



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريبرج
كلية الحقوق والعلوم السياسية



مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية
المنعقد بتاريخ 02 جوان 2026

بناء على محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية المنعقد بتاريخ: 02 جوان 2026 في دورته الاستثنائية،
وفي محور جدول الأعمال النقطة الرابعة (04): المصادقة على تقارير الخبرة الإيجابية لتقييم المطبوعة
البيداغوجية واعتمادها:

للدكتور: دراجة عبد الجليل

تحت عنوان: "محاضرات في النظرية العامة للجريمة" للسنة الأولى ليسانس جذع مشترك 2024-
2025 والمحكمة من طرف الخبراء الذين تم تعيينهم في المجلس العلمي للكلية المنعقد بتاريخ 09 أكتوبر
2025 والآتية أسماؤهم:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة
مهوب يزيد	أستاذ	جامعة برج بوعريبرج
رفاف لخضر	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة برج بوعريبرج
خلفة سمير	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة برج بوعريبرج
عضو احتياطي: بلفروم محمد اليمين	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة برج بوعريبرج

سلمت هذه الشهادة بطلب من المعني لاستعمالها في حدود ما يسمح به القانون.

برج بوعريبرج في: 02 جوان 2026

رئيس المجلس العلمي للكلية





الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



UNIVERSITE MOHAMED EL BACHIR EL IBRAHIMI
BORDJ BOU ARRERIDJ

محاضرات في النظرية العامة للجريمة

أقيت على طلبة السنة الثانية جذع مشترك ليسانس

من إعداد الدكتور: عبد الجليل درارحة

أستاذ محاضر قسم أ

السنة الدراسية: 2025/2024

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



محاضرات في النظرية العامة للجريمة

أقيمت على طلبة السنة الثانية جذع مشترك ليسانس

من إعداد الدكتور: عبد الجليل بن محفوظ درارجة

السنة الدراسية: 2025/2024

(وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا)

سورة الإسراء: الآية 15

مقدمة .

تعد دراسة **النظرية العامة للجريمة والعقوبة** من المقررات المهمة لطلبة القانون، حيث نسعى إلى تحليل الجريمة في أبعادها المختلفة، وبيان أركانها وعناصرها القانونية التي تجعل من الفعل البشري جريمة معاقباً عليها. وسنتناول تعريف الجريمة وفقاً للتشريع الجزائري، ونعرض لأسس التمييز بين الجريمة وغيرها من الأفعال غير المشروعة، مع توضيح الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي. كما نسلط الضوء على التطورات الفقهية والقضائية التي أسهمت في إثراء النظام القانوني للجريمة. ويكتسي دراسة النظرية العامة للجريمة أهمية كبيرة للطلبة والمهتمين بالقانون، لأنه يساهم في بناء فهم منهجي يساعد على دراسة القواعد الجنائية بصورة دقيقة، ويساهم في تكوين الملكة القانونية اللازمة لاستيعاب السياسة الجنائية وتطبيقها.

وتحتل مفردات مادة النظرية العامة للجريمة مكانة محورية ضمن الدراسات القانونية، ولا سيما في ميدان القانون الجنائي، إذ يمثل مدخلاً أساسياً لفهم الظاهرة الإجرامية من منظور علمي ومنهجي. ولا تقتصر في دراستنا على مجرد عرض التعريفات التقليدية للجريمة، وإنما نسعى إلى بناء تصور متكامل حول الأسس العامة التي يقوم عليها مفهوم الجريمة، بإبراز أركانها الجوهرية المتمثلة في الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي. ومن خلال هذا نحاول بيان تضافر هذه الأركان لتشكيل الفعل المجرّم قانوناً، وكيف يختلف هذا الفعل عن غيره من التصرفات غير المشروعة أو المخالفة للنظام العام.

كما نعالج البعد التاريخي والفكري للنظرية العامة للجريمة، من خلال تتبع تطور المفاهيم الجنائية في الفقه والقضاء، وما رافقها من اجتهادات هدفت إلى التوفيق بين مقتضيات العدالة الجنائية وضرورات السياسة العقابية. ويولي أهمية خاصة للإشكالات التي يثيرها كل ركن من أركان الجريمة، مثل مسألة السببية في الركن المادي، أو طبيعة القصد الجنائي في الركن المعنوي، إلى جانب التطرق إلى الصور الخاصة للجريمة كالجرائم الوقتية والمستمرة، والشروع، والمساهمة الجنائية.

وتكمن القيمة العلمية للمطبوعة البيداغوجية للطلبة في أنها لا يكتفي بالتنظير، بل يربط بين الجانب النظري والجانب العملي، من خلال عرض أمثلة تطبيقية وإحالات إلى نصوص تشريعية وأحكام قضائية. وهذا ما يجعلها مرجعاً لا غنى عنه للطلبة والباحثين والممارسين على حد سواء، إذ يساعدهم على اكتساب أدوات تحليلية لفهم النصوص القانونية وتطبيقها، ويعزز قدرتهم على التمييز بين الفرضيات القانونية المختلفة.

ونخلص إلى أن استيعاب مفردات مادة النظرية العامة للجريمة يمثل خطوة أساسية في تكوين الملكة القانونية لدى طلبة القانون، لأنه يقدم فهماً عميقاً للجريمة في إطارها التشريعي والفقهى والقضائي، ويُعدّ منطلقاً لدراسة باقي موضوعات القانون الجنائي كالعقوبة والتدابير الاحترازية، ما يجعله ركناً أساسياً في أي دراسة أكاديمية أو عملية تتناول الظاهرة الإجرامية.

ونتناول هذه المادة العلمية تبعاً لما قررت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق بإقحام بعض التعديلات على ترتيب المفردات انسجاماً مع تصورنا لما يخدم استيعاب المفاهيم لدى الطلبة، فضلاً عن تحقيق رؤيتنا للترباط المنهجي بين مفردات هذه المادة وفقاً للخطة الآتية بيانها:

فصل تمهيدي: مدخل مفاهيمي لقانون العقوبات والجريمة

المبحث الأول: مدخل مفاهيمي لقانون العقوبات وتقسيماته

المبحث الثاني: التعريف بالجريمة وتقسيماتها

الفصل الأول: الركن الشرعي للجريمة وما يتعلق به

المبحث الأول: مبدأ شرعية القاعدة الجنائية

المبحث الثاني: حدود تطبيق القاعدة الجنائية

المطلب الأول: تطبيق القاعدة الجنائية من حيث الزمان.

المطلب الثاني: تطبيق القاعدة الجنائية من حيث المكان

الفصل الثاني: الركن المادي للجريمة وما يتعلق به

المبحث الأول: ماهية الركن المادي للجريمة

المبحث الثاني: الشروع في الجريمة

المبحث الثالث: المساهمة الجنائية

المبحث الرابع: الأفعال المبررة (أسباب الإباحة)

المطلب الأول: استعمال الحق

المطلب الثاني: الدفاع الشرعي

الفصل الثالث: الركن المعنوي للجريمة وما يتعلق به

المبحث الأول: ماهية الركن المعنوي للجريمة

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية

المبحث الثالث: الجزاء الجنائي

فصل تمهيدي:

مدخل مفاهيمي لقانون العقوبات والجريمة

المبحث الأول: مدخل مفاهيمي لقانون العقوبات وتقسيماته

تعريف قانون العقوبات:

قانون العقوبات هو مجموعة القواعد القانونية التي تسنها الدولة، وتحدد فيها ما يعد من السلوك جرائم، وتحدد الجزاءات المقررة لها وتسمى القواعد الجنائية الموضوعية.

وتتكون القاعدة الجنائية الموضوعية من شقين:

- شق التكليف: والمتمثل في حظر القاعدة الجنائية لسلوك معين.
- شق الجزاء: وهو الأثر القانوني المترتب على مخالفة شق التكليف في القاعدة الجنائية، والمتمثل في توقيع العقاب أو التدبير الاحترازي على المخالف.¹

التسميات المختلفة لقانون العقوبات:

لم تحظ القواعد الجنائية الموضوعية بمصطلح واحد يجمع عليه التشريع والفقهاء فأصطلح عليها تارة"

- قانون العقوبات: ركز الفقه والتشريع منذ أمد بعيد على الأثر القانوني المترتب على الجريمة (مخالفة شق الإلزام في القاعدة الجنائية الموضوعية) والمتمثل في العقوبة، كونها جسدت أهم وسيلة يرتكز عليها المجتمع في كفاحه ضد الجريمة.

نقد: لم تسلم هذه التسمية من الانتقاد والاعتراض لسببين:

تكاد توحى تسمية القواعد الجنائية الموضوعية بقانون العقوبات بأن موضوعها ينحصر في بيان العقوبات دون تحديد الجرائم.

كما قد توحى هذه التسمية أيضا بأن العقوبات وحدها هي الأثر القانوني الوحيد المترتب على ارتكاب الجرائم. وهذا امر مخالف للواقع، لأن التدابير الاحترازية التي ينص عليها المشرع في بعض الأحيان لمواجهة الخطورة الإجرامية لدى بعض فئات المجرمين تتكاتف مع العقوبات لحماية المجتمع من الجريمة.

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام- النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للتدبير الاحترازي- دار النهضة العربية، القاهرة ط: 07، 1982، ص 1

- **القانون الجنائي:** يميل جانب من الفقه إلى اصطلاح القانون الجنائي، لأن مصطلح الجنائي مشتق من لفظ الجناية التي تعد أخطر أنواع الجرائم وأهمها، فأصبحت كناية عن الجريمة بصفة عامة . واستحسن هذا الاصطلاح عند هذا الاتجاه لأن الجريمة تمثل الأصل أي الفعل ، فنسبت القواعد الجنائية الموضوعية إلى الفعل، واستبعدت نسبتها إلى رد الفعل المتمثل في الجزاء بنوعيه عقابا أو تدييرا احترازيا، ونسبة الأمور إلى الأصل أكثر انسجاما مع المنطق.
- نقد:** مما يعاب على هذا الاتجاه أنه:
- لا يعبر عن الأثر القانوني المترتب على ارتكاب الجريمة وهو العقوبة أو التدبير الاحترازي .
- كما ان استخدام مصطلح القانون الجنائي لا يكشف إلا على نوع واحد من الجرائم وهو الجنايات، وبالتالي يتجرد هذا الاصطلاح في التشريعات التي تأخذ بالتقسيم الثنائي للجرائم جنح ومخالفات، أو تلك التي أغفلت هذا التقسيم واكتفت بالتفريق بين أنواع الجرائم اكتفاء بتوقيع العقاب.
- ويرى البعض أن هذا الاصطلاح من رواسب القانون الروماني حين كانت الجنايات وحدها من جرائم القانون العام ، أما الجنح والمخالفات فكانت من جرائم القانون الخاص.
- القانون الجزائري: اتجهت بعض التشريعات وجانب من الفقه إلى استعمال اصطلاح القانون الجزائري استنادا إلى أن لفظ الجزاء يتسع ليغطي العقوبة والتدبير الاحترازي معا.
- نقد:** من الانتقادات التي رمي بها هذا الاتجاه
- أن التدابير الاحترازية ليست إلا مجموعة من الإجراءات ترمي إلى الدفاع عن المجتمع ضد الحالة الخطرة المتوافرة في شخص الجاني لمنع احتمال عودته إلى الجريمة، فهي غير مؤسسة على المسؤولية الجزائية ، ولكن على الخطورة الإجرامية في شخص الجاني فلهذا كان اللجوء إلى هذا النوع من الجزاء الجنائي (التدابير الاحترازية) جائزا قبل من لا يسأل جنائيا إذا ارتكب جريمة كالمجنون، وناقص الإدراك، والصغير.
- كما أن التدابير الاحترازية تتجرد من المضمون الخلقى اللازم لفكرة العقوبة ، فهي ليست جزاء على خطأ ولا تعبيرا عن لوم، ولا ينطوي تنفيذها على معنى الإيلام المقصود كما في العقوبة.

- فضلا عن هذا فإن كلمة الجزاء كلمة مرنة يتسع مدلولها ليشمل إلى انب الجزاء الجنائي كافة الجزاءات التي تقرها فروع القانون الأخرى؛ إذ المقرر أنه لا قانون حيث لا جزاء. فالجزاء من خصائص القانون المدني، وقانون الأحوال الشخصية، وغيره من القوانين.²

موقف المشرع الجزائري من المصطلحات سالفة الذكر:

انحاز المشرع الجزائري إلى الاتجاه الأول فاختر تسمية مجموعة القواعد الجنائية الموضوعية الصادرة بالأمر 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 بقانون العقوبات. غير أنه سمى مجموعة القواعد الجنائية الإجرائية الصادرة بالأمر 66-155 المؤرخ في 08-06-1966 بقانون الإجراءات الجزائية، واستبعد كما هو الشأن في بعض التشريعات وجانب من الفقه.

والواقع أننا نميل إلى الاتجاه الذي يستخدم مصطلحي قانون العقوبات والقانون الجنائي كمترادفين لأن الجريمة والعقوبة فكرتان متلازمتان فلا جريمة بلا عقوبة ولا عقوبة بلا جريمة.

فضلا على أن الجناية هي أخطر أنواع الجرائم وأهمها، ومن المقبول أو المعقول تعريف الكل بجزئه الأهم.

كما أن مصطلح قانون جنائي أكثر اتساعا وشمولا من مصطلح قانون العقوبات فهو يشمل مجموعة القواعد الجنائية الموضوعية والإجرائية. أما مصطلح قانون العقوبات فهو للدلالة على مجموعة القواعد الجنائية الموضوعية المحددة للجرائم وما يقابلها من عقوبات.

أقسام قانون العقوبات:

يمكن القول بأن قانون العقوبات بمعناه الصحيح هو الذي يتشكل من مجموعة القواعد الجنائية الموضوعية، وتتكون من قسمين هما: القسم العام، والقسم الخاص.

القسم العام: وهو الذي يختص بدراسة الأحكام العامة التي تحكم الجريمة والمجرم والجزاء الجنائي. فبين الأركان الأساسية للجريمة، والعقوبات وانواعها، وأحكام المسؤولية الجزائية، وأسباب تشديد العقاب وتخفيفه.

² محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 1-3، وأحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، ط: 12، 2013، ص 11-12.

واختص الجزء الأول من قانون العقوبات في التفصيل في أحكام القسم العام من قانون العقوبات، فاحتوى الكتاب الأول منه على العقوبات وتدابير الأمن، وفصل الكتاب الثاني في الأفعال والأشخاص الخاضعين للعقوبة أي الجرائم والمجرمون وذلك في مواد 1-60 من قانون العقوبات.

القسم الخاص: ويتجه هذا القسم إلى تعريف كل جريمة على حدة، وبين الجزاء المقرر لها (التجريم والعقاب). وقد بين الجزء الثاني من قانون العقوبات الجزائري الذي جاء تحت عنوان التجريم دون أن يشير إلى التجريم (ربما سقط سهوا) هذا القسم في كتابين الأول خصصه للجنايات والجنح وعقوباتها، والآخر للمخالفات وعقوباتها (61-468)³

الطبيعة القانونية لقانون العقوبات :

يرى جانب من الفقه أن قانون العقوبات من فروع القانون الخاص مرتكزا في ذلك على أن معظم نصوص قانون العقوبات تحمي المصالح والحقوق الخاصة بالأفراد.

بيد أن الاتجاه الراجح في الفقه يصنف قانون العقوبات ضمن نطاق القانون العام لأن المصالح التي يحميها قانون العقوبات هي المصالح العامة التي تتعلق بالمجتمع ككل دون النظر لاعتبار خاص بالأفراد. فتجريم القتل أو السرقة لم يقصد به حماية مصلحة فردية (حماية القتل أو ماله) بل يهدف في المقام الأول حماية حق الإنسان في الحياة وحماية حق الملكية وهذه الحقوق تتعلق بالمجتمع ككل.⁴

علاقة قانون العقوبات بفروع القانون الأخرى:

يرتبط قانون العقوبات ارتباطا وثيقا بمختلف فروع القانون، كما يظهر ذلك جليا فيما يدعم به من جزاءات جنائية لحماية الحقوق التي تنظمها فروع القانون الأخرى كلما كانت الجزاءات المقررة في هذه الفروع غير كافية لحمل الأفراد في المجتمع على طاعتها.

علاقة قانون العقوبات بالقانون الدستوري:

³ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 4

⁴ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات القسم العام - الجزء الأول - الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط08، 2016،

غالباً ما يورد قانون العقوبات نصوصاً مختلفة تهدف إلى حماية دستور الدولة، وصيانة سيادتها، فيعاقب قانون العقوبات الجزائري مثلاً كل من حاول بالقوة قلب أو تغيير دستور الدولة أو نظامها الجمهوري أو المساس بسيادتها المواد 102 وما بعدها.

كما ينص الدستور الجزائري باعتباره أسمى نص تشريعي الدولة على بعض المبادئ الأساسية التي تحكم قانون العقوبات تأكيداً على حفظها وصيانتها كتقريبه مبدأ البراءة الأصلية، وحق ضحية الخطأ القضائي في الحقل الجنائي في التعويض الذي تتحمله الدولة.

علاقة قانون العقوبات بالقانون الإداري:

نجد هذه الصلة جلية في النصوص التي ترد في قانون العقوبات لحماية حقوق الدولة والأفراد التي يقرها القانون الإداري كحق الدولة في نزاهة الوظيفة العامة وذلك من خلال عقابه على الجرائم المخلة بنزاهتها والتي انفرد مؤخراً قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بها بموجب القانون 06-01 كجرائم الرشوة، واستغلال الوظيفة، والاختلاس، والإضرار بالمال العام، وعدم تنفيذ الأحكام القضائية.

علاقة قانون العقوبات بالقانون المدني:

يكمل قانون العقوبات ما يرمي إليه القانون المدني من تنظيم حق الملكية والحياسة وحمايتها مثلاً من خلال تجريمه للاعتداء على هذه الحقوق وعقابه عليها (السرقه، الاحتيال، خيانة الأمانة، الحريق) علاقة قانون العقوبات بالقانون التجاري:

يعمل قانون العقوبات بجزءاته المختلفة على حماية الثقة بين التجار والسندات التجارية (السفحة، الأمر، الصك) لأنه يعاقب على جرائم الإفلاس والغش في المعاملات التجارية وتقليد العلامات التجارية. علاقة قانون العقوبات بالقانون الدولي العام :

نظراً لتنامي مظاهر التضامن الدولي في مكافحة الجريمة، ومطاردة المجرمين الهاربين من دولة أخرى بغية الإفلات من العقاب تزايدت جوانب الصلة بين قانون العقوبات وقواعد القانون الدولي العام خاصة في نطاق إقليمية القوانين وتنازعها، وتسليم المجرمين وتنفيذ الأحكام الجنائية.⁵

علاقة قانون العقوبات بقانون الإجراءات الجزائية :

قانون الإجراءات الجزائية هو مجموعة القواعد الجنائية الشكلية التي تحدد الأساليب والوسائل التي تلجأ إليها الدولة للكشف عن الجريمة والتثبت من وقوعها وضبط مرتكبيها، والقواعد التي تنظم الهيئات القضائية المختلفة التي تتولى ضبط الجرائم والتحقيق فيها، وتحريك الدعاوي بشأنها ومحاكمة فاعليها وتنفيذ العقوبات المقررة فيها؛ إذ لا عقوبة إلا بحكم قضائي كما مقرر.

والواقع أن الصلة وثيقة وهامة بين قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية إذ لا يمكن تصور تطبيق قانون العقوبات إلا من خلال قانون الإجراءات الجزائية؛ حيث يمثل هذا الأخير الجانب المتحرك في القانون الجنائي، ويمثل قانون العقوبات جانب السكون منه. لهذا يستخدم جانب من الفقه القانون الجنائي في معناه الواسع ليشمل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية معاً.⁶

علاقة قانون العقوبات بالعلوم الجنائية:

بات من المسلم به في السياسة الجنائية الحديثة أنه لا يمكن لقانون العقوبات وحده أن يقف في وجه ظاهرة الجريمة، بل لابد أن تسانده في ذلك طائفة من العلوم الجنائية المساعدة لأداء رسالته على أكمل وجه. وهذه العلوم تجمعها وحدة الموضوع وغاياته. لكنها تختلف بينها في مناهجها، إذ تعالج موضوعاتها المجرم والجريمة والجزاء لكن يعالج كل علم هذه المواضيع من زاويته ونظريته الخاصة وأهم هذه العلوم: علم الإجرام، علم العقاب، علم اكتشاف الجريمة، (البوليس الفني)، علم المجني عليه وغيرها.

علاقة قانون العقوبات بعلم العقاب:

علم العقاب: يعرف البعض علم العقاب بأنه: " مجموعة من القواعد تحدد أساليب تنفيذ العقوبات على النحو الذي من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق أغراضها، فهو لا يتجه إلى استخلاص القواعد التي تحكم

⁵ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، جامعة الملك سعود، الرياض، 1995، ص 10-11.

⁶ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 4.

هذا التنفيذ وفقا لتشريع وضعي معين، وإنما يتجه إلى استقراء القواعد التي ينبغي أن تحكم هذا التنفيذ كي يحقق الأغراض التي ترسمها له مصلحة المجتمع في مكافحة الإجرام"⁷

وإذا كان قانون العقوبات مستقلا عن قانون العقوبات فإن الصلة بينهما وثيقة؛ إذ بناء على نتائج أبحاث علم العقاب يهتدي المشرع إلى اختيار أفضل الأحكام والقواعد التي يجب مراعاتها في مجال تنفيذ الجزاء الجنائي.

علاقة قانون العقوبات بعلم الإجرام:

علم الإجرام: هو الذي يعكف على دراسة ظاهرة الجريمة باعتبارها ظاهرة ملازمة للمجتمع، فيبحث في أسبابها والعوامل المؤدية إليها. كما يدرس شخص الجاني وظروف بيئته محاولا رفع الحجاب عن أسباب تربيته في حمأة الجريمة ويمكن تقسيم هذا العلم إلى قسمين رئيسيين هما علم الإجرام الفردي، علم الاجتماع الجنائي.

علاقة قانون العقوبات بعلم اكتشاف الجريمة:

ويطلق عليه البوليس الفني، أو فن التحقيق الجنائي، ويعكف على دراسة أنجع الوسائل لكشف الجرائم ومرتكبيها باستخدام الأدلة الفنية من التشريح والتحليل الطبية واستخدام البصمات⁸ وتحليل الشفرات الوراثية⁹ (ADN) واستخدام أجهزة التصوير وغيرها.

ويبدو أن الجزائر ستخطو خطوة رائدة في هذا النطاق وذلك بعد تدشين المعهد الوطني للإجرام في 26-09-2005 والمجهز بأحدث الوسائل والتقنيات الرامية إلى الكشف عن الجرائم.¹⁰

تطور قانون العقوبات:

⁷ محمود نجيب حسني، دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، مصر، 1988، ص: 215.

⁸ لعل أحدث جهاز لرفع البصمات هو الداكتيلو سكوبي قررت محكمة النقض المصرية 29-03-1945 أن الدليل المادي المستمد من تطالقات البصمات دليل مادي له قيمته وقوته الاستدلالية المقامة على أسس علمية وفنية (بلى قادرين على أن نسوي بنانه)

⁹ نقلت قناة العربية بتاريخ 02-11-2006 أن بنك الشفرة الوراثية ببريطانيا للأشخاص المتهمين بالجرائم يعد تشريعا علميا وحقوقيا جادا خاصة من طرف لجنة أخلاقيات الشفرة. وقد ذكرت القناة أن 40000 شفرة تضاف شهريا إلى هذا البنك
¹⁰ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ص 10-11.

تعتبر العقوبة رد الفعل المقابل للجريمة التي عرفها المجتمع الإنساني منذ القدم. وقد طرأ التطور على العقوبة تبعا لما يأتي تفصيله:

تطور الجزاء الجنائي في المجتمعات القديمة وصوره:

تطور الجزاء الجنائي بتطور المجتمع ولقد مر من مرحلة الانتقام الفردي، أو الثأر إلى مرحلة تدخل الجماعة:

* مرحلة الانتقام الفردي أو الثأر:

نظرا لضعف التنظيم القضائي أو انعدامه أحيانا داخل الجماعة البشرية الأولى، كان الانتقام الفردي أو الثأر هو الجزاء الوحيد على الجرائم التي تقع بين الأفراد داخل الجماعة. فالمعتدى عليه كان يرد على ما وقع عليه من عدوان بالثأر لنفسه معتمدا في ذلك على قوته البدنية مقدرا بذلك نوع العقوبة ومقدارها وساعيا إلى تنفيذها بنفسه مستعينا في ذلك بأهله وعشيرته الأمر الذي جعل الصراع يأخذ الطابع العائلي أو العشائري.

ولقد ساد قديما اعتقادا بأن كل جماعة أسمى من غيرها فكانت نظمها قاصرة عليها وأن كل أجنبي عنها يحل قتله كما يحل قتل الوحوش الضارية فكان أي نزاع بين فردين من جماعتين مختلفتين كان لا يمكن أن يظل محصورا بين هذين الفردين بل كان حتما يتعداهما إلى الجماعتين.

* مرحلة تدخل الجماعة.

إن نظام الثأر والانتقام الفردي ولد عرقلة الحياة الاجتماعية والاقتصادية عملت الجماعة على طرح هذا النظام أو على الأقل إخضاعه لعدد القيد التي تحول بينه وبين الشطط والمغلاة.

وقد ساعد على ذلك نمو التنظيم القضائي وترسخ المعتقدات الدينية في نفوس الناس وازدياد نفوذ السلطة الحاكمة والتي حاولت أن تجعل أغلب الجرائم جرائم عامة تتولى هي العقاب عليها، بيد أن هذا لم يتحقق إلا بعد تطور طويل، بدأ باتجاه السلطة الحاكمة نحو تقييد حق الثأر بشتى القيود التي تهدف إلى الحد منه وحصره في أضيق الحدود، ولم يعد الثأر والانتقام الفردي هو الصورة الوحيدة للجزاء الجنائي بل تعددت تلك الصور التي كان أهمها التخلي عن الجاني والقصاص والدية.¹¹

¹¹ عبد الجليل بن محفوظ درارحة، محاضرات في تاريخ النظم القانونية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعرييج، ص 57

- نظام التخلي عن الجاني في المجتمعات القديمة:

قد ترى الجماعة التي ارتكب أحد أعضائها اعتداء على عضو من جماعة أخرى أنه من مصلحتها تجنباً لويلات الحرب أو لعدم قدرتها على مواجهتها أن تتخلى عن الجاني وتقطع صلتها به، فيصبح غريباً طريداً أو أن تسلمه إلى أسرة أو عشيرة المعتدى عليه وبذلك يصبح الجاني تحت رحمتها تقتص منه بالطريقة التي تريدها وهذا ما يعرف "بشخصية العقوبة" وقد عرفته العرب تحت اسم الخلع "يا أيها الناس هذا ابني فلان قد خلعتة فإن جنا لا أضمن، وإن جر عليه لم أطلب" فيصبح تحت رحمة قبيلة المعتدى عليه.

- نظام القصاص في المجتمعات القديمة:

القصاص: انتقام منظم ومحدود يعطي للمجني عليه أو أهله الانتقام من الجاني بمثل ما ارتكب من عدوان بحيث يكون تناسب بين الجناية والقصاص.

وكان القصاص بديلاً ناجعاً عن نظام الثأر والانتقام الفردي بما عرفه من المغالاة والشطط وقد عرفته أغلب الشعوب القديمة (قانون حمورابي) وفي القانون الروماني، والشريعة الإسلامية والشريعة اليهودية حتى بعض القوانين الحديثة.

- نظام الدية في المجتمعات القديمة:

الدية: مبلغ من المال يدفعه الجاني أو أهله إلى المجني عليه أو عشيرته فداءً لنفسه، وتهدئة لغضب المجني عليه أو عشيرته ولذلك كان مال الفدية مغنياً للمجني عليه ليرك الثأر.¹² وبناء على ما سبق أن العقوبة اصبغت في العصور القديمة بفكرة الانتقام، أو مقابلة العدوان بمثله، وقد كان الانتقام في جميع الأحوال شخصياً تحركه دوافع الثأر لدى الفرد المعتدى عليه في ماله أو مصالحه دون الحاجة إلى تدخل الجماعة.

ثم انتقلت العقوبة إلى فكرة الانتقام العام الذي تتولاه السلطة السياسية ضد مقترفي الجرائم . ثم ارتبطت العقوبة بفكرة التكفير عن الجريمة ؛ إذ كانت هذه الأخيرة عصياناً دينياً ، وباتت العقوبة تكفيراً عن ذلك العصيان.

¹² عبد الجليل بن محفوظ درارحة، مرجع سابق، ص 57

غير إنه في ظل التوجهات الحديثة أصبح للعقوبة وظيفة وهدف محدد وهو منع الكافة وتحذيرهم من اقتراف جريمة في المستقبل وهو ما يعرف بفكرة الردع العام.

ولما لوحظ أن فكرة الردع العام وحدها لا تكفي للنهوض بالحد من ظاهرة الجريمة فبدأ الاهتمام بشخص الجاني نأياً به عن مستنقع الجريمة مرة أخرى وهو ما يعرف بفكرة الردع الخاص .¹³

¹³ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ص 12-30.

المبحث الثاني: الجريمة وتقسيماتها

تعريف الجريمة :

تعريف الجريمة في القانون: تحاشت معظم التشريعات الجنائية الخوض في تعريف الجريمة تفادياً للخلافات العديدة التي تستهدف تعريف الجريمة لدى علماء الاجتماع والفلاسفة والفقهاء، خاصة وأن البعض أنكر وجود تعريف كافٍ للجريمة يمكنه أن يضم كل الأفعال المكونة للجرائم ويستبعد ما لا يعتبر من الأفعال جرائمًا.

*وأغلب الفقهاء الذين تصدوا لتعريف الجريمة قانوناً عبّر عن الجريمة بلفظ "فعل"، وعن الجرائم بلفظ العقوبة. ويبدو أن هذا المسلك مجانب للصواب إذ يقتصر لفظ "الفعل" عن تغطية أعماط الجرائم السلبية، كما أن لفظ "العقوبة"

يعجز عن تغطية الجزاءات الجنائية الحديثة المتمثلة في التدابير الاحترازية.

*هذا فضلا عن عدم نسبة الفعل إلى الإنسان في حين أن الجريمة لا تقع إلا من الإنسان وتلافيا لذلك كله يمكن القول بأن الجريمة: "كل سلوك إرادي يحظره القانون، ويقرر لفاعله جزاءً جنائياً".¹⁴

شرح التعريف:

أ/ الجريمة سلوك إنساني غير مشروع لمساسه بالمصالح المعتبرة.

ب/ هذا السلوك قد يكون إيجابيا كما قد يكون سلبيا بطريق الامتناع.

ج/ هذا السلوك أيضا قد يكون عمديا وقد يكون غير ذلك.

د/ أن القانون الصادر يرتب لهذا السلوك جزاءً جنائياً.

تعريف الجريمة في الفقه الإسلامي:

¹⁴ عبد الفتاح حضر ، الجريمة أحكامها في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي، 1985، ص12، عبد الله سليمان، شرح قانون

العقوبات الجزائري، القسم العام الجزء الأول النظرية العامة للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2016، ص08، ص58

عرّفها الماوردي بأنها: "محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو بتعزير"، ويمكن تحليل هذا التعريف على النحو الآتي:

أ- المحظورات الشرعية: الحظر هو المنع والتحریم من قبل الشرع، ويشترط لتوافر وصف "المحظورات الشرعية «عدة شروط هي:

1. أن يكون هناك تكليف شرعي أمر أو نهي من الشارع للمكلف.
2. أن يصدر عن المكلف سلوك ايجابي يخالف به ما نهي عنه الشرع، أو سلوك سلبي يخالف ما أمر به الشرع.
3. ألا يكون هناك نص يبيح استثناء السلوك المذكور.
4. أن يتطابق السلوك المرتكب مع السلوك المحظور.
5. أن يكون مصدر الحظر هو الشرع، فالشرع لا العقل مصدر التقييح والتحسين لهذا " فلا جريمة إلا ما اعتبره الشرع جريمة".

ب- زجر الله عنها بحد أو تعزير: فالزجر: هو المنع والنهي.¹⁵

الفرق بين الجريمة الجنائية وغيرها من الجرائم غير الجنائية

يستخدم مصطلح جريمة في أكثر من فرع من فروع القانون، على نحو يتميز فيه معناه من فرع لآخر، فنجد الجريمة الجنائية، والجريمة المدنية، والجريمة التأديبية (المسلكية أو الإدارية)، وسنشير فيما يأتي إلى التفرقة بين الجريمة الجنائية والجريمتين الأخرين:

1. الفرق بين الجريمة الجنائية والجريمة المدنية (الفعل الضار)

الجريمة المدنية مصطلح قديم يقصد به حديثاً الفعل الضار، لأنه ينتج عن خطأ ويترب عليه ضرر للغير، جزاؤه التعويض، وتختص بمعالجته القاعدة المدنية، وقد يكون مصدر الجريمتين المدنية والجنائية واحداً، كجريمة إتلاف مال الغير عمداً، وتختلف الجريمتان من عدة وجوه:

أ- من حيث أساس التجريم: تركز الجريمة المدنية على فكرة "الضرر" فلا ضرر حيث لا تعويض، وبقدر الضرر يكون التعويض، أمّا الجريمة الجنائية فأساس التجريم فيها فكرة "الإثم" فإذا انتفى الإثم انتفت المسؤولية

¹⁵ احيمدة بن زينة، طرق الوقاية من الجريمة في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الجزائري، دار ابن حزم ط: 01، ص 27

الجنائية، وبقدر درجة الإثم تتحدد العقوبة. فالجريمة العمدية عقوبتها أشد من الجريمة شبه العمدية، وهذه أشد من جريمة الخطأ.

