاضين بالضمانات اللازمة، لأن القضاة مستقلون في إجراء وظائفهم من قبل المحاكم ولأنها تنفذ باسم الشعب⁽¹⁾.

الفرع الثاني

دور القاضي في تفسير النص الجنائي

القاضي كان مجبرا في وقت سابق قبل صدور دستور 1989 ممنوعا من الاجتهاد وكان مجبرا في حال ما تبين له وجود فراغ قانوني في نص معين عليه اللجوء إلى المشرع في إجراء يطلق عليه مصطلح (الاستعجال التشريعي)، غير أن ذلك كان سببا في تعطيل الفصل في النزاعات القانونية، ليتم بعد ذلك التخلي عن هذا الإجراء بعد صدور دستور 1989 الذي كرس مبدأ استقلالية القضاء وسلطة الاجتهاد القضائي، وخاصة بعد تأسيس المحكمة العليا.

ونظرا للدور الذي تلعبه المحكمة العليا في توحيد الاجتهاد القضائي، هو حتى لا تكون هناك اختلافات في تطبيق القانون، كون أن الدستور حول لهذه الهيئة توحيد النظرة القانونية بخصوص النصوص التي يوجد فيها فراغ أو لبس وذلك إلى غاية ظهور قانون يسنه المشرع⁽²⁾.

¹- أنظر: عبد المجيد إبراهيم، عبد الكريم المليقطة، دور القضاء الجنائي الوطني في مكافحة الجريمة والحد منها لاستتباب الأمن المجتمعي، ط 01، شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، ص 17.

²- أنظر: يوسف محمد، بوعزة مصطفى، المرجع السابق، ص 593.

أولاً: في حالة غموض النص:

وهو النص القانوني الذي يتضمن مصطلحات غامضة ومبهماة، ولا يعتبر من المسلمات أو البديهيات التي لا تحتاج إلى تفسير، بل تتطلب مجهود فكري وأبحاث ودراسات قانونية وفلسفية ولغوية للوقوف على حقيقة هذا المصطلح، ووضع تعريف شامل وجامع ومانع له، وبالتالي فإن القضاء الجزائري يجد نفسه مجبرا على الاجتهاد بتوضيحها وتفسيرها تفسيراً منطقياً، ومنحها تعريفاً قضائياً من أمثلة ذلك مصطلح اللصوصية brigandage الذي جاءت به المادة 43 من قانون العقوبات المتعلق بالاشتراك.

واجتهدت محكمة النقض الفرنسية بتعريف هذا المصطلح على أنه سطو مسلح وهو السرقة مع حمل السلاح، وهذا التعريف ينطبق على ما تضمنته المادة 351 من قانون العقوبات الجزائري.

وكذلك ما نصت عليه المادة 48 من قانون العقوبات بقولها: "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"، ومصطلح قوة لا قبل له بدفعها هو مصطلح غامض، واجتهد القضاء الإداري الفرنسي بتوضيح هذا المصطلح بمناسبة الفصل في منازعات العقود الإدارية على أنها كل واقعة خارجية عن إرادة المدعى عليه ولا يد له فيها جعلته يعيق التزام من التزاماته القانونية أو العقدية تشمل حادث مفاجئ أو قوة قاهرة بفعل الطبيعة (الصاعقة، الزلازل، الفيضانات...)، أو بعمل إنسان كخطأ صادر من المضرور أو خطأ من الغير، اعتمد القضاء الجزائري هذا الاجتهاد القضائي الإداري، وفقاً للمادة 48 من قانون العقوبات.

ثانياً: بالنسبة للنص القانوني غير الكامل:

وهو ما يعرف بالنص المبتور، وتتحقق هذه الحالة إذ اقتبس المشرع الوطني نصوصاً قانونية جزائية من مشروع جزائي أجنبي أو مقارن، وهذا الاقتباس طرأت عليه عوارض غالباً ما هي إلا عوارض الترجمة، كان يغفل المترجم عن ترجمة فقرة من فقرات النص الأجنبي فيصدر هذا النص وهو ناقص في فقراته، بحيث يصبح يتضمن القاعدة العامة أو أنه

يتضمن حالات دون أخرى أو إغفال ركن مهم في الجريمة أو يتضمن حماية للمركز القانوني البعيد دون المركز القانوني القريب الذي هو الأجرر بالحماية القانونية⁽¹⁾. والقاضي إذا تبين له من طبيعة النص أنه هناك انقطاع صلة بين فقرات هذا النص أو عدم منطقيته، فإنه يجتهد لسد هذه الثغرات بالرجوع إلى المصدر الأصلي الذي اقتبس منه المشرع الوطني والبحث فيه عن الفقرات التي أغفلها المشرع في حكمه بوصفها اجتهادا منه وليست نصوص قانون أجنبي، لأن تصريح القاضي في حكمه على أن هذه الفقرات من قانون أجنبي هو خرق لمبدأ سيادة القانون الوطني على القانون الأجنبي⁽²⁾.

المطلب الثاني

الفقه

يقصد بالفقه استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية، حيث أن بعض الدول كان قانونها من صنع الفقه كالقانون الروماني الذي جعل للفقهاء المشهورين حق إعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة في أحكامهم، أما عن القوانين الحديثة فنصيب الفقه يختلف حسب النزعة المتغلبة، وهناك نزعتان مختلفتان النزعة السكسونية والنزعة الرومانية، فالأولى لا تقيم للفقه وزنا كبيرا، أما الثانية فالفقه فيها له شأن كبير كمصدر تفسيري، أما عن القانون الجنائي فقد كان للفقه دورا كبيرا هاما في وضع القواعد الأولى لبنائه، ومن خلال هذا المطلب سنتحدث عن الفقه كمصدر للقانون الجنائي (فرع أول)، كما سنتناول أيضا دور الفقه في تطوير القانون الجنائي (فرع ثاني).

الفرع الأول

الفقه كمصدر للقانون الجنائي

يعتبر الفقه مصدرا من المصادر التفسيرية للقانون الجنائي، حيث كان له الدور في تطوير القانون الجنائي خاصة قانون العقوبات، وذلك بتأثير الفقه الإسلامي منذ القرن السادس ميلادي وبتأثير مدارس الفكر العقابي السائدة في أوروبا، ابتداء من القرن الثامن عشر ميلادي، وقد ساهمت أفكار رجال الفقه في تطوير القانون الجنائي من خلال دراستهم

¹ _ يوسف محمد، بوعزة مصطفى، المرجع نفسه، ص 604.

² - يوسف محمد، بوعزة مصطفى، المرجع السابق، ص 604، 605.