ب- من حيث الفعل المكون للجريمة: تكفي القاعدة المدنية بالتعميم عن تحديدها لهذا الفعل، فتنص على أن «كل فعل" يحدث ضرراً يلتزم مرتكبه بتعويض الغير عن هذا الضرر، أمّا الفعل المكوّن للجريمة الجنائية، فيتولى شق التكليف في القاعدة الجنائية تحديده على نحو دقيق، تصبه في صورة النموذج القانوني للجريمة

ج- من حيث طرفي الجريمة: فالجريمة المدنية طرفاها مرتكب الفعل الضار والمتضرر وكلاهما من الأفراد، بينما يتمثل طرفا الجريمة الجنائية في النيابة العامة بصفتها ممثلة للدولة في اقتضاء الحق في العقاب ومرتكب الجريمة. مع التذكير أن بقاعدة " الجنائي يعقل المدني" في هذا السياق، وأن فكرة جبر الضرر مقررة في الفقه الإسلامي.¹⁶

2. الفرق بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية:

الجريمة التأديبية: الجريمة التأديبية سلوك إيجابي أو سلبي يصدر من شخص ينتمي إلى هيئة أو طائفة أو مهنة معينة إخلالاً بما يجب عليه نحوها من واجبات، وإضراراً بمصالحها، أو مساساً بكرامتها، وقد ينطوي السلوك الواحد على الجريمتين معاً (الجنائية والتأديبية) كما هو الشأن في اختلاس الموظف للمال العام، كما قد ينطوي الفعل على جريمة دون أخرى، فتتحقق الجريمة التأديبية وحدها متى كان السلوك لا يكون جريمة جنائية والعكس.

غير أن الجريمتين تختلفان في الوجوه الآتية:

1. بالنسبة لصاحب الحق المعتدى عليه: هو الجماعة بأسرها في الجريمة الجنائية بينما يقتصر على الهيئة أو الطائفة أو أرباب المهنة التي ينتمي إليها مرتكب الجريمة التأديبية، ويترتب على ذلك أن الجريمة التأديبية تنظرها الجهة المعتدى عليها نفسها، ويكون تشكيلها إدارياً، ما لم تحل إلى مرجع قضائي إداري يتولى الحكم فيها، بينما تنظر الجريمة الجنائية أمام هيئة قضائية تثميناً لمبدأ " لا عقوبة بدون حكم قضائي بات"

¹⁶ عبد الفتاح مصطفى الصفي، الأحكام العامة لنظام الجزائي، جامعة الملك سعود الرياض، 1995. ص ص 46-47

2. بالنسبة لتحديد الفعل المكون للجريمة: بما لا خلاف فيه أن المقنن في الحقل الجنائي يهتم بتحديد الجرائم الجنائية تحديداً دقيقاً وفقاً لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص، في حين أن الجريمة التأديبية يترك تحديدها للجهة التي ينتمي إليها مرتكب هذه الجريمة، ويكتفي المشرع بتحديد العقوبات المقررة للجريمة التأديبية.

3. بالنسبة للإجراءات: يحفل قانون الإجراءات الجنائية بعدد الضمانات التي يجب مراعاتها منذ تحريك الدعوى العمومية ضد المتهم إلى غاية البت فيها، ويعتبر باطلاً كل إجراء يخالف القانون (الإجراءات) (شرعية الإجراءات) ومن المقرر أنه ينبغي على جهة الإدارة مراعاة هذه الضمانات الجوهرية عند تحقيقها مع مرتكب الجريمة التأديبية أو محاكمته. وأن اختلفت الإجراءات محاكمة التأديبية عن المحاكمة الجنائية.

هذا ودرءاً لتناقض الأحكام يجوز أن يكون لحجية الشيء المقضي فيه جنائياً حجية أمام المرجع القضائي أو الإداري المختص بالفصل في الدعوى التأديبية ولا شك أن في هذا مصلحة.¹⁷

الجريمة التأديبية في الفقه الإسلامي:

عرفت الجريمة التأديبية منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وتعددت تطبيقاتها في عهد عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وكان أوسع مجال لتطبيقها مع عمال جباية الزكاة، وأمراء الأمصار.

فقد وجدت الجريمة التأديبية من دون أن تقترن بها الجريمة الجنائية (تعزيرية) من ذلك أن عمر كان يسأل عن حال عامله، أيعود المريض؟ أيجيب العبد؟ من يقوم على بابه؟ فإن ثبت في حقه من الخصال ما لا يروقه، عزله، والعزل هو عقوبة تأديبية وليس تعزيرية لأن أمير المؤمنين لم يسمع دفاع الأمير (العامل) عما ينسب إليه.¹⁸

مقومات الجريمة

تتحلل الجريمة في الفقه إلى أركان ويتحلل الركن إلى عناصر والعناصر إلى شروط أي:

¹⁷ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 60-61، عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مرجع سابق، ص 48-49

¹⁸ عبد العزيز، التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط: 4. ص

(ركن ← عنصر ← شرط) فالجريمة مثلاً: تتكوّن من ركنين مادي ومعنوي، والركن المادي يتحلل بدوره إلى ثلاثة عناصر هي: السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية ورابطة السببية التي تربط بين الفعل والنتيجة، ويستلزم النموذج القانوني لكل عنصر شروطاً تختلف من عنصر لآخر.

أركان الجريمة:

يرد بعض الفقهاء الأركان العامة للجريمة إلى ثلاثة أركان: هي الركن الشرعي (ويقصدون به التجريم والعقاب)، والركن المادي والركن المعنوي، وتفصيلها في أوانها بإذن الله.

وإلى جانب الأركان العامة للجريمة، توجد أركان خاصة لبعض الجرائم كما هو الشأن عند البعض في المادة 339 من القانون الجزائري التي اعتبرت قيام الرابطة الزوجية ركنًا خاصًا بجريمة زنا الزوج.

والأركان الخاصة ليست إلا تطبيقاً للأركان العامة، فالركن المادي في جريمة السرقة مثلاً أخذ مال منقول للغير؟

تقسيم الجرائم

تعدد تقسيمات الجريمة، وذلك لاختلاف الأسس التي تقوم عليها، ولعل أهم هذه التقسيمات في نظر التقنيات الحديثة هو تقسيمها إلى جنایات، وجنح، ومخالفات، وذلك بالنظر إلى جسامتها، وهذا ما اعتنقه قانون العقوبات الجزائري (المادة 27) (المادة 5 ق، ع، ج).

ويقابل هذا التقسيم في الفقه الجنائي الإسلامي تقسيم الجرائم إلى جرائم حدود، وجرائم قصاص، وجرائم تعزير، وهو الأساس الذي بنيت عليه السياسة الجنائية في الفقه الإسلامي، وتحدت عليه فلسفة العقاب.

* كما يمكن تقسيم الجرائم بالنسبة إلى طبيعة السلوك المادي: إلى جرائم وقتية وأخرى مستمرة وإلى جرائم بسيطة وأخرى جرائم اعتياد، كما يمكن تقسيمها إلى جرائم إيجابية وأخرى سلبية.

* أمّا بالنظر إلى طبيعة الحق المعتدى عليه، فيمكن ردها إلى جرائم سياسية، وجرائم عادية، وإلى جرائم مضرّة بالمصلحة العامة وأخرى مضرّة بأحد الناس.

* وبالنظر إلى الركن المعنوي فيها يمكن تصنيفها إلى جرائم عمدية وجرائم خطأ.

وفيما يأتي تفصيل لما سبق ذكره مجملاً مع بيان الآثار العملية لهذه التقسيمات، والأهمية البالغة لها.¹⁹

1/ تقسيم الجرائم بالنسبة إلى جسامتها:

أولاً في القانون الوضعي

أ- الجناية: هي أشد أنواع الجرائم جساماً. وهي وفقاً للمادة 5 ق ع ما قررت لها عقوبات أصلية تبعاً للتدرج الآتي:

1- الإعدام

2- السجن المؤبد

3- السجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5 سنوات و30 سنة.

ب- الجنحة: هي التي تحتل المرتبة الثانية من حيث جسامتها بعد الجناية، والعقوبات الأصلية لمادة الجنح هي:

1- الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدوداً أخرى.

2- الغرامة التي تتجاوز 20000 دج.

ج- المخالفات: وهي أخف أنواع الجرائم جساماً، وقد تحفظت بعض الاتجاهات الفقهية والتشريعية في إلحاقها بالجرائم، غير أن التشريع الجزائري أخذ بالاتجاه الغالب ونص عليه عند تقسيمه للجرائم بالنسبة لخطورتها. (المادة 27 ق، ع، ج)، وبين في المادة 5 العقوبات الأصلية المقررة في مادة المخالفات وهي:

1- الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر.

2- الغرامة: من 2000 دج إلى 20000 دج.

ملاحظة: يجب التفريق بين السجن (La reclusion) والحبس (L'emprisonnement).

¹⁹ عبد الفتاح، حضر، مرجع سابق، ص ص 22-37

La réclusion ← جنائية، L'emprisonnement ← جنحة أو مخالفة.

2/ الأهمية العملية لتقسيم الجرائم حسب جسامتها:

تتجلى الأهمية العملية للتقسيم الثلاثي للجرائم فيما يأتي:

أ- بالنسبة للشروع: لا مجال للأخذ بأحكام الشروع في المخالفات، إذ يقتصر الأمر على الجنائيات والجنح (مادة 31 ع، ج).

ب- بالنسبة للاتفاق الجنائي: جريمة الاتفاق الجنائي وأحكامه المبيّنة في المواد (176-177-178-179 ع، ج) لا تكون إلا في الجنائيات فحسب دون الجنح والمخالفات.

ج- بالنسبة لأحكام العود إلى الجريمة مرّة ثانية: تسري أصلاً بالنسبة للجنائيات والجنح وفي المخالفات في أحوال خاصة وفقاً للمواد (54-55-56-57-58-456 من قانون العقوبات).

د- بالنسبة للتقادم: تختلف مدّة تقادم الدعوى الجنائية بحسب ما إذا كان السلوك الإرادي للجاني يشكل جناية أم جنحة أم مخالفة، ففي الجنائيات تتقادم الدعوى العمومية بمرور 15 سنة كاملة تسري من يوم اقتراف الجريمة²⁰

بينما تتقادم الدعوى العمومية في الجنح بمرور 05 سنوات كاملة²¹ بينما تكون مدة التقادم في نطاق الجنح عشر سنوات كاملة إذا كانت مدة العقوبة تزيد عن خمس سنوات حسباً.

أما في المخالفات فتتقادم الدعوى العمومية بمرور سنتين كاملتين²²

²⁰ (مادة 10 ق. إ. ج، ج).

²¹ (مادة 11 ق. إ. ج، ج)،

²² (مادة 14 ق. إ. ج، ج).

هـ- بالنسبة لمصادر الأشياء المتحصلة من جريمة فإن القانون يجيز للمحكمة في هذه الحالة أن يحكم بمصادر هذه الأشياء في مواد الجنايات والجنح أمّا في المخالفات فلا يجوز الحكم بالمصادرة إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك.

و- بالنسبة للاختصاص: القاعدة العامة أن الجنايات تنظرها محاكم الجنايات الموجود على مستوى المجالس القضائية ابتدائياً واستئنافياً، أما الجنح والمخالفات فتنظرها المحاكم الجزئية بالمحكمة الابتدائية.²³

ثانياً: التصنيف الثلاثي للجرائم في الفقه الإسلامي

عرف التشريع الجنائي الإسلامي تصنيفاً ثلاثياً للجرائم عز له نظير في الفقه الجنائي الوضعي، فاستند هذا التقسيم على تقسيمات الأصوليين لأفعال المكلفين التي تتعلق بها الأحكام الشرعية وصنف الجرائم إلى: حدود، وقصاص، وتعازير

أولاً: جرائم الحدود :

الحدود في اللغة جمع حد، ويطلق في اللغة ويراد به المنع، والفصل بين الشيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر، وقد سمّي البواب والسجان حدّاً، لأن الأول يمنع غير أهل المكان من دخوله بغير إذن أربابه، والآخر يمنع السجين أن يخرج منه.

كما يطلق على تعريف الشيء حدّه، لأنه يمنع أن يدخل فيه ما ليس منه وأن يخرج منه ما هو منه.²⁴

²³ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 28-62

²⁴ - ينظر: ابن منظور، مصدر سابق، طبعة دار المعارف، القاهرة، ص: (799/2)، ومجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الفكر العربي، ص: (286/1).

كما أن جملة الأحكام التي بينها الله تعالى لعباده، ومنعهم من تجاوزها، واعتبر متجاوزها ظالمًا لنفسه موردها مورد الهلاك،²⁵ سميت حدودًا وجعلها الله - عز وجل - مضافة إلى لفظ الجلالة، فقال تعالى: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُعَدِّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾.²⁶

والحد في اصطلاح الفقهاء يطلق: "على العقوبة المقدرة التي وجبت حقًا لله تعالى"،²⁷ بينما فصل الشافعية في تعريفه على أنه: "العقوبة المقدرة التي وجبت حقًا لله كما في الزنا، أو لآدمي كما في القذف".²⁸ وقد سميت الحدود في الشرع بذلك لأنها تمنع من وقعت عليه إذا لم تكن مهلكة له من العود إلى ما كان قد اقترفه من معاصٍ، وهو ما يطلق عليه في اصطلاح علم العقاب بالمنع أو الردع الخاص. ومن جهة أخرى تتجه الحدود عند إعلان تنفيذها لمنع من عاينها من مباشرة الجناية لحضور صورة العقوبة في ذهنه، وهو ما يمكن أن يطلق عليه بالمنع أو الردع العام.²⁹ ويظهر من هذا وجه المناسبة بين التعريفين اللغوي والشرعي، فالحدود في اللغة، تطلق على المنع، وسميت كذلك شرعًا لأنها تمنع من ارتكاب الفواحش والمعاصي.

²⁵ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: 2، 1966، ص: (156/18).

²⁶ سورة الطلاق، الآية: 1.

²⁷ أبو بكر علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود - دار الكتب العلمية، بيروت ط: 1، 1997، ص: (177/9)، وينظر: محمد أبو زهرة: العقوبة، ص: 83.

²⁸ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين للنووي، دار الفكر، ص: (155/4)، وأبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، دار الفكر، ص: (3/20).

²⁹ - محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 74.

كما قد يراد بالحدود أنها عقوبات مقدرة أي مبيّنة بالكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو المراد بها أن لها قدرًا خاصًا لا يتجاوزها.

أمّا المراد بحقّ الله تعالى فهو ما فهم من الشرع أنه لا خيرة فيه للمكلف سواء كان له معنى معقول أم غير معقول، أي هو كل ما ليس للعبد حقّ إسقاطه، فحقّ الله تعالى يطلق عند الأصوليين ويراد به المصلحة العامة، التي يعود نفعها على المجتمع جميعًا، من غير اختصاص بأحد معين، فنسبته إلى الله تعالى فيه دليل على عظم خطره، وشمول نفعه، لأن الله سبحانه وتعالى غني عن الحقوق لذا يمكن القول بأن حقّ الله تعالى بمثابة النظام العام عند القانونيين، لا يجوز الخروج عنه أو التنازل عليه.³⁰

ولهذا السبب أضاف الشافعية عبارة: "أو حقًا لآدمي"³¹ في تعريف الحد حتى لا يخرج القذف من تعريفه استقامة مع مذهبهم الذي يغلب حقّ العبد في حد القذف على حقّ الله تعالى، ويقول بجواز إسقاطه بالعمو عنه حتى ولو ثبت عند الإمام أو القاضي.

- بيان عقوبات الحدود.

اختلف العلماء قديمًا وحديثًا في حصر عقوبات الحدود، وسأقتصر في بيان عقوبات الحدود على ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، وهو ما أخذ به مشروع قانون العقوبات الإسلامي الذي أعدّه الأزهر الشريف بمصر؛ حيث أخذ بما اتفق عليه الجمهور، وأورد عقوبات الحدود في هذا المشروع وفق الترتيب الآتي: السرقة،

³⁰- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الزهراء، الجزائر، ط: 1، 1990، ص: 211، وعبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، ط: 7، 1998، ص: 82.

³¹ - يمكن تعريف الحقّ بأنه: "الثابت الذي لا يجوز إنكاره"، محمد رواس قلعه جي، وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت ط: 2، 1988، ص: 182.

والحرابة، والزنا، والقذف، وشرب الخمر، والردة،³² ولم يعتبر جريمة البغي منها، وفيما يأتي تعريف موجز بهذه الجرائم وعقوباتها من غير التزام بالترتيب الذي أخذ به هذا المشروع وفق المنهج الآتي:

– أولاً: جريمة الحرابة وعقوبتها:

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الحرابة الموجبة للحد بين موسع ومضيق لها، وحسنا فعل مشروع قانون العقوبات الإسلامي بمصر حين أخذ بمذهب المالكية الذين وسّعوا في معنى الحرابة الموجبة للحد،³³ وقد عرفت المادة 100 من هذا المشروع المحارب بأنه: "كل من ارتكب جريمة ضد النفس، أو العرض، أو المال، أو إرهاب المارة، سواء وقع الفعل في طريق عام، أم في أي كان داخل العمران مع اجتماع الشروط الآتية:

1. أن يقع الفعل من شخصين فأكثر، أو من شخص واحد متى توافرت له القدرة على ارتكاب الجريمة.³⁴
2. أن يكون الجاني بالغاً مختاراً غير مضطر.
3. أن يقع الفعل باستعمال السلاح أو أية أداة صالحة للإيذاء أو التهديد بأي منها.
4. أن يكون الجاني قد باشر ارتكاب الجريمة بنفسه، أو اشترك فيها بالتسبب أو بالمعاونة شرط أن تقع الجريمة بناءً على هذا الاشتراك.

³²- ابن حجر، مصدر سابق، ص: (69/12)، ومحمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص126، وينظر في تفصيل ذلك: محمد أبو العلا عقيدة: تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي في مصر-دراسة تحليلية وتأصيلية لمشروع قانون العقوبات الإسلامي-، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:1، 1988، ص:36-86. والمواد:85-188 من هذا المشروع، المرجع نفسه، ص: 218-235.

³³-فعرقت بانها: "قطع الطريق لمنع سلوك أو أخذ مال مسلم أو غيره، على وجه يتعذر فيه الغوث". أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط:3، 1992، ص:(314/6).

³⁴وقد عللت المذكرة الإيضاحية عدم اشتراطها لتعدد الجناة لتوافر جريمة الحرابة بتطور الأسلحة الحديثة وشدة فتكها، وإمكان استخدامها من شخص واحد بحيث تكون له القدرة بمفرده على ارتكاب الجريمة بمفرده، والتغلب على الناس. محمد أبو العلا عقيدة، تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي في مصر، دراسة تحليلية وتأصيلية لمشروع قانون العقوبات الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:1، 1988، ص:83.

ولكون الحراة من أخطر الجرائم، فهي فساد في الأرض، واعتداء صريح على الضروريات الخمس تحت طائلة التهديد والإكراه، تولى القرآن الكريم تحديد الجزاءات الرادعة لهذه الجريمة الخطيرة بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.³⁵

وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه العقوبات التي قررتها الآية، هل هي على التنوع أم على التخيير؟ فمذهب الجمهور أن توزع هذه العقوبات على أنواع الجنايات، فجعلوا لكل جنابة في نطاق الحراة الجزاء المناسب لها، فإن قتل المحارب يقتل، ويصلب إن قتل وأخذ المال، وتقطع يده ورجله من خلاف إن أخذ المال، وينفى من الأرض إن أخاف السبيل، ولم يأخذ المال.³⁶

بينما ذهب المالكية إلى أن هذه الجزاءات جاءت على التخيير موكول أمرها إلى الإمام يختار منها ما يراه مناسباً لمصلحة المجتمع؛ حيث روى بعض أصحاب الإمام مالك أنه ذهب إلى أن التخيير في أجزية الحراة متعلق باجتهاد الإمام مصروف إلى نظره، ومشورة الفقهاء لما يراه للمصلحة، والذب عن الفساد، وليس ذلك على هوى الإمام، ولكن على الاجتهاد وإن ثبت أنه على ذلك، فيجوز للإمام أن يقتل المحارب رغم أنه لم يقتل، ولم يأخذ مالاً عنوة من أحد.

³⁵ سورة المائدة، الآية: 33-34.

³⁶ أبو العباس تقي الدين أحمد بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، ط: 2، 1994، ص: 111.

وتجدر الإشارة إلى أن توبة المحارب قبل القدرة عليه من مسقطات حد الحاربة، وفي هذا المسلك تشجيع للمحارب على العودة لأوساط المجتمع، وتراجعه عن جريمته، ودعوة لأمثاله للتأسي به، من غير أن يخل ذلك بحقوق المجني عليه كرد المال المسروق أو ضمانه، وثبوت القصاص في النفس وما دونها.³⁷

- ثانياً: جريمة الردّة وعقوبتها:

بناءً على تعريفات الفقهاء لجريمة الردّة يمكن اعتبارها بأنها الرجوع عن دين الإسلام عملاً أو قولاً.³⁸ فإذا كان الدين الإسلامي قوامه الاختيار والحرية، وأساسه الاقتناع لثبوت هذا بقول الله عز وجل: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾³⁹، فإن حفظه أسمى المقاصد والغايات التي حظيت بالعناية في شرعنا الحنيف، لذلك قطع الطريق على المندسين فيه ليجاهره العداة بإعلان ردّتهم بعد إسلامهم إثارة للفوضى، وزرعاً لبذور الشك والريبة في القلوب المؤمنة المطمئنة.

فكل مسلم بالغ حر أعلن الكفر صراحة بالقول أو العمل يجب في حقّه حد الردّة وهو القتل،

لقوله ﷺ ﴿من بدّل دينه فاقتلوه﴾⁴⁰، ولقوله أيضاً: ﴿لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله،

وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة﴾⁴¹.

³⁷ إيناس عباس: "عقوبة الحاربة بين التنويع والتخيير"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، السنة الثامنة، عدد: 21، ديسمبر 1993، ص: 237-291.

³⁸ وقد عرفت المادة 178 من مشروع قانون العقوبات الإسلامي المرتد بأنه كل بالغ مسلم أو مسلمة رجع عن الإسلام بقول صريح، أو بفعل قطعي الدلالة يجحد به ما يعلمه العامة من الدين بالضرورة. محمد عقيدة، مرجع سابق، ص: 234.

³⁹ - سورة البقرة، الآية: 256.

⁴⁰ - البخاري، ك: الجهاد، ب: لا يعذب بعذاب الله، ص: (175/4)، وأبو داود، ك: الحدود، ب: الحكم فيمن ارتد، ص: (126/4).

⁴¹ - مسلم، ك: القسامة، ب: ما يباح به دم المسلم، ص: (106/5)، والبخاري، ك: الذبّات، ب: النفس بالنفس، ص: (6/9).

ويلاحظ من ظاهر عموم هذين الحديثين أن السنّة النبوية بيّنت أن جزاء الردّة هو القتل سواء كان الراجع عن دينه رجلاً أم امرأة⁴² خلافاً للحنفية الذين استثنوا المرأة إذا ارتدت من ذلك، واكتفوا بالقول بجسها وجبرها على الإسلام،⁴³ وخالفوا بذلك قاعدة المساواة في العقوبة التي قرّرت اشتراك الرجال والنساء في الحدود كلها، وبصورة أخص في جريمة الحرابة وزنا المحصن حيث لم يكن الجاني فيها بمنأى عن القتل إن كان امرأة.⁴⁴ وعملا على إصلاح حال المرتد، وعدم المسارعة بأخذه بالعقاب، حرص الفقهاء على استتابة، ومناقشته في الشبهة التي عرضت له، فوجب ذلك عند الشافعية والحنابلة، وفي ظاهر قول مالك،⁴⁵ بينما ذهب ابن العربي من المالكية إلى استحبابها، غير أن ابن حزم الظاهري الذي لم يوجبها لعدم ثبوت ذلك عنده نصاً، لم يذهب إلى منعها.

وإذا كان جمهور الفقهاء اتفقوا على وجوب استتابة المرتد، ومناقشته في الشبهة التي عرضت له، لعلّه يرجع عن ردّته، فإنهم اختلفوا في تحديد مدّة استتابته، وقد لخص هذا الخلاف صاحب مغني المحتاج بقوله: "يمهل المرتد فيها (في الردّة) على القولين ثلاثة أيام لأثر عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- في ذلك، وأخذ به الإمام مالك، وقال الزهري: يدعى إلى الإسلام ثلاث مرّات فإن أبي وإلا قتل، وعن علي -رضي الله عنه-: أنه يستتاب شهرين، وقال النخعي، والثوري يستتاب أبداً، وعلى التأخير يجبس مدّة الإمهال، ولا يخلّى سبيله، فإن لم يتب الرجل و المرأة بل أصراً عليها قتلاً".

بيد أن كلا من الزنديق والساحر في القول الراجح عند المالكية بعد القدرة عليهما يقتلان من غير أن يستتابا لأن الزنديق يظهر خلاف ما يظن، ويسعى لفتنة الناس عن دينهم، بخلاف الكافر

42- محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2000، ص: 1531.

43- أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط-تصنيف: خليل الميس- دار المعرفة، بيروت، ط: 2، 1986، ص: (108/10).

44- الشوكاني، مصدر سابق، ص: 1531.

45- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت ص: 69.

الذي يعلن كفره، فيحذره المسلمون ويجاهرونه بالعداوة.

ومن جهة أخرى فإن قبول توبة الزنديق بعد الظفر به تشجيع له على مواصلة كيده للإسلام، وفتنة الناس عن دينهم، فكلما قدر عليه أعلن الإسلام ليعود بعد إفلاته من العقاب إلى ما كان عليه.

- ثالثاً: جريمة شرب الخمر وعقوبتها:

الإجماع واقع بين علماء المسلمين على أن شرب الخمر حرام، لثبوت ذلك بالنصوص الشرعية التي سلكت منهج التدرج في تحريمه، لكثرة شيعوها وشغف العرب بها في الجاهلية. فقد بدأ القرآن الكريم التلميح إلى قبحها ببيان الفرق بين الرزق الحسن الطيب والسكر في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾⁴⁶.

ولقد كانت هذه الآية توطئة لما نزل بعدها من الآيات التي عمدت إلى بيان ضرر الخمر، وإفساده لصلاة المسلم، فقد جاء الجواب في آية البقرة عن الخمر بقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾⁴⁷. ثم تلتها آية النساء التي نعت السكران قرب الصلاة لأنه لا يدرك أقواله وأفعاله فيها لتغطية الخمر على عقله، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾⁴⁸.

وأخيراً انتهى الأمر إلى التحريم القاطع في آية المائدة التي بينت علّة التحريم، مظهرة آثار الخمر الضارة على الفرد والمجتمع من خلال قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ

⁴⁶ - سورة النحل، الآية: 67.

⁴⁷ - سورة البقرة، الآية: 219.

⁴⁸ سورة النساء، الآية: 43.

مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَبِئْهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ
وَالْمَيْسِرِ وَيُصِدِّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُمْ مُنْتَهُونَ ﴿٤٩﴾.

وجدير بالذكر إلى أنه لا خلاف بين فقهاء الإسلام في تحريم الخمر، ولا في تجريمها، إلا أن الخلاف وقع في اعتبار عقوبة شارب الخمر عقوبة حدية مقدرة أم عقوبة تعزيرية تخضع لتقدير ولي الأمر، كما وقع الخلاف في تقدير الحد عند من اعتبر جريمة شرب الخمر حداً.⁴⁹

فمذهب الجمهور من مالكية وحنفية وشافعية وحنابلة وظاهرية أن عقوبة شرب الخمر من الحدود،⁵¹ حيث رأى المالكية والحنفية أنّها مقدرة بثمانين جلدة، واستندوا في ذلك بما روي عن أنس بن مالك-رضي الله عنه- أن النبي ﷺ أتى برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين، قال وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استثار الناس فقال عبد الرحمان بن عوف: "أخف الحدود ثمانين"، فأمر به عمر.⁵²

بينما قدرها الشافعية وأحمد في إحدى الروايتين عنه، والظاهرية بأربعين جلدة،⁵³ واعتبر بعضهم الزيادة عن الأربعين من قبل التعزير الذي قد تقتضيه المصلحة إذا تساهل الناس في تعاطيها والإدمان عليها،⁵⁴ وأمّا سند القائلين بأن حدّ الخمر أربعين جلدة، ما روي أن عثمان بن عفان-رضي الله عنه- أمر عبد الله بن جعفر بجلد الوليد بن عقبة في الخمر، فجلده وعلي بن أبي طالب يعدّ حتى بلغ أربعين فقال: "أمسك، ثم قال جلد النبي ﷺ أربعين، وجلد أبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إليّ".⁵⁵

49- سورة المائدة، الآية:

50 محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص 135-150.

51 المرجع نفسه، ص: 146.

52- مسلم، ك: الحدود، ب: حد الخمر، ص: (125/5)، وأبو داود، ك: الحدود، ب: حد الخمر، ص: (163/4).

53- وبهذا أخذ مشروع قانون العقوبات الإسلامي في مصر في مادته 261، ينظر: محمد عقيدة، مرجع سابق، ص: 415.

54 ابن تيمية، مرجع سابق، ص: 135

55- مسلم، ك: الحدود، ب: حد الخمر، ص: (126/5)، وأبو داود، ك: الحدود، ب: حد الخمر، ص: (164/4).

- رابعا: جريمة الزنا وعقوبتها:

يمكن القول بأن ما اتفق الفقهاء في اعتباره زنا موجبا للحد هو: "الوطء الحرام بين رجل وامرأة بالغين برضاهما من غير زواج ولا شبهة زواج".

وقد تجنب قانون العقوبات الإسلامي بمصر عند تعريفه لحد الزنا في المادة 116 خلاف الفقهاء حول التوسع فيما يعتبر من الأفعال زنا موجبا للحد شرعا، واكتفى بما هو متفق عليه بالجملة بين علماء الإسلام كما ذكر ذلك ابن رشد عند تعريفه لحد الزنا.⁵⁶

ونظرا لجسامة هذه الجريمة، وما ترتب على ذلك من تشديد العقاب، انفردت بطريق خاص للإثبات قررته نصوص القرآن في قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾،⁵⁷ وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾،⁵⁸ فدللت هاتان الآيتان على أن ما تثبت به جريمة الزنا هو شهادة أربعة شهود عاينوا الفعل المادي للجريمة، وهو الوطء الصحيح الذي مثل له الفقهاء برؤية الميل في المكحلة⁵⁹، ويشترط في الشهود الذكورة، والعدالة، والبلوغ، والحرية والاختيار، والبصر والقدرة على التعبير، وأن تنفى عنهم التهمة.⁶⁰

⁵⁶ محمد عقيدة، مرجع سابق، ص: 234.

⁵⁷ سورة النساء، الآية: 15.

⁵⁸ سورة النور، الآية: 4.

⁵⁹ - روي أن النبي ﷺ سأل رجلا أقر عنده بالزنا: ﴿وما تدري ما الزنا؟﴾، فأجابته: " أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حاللا"... فقال رسول الله ﷺ: ﴿ أدخلت ذلك منه في ذلك منها، كما يغيب الميل في المكحلة، والرشاء في البئر﴾، البيهقي، ك: الحدود، ب: من قال لا يقام عليه الحد حتى يعترف أربع مرات، ص: (255/8).

⁶⁰ محمد عقيدة، مرجع سابق، ص: 48.

كما يثبت الزنا بإقرار الزاني على نفسه مرّة أو أربع مرّات على خلاف بين العلماء،⁶¹ لقوله

ﷺ: ﴿وَيَا أُنَيْسَ اغْدِ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا فَسَلِّهَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجِمِهَا﴾، فاعترفت فرجمها.⁶²

أمّا عقوبة من ثبت في حقه جريمة الزنا فتختلف باختلاف حاله، فإن كان محصناً رجم حتى الموت، لثبوت ذلك عن النبي ﷺ في سنته العملية من خلال الحديث الذي ذكر آنفاً، والمحصن عند الفقهاء هو كل من وطئ وهو حر مكلف من تزوجها نكاحاً صحيحاً، ولو مرّة واحدة.⁶³

أمّا إن كان الزاني بكرًا - وهو غير المحصن - فعقوبته الجلد مائة استنادا إلى قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي

فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ
وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾.⁶⁴

- خامسا: جريمة القذف وعقوبتها:

عرف مشروع قانون العقوبات الإسلامي في مصر في مادته 145 بأن القذف المعاقب عليه حدا: "هو

الرمي بالزنا، أو نفي النسب".⁶⁵

⁶¹- ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص: 132. وقد أخذ مشروع قانون العقوبات الإسلامي بمصر بالأدلة التي انعقد عليها الإجماع لإثبات جريمة الزنا، وهي الشهادة، والإقرار، ولم يأخذ بالأدلة المختلف فيها كظهور الحمل، والنكول عن الملاعة. ينظر: محمد عقيدة، مرجع سابق، ص: 48-49.