للجريمة وتحديد أسبابها ودوافعها ووسائل مكافحتها، وكان من الطبيعي أن تتعدد رؤى الفقهاء، لأن الجريمة ظاهرة اجتماعية والمجتمعات تختلف من حيث الثقافات والقيم . ولهذا نتحدث (أولا) عن مكانة الفقه في القانون، ثم نتناول بعد ذلك علاقة الفقه بالقانون الجنائي (ثانيا).

أولا: مكانة الفقه في القانون:

الفقه هو المظهر العلمي للقانون، فإذا تجرد القانون من هذا المظهر فلا يتبقى منه شيء كثير، والقانون علمه الفقه وعلماءه الفقهاء، فهم من يبحثون وينقبون ويسجلون قواعده وأحكامه، فمزية الفقه هي النظر إلى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة، فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج، بل يسير قدما إلى الإمام يتمشى مع التطور ويسابق الزمن فالفقيه أوسع أفقا من القاضي وأسرع تأثرا بقوانين التطور.

فالفقيه يرسم خط السير للقاضي، حيث يستفيد الفقيه من تجارب هذا الأخير فينحوا بفقهه منحى يتفق مع الحياة العملية، ويسير بعد ذلك طليعة للقاضي يكشف الطريق أمامه وقد أصبح الفقه في العصور الحديثة مصدرا تفسيريا للقانون عند أكثر الأمم، ولكنه عادة ما يكون مصدرا رسميا في المراحل الأولى من نمو القانون، وأكثر القوانين تكون في أول أمرها من صنع الفقيه، حتى إذا كمل نضوج القانون، واستقر نموه، أتى التشريع فشغل المكان الأول بين المصادر الرسمية وانقلب الفقه مصدرا تفسيريا، فتصبح بذلك مهمة الفقيه تفسير القانون لا صنعه، ولكنه في الواقع من الأمر إذ يفسر القانون كثيرا ما يكون تفسيره صنعا⁽¹⁾. وقد اعترف القانون الروماني للفقه بأن مصدر رسمي له، بل وكان هذا القانون من صنع الفقه، وقد أصبح الفقهاء المشهورين لهم الحق في إعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة في أحكامهم، وبذلك فقد كان للفقه الروماني أثرا كبيرا في تكوين القانون.

ثانيا: علاقة الفقه بالقانون الجنائي:

لقد كان للفقه الدور الكبير في تطوير القانون الجنائي، حيث ساهم في تطوير مفاهيم وآليات سياسة القانون الجنائي في التعامل مع الجريمة والمجرمين، ولا شك أن النظام

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا، المرجع السابق، ص ص 115، 116، ص 117

القانوني الجنائي بصورته الحالية ما هو إلا انعكاس لتلك الرؤى والتصورات التي بلورها الفقه الجنائي للتحكم في الظاهرة الإجرامية، وقد تأثرت السياسة الجنائية بالتيارات الفقهية المختلفة التي تعاقبت عبر الزمن بدء بالتيار الكلاسيكي، مروراً على التيار الوضعي، وصولاً إلى التيار الاجتماعي الذي لا يزال يطبع السياسة الجنائية المعاصرة⁽¹⁾.

ويدخل الفقه أيضاً في العقوبات الجنائية، حيث كان للجدل الذي أثير بين الفقهاء حول عقوبة الإعدام أثره في التشريع الحديث بصفة عامة، فألغيت في كثير من البلاد وضاف مجال تطبيقها في البلاد التي أبقت عليها⁽²⁾.

وقد كان القانون الجنائي ينطبع في كل مرة بالتيار الفقهي الراجح ولا زال الأمر كذلك إلى يومنا هذا، أين نرى تعديلات لقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية تستوحي جوهرها من الفقه، كفكرة العدالة الجنائية التصالحية التي تبنى المشرع الجزائري تطبيقات شتى لها ما كان ليدركها لولا دور الفقه في تنويره.

الفرع الثاني

دور الفقه في تطوير القانون الجنائي

كان للمدرسة الكلاسيكية دوراً هاماً في بناء الأسس الأولى للقانون الجنائي وعلى رأسها مبدأ الشرعية الذي لا يمكن المجازفة بالاستغناء عنه، كما طالبت حركة الدفاع الاجتماعي، وقد أصبح الفقه الآن يطالب بإعطائه مفهوماً أكثر مرونة، حيث طالبت المدرسة الوضعية أيضاً بضرورة الربط بين القانون الجنائي والعلوم التجريبية والذي يمكن أن يخلق للقانون الجنائي آفاقاً واسعة خصوصاً في مجال الإثبات الجنائي (أولاً)، إضافة إلى الفقه الجنائي الإسلامي الذي يعتبر نموذجاً متكاملًا للقانون العقابي، ففيه الكثير من القواعد الجديرة بالتمتين في التجريم والعقاب والإثبات⁽³⁾ (ثانياً).

¹ - أنظر: فايد ليلي، دور الفقه في تطوير القانون الجنائي، تصدر عن جامعة ابن خلدون، تيارت، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، م 06، ع 02، 2020، ص 81.

² - أنظر: إيهاب عبد المطلب، العقوبات الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، ط01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2009، ص 22.

³ - فايد ليلي، المرجع نفسه، ص 82، ص 102.

أولاً: دور المدارس العقابية في تطوير القانون الجنائي:

كان للحركة الإصلاحية في أوروبا التي ظهرت في القرن 18 قبل الميلاد الأثر العميق في تطوير القانون الجنائي الأوروبي وتثبيت أسسه النظرية، حيث واجهوا مشكلة الجريمة بطريقة علمية، فتأسست من هذه الحركة مدارس فقهية في التأصيل الفكري للقانون الجنائي، تناقش الأساس الفلسفي الذي تقوم عليه المسؤولية الجزائية ومبادئ التجريم والعقاب.

وأول هذه المدارس هي المدرسة التقليدية التي تأسست على يد الفيلسوف "بكاريا"، وقد كان لها الفضل على القانون الجنائي في الدعوى إلى إقرار مبدأ الشرعية الجنائية في مجال التجريم والعقاب، ومنع القضاة من التحكم والهوى، وإظهار أهمية الأخذ بالمسؤولية الأخلاقية القائمة على الخطأ الشخصي، والدعوى إلى التخفيف من قسوة العقوبات، ومنع الوسائل الوحشية في التنفيذ العقابي⁽¹⁾، وقد واجهت هذه المدرسة عدة انتقادات فظهرت المدرسة التقليدية الجديدة لتصحيح النقص ومن بين هذه الانتقادات إغفالها لمحور هام من محاور السياسة العقابية وهو تنفيذ العقوبة، فلم ينص "بكاريا" على أية فكرة تتعلق بالتنفيذ العقابي ولم يهتم به، إضافة إلى الإغراق في التجريد القانوني الذي جرد الوظيفة القضائية من روحها وجوهرها، وجعل العملية العقابية عملية آلية جامدة، ورفض أي شكل من أشكال السلطة التقديرية الممنوحة للقضاة⁽²⁾، أما عن المدرسة الثانية فهي المدرسة الوضعية ومن أبرز روادها الطبيب الإيطالي "سيزار لومبروزو" والقاضي الإيطالي "رافاييل غاروفالو"، إضافة إلى عالم الاجتماع الإيطالي "أنريكو فيري" وقد كان لهذه المدرسة الفضل في اتخاذ مبدأ تفريد العقاب ونظام إصلاح الأحداث ووقف تنفيذ العقوبات، وإصلاح المجرمين المعتادين وطرق تحقيق الشخصية وتدابير الوقاية من الإجرام⁽³⁾.

غير أن هذه المدرسة أيضا انتقدت من عدة جوانب، نذكر البعض منها مخالفتها لمبدأ الشرعية بالقول بأن أي شخص تتوفر فيه صفة أو صفات خلقية أو صفات نفسية ومنهم

¹ - فريد رويج، المرجع السابق، ص 20، ص 21.

² - قايد ليلى، المرجع السابق، ص 89.

³ - أنظر: الرابط: www.elmizaine.com

المجرم بالميلاد يجب أن يتعرض لإحدى التدابير الوقائية، ويعامل معاملة المجرمين ولو لم يرتكب أي فعل يعاقب عليه القانون، كما أن هذه النظرية تهمل دور وتأثير عوامل البيئة على الإنسان، سواء بالسلب أو الإيجاب⁽¹⁾.

فظهرت بعد ذلك مدرسة الدفاع الاجتماعي التي تزعمها الفقيه الإيطالي "فيليبو جراماتيكا"، حيث تهدف حركة الدفاع الاجتماعي إلى حماية كل من المجتمع والمجرم من الظاهرة الإجرامية، ومن مبادئها استبدال نظام قانون العقوبات التقليدي بنظام الدفاع الاجتماعي، إضافة إلى إنكار حق الدولة في العقاب والتأكيد على واجب الدولة في التأهيل الاجتماعي، وقد لاقت هذه المدرسة أيضا العديد من الانتقادات أهمها استبعادها للقانون الجنائي قد يؤدي إلى زعزعة كيان الدولة، ولهذا جاء مارك انسل بنظرية الدفاع الجديدة، حيث دعا إلى الاعتراف بقانون العقوبات وضرورة تطويره، زيادة على التمسك بمبدأ العدالة المقيدة بالمنفعة ودمج العقوبات والتدابير في التعامل مع المجرم⁽²⁾.

وأخيرا ظهر المذهب التوفيقي "المؤتمر الدولي لقانون العقوبات" الذي أسسه "هامل برنس" و"جون ليست"، حيث أن هذه المدرسة تعترف بحرية الإرادة وتأسيس المسؤولية الجزائية على الإدراك والتمييز والاختيار لدى الفاعل، كما ترى هذه المدرسة أيضا تعدد وظائف العقوبة بين الردع، وإصلاح الجاني وتهذيبه، إضافة إلى أنها تأخذ بفكرة التدابير الاحترازية بالنسبة للأشخاص الذين ينطوون على خطورة إجرامية.

وقد اقتبس المشرع الجزائري الكثير من الأحكام والمبادئ من أفكار هذه المدارس، حيث سار على منهاج المدرسة التوفيقية التي صار لها الغلبة في الفقه الجنائي وتأثرت بها القوانين في مختلف الدول.

1- في قانون العقوبات الجزائري:

- تقسيم الجرائم بحسب درجات خطورتها إلى جنایات وجنح ومخالفات بموجب المواد 27 و 29 من قانون العقوبات الجزائري وتنوع الجزاء بحسب هذا المعيار، كما هو منصوص عليه في المادة 5 وما بعدها.

¹ - فريد روابح، المرجع السابق، ص 23.

² - فريد روابح، مرجع سلبق، ص 23، ص 24.

- أساس المسؤولية الجزائية هو حرية الإرادة في المواد 47 و51 ق ع.
- منهج المعاملة الجنائية للجاني هو الجمع بين العقوبة لغرض الردع والتدبير الاحترازي لغرض الوقاية في المواد من 4 إلى 26 من قانون العقوبات وتقسيم العقوبات إلى أصلية وتكميلية، وميز في أنواعها بين العقوبة السالبة للحرية والمالية والتقليص من حالات عقوبة الإعدام، والنص على بدائل العقوبة السالبة للحرية المتمثلة في العمل للنفع العام ووقف التنفيذ والمراقبة الالكترونية.
- مبدأ التفريد القانوني والقضائي للجزاء الجنائي في المادة 52 قانون عقوبات تحت عنوان شخصية العقوبة، بتنظيم ظروف التخفيف والتشديد والفترة الأمنية، وجعل العقوبات في أغلبها ذات حدين أدنى وأقصى⁽¹⁾، كما يظهر في المادة 3 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
- 2- في قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج للمحبوسين رقم 04/05 مؤرخ في 6 فبراير 2005 موافق ل 27 ذي الحجة 1425:
- أ- بالنسبة لهدف القانون: ورد في المادة الأولى من هذا القانون انه يهدف إلى تكريس مبادئ وقواعد لإرساء سياسة عقابية قائمة على الدفاع الاجتماعي، تجعل من العقوبة وسيلة لحماية المجتمع بواسطة إعادة التربية والإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
- ب- تفريد الجزاء الجنائي من حيث التنفيذ: نصت المادة 3 بأنه يرتكز تنفيذ العقوبة السالبة للحرية على مبدأ تفريد العقوبة المتمثل في معاملة المحبوس بحسب وضعيته الجزائية والبدنية والعقلية.
- ج- تدخل الجهاز القضائي: في مرحلة تطبيق العقوبة عن طريق قاضي تطبيق العقوبات تحت إشراف النيابة العامة، كما هو مبين في المواد 10 إلى 14 والمواد 22 و 23 وغيرها.
- د- دراسة شخصية الجاني: من أجل إخضاعه للعلاج العقابي قصد تحقيق إعادة تأهيله اجتماعيا.