⁶²- البخاري، ك: الحدود، ب: هل يأمر الإمام رجلا غائبا فيضرب الحد غائبا عنه، ص: (218/9)، ومسلم، ك: الحدود، ب: من اعترف على نفسه بالزنا، ص: (121/5).

⁶³- ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص: 133.

⁶⁴- سورة النور، الآية: 2.

⁶⁵- محمد عقيدة، مرجع سابق، ص: 229.

بناء على هذا التعريف يشترط لثبوت حد القذف أن يكون المقذوف بالغا، عاقلاً، مسلماً، حرّاً، عفيفاً، فإن انتفت هذه الشروط أو أحدها فلا حد على القاذف، وإنما يعزّر لأجل الأذى وبذاءة اللسان.⁶⁶

وحتى لا يستهين الأفakon بأعراض الناس توّلى القرآن الكريم بيان العقاب الرّادع لكل من ثبت في حقّه هذه الجريمة الشنعاء من خلال قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.⁶⁷ فقد بيّنت هذه الآية الكريمة أن العقوبة الأصلية لجريمة القذف هي ثمانون جلدة، إضافة إلى عقوبة تبعية تتمثل في تجريح القاذف وإسقاط عدالته بعدم قبول شهادته. غير أن الفقهاء اختلفوا في قبول شهادة القاذف عند ثبوت توبته بناءً على اختلافهم فيما يعود عليه الاستثناء الوارد في الآية، فذهب مالك والشافعي إلى أنه عامل في رد الشهادة، فإذا تاب القاذف قبلت شهادته، لأن ردّها كان لعلّة الفسق، فإذا زالت بالتوبة قبلت شهادته مطلقاً سواءً قبل الحد أم بعده.

بينما ذهب أبو حنيفة بأنه لا عمل للاستثناء في ردّ شهادته حيث يقتصر على رفع فسقه عند الله تعالى، ولا تقبل شهادته بناءً على هذا البتة ولو تاب.

- سادسا: جريمة السرقة وعقوبتها:

عرّفت المادة مشروع قانون العقوبات الإسلامي في مصر 85 منه جريمة السرقة الموجبة للحدّ، وبينت شروطها وأركانها بقولها: "يعد مرتكباً لجريمة السرقة المعاقب عليها حدّاً، كل من أخذ وحده أو مع غيره مالاً مملوكاً للغير، مع اجتماع الشروط الآتية:

1. أن يكون الجاني بالغاً مختاراً غير مضطر.

⁶⁶ الماوردي، مصدر سابق، ص: 286.

⁶⁷ - سورة النور: الآية: 4-5.

2. أن يأخذ الجاني المال خفية.

3. أن يكون المال المسروق منقولاً للغير محترماً في حرز مثله، لا تقل قيمته عن سبعة عشر غراماً من الذهب الخالص، ويقوم غرام الذهب بالسعر المحدد وقت ارتكاب الجريمة من مصلحة دمع المصوغات والموازين.⁶⁸

والملاحظ أن المشروع قد أخذ برأي الجمهور في اشتراط الحرز في اعتبار المال المأخوذ خفية سرقة، خلافاً لابن حزم الظاهري الذي يرى أنه لا مدخل للحرز في اقتضاء لفظ السرقة، واعتبره زيادة في الشرع من غير دليل.

ويقصد بالحرز عند الفقهاء الموضع الحصين، أي المكان الذي ينصب عادة لحفظ المال؛ بحيث لا يعد صاحبه مضيقاً له بوضعه فيه كالحانوت والدار، والخيمة، والشخص، ولم يعرف هذا المشروع الحرز، واعتبر أن المرجع في اعتبار المكان حرزاً من عدمه كما جاء في المذكرة الإيضاحية، هو العرف السائد بين الناس، وعليه فإن فكرة الحرز قد تختلف باختلاف الزمان والمكان والملابسات.⁶⁹

ولا خلاف بين العلماء في أن حد السرقة هو قطع اليد اليمنى لثبوته بنص صريح من خلال قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾.⁷⁰ غير أن عدم تنفيذ الحد في الجاني إذا تخلف أهم شروطه المتمثل في الحرز لا يعني سقوط العقوبة التعزيرية لجريمة السرقة متى توافرت بقية شروطها.⁷¹

⁶⁸ - محمد عقيدة، مرجع سابق، ص: 218.

⁶⁹ - المرجع نفسه، ص: 74-75.

⁷⁰ - سورة المائدة، الآية: 38.

⁷¹ - محمد عقيدة، مرجع سابق، ص: 74-77.

ثانيا: جرائم القصاص

يطلق القصاص في اللغة ويراد به التتبع، يقال قصصت الشيء إذا تتبعت أثره، ومنه قوله تعالى في

شأن أخت موسى - عليه السلام - : ﴿ وَقَالَتْ لِأُخْتِهِ قُصِّيه ﴾⁷² وقوله تعالى في شأن سيدنا موسى

وفتاه: ﴿ فَأَرْبَدًا عَلَى آثَارِهِمَا قَصَصًا ﴾⁷³.

ويطلق ويراد به المساواة في المجازاة بين الجريمة والعقوبة، وذهب ابن منظور إلى أن القصاص في الجراح

والقتل مأخوذ من هذا المعنى؛ حيث يقتص من الجاني بمثل ما ألحق بالمجني عليه من جرح أو قتل، وفي هذا

المعنى جاء قول النبي ﷺ ﴿ كِتَابُ اللَّهِ الْقَصَاصُ ﴾⁷⁴.

وقد سُمِّي القصاص بذلك في قتل العمد، لأن القاتل يُبْع أثره حتى يتمكن منه، فلا يُتْرَك حتى يُقتل

جزاء على ما فعل، يقول السرخسي: " والقصاص عبارة عن مساواة، وفي حقيقة اللغة هو إتباع الأثر، وإتباع

أثر الشيء في الإتيان بمثله فجعل عن المساواة لذلك " ⁷⁵.

كما يطلق على القصاص أيضا القود، لأن الشريعة الإسلامية أبقت حقّ تسلّم أولياء القتيل قاتل

صاحبهم بعد الحكم عليه من القاضي فيقودونه بجبل في يده إلى موضع القصاص تحت نظر القضاء إرضاء

لأنفسهم.⁷⁶

72 - سورة القصص، الآية: 11.

73 - سورة الكهف، الآية: 64.

74 - البخاري، ك: تفسير القرآن، ب: قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾، ص: (29/6)، وأبو داود، ك: الدييات، ب: القصاص في السن، ص: (197/4).

75 ينظر: ابن منظور، مصدر سابق، طبعة دار المعارف، ص: (3650/5)، والفيروز آبادي، مصدر سابق، ص: (213/2).

76 - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الدار التونسية للتوزيع، 1978، ص: 206.

أما اصطلاحاً فيطلق فقهاء الشريعة الإسلامية القصاص ويريدون به: " العقوبة المقدّرة شرعاً التي وجبت حقاً للفرد ".⁷⁷

ويظهر من خلال هذا التعريف أن عقوبات القصاص تتلاقى مع عقوبات الحدود في كونهما عقوبات مقدّرة تولى الشارع الحكيم بيان شرعيتها ومقدارها، من خلال نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية، لذلك قد تطلق الحدود أو العقوبات المقدرة عند البعض ويراد بها العقوبات الحدية وعقوبات القصاص مجتمعة.

وتجب عقوبات القصاص حقاً للفرد، وهذا هو أساس تميزها عن عقوبات الحدود التي تجب حقاً لله تعالى، غير أنّه وإن غلب حق الفرد في عقوبات القصاص، فإنها تبقى مشوبة بحق الله تعالى.

ويترتب على تغليب حق العبد على حق الله تعالى في عقوبات القصاص، أن تكون الخيرة للمجني عليه في استيفائها أو إسقاطها، لغلبة مصلحته الخاصة على مصلحة الجماعة؛ إذ له أن يتصرف في حقه كما يشاء دون أن يقصد بذلك التعسف وإلحاق الضرر بغيره.

غير أنّ هذا الإسقاط يقتصر على ما يتعلق بالمصالح الخاصة بالملكف فقط، ولا يمتد البتة إلى مصلحة الجماعة، فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن تسقط العقوبة التعزيرية التي تقرر لحماية مصلحة الجماعة تبعاً لإسقاط المجني عليه حقه في القصاص.

مشروعية القصاص:

عقوبات القصاص تكون في الجناية على النفس أو ما دونها عمداً، ففي الجناية على النفس قررت النصوص الشرعية عقاب الجاني بالقتل جزاءً وفاقاً لاعتدائه على حق الآخر في الحياة، وذلك إذا تمسك ولي الدم باستيفائه، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ

⁷⁷- فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مكتبات عكاظ، السعودية، ط: 1، 1982، ص: 161.

وَأَلْتَمِسُ بِأَلْتَمِسِي فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ

وَرَحْمَةٌ ﴿٧٨﴾ وقال رسول الله ﷺ: ﴿ لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة ﴾.

ولا تفرق الشريعة الإسلامية بين القتل المسبوق بالإصرار والترصد والقتل الخالي منهما فكلاهما موجب للقصاص في أصولها، خلافا لما ذهبت إليه بعض القوانين الوضعية التي اشترطتها للحكم بعقوبة الإعدام.⁷⁹

أما جرائم الاعتداء على سلامة الجسم عدوانا التي لا تصل إلى حد القتل، فثبت القصاص فيها من خلال قوله تعالى: ﴿ وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾.⁸⁰ وبما رواه أنس بن مالك بن النضر- رضي الله تعالى عنه-: "أن الرُّبِيعَ كَسَرَتْ ثَنِيَةَ جَارِيَةٍ، فَطَلَبُوا الْأَرْضَ فَأَبَوْا، فَاتُوا النَّبِيَّ ﷺ فَأَمَرَهُمُ بِالْقِصَاصِ، وَقَالَ: - لَأَنْسَ بِنِ النَّضْرِ: ﴿ كِتَابَ اللَّهِ الْقِصَاصِ ﴾، جَوَابًا لَهُ لِمَا قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ: "وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لَا تَكْسِرُ ثَنِيَةَ الرَّبِيعِ".

فالقصاص هو العقوبة الأصلية المقررة لجريمة الاعتداء على النفس وما دونها، أما في حالة امتناعه بسبب عفو ولي الدم، أو لتعذر المماثلة بين الجريمة والعقوبة، فإنه يحال إلى العقوبة البديلة، المتمثلة في مبلغ من المال يدفع للمجني عليه في حالة الاعتداء على النفس بما دون القتل، أو إلى أوليائه إذا أدى الاعتداء إلى

78- سورة البقرة، الآية: 178.

79 - فكري أحمد عكاز، مرجع سابق، ص: 175.

80 - سورة المائدة، الآية: 45.

قتله، ويسمى هذا المبلغ من المال دية في حالة القتل، وأرشا إن كان مقدرًا في جرائم الاعتداء على الأطراف، ويطلق عليه حكومة عدل إن ترك أمر تقديره لاجتهاد الحاكم وفق القواعد الشرعية.⁸¹

كما تجب الدية عقوبة أصلية في حالة القتل الخطأ، إضافة إلى عقوبة تبعية فيها معنى العبادة، وهي الكفارة لإجماع العلماء على وجوبها بناء على ورود النص القرآني بهما،⁸² قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يُقْتَلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾.⁸³

وقد تولى القرآن الكريم بيان الحكمة من مشروعية القصاص، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾،⁸⁴ يقول الإمام السرخسي: "كتب الله علينا القصاص ثم بين وجه

⁸¹ ناصر علي ناصر الخلفي، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، مطبعة المدني، القاهرة، ط: 1، 1992، ص: 57-58.

وقد اختلف الفقهاء في كيفية تقدير الدييات غير المقدرة التي تجب فيما لا قصاص فيه في الجنايات على ما دون النفس، ويبدو أن مشروع قانون العقوبات الليبي قد أحسن فعلا حينما ترك تحديد المقدار الواجب من الدية في هذه الحالات إلى القاضي يقدره حسب جسامته الاعتداء المرتب على الجريمة، وأباح له أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة من الأطباء وغيرهم. ينظر: أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي - دراسة مقارنة - مؤسسة دار التعاون، مصر، 1986، ص: 444.

⁸² ناصر علي ناصر الخلفي، مرجع سابق، ص: 63.

⁸³ - سورة النساء، الآية: 92.

⁸⁴ - سورة البقرة، الآية: 179.

الحكمة فيه بقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾⁸⁵، وفيه معنيان، أحدهما أنه حياة بطريق الزجر، لأن من قصد قتل عدوه إذا تفكر في عاقبة أمره أنه إذا قتله قتل به انزجر عن قتله فكان حياة لهما.

والثاني أنه حياة بطريق دفع سبب الهلاك، فإن القاتل بغير حق يصير حربا على أولياء القتيل خوفا على نفسه منهم، فهو يقصد إفناءهم لإزالة الخوف عن نفسه، والشرع مكنهم من قتله قصاصا لدفع شره عن أنفسهم، وإحياء الحي في دفع الهلاك عنه.⁸⁶

كما أن التنكير في لفظ "حياة" جاء للتعظيم بقرينة المقام، لأنه لو أهمل حكم القصاص لما ارتدع الناس، فالموت أشد ما تتوقاه نفوس البشر من الحوادث، فلو علم القاتل أنه يسلم من الموت لأقدم على القتل مستخفا بما سواه من العقوبات.⁸⁷

وقد قرّر بعض فلاسفة الغرب المشتغلين بإبراز أهداف العقوبات أن القصاص بنوعيه من أعظم العقوبات التي تفي بفكرة الردع، لأنه يكون موافقا لقدر الجريمة وآثارها؛ إذ إنّ وجود المناسبة بينهما، يجعل العقاب حاضرا في ذهن مريد الجريمة، مؤثرا في تفكيره، فالقصاص أعظم عقوبة تتوفر فيها هذه الصفة من خلال السن بالسن، والعين بالعين، وهذا ما يجعل مريد الجناية يتذكر العقوبة مهما قصر عقله فيحجم عنها.⁸⁸

وحتى تتحقق فكرة الردع العام، يُشترط إعلان العقوبة، وجعلها معلومة للكافة، ليس عند تقريرها فحسب، بل عند تنفيذها كذلك، لذا حرص الفقه الإسلامي على إعلان العقوبات لتؤتي ثمارها في تحقيق

⁸⁵ - سورة البقرة، الآية: 179.

⁸⁶ - السرخسي، مصدر سابق، ص: (60/26).

⁸⁷ - محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ص: (145/2).

⁸⁸ - فكري أحمد عكاز، مرجع سابق، ص: 169.

هذا المقصد،⁸⁹ خلافاً للاتجاه الحديث للقوانين الوضعية الذي أوصد الباب في وجه إعلان عقوبات الإعدام منذ بداية القرن التاسع عشر معتقداً أنه لا أثر للإعدام العلني في تحقيق فكرة الردع والعبء للآخرين؛ إذ تعد تركيا الدولة الوحيدة في أوروبا التي أبقت على علنية تنفيذ عقوبة الإعدام إلى غاية عام 1961.⁹⁰

وقد تأثر المشرّع الجزائري بهذا التطور الذي حدث في هذا المضمار؛ حيث منعت المادة الثالثة من المرسوم المؤرخ في 10/02/1972 المتعلق بتنفيذ عقوبة الإعدام الجمهور من حضور تنفيذها.

أما في المملكة العربية السعودية التي تأخذ بنظام القصاص في تشريعاتها الجنائية، فإنها ما زالت تحرص على علنية تنفيذ هذه العقوبات تحقيقاً لفكرة الردع العام، وقد شهد الواقع العملي فيها بدور إعلان العقوبات في الحدّ من الظاهرة الإجرامية.⁹¹

ثالثاً: عقوبات التعزير.

يطلق التعزير على معان عديدة منها: الرد والمنع، قال ابن منظور: "عزّره رده، والتعزير ضرب دون الحد لمنعه الجاني من المعاودة، وردعه عن المعصية".⁹² وهذا المعنى له علاقة بالتعزير في النظام العقابي الإسلامي، لأن فيه رداً للمعزّر عن المعصية، ومنعاً له عن المعاودة، وتأديباً له في الغالب.

⁸⁹ - محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص: 74.

⁹⁰ - مارك أنسل، "عقوبة الإعدام في الدول الأوروبية"، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة، العدد 14، جويلية، 1982، ص: 226-227.

⁹¹ - جمعة حازم حسن، "أثر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الحد من ظاهرة الجريمة - دراسة في ضوء الواقع بالمملكة العربية السعودية -"، المجلة الجنائية القومية، المجلد 19 - عدد خاص -، مارس 1976، ص: 272-273..

⁹² - ابن منظور، مصدر سابق، طبعة دار المعارف، ص: (2924/4).

ويطلق التعزير في اصطلاح الفقهاء ويراد به: " العقوبة غير المقدّرة في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ".⁹³

ويظهر من هذا التعريف أن عقوبات التعزير غير محددة شرعا كما هو الشأن لعقوبات الحدود والقصاص، وإنما فوّض أمر تقدير جنسها ونوعها لولي الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة.

أما المعصية التي فيها التعزير فهي فعل المحظور شرعا كسرقة مالا قطع فيه، والتعامل بالربا، والاستمتاع بغير الزوجة دون الزنا، أو ترك الواجب كمنع الزكاة، وترك الصلاة.

كما يمكن اعتبار مخالفة تجريم ولي الأمر لبعض السلوك الضار بالجماعة في نطاق تحريه عن مصلحتها معصية، وإن لم يرد نص صريح من القرآن أو السنة يعتبره من الأفعال المأمور بها، أو المنهي عنها، ففي هذه الحالة يكون التعزير على معصية هي مخالفة أمر الإمام الذي وجبت طاعته بمقتضى أمر الله تعالى جماعة المسلمين بطاعة ولي أمرها في حدود الشرع في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁹⁴، فالتجريم والعقاب في نطاق التعزير مما تقتضيه السياسة الشرعية في الإسلام التي مناطها فعل ما فيه مصلحة للأمة، وإن لم يأت به نص من كتاب، ولا من سنة.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان التعزير متروكا لولي الأمر ابتداء في الشريعة الإسلامية، فإنّ الدراسات الحديثة في الفقه الجنائي الإسلامي قد انتهت إلى ضرورة تقنين التعزير في ظل قانون العقوبات الإسلامي، ليترك الأمر في تقدير العقوبة إلى اجتهاد القاضي في فقه القضية، وظروف الجاني، وجسامة الجرم، لا في فقه المسألة من حيث تجريم الفعل وتقرير الجزاء المناسب له.⁹⁵

⁹³ - ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص: 140-141

⁹⁴ - سورة النساء، الآية: 59.

⁹⁵ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص: 75.

وتحديد الجرائم والعقوبات التعزيرية عبء ثقيل لا يستطيع أن ينهض به في هذا العصر إنسان وحده قاضيا كان أو حاكما، فضلا عن أن صفات القاضي أو الحاكم الذي كان التعزير يدخل في نطاق سلطته التقديرية في العصر الأول للإسلام، غير صفات قاضي هذا الزمان أو حاكمه. لذا وجب أن يتولى تقنين التعزير مجموعات عمل مختصة كالمهئية التشريعية المنتخبة، ولها أن تستعين في ذلك برجال الخبرة في المجالات المختلفة، فهذا أمر لا تجيزه الشريعة فحسب بل توجهه لأن فيه المصلحة الحقيقية للأمة.

قرر القرآن الكريم للزوج سلطة في تعزير زوجته الناشز أو التي يخاف نشوزها بثلاثة أنواع من العقوبات تمثلت في الوعظ، والهجر في المضاجع، والضرب الخفيف غير المبرح، وألزمه بالتدرج فيها، وحرّم عليه التجاوز والتعسف فيها، قال تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾.⁹⁶ وإن كانت هذه الآية قد دلت على مشروعية تعزير الزوج لزوجته في حالة عصيانها له، فإن التعزير مشروع كذلك لولي الأمر في الدولة المسلمة تاديبا على المعاصي التي ليس فيها حد ولا كفارة، لأن ولي الأمر له حق القوامة على المجتمع كله، كما للزوج حق القوامة في بيته، وكلاهما يهدف إلى حماية ما يدخل في ولايته مما قد يلحقه من الضرر،⁹⁷ ويؤيد هذا النظر قوله ﷺ: ﴿أَلَا كَلَّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّ رَاعٍ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْأَمِيرُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ﴾.⁹⁸

كما يرى البعض أن هناك آية أغفل الفقهاء ذكرها حديثا وقديما، رغم أنّها تقرر المبدأ العام الذي يؤسس عليه نظام التعزير كله، وهي قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى

⁹⁶ - سورة النساء، الآية: 34.

⁹⁷ - محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 262.

⁹⁸ - مسلم، ك: الإمامة، ب: فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق بالرعية، ص: (8/6)، والبخاري، ك: الوصايا، ب: تأويل قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةَ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ﴾، ص: (6/4).

اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴿٩٩﴾، فهذه الآية قررت قاعدة عامّة مجردة فيما يتعلّق بالحقوق الشخصية للمكلفين مفادها أنّ جزاء السيئة سيئةٌ مثلها، وأنّ عفو المسلم الذي يؤثر الآخرة أفضل عند الله، غير أنّه من لم تطب نفسه للعفو، وتمسك باستيفاء العقوبة التعزيرية، فإنّ عليه أن لا يجاوز بها القدر الضروري منها، ولا يزيد فيها على مثل الفعل المعاقب عليه، وهو في هذه الحالة النوع والقدر الذي يحقّق الأهداف العقابية دون اشتراط المماثلة النوعية التي قد تكون متعذرة، والخروج عن هذه الحدود يعد ظلماً تأباه الشريعة الإسلامية.

ومن وجه آخر فإنّ الخطاب في هذه الآية موجّه إلى جماعة المسلمين بدليل السياق الذي وردت فيه؛ حيث وُجّه الخطاب لهذه الجماعة لتنهض بمجموعة من الواجبات كالالتزام بالشورى، والانتصار عند البغي، والجزاء على السيئات، ويعد هذا الأخير أساس نظام التعزير الذي يجب على الدولة المسلمة أن تحرص وتمسك بإقامته.¹⁰⁰

ويعدُّ نظام التعزير من أبرز مظاهر سمّو النظام العقابي الإسلامي، فهو دليل قوي على مرونة أحكام التشريع الجنائي الإسلامي وسعتها لمواجهة ظاهرة الجريمة، فالشريعة الإسلامية بعدما اتجهت إلى الجرائم الخطيرة التي تأتي على مقومات كل مجتمع صالح، وقررت لها عقوبات محددة لا يزداد عليها ولا ينقص، ولا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، تركت ما عداها من الجرائم لنظام التعزير بما يوفره من مرونة واستجابة للمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للأمة، فأعطت السلطة المختصة في الدولة حقّ إصدار التشريعات اللازمة لمكافحة السلوك الضار اجتماعياً، وأوجبت في الوقت نفسه على الأفراد طاعة الحكام

99 - سورة الشورى، الآية:40.

100 - محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص: 263.

فيما يروونه من إجراءات أو تشريعات محققة لمصالح المجتمع وأفراده،¹⁰¹ مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾.¹⁰²

ويُعدُّ إصلاح الجاني، وردع غيره عن اقتراف المعاصي من أسمى أهداف التعزير، بدليل تعريف ابن فرحون المالكي للتعزير من خلال تركيزه على البعدين الإصلاحي والردعي فيه؛ حيث ذهب إلى أنه: "تأديب استصلاح، وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات".

وفي سبيل تحقيق هذا الغرض المزدوج للتعزير تعددت العقوبات واختلفت أجناسها في نطاق التعزير في الفقه الإسلامي قديما؛ حيث فسح المجال للقاضي في نطاق سلطته التقديرية المبنية على المصلحة العامة، ليختار نوع العقاب الذي يراه كفيلا بتأديب الجاني وإصلاح حالة ما أمكن ذلك.¹⁰³

وتظهر عناية الفقه الإسلامي بإصلاح الجاني في نطاق التعزير من خلال العقوبات العلاجية التي عرفها النظام العقابي الإسلامي في أصوله الأولى كالوعظ، والتوبيخ، والتهديد، والهجر، والإعلام، والتشهير، ووقف تنفيذ العقوبة وبعض هذه العقوبات ليس غريبا على النظم الجنائية الوضعية كالتهديد الذي عرفته هذه النظم في صورة وقف تنفيذ العقوبات، وتعليق تنفيذها على شرط. والتشهير في الحالات التي يقرر فيها القانون نشر أحكام الإدانة في بعض الجرائم التي تتعلق بسمعة وأمانة مرتكبيها حتى يكشف للناس أمرهم فيتعاملوا معهم على بصيرة وهو ما سبق الفقه الإسلامي إلى تقريره في هذه الدائرة من الجرائم.¹⁰⁴

¹⁰¹ - عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص: 72-73، مرجع سابق، ص: 294.

¹⁰² - سورة النساء، الآية: 59.

¹⁰³ محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص: 269.

¹⁰⁴ - المرجع نفسه، ص: 274.

ونطاق تطبيق هذه العقوبات العلاجية التي عرفها الفقه الإسلامي قديماً هو الجرائم غير الخطيرة، والمجرمون الذين وقعت منهم الذنوب والمعاصي على سبيل الغفلة والفلتة، فلا سبيل لتطبيقها إلا إذا اقتنع القاضي بأن حال الجاني يصلح معه مثل هذه التدابير،¹⁰⁵ لما روي أن النبي ﷺ قال: ﴿أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود﴾.¹⁰⁶

أما إذا تعلق الأمر بالجرائم الجسيمة، ومقتريها من محترفي الفساد في الأرض، فإن للسلطة المختصة بتقنين التعزير في الدولة المسلمة أن تشدد العقاب في هذه الحالة بما تراه كفيلاً بردها إلى الجناة وحفظ نظام الأمة وأمنها، ولها أن تصل في هذا إلى حد استئصال من لا يزول فساد من الأرض إلا بقتله استناداً إلى ما قرره بعض فقهاء المسلمين،¹⁰⁷ بناء على قوله تعالى: ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾،¹⁰⁸ وقوله تعالى - في آية الحراة - : ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَلُوا﴾.¹⁰⁹

تقسيم الجرائم بالنسبة إلى طبيعة السلوك المادي فيها:

تنقسم الجرائم بالنظر إلى طبيعة المادي السلوك فيها إلى:

¹⁰⁵ محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص: 270.

¹⁰⁶ - أبو داود، ك: الحدود، ب: الحدّ يشفع فيه، ص: (133/4)، والبيهقي، ك: الحدود، ب: السارق توهب له السرقة، ص: (267/8)،

¹⁰⁷ عبد الرؤوف محمد أحمد الكمالي، التعزير بالقتل في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، السنة: 14،

العدد: 39، ديسمبر 1999، ص: 167-195.

¹⁰⁸ - سورة المائدة، الآية: 32.

¹⁰⁹ - سورة مائدة، الآية: 33.

جرائم وقتية وجرائم مستمرة

جرائم بسيطة وجرائم اعتياد.

جرائم ايجابية وجرائم سلبية.

الجرائم الوقتية والجرائم المستمرة

أ- الجريمة الوقتية: هي التي تستلزم من الجاني فعلاً مادياً يبدأ وينتهي في فترة زمنية محددة، فيتحدد تاريخ الجريمة بهذا الوقت. ومعظم الجرائم تعتبر وقتية مثل السرقة والقتل، وهتك العرض...

والجريمة الوقتية قد تقع بأفعال متلاحقة مثل الخادم يسرق مجموعة من المنقولات المنزلية المملوكة لسيده (تقع ثمرة لتصميم واحد يرد على الدهن وينفذ على دفعات).

ب- الجريمة المستمرة: هي التي تستلزم من الجاني نشاطاً ايجابياً أو سلبياً يستغرق فترة زمنية قد تطول أو تقصر بحسب الظروف، وهذا النشاط الذي يقوم به الجاني ينشئ حالة قانونية معينة هي التي تكون محل التجريم ولا تنتهي هذه الحالة إلا بانتهاء حالة الاستمرار (جريمة إخفاء الأشياء المسروقة (387 عقوبات)- جريمة استعمال طابع بريد أو أوراق مدموغة سبق استعمالها (210 عقوبات)- وجريمة الاتفاق الجنائي والهروب من الخدمة الوطنية، جريمة إهمال الأسرة.

ومن الجرائم المستمرة هذه ما يقع بطريقة ايجابية، ومنها ما يقع بطريقة سلبية. فتعتبر جريمة سلبية مستمرة جريمة التخلي عن طفل في مكان مأهول أو غير مأهول بالسكان حسب المادة 314 عقوبات.¹¹⁰

ج- أهمية التفريق بين الجريمة الوقتية والجريمة السلبية:

تبرز الأهمية العلمية للتفرقة بين الجرائم الوقتية والجرائم المستمرة في:

***التقادم:** تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجريمة الوقتية بعد مرور مدة التقادم بدءاً من وقوع الجريمة الوقتية التي تتطلب وقتاً قصيراً كما في السرقة والقتل.

¹¹⁰عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مرجع سابق ص 187

أما إذا كانت الجريمة وقتية متتابعة فإن مدة التقادم للدعوى العمومية فيها تبدأ من تاريخ آخر فعل من أفعال التنفيذ.

أما إذا كانت الجريمة مستمرة فإن سريان مدة التقادم يبدأ من تاريخ انقطاع حالة الاستمرار.

***الاختصاص:** أما الاختصاص بمحاكمة المتهم فإنه ينعقد في الجريمة الوقتية لمحكمة المكان الذي وقعت فيه، فإذا وقعت سرقة بدائرة محكمة أدرار، وفرّ الجاني إلى غرداية، فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة أدرار بحسب الأصل.

أما في الجرائم المستمرة فإن الاختصاص ينعقد لكل محل تقوم فيه حالة الاستمرار، مثل من يحوز مادة مخدرة في غير الأحوال المرخص بها قانوناً خلال سفره من أدرار إلى الجزائر العاصمة، فإن أي محكمة تقع في الطريق من أدرار إلى العاصمة تكون مختصة بالمحاكمة.

***حجية الشيء المحكوم فيه:** إن صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، يعتبر من الأسباب العامة لاقتضاء الدعوى العمومية، ويترتب على هذا عدم جواز تحريكها أمام القضاء عن الفعل الإجرامي نفسه.

فإذا صدر حكم نهائي في جريمة وقتية أو جريمة وقتية متتابعة فإن آثاره تتصرف إلى جميع الأفعال السابقة عليه فيمنع من إمكان المحاكمة عن هذه الأفعال من جديد حتى ولو كانت غير معروفة عند نظر الدعوى العمومية، ويجوز الحكم النهائي في جريمة مستمرة دون إمكانية المحاكمة عن مراحل الاستمرار السابقة على الحكم السابق، ولا يمنع الحكم الصادر عن إمكان المحاكمة بالنسبة لمراحل الاستمرار اللاحقة على هذا الحكم لأنها تعد جرائم جديدة لم يتناولها الحكم السابق بالعقاب. إذ تتم هذه الأفعال اللاحقة على صدور الحكم السابق عند إرادة إجرامية جديدة.¹¹¹

الجرائم البسيطة وجرائم الاعتقاد

أ- **الجريمة البسيطة:** تتكوّن من نشاط إجرامي واحد لا يلزم فيها عنصر الاعتقاد أو التكرار حتى تتوافر أركان الجريمة.

¹¹¹ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مرجع سابق ص 188

ب- جرائم الاعتياد: هي التي تتطلب تكرار الفعل المادي المكوّن لها على وجه معين حتى تتم الجريمة ويستحق العقاب من اقترفها فلا يكفي فيها وقوع الفعل المادي مرّة واحدة فقط، وأهم جرائم الاعتياد في بعض التشريعات الوضعية الاعتياد على التحريض على الفسق، الاعتياد على التسول .

ملاحظة: يجب التفريق بين جريمة الاعتياد والتعدد المادي للجرائم والعود إلى الجريمة: قد يعود المتهم إلى ارتكاب عدّة جرائم مختلفة قيل إن يحكم عليه في الجريمة الأولى من هذه الجرائم، فينطبق عليه في هذه الحالة أحكام التعدد المادي للجرائم التي تتعدد فيها العقوبات.

ويختلف التعدد المادي للجرائم عن العود إلى الجريمة بغياب حكم جزائي بين الجريمتين المتتابعين في التعدد المادي للجرائم، بينما لا يتحقق وصف العود إلى الجريمة إلا في حالة الحكم القضائي في الجريمة الأولى ، ثم عودة الجاني بعد ذلك إلى ساحة الجريمة، وفيما يخص التعدد الحقيقي للجرائم فإن المادة 34 من قانون العقوبات تنص على أنه:

>> في حالة تعدد الجنايات أو الجنح المحالة معاً إلى محكمة واحدة، فإنّه يقضي بعقوبة واحدة سالبة للحرية، ولا يجوز أن تتجاوز مدتها الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً للعقوبة الأشد << وتعرف هذه القاعدة بقاعدة عدم الجمع بين العقوبات.

الجرائم الايجابية والجرائم السلبية

أ- الجرائم الايجابية: معظم الجرائم من ايجابية إذ هي الإقدام عليها بفعل إيجابي وليس الإحجام عن ارتكابها.

ب- الجرائم السلبية: إذا كان القانون يأمر بالإقدام على عمل معين، فإن الامتناع عن إتيان يجعل صاحبه تحت طائلة العقاب، كما هو الشأن في المادة 91ق، ع، ج التي تعاقب عن الامتناع عن التبليغ بوجود مخطط عند العلم به، والمادة 182 التي تعاقب عن عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، وكذا جريمة ترك الأطفال في مكان خالٍ من الناس (314 ق، ع) - عدم استعمال حزام الأمن - وعدم تأمين السيارة - الامتناع عن أداء الزكاة في الفقه الإسلامي.¹¹²

تقسيم الجرائم بالنظر إلى الحق المعتدى عليه (المصلحة)

¹¹² محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 316-330

جرت عادة الفقه على تقسيم الجرائم بالنظر إلى طبيعة الحق المعتدى عليه إلى جرائم سياسية وجرائم عادية، وجرائم مضرّة بالمصلحة العامة وجرائم مضرّة بالآحاد.

الجريمة السياسية: المجرم السياسي هو الذي يسعى لمحاربة النظام السياسي للدولة ويوجد هناك معياران لمعرفة الجريمة السياسية، الأول الموضوعي يخص الوصف السياسي للجريمة الماسّة بمصلحة سياسية.

والثاني شخصي يأخذ في عين الاعتبار للباعث، ولقد ميز المشرع الجزائري بين الجريمة السياسية والجريمة العادية في المادة 698 من قانون الإجراءات الجزائية بشأن تسليم المجرمين لدولة أخرى، ونص على أنّه لا يقبل التسليم إذا كانت للجناية أو الجنحة صبغة سياسية، أو تبين من الظروف أن التسليم مطلوب لغرض سياسي.

-الجرائم المضرّة بالمصلحة العامة والجرائم المضرّة بآحاد الناس.

-الجرائم المضرّة بالمصلحة العامة: جدير بالذكر أن أي جريمة يحظره القانون تسبب ضرراً بالمصلحة العامة، وإن كان المجني عليه من آحاد الناس. بدليل أن النيابة العامة ممثلة المجتمع هي التي تنهض بتحريك الدعوى العمومية، غير أن هناك مجموعة خصّها المشرع بالنص على أنّها تضر بالمصلحة العامة سواءً كانت من الجرائم الاقتصادية، أو تلك التي يتم فيها تزيف وتقليد أختام الدولة والدمغات والطوابع والعملات.

-الجرائم المضرّة بآحاد الناس: هذه الجرائم ليست موجهة ضد المصلحة العامة توجيهها مباشراً بل هي في الأصل ضد فرد من الأفراد مثل القتل والجرح والسرقة وانتهاك حرمة ملك الغير، فهي تؤثر بطريق غير مباشر في الصالح العام للمجتمع.¹¹³

تقسيم الجرائم بالنظر إلى الركن المعنوي اللازم فيها

-الجرائم العمدية: هي التي يتطلب لها القانون نشاطاً عمدياً من الجاني بأن تنصرف إرادته نحو تحقيق كل أركان الجريمة مع علمه بتوافرها وبأن القانون يعاقب عليها. مثل القتل العمد الذي يتطلب نشاطاً مادياً بإطلاق عيار ناري صوب المجني عليه وتحقيق النتيجة التي يعاقب عليها القانون وهي إزهاق روح المجني عليه.

¹¹³ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 70

-الجرائم غير العمدية: هذا النوع من الجرائم تنعدم فيه فكرة القصد الجنائي لدى المتهم، وإنما تتوفر في حقه فكرة الخطأ أو الإهمال بدلاً من القصد الجنائي الذي تتطلبه الجرائم العمدية، وأهم هذه الجرائم جريمة القتل الخطأ المنصوص عليها في المادة 288 قانون عقوبات جزائري.

-يضاف إلى ذلك أن الجرائم العمدية وغير العمدية ترتبان فضلاً عن المسؤولية الجنائية المسؤولية المدنية بتعويض الضرر الذي أحلّ بالمجني عليه أو عائلته في حالة وفاته أو إصابته.¹¹⁴

¹¹⁴ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 557

الفصل الأول:

الركن الشرعي للجريمة وما يتعلق به

المحور الثاني شرعية القاعدة الجنائية

تمهيد

بعد تطرقنا في الفصلين السابقين إلى تعريف القانون الجزائي وعلاقته بباقي فروع القانون الأخرى وبالعلوم المساعدة له التي تسند مهمته في تحقيق أهدافه بغية الحدّ من ظاهرة الإجرام. ثم عرفنا بالجريمة وبيننا أهم تقسيماتها وما لهذه التقسيمات من أهميته عملية، نتناول في هذا الفصل القاعدة الجنائية الموضوعية التي تعد المصدر الوحيد للتجريم والعقاب ثم نتطرق إلى حدود تطبيقها من حيث الزمان والمكان.

شرعية القاعدة الجنائية

تحفل جلّ الدساتير الوضعية والتشريعات الجنائية المعاصرة بالنص على مبدأ أساسي ومهم في الحقل الجزائي، المتمثل في مبدأ أن "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وهذا المبدأ يطلق عليه، مبدأ شرعية القاعدة الجنائية أو شرعية الجرائم والعقوبات، ويقضي هذا المبدأ حصر مصادر القاعدة الجنائية في النصوص المكتوبة وحدها مما يستلزم تحديد مصادر هذه القاعدة وقواعد تفسيرها.

أولاً: مبدأ الشرعية الجنائية:

1/ الأصل التاريخي للمبدأ¹¹⁵:

مرّ هذا المبدأ بتطور تاريخي أرجعه البعض بدايته إلى القرن السادس الميلادي حيث كرس في مدونة جوستينيان الإمبراطور البيزنطي .

ولعل أهم حلقة في هذا التطور كانت ثمرة للأفكار الفلسفية والثورية التي شهدتها أوروبا في القرن الثامن عشر نتيجة الظلم الكامن في النظم الجنائية السائدة آنذاك ، فقد أثارت القسوة البالغة في العقاب وتحكم القضاة، واستبداد السلطات مشاعر كثير من المفكرين والفلاسفة، فقاموا بحملة شعواء ينكرون فيها قسوة العقوبات وجسامتها التي لا تتفق وآدمية الإنسان. ونادوا برّد العقوبة إلى أسس وضوابط تحول دون المبالغة في توقيعها والتعسف في استعمالها لأغراض تحكومية خدمة لأهواء السلطات.

¹¹⁵ عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، المبادئ الأساسية في القانون الجنائي، القسم العام، دار النهضة العربية القاهرة،

ويرجع الفضل إلى الفيلسوف الإيطالي الشاب " بيكاريا " Beccaria في صياغة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وذلك من خلال كتابه ذائع الصيت " الجرائم والعقوبات " سنة 1764 وقد استجابت الثورة الفرنسية لأفكار بيكاريا، فتمّ التنصيص على هذا المبدأ المهم في المادة الثامنة من وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789. وأقر هذا المبدأ قانون العقوبات الفرنسي الصادر عام 1791 الذي تأثر بأفكار بيكاريا تأثراً بالغاً ، ثم انتقل من بعد ذلك إلى جل التشريعات الجنائية المعاصرة .

ولقد ورد هذا المبدأ - أيضاً - في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1948/12/10 حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 11 منه أنه: " لا يدان أي شخص من جراء أداء عمل أو امتناع عن عمل إلا إذا كان ذلك يعتبر جرماً وفقاً للقانون الوطني أو الدولي وقت ارتكاب الجريمة".

وقد حرصت الدساتير الوضعية على النص على هذا المبدأ باعتباره من أهم الضمانات للحريات الفردية من أن تنال منها أهواء السلطات المستبدة تحقيقاً لمآرب تحكيمية مردها الهوى والتشهي، وها هو المؤسس الجزائري يعتقد هذا المبدأ في المادة 46 من دستور 1996/02/28 بصريح العبارة : " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"، وتأكيداً لهذا المبدأ جاء في المادة الأولى من ق، ع، ج على أنه " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن من غير قانون" .¹¹⁶

2- مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي:

إذا كان مولد مبدأ الشرعية ميلاداً عسيراً بعد محاض طويل نتيجة صراع طويل مع الاستبداد في القانون الوضعي، فإنه على خلاف ذلك قررت الشريعة الإسلامية منذ ما يربو عن أربعة عشر قرناً هذا المبدأ في عديد من نصوصها في غير مناسبة منها قوله تعالى: ﴿لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾، وقوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ وقوله تعالى: ﴿ومكان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا﴾ فهذه نصوص قاطعة بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بعد بيان التكاليف الشرعية، وأن المولى عز وجل - لا يأخذ الناس بعقاب دنيوي أو أخروي إلا بعد يبين لهم الحلال والحرام، ويشرهم وينذرهم على لسان رسله.

¹¹⁶ عبد الله سليمان ، مرجع سابق، ص73

وفي الهدي النبوي نصوص تعضد هذا المعنى ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "الخلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه فاقبلوا من الله عافيته" ومن أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم التي تقرر تطبيقات لهذه القاعدة قوله في حجة الوداع: "ألا وإن دم الجاهلية موضوع وأول دم أبد به دم الحارث بن عبد المطلب وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبدأ به ربا عمي العباس بن عبد المطلب".

ومن هذه النصوص استخرج الفقهاء القاعدتين الأصوليتين اللتين تفيضان مضمون قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص المتمثلتين في قاعدة "لا تكليف قبل ورود الشرع" وقاعدة أن "الأصل في الأشياء الإباحة"، وتطبيق هاتين القاعدتين في مجال الفقه الجنائي يعني حظر العقاب على صور السلوك التي لم يرد نص بتجريمها، وقصر العقاب على صور السلوك المجرمة التي تقع بعد ورود النص القاضي بالتجريم.

ولا شك أن جرائم الحدود والقصاص قد تفررت كلها في التشريع الجنائي الإسلامي بنصوص خاصة بكل جريمة، ومحددة للعقاب عليها في القرآن والسنة.

أما جرائم التعزير وهي فعل المحذور شرعا أو ترك الواجب والمتعلقة بالمعاصي التي ليس فيها حد ولا كفارة فإن الأصل فيها أن يفوض أمر التجريم فيها وتقدير عقوباتها لولي الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة.¹¹⁷

ثانيا : مضمون المبدأ

مفاد مبدأ الشرعية أن (الشارع أو المشرع) وحده الذي يملك سلطة التجريم والعقاب فلا يملك القاضي أن يجرم فعلا لم يجرمه القانون، ولا أن يقضي بعقوبة غير التي نص عليها القانون، ولا أن يسرى القانون بأثر رجعي إلى الماضي إلا ما كان في صالح المتهم، ويتخذ مبدأ الشرعية في المجال الجنائي صوراً ثلاثة:

1. شرعية التجريم والعقاب :

¹¹⁷ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت ط:6، 1985. ج1، ص عبد الفتاح

مصطفى الصيفي، مرجع سابق، ص ص 78-96

يقصد بها التعبير عن القاعدة الجنائية الشهيرة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " والهدف منها هو حماية الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية وهي القانون -قانون العقوبات، والقوانين المكملة له -

فقد نص دستور 28 نوفمبر 1996 في مادته 122 على أنه " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذا في المجالات الآتية: "قواعد قانون العقوبات، والإجراءات الجزائية لاسيما تحديد الجنايات والجناح والعقوبات المطابقة لها والعفو الشامل وتسليم المجرمين ونظام السجون".

2. الشرعية الإجرائية:

وتحكم القواعد الشكلية أو الإجرائية للقانون الجزائي، وتعني كفالة احترام الحرية الشخصية للمتهم عن طريق اشتراط الشرعية لكل إجراء جزائي، فيتحدد جوهر هذه الشرعية في افتراض براءة المتهم في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ قبله منذ البدء في جمع الاستدلالات حتى استنفاد طرق الطعن في الأحكام ، وذلك لضمان حريته كما يجب أن تخضع الإجراءات الجنائية للرقابة القضائية.

3. شرعية تنفيذ الجزاءات الجنائية:

ومجالها تنفيذ الجزاءات الجنائية ، إذ تلتزم السلطة القائمة على تنفيذ الأحكام الجزائية في حدود القانون، وبالأسلوب الذي نص عليه وفي الأماكن المخصصة لذلك، وقد كان من توصيات المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات الذي انعقد في باريس عام 1937 أن مبدأ الشرعية كما هو أساسي للقانون الجنائي يجب أن يكون كذلك في تنفيذ العقوبات والتدابير الاحترازية.¹¹⁸

ثالثا : تقدير مبدأ الشرعية :

مما لا ريب فيه أن مبدأ الشرعية يمثل ضمانا هامة من ضمانات الحرية الفردية في مجال التجريم والعقاب إذ يعد وسيلة فعالة للحد من استبداد الحاكم، وتعسف القاضي اللذين قد يتخذان التجريم والعقاب وسيلة فعالة لواد معارضيتهم ،والبطش بمخالفيتهم، وعلى الرغم مما لهذا المبدأ من أهمية فإنه لم يسلم من الانتقادات نوجز أهمها فيما يأتي:

¹¹⁸ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ص85-96

*التمسك بهذا المبدأ يمهد السبيل للأشرار للتحايل على القانون والإفلات منه بارتكابهم لأفعال ضارة بمصلحة المجتمع تظل بغير عقاب لغياب نص التجريم.

*هذا المبدأ يتعارض مع الاتجاهات الحديثة للعقاب التي تنادي بتفريد العقاب، فالمشرع الذي يحدد العقوبة على قدر جسامة الجريمة لا يلتفت إلى شخصية الجاني ودرجة خطورته (وهذه أفكار المدرسة الوضعية).

وعلى الرغم من هذه الانتقادات التي وجهت إلى مبدأ الشرعية إلا إنها لم تستطع النيل منه لقوة الدعائم التي يستند إليها:

*فالقول بأن هذا المبدأ يقيد سلطات القاضي ويحرم المجتمع من الحماية الواجبة إزاء الأفعال غير الأخلاقية أو الضارة مردود عليه بحجة أن المشرع يستطيع دائما التدخل لتجريم هذه الأفعال.

*أما القول بعجز مبدأ الشرعية عن مسايرة الاتجاهات الجنائية الحديثة المنادية بتفريد العقاب ، يمكن الرد عليه من خلال واقع كثير من التشريعات الجنائية الحديثة التي جعلت للعقوبة في كثير من الحالات حدين : (أقصى وأدنى) ويخضع تقدير العقوبة للسلطة التقديرية للقاضي الجزائري بما يلائم كل مجرم وحده.

وخلاصة القول إن الانتقادات التي وجهت إلى المبدأ لم تفلح في النيل منه لأنه من أهم الضمانات للحريات الفردية وأساس للاستقرار القانوني.¹¹⁹

رابعا: القانون مصدر القاعدة الجنائية:

مفاد مبدأ الشرعية أن " القانون المكتوب هو المصدر الوحيد للقاعدة الجنائية " ويترتب على ذلك ، أنه إذا لم يكن نص مكتوب يبين الفعل المجرم ويحدد العقوبة المقررة له، وجب على القاضي الجزائري أن يحكم ببراءة المتهم ولو كان السلوك المرتكب يستحق التجريم، ومعنى هذا أنه يمنع القاضي الجزائري بإدانة المتهم بجريمة أو توقيع العقوبة بدون نص تشريعي، وهو بهذا يختلف عن القاضي المدني الذي يتحتم عليه أن يفصل في النزاع المطروح أمامه ففي حالة غياب نص تشريعي عليه أن يعود إلى المصادر الاحتياطية للقانون المتمثلة في مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (المادة : 1 ق مدني جزائري).

¹¹⁹ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، مرجع سابق ، ص ص75-77

ففي الجزائر يعد قانون العقوبات الصادر بتاريخ 1966/07/08 المصدر الرئيسي للقانون الجزائري الجزائري، علما أن هذا القانون كان محلا للتعديل والتتميم كان من أهمها ما كان بموجب أمر رقم 95-11 المؤرخ في 1995/02/21 والذي أدرج قسما رابعا مكررا بعنوان " الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية " وتناولها في المواد 87 مكرر إلى 87 مكرر 9.

ومعنى مبدأ الشرعية أن مصادر القانون الجزائري تقتصر على القوانين الصادرة من السلطات التشريعية ، لكن لايعني أن القانون الجزائري يقتصر على قانون للعقوبات وحده، بل توجد قوانين جزائية خاصة مثل قانون المرور ، قانون الجمارك ، قانون القضاء العسكري.

وإذا كانت السلطة التشريعية هي المختصة أصلا بتحديد الجرائم وبيان العقوبات فإن البعض أجاز للسلطة التنفيذية في أحوال معينة وبشروط خاصة اختصاصا تشريعيا محدودا في نطاق اللوائح والتنظيم.

فقد جاء في المادة 125 من الدستور على أنه: " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون" ، ومعنى هذا أن المخالفات التي تدخل في مجال التنظيم يحق للسلطة التنفيذية أن تصدرها ، ولكن هذا لايعني عدم استطاعة السلطة التشريعية إصدار قوانين تنظم التجريم والعقاب في مواد المخالفات، بل باستطاعتها ذلك طبقا للقاعدة : "من يستطيع الكثير يستطيع القليل"

وسلطة التنظيم (بناء على نص المادة 37 دستور فرنسي التي تنص على أن المسائل غير المعتبرة في مجال القانون لها طابع تنظيمي) تقتصر على التجريم والعقاب في مجالات المخالفات البسيطة وهو الفرع الأدنى للجرائم الجزائية ، والمعاقب عليها على الأكثر بشهرين حبس، ولا تمتد تلك السلطة إلى الجنايات والجنح.

وحق إنشاء المخالفات من طرف رئيس الجمهورية يتم بواسطة إصدار مراسيم تشريعية.

خامسا: تفسير القاعدة الجنائية.

يقصد بتفسير القاعدة الجنائية استخلاص المعنى المقصود من النص القانوني لجعله صالحا للتطبيق على الوقائع التي تعرض أمام القضاء، وينقسم التفسير من حيث مصدره إلى تفسير تشريعي وقضائي وفقهي.¹²⁰

¹²⁰ أحسن بوسقيعة مرجع سابق، ص 78

● **التفسير التشريعي:** عبارة عن قواعد قانونية ملزمة للكافة تهدف إلى إزالة الغموض أو الشك حول قانون سابق.

● **التفسير القضائي:** وهو الذي يصدر عن القاضي الجزائري بصدد الفصل في وقائع معروضة عليه ابتغاء تطبيق القانون عليها، وهذا النوع من التفسير ليس له صفة إلزامية عامة حيث يقتصر أثره على الحالة التي صدر بشأنها ، وعلى هذا فهو لا يكون ملزما للقضاء الذي أصدره أو لقضاء آخر أقل منه درجة غير أن الدستور الجزائري خرج على هذا الأصل مفوضا المحكمة العليا سلطة تفسير النصوص التشريعية " تمثل المحكمة العليا في جميع مجالات القانون الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم " ،"تضمن المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون"

● **التفسير الفقهي:** وهو الذي يتولاه الفقهاء وشرح القانون الجزائري لاستجلاء معنى النص القانوني، وغالبا ما يساعد القضاء على تطبيق نصوص القانون كما قد ينبه المشرع إلى أوجه النقص فيها فيسعى إلى استكمالها وإجلاء غموضها وهناك طريقتان للتفسير هما: التفسير اللغوي والتعبير المنطقي.

● **سادسا: حظر القياس في نصوص التجريم:**

● القياس في نصوص التجريم هو إلحاق فعل لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه لاشتراكهما في علة التجريم، وهذا القياس محظور في التشريع الجنائي مع الإشارة إلى أن القياس المحظور هو القياس الخاص بالتجريم والعقاب، لا القياس في نصوص الإباحة أو امتناع المسؤولية أو العقاب فهذا لا يتعارض مع مبدأ الشرعية ..¹²¹

- نماذج من الاجتهاد القضائي الجزائري حول تطبيق مبدأ الشرعية:

لا شك أن الطعن بالنقض - باعتباره طريقا غير عاد من طرق الطعن يرمي إلى معالجة أخطاء القانون دون أخطاء الواقع، إذ يسهر هذا الطريق على التطبيق السليم للقانون، ولا يلتفت إلى تصويب الأخطاء في الوقائع.

¹²¹ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ص 97-108

وقد يتخذ الخطأ في تطبيق القانون صوراً متعددة منها: مخالفة القانون - الخطأ في تطبيق القانون - الخطأ في تأويل القانون ومن أهم تطبيقات هذه الصور في الجزائر ما يأتي:

- قضية رقم 28555 قرار 1984/06/26

يخالف المادة الأولى عقوبات المجلس الذي أدان المتهم بجنحة الفعل المخل بالحياء المنصوص والمعاقب عليه في المادة 333ق،ع. وقضى عليه بثلاث سنوات حبسا " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000 دج كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء"

- قضية رقم 36367 قرار 1989/12/31.

يجب أن تتضمن الأحكام والقرارات عند الإدانة النصوص القانونية المطبقة والإوقعة تحت طائلة البطلان.

- قضية رقم 36665 قرار 1984/12/25

متى وجهت للشخص تهمة باعتباره فاعلا أصليا لوقائع معينة، فإنه ليس من الجائز قانونا أن توجه للشخص نفسه تهمة المشاركة في الفعل الأصلي الذي اتهم به في آن واحد.

إن إسناد تهمة الفعل الأصلي والمشاركة في فعل لشخص واحد من أجل فعل واحد تعد خرقا للقانون.

- قضية رقم 8420 قرار 1973/05/15

لا تثبت جريمة الزنا إلا بالطرق المحددة قانونا الواردة على سبيل الحصر في المادة 341 ق،ع،ج"إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس ، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم أو بقرار قضائي" ومن ثم لاتصح شهادة شاهد كدليل للإثبات في جريمة الزنا.

حدود تطبيق القاعدة الجنائية

تطبيق القاعدة الجنائية من حيث الزمان.¹²²

مما لا ريب فيه أن القاعدة الجنائية أمر لازم للتجريم والعقاب، غير أن حدود تطبيق هذه القاعدة ليس مطلقاً، إذ يتحدد بقيود زمنية ومكانية ولذلك ندرس حدود تطبيق القاعدة الجنائية في الزمان أولاً، ثم تتبعه بحدود تطبيقها في المكان.

تطبيق القاعدة الجنائية في الزمان

تمهيد :

لا بد للنظام القانوني أن يواكب متطلبات الحياة المستجدة بواسطة تعديل القاعدة القانونية وتغييرها ، ويعد هذا أهم وسيلة يعبر بها المقتن عن هذا التطور، وليست القاعدة الجنائية بمنأى عن هذه الظاهرة القانونية، بل لعلها تعد أدق مظهر لها ، وقديماً قيل: "يحدث للناس من الأفضية بقدر ما يحدث لهم من الفجور".

فإذا تدخلت إرادة المشرع وألغت نصاً جنائياً فإن مفعوله ينقضي فلا يسري على وقائع لاحقة لأن صلاحية النص للتطبيق تتحدد من الفترة التي تلي لحظة نفاذه حتى تاريخ إلغائه ، ومعنى ذلك أن النص لا يسري على الوقائع التي سبقت وجوده ، ولا على الوقائع اللاحقة على إلغائه ، وهو ما يعرف بقاعدة "عدم رجعية القانون الجنائي" أحد أهم نتائج مبدأ الشرعية ، أو المظهر العملي له وتفصيل فيما يأتي :

قاعدة عدم رجعية النص الجزائي إلى الماضي

1- ماهية القاعدة وأساسها :

تعني قاعدة عدم رجعية قانون العقوبات إلى الماضي أن نص التجريم لا يسري إلا على الوقائع التالية لنفاذه "الأثر الفوري للقانون" وعدم سريانه على ما وقع قبل ذلك من سلوك ، فالنص الواجب التطبيق على الجريمة هو النص الساري المفعول وقت ارتكابها وليس النص المعمول به وقت محاكمة مرتكبها .

¹²² تفصيلاً أوفى: يرجع ر، غارو، موجز الحقوق الجزائية المبادئ العامة في قانون الجزاء ترجمة فائز الخوري، ص ص 146-169

وهذه القاعدة تحرص على تقريرها جل الدساتير المقارنة، ومن بينها الدستور الجزائري فالمادة 26 من دستور 1996/11/28 تنص على أنه "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

وتم التأكيد على هذه القاعدة في المادة الثانية من ق، ع، ج بقولها "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

أما عن الأساس الفلسفي الذي تركز عليه قاعدة رجعية قانون العقوبات إلى الماضي فيمكن رده إلى اعتبارات العدالة وحرية الأفراد لأنه من حق كل إنسان أن يعلم وقت ارتكابه الفعل ما إذا كان سلوكه مباحا أو مجرما؛ إذ من الخطر على الحرية الفردية بمكان مفاجأتهم بتجريم أفعال لم تكن وقت إتيانها مجرمة أو الحكم على شخص ارتكب جريمة بعقوبة أشد من العقوبة التي كانت مقررة لها وقت ارتكابها، وهذه ثغرة يمكن للحاكم المستبد أو القاضي المتعسف أن ينفذ منها لتحقيق مآرب تحكيمية يملها الهوى و التشهي ولا مجال فيها لصوت الحق والعدل.¹²³

*كما تستند هذه القاعدة إلى فكرة استقرار المراكز القانونية وهي فكرة ضرورية لكل مجتمع منظم إذ من العسير على المجتمع أن يقبل مراكز قانونية غير مستقرة على نحو دائم، لأنها محل نزاع لا ينتهي أبدا لذلك لعبت هذه القاعدة دور الحفاظ على استقرار المراكز القانونية التي نشأت في ظل قانون معين.

2- نطاق تطبيق القاعدة :

يجب التمييز عند تطبيق قاعدة عدم رجعية القاعدة الجنائية بين القواعد الجنائية الموضوعية، والقواعد الجنائية الشكلية، والقواعد الجنائية المفسرة، والقواعد الجنائية التي تنشأ للمتهم مركزا قانونيا أفضل من القواعد السابقة، وعليه فإن هذه القاعدة تتعلق أساسا بالقواعد الجنائية الموضوعية، والقواعد الجنائية الأسوأ للمتهم.

أ- عدم رجعية القاعدة الجنائية الموضوعية "قاعدة الموضوع":

نسمي القوانين الجنائية الموضوعية، تلك القوانين تحكم التجريم والعقاب، وتطبق قاعدة عدم الرجعية على القوانين الموضوعية لأنها تعرض الأفراد لجزاءات عقابية بتوضيحها لما هو مسموح وما هو ممنوع.

ب- التطبيق الفوري للقاعدة الإجرائية "قاعدة الشكل"

¹²³ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 91--93

نسمي القوانين الجنائية الشكلية تلك القوانين التي تنظم إجراءات الدعوى الجنائية منذ تحريكها من طرف النيابة العامة إلى غاية البت فيها بحكم قضائي غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية،(و أكثر تموضع هذه القواعد في قانون الإجراءات الجزائية).

وفي نطاق هذه القوانين تستبعد قاعدة عدم الرجعية من التطبيق، إذ يجب تطبيق النص الجديد فوراً فيما يخص التحقيقات أو الدعوى الجنائية التي لم يفصل فيها ولو أدى ذلك إلى سريانها على وقائع سابقة على وجودها، ومبرر ذلك أن القوانين الشكلية الجديدة المتعلقة بإجراءات المحاكمة تعتبر أفضل من القوانين الشكلية الملغاة إذ تهدف إلى ضمان سير أحسن للعدالة تحقيقاً للمصلحة العامة، وقد عبر القضاء الجزائري عن تأييده لهذا التفسير بقوله "إن قانون العقوبات لا يسري على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة أما القوانين الشكلية سواء كانت في صالح المتهم أو في غير صالحه فإنها تطبق فوراً ولو على وقائع تمت قبل صدورها وذلك لأنها تهدف دائماً إلى حسن سير العدالة" المحكمة العليا 4 مارس 1969.¹²⁴

ج - القوانين التفسيرية لها أثر رجعي:

القوانين التفسيرية الرجعية تهدف إلى رفع اللبس، ومواضع الشك في القانون السابق، ويكون من الضروري تطبيق تفسير المشرع على القانون السابق احتراماً لإرادة المشرع، وحتى ولو كان التفسير يجعل القانون أكثر شدة ولا يعتبر هذا خروجاً عن مبدأ الشرعية طالما أن القانون المفسر لم يضيف تجزئاً جديداً ولم يشدد عقاباً قائماً.

د- مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم:

من أهم الاستثناءات التي ترد على قاعدة عدم رجعية القاعدة الجنائية إلى الماضي، رجعية القانون الأصلح للمتهم، إذ نص المشرع الجزائري في المادة الثانية ق، ع، ج "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

- ماهية المبدأ وأساسه الفلسفي:

¹²⁴ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 97

طبقا لمنطوق المادة 2 ق ع ج يكون للقانون الأقل شدة أو الأصح للمتهم بلغة الفقه أثرا رجعيا ، أي يرتد " ينسحب " إلى الماضي فيطبق على الأفعال التي ارتكبت قبل صدوره فإذا ارتكب شخص جريمة في ظل قانون معين ثم صدر بعد ارتكابه للجريمة قانون آخر يزيل عن الفعل صفة الجريمة، أو يخفف العقاب المقرر له فإنه يجب استبعاد النص القديم وسحب القانون بأثر رجعي للماضي وإعماله " تطبيقه " .

ورجعية القانون الأصح للمتهم يبررها أن المشرع إذا ألغى تجريم فعل أو خفف العقوبة عليه ، فذلك اعتراف منه بعدم ضرورة التمسك بتوقيع العقوبة على فعل صار مباحا أو التمسك بتشديد العقوبة على الفعل بعد تخفيفها .

تحديد القانون الأصح للمتهم:

يتحدد القانون الأصح للمتهم بالمقارنة بين القانونين القديم والقانون الجديد ، لتحديد ما إذا كان القانون الأخير أصح للمتهم ، ويقصد بالقانون الأصح للمتهم القانون الذي ينشأ للمتهم مركزا أو وضعاً قانونيا يكون أصح له من القانون القديم ، وتحديد ما إذا كان القانون أصح للمتهم مسألة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، وللقاضي أن يسترشد بجملة من المعايير لتحديد القانون الأصح .

معيار صلاحية القانون بالنسبة للمتهم :¹²⁵

لتحديد القانون الأصح للمتهم يستعين القاضي بضوابط تستمد من الأحكام الخاصة بالتجريم ، أو من الأحكام الخاصة بالعقاب .

1- في نطاق التجريم:

يعد القانون أصح للمتهم في الحالات الآتية:

*إباحة الفعل في القانون الجديد بعد ما كان مجرما بالفعل القديم.

*إضافة سبب من أسباب الإباحة أو مانعا من موانع المسؤولية أو مانعا من موانع العقاب في القانون الجديد يستفيد منه المتهم.

¹²⁵ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 94-97، وأحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 91--93

*إضافة ركن جديد في الجريمة في القانون الجديد لم يكن مطلوباً في القانون القديم، من شأنه أن يستفيد منه المتهم لأنه يبرأ ساحتاً من نسبة الجريمة إليه.

2- في نطاق العقوبة: إذا أبقى القانون الجديد على نص التجريم، ولكنه قرر للجريمة عقوبة أخف من العقوبة التي كانت مقررة في القانون القديم، فهو بلا شك أصلح للمتهم وتحكم المقارنة بين القوانين عند تعديل العقوبة الضوابط الآتية.

1- عقوبة الجنايات هي الأشد تليها عقوبة الجنحة فالمخالفة، وتندرج عقوبات في الشدة من الإعدام، فالسجن المؤبد، والسجن المؤقت (5-30 سنة) ثم الحبس المؤقت الذي يتجاوز شهرين إلى خمس سنوات (شهرين -5 سنوات) ثم الغرامة التي تتجاوز 2000 دج ثم الحبس لأقل من شهرين، وأخيراً عقوبة الغرامة التي تقل عن 2000 دج.

هذا التدرج يفيد بأن عقوبة الغرامة من الجنحة تعد أشد من عقوبة الحبس في المخالفة أي ما يزيد عن 2000 دج غرامة أشد من أقل من شهرين حبس.

ولكن محكمة النقض الفرنسية خالفت هذا الاتجاه معتبرة أن عقوبة الحبس هي أشد من عقوبة الغرامة ولو أن الأولى صدرت في مخالفة والثانية في جنحة.

2- إذا اتحدت العقوبة في القوانين من حيث النوع كالسجن والحبس مثلاً فإن الأصل بينهما هو الذي ينقص من مدتها، فإن هبط القانون الجديد بالحد الأدنى أو بالحد الأقصى للعقوبة، أو بالحدين معا فهو بلا شك أصلح للمتهم 3- غير أن الإشكال يثور في الحالة التي يخفض القانون الجديد الحد الأدنى، ويزيد في الحد الأقصى للعقوبة، أو العكس فيزيد القانون الجديد في الحد الأدنى، ويخفض الحد الأقصى لأي القوانين أصلح للمتهم .¹²⁶

تعددت الآراء في ذلك وأهمها :

¹²⁶ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 95

أ/ذهب رأي إلى القول بأن القانون الأصلح هو القانون الذي هبط بالحد الأدنى للعقوبة وحجته في ذلك هو أن هبوط المشرع بعقوبة الحد الأدنى للعقوبة معناه تسامح من المشرع في مواجهة هذه الجريمة، وبأن المتهم يمكنه أن يستفيد من هذا التسامح إلى أقصى درجات التخفيض .

ويعيب هذا الرأي أنه يعرض المتهم لخطر عقوبة الحد الأقصى المرتفعة نظير أمل الاستفادة من التخفيف.