¹- أنظر: الرابط www.elmizaine.com

هـ- مؤسسات تنفيذ الجزاء العقابي: ينظم هذا القانون، مؤسسات الدفاع الاجتماعي في الباب الثاني، والمؤسسات العقابية في الباب الثالث⁽¹⁾.

3- في قانون الإجراءات الجزائية:

أ- مبادئ المحاكمة العادلة وضماناتها: مثل حق الدفاع وقريئة البراءة، حق المحاكمة العادلة وتأويل الشك لمصلحة المتهم، حق الطعن.

ب- ضمانات المشتبه فيه والمتهم خلال المتابعة.

ج- تقييد الدعوى العمومية: بشكوى المضرور أو إذن أو طلب الهيئات الإدارية العمومية في عده جرائم.

بدائل الدعوى العمومية: نص على بدائل المتابعة أمام القضاء الجزائي، وهي الصلح الجنائي والوساطة الجنائية والتسوية الجنائية⁽²⁾.

ثانيا: الفقه الجنائي الإسلامي وأثره في تطوير القانون الجنائي:

يتميز الفقه الجنائي الإسلامي عن الفكر الوضعي بأسبقيته في إرساء المبادئ الجنائية بقرون عديدة، وبكماله وعدله المطلق ومن مصدره الرباني الخبير بشؤون الخلق وليس مصدره البشر، فمن مبادئ التجريم والعقاب في الفقه الجنائي الإسلامي مبدأ شخصية العقوبة، فالقصاص في الشريعة الإسلامية شخصي إضافة إلى مبدأ الشرعية وعدم رجعية النص، فمن القواعد الفقهية في الفقه الإسلامي أنه "لا حكم على أفعال العقلاء قبل ورود النص"، إضافة إلى قريئة البراءة، حيث أنه من القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية أن "الأصل في الأشياء الإباحة والأصل في الأفعال الجواز والأصل براءة الذمة"⁽³⁾.

وقد بقي اثر الفقه الإسلامي واضحا في بلدان العالم الإسلامي، كالقانون السعودي واليمني والإيراني وبدرجة أقل في البلدان الأخرى ومنها التشريع الجزائري، لأن الإسلام من مكونات هوية الدولة وتاريخها، ونستشف مظاهره في تجريم السلوكيات المتنافية مع القيم الأخلاقية والدينية، كجرائم الفساد وجرائم انتهاك العرض وانتهاك الحرمة وغيرها، كما قرر

¹- فريد رواج، المرجع نفسه، ص 25.

²- فريد رواج، مرجع سابق، ص 25.

³- أنظر: www.elmizaine.com

حماية جنائية ضد إهانة الدين الإسلامي والمساس بشعائر الإسلام والإساءة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وباقي الأنبياء (المادة 144 مكرر 2 قانون عقوبات جزائري)⁽¹⁾.

¹ - فريد رواج، المرجع السابق، ص 27.

خاتمة

خاتمة:

بعد دراستنا لموضوع مصادر القانون الجنائي فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج نوجزها فيما يلي:

- أن دور المشرع يتمحور حول التحديد المسبق لقائمة بالأفعال المجرمة والعقوبات المترتبة عليها وفقا للسياسة الجنائية المعمول بها في الدولة.

- أن المشرع أخذ بالتشريع كمصدر أساسي، كونه قانونا سياديا يرتبط بالإقليم الذي تمارس فيه الدولة سلطتها.

- أن التشريع باعتباره المصدر الرسمي له العديد من المزايا التي يتصف بها رغم احتوائه على بعض العيوب، إلا أن مزاياه غلبت عيوبه، لذلك فإن المشرع يميل إلى كفة التشريع على أساس أنه الخيار الأنسب عند الفصل في المنازعات المعروضة على القاضي الجزائي.

- ويقسم التشريع إلى نوعين: يتمثل الأول في التشريع البرلماني (التشريع الأساسي والتشريع العادي)، في حين يتمثل النوع الثاني في التنظيم، حيث نجد لكل نوع جهة مختصة بوضعه، إضافة إلى أن كل نوع له مجال معين.

- أن تطور الجرائم وحدائتها مما جعل مجالها يمتد إلى عدة أقاليم أخرى، وهذا ما صعب من مهمة التشريع الداخلي للدولة الواحدة في القدرة على مواجهتها، وهذا ما فرص على المشرع التنازل على جزء من سيادته من خلال قبوله للتشريعات الدولية أثناء سنه للقوانين الجنائية، فأصبح يتقبل نصوصا ذات طبيعة جنائية دولية، فيدرجها في تشريعاته الوطنية سواء كما هي أو بتعديل طفيف فيها.

- أن المشرع يمكنه الاعتماد على مصادر أخرى تقوم بدور ثاني عند وضعه القاعدة الجنائية بطريقة غير مباشرة، حيث يجرم أفعالا بناء على ديانته أو الأعراف السائدة في

مجتمعه، وهو ما يفسر اختلاف التشريعات حول النص على بعض الجرائم وكذا بعض العقوبات.

- أن للعرف وأحكام الشريعة الإسلامية دورا احتياطيا في مجال التجريم فقد يحيل التشريع الجنائي صراحة أو ضمنا في تبيان عناصر الجريمة إلى تشريع آخر يكون العرف أو الشريعة مصدرا لقواعده القانونية.

- إضافة إلى المصادر التفسيرية والمتمثلة في الفقه والقضاء باعتبارهما يقومان بدور تفسيري للنصوص القانونية الغامضة، فنجد أن الفقه الجنائي ساهم على مر العقود في تطوير مفاهيم، وآليات سياسة القانون الجنائي في التعامل مع الجريمة والمجرمين، وقد أسهمت دراسات الفقهاء ورجال القانون في تطوير القانون الجنائي فحددوا بذلك أسبابها ودوافعها وكيفيات مكافحتها.

- نجد للقضاء أن يلعب دورا في تطوير القانون من خلال تحديد الحلول القانونية التي تسمح بمسايرة المستجدات، حيث نجد الاجتهاد القضائي الجزائري قد فرض نفسه بشكل تدريجي على المشرع.

_ يجوز للقاضي الاجتهاد في مجال التجريم والعقاب والتدابير الأمنية في حال وجود نص قانوني غامض، وغير واضح، أو ناقص، بالإضافة إلى أن المشرع ترك لاجتهاد القاضي في المجالات التي تخرج عن مجال التجريم والعقاب، كأسباب التبرير وظروف التخفيف وموانع المسؤولية، وفي جميع الإجراءات الجزائية، مع مراعاة باقي الضوابط القانونية.