ب/وذهب رأي آخر إلى القول بأن القانون الأصلح هو القانون الذي يهبط بالحد الأقصى للعقوبة وإن رفع من حداها الأدنى بحجة أن ذلك يجعل المتهم يستفيد - ولو عوقب بأقصى العقوبة- من تنزيل الحد الأقصى وعيب هذا الرأي أن المتهم الذي يعاقب بالحد الأدنى سوف ترتفع عقوبته .

وقد أخذت بهذا الرأي المحكمة العليا في الجزائر في حكم جاء فيه: " يجب على القاضي في مسألة تعيين القانون الأقل شدة إلى الحد الأقصى للعقوبة قي القانونين بغض النظر عن حداها الأدنى ، حيث أن الحد الأقصى للعقوبة يعد ضماناً له للمتهم ،ويجب على هذا الأخير أن يعول عليه فقط ، قرار رقم 397 صادر بتاريخ 1981/12/24 .

جـ/والرأي الذي عليه غالبية الفقه هو ضرورة المقارنة بين النصين بميزان الواقعية بحسب الحالة المعروضة على القاضي، فإذا تبين له أن المتهم جدير بتخفيض العقوبة إلى أقصى درجات التخفيض، وجب عليه أن يعتبر أن القانون الذي يهبط بالحد الأدنى هو القانون الأصلح للمتهم، أما إذا وجد القاضي أن المتهم جدير بالحد الأقصى للعقوبة عندها لا بد من اعتبار أن القانون الذي يهبط بالحد الأقصى هو القانون الأصلح للمتهم .

4 (إذا كان القانون القديم يقر عقوبتين على سبيل الجواز فجاء القانون الجديد وقرر لهذا الفعل أحد هاتين العقوبتين فقط فالقانون الجديد هو الأصلح، أما إذا كان القانون القديم يقرر العقوبتين على سبيل الجواز فجاء القانون الجديد وقرر عقوبة واحدة فقط يكون القانون الجديد هو الأصلح إذا كانت هذه العقوبة الواحدة هي الأخف .

5 (إذا كان القانون الجديد يقرر العقوبة نفسها التي كانت في القانون القديم نوعاً وكماً مع إضافة عقوبة تكميلية أو تبعية يكون القانون الجديد هو الأشد.

6/ إذا كان القانون القديم يقرر للجريمة عقوبة ، وجاء القانون الجديد وقرر لها تدبيراً من تدابير الأمن فإن القانون الجديد هو الأصح .¹²⁷

حالات تطبيق القانون الأصح للمتهم :

هناك حالتان لتطبيق القانون الأصح للمتهم يجب التمييز بينهما وهما:

الحالة الأولى : صدور القانون الأصح قبل الحكم البات

المقصود بالحكم البات :

ذلك الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن بما في ذلك الطعن بالنقض، سواء لأنه صدر غير قابل للطعن بهذه الطرق أم لأن طرق الطعن قد استنفذت.

والقاعدة العامة أن لا أثر للقانون إلا من تاريخ العمل به فلا تعد الجريمة قد ارتكبت في ظل القانون إلا إذا كان قد صدر ونشر في الجريدة الرسمية وأصبح معمولاً به لفوات المدة القانونية على نشره وقبل وقوع الفعل. وذلك حتى يتسنى للأفراد العلم بمضمونه قبل مساءلتهم .

وتحديد وقت العمل بالقانون: لا يثير صعوبة إذ المرجع فيه إلى القواعد التي يقرها الدستور، وقد حدده القانون الجزائري بيوم كامل من تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية بالنسبة للجزائر العاصمة وبيوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة بالنسبة للنواحي الأخرى وفي هذا يتفق القانون الجزائري مع نظيره الفرنسي.

فإذا صدر قانون أصح للمتهم ولم يكن قد صدر في الدعوى العمومية حكم بات ، أي مازال قابلاً للطعن بالمعارضة أو الاستئناف أو النقص فهذا القانون هو الواجب التطبيق ويجوز أن يكون الطعن الوحيد هو مطالبة المحكوم عليه بتطبيق القانون الأصح له .

¹²⁷ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 96-97

ويستوي أن يصدر القانون الجديد أثناء ميعاد الطعن أو أن يصدر خلال الوقت الذي تكون الدعوى العمومية فيه مطروحة على محكمة النقض.

وقد جاء قانون العقوبات الجزائري خلوا من النص على هذا الشرط بخلاف ما هو مقرر صراحة في بعض التشريعات الجنائية المقارنة (ع . مصري مادة 5) (ع . لبناني مادة 3) (ع إمارات عربية متحدة 1/13).¹²⁸

والحكمة من استلزام صدور القانون الأصلح قبل الحكم البات حرص المشرع على استقرار الأوضاع القانونية ووضع حد للمنازعات القضائية حتى لا تتزعزع الثقة في الأحكام القضائية وتحتز صورة العدالة.

الحالة الثانية : صدور القانون الأصلح بعد الحكم البات :

تذهب بعض التشريعات الجنائية أنه إذا صدر قانون جديد يزيل الصفة الجرمية عن الفعل الذي حكم على المتهم من أجله سواء بإلغاء نص التجريم كلية أم بتقرير سبب إباحة توافر بالنسبة للمتهم ، أو بإضافة مانع من موانع المسؤولية أو العقاب ، فإنه يترتب وقف تنفيذ الحكم الصادر على المحكوم عليه وانتهاء آثاره الجنائية (السوابق العدلية العود...) ويعني ذلك اعتبار المحكوم عليه في مركز من لم يحكم عليه.

فإذا كان الحكم لم ينفذ بعد يوقف التنفيذ ، أما إذا كان قد بدأ في تنفيذه لزم إيقاف الاستمرار فيه والإفراج عن المحكوم عليه على الفور إذا كان بصدد الخضوع لعقوبة سالبة للحرية ، وإسقاط جميع العقوبات الصادرة به والمترتبة عليه ، وإذا كان الحكم صادرا بالغرامة فلا يجوز المطالبة بها وإذا كان المحكوم عليه قد دفعها فله أن يطالب باستردادها.

غير أن انتهاء الآثار الجنائية للحكم على النحو المذكور لا يؤدي إلى المساس بالآثار غير الجنائية للحكم كما لو حكم على المتهم بتعويض المجني عليه ، ذلك لأنه صيرورة الفعل غير معاقب عليه طبقا للقانون الجديد لا يمنع من بقاءه فعلا خاطئا ضارا يستوجب التعويض .

¹²⁸ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 98

أما إذا جاء القانون الجديد مخففا للعقوبة دون أن يجعل الفعل مباحا ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم البات إعادة النظر في العقوبة المحكوم بها في ظل أحكام القانون الجديد وذلك بناء على طلب النيابة العامة أو المحكوم عليه .

وهذه الحالة لم يشر إليها القانون العقوبات الجزائري شأنه في ذلك شأن قانون العقوبات المصري بينما صرح بهذا الاتجاه قانون العقوبات للإمارات العربية المتحدة في المادة 13 منه.

وفي ظل غياب نص على هذا الاتجاه في التشريع الجزائري فان القاعدة المعتمدة أنه من شروط استفادة المتهم من تطبيق القانون الجديد الأصلح له إلا يكون قد صدر في حقه حكم نهائي " بات " وقد خرج المشرع الجزائري بصفة استثنائية عن هذه القاعدة في القانون رقم 99-08 المؤرخ في 13-07-1999 المتعلق باستفادة الوثام المدني ؛ إذ نصت المادتان 37-38 منه على أن هذا القانون يستفيد منه- أيضا- المحكوم عليهم نهائيا.

أما إذا حاز الحكم قوة الشيء المقضي فيه فالأصل في ظل غياب نص صريح أن لا يستفيد المحكوم عليه من القانون الجديد حتى وإن ألغى هذا القانون تجزئيا ، ويبدو أنه لعلاج هذه الإشكالية ليس للمحكوم عليه في هذه الحالة إلا ارتقاب منة العفو الرئاسي التي تعفيه من استمرار تنفيذ العقوبة السالبة للحرية فقط المحكوم بها عليه لفعل نزع عنه المشرع صفته الجرمية ودخل دائرة المباحات.

ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه يتجه إلى إضفاء نوع من القداسة على مبدأ حجية الشيء المقضي فيه رغم أن هذه القداسة بدأت تتراجع حديثا خاصة إذا كان الأمر يتعلق بترجيح مقتضيات العدالة على هذا المبدأ؛ إذ ليس من العدل أن يستمر توقيع العقاب على شخص لارتكابه فعلا أصبح مباحا.

وتداركا للعيوب التي ينطوي عليها هذا الاتجاه تضمن قانون العقوبات الفرنسي الجديد حكما يقضي بتوقيف تنفيذ العقوبة المحكوم بها من أجل فعل لم يعد مجرما بحكم قانون جديد (المادة 12-4 ق.ع فرنسي).

ه/ حكم القوانين المؤقتة والقوانين الاستثنائية

"استثناؤها من قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم" :

المقصود بالقوانين المؤقتة والقوانين الاستثنائية :

القوانين المؤقتة: هي التي يتحدد فيها ميعاد نفاذها وتاريخ انتهاء العمل بها دون حاجة لإصدار قانون جديد لإلغائها.

القوانين الاستثنائية: يقصد بها تلك القوانين التي تصدر لمواجهة ظروف خاصة أو أوضاعا استثنائية أو حالات الطوارئ أو الكوارث الطبيعية كالزلازل أو الوباء أو الأزمات الاقتصادية، وهذه القوانين وإن كانت مؤقتة بطبيعتها إلا أن المشرع لا يضع لها سلفا تحديدا صريحا لفترة العمل بها ومن ثم يتعذر عادة التكهّن بموعد انتهاء العمل بها لذا فهي تحتاج إلى صدور قانون جديد يقرر إلغائها .

تستثنى هذه الطائفة من القوانين (القوانين المؤقتة والقوانين الاستثنائية) من قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم والقوانين الملغية للتجريم، والمخففة للعقوبة، وتظل الجرائم التي ارتكبت في ظل هذه القوانين خاضعة للقانون الذي كان ساري المفعول وقت ارتكابها بالرغم من انتهاء العمل به¹²⁹.

والحكمة من الخروج على قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم في هذه الطائفة من القوانين: لئلا

يستفيد المتهم أو المحكوم عليه من انقضاء المدة التي تنهي فيها القوانين المؤقتة عن فعل أو تأمر به ، وبالتالي لا يضيع الغرض المقصود من هذه القوانين .

فالمشرع يضع هذه القوانين ليواجه بها ظروفًا خاصة أو استثنائية فمن يرتكب فعلا يخالف به هذه القوانين يعد معتديا على المصلحة العامة ملحقا بالضرر بها في هذه الظروف العصيبة التي تعيشها الجماعة فلا يجوز التسامح معه ويبقى مستحقا للعقاب حتى ولو انقضت -بعد فعله هذه الظروف- وانتهى العمل بهذا القانون بانتهاء الفترة المحددة لسريانه.

كما أن هذا القيد يفوت على المتهم غرضه حين يعتمد إلى إطالة إجراءات المحاكمة عن طريق التأجيل أو الطعن في الأحكام آملا في انقضاء المدة المقررة لسريان القانون المؤقت قبل أن يصدر القضاء الحكم النهائي ضده.

3-التأصيل الشرعي لقاعدة عدم سريان القاعدة الجنائية على الماضي

¹²⁹ محود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 115

قاعدة عدم سرعان القاعدة الجنائية من أهم نتائج مبدأ الشرعية المؤصل شرعا ومن النصوص الشرعية التي كرس قاعدة عدم سرعان التشريع الإسلامي على الماضي وأنه لا تكليف على ما قد سلف قوله تعالى: "قل للذين كفروا أن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف" الأنفال:38. وقوله تعالى بعد بيانه لما حرم على عباده: "إلا ما قد سلف" النساء:22 وقوله تعالى: "عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه". المائدة:95

ومن أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم التي تعضد ما سبق ذكره قوله في حجة الوداع "ألا وأن دم الجاهلية موضوع وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب" رواه مسلم وكذلك قوله لعمر بن العاص «أسلم يا عمرو فان الإسلام يجب ما قبله".

بعض الاستثناءات الواردة على قاعدة سرعان الشريعة على الماضي :

إن سرعان أحكام الشريعة على الماضي لا تكون إلا فيما هو أصلح فعلى سبيل المثال:

1- كان الظهار حلالا قبل الإسلام فنزل القرآن وألغى التحريم الأبدي لهذا الطلاق ونص على سرعان ذلك على الماضي لأنه أيسر وأصلح لهم.

2- قول النبي صلى الله عليه وسلم: " وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبدأ به ربا عمي العباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله" "فيه سرعان التشريع على الماضي لقوله تعالى: " وإن تبتم فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون" البقرة 279 هذا النص حط على المدنيين جميع الفوائد الربوية والنبي صلى الله عليه وسلم طبقه بقوله "موضوع كله" لأنه أصلح للناس في استرداد الحق الذي ظلت تحميه الجاهلية.¹³⁰

سؤال: هل قاعدة عدم رجعية القاعدة الجنائية إلى الماضي مطبقة في نص تجريم القذف، وقطع السبيل، "الحرابة"، أم يعد تطبيقهما في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم - في حادثة الإفك، وحادثة قوم عكل - استثناء على هذه القاعدة رغم أنه في غير صالح المتهم في الحالتين كما ذهب إلى ذلك بعض المهتمين بالتشريع الجنائي الإسلامي؟

¹³⁰ عبد الفتاح محمد الصبفي، مرجع سابق، ص 80

تطبيق القاعدة الجنائية في المكان.

تمهيد:

إذا كانت للقاعدة الجنائية حدودا زمنية تسري فيها تحقيقا لمبدأ الشرعية، فإن الأمر سيان فيما يتعلق بتطبيق القاعدة الجنائية في المكان، وترد المبادئ التي تحكم السريان المكاني للقاعدة الجنائية من حيث مكان تحقق الواقعة الجنائية إلى خمسة وهي: مبدأ الإقليمية ويرتبط بالإقليم الوطني، ومبدأ العينية ويرتبط بفئة معينة من الجرائم التي يرتكبها خارج الإقليم الوطني، ومبدأ الشخصية في جانبه الإيجابي يرتبط بأشخاص معينين يتمتعون بجنسية الدولة يرتكبون الجريمة خارج الإقليم الوطني، ومبدأ الحماية أو الدفاع وهو الجانب السلبي لمبدأ الشخصية ويرتبط بانتماء المجني عليه في جريمة خارج الإقليم إلى جنسية الدولة، ومبدأ العالمية ويتمثل في مظاهر تستهدف مكافحة الجريمة الدولية والحيلولة دون إفلات مرتكبها من العقاب.

والأصل هو تطبيق القاعدة الجنائية على الإقليم الوطني، وما عداها من مبادئ ليست إلا استثناءات ترد على هذا الأصل وتكمل دوره في حالة تقاعسه عند دفع الجريمة في حالات معينة.

أولا: مبدأ إقليمية القاعدة الجنائية:

1. مضمون المبدأ:¹³¹

المقصود من مبدأ الإقليمية هو تطبيق القاعدة الجنائية على كل الجرائم التي تقع في إقليم الدولة يستوي في ذلك كون الجاني أو المجني عليه يحمل جنسية الدولة صاحبة السيادة على الإقليم أم أجنبيا، وكون الجريمة تهدد مصالح هذه الدولة، أو مصالح دولة أجنبية. ومبدأ الإقليمية ذو شقين أولهما إيجابي، والآخر سلبي.

*فالشق الإيجابي لهذا المبدأ: يعني أن تخضع كل واقعة جنائية داخل إقليم الدولة لسلطان القاعدة الجنائية الصادرة عن الدولة صاحبة السيادة على الإقليم.

¹³¹ صبري محمود الراعي، ورضا السيد عبد العاطي الشرح والتعليق على قنون العقوبات فقها وقضاء، دار مصر للموسوعات القانونية،

2006، ج1، ص31

*أما الشق السلي له: يتمثل في الحيلولة دون سريان القاعدة الجنائية لدولة أجنبية داخل الإقليم الوطني، ولو كان الجاني أو المجني عليه من رعايا هذه الدولة الأجنبية.

2. الأساس القانوني للمبدأ ومبرراته الفلسفية:

يعتبر مخالفة شق الإلزام في القواعد الجنائية الموضوعية مساس لسيادة الدولة وتهديد لمصالحها المعترية، ولذلك كان لزاماً أن يقابل هذا الاعتداء بالجزاء اللازم لردع الجناة عن ارتكاب الجرائم في كافة إقليم الدولة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/3 قانون العقوبات " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية". فتطبيق قانون العقوبات على إقليم الدولة من مظاهر ممارسة سيادة الدولة على هذا الإقليم حسب ما نص عليه المؤسس الجزائري " تمارس سيادة الدولة على مجالها البري، ومجالها البحري، وعلى مياهها، كما تمارس الدولة الصلاحيات التي يقرها القانون الدولي على كل منطقة من مختلف مناطق المجال البحري التي ترجع إليه"

أما عن المبررات الفلسفية لمبدأ إقليمية القاعدة الجنائية فيمكن ردها إلى: ¹³²

- 1) كون قانون العقوبات يعتبر من أهم مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، ولا تتعداه إلى حدود إقليم دولة أخرى فإنه يتعارض مع هذه السيادة أن يطبق قانون عقوبات أجنبي داخل إقليمها.
- 2) محاكمة الجاني في إقليم وقوع الجريمة ييسر البحث عن أدلة إثبات الجريمة، ويسهل إجراءات التحقيق فيها، ولا شك إن في هذا إسهام في تحقيق عدالة جنائية أمثل من خلال التثبت في نسبة الجريمة مستوفية لأركانها وشروطها إلى فاعلها.
- 3) محاكمة الجاني داخل الإقليم الذي أقرت فيه جريمته يسهم في تحقيق فكرة الردع العام كغاية للجزاء الجنائي.
- 4) يفترض علم الجاني بقانون الدولة التي ارتكبت فيه جريمته، فلا يفاجأ بقانون يجهله.

¹³² محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 121

5) كما أن المصالح المعترية التي يمكن حمايتها بالقانون الجنائي تختلف من دولة لأخرى، فمن المنطقي أن يسهم مبدأ إقليمية القاعدة الجنائية في سد الباب أما الأجانب لخرم هذه المصالح المعترية والمنوطة بالحماية الجنائية.

ويقتضي تطبيق مبدأ إقليمية القاعدة الجنائية تحديد مفهوم إقليم الدولة.

3. المقصود بإقليم الدولة:¹³³

يتحدد إقليم الدولة طبقاً لقواعد القانون الدولي العام - ويكون ذلك بموجب معاهدات دولية، أو شواهد تاريخية، أو معالم طبيعية، أو الحدود الموروثة عن الاستعمار -، ويشمل الإقليم الأرضي، والإقليم الجوي، والإقليم البحري إضافة إلى إقليم حكومي (صوري) أساسه حيلة قانونية من جانب المقنن اقتضتها طبيعة السيادة التشريعية ومفاد هذه الحيلة القانونية سحب نطاق الإقليم على السفن والمركبات الهوائية الوطنية، وإخضاع الوقائع الجنائية التي تقع على متنها لقانون علم الدولة التي ينتمي إليها هذا الإقليم الحكمي، وهذا وتضاف إلى إقليم الدولة في الخارج دور بعثاتها الدبلوماسية في الدول الأجنبية، وهذا كله على أساس العرف الدولي الذي يجعل لدور البعثات حصانات قانونية وقضائية وضريبية معينة.

1/ الإقليم الدائم "الحقيقي": ويشمل:

أ) الإقليم الأرضي "البري": هو ذلك الجزء من اليابسة الذي تحده الحدود السياسية للدولة ويشمل طبقات الأرض تحت هذا الجزء إلى مركز الكرة الرضية.

ب) الإقليم المائي: ويشمل مساحات الماء التي تقع داخل حدود الدولة وبحرها الإقليمي، والبحر الإقليمي هو عبارة عن الجزء من البحر العام الملاصق لشواطئ الدولة ويتحدد هذا الجزء طبقاً للعرف الدولي بثلاثة أميال بحرية تحسب من آخر نقطة ينحسر عنها البحر وقت الجزر.

ج) الإقليم الجوي: فهو يشمل كل طبقات الهواء التي تعلو الإقليم الأرضي والمائي إلى ما لا نهاية في الارتفاع، أما طبقات الجو العليا والأجرام السماوية فهي تخرج عن سيادة كل دولة بموجب الاتفاقيات الخاصة بتنظيم استغلال الدول للطبقات العليا في الجو واستعمالها والتي وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على مشروعها في 19/12/1966.

¹³³ صبري محمود الراعي، ورضا السيد عبد العاطي، مرجع سابق، ص 32-33

2/ الإقليم السوري "الحكمي": امتداد الإقليم إلى السفن والطائرات:

*السفن: يتوسع امتداد الاختصاص الإقليمي للقانون الجزائري ليشمل السفن التجارية التي تبحر في عرض البحر، ومثل هذا التوسع لا جدال فيه، ولا يشير أي تعارض في الاختصاص مع أي قانون أجنبي آخر لاشتراط أن تكون السفينة في عرض البحر، وقد نصت على ذلك المادة 752 من ق،ج،ج،ج بقولها: " تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنايات والجناح التي ترتكب في عرض البحر على بواخر تحمل الراية الجزائرية أيا كانت جنسية مرتكبها".

ومن جهة أخرى تنص المادة نفسها في فقرتها الثانية على أن تختص الجهات القضائية الجزائرية: " بالنسبة للجنايات والجناح التي ترتكب في مياه بحرية جزائرية على ظهر باخرة تجارية جزائرية" ولعله يستفاد من غياب نص يذكر الاختصاص بالنسبة للسفن الجزائرية التجارية الراسية في موانئ أجنبية انعقاد الاختصاص الإقليمي للدولة الأجنبية.

أما فيما يتعلق بالسفن الحربية الجزائرية فإنها تبقى طبقا للعرف الدولي التقليدي من اختصاص الدولة التي ترفع علمها، نظرا لأنها تمثل سيادة الدولة، رغم أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة.

* الطائرات:

لم يفرق المشرع الجزائري بين الطائرات الحربية والمدنية، حيث جعلها خاضعة لاختصاص القانون الجزائري في أي مجال جوي كانت استنادا إلى نص المادة 753 ق،ج،ج،ج الذي قرر ما يأتي: " تختص الجهات القضائية الجزائرية بنظر الجنايات والجناح التي ترتكب على متن طائرات جزائرية أيا كانت جنسية مرتكب الجريمة".

واضح من منطوق هذا النص أن الجهات القضائية الجزائرية هي التي تختص في النظر في الجنايات والجناح التي ترتكب على متن الطائرات الجزائرية في أي إقليم وقعت، وكيفما كانت جنسية الجاني.

أما فيما يتعلق بالطائرات الأجنبية فإن الاختصاص ينعقد للجهات القضائية الجزائرية في الحالة التي يكون الجاني أو المجني عليه جزائريا أو في الحالة التي تهبط فيها الطائرة بمطار جزائري بعد وقوع الجناية أو الجنحة، وفقا لما صرحت به المادة 753 ق،ج،ج،ج/2.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري يعتد بالواقعة الجنائية التي ترتكب على متن طائرات أجنبية إذا كان المجني عليه أو الجاني جزائريا، وهو تطبيق لمبدأ شخصية النص الجنائي في شقيه السلبي والإيجابي.

أما إذا كانت الطائرة أجنبية وقد ارتكبت على متنها جريمة من شخص أجنبي ضد أجنبي آخر فإنه لا ينعقد الاختصاص للقضاء الجزائري إلا إذا هبطت الطائرة الأجنبية في الجزائر بعد وقوع الجريمة فتدخل الواقعة الجنائية تحت ولاية القضاء الجزائري تطبيقا لمبدأ الإقليمية.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية القاعدية الجنائية:¹³⁴

يتمثل الوجه الإيجابي لمبدأ الإقليمية في إخضاع مرتكب الجريمة لقانون الإقليم الذي أقرت فيه جرمته، لا فرق بين مواطن أو أجنبي، غير أنه لهذه القاعدة استثناءات ففي بعض الحالات تصدر الجريمة ممن له صفة معينة تجعله غير خاضع لقضاء الدولة سواء كان من المواطنين أم من الأجانب، وتجد هذه الاستثناءات سندها في العرف الدستوري، والقانون الدستوري، وأحكام القانون الدولي العام. والقانون الجنائي، التي تقرر حصانة لبعض الأشخاص وهم¹³⁵:

- (1) رئيس الدولة.
- (2) أعضاء المجالس النيابية (البرلمان بغرفتيه): تطبيقا لما نص عليه الدستور الجزائري الذي أعطى للنائب حصانة من إبداء رأيه بحرية، فلا يمكن متابعته إلا وفقا لإجراءات خاصة.

¹³⁴ صبري محمود الراعي، ورضا السيد عبد العاطي، مرجع سابق، ص 36

¹³⁵ ليس لهذه الاستثناءات أصل في الشريعة الإسلامية، ينظر: عبد القادر عودة، مرجع سابق، ج: 1 ص 186-192

- (3) رؤساء الدول الأجنبية: وهذه الحصانة مرجعها العرف والقانون الدولي ومفادها (الحصانة) أنه لا يسأل رؤساء الدول الأجنبية جنائيا أثناء إقامتهم في الخارج.
- (4) رجال السلك الدبلوماسي الأجنبي من سفراء وقناصل ومن في حكمهم وحصانتهم مستمدة من المعاهدات الدولية وقوانين المنظمات الدولية.
- (5) رجال القوات العسكرية الأجنبية التي توجد في إقليم الدولة بترخيص منها، وحصانتهم تكون داخل المناطق التي خصصت لتواجدهم.

ثانيا: المبادئ الاحتياطية:

لا يكفي مبدأ إقليمية النص الجنائي لوحده لمجابهة ظاهرة الجريمة، بل لا بد أن يسند مهمته جملة من المبادئ المكملة ليست في حقيقة الأمر إلا استثناء له وتفصيل هذه الاستثناءات فيما يأتي:

أ) مبدأ عينية القاعدة الجنائية: 136

1. مضمون المبدأ وأساسه:

القاعدة العامة في التشريع الجنائي الجزائري لتطبيق الجنائية من حيث المكان هو مبدأ الإقليمية، غير أن هذا المبدأ لوحده لا يمكن أن يقف في مواجهة الجرائم التي ترتكب من الأجانب خارج الإقليم الجزائري والتي تمس المصالح الجوهرية للدولة الجزائرية، مما حدا بالمشعر الجزائري أن يأخذ بمبدأ عينية القاعدة الجنائية في الجرائم التي تهدد كيان الدولة وأمنها وتمس مصالحها الجوهرية، أو تخل بالثقة الواجب توافرها في أوراقها الرسمية والنقدية، وذلك بصرف النظر عن جنسية مرتكبها، والبلد الذي وقعت فيه.

ولقد أخذ المشعر الجزائري بهذا المبدأ حتى يتمكن من متابعة المجرمين في هذه الجرائم الماسة بكيان الدولة في الحالة التي يتقاعس فيها القضاء الأجنبي للتصدي لهذه الجرائم التي وقعت على إقليمه كونها لا تمس بمصالح الدولة الأجنبية في القانون القديم " كل أجنبي ارتكب خارج الإقليم الجزائري بصفته فاعل أصلي أو شريك جنائية أو جنحة ضد سلامة الدولة الجزائرية أو تزيفاً لنقود أو أوراق مصرفية وطنية متداولة قانوناً بالجزائر تجوز

¹³⁶ إبراهيم بلعلبات، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية، ط، 2007، 1، ص 108

متابعته ومحاكمته وفقا لأحكام القانون الجزائري إذا ألقى عليه القبض في الجزائر أو حصلت الحكومة على تسليمه لها".

وأصبح النص في القانون الجديد "تجوز متابعة ومحاكمة كل أجنبي وفقا لأحكام القانون الجزائري، ارتكب جريمة خارج الإقليم الجزائري بصفته فاعل أصلي أو شريك أو محرض في جنابة أو جنحة ضد أمن الدولة الجزائرية أو مصالحها الأساسية أو المقرات الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية أو أعوانها، أو تزيفا لنقود أو أوراق مصرفية وطنية متداولة قانونا في الجزائر أو أي جنابة أو جنحة ترتكب إضرارا بمواطن جزائري"¹³⁷ يتضح من هذا النص أنه كل من ارتكب فعلا من الأفعال المنصوص عليها في المواد 61، 62، 63 (جرائم الخيانة والتجسس ..) وما بعدها من قانون العقوبات الجزائري سواء بصفته فاعلا أصليا أو شريكا يطبق عليه قانون العقوبات الجزائري وفقا لمبدأ العينية متى توافرت الشروط الآتية:

- 1) أن يكون المتهم أجنبيا ويستوي أن يكون فاعلا أصليا في ارتكاب الجريمة أو شريكا فيها.
- 2) أن يقع المتهم في يد العدالة الجزائرية بإلقاء القبض عليه، أو بتسليمه من الجهات المختصة.
- 3) أن ترتكب الجريمة في بلد أجنبي تحت وصف جنابة أو جنحة .
- 4) أن تكون الجريمة المرتكبة في الخارج تشكل جنابة أو جنحة تمس بسلامة الدولة الجزائرية (جرائم التجسس والخيانة، الاعتداء على أسرار الدفاع الوطني وغيرها من الجرائم المنصوص عليها في المواد (61، 62، 63، 64، ق، ع، ج).

5) أو أن تكون الجريمة المرتكبة في الخارج تشكل إضرارا بمواطن جزائري
كما ينطبق النص المذكور أيضا على الجنايات والجناح المتعلقة بتزيف النقود أو الأوراق المصرفية المتداولة قانونا في الدولة الجزائرية، فلا مساءلة وفقا لمبدأ العينية إذا قام الأجنبي بتزيف نقد غير متداول كعملة قديمة خرجت من دائرة التعامل، كما يشترط النص أن تكون العملة من العملات المتداولة في الجزائر فإن كانت العملة ذات قيمة متداولة في الخارج وممنوع تداولها في الجزائر، فلا مجال لتطبيق نص المادة 750 من ق، ع، ج، ج.
ب/ مبدأ شخصية القاعدة الجنائية: .

– مفهوم المبدأ وعلته:

¹³⁷ المادة 750 من ق، ع، ج، ج.

يرتبط هذا المبدأ في جانبه الإيجابي بجنسية مرتكب الجريمة، فينقصد الاختصاص للتشريع الوطني إذا كان مرتكب الجريمة مواطناً ارتكب جريمة خارج الإقليم الوطني. ولهذا المبدأ جذور تاريخية مرده إلى أن القاعدة الجنائية كانت شخصية التطبيق يخضع لها المواطن في كل جريمة يرتكبها داخل الإقليم أو خارجه، وبعد تطور فكرة الدولة الحديثة، وبروز عنصر الإقليم بصفته محلاً للسيادة تراجعت مكانة مبدأ شخصية القاعدة الجنائية لصالح مبدأ إقليميتها فأصبحت هذه الأخيرة هي الأصل ومبدأ الشخصية الاستثناء الذي يوسع من مجال تطبيق التشريع الوطني فيسحبه على جرائم ارتكبها مواطن خارج إقليم دولته.

وعلة هذا المبدأ تكمن في سد الباب أمام المجرمين الذين يسيئون لأوطانهم باقترافهم للجرائم في الخارج، ثم يعودون للوطن فراراً من تحمل نتائج أعمالهم الإجرامية، فليس من المعقول أن يكون الوطن ملاذاً للمارقين عن أحكام قوانين الدول الأجنبية، ولأن الدولة لا تسلم رعاياها عادة، ولا تستطيع أن تطبق على المواطن الذي ارتكب جريمة في الخارج قانونها بحسب مبدأ الإقليمية، كما أنه يتعارض مع سيادتها أن تجري عليه أحكام قانون الدولة الأجنبية التي ارتكب فيها جرمته عند عودته لوطنه، فلا مناص في هذه الحالة من الأخذ بمبدأ الشخصية.

وقد ميز القانون الجزائري فيما إذا كانت الواقعة التي ارتكبها الجزائري في الخارج جنائية أو جنحة، وخص لكل منهما نصاً منفرداً.¹³⁸

كما أن مبدأ شخصية القاعدة وجه سلبي يتمثل في تطبيق قانون العقوبات الوطني على كل جريمة يكون فيها المجني عليه وطنياً، ولو كان مرتكب هذه الجريمة أجنبياً ارتكبها خارج إقليم الدولة. وعلة هذا الشق السلبي هي رغبة الدولة في حماية رعاياها إذا تعرضوا لاعتداء إجرامي وهم في الخارج، وقلة من التشريعات تأخذ بهذه المبدأ ولم يأخذ به المشرع الجزائري إلا مؤخراً بموجب المادة 750 بعدما كان يقصره في الجرائم التي تقع على متن الطائرة أو السفينة الجزائرتين.

تطبيق مبدأ الشخصية في القانون الجزائري:

*- في الجنائية:

نصت المادة 744 من ق،ج،ج،ج على ما يأتي: "كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها في القانون الجزائري ارتكبها جزائري في خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع، ويحكم فيها في الجزائر.

¹³⁸ أحسن بوسقيعة مرجع سابق، ص 109-110

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

- يشترط لتطبيق هذا النص وفقا لمبدأ الشخصية على الجريمة المرتكبة في الخارج، أن تجتمع شروط محددة هي:

1. أن تكون الواقعة المرتكبة جنائية وفقا لأحكام قانون العقوبات الجزائري.
2. أن يحمل الجاني جنسية الدولة الجزائرية: فتطبيق قانون العقوبات الجزائري على الجريمة المرتكبة في الخارج في هذه الحالة مرهون بكون الجاني يحمل جنسية جزائرية أصلية كانت أم مكتسبة، وعليه فلا يطبق هذا القانون إذا كان الجاني أجنبيا ولو كان المجني عليه جزائريا. ولا يعفى من تطبيق هذا القانون فقد الجاني جنسيته بعد ارتكاب الجريمة كما يسري النص أيضا على من يكسب جنسية الدولة الجزائرية بعد اقترافه لجريمة وفقا لما نصت عليه المادة 744 ق،ج،ج فلا يجوز أن يكون اكتساب الجنسية الجزائرية سببا لإفلات الجاني من العقاب. حسب ما ذهبت إليه صراحة المادة 746 من القانون نفسه
3. أن يرتكب الجاني الجريمة خارج إقليم الدولة الجزائرية فارتكاب الجريمة داخل الإقليم يجعلها خاضعة للاختصاص الإقليمي لا الشخصي.
4. أن يعود الجاني إلى الجزائر: ويكفي لتحقيق هذا الشرط أن يعود الجاني إلى الجزائر، ولو غادرها بعد ذلك فيمكن أن تتم محاكمته غيابيا، ويستوي أن تكون عودة الجاني إلى وطنه اختيارية أو إجبارية.
5. أن يكون الفعل معاقبا عليه وفقا لقانون الدولة الأجنبية التي ارتكبت فيها الجريمة، وذلك عملا بالتفسير المخالف للفقرة الثابتة من المادة 744¹³⁹.
6. ألا يكون الجاني قد حوكم من أجل هذه الجريمة في الخارج، فإذا تبين أنه حكم عليه نهائيا في الخارج ونال جزاءه قبل عودته إلى الجزائر أو أن عقوبته سقطت بالتقادم أو بالعفو عنها فلا مبرر للمتابعة لأن العدالة تقتضي ألا يحاكم الشخص مرتين عن فعل واحد

*- في الجنبحة:

أما فيما يخص الجنبح التي ترتكب في الخارج من طرف الجزائريين فقد فصلت في شأنها المادة 745 ق،ج،ج،ج فلا يمكن أن تكون محلا للحكم فيها إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

¹³⁹ ينظر خلاف هذا الرأي: عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 114.

1. أن تكون الواقعة تشكل جنحة وفقا للقانونين الجزائري والأجنبي.
2. أن ترتكب الجنحة في الخارج.
3. أن يكون مرتكب الجنحة جزائريا وقت ارتكاب الجريمة أو بعدها.
4. ألا يكون الجاني قد حوكم من أجل هذه الجنحة في الخارج.
5. أن يعود الجاني إلى الجزائر.
6. لا تجري المتابعة في حالة تعلقها بجنحة ضد الأفراد إلا بناء على طلب من النيابة العامة وذلك بعد إخطارها من قبل الشخص المضرور أو من سلطة البلاد التي ارتكبت فيها الجريمة (لجنحة).¹⁴⁰

ج/ مبدأ عالمية القاعدة الجنائية:

1) مضمون المبدأ وأساسه:

يقصد بمبدأ عالمية القاعدة الجنائية تطبيقها في أي إقليم بغض النظر عن جنسية الجاني أو الجني عليه، أو مكان ارتكاب الجريمة. فطبقا لهذا المبدأ يتحدد الاختصاص المكاني لقانون العقوبات الوطني بتواجد الجاني في الدولة أو القبض عليه فيها.

وهذا المبدأ تميله اعتبارات التعاون الدولي من أجل مكافحة الإجرام الدولي الذي تباشره عصابات المجرمين الذين ينتمون إلى دول متعددة، ويمتد نشاطهم الإجرامي إلى أكثر من دولة، لذا يقتضي تطبيق هذا المبدأ على الجرائم التي تهم المجتمع الدولي والتي تشكل عدوانا على مصلحة مشتركة بين الدول في جرائم القرصنة، الاتجار في المخدرات، وتوزيع المطبوعات المخلة بالنظام العام والآداب، وتزيف العملة، وتجارة الرقيق.

2. موقف المشرع الجزائري من المبدأ:

لم يتضمن قانون العقوبات الجزائري نصا صريحا يأخذ بمبدأ عالمية القاعدة الجنائية منتهجا في ذلك منهج معظم التشريعات الجنائية العالمية التي لم تأخذ به نظرا للصعوبة التي يثيرها في مجال التطبيق إذ يجعل لكل دولة الاختصاص بالنظر على الإطلاق في قضايا لا تدخل في اختصاصها، وإن كانت هناك قلة من التشريعات تأخذ بمبدأ عالمية النص الجنائي نذكر منها على سبيل المثال: قانون العقوبات الإيطالي (م: 2/10)، قانون

¹⁴⁰ الفقرة الثالثة من المادة 745 ق إ ج ج

العقوبات اليوناني (م:1/1) قانون العقوبات اللبناني (م:23) وقانون العقوبات السوري (م:23) وقانون الإمارات العربية المتحدة (م:21 عقوبات)¹⁴¹

ثالثا: تطبيق القانون في المكان في الفقه الإسلامي.

السريان المكاني للقاعدة الجنائية في الفقه الإسلامي:

1/ تحديد إقليم الدولة المسلمة:

اصطلح فقهاء الشريعة الإسلامية على تقسيم العالم إلى قسمين رئيسيين هما: دار الإسلام ودار الحرب وهو تقسيم عرضي¹⁴² (وقتي) فرضه الأمر الواقع بغية التطبيق العملي لأحكام الشريعة الإسلامية لأن الأصل في الإسلام العالمية لا الإقليمية ، فلقد أرسل الله سبحانه وتعالى نبيه محمدا (صلى الله عليه وسلم) ليكون للعالمين بشيرا ونذيرا ، ولتكون شريعته للعالم كله.

أما المراد بدار الإسلام: البلاد التي تظهر فيها أحكام الإسلام ، والبلاد التي يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام ، فالنوع الأول بلد سكانه كلهم أو جلهم مسلمون أو بلد يسيطر عليه المسلمون ولو كانت غالبية من غيرهم، والنوع الثاني بلد يسيطر عليه غير المسلمين غير أن سكانه مسلمون، لا يوجد ما يحول بينهم وإظهار شعائر الإسلام وأحكامه.

ودار الحرب: هي البلاد التي لا تجري فيها أحكام الإسلام ، ولا يأمن فيها بأمان المسلمين. فهي إذن كل البلاد غير الإسلامية التي لا تدخل تحت سلطان المسلمين أولا تظهر فيها أحكام الإسلام.

2/ تصنيف سكان دار الإسلام:

سكان دار الإسلام نوعان: مسلمون : وهم كل من آمن بالدين الإسلامي وذميون : وهم غير المسلمين المقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام مع التزامهم بدفع الجزية ولهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم. ويتمتع الذمي في دار الإسلام - كالمسلم بعصمة الدم والمال. بناء على العهد أو الأمان القائم على : عقد الذمة أو المواعدة أو الهدنة ويستوي في هذا أن يكون الأمان مؤبدا، أو أن يكون مؤقتا أي محددًا بأجل كالمهادنة وكالإذن بدخول دار الإسلام لأجل معين.¹⁴³

3/ تصنيف دار الحرب :

¹⁴¹ عبد الله سليمان، مرجع سابق، 109-115

¹⁴² هناك اتجاهات معاصرة تتحفظ على هذا التقسيم ينظر مثلا : ما كتبه طه جابر العلواني، وغيره.

¹⁴³ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، مرجع سابق، 150

سكان دار الحرب نوعان حربيون : وهم سكن دار الحرب الذين لا يدينون بدين الإسلام ومسلمون : يسكنون دار الحرب ولم يهاجروا إلى دار الإسلام أصلاً.

والحربيون : غير معصومي الدماء والأموال بمعنى أن دماءهم وأموالهم مباحة للمسلمين ما لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أو هدنة.

أما المسلمون المقيمون في دار الحرب ولم يهاجروا إلى دار الإسلام أصلاً. فقد اختلف الفقهاء بشأنهم فلم يرى لهم أبو حنيفة عصمة في دم ولا مال لأن العصمة عنده ليست بالإسلام وحده وإنما تكتمل عصمة المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين ولما كان المسلم في دار الحرب لا منعة له ولا قوة فلا عصمة له إذن، ومع هذا فإن للمسلم أن يدخل دار الإسلام متى شاء فيستفيد من العصمة.

أما مالك والشافعي وأحمد فالمسلم المقيم في دار الإسلام والمسلم المقيم في دار الحرب سيان عندهما في ثبوت العصمة لكليهما لأن العصمة لديهم تتحقق بالإسلام.

- حكم الجرائم التي ترتكب داخل إقليم دار الإسلام:
أ. بالنسبة للمسلم:

تخضع الجرائم التي تقع داخل إقليم دار الإسلام من طرف المسلم إلى قاعدة إقليمية النص الجنائي الإسلامي، سواء كانت هذه الجريمة حداً أم قصاصاً أم تعزيراً .

ب. بالنسبة للذمي والمستأمن :

إذا وقعت الجريمة من الذمي أو من المستأمن ، فالمسألة محل خلاف فقهي، فأبو حنيفة يرى أن الذمي كالمسلم له مال المسلم وعليه ما على المسلم بمقتضى عقد الذمة الذي يعطيه حق الإقامة الدائمة في دار الإسلام، ما لم يتعلق الأمر بشرب الخمر وأكل لحم الخنزير إذا اعتقد أنهما حلال في دينه.

أما المستأمن فيفرق أبو حنيفة بشأنه بين العقوبات التي هي من حقوق الله أو التي هي من الحقوق المشتركة بين الله والفرد وحق الله فيها غالب، فهذه جميعاً لا تطبق على المستأمن.

ومن جهة أخرى فإن العقوبات التي هي حق للفرد أو حق الفرد فيها غالب فهذه تطبق عليه، وعليه لا يلزم المستأمن بأحكام الزنا أو السرقة ولكن يخضع لأحكام القصاص، والقذف والغصب والتبديد، لأنه ملزم بكف الأذى عن غيره وبالإنصاف وحسن المعاملة.¹⁴⁴

¹⁴⁴ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، مرجع سابق، 151

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ومن أصحاب أبي حنيفة أبو يوسف فإنهم يسوون في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بين المسلم والذمي والمستأمن سواء أكانت الجريمة حداً أم قصاصاً أم تعزيراً، بل أن الذمي يسأل عن شرب الخمر وأكل لحم الخنزير لأنهما جريمتان يعاقب عليهما الإسلام لمفاسدهما فلا يستساغ تعطيل عقوبتهما إذا وقعت في إقليم الدولة المسلمة وعلى مسمع المسلمين ومرآهم.

حكم الجرائم التي ترتكب داخل إقليم دولة الحرب :

أما إذا ارتكب مسلم أو ذمي جريمة خارج إقليم دولة الإسلام (دار الحرب) وثبتت عليه الجريمة في دار الإسلام، فيمكن تفصيل أقوال الفقهاء في هذه المسألة على النحو الآتي:

يرى أبو حنيفة ومحمد، أنه لا تجب عقوبة الحد ولا يجب القصاص على المسلم أو الذمي في هذه الحالة، وإن كانا يوجبان الدية على المسلم والذمي إذا كان المقتول معصوم الدم ومثاله أن يقتل مسلم أو ذمي في دار الحرب مسلماً أو ذمياً دخل دار الحرب بأمان، ولم يوجبا الدية عليهما إلا لكيلا يطل دم المعصوم .

أما جمهور الفقهاء، فيرون إخضاع المسلم والذمي في هذه الحالة لعقوبة الزنا والسرقه والقذف والقتل والجرح فضلاً عن أي عقوبة أخرى مقدرة تثبت بالنص، أما إذا تعلقت الجريمة بالتعزير كان توقيع العقوبة جوازياً لولي الأمر، أما المستأمن فلا يسأل في دار الإسلام عن جريمة وقعت منه في دار الحرب.

وهذا وإن غزا جند المسلمين أرض الحرب، وارتكب أحدهم حداً أو ارتكب ما يوجب القصاص فالمسألة محل خلاف فقهي، فالبعض من الفقهاء يرى أنه لمن على الجيش أن كان خليفة أو أميراً إقامة الحد أو القصاص، فإن لم يكن كذلك فليس له هذا.

ومن الفقهاء من يرى إنه لمن على الجيش دائماً توقيع الحد والقصاص في عسكره ما عدا القطع حتى يقفل من الدرب.

ومن الفقهاء من يرى أنه ليس لمن على الجيش جلد أو قطع حتى يخرجوا إلى أرض المصالحه، تطبيقاً للمذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه حينما كتب إلى عماله أن لا يقيموا حداً على أحد من المسلمين في أرض الحرب حتى يخرجوا إلى أرض المصالحه لئلا تدخل حمية الشيطان قلب المذنب فيلتحق بالكفار.¹⁴⁵

¹⁴⁵ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مرجع سابق، ص 184-152

الفصل الثاني:

الركن المادي للجريمة وما يتعلق به

الركن المادي للجريمة

تمهيد :

يشترط لقيام الجريمة توافر الركن المادي - إلى جانب بقية الأركان والشروط الأخرى - الذي يمكن رده أساسا إلى عناصر ثلاثة هي: السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية ورابطة السببية المادية التي تربط بين السلوك المادي والنتيجة إذن الركن المادي = سلوك + نتيجة + رابطة سببية ، وفيما يأتي التفصيل لعناصر الركن المادي للجريمة .

السلوك الإجرامي

التعريف بالسلوك الإجرامي :

يقصد به ذلك السلوك المادي الصادر عن إنسان بإرادة والذي يتعارض مع القانون فالسلوك المادي هو جوهر الجريمة فلا جريمة بغير سلوك، وهذا الأخير قد يكون إيجابيا كما قد يكون سلبيا.

أولا: السلوك الايجابي = حركة (أو حركات) مادية + إرادة تنصرف إلى هذه الحركة .

فالسلوك الايجابي عمل إرادي من شأنه أن يحدث تغييرا في العالم الخارجي ولا يتحقق هذا التغيير إلا إذا استقلت الحركة عن صاحبها بانفصالها فمجرد العزم أو التصميم لا يكفي لتجسيم السلوك الإجرامي مهما بلغت جسامته ما دام صاحبه لم يفصح عنه .

ثانيا السلوك السلبي = إحجام إرادي (أي عدم حركة) + عدم تنفيذ التزام قانوني تحميه قاعدة جنائية.

فالسلوك السلبي إحجام عن القيام بعمل يوجبه القانون على شخص كان باستطاعته القيام به، مثل القاضي التي يمتنع عن الحكم في الدعوى، والشاهد يمتنع عن الإدلاء بشهادته.¹⁴⁶

ثالثا: موقف الفقه الإسلامي من هذا التقسيم:

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الجرائم إلى جرائم إيجابية وجرائم سلبية - كما مر معنا - وإذا كان القانون الوضعي يستلزم وجود التزام قانوني لقيام المسؤولية الجنائية في حق من يخل به في جريمة الامتناع ، فإن

¹⁴⁶ إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام، دار الكتاب اللبناني، ص 65

شريعة الإسلام أوسع من هذا لحماية الإنسان فذهب جمهور الفقهاء إلى تطبيق حكم القصاص فيمن منع فضل مائه مسافراً، مع علمه أنه لا يحل له منعه، وأنه يموت أن لم يسقه ماءه فيموت عطشا فمانع الماء بهذا السلوك السلبي الذي تمثل في الترك يكون قد قتل المسافر وإن لم يقتله بسلوك ايجابي .

وذهب ابن حزم إلى وجوب القود "القصاص" في حق قوم امتنعوا عن سقي شخص فمات من العطش مع علمهم بأنه لا ماء له مطلقاً وأنه لا يمكن إدراكه مثلاً حتى يموت .¹⁴⁷

النتيجة الإجرامية

تعتبر النتيجة العنصر الثاني من عناصر الركن المادي في الجرائم التي تتطلب المشرع تحققها بالسلوك الإجرامي المرتكب، ويمكن القول إجمالاً بأن النتيجة هي: الأثر المترتب على السلوك الإجرامي.

وقد اختلف الفقه في تحديد مفهوم النتيجة بناء على المذهب الذي يركز عليه في تعريف النتيجة بين مستند للمذهب المادي، وآخر مركز على المذهب القانوني.

أولاً: المفهوم المادي للنتيجة :

يقصد بالنتيجة حسب هذا المفهوم، الأثر المادي الذي يحدثه السلوك الإجرامي في العالم الخارجي.

فهي حقيقة مادية ملموسة كما هو لشأن في إزهاق الروح في جريمة القتل، أو معنوية كما لو تعلق الأمر بجريمة إفشاء سر المهنة للغير.

والنتيجة الإجرامية وفق هذا التصوير مستقلة بكيانها الذاتي عن السلوك الإجرامي بدليل أنه السلوك في الشروع في الجريمة لا يحقق نتيجته الإجرامية سواء كان الشروع موقوفاً أم خائباً.

هذا ويترتب على اعتناق هذا الاتجاه التسليم بأن هناك فئتين من الجرائم لا يتطلب لهما القانون نتيجة إجرامية ، أي لا يترتب على السلوك المكون لهما تغيير يطرأ على العالم الخارجي يعتد به القانون ، الفئة الأولى هي جرائم الامتناع (الجريمة السلبية) فالامتناع سلوك سلبي تأبى طبيعته إحداث هذا التغيير .

¹⁴⁷ عبد الفتاح، مصطفى الصيفي، مرجع سابق، ص،

والفئة الثانية: لا يتطلب القانون حدوث تغيير مترتب على السلوك إذ يستوي الأمر في هذه الفئة ترتب نتيجة إجرامية عن السلوك أم تخلفها كما هو الشأن بالنسبة لجريمة الاتفاق الجنائي (المؤامرة).

ويطلق على هاتين الفئتين من الجرائم : الجرائم الشكلية مقابل الجرائم المادية ذات النتيجة الإجرامية .

ثانيا: المفهوم القانوني للنتيجة الإجرامية :

تتمثل النتيجة الإجرامية حسب هذا التصور في الضرر الذي يصيب مصلحة يحميها القانون أو في الخطر الذي يهددها، ويؤدي الأخذ بهذا الاتجاه القول بأن كل جريمة يجب إن يكون لها نتيجة إجرامية حتى جرائم السلوك المحض أو الجرائم الشكلية، حيث قسمت الجرائم وفقا لهذا المفهوم إلى جرائم الضرر وهي تقابل الجرائم المادية، وجرائم الخطر التي تقابل الجرائم الشكلية .

ترجيح:

يرى جانب من الفقه أن الأخذ بالمفهوم المادي للنتيجة أولى للاعتبارات الآتية :

*الأخذ بالمدلول المادي للنتيجة يسهل الأمر في التمييز بين الجريمة التامة ومجرد الشرع فيها إذ القول بهذا الاتجاه يمكن من معرفة اللحظة التي عندها ينتهي العدول الاختياري عن الجريمة، وحينئذ لم يبق للجاني إلى الندم والتوبة هذه الأخير تختلف آثارها من حيث المساءلة الجنائية عن العدول الاختياري.

*إمكانية تحديد الجزاء المناسب بالنظر إلى جسامة النتيجة الإجرامية التي تسفر عنها الأعمال الإجرامية كما هو الشأن في جرائم القتل والعنف في ق، ع، ج.

*الأخذ بالمفهوم المادي للنتيجة الإجرامية يجعل الأمر سليما عند الربط بين عناصر الركن المادي للجريمة المتمثلة في السلوك والنتيجة وعلاقة السببية.¹⁴⁸

علاقة السببية " العلية "

ماهية علاقة السببية :

¹⁴⁸ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 115-126

لا قيام للمسؤولية الجنائية إلا إذا ثبت أن النتيجة الإجرامية مرتبطة بسلوك الجاني ومتولدة عنه، وعلى هذا تعد علاقة السببية همزة الوصل بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، ومن المسلم به أن البحث في وجود السببية من عدمه مرهون بتوافر عنصري الركن المادي للجريمة : السلوك والنتيجة ، وعلى هذا فلا مجال للخوض في علاقة السببية في نطاق الجرائم الشكلية التي تفتقر لعنصر النتيجة الإجرامية .

-مشكلة علاقة السببية :

لا صعوبة تذكر في نطاق السببية الجنائية إذا كانت العلاقة واضحة بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، وذلك في الحالة التي يكون فيها هذا السلوك هو المصدر الوحيد لتلك السببية.

غير أن تحديد هذه العلاقة ليس بالأمر الهين إذا تضافرت أسباب أخرى في حدوث النتيجة الضارة فضلا عن نشاط الجاني ، هذه الأسباب قد تكون سابقة للفعل الإجرامي أو مزامنة له أو متخلفة عنه.¹⁴⁹

لحسم الخلاف في هذه المسألة ظهرت عدة نظريات تعالج هذه المشكلة نعرض لأهمها وفق المنهج الآتي:

1-نظرية تعادل الأسباب:

كل العوامل في -تقدير هذه النظرية -تقف على قدم المساواة في أحداث النتيجة الضارة بغض النظر عن العامل الأهم والعامل الأقل أهمية .

ويمكن الرجوع إلى العامل الأول الأساسي الذي جعل الأمور تسير إلى ما انتهت إليه من النتائج ، فإذا كان فعل الجاني هو العامل الأول فإنه يسأل عن النتيجة الضارة التي وقعت بغض النظر عن بقية العوامل التي لعبت دورا في حدود النتيجة الضارة ، سواء كانت هذه العوامل شاذة أم مألوفة ، معاصرة للسلوك الإجرامي أم لحقت عليه ذلك لأنه لولا سلوك الجاني لما تابعت حلقات بقية العوامل التي أدت إلى حدوث النتيجة الضارة .

ومن وجه آخر فإنه إذا كانت النتيجة الضارة واقعة لا محالة بصرف النظر عن فعل الجاني فإن هذا الأخير لا يسأل عن النتيجة متى كان من المؤكد أنها ستحدث حتما في حالة استبعاد فعل الجاني.

¹⁴⁹ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص72

وحجة هذه النظرية تتلخص في القول بأن العوامل الأخرى المعاصرة أو اللاحقة ما كانت لتحدث لولا فعل الجاني لذا يعد فعله هذا السبب (سبب السبب بدوره سبب).

ويعد الفعل سببا في هذه النظرية ، للنتيجة إذا كان يترتب على تحلفه انتفاؤها أي بالجواب على السؤال الآتي : هل كانت النتيجة تحدث لو لم يحدث هذا الفعل ؟.

تقييم نظرية تعادل الأسباب :

جاءت هذه النظرية بمعيار سهل لاستخلاص علاقة السببية بين الفعل والنتيجة حيث توفر على القاضي مشقة الموازنة بين قوة الأسباب المتعددة واختبار أحدها ليكون السبب المنتج للنتيجة الضارة.

*ومن جانب آخر فإن هذه النظرية متناقضة في ذاتها إذ تساوي بين الأسباب المؤدية إلى حدوث النتيجة الضارة، ثم تفرد واحدا منها ليرتبط به حدوث النتيجة الضارة.

*وقد لوحظ على هذه النظرية أنها تحمل العمل الإنساني تبعة جميع النتائج حتى ولو تدخلت بعض العوامل الشاذة وغير المألوفة في حدوث النتيجة الضارة بقسط كبير إذ يعد مناقضا لمقتضيات العدالة مساءلة الجاني عن الأسباب كلها المؤلف منها والشاذ كما أنه من النتائج العملية المنطوية على تطبيق هذه النظرية في مجال المسؤولية الجنائية إفراط في العقاب وتفريط فيه على وجه يتجافى مع العدالة وذلك على التفصيل الآتي:

1- فمن الإفراط في العقاب أن يسأل الفاعل عن النتيجة الإجرامية مهما بعدت الشقة بين نشاطه وبينها ، ومهما وهنت الرابطة بين سلوكه وبينها فإنه مما يتنافى مع مقتضيات العدل أن يسأل (أ) عن قتل (ب) في الحالة التي يضرب فيها (أ) (ب) فيحدث به إصابة طفيفة وأثناء مداواته منها بالمستشفى يشب حريق نتيجة شرارة كهربائية يؤدي إلى وفاة (ب).

2- ومن التفريط في العقاب ألا يسأل الشخص جنائيا في كل مرة يثبت فيها أن النتيجة الإجرامية كانت ستحقق لا محالة رغم عدم تدخله كما هو الشأن بالنسبة لمن يجهز على مريض يحتضر، ومن يضيف كمية من السم إلى طعام غيره ، سبقه للسلوك نفسه شخص آخر بوضع كمية من السم في الطعام نفسه كانت

كافية وحدها لقتله، وكذلك إذا تعلق الأمر بمن يسكب كمية من البنزين على نار أشعلها غيره في مسكن غيره . 150

2- نظرية السبب المباشر (المنتج)، (الأقوى):

لا يسأل الجاني في ظل هذه النظرية عن النتيجة الضارة، إلا إذا كانت متصلة اتصالا مباشرا بسلوكه الإجرامي الذي يجب أن يكون هو السبب الرئيس أو الأقوى في حدوث تلك النتيجة الضارة مقارنة ببقية الأسباب الأخرى التي أسهمت في حدوث النتيجة.

ومعيار الوقوف على السبب الأقوى دون غيره يتوقف على الإجابة عن السؤال الآتي:

هل الفعل الذي اقترفه الجاني قادر بعد استبعاد العوامل الأخرى الشاذة منها والمألوف على تحقيق النتيجة أم لا؟

على عكس نظرية تعادل الأسباب، تميل الكفة في هذه النظرية لمصلحة الجاني على حساب الضحية، فقد لا يسأل إلا إذا كان فعله الأقوى من بين الأسباب التي أدت إلى حدوث النتيجة، وقد يفلت من المسؤولية عن النتيجة التي حدثت فيما لو شاركه في حدوثها أسباب مساوية أو أشد من فعله، فلو اعتدى شخص على آخر قاصدا قتله ولكن المجني عليه توفي بعد ذلك فقد لا يسأل الجاني عن النتيجة لو ثبت أن الوفاة قد حدثت بسبب مرض المجني عليه أو خطأ الطبيب المعالج أو انقلاب السيارة التي نقلته وذلك لانقطاع رابطة السببية بفعل العوامل المتدخلة الأخرى التي تعد أهم وأقوى من فعل الجاني.

تقييم نظرية السبب المنتج "الأقوى" "المباشر":

- مما يؤخذ على هذه النظرية أنها تراعي مصلحة المتهم على حساب الضحية، إذ قد تؤدي إلى إفلات الجاني من العقاب وذلك إذا ما تدخلت بعض العوامل الأخرى إلى جانب سلوكه المادي في إحداث النتيجة الضارة فرما يكون من بين هذه العوامل سبب يعتبر مباشرا أو رئيسيا في إحداث هذه النتيجة.

150 محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 281، وإبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 74

- كما يؤخذ على هذه النظرية أنها تعدد بالعوامل الأجنبية المألوفة في الحياة اليومية وتعزو إليها حدوث النتيجة مثل خطأ الطبيب وإهمال المجني عليه في العلاج مما قد يؤدي إلى إفلات الجاني من العقاب ، وهنا مكنم الخطر في هذه النظرية .

- كما أنها توجد صعوبة في إيجاد المعيار المناسب للكاشف عن السبب الأشد من بين الأسباب الأخرى ففي كثير من الأحيان يتعسر تعين السبب المنتج.

ويميل القضاء في فرنسا إلى الأخذ بنظرية السبب المباشر ، وذلك في جرائم القتل العمد، لما تتطلبه هذه الجرائم من الحيطة نظرا لشدة العقوبة المقررة لها.

3/ نظرية السبب الملائم (المناسب) الكافي: ¹⁵¹

ظهرت نظرية السبب الملائم للحد من إفراط النظريتين السابقتين وتفريطهما وتعد أكثر النظريات اعتدالا وواقعية في الفقه الجنائي الحديث .

ومفاد هذه النظرية أن الجاني لا يسأل عن إحداث النتيجة الإجرامية إلا إذا كان سلوكه الإجرامي باستطاعته أن يؤدي إلى حدوث النتيجة الضارة بحسب المجرى العادي للأحداث ، فالنتيجة تنسب إلى الجاني إذا كان فعله ملائما لإحداثها ضمن الظروف والعوامل العادية والمألوفة التي أحاطت بالفعل وتداخلت معه ، وللتحقق من توافر رابطة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة الضارة نسأل : هل يستطيع السلوك الإجرامي ضمن العوامل العادية والمألوفة أنه يؤدي إلى إحداث النتيجة أم لا ؟.

وفي سبيل تيسير الوقوف على هذا العامل الكافي (الملائم) يذهب الفقه إلى وجوب التفرقة بين نوعين من العوامل "مألوفة وشاذة" .

العوامل المألوفة: هي التي كان الجاني على علم بها أو يستطيع أن يعلم بها أو يتوقع حدوثها حسب المجرى العادي للأحداث عند ارتكابه للسلوك الإجرامي .

العوامل الشاذة: كل العوامل المفاجئة التي لم يكن الجاني على علم بها، وليس بمقدوره أن يحيط بها علما، ولا يمكنه توقعها عند ارتكابه للسلوك الإجرامي.

¹⁵¹ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 287

معيار التوقع والعلم وضابطه: يرده أنصار المعيار الموضوعي إلى توقع الشخص العادي وعلمه متوسط الفطنة والذكاء على فرض تواجده في مركز الجاني وقت اقتراف السلوك الإجرامي.

تقييم نظرية السبب الملائم - المناسب - الكافي:

تتسم هذه النظرية بالوسطية بالنظر إلى النظريتين السابقتين ، فهي لا تأخذ بجميع العوامل التي أسهمت في إحداث النتيجة الضارة على قدم المساواة كما هو الأمر في نطاق نظرية تعادل الأسباب ، كما لم تستبعد جميع العوامل المهمة في حدوث النتيجة إلى جانب سلوك الجاني كما قررت نظرية السبب الأقوى فهي بذلك نظرية معتدلة تحصر علاقة السببية في نطاق معقول تحقيقاً للعدالة، ومن حسناتها أنها تميز بين العوامل التي أسهمت في إحداث النتيجة ولا تعند إلا بالمألوف منها فحسب .

ومع ذلك فقد انتقدت هذه النظرية ورميت بالتحكم لكون النتيجة الضارة ممكنة أو غير ممكنة مع مراعاة الظروف التي حدثت فيها مسألة تقديرية تختلف باختلاف الناس ، ولا يصح أن نبي أحكام القانون الجنائي على أسس تحكيمية .

وقيل بأنها نظرية تخلط بين الركنين المادي والمعنوي للجريمة لأنها تعتمد على فكرة التوقع بحسب المجرى العادي للأمور.¹⁵²

علاقة السببية في جرائم الامتناع :

تنقسم الجرائم السلبية إلى نوعين : جرائم سلبية ذات نتيجة ، والثانية جرائم سلبية بسيطة تنشأ بمجرد الامتناع عن واجب قانوني دون أن يتطلب المشرع تحقيق النتيجة .

ولا إشكال في بيان رابطة السببية في الفئة الأخيرة من الجرائم السلبية البسيطة فتثبت النسبة بمجرد الامتناع لأن المشرع في هذه الحالة يكتفي بتجريم الامتناع، كجريمة امتناع القاضي في الفصل في الدعوى (م130ق،ع،ج). أو الامتناع عن تسليم طفل لمن له حق في حضنته م327،ع،ج .

¹⁵² عبد الله سليمان، مرجع سابق، 154-162

- غير ان الإشكال يبرز بقوة في نطاق الجرائم السلبية ذات النتيجة كامتناع الأم عن إرضاعها طفلها حتى يهلك ، ففي مثل هذه الجرائم تثار مسألة العلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة إذ لا يكتمل الركن المادي لهذه الجرائم دون تحقيق النتيجة .

يرى البعض أن الامتناع عدم والعدم لا ينتج عنه إلا العدم أي لا يمكن الامتناع أن ينتج شيئا.

-غير أن الرأي السائد في الفقه أن الامتناع ليس عدم إذ له وجوده القانوني الذي ينتج آثارا يعتد بها ، ومن ثم فهو سبب للنتيجة ، ومعنى ذلك أن موقف الجاني السلبي ليس فراغا ، وإنما هو موقف واع ومدرك للحقائق التي تحيط به فضلا عن أن القانون كان يتطلب منه التدخل في هذه الحال فامتنع مما أدى إلى حدوث النتيجة الضارة فالأمر سيان بين الأم التي تمتنع عن إرضاع ولدها حتى يهلك ، والأخرى التي تلف الحبل السري على رفته لتزهق روحه ومعيار مسؤولية الجاني هو تحقيق النتيجة، وعليه فإن القول بتوافر رابطة السببية يستخلص من الإجابة على السؤال الآتي : لو باشر الجاني عمله كما أمر القانون هل كانت النتيجة الضارة ستتحقق أم أن تدخله سيمنع تحققها؟.

دور الطب الشرعي في تحديد علاقة السببية:

تطور علم الطب الشرعي تطورا كبيرا خاصة في مجال تشريح جثة المجني عليهم، في قضايا القتل لتحديد الأسباب الحقيقية للوفاة ، فأصبح من اليسر معرفة سبب الوفاة ووقت حدوثها وآلة الجناية ، وهل تمت الوفاة غرقا، خنقا ، أم حرقا ، أم نتيجة سكتة قلبية ...