ومن خلال ما تم عرضه من نتائج، فإننا توصلنا إلى التوصيات التالية:

- محاولة الحد من التفويضات الممنوحة للسلطة التنفيذية فيما يتعلق بسن القوانين وفي أضيق الحدود، لتبقى محصورة فقط بالسلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل

بالتشريع، وبما يحفظ احترام كل سلطة لمهامها، مع تعزيز احترام مبدأ الفصل بين السلطات.

- ضرورة وضع آليات قانونية كالإحالة المباشرة إلى بعض الاتفاقيات المبرمة بين الدول التي لها أنظمة قانونية متقاربة خاصة في مجال التجريم، تجعل القانون الجنائي سواء في جانبه الموضوعي أو الإجرائي يواكب تحديات العصرية، وذلك من أجل تطوير القانون الجنائي في مجال مكافحة الجريمة العابرة للحدود.

- ضرورة الالتفات للتشريع الجنائي الإسلامي الذي يعتبر نموذجاً متكاملًا للقانون العقابي لأن فيه الكثير من القواعد الجديرة بالثمنين في التجريم والعقاب والإثبات.

أولاً: القرآن الكريم:

- 1- سورة البقرة، الآية 3، 4، 172، 184، 282
- 2- سورة المائدة، الآية 6.
- 3- سورة الحج، الآية 76. سورة الجاثية، الآية 18.
- 4- سورة المؤمنون، الآية 5-7.
- 5- سورة النساء، الآية 15.
- 6- سورة النور، الآية 2، 13.

ثانياً: الحديث النبوي:

- 1- أخرجه الترميذي، الحدود، باب ما جاء في درء الحدود.

ثالثاً: النصوص القانونية:

I- الدساتير:

- 1- القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخ في 16 نوفمبر 2008.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 82 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020.

II- القوانين:

- 1- قانون العقوبات الجزائري، المعدل بالقانون رقم 20-06 المؤرخ في 28 أبريل 2020، ط 07، دار برتي للنشر.
- 2- قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المعدل بالقانون رقم 19-10 المؤرخ في 11 ديسمبر 2020، ط 07، دار برتي للنشر.
- 3- القانون رقم 2004-20، المؤرخ في 09/03/2004 المعدل والمتمم.

III- الاتفاقيات:

1- اتفاقية تنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين الجزائر وفرنسا المصادق عليها بموجب الأمر رقم 65-194 المؤرخ في 29 يوليو 1965، الجريدة الرسمية، العدد 68، المؤرخة في 17 غشت 1965.

2- اتفاقية التعاون القضائي والإعلانات والإبادة القضائية وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين الجزائر ودولة الإمارات العربية المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 07-323 المؤرخ في 23 أكتوبر 2007، الجريدة الرسمية، العدد 68، المؤرخة في 28 أكتوبر 2007.

3- الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب والمعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1999/12/9 صادقت عليها الجزائر بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 445/2000 مؤرخ في 2000/12/23، جريدة رسمية ع01، صادر في 2001/01/30.

4- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988.

5- اتفاقية تسليم المجرمين بين الجزائر وإسبانيا المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-85 المؤرخ في 9 مارس 2008، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخ في 12 مارس 2008.

رابعاً: الكتب.

1- أحمد غازي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزائر، دار هومه، 2005.

2- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط01، القاهرة، دار الشروق، 2000.

3- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط02، القاهرة، دار الشروق، 2002.

4- إدريس بوكرا، المبادئ العامة للقانون الدستور والنظم السياسية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2016.

- 5- إسحاق إبراهيم، نظريتنا القانون والحق، وتطبيقاتهما في القانون الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 6- إيهاب عبد المطلب، العقوبات الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، ط01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2009.
- 7- جلاي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج02، ط01، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
- 8- حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري والنظم السياسية، سوريا، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018.
- 9- خالد عبد العظيم أو غابة، فتحي عبد العظيم أو غابة، التلبس بالجريمة وآثاره، ط01، دار الفكر الجامعي، 2010.
- 10- رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز المبعوث الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014.
- 11- رحمان منصور، الوجيز في القانون الجنائي العام، عنابة، دار العلوم للنشر، 2016.
- 12- سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدبلوماسي، ج11، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- 13- سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدبلوماسي، ج11، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- 14- الطيب برمضان، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الجزائر1، ع01، م12، 2021.
- 15- طالب رشيد يادكار، مبادئ القانون الدولي العام، ط01، أبريل، مؤسسة موكرياني للبحوث والنشر، 2009.
- 16- عبد الحميد عمارة، ضمانات الخصوم أثناء المحاكمة الجزائية في التشريع الوضعي والإسلامي، الجزائر، دار الخلدونية، 2010.
- 17- عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام دراسة مقارنة، ط04، الجزائر، دار بلقيس، 2019.

- 18- عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا، أحمد حشمت أبوشيت، أصول القانون، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1950.
- 19- عبد الرزاق السنهوري أحمد السنهوري باشا، أحمد حشمت، أصول القانون، القاهرة، مطبعة فتح الله إلياس وأولاده، 1950.
- 20- عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنيين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، ط1، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2013.
- 21- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزائر، دار هومه، 2010.
- 22- عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المجلد 2، ط2، لبنات، دار الكتاب العلمية، 2009.
- 23- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ج01، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995.
- 24- عبد المجيد إبراهيم عبد الكريم المليقطة، دور القضاء الجنائي الوطني في مكافحة الجريمة والحدّ منها لاستتباب الأمن المجتمعي، ط 01، شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، (د ت).
- 25- علي حسين الخلف، سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بغداد، المكتبة القانونية، (د ت).
- 26- علي حسين الشامي، الدبلوماسية، ط 2، عمان، دار النشر والتوزيع، 2007.
- 27- عمر سعد الله، المطول في القانون الدولي للحدود، ج 3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
- 28- عمر صادق، القانون الدولي لحقوق الإنسان دراسة في مصادر حقوق الإنسان، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- 29- فرج القصير، القانون الجنائي العام، (د ب)، مركز النشر الجامعي، 2006.
- 30- فرح رضا، شرح قانون العقوبات الجزائري، ط02، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1976.

- 31- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1987.
- 32- محمد الحاج محمود، القانون الدولي للبحار، ط2، دار الثقافة، 2019.
- 33- محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، ط 03، لبنان، دار الكتاب الجديدة المتحدة، 2002.
- 34- محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الجزائر، دار هومة للطباعة والتوزيع، 2011.
- 35- محمد نعيم علوه، موسوعة القانون الدولي العام: العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، ج 11، ط 1، الجزائر، مركز الشرق الأوسط الثقافي، 2012.
- 36- نهى القاطرجي، جريمة الإغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، ط 1، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2003.
- خامسا: المقالات.