-وفي الحياة العملية تقدم سلطات التحقيق مذكرة إلى الطب الشرعي تحتوي على كل ظروف الجريمة وملابساتها طالبة منه تقديم تقرير طبي شامل عن أسباب الوفاة الذي يعتمد عليه فيما بعد في تحديد رابطة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة¹⁵³.

علاقة السببية في الفقه الإسلامي :

مفهوم "المباشرة" و"التسبب"

¹⁵³ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص82

يرتبط البحث في علاقة السببية بين السلوك والنتيجة في الفقه الإسلامي بالبحث في مفهومي المباشرة والتسبب¹ في الأفعال المتصلة بالجريمة.

فالمباشرة: تعني أن يقترب الشخص الفعل بنفسه دون واسطة كمن يقتل آخر بخنقه، أو برميه بالرصاص ...

والتسبب: يعني وقوع الجريمة بواسطة، أي لا يرتكب الشخص الجريمة بنفسه بل بوسيلة تكون بمثابة الواسطة في ارتكابها، كمن يحفر حفرة بقصد إيقاع إنسان لجرحه أو قتله .

فالمباشرة تولد الجريمة دون وساطة والتسبب يؤدي إلى المباشرة وهو وسيلتها .

والقاعدة أن عقوبة الحد لا تجب إلا في المباشرة فمن يجرى على الزنا لا يعاقب بعقوبة حد الزنا ، ومن يساعد على السرقة بأن يسهل دخول جاني للمكان أو يشغل صاحب المال لا يعاقب بالعقوبة المقررة لحد السرقة (هذا لا يعني الإعفاء التام من المسؤولية الجنائية إذ الأمر يتعلق بمعصية تدخل في نطاق الجرائم التعزيرية " التفويضية")

أما في جرائم القصاص فإن عقوبتها يمكن أن تقع على المباشر والمتسبب معا وذلك عند مالك والشافعي وأحمد، لأن هذه الجرائم تقع في الغالب بطريقة التسبب.

أما عند أبي حنيفة فالرأي مختلف حيث لا مساواة عنده بين عقوبتي القتل العمد بالمباشرة والقتل العمد بالتسبب وعلّة ذلك أن القصاص معناه المماثلة وهذه المماثلة لا تحقق في حالة القتل بالتسبب

وفضلا عن ذلك فإن أبا حنيفة يعتبر القتل بالتسبب قتلا مباشرا إذا كان من باشر القتل مجرد أداة في يد المتسبب كما في حالة الإكراه المادي :

ولإيضاح الفرق بين الرأيين نورد المثالين الآتيين :

مثال 1: أن يشهد زيد على عمرو زورا بأنه قتل بكرا عمدا ويترتب على هذه الشهادة الحكم بقتل عمرو فهل يقتل زيد شاهد الزور المتسبب في قتل عمرو تختلف الإجابة هنا بحسب الخلاف الموضح فيما سبق:

* فعند مالك وأحمد والشافعي يقتل زيد قصاصا لأنه المتسبب بشهادة الزور في قتل عمر.

*وعند أبي حنيفة لا يقتل زيد قصاصا لأن القصاص يعني المماثلة وقتل الجاني بذات الوسيلة التي يقتل بها المجني عليه.

مثال 2: أن يسلم خالد سلاحه إلى بدر ويهدده بالقتل إن لم يقتل عليا النائم ثم يضغط على يده بالقوة بعد أن يصبوب السلاح إلى علي فيطلق النار عليه فيصيبه في مقتل.

في هذا المثال لا قصاص من بدر المكره وإنما يقتص من خالد المتسبب عند مالك والشافعي وأحمد وأبي حنيفة كذلك حيث لا تفرقة عندهم جميعا، عدا أبا حنيفة فإنه رغم تفرقة بينهما إلا أنه يعتبر المتسبب في القتل مباشرا إذا كان المباشر (المنفذ) مجرد أداة في يده كما سبق .

معيار علاقة السببية في حالة تعدد العوامل في الفقه الإسلامي :

لا صعوبة في حالة وقوع الجريمة بالمباشرة حيث تتوافر علاقة السببية بين السلوك والنتيجة ولكن الصعوبة تظهر في حالة اجتماع المباشرة مع التسبب أو تعدد العوامل (العلل) المؤدية إلى النتيجة المعاقب عليها فبأي معيار يأخذ الفقه الإسلامي في هذا النطاق من المعايير التي سبقت الإشارة إليه في الفقه الجنائي الوضعي ؟
العوامل (العلل) في نظر فقهاءنا أنواع ثلاثة .

1-عوامل وأسباب حسية: وهي التي تتولد عنها النتائج توليدا محسوسا وهي إما إن تكون مادية كالقتل بالمباشرة أو بالحرق... الخ وإما إن تكون معنوية كالإكراه على القتل فالنتائج في حالة العلل (العوامل) المادية تتولد عن العلة مباشرة وفي حالة العلل (العوامل) غير المعنوية تتولد عن العلة بصورة غير مباشرة.

2/عوامل وأسباب شرعية: وهي التي تتولد عنها نتائج يسأل عنها بموجب أحكام الشريعة الإسلامية ومثالها شهادة الزور في القتل أو السرقة فإنه إذا ثبت بها الجريمة وصدر الحكم بالقتل أو بالقطع تكون من العوامل أو الأسباب الشرعية

3-عوامل وأسباب عرفية: وهي العوامل التي تتولد عنها النتائج توليدا عرفيا أي أن العرف يقبل الربط بين العامل والنتيجة الحاصلة فهو ربط يقره عرف الناس وتقبله عقولهم، ومما لا يدخل تحت النوعين السابقين فعلاقة السببية تتوافر بناء على الاعتداد بالسبب عرفيا في المثال الآتي :

أن يعمد (أ) إلى حرق قارب (ب) بقصد قتله غرقاً، فبغرق القارب، ولكن (ب) يقفز في الماء فينجو من الغرق مع القارب ، ولكن يلتهمه حوت مفترس.

ففي هذا المثال يسأل (أ) عن موت (ب) رغم توالي الأسباب " العلل " أوتواليها لأن العرف يعتبر صلة السببية قائمة في هذه الحالة ولو أن فعل (أ) هو العامل الأول لم يكن العلة أو السبب المباشر في القتل .
فالرابطة هنا مقبولة عرفياً وعقلياً

ويمكن إجمال القول حول رابطة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة بأن هذه الرابطة تتوافر في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية متى كان سلوك الجاني هو العلة المباشرة أو علة مقبولة عرفاً عند توالد العلل " تتابع الأسباب " وتواليها فما تعارف عليه الناس هو المعيار الفاصل بين ما يقبل من عوامل وما لا يقبل .

ومن هنا كانت نظرية السبب في الفقه الإسلامي متسمة بالمرونة لتقبل إلى جانب العوامل الحسية والشرعية العوامل التي يقبلها الناس بحسب عرفهم ومنطقهم كما تهتم بالعدالة لأنها تعتمد على شعور الناس بهذه العدالة باعتبارها حاسة فطرت عليهم طبيعتهم الإنسانية .

ولعل فضل سبق في بروز نظرية السبب الملائم لدى فقهاء القانون الجنائي يرجع للفقه الإسلامي لأن معيار السبب الملائم الذي يفرق بمقتضاه بين العوامل المألوفة والعوامل الشاذة مرده إلى عرف الناس فالعوامل المألوفة هي الملائمة والكافية لإحداث النتيجة وفقاً لمعيار الشخص العادي وما تعارف عليه الناس .

وأما العوامل الشاذة فهي غير المألوفة والتي يرفض الناس بحسب منطقهم وما تعارفوا عليه الاعتداد بها في القول بتوافر السببية بناءً عليها بين السلوك والنتيجة الإجرامية.¹⁵⁴

¹⁵⁴ عبد الفتاح خضر، مرجع سابق، ص 84-89

الشروع في الجريمة

تمهيد:

تمّ التطرق إلى الركن المادي للجريمة في صورته التامة ، حين يباشر الجاني السلوك الإجرامي ويحقق نتيجته الإجرامية ، غير أنه قد يعتبر الركن المادي ناقص يحول دون تحقيق النتيجة الإجرامية، وهذا هو الشروع في الجريمة ، الذي عاجله قانون العقوبات الجزائري في المادتين 30-31 تحت عنوان " المحاولة " .

نصت المادة 30 من ق ع ج " كل محاولات لارتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ ، أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها، إذا لم توقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى ولو لم يكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها" بينما نصت المادة 31 من القانون نفسه « المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناء على نص صريح في القانون.

والمحاولة في المخالفة لا يعاقب عليها إطلاقاً".

1. مراحل الجريمة ووضع الشروع منها:

تمر الجريمة عادة بعدة مراحل حتى يصير في لنهاية جريمة تامة مستوفيه لركنيها المادي والمعنوي ، ويمكن تمييز المراحل التي تمر بها الجريمة على النحو الآتي:

أ/ مرحلة التفكير في الجريمة:

غالباً ما يسبق العزم على ارتكاب الجريمة مرحلة نفسية تتصارع فيها دوافع الإقدام على اقتراح الجريمة، وعوامل الإحجام عنها وهو ما يعرف بمرحلة التفكير في الجريمة.¹⁵⁵

ب/مرحلة العزم على ارتكاب الجريمة:

¹⁵⁵ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 119

إذا غلب الشخص دوافع الإقدام على الجريمة على عوامل الإحجام عنها انتقل إلى مرحلة العزم على ارتكاب الجريمة، وبهذا العزم تتجه إرادة الشخص لارتكاب الجريمة، وعلى هذا الأساس يتم إسناد الجريمة " معنوياً" إلى الجاني (القصد الجنائي).

ومن المسلم به أن التشريع العقابي لا يعاقب على المقاصد والنوايا مهما بلغت خطورتها ما لم تظهر إلى حيز الوجود الخارجي.

ولعل الحكمة من عدم العقاب على العزم على ارتكاب الجريمة تتجلى في إفساح المجال أمام العازم على ارتكاب الجريمة للتراجع عن عزمه ما دام أنه بمنأى عن المساءلة الجنائية لأن التعجيل بعقابه على مجرد العزم قد يدفعه نحو تنفيذ الجريمة.

ومن جهة أخرى فإن القانون لا يجرم إلا ما يبرز من سلوك الإنسان، ولا يهتم بالتنقيب عن النوايا إلا ليحدد موقف الجاني من سلوكه (القصد الجنائي)، وقد يجرم المشرع صوراً من العزم تجاوزت كامن النفس، في الحالة التي يفصح عنها صاحبها ويوجهها إلى غيره بغية الاتفاق على تكوين جمعية الأشرار المنصوص عليها في المادة 176 ق، ع، ج. إذ تنشأ هذه الجريمة بمجرد التصميم المشترك للإعداد للجنايات أو ارتكابها ضد الأشخاص أو الأملاك " جريمة الاتفاق الجنائي"¹⁵⁶

ب/ مرحلة التحضير للجريمة:

في هذه المرحلة بعد العزم على ارتكاب الجريمة، يتجه الفاعل لتهيئة وسيلة ارتكاب الجريمة وأداتها، ويقوم بتهيئة ظروف ارتكابها، ويعتبر من قبيل مرحلة التحضير للجريمة: إعداد المادة السامة لاستخدامها في القتل، وأداة فتح الأقفال لاستعمالها في السرقة، وإعداد مكان يختفي فيه الفاعل عند مباشرته للجريمة.

ولا يعاقب القانون أيضاً على الأعمال التحضيرية للجريمة أملاً في إفساح المجال أمام مرتكبها ليقنع عن عزمه، ويحجم عن المضي في غيه في تنفيذ تصميمه الإجرامي.

غير أنه في هذه الدائرة يعاقب قانون العقوبات الجزائري من يساعد شخصاً في الأفعال التحضيرية للانتحار بالحبس من سنة إلى 5 سنوات، إذا نفذ الانتحار " ق.ع.ج.م 273".

¹⁵⁶ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 119، وعبد الفتاح خضر، مرجع سابق، ص ص 84-89

كما أنه لا يحول دون المعاقبة على الأعمال التحضيرية إذا كانت في ذاتها تشكل جريمة مستقلة بذاتها كما لو تعلق الأمر بإحراز السلاح بدون ترخيص تحضير لارتكاب جريمة قتل، ففي هذه الحالة يكون العقاب على جريمة مستقلة بذاتها لا بوصفها شروعاً في جريمة.

ج/ مرحلة تنفيذ الجريمة:

إذا بدأ الفاعل تنفيذ الجريمة دخل نطاق مخالفة شق الإلزام في القاعدة الجنائية لأنه تجاوز مرحلة التحضير للجريمة، وشروع في تنفيذها فإذا أفلح المجرم في تنفيذ جريمته بتحقيق النتيجة الإجرامية تكون الجريمة قد تمت "الجريمة التامة".¹⁵⁷

د/ وضع الشروع من مراحل الجريمة:

إذا تجاوز الفاعل مرحلة الأعمال التحضيرية ودخل مجال تنفيذ الجريمة، فلا يخلو وضعه بعد ذلك من أحد فروض ثلاثة: إما أن يكمل تنفيذها فتتحقق نيتها الإجرامية، فنكون بصدد "جريمة تامة" وإما أن يحول حائل لا دخل لإرادته فيه دون تحقق هذه النتيجة، فتقف الجريمة لدى "مرحلة الشروع"، وإما أنه يعدل طواعية من تلقاء نفسه عن إتمامها ويتعلق الأمر في هذه الصورة "بالعدول الاختياري".

وبالرجوع إلى نص المادة 30 ق، ع، ج - سالف الذكر - يمكن أن نقرر أن أركان الشروع في الجريمة تتمثل في:¹⁵⁸

1/ الركن المادي: ويتمثل في البدء في التنفيذ، ولا يختلف عن الركن المادي لذات الجريمة إلا من حيث الكم لا الكيف.

2/ الركن المعنوي: وهو ذات القصد الجنائي الذي عقد الفاعل نيته عليه منذ لحظة عزمه على ارتكاب الجريمة.

3/ عدم إتمام الجريمة لسبب لا دخل لإرادة الفاعل فيه.¹⁵⁹

¹⁵⁷ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 119

¹⁵⁸ عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص 193-292

¹⁵⁹ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 339

علة العقاب في الشروع:

إن القانون الجزائي جاء لحماية المصالح من كل اعتداء فعلي أو اعتداء محتمل عليها، ويحمل الشروع في طياته كل معاني الاعتداء على المصلحة المحمية جنائياً، ولكنه إذا وقف أو خاب أثره، فإنه يتحول من صورة الاعتداء الفعلي إلى صورة الاعتداء المحتمل، لذا وجب تجريم الشروع بوصفه اعتداء محتملاً يهدد المصالح المحمية بخطر، ومصدر الخطر في جرائم الشروع يكمن في أفعال الجاني من جهة، ونيته الإجرامية في ارتكاب الجريمة من جهة أخرى.¹⁶⁰

أنواع الشروع:

لقد حددت المادة 30 ق،ع،ج نوعين من الشروع هما: الشروع الموقوف، والشروع الخائب.

(أ) الشروع الموقوف "الناقص": صورته أن يأتي الفاعل بعضاً من الأفعال التنفيذية اللازمة لإتمام الجريمة، وبهذا لا يكون عنصر السلوك الإجرامي قد تجسم كاملاً، ومثاله أن يهّم الجاني بالضرب، فيرفع عصاه وفي اللحظة التي يريد أن يهوي بها على رأس خصمه ينتهره شخص ثالث بعنف فيحول بينه وبين إكمال فعله.

(ب) الشروع الخائب "التام": وصورته أن يأتي الفاعل كل الأفعال اللازمة لإتمام الجريمة ومع هذا لا تتحقق نتيجة الإجرامية، ومثالها أن يهوي الجاني على خصمه بعصاه فلا يصيبه.

وللشروع "الخائب" (الجريمة الخائبة) عقاب الشروع الموقوف "الجريمة الموقوفة" نفسه، غير أن أهمية التفرقة بينهما تبرز في مسألة العدول الاختياري التي تحول دون العقاب في الشروع الناقص، ولكنه يخرج عن نطاق الشروع التام في معظم حالاته.

نطاق تطبيق نظرية الشروع:

ينحصر تطبيق نظرية الشروع في الجرائم التي تتحدد بناءً على الشروط الآتية:

¹⁶⁰ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 336

1. يكون الشروع في الجرائم المادية "ذات نتيجة" ، كجرائم القتل والسرقة أما في الجرائم الشكلية التي يقع ركنها المادي لمجرد السلوك فلا يتصور قيام الشروع فيها فهي إما أن تقع كاملة وأما أن لا تقع كجريمة حيازة المخدر، أو حيازة سلاح من دون ترخيص.
 2. لا يكون الشروع إلا في الجرائم العمدية ، والقصد فيه هو عين القصد الجنائي الذي يتعين إذا كانت الجريمة تامة، وعليه لا يمكن تصور الشروع في الجرائم غير العمدية ، فالجريمة غير العمدية إما أن تقع تامة وإما لا تقع بالمرّة ، فلا شروع فيها، فسياسة سيارة بسرعة فائقة في طريق مزدحمة بالمارة يهدد المارة بالخطر غير أنه لا يشكل شروعا في قتل غير عمدي مهما بلغت درجة احتمال تحول هذا الخطر إلى ضرر ، طالما أن أحدا من المارة لم يصب بأذى .
 3. ولا يكفي أن تكون الجريمة مادية وعمدية بل يتطلب الأمر أن تكون من الجرائم الإيجابية عند جانب من الفقه ، ومعنى ذلك أن تستبعد الجرائم السلبية لأنه يصعب تصور قيام الشروع في جرائم الامتناع.
 4. لا مجال للأخذ بأحكام نظرية الشروع في المخالفات نظرا لعدم جسامتها فلا خطورة في الشروع فيها، و لا اشتراط لتوافر القصد الجنائي فيها بصفة عامة، ولا تسري أحكام هذه النظرية في نطاق الجرح إلا بنص صريح من المشرع ، وعليه فإن نطاق الرئيس لأحكام هذه النظرية يتعلق بالجرائم الأشد جسامة " الجنايات " ¹⁶¹.
- الأوضاع الثلاثة للشروع:** (أنواع الجرائم بالنظر إلى الشروع فيها)

إن الأوضاع المتصورة للشروع في حالة إذا ما تعمد الجاني ارتكاب الجريمة تدخل في نطاق الحالات الآتية:

1/ الجريمة الموقوفة:

وتكون في حالة الشروع الناقص، حين يبدأ الفاعل نشاطه المادي لتحقيق النتيجة الإجرامية، لكن هذه الأخيرة تتخلف بسبب إيقاف الفعل بعد بدايته وقبل نهايته. ومثال ذلك أن يدخل لص أحد المتاجر يريد السرقة فيلقى عليه القبض قبل وصوله إلى المال الذي كان يرغب في سرقته ، فالجاني في هذه الحالة يكون قد بدأ نشاطه ولكنه لم يستطع إكماله.

¹⁶¹ عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص 296

2/ الجريمة الخائبة:

وتكون حالة الشروع التام، حيث يستوفي الجاني كل خطوات السلوك الإجرامي المؤدي إلى النتيجة لكنها تتخلف مع كونها ممكنة الوقوع، فسعي الجاني إلى تحقيق النتيجة لم يوقف في أي خطوة من خطوات السلوك الإجرامي كما هو الشأن في الجريمة الموقوفة، وإنما النتيجة وحدها هي التي تخلفت ، فإذا أفلح اللص الذي يريد سرقة المال في الوصول إلى خزانة المال ففتحها ، فإذا هي خاوية ، ففي هذه الحالة خابت آمال المجرم، والجريمة خائبة.

3/ الجريمة المستحيلة:

وذلك في الحالة التي يكون وقوع النتيجة أمرا مستحيلا، حيث يسلك الجاني كل السلوك المؤدي إلى النتيجة ولكنها لا تقع، وهذه أحد صور الشروع التام "الخائب" والفرق بينهما يعود إلى كون الجريمة الخائبة لم تتحقق ولكنها ممكنة الوقوع في حين أن النتيجة الإجرامية في الجريمة المستحيلة لا يمكن أن تتحقق لكونها مستحيلة الوقوع لا ممكنة الوقوع كمن يهمل بقتل إنسان كان قد مات.¹⁶²

مسائل مهمة تتعلق بنظرية الشروع في الجريمة:

لقد ثار في الفقه الجنائي الحديث خلافا بين الفقهاء في مسائل مهمة تتعلق بنظرية الشروع، إذ أن تحديد مفهوم البدء في التنفيذ يكتسي أهمية بالغة في معرفة جرائم الشروع من غيرها، الأمر نفسه يقال عن العدول الاختياري، والجريمة المستحيلة، فأساس الإشكالية في هذه المسائل الثلاث يتعلق رأسا بمدى جواز العقاب في هذا النطاق وفيما يأتي تفصيل لها:

المسألة الأولى: البدء في التنفيذ:¹⁶³

لا يثير كل من الركن الشرعي والركن المعنوي في الشروع أي إشكال، إذ حدد المشرع الجرائم التي يعتد بها بالشروع - على النحو الذي سبق بيانه- أما فيما يتعلق بالركن المعنوي في الشروع فإنه يقتصر على الجرائم العمدية دون الجرائم غير العمدية، كما لا يتصور الشروع في الجرائم التي تتجاوز نيتها قصد الجاني، مثل

¹⁶² إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 129

¹⁶³ عبد الله سليمان، مرجع سابق، 168

الضرب المفضي إلى الموت، فتنحصر المسؤولية الجنائية في الأعمال التي أَرادها الجاني إذا النتيجة الأولى مقصودة وهي الضرب، والأخرى غير مقصودة وهي الموت.

بينما يطفو الإشكال إلى السطح إذا تعلق الأمر بالركن المادي للجريمة الذي لم تكتمل خطواته، فلم يحقق نتيجته إما لسبب قهري وإما لسبب إرادي وهذا ما يثير الإشكال فتمي يبدأ الفعل المعاقب عليه من جهة؟ وكيف السبيل إلى تمييزه عن الجريمة التامة من جهة أخرى؟

أهمية تحديد البدء في تنفيذ الجريمة:

يكتسي تحديد البدء في تنفيذ الجريمة أهمية بالغة في كونه الفاصل بين مرحلتين متعلقان بالجريمة، الأولى سابقة عليه لا عقاب فيها، والأخرى لاحقه له تشكل جريمة الشروع المعاقب عليها، ففي بعض التشريعات تنزل جريمة الشروع منزلة الجريمة التامة فتعاقب على الشروع في الجريمة بالعقوبة نفسها للجريمة التامة كما هو الشأن في قانون العقوبات الجزائري.

ومن المراحل التي تسبق البدء في تنفيذ الجريمة، والتي يكون مقترفها بمنأى عن المسألة الجنائية مرحلة التفكير في الجريمة والعزم عليها، والمرحلة التي تلحقها والمتمثلة في الأعمال التحضيرية التي يرى الجاني ضرورة الإتيان بها لاقتراف جرمته.

معيار التمييز بين الأعمال التحضيرية والبدء في تنفيذ الجريمة:

بمجرد تجاوز الجاني لمرحلة الأعمال التحضيرية يدخل نطاق اللامشروعية الجنائية، وبهذا يكون من الأهمية بمكان تحديد اللحظة التي تفصل بين هاتين المرحلتين ليتسنى تحديد مركز الفاعل من الحد الفاصل بينهما، فما هو معيار أو ضابط التفرقة بين العمل التحضيري والبدء في تنفيذ السلوك الإجرامي؟
قد تبدو التفرقة بسيطة وواضحة في بعض الحالات: فشراء السم يعتبر عملا تحضيريا بالنظر إلى جريمة القتل، واصطناع مفتاح يعتبر عملا تحضيريا بالنظر إلى جريمة السرقة، وحياسة أدوات طبع ورق النقد يعتبر عملا تحضيريا بالنظر لجريمة تزيف العملة.

ولكن بعض الحالات يتعذر فيها تحديد اللحظة الفاصلة بين مرحلتي التحضير للجريمة وبدء تنفيذها، مثل أن يضبط الفاعل على سطوح بيت مجاور للبيت الذي كان ينوي سرقة، أو يضبط وهو يدق جرس البيت ليستوثق من خلوه توطئة للدخول لسرقته، لقد تجاذب هذه الإشكالية معياران: أحدهما موضوعي، والآخر شخصي وتفصيلهما على النحو التالي:

(1) المعيار الموضوعي: 164

يتطلب أنصار هذا المعيار لاعتبار الفعل بدءاً في التنفيذ (شروعاً)، البدء في تنفيذ الفعل المؤدي للجريمة أي الفعل الذي يدخل في الأنموذج القانوني للجريمة، فجريمة القتل بالخنق لا تبدأ إلا بوضع الجاني يده على فم المجني عليه، وجريمة السرقة لا تبدأ إلا بوضع الجاني يده على المال، وجريمة الحريق لا تبدأ إلا بإشعال النار في الشيء المراد حرقه، وأما الأعمال السابقة فهي لا تربو عن كونها من قبيل الأعمال تحضيرية.

* إن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى نتائج ضارة بالمجتمع، إذ يضيق من نطاق المساءلة الجنائية على كثير من الأفعال التي تخدم المصلحة العامة، فيؤدي إلى إفلات العديد من الجناة من العقاب. إذ وفقاً لهذا المعيار من يضبط متسورا سور المسكن الذي ينوي سرقة، أو يضبط وهو يكسر بابه الخارجي لا يعتبر بادئاً في التنفيذ، بل قد يمتد الأمر إلى أبعد من هذا فالذي يضبط داخل مسكن المجني، ولم يكن قد بلغ خزانه نقوده التي ينوي سرقة ما بها لا يعتبر بادئاً في تنفيذ السرقة.

* وتلطيفا من هذا التفريط ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن الشروع: هو ارتكاب فعل واضح الدلالة على النية الإجرامية للجاني، بحيث لا يمكن تأويله على نحو آخر، فالأفعال التي تدل بذاتها مجردة عما يحيط بها من ظروف على انصراف نية الجاني إلى ارتكاب جريمة بعينها، يُعد شروعا فيها، فكسر خزانه -على سبيل المثال- فيها مجوهرات، عمل لا يمكن تأويله إلا بالسرقة، أما دخول المنزل ذاته فيمكن رد إلى السرقة، كما يمكن تعليقه بغرض آخر.

* ولإنقاذ هذا المذهب من الاضمحلال ذهب مشايعوه في تطور لاحق إلى القول بأن البدء في التنفيذ يشمل إلى جانب البدء بارتكاب الفعل المكون للركن المادي للجريمة كل فعل يعد ارتكابه بمثابة طرف مادي مشدد للعقوبة المقررة للجريمة، وبهذا أدخلوا التسور والكسر ضمن أفعال البدء في التنفيذ باعتبارها طرفين مشددين للعقوبة المقررة لجريمة السرقة.

* وبالرغم من هذه المحاولات التي بذلت لتطوير هذا المذهب، فإنها لم تشفع له وبقي هدفا لسهام النقد، إذ اعتبر معيارا ضيقا ومتعارضاً مع مقتضيات الدفاع الاجتماعي فالاستناد إليه لتحديد ما يعد من الأفعال

شروعاً يفتح ثغرة لعديد الجناة من الإفلات من المسؤولية الجنائية رغم شروعهم في جرائمهم، وغيرخاف ما في هذا الاتجاه من إهدار لمصلحة الجماعة.

(2) المعيار الشخصي:

يقوم هذا المعيار على ضابط شخصي في تحديده للحظة البدء في تنفيذ الجريمة، فينظر إلى خطورة الفاعل مستخلصة مما صدر عنه من فعل، فالوقائع المادية التي يأتيها الفاعل لا تعدو أن تكون إلا مؤشرا أو قرينة على خطورة الفاعل، دالة على قصده. فالشروع حسب هذا المذهب، يكون بتنفيذ كل فعل مادي يحمل على القول بأن المجرم قد سلك به نهائيا طريق الجريمة، وأصبح عدوله عنها أمرا غير محتمل.

وأكثر الصيغ ذبوعا في مجال التعبير عن المعيار الشخصي هي: "الفعل الذي يؤدي حالا ومباشرة إلى الجريمة، ولو كان سابقا على ارتكاب الأفعال الداخلة في تكوينها المادي". وبعد أن أنتقد البعض عنصر "الحالية" لأن خطة تنفيذ الفعل قد تقتضي التراخي اكتفى أنصاره بالصيغة الآتية: "الفعل الذي يؤدي مباشرة إلى الجريمة" وهو مسلك المشرع الجزائري في المادة 30 ق، ع، ج، كما سنبين في موضعه.

ففي المذهب الشخصي يتركز الاهتمام على شخص المجرم لا على ماديات الجريمة. بحيث يعتبر شروعاً في ارتكاب جريمة ما إقدام الشخص على ارتكاب أفعال تدل على أنه مقدم على جريمته لا محالة، وقد يستعان بظروف المتهم وصفاته الشخصية لتقدير لحظة الشروع، وللتأكد من عزمه النهائي على ارتكاب الجريمة، فإذا تبين أنه قد اندفع نحو الجريمة، ولا يفصله عنها إلا خطوة يسيرة، ولو ترك وشأنه لخطاها. أي أنه حسب عبارة الفقه الألماني "قد أحرق سفنه ورائه"، وبدء فعلا في تنفيذ جريمته.

(3) مقارنة بين المعيارين الموضوعي والشخصي:¹⁶⁵

يمتاز المعيار المادي (الموضوعي) بالبساطة والوضوح والدقة، فهو يقوم على تحديد أفعال لا لبس فيها، ويضيق مجال السلطة التقديرية للقاضي.

ولكن انتقد هذا المعيار لأنه يضيق من الأفعال التي يعد اقرارها شروعاً، فيتعارض بذلك مع مصلحة المجتمع لأنه يخرج من دائرة العقاب أفعالا تقتضي المصلحة العامة العقاب عليها.

¹⁶⁵ عبد الله سليمان، مرجع سابق، 170-172

أما المذهب الشخصي فيتوسع في دلالة البدء في التنفيذ فيحمي بذلك مصلحة المجتمع، ولكنه معيار معيب من حيث أنه يستند إلى صيغ عامة ينقصها التحديد وتترك مجالاً واسعاً للسلطة التقديرية للقاضي مما قد تؤدي إلى تنافر الحلول واختلافها.

ويرى البعض أنه من الأوفق عدم إخضاع تحديد لحظة البدء في تنفيذ الجريمة لمعيار بعينه، فأقترح معياراً مرناً يقوم على المزج بين المعيارين الموضوعي والشخصي، فيتم البحث عن مدى ما ينطوي عليه السلوك من خطر في ضوء ما يكشف عنه هذا السلوك عن خطورة مرتكبه، وذلك في كل حالة على حدة على هدي من الخبرة العامة، واستناداً إلى ما يحدث في الغالب من الأمور.

هذا ويترك القانون الأنجلوسكسوني لسلطة القاضي التقديرية تحديد ما إذا كان الفعل يعتبر شروعاً أم لا؟ باعتبار هذه المسألة مسألة وقائع لا قانون.

(4) موقف المشرع الجزائري:¹⁶⁶

حسم المشرع الجزائري المسألة في المادة 30 ق، ع، ج بتبنيه للمعيار الشخصي للتمييز بين الأعمال التحضيرية ، والأعمال التي تعد شروعاً في الجريمة، يستدل على ذلك من أن النص لم يشترط البدء في أفعال تعد جزءاً من الركن المادي للجريمة لقيام الشروع، بل اكتفى بالنص على ضرورة توافر أفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكاب الجريمة.

وحسناً فعل المشرع الجزائري عند صياغته للمادة 30 ق، ع بكلمة "مباشرة" واستبعد كلمة "حالا" ليوسع نطاق معنى الشروع، لأن هذا الأخير قد يستغرق مدة طويلة من الزمان قبل أن تتم الجريمة، وقد استفاد في هذا النطاق من تطور الاجتهاد القضائي الفرنسي.

فالذي يقوم بالحفر في الأرض أسفل خزائن بنك لسرقة ما بها من مال، لا يكون بصدد الشروع إذا اقتصر على تعريف الشروع بقولنا " هو البدء في التنفيذ بأفعال لا لبس فيها تؤدي "حالا" ومباشرة لارتكاب الجريمة. أما في الحالة التي تسقط فيها لفظ "حالا" ونستعمل كلمة مباشرة لوحدها فإن الصورة المتقدمة تخضع للشروع في جريمة السرقة المعاقب عليها، لأن الجاني قد يستغرق وقتاً طويلاً للتنفيذ، ولكنه فعله سوف يؤدي مباشرة إلى ارتكاب الجريمة مهما طال الوقت لأنه بدأ في التنفيذ.

المسألة الثانية: العدول الاختياري:

¹⁶⁶ عبد الله سليمان، مرجع سابق، 173

من المقرر أن كل من الشروع الناقص والتام لا عقاب عليهما إلا إذا كان تخلف إتمام الجريمة فيهما مردة إلى أسباب خارجة عن إدارة الجاني.

أما إذا لم يرد الفاعل أن يتم جريمته بإرادته الحرة، فإنه تنتفي جريمة الشروع في هذه الحالة ولا عقاب للفاعل. ويمكن القول بأن العدول الاختياري "التلقائي" هو الذي يرجع إلى إرادة الفاعل، ويتحقق هذا متى أخذ قراره بالعدول في حرية تامة، دون تدخل عوامل خارجية مستقلة عنه تؤثر في إرادته، إذ يفترض أن الفاعل في استطاعته إتمام الجريمة ولكنه لا يريد ذلك.

ولا عبرة بالباعث عن العدول، فقد يكون دينيا أو أخلاقيا، أو استجابة لعامل الشفقة بالمجني عليه الذي استرحمه، وقد يكون خشية افتضاح أمر الجاني ومحاكمته، بل وقد يكون لتأجيل التنفيذ لمناسبة أخرى أكثر ملاءمة، وقد يكون الباعث عن العدول غير شريف.

حكمة عدم العقاب في حالة العدول الاختياري:

تتجلى فلسفة التشريع الجنائي في عدم المسارعة بأخذ الشخص بالعقاب في حالة عدوله مختارا في إبقاء الباب أمام الجاني للتراجع عن جريمته، وصرفه عنها للحيلولة دون إتمام النتيجة الإجرامية على أمل الاستفادة من تبرئة ساحته من جريمة الشروع، وهذا يحقق للمجتمع مصلحة تفوق بكثير مصلحة مؤاخذة الجاني بالعقاب، يضاف إلى أن العدول الاختياري يكشف عن عدم خطورة الفاعل، أو على الأقل يكشف عن زوال خطورته الإجرامية.¹⁶⁷

متى يكون العدول منتجا لإثارة في عدم توقيع العقاب:

العدول الذي لا عقاب فيه هو العدول التلقائي الناجم عن إرادة الفاعل التي تتصرف بحرية تامة بعد البدء بتنفيذ الجريمة وقبل إتمامها.

أما العدول الاضطراري فلا يعتد به في عدم المساءلة الجنائية لأن عوامل خارجية هي وجهت إرادة الجاني، وأدت إلى العدول الاضطراري عن إتمام الجريمة.

وفي العدول الاختياري نضرب مثلا بدخول شخص لبيت بغية سرقة، فبعد أن يدخل البيت ويجمع الأموال التي يود سرقتها، يخرج دون أن يأخذها معه. أما في العدول الاضطراري في المثال نفسه يكون عدول اللص بناء على سماعه صوت قريب فيخشى أن يكتشف أمره فيلوذ بالهروب، ويكون بصدد شروع معاقب عليه.

¹⁶⁷ عبد الله سليمان، مرجع سابق، 175

العدول المختلط:

يتحقق العدول المختلط في الحالة التي يكون فيها وليد سبب اختياري وآخر غير اختياري تداخلا معا وأثرا في القرار الإرادي الصادر من الفاعل بالعدول ، ومثاله اللص الذي توهم شخصا مقبلا إليه فيعتقد أنه مهدد بالقبض عليه فيوقف تنفيذ الجريمة ويلوذ بالفرار، وقد اختلف الفقهاء في حكم العدول المختلط، فأهمل البعض الجانب غير الاختياري ويعتبر العدول اختياريا لأن الواقعة الخارجية التي سببت العدول ليست أكثر من باعث، والقانون لا يعتد بالبواعث.

ويخالف هذا الرأي اتجاه يرى بأنه العدول في هذه الواقعة ليس عدولا اختياريا وإنما هو عدول اضطراري أملته الواقعة الخارجية، ولا يعود بصورة نهائية وكاملة لإرادة الجاني. بينما يرى اتجاه آخر النظر في كل حالة على حدة، وأن العبرة بالعامل الغالب، والأمر متروك لتقديره لقاضي الموضوع حينما يتولى تحليل نفسية الفاعل وظروفه تحليلا دقيقا.

نطاق العدول الاختياري:

يرى البعض أن العدول الاختياري لا يكون إلا في جرائم الشروع الناقص، وذلك أن خطوات الجاني فيها لم تكتمل بعد، فيكون في العدول عن إتمامها ما يفيد العدول الحقيقي. أما إذا كان الجاني قد أفرغ كل نشاطه ، ولم يحصل على غايته من الجريمة فلا يتصور العدول ، فقد قام الجاني بفعله كاملا ولم يبق له ما يعدل عنه في الشروع التام (الجريمة الخائبة)، فلم يبق له مجرد التوبة والندم على ما اقترفت يدها، فالتوبة لا تعفي من المسؤولية الجنائية إلا أنها يمكن أن تكون دافعا لتخفيف العقاب في نطاق السلطة التقديرية للقاضي.

جدير بالبيان أن جانب من الفقه يرى سهولة التمييز بين التوبة والعدول الاختياري في الجرائم المادية ذات النتيجة حين تتخلف هذه الأخيرة بعد تجسيم الفعل المادي للجريمة كله، ويتدخل الجاني ليحول دون تحقق النتيجة ، كمن يرمي شخصا في البحر قاصدا قتله ثم يقوم بإنقاذه قبل غرقه، فيعد فعله عدولا يمكن الاعتداد به، لا توبة فقط.¹⁶⁸

¹⁶⁸ عبد الله سليمان، مرجع سابق، 175

غير أن الأمر يختلف في الجرائم الشكلية التي تتحقق فيها الجريمة قبل بلوغ النتيجة، ومثال ذلك جريمة التسميم 260 ق.ع. ففي هذه الحالة لا يمكن أن نتصور حدوث عدول اختياري، ومن ثم فإذا أعطي سم للضحية ثم نولت جوهرًا مضادًا للسم، فليس هناك عدول وإنما يقتصر الأمر على التوبة فقط.

الفرق بين العدول الاختياري والتوبة:

إن العدول الاختياري هو عدم إتمام العمل أو إيقاف النتيجة قبل أن تتحقق فإذا كان اختياريًا يعفى الجاني من العقاب، ولكن إذا تم الفعل وحدثت النتيجة وحاول الجاني إعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل الجريمة، كأن أعاد السارق المسروق إلى أصحابه، فلا إعفاء من العقاب، فحدوث النتيجة يجعل الجريمة تامة وفاعلها مستحق العقاب، وإن كان من الممكن أن يستفيد الجاني من تخفيف العقاب عليه في حدود السلطة التقديرية للقاضي.¹⁶⁹

المسألة الثالثة: الجريمة المستحيلة:

تكون الجريمة مستحيلة الوقوع عندما لا يمكن تحقيقها، سواء عاد الأمر في ذلك للوسيلة المستعملة، أم للشئ محل الجريمة نفسه.

فالشروع في الجريمة المستحيلة كالشروع في الجريمة الخائبة فالجاني يفرغ نشاطه كاملاً بغية تحقيق النتيجة غير إنها تتخلف لسبب خارج عن إرادته، ويكمن الفرق بين الجريمة المستحيلة والجريمة الخائبة أن النتيجة في الأولى مستحيلة الوقوع، أما في الأخرى فممكنة الوقوع.

وقد انقسم الفقه حول مسألة العقاب في الجريمة المستحيلة وتفصيل ذلك كالآتي:

(1) الاتجاه المادي "الموضوعي":

يرى هذا الاتجاه أن ما صدر عن الفاعل من سلوك لا ينطوي على خطر يهدد المصلحة المحمية جنائياً، لأنه ما كان يصلح البتة لتحقيق النتيجة الإجرامية، فلا تصور الشروع في هذه الاتجاه إذا لا يمكن: " البدء في تنفيذ ما لا يمكن تنفيذه " وعليه فسلوك الفاعل لا يمكن أن يعتبر إلا إفصاحاً عن نية إجرامية، ولا عقاب في هذه الصورة.

(2) الاتجاه الشخصي:

¹⁶⁹ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 178

على خلاف ما سبق يرى أقطاب الاتجاه الشخصي أن الفاعل كشف بسلوكه هذا عما ينطوي عليه من خطورة إجرامية، تجعله أهلا للعقاب، ولو تعلق الأمر بنتيجة مستحيلة التحقيق، لأنه أقدم على مباشرة السلوك معتقدا صلاحية لتحقيق النتيجة الإجرامية الأمر الذي تعتبر معه الاستحالة بمثابة سبب خارج عن إرادته فيعتبر بهذا شارعا في ارتكاب الجريمة.

(3) الاتجاه التوفيقي:

عدل هذا الاتجاه من آراء المذهب الموضوعي، وقال بضرورة التمييز بين نوعين من الاستحالة (مطلقة - ونسبية)، فيمكن تصور الشروع في نطاق الاستحالة النسبية بخلاف الاستحالة المطلقة لكن كيف السبيل إلى تمييز بين هاتين الفئتين:

أ/ الاستحالة المطلقة: هي استحالة عامة مجردة، تعرض في كل الحالات المماثلة، وقد تنقسم إلى نوعين:

* استحالة مطلقة ترجع إلى المحل المادي للجريمة: وفي هذه الحالة يفترض عدم وجود المحل أصلا، كمن يحاول قتل شخص كان مات من قبل، وكمن يحاول إجهاض سيدة غير حامل، أو سرقة مال يتبين أنه مملوك له.

* استحالة مطلقة ترجع إلى وسيلة تنفيذ الجريمة: وفي هذه الحالة يفترض عدم صلاحيتها على وجه الإطلاق لتحقيق النتيجة الإجرامية، كمن يستعمل سلاحا يعتقد أنه ناري في حين أنه لعبة أطفال، أو كمن يحاول قتل آخر بمادة يعتقد أنها سامة في حين أنها غير سامة على وجه الإطلاق.

ب/ الاستحالة النسبية: وهي تتعلق بحالة معينة بذاتها، نظرا لما أحاط بها من ظروف، فإذا تم تعديل هذه الظروف يمكن للنتيجة الإجرامية أن تتحقق وتنقسم بدورها إلى نوعين:

* استحالة نسبية ترجع إلى المحل المادي للجريمة: وهذا يفترض وجود المحل في الواقع إلا أنه لا يكون موجودا في المكان الذي يعتقد الجاني وجوده فيه وقت مباشرته لسلوكه الإجرامي، ومثاله من يصبوب عيارا ناريا نحو فراش المجني عليه، فيتزامن ذلك مع وجوده في غرفته الأخرى.

* استحالة نسبية ترجع إلى الوسيلة المستخدمة في تنفيذ الجريمة: والفرض أنها تصلح وسيلة لتحقيق النتيجة الإجرامية بصفة عامة، ومثال ذلك استعمال مادة سامة بكمية غير كافية للتسميم، أو إلقاء قبلة على جمع من الناس دون إزالة صمامها لعدم دراية الجاني باستعمالها.

وفي ضوء هذه التفرقة بين الاستحالة المطلقة بصورتها، والنسبية بصورتها يقصر أنصار الاتجاه المختلط (التوفيقي) العقاب على الاستحالة النسبية دون الاستحالة المطلقة فالأولى - دون الثانية- تكشف عن خطر السلوك الإجرامي، وتكشف بالتالي عن خطورة صاحبه، لذا يعتبرونه شارعا في الجريمة.¹⁷⁰

موقف المشرع الجزائري من الجريمة المستحيلة:¹⁷¹

ساير المشرع الجزائري الاتجاه الغالب في الفقه، والقائل بضرورة الاعتداد بالجرائم المستحيلة، والعقاب على الشروع فيها تغليبا لمصلحة المجتمع، ويمكن أن يستخلص ذلك بالرجوع إلى نص المادة 30 ق، ع، ج والتي جاء فيها .. " حتى ولو لم يكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبه " غير أن استقراء نصوص قانون العقوبات الجزائري يمكن أن يؤدي إلى القول بأن المشرع الجزائري لم يساير المنهج القائل بتجريم الجرائم المستحيلة دون قيد.

*ففيما يتعلق بعدم الاعتداد بالشروع إلا إذا كانت الوسيلة قادرة على تحقيق النتيجة يمكن أن يستخلص من نص المادة 260 المجرمة للقتل بالتسميم " فالتسميم هو الاعتداء على حياة إنسان بتأثير مواد يمكن أن تؤدي إلى الوفاة عاجلا أو آجلا أيا كان استعمال أو إعطاء هذه المواد ومهما كانت النتائج التي تؤدي إليها"

يدل هذا النص بوضوح أن المشرع يعتد بالوسيلة، فإذا كانت غير مؤدية إلى الوفاة مطلقا بمعنى أنها - بعض النظر عن كميتها أو طريقة استعمالها- غير صالحة لتحقيق النتيجة تماما فلا مجال للشروع ولا عقاب على هذا الفعل، وبناء على هذا لا شروع في محاولة أعطى بموجبها الجاني إلى غرمة موادا يعتقد أنها ضارة لتسميمه، وتبين أنها غير ضارة تماما.

أما فيما يتعلق بإقامة الاعتبار محل الجريمة في نطاق الجريمة المستحيلة، فإن المادة 340 ق، ع، ج عرفت الإجهاض بقولها: " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها... أو شرع في ذلك " وفي هذا بيان بأن قانون العقوبات الجزائري يعتد بمحل الجريمة، فلا تتعلق جريمة الإجهاض إلا بامرأة حامل أو مفترض حملها، ومعنى ذلك أنه لا شروع في محاولة إجهاض امرأة غير حامل.

¹⁷⁰ عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص 305

¹⁷¹ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 183

ويبدو أن خطة المشرع في هذا تتوافق مع الآراء التوفيقية التي تميز بين الاستحالة المطلقة والتي لا يعتد بالشروع فيها، والاستحالة النسبية والتي يعتد بالشروع فيها.¹⁷²

عقوبة الشروع:

تنقسم التشريعات الجنائية الحديثة إلى مذهبين في عقوبة الشروع ، الأول يسوي بين العقوبة في الجريمة التامة ومجرد الشروع فيها وهو مسلك المشرع الجزائري ، والفرنسي، والروسي، والبولوني. بينما يقرر المذهب الآخر عقاباً للشروع أخف من عقاب الجريمة التامة، وقد يكون هذا التخفيف جوازياً يخضع للسلطة التقديرية للقاضي أو وحبوباً ، وأخذت بهذا الاتجاه تشريعات المجر والرومان وبلجيكا والسويد.

ويقرر القانون الإنجليزي أن الشروع في جناية مجرد جنحة إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك.

والقاعدة العامة في القانون الجزائري الجزائي بناء على نصي المادة 30 و 31 أن:

1- " الشروع في جميع الجنايات يأخذ عقوبة الجريمة التامة"

2- " وأن الشروع في المخالفات لا يمكن أن يكون مقترفة محل المساءلة إلا بناء على نص صريح"

ومن الجرح المعاقب عليها في قانون العقوبات الجزائري في حالة الشروع فيها: الإجهاض (304) ، الفعل المخل بالحياة (333) ، التحريض على الفسق (347) ، السرقة (350).

3_ ولا عقاب على الشروع في المخالفات إطلاقاً.¹⁷³

الشروع في الفقه الإسلامي:

من المقرر في الشريعة الإسلامية أن لا عقاب على مرحلة التفكير في الجريمة والتصميم عليها " القصد" لأنها لا تعتبر معصية وإلى هذا تتجه القوانين الوضعية وللشريعة الإسلامية فضل السبق، فقد جاء في الحديث الشريف: " إن الله كتب الحسنات والسيئات ثم بين ذلك ، فمن هم بحسنة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة ومن هم بها وعملها كتبها الله عنده عشر حسنات إلى سبعمائة ضعف إلى أضعاف كثيرة، وإن هم بسيئة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة، وإن هم بها وعملها كتب الله عنده سيئة واحدة"¹⁷⁴

¹⁷² عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص 303

¹⁷³ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مرجع سابق، ص 218، عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 183

¹⁷⁴ رواه البخاري ومسلم

فالملاحظ أن منهج الشريعة الإسلامية في وأد الجرائم والمعاصي في مرحلة التفكير فيها والتصميم عليها لا يقتصر على عدم المؤاخذه بالعقاب في الدنيا والآخرة، بل يسند ذلك الإغراء بالثواب في الآخرة، أي تتكاتف بشأنه وظيفتا العقاب والثواب، وهو المنهج الذي تنادي به بعض الاتجاهات الحديثة في السياسة العقابية الحديثة التي ترمي إلى مكافحة الجريمة، فالعقاب وحده لا يمكنه أن يتصدى لظاهرة الجريمة بل لابد أن يشد عضده الثواب.

كما أنه لا عقاب كذلك على المرحلة التحضيرية ما لم يكن العمل التحضيري في ذاته يشكل معصية كمن يعد مسكرا لسقيه لآخر تمهيدا لسرقته بعد إسكاره لأن حيازة المسكر تشكل معصية بعض النظر عن الغاية من هذه الحيازة .

أما فيما يتعلق في الشروع فإن لم تنصرف إليه العناية الكبيرة في الفقه الإسلامي لأن منهجه في هذه الدائرة يتعلق أساسا بالعبء بالفعل في حد ذاته، فإن كان ينطوي على معصية عدّ جريمة تعزيرية يفوض تحديدها لولي الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة العامة.

والشروع في الجريمة متصور في بعض جرائم الحدود دون البعض الآخر، فهو متصور في السرقة، والزنا وقطع الطريق "الحرابة"، وشرب الخمر، وغير متصور في القذف والردة لما يتطلبه من مقدمات تأخذ شكل البدء في التنفيذ في إطار المعيارين المادي والشخصي لضابط البدء في التنفيذ.

أما في جرائم القصاص التي تقع على النفس أو على ما دونها عمدا فالشروع فيها جميعا متصور.

وأما الجرائم التعزيرية ذات العقوبات غير المقدرة، فبعضها يتصور فيه الشروع، وبعضها لا يتصور فيه، ومن الجرائم التعزيرية العمدية التي لا يتصور فيها الشروع، شهادة الزور، والرشوة، وخيانة الأمانة، والتحرير.

وأما عن عقوبة الشروع فإنه لا يعاقب على جرائم الحدود والقصاص الناقصة بالعقوبات المقدرة شرعا، والتي وقفت عند حد الشروع على أنها جرائم شروع وفقا لاتجاه القوانين الوضعية وإنما يعاقب عليها باعتبار كل منها **معصية مستقلة**، تجابه بما حدده لها الشرع من عقاب غير مقدر (تعزيري)، ولا يمكن وفقا لهذا أن تصل جريمة الحدود الناقصة، أو القصاص الناقصة إلى العقوبة المقررة شرعا للجريمة التامة المستوفية لأركانها وشروطها.

أما بالنسبة للشروع في الجرائم التعزيرية فالأمر متروك لتقدير السلطة التنظيمية أو للقاضي حسب الأحوال، فإذا حددت عقوبة الشروع في القانون لزم القاضي الأخذ بها وإلا تصدي هو لتحديدها.

وليس هناك ما يمنع من الاسترشاد بالاتجاهات الحديثة بشأن تحديد العقاب على الشروع، فقد يرجح اتجاه التسوية بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة كما قد يرجح الاتجاه الآخر الذي يفرق في العقاب بينهما، وينزل درجة بالعقوبة المقررة لجريمة الشروع.¹⁷⁵

¹⁷⁵ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مرجع سابق، ص 219

الموضوع: المساهمة الجنائية

تمهيد:

قد ترتكب الجريمة من طرف شخص واحد، فيكون في هذه الحالة «فاعلاً مادياً» بمفرده، ويتحمل بذلك تبعات ما صدر منه من سلوك ضار.

غير أنه قد يشارك عدّة أشخاص في ارتكاب الجريمة نفسها، ونكون هنا بصدد "المساهمة الجنائية" أو "الاشتراك الجرمي".

I. أهم صور المساهمة الجنائية:

1- قد تكون المساهمة من دون اتفاق مسبق في الحالة التي يشارك فيها عدد من الأشخاص في ارتكاب عملاً أو أعمال يحظرها القانون دون أن يسبق ذلك اتفاق مبرم بينهم، كما يحدث غالباً في جرائم السرقة، والتخريب والقتل التي يرتكبها المتظاهرون أو المشاركون في أعمال الشغب. وفي هذه الحالة تكون المتابعات بعدد المساهمين ولا يعاقب الواحد منهم إلاّ عن مساهمته ويقدر مسؤوليته الفردية.

2- وقد تتخذ المساهمة الجنائية-أحياناً- صورة الاتفاق الجنائي المسبق لتكوين جمعية أشرار بغرض الإعداد للجنايات أو ارتكابها ضد الأشخاص والأموال. وهو ما يعرف بجرائم «الاتفاق الجنائي» أو "المؤامرة الجنائية" وهذا النوع من المساهمة محل قمع خاص حيث يعتبر كل المساهمين في هذا الاتفاق فاعلين أصليين بموجب نص المادة 176 ق ع ج. وهذا النوع من المساهمة ضروري لقيام جريمة الاتفاق الجنائي.

3- كما قد تكون المساهمة ضرورية لقيام بعض الجرائم لكونها «المساهمة» تدخل في تعريف النموذج القانوني لهذا النوع من الجرائم فلا قيام لجريمة الزنا والرّشوة مثلاً إلاّ بتعدد الجناة، لأن طبيعة الجريمة "في المساهمة الضرورية" تقتضي تعدّد الأشخاص إذ يستحيل اقترانها من طرف شخص واحد.¹⁷⁶

4- بينما الصورة المهمة للمساهمة الجنائية والتي تحظى بعناية بالغة في الدراسات الجنائية هي التي تكون فيها تعدّد الجناة احتمالياً "المساهمة الاحتمالية". فجريمة القتل-مثلاً- قد تقترب من شخص واحد، كما

¹⁷⁶ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 199

أنه من المحتمل أن يعتمد عدد من الأشخاص للاشتراك في اقتراها، بحيث يُسهم كل واحد منهم بدور ما في تنفيذها، فتحقق جريمة القتل نتيجة لمجموع أفعالهم.

وفي هذه الصورة الأخيرة كل من يُسهم بصفة رئيسية ومباشرة في التنفيذ المادي للجريمة يكون «فاعلاً مادياً أو فاعلاً أصلياً مع غيره» حسب ظروف ارتكاب الجريمة. وبالمقابل من اقتصر دوره على مساعدة أو معاونة الفاعل في التحضير للجريمة أو في تسهيل ارتكابها يكون شريكاً لأن مساهمته في الجريمة ثانوية أو عرضية.¹⁷⁷

II. شروط المساهمة الجنائية:

لا حديث عن وجود المساهمة الجنائية إلا إذا توافر عنصرين مهمين تقوم عليهما فكرة المساهمة الجنائية، ويتعلق الأمر بتعدد الجناة، ووحدة الجريمة في ركنها المادي والمعنوي، وتفصيل هذا على النحو الآتي:

1. تعدد الجناة: لا يثير موضوع تعدد المساهمين في الجريمة صعوبات بيّنة، ففي الحالة التي لا يكون التعدد فيها ضرورياً (المؤامرة الجنائية - الزنا...) ويكون احتمالياً (يمكن أن تقترب الجريمة من شخص واحد) يكفي أن يشترك أكثر من شخص في تجسيد الركن المادي للجريمة لنقول بتحقيق عنصر تعدد الجناة في المساهمة الجنائية.

2. وحدة الجريمة: وتتحقق وحدة الجريمة في المساهمة الجنائية بوحدة الركنين المادي والمعنوي لدى كل المساهمين فيها.

أ- الوحدة المادية للجريمة: تتحقق وحدة الركن المادي للجريمة من خلال تأكيد وحدة النتيجة الإجرامية، وارتباطها بكل فعل أسهم في تحقيقها برابطة السببية. إذ تنتفي رابطة السببية بين فعل الفاعل والنتيجة الجرمية إذا كان هذا الفعل لا يؤثر تماماً في إحداث النتيجة الجرمية؛ بحيث لو تم استبعاده لم يؤثر ذلك على حدوث النتيجة الجرمية.

ب- الوحدة المعنوية للجريمة: وتتحقق الوحدة المعنوية للجريمة- التي تعد عنصراً في توافر المساهمة الجنائية- بقيام رابطة ذهنية تجمع المساهمين في الجريمة تحت مشروع إجرامي واحد.

وتكون هذه الرابطة الذهنية واضحة في حالة الاتفاق السابق أو التفاهم على اقتراح الجريمة.¹⁷⁸

¹⁷⁷ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 144

¹⁷⁸ عبد الله سليمان، مرجع سابق، 187

كما يمكن الاعتداء بالوحدة المعنوية للجريمة رغم غياب اتفاق سابق على اقتراح الجريمة، وذلك إذا توافرت لدى المساهم نية الاشتراك في الجريمة بعد البدء في تجسيم الركن المادي لها من الفاعل الأصلي.

-أمثلة تطبيقية:

(1) يرى أحدهم المجني عليه هارباً للتخلص من خصمه الذي يقتفي أثره بقصد قتله، ومع إدراكه لذلك يسرع إلى المجني عليه ويمسك به لتمكين خصمه من قتله ← توافر الوحدة المعنوية للجريمة لتوافر العلم بعناصر الجريمة المتوقعة + توجه الإرادة لتحقيقها.

(2) في المثال نفسه لو أن المتدخل لم يكن على علم بما يجري، وأنه أمسك بالمجني عليه تهديه له، فاستغل ذلك الجاني وقتله ← لا مساهمة جنائية (لا علم + لا إرادة).

(3) يفر "سليم" من وجه خصمه "علي" الذي حاول قتله بطعنه بسكين، فيراه "خالد" مجروحاً فيستغل الفرصة فيجهز عليه ← في هذه الحالة يسأل خالد عن جريمة قتل، ويسأل علي عن جريمة شروع في القتل ولا مجال للحديث عن وجود مساهمة جنائية لغياب الوحدة المعنوية للجريمة لانتهاء الرابطة الذهنية التي تربط بين الجناة.

(III) أهم النظريات المتعلقة بالمساهمة الجنائية:

يثور التساؤل في حالة تعدد الجناة الذين ساهموا في جريمة واحدة حول كيفية توزيع المسؤولية الجزائية والعقوبة، خاصة وأن دور من أسهم فيها يختلف من أحد إلى آخر فمنهم من كان دوره رئيساً، ومنهم من كان دوره ثانوياً، فصلت في هذه المشكلة عدّة نظريات نوجز أهمها فيما يأتي:

1- نظام التوحيد بين المساهمين:

يضع هذا الاتجاه كل المساهمين في كفة واحدة، فلا مجال للتمييز بين فاعل وآخر، ووفقاً لهذا الاتجاه كل مسهم في الجريمة يعدّ مسؤولاً مسؤولاً كاملة عند الجريمة باعتباره فاعلاً لها، واستند هذا الاتجاه إلى نظرية تعادل الأسباب حول علاقة السببية. فأفعال جميع المساهمين متساوية في إحداث النتيجة، ولهذا فهي متساوية في الأهمية وفي المسؤولية أيضاً، والأخذ بهذا الاتجاه يؤدي إلى استبعاد كل تفرقة بين الفاعل والشريك "الفاعل الأصلي والفاعل التبعي".

تقييم هذا الاتجاه:

● هذا مسلك مجافٍ للعدالة لأنه لا يميّز بين أفعال المساهمين، وفيها ما هو شديد الخطورة وما هو أقل خطورة ويعتبرها متساوية.

● غير منسجم مع أهداف المعاملة العقابية المنادية بضرورة التفريد العقابي التي تصر على معاملة كل شخص على أساس دوره في الجريمة ودرجة خطورته الإجرامية.¹⁷⁹

2- نظام التفريق بين الفاعل والشريك في المساهمة الجنائية:

تأخذ غالبية التشريعات المقارنة بالرأي الراجح في الفقه الذي يرى ضرورة التمييز بين المساهمين في الجريمة، إذ من غير المنطقي أن يوضع على قدم المساواة من قام بدور رئيسي في الجريمة، ومن لم يكن له فيها إلا دوراً ثانوياً، وعليه يقسّم المساهمون في الجريمة إلى قسمين هما: الفاعلون أو المساهمون الأصليون، والشركاء أو الفاعلون التبعيون.

فالفاعل الأصلي هو الذي يقوم بالأدوار الرئيسية في تنفيذ الجريمة، أما الفاعل التبعي «الشريك» فهو الذي يكتفي بدور أقل أهمية في تنفيذ الجريمة فمساومته لا تعدو أن تكون مساهمة ثانوية أو تبعية.¹⁸⁰

الفاعل الأصلي "المساهم الأصلي"

عرّف المشرّع الجزائري الفاعل الأصلي في المادة 41 بقوله: «يعتبر فاعلاً كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة، أو حرّض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل على التدليس الإجرامي».

وأردف في المادة 45 بالنص على أنه: «من يحمل شخص لا يخضع للعقوبة بسبب وضعه أو صفته الشخصية على ارتكاب جريمة يعاقب عليها بالعقوبات المقررة لها».

بناءً على هذه النصوص يمكن للفاعل الأصلي للجريمة في التشريع الجزائري أن يأخذ إحدى الصور الآتية: الفاعل المباشر «الفاعل المادي» والمحرّض، والفاعل المعنوي وتفصيل هذه الأمور على النحو الآتي:

أولاً: الفاعل المباشر "الفاعل المادي"

¹⁷⁹ عبد الله سليمان، مرجع سابق، 173

¹⁸⁰ المرجع نفسه، ص 185-187

يعتبر فاعلاً مباشراً وفقاً لمنطوق المادة 41 ق ع ج كل من أسهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة، أي كل من قام شخصياً بالأفعال المادية التي تدخل في التعريف القانوني للجريمة، وقد يرتكب الفعل المادي للجريمة شخصٌ بمفرده، وقد يرتكبه عددٌ من الأشخاص.

أمثلة تطبيقية:

- إذا أقدم شخصان على طعن غريمهما عدّة طعنات أدّت إلى وفاته فإن كل منهما مساهما في تنفيذ الركن المادي للجريمة، وبعد كل واحد منهما فاعلاً لجريمة القتل.
- إذا كسر شخص باب منزل ليدخل زميله لسرقة المنزل، فإن كلا من الشخصين يعتبر مساهما في جريمة السرقة.

معيّار التفرقة بين الفاعل الأصلي والشريك: 181

- يثار التساؤل حول المعيار الذي يستند إليه لتمييز الأعمال التنفيذية عن غيرها، والتي يعرف بها الفاعل المباشر "الفاعل الأصلي" من الشريك؟

تجنح الغالبية من الفقه إلى الاستناد على نظرية الشرع للتمييز بين الأعمال التحضيرية أو المساهمة غير المباشرة، وبين الأعمال التي تعد بدءاً في تنفيذ الركن المادي للجريمة أو المساهمة المباشرة.

ويمكن إضافة شرط آخر لتسهيل التمييز بين التحضير للجريمة والشرع فيها ويتمثل في ضرورة ظهور الجاني بفعله على مسرح الجريمة فيعاصر نشاطه الوقت الذي وقعت فيه.

مثال تطبيقي:

في المثال السابق حيث يعد عمل اللص الذي كسر الباب لتمكين زميله من السرقة مساهمة مباشرة إذا تم دخول السارق الآخر بعد الكسر مباشرة، إذ يعني هذا ظهور الجاني على مسرح الجريمة ويعد فعله معاصراً للتنفيذ. أمّا إذا تم دخول المنزل في اليوم التالي فإن الفترة الزمنية الفاصلة بين الفعلين تجعل فعل الكسر عملاً من الأعمال المساعدة التحضيرية فتكون المساهمة غير مباشرة لغياب الجاني على مسرح الجريمة، ويصبح عندها من قام بالكسر مجرد شريك في ارتكاب الجريمة، ولا يعد فاعلاً أصلياً فيها.

¹⁸¹ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 139

-ملاحظة: قد يوسع جانب من القضاء والفقهاء في مفهوم الفاعل الأصلي، فيحوّلون أفعال اشتراك - حسب هذا المعيار - إلى أعمال مشكلة للجريمة وذلك بدافع ردعي كما هو الشأن لمراقب طريق لتمكين زملائه من السرقة، وكخادم يترك منزل سيّده مفتوحًا لتمكين اللصوص من سرقة.

ثانيًا: المحرّض:

بموجب نص المادة 41 سالفة الذكر والصادرة بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13/02/1982 المعدّل لقانون العقوبات الجزائري أصبح المحرّض فاعلاً للجريمة بعدما كان مجرد شريك، وقد خالف بذلك المشرع الجزائري توصية المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات المنعقد بأثينا سنة 1957 والذي أوصى بإخراج التحريض من المساهمة الأصلية وقد أخذت بهذه التوصية معظم التشريعات العقابية المقارنة.

-تعريف التحريض: هو خلق فكرة الجريمة لدى شخص آخر، والدفع به إلى التصميم على ارتكابها، وذلك بالتأثير على إرادته وتوجيهها الوجهة التي يريدتها المحرّض.

شروط التحريض المعاقب عليه في قانون العقوبات الجزائري:

يقتضى التحريض لكي يكون معاقبًا عليه إضافة إلى توافر ركنه المعنوي:

* / أن يكون التحريض بإحدى الوسائل المحددة قانونًا وهي:

1/ الهبة: وذلك كأن يمنح المحرّض هدية مادية أو عينية للمحرّض ليدفع به لارتكاب الجريمة، ويشترط تقديم الهبة قبل ارتكاب الجريمة لتعتبر من وسائل التحريض، فإذا قدّمت بعد ذلك اعتبرت مكافأة.

2/ الوعد: وقد لا يقدم المحرّض هبة أو مالا للفاعل، ولكن قد يعده بهبة أو بتقديم خدمة إن هو ارتكب الجريمة التي يريدتها المحرّض.

3/ التهديد: وقد يكون ماديًا كأن يهدّده بالقتل أو بالأذى، وقد يكون معنويًا كأن يهدّد المحرّض بكشف أسرارهِ إضرارًا به دفعًا له لارتكاب الجريمة التي يريدتها المحرّض، مع الإشارة إلى إمكانية اجتماع التهديد والوعد في آنٍ واحدٍ.

4/ إساءة استعمال السلطة أو الولاية: ومقتضى ذلك أن تكون