- 1- إبراهيم بوعمره، عبد العالي حفظ الله، الشرعية كضمانة دستورية في ظل قانون الإجراءات الجزائية والنتائج المترتبة عنها دراسة على ضوء التعديل الدستوري 2020 وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن جامعة محمد خيضر- بسكرة، م01، ع 13، 2021.
- 2- إبراهيم نصر الله، مكانة المعاهدات الدولية في النظام القانوني الأردني قراءة نقدية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، تصدر عن جامعة ابن زهر أكادير، م8، ع 05، 2019.
- 3- أحمد الصويعي شلييك، العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 4، 2020.
- 4- برمضان الطيب، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الجزائر 1، م12، ع 01 2021.
- 5- بلقاسم مخلط، تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي، مجلة المعيار، تصدر عن جامعة زيان عاشور-الجلفة، م 05، ع 10، 2014 .

- 6- تاهونزة نور الدين، عقوبة جريمة الزنا بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مخبر الجرائم العابرة للحدود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد العلة، (د ت).
- 7- حسين إيهاب محمد، دور العرف في التجريم، الملة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 10، 2018.
- 8- حسين عبد علي عيسى، مصادر القانون الجزائري الإنجليزي، ملة الرافدين للحقوق، م 15، ع 55، 2017.
- 9- حسينة شرون، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، ملة الباحث، تصدر عن جامعة محمد خيضر بسكرة، ع 5، 2007.
- 10- خالد عطوي، مبدأ سمو المعاهدات الدولية في القانون الوطني: قراءة في التعديلات الدستورية الجزائرية، 1، ملة الواحات للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة الجزائر 1، م 8، ع 02، 2015.
- 11- خدوجة خلوفي، الرقابة على دستورية القوانين من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية في ظل تعديل الدستور الجزائري 2020، ملة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، م 06، 2021.
- 12- خرشي عبد الله الصمد رضوان، عبد المنعم بن أحمد، أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين كأداة في يد السلطة القضائية في مواجهة السلطة التشريعية، ملة العلوم القانونية، تصدر عن جامعة زيان عاشور-الجلفة، ع 04، 2016.
- 13- الرق محمد رضوان، رزق الله العربي بن مهيدي، الملة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، م 04، ع 02، 2020.
- 14- ربيعة بوقرط، علاقة القانون الدولي العام بالقانون الداخلي على ضوء الممارسة الدولية والتشريع الجزائري، تصدر عن جامع حسيبة بن بوعلبي- الشلف، م 2، ع 01، 2021.
- 15- رحمانية بشير، عذر الاستفزاز عند المفاجأة بالزنا دراسة مقارنة، ملة العلوم الإنسانية، العدد 46، المجلد ب، عنابة، 2016.
- 16- زيان سبع، مكانة المعاهدة الدولية ضمن مبدأ تدرج القوانين في النظام الدستوري الجزائري، ملة الحقوق والعلوم الإنسانية، م 01، ع 29، 2019.

- 17- شهرزاد بوسطلة، جميلة مدور، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن جامعة محمد خيضر-بسكرة، ع 04، 2008.
- 18- شهيرة بولحية، حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مجلة المنتدى القانوني، تصدر عن جامعة محمد خيضر_ بسكرة، 2013.
- 19- طباش عز الدين، الاتفاقيات الدولية كمصدر للقانون الجنائي الجزائري لتدعيم جهود مكافحة الإجرام العابر للحدود، تصدر عن جامعة بجاية، م 35، ع خاص، 2021.
- 20- عبد الحليم بن مشري، الاتفاقيات الدولية مصدر ملزم للقاضي الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن جامعة محمد خيضر- بسكرة، ع 1، 2018.
- 21- عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 10، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2006.
- 22- عبد الكريم بلقاضي، الأسس الدستورية للشرعية الجنائية الموضوعية، مجلة المعارف القانونية الاقتصادية، تصدر عن جامعة الجزائر 1، م 02، ع 03، 2021.
- 23- عمر عماري، عذر الاستفزاز في جريمة الخيانة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري، مجلة الإحياء، تصدر عن جامعة باتنة 1، ع 20، 2017.
- 24- عقيلة عفييري، هدى عمارة، مبدأ تسليم المجرمين كإجراء لتكريس العدالة الجنائية الدولية، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، م 12، ع 04، 2020.
- 25- علا كريمة، الشرعية الجنائية الإجرائية: نجاعة الصياغة وفاعلية التطبيق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، م 05، ع 02، 2021.
- 26- علي محمد الطبي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحقوق والحريات العامة، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن جامعة عدن، م 12، ع 01، 2020.
- 27- عمر عبد الله، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق، م 10، ع 02، 2001.
- 28- الفواعة حابس، احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بين التشريع والقضاء، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، تصدر عن جامعة الجلفة، م 12، ع 01، 1970.

- 29- قايدى ليلي، دور الفقه في تطوير القانون الجنائي، تصدر عن جامعة ابن خلدون، تيارت، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، م 06، ع 02، 2020.
- 30- لخضر زرارة، قرينة البراءة في التشريع الجزائري، مجلة الفكر، تصدر عن جامعة خيضر - بسكرة ع11، 2018.
- 31- ماجد نجم عيدان الجبوري، الشرعية الدستورية للقانون الجنائي، مجلة القانون للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن جامعة كركوك، (د ت).
- 32- محمد بومدين، مبررات الاعتراف للقضاء الجزائري بدوره في الرقابة على دستورية القوانين وتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، م08، ع 04، 2019.
- 33- نجات شاييرة، ضمانات الحق في المحاكمة العادلة أثناء مرحلة المحاكمة في المواد الجزائية، معهد العلوم القانونية والإدريّة، تصدر عن جامعة غيليزان، ع05، 2015.
- 34- نصيرة غزالي، رزق الله العربي بن مهدي، المحاكمة العادلة في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، م 12، ع 04، 2019.
- 35- يوسف محمد، بوعزة مصطفى، ضوابط الاجتهاد القضائي الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، م 06، ع02، 2021.

سادسا: الرسائل والمذكرات:

رسائل الدكتوراه:

- 1- أحمد بولمكاحل، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، رسالة دكتوراه جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014.
- 2- بن زحاف فيصل، تسليم مرتكبي الجرائم الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2011. نصر الدين عاشور، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان في ظل التعددية السياسية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيدر - بسكرة، 2015.

مذكرات الماجستير:

- 1- أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، العرف في التشريع دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010.

- 2- محمد أمين جدوى، عبد الكريم مأمون، جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.
- 3- بن عمر الحاج عيسى، الجريمة المنظمة العابرة للحدود وسبل مكافحتها دوليا وإقليميا، مذكرة ماجستير، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2010.
- 4- لحر فافة، إجراءات تسليم المجرمين في التشريع الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، 2013.
- 5- لوافي سعيد، الحماية الدستورية للحقوق السياسية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خضير - بسكرة.
- 6- أحمد بركات، الاختصاصات التشريعية لرئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد.
- 7- عواطف قارة، ضمانات الحقوق والحريات الدستورية في مواجهة التجريم، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر 1، 2013.

مذكرات الماستر:

- 1- بن طاهر حكيم، مبدأ الشرعية الجنائية، مذكرة ماستر، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.
- 2- كريمة بوديسة، المصادر الرسمية للقانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة ألكلي محند أولحاج، 2016.
- 3- كريمة بوديسة، المصادر الرسمية للقانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2016.
- 4- أحمد حميدة، مبدأ تدرج القواعد القانونية وآثاره على الوظيفة القضائية، مذكرة ماستر، المدرسة العليا للقضاء، 2006.
- 5- عمر حمرات، سعيد علي، مشاركة السلطة التنفيذية السلطة التشريعية بين الاستثناء والاستحواد، مذكرة ماستر، جامعة الجبالي بونعامة خميس مليانة، 2018.
- 6- علي فنيترز، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القانون الدولي الجنائي، ماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرياح، 2016.

خامسا: الملتقيات والندوات والمحاضرات:

الملتقيات:

1- صباح مريوة، الجريمة المنظمة وآليات مكافحتها على المستوى الدولي، الملتقى الوطني الثالث حول الجريمة المنظمة وسياسة مكافحتها، الأغواط، 2008.

الندوات:

1- عبد المجيد زعلاني، مبادئ دستورية في القانون الجنائي، محاضرة أقيمت في ندوة "الحريات العامة والتطور السياسي في الجزائر، وهران، أيام 29-30/11/1997.

المحاضرات:

1- آمال عيشاوي، ضمانات المحاكمة العادلة أمام محكمة الجنايات في ظل قانون رقم 07/17، حوليات جامعة الجزائر 1، ع33، ج01، مارس 2019.

2- بن أعراب محمد، القانون الدستوري، محاضرات ملقاة على طلبة الأولى حقوق مجموعة ب، 2021.

3- حماس هديات، محاضرات في القانون الجنائي العام، مطبوعة موجهة للسنة الثانية حقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، (د ت).

4- الخامسة مذور، التنظيم القانونية للحريات العامة، دروس مخصصة لطلبة حقوق الإنسان والأقليات ماستر 2، السداسي الأول، جامعة باتنة، 2020.

5- رضا بن سالم، محاضرات في القانون الدولي العام، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق ل م د جذع مشترك، جامعة البلدية ع02، 2020.

6- زايد بن عيسى، محاضرات في القانون الدولي العام السنة الثانية ليسانس، المركز الجامعي البشير، البيض، 2017.

7- زايد بن عيسى، محاضرات في القانون الدولي العام السنة الثانية ليسانس، المركز الجامعي البشير، البيض، 2017.

8- شلالي رضا محاضرات في مقياس نظام التشريع في الجزائر، جامعة الجلفة، 2018.

9- عادل محمد قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، ط02، جامعة عنابة، 1992.

- 10- علي ماهر بك، القانون الدولي العام، مجموعة المحاضرات ليسانس، مطبعة الاعتماد شارع حسن الأكبر، 1924.
- 11- فريد رواج، محاضرات في القانون الجنائي العام، جامعة محمد دباغين، سطيف، 2018.

سادسا: المواقع الإلكترونية:

- 1- عصام سليمان، دسترة مختلف فروع القانون، . konrad-adenauer-stiftung e . 2021v
- 2- www.mohamah.net
- 3- [https:// www.mjjustice.dz](https://www.mjjustice.dz)

فہرِس

الفهرس:

الموضوع:	الصفحة
الشكر
الإهداء
قائمة المختصرات:
المقدمة
الفصل الأول : المصادر الأساسية للقانون الجنائي	06
المبحث الأول: المصادر الوطنية	07
المطلب الأول: التشريع الأساسي	07
الفرع الأول الدستور كمصدر للقانون الجنائي	08
أولاً: مكانة الدستور في النظام القانوني للدولة	08
ثانياً: علاقة الدستور بالقانون الجنائي	09
الفرع الثاني: الأسس الدستورية الشرعية الجنائية الموضوعية	10
أولاً: مبدأ الشرعية الجنائية	10
ثانياً: مبدأ شخصية العقوبة	12
ثالثاً: مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي	12
الفرع الثالث: الأسس الدستورية الشرعية الجنائية الإجرائية	13
أولاً: مبدأ المحاكمة العادلة	14
ثانياً: مبدأ قرينة البراءة	15
ثالثاً: مبدأ حق الدفاع	16
الفرع الرابع : الرقابة على دستورية القوانين الجنائية	17
أولاً : الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين	17
ثانياً: أنواع الرقابة على دستورية القوانين	18

20	المطلب الثاني: التشريع العادي والتشريع الفرعي.....
20	الفرع الأول: التشريع كمصدر أصلي للقاعدة الجنائية.....
20	أولا: مكانة القانون الجنائي في النظام القانوني للدولة.....
22	ثانيا: مراحل سن التشريع.....
23	الفرع الثاني: مبدأ الشرعية الجنائية.....
23	أولا: طبيعة النص الجنائي.....
24	ثانيا: نطاق مبدأ الشرعية.....
25	ثالثا: تكريس المبدأ في النصوص الوطنية والدولية.....
26	الفرع الثالث: التشريع الفرعي كمصدر استثنائي للقاعدة الجنائية.....
26	أولا : الأوامر.....
27	ثانيا: الأنظمة أو المراسيم أو اللوائح
27	ثالثا : القرارات الإدارية.....
28	الفرع الرابع: الاختصاص التشريعي في المسائل الجنائية.....
29	أولا: انفراد التشريع بالاختصاص في مسائل حقوق الإنسان.....
30	ثانيا: انفراد التشريع في مجال تحديد الجرائم والعقوبات.....
30	ثالثا: انفراد التشريع في مجال تحديد الإجراءات الجنائية.....
31	المبحث الثاني: المصادر الدولية.....
32	المطلب الأول: القانون الدولي العام.....
32	الفرع الأول: القانون الدولي العام كمصدر للقانون الجنائي.....
32	أولا: مكانة القانون الدولي.....
33	ثانيا: علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي.....
37	الفرع الثاني: استناد التشريع الجنائي لبعض أحكام القانون الدولي العام.....
37	أولا: سريان القانون الجنائي خارج الوطن أو سريانه على الأجانب داخل الوطن....

39	ثانيا: تحديد الإقليم البحري والجوي للدولة.....
41	الفرع الثالث: ارتباط القانون الجنائي مع القانون الدولي العام.....
42	أولا: في مسألة تسليم المجرمين.....
44	ثانيا: في مسألة الحصانة الدبلوماسية.....
46	المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية.....
47	الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية كمصدر للقوانين الجنائية.....
48	أولا: مكانة الاتفاقيات في النظام القانوني للدولة.....
50	ثانيا: دور الاتفاقيات في وضع العناصر المكونة للجريمة العابرة للحدود.....
51	ثالثا: نماذج اتفاقية لتحديد مفهوم الجرائم العابرة للحدود في القانون.....
52	الفرع الثاني: الاتفاقيات الدولية كمصدر لأحكام قمع الجرائم العابرة للحدود.....
53	أولا: دور الاتفاقيات الدولية في توحيد القواعد الإجرائية لمكافحة الجريمة العابر للحدود.....
54	ثانيا: دور الاتفاقيات الدولية كمصدر للعقوبات المقررة للجرائم العابرة للحدود.....
55	الفرع الثالث: أسباب اللجوء إلى الاتفاقيات الدولية كمصدر لأحكام مكافحة الجريمة العابرة للحدود.....
55	أولا: الطبيعة الخاصة للجرائم المنظمة العابرة للحدود.....
56	ثانيا: إشكالية الطابع السيادي للقوانين الجنائية.....
60	الفصل الثاني: المصادر الثانوية للقانون الجنائي.....
61	المبحث الأول: المصادر الاحتياطية.....
61	المطلب الأول: الشريعة الإسلامية.....
62	الفرع الأول: الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الجنائي.....
62	أولا: مكانة الشريعة الإسلامية بالقانون.....
64	ثانيا: علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الجنائي.....
65	الفرع الثاني: لجوء قانون العقوبات إلى بعض أحكام الشريعة الإسلامية.....
65	أولا: جريمة الاغتصاب بين الشريعة والقانون.....

67ثانيا: الحماية الجنائية للجنين بين الشريعة والقانون
69ثالثا: جريمة الزنا بين الشريعة والقانون
71الفرع الثالث: لجوء القانون الإجراءات الجزائية إلى بعض أحكام الشريعة الإسلامية...
71أولا: في مسألة حق الدفاع.
73ثانيا: في مسألة التلبس بالجريمة
75المطلب الثاني: العرف
75الفرع الأول: العرف كمصدر للقانون الجنائي.
76أولا: مكانة العرف في القانون
78ثانيا: علاقة العرف بالقانون الجنائي
79الفرع الثاني: أثر العرف في تجريم الأفعال
79أولا: حالات استبعاد التجريم كأسباب الإباحة
80ثانيا: حالات تحديد العناصر المكونة للسلوك الإجرامي
81الفرع الثالث: إسهام العرف في بناء التكليف الجنائي
82أولا: بالنسبة للتكليف الذي تتضمنه القاعدة الجنائية
83ثانيا: بالنسبة للتكليف الذي يضعه المشرع في قالب حر
84المبحث الثاني: المصادر التفسيرية
84المطلب الأول: القضاء
84الفرع الأول: القضاء كمصدر للقانون الجنائي
85أولا: مكانة القضاء في القانون
87ثانيا: علاقة القضاء بقواعد القانون الجنائي
87الفرع الثاني: دور القاضي في تفسير النص الجنائي
88أولا: بالنسبة في حالة غموض النص
88ثانيا: بالنسبة للنص القانوني غير الكامل

89	المطلب الثاني: الفقه
89	الفرع الأول: الفقه كمصدر للقانون الجنائي
90	أولاً: مكانة الفقه في القانون
91	ثانياً: علاقة الفقه بالقانون الجنائي
91	الفرع الثاني: دور الفقه في تطوير القانون الجنائي
92	أولاً: دور المدارس العقابية في تطوير القانون الجنائي
95	ثانياً: الفقه الإسلامي وأثره في تطوير القانون الجنائي
98	خاتمة:
101	قائمة المراجع
111	فهرس الموضوعات

المخلص

ملخص:

إن الهدف من دراستنا لهذا الموضوع هو تقديم دراسة تحليلية، وتطبيقية، وقانونية، إضافة إلى إثراء مكتبة الدراسات القانونية للقانون الجنائي، وتتجلى أهمية موضوع مصادر القانون الجنائي في أنه يعتبر مجالاً فنياً للدراسة نقل فيها الدراسات النظرية، والتطبيقية، والقانونية عموماً.

ولاستكمال هذه الدراسة اتبعنا منهجية بحث تعتمد على عدة مناهج من بينها المنهج الاستقرائي، والذي يهدف إلى جمع استقرا القواعد المتعلقة بالموضوع، إضافة إلى المنهج التحليلي، وذلك من خلال تجميع المعلومات، وقياسها مع بعضها البعض، لاستخلاص أهم الأحكام، والنصوص القانونية المعتمدة في التشريع الجنائي عامة، والتشريع الجزائي خاصة، كما اعتمدنا أيضاً على المنهج الوصفي وبعض المناهج الأخرى لما تتطلبه هذه الدراسة.

ومن خلال ذلك توصلنا إلى النتائج التالية:

- أن القانون الجنائي يأخذ بالمصادر الوطنية، والمصادر الدولية كمصدر أساسي عند تطبيق القاعدة الجنائية، في حين يرجع المشرع للمصادر الاحتياطية والتفسيرية في حالة عدم كفاية هذه القاعدة أو نقصانها، كمصدر ثانوي لسد الفراغ التشريعي.
- أن الدول تختلف في ترتيبها لمصادر القانون الجنائي الخاص بها، فمنها من تضع التشريع في البداية كمصدر أولي وأساسي، ومنها من تعتبره مصدر ثانوي بعد المصادر الأساسية.

وتوصلنا في الأخير إلى هذه التوصية:

هي ضرورة الالتفات للتشريع الجنائي الذي يعتبر نموذجاً متكاملًا للقانون العقابي، لأن فيه الكثير من القواعد الجديرة بالتمتين في التجريم والعقاب والإثبات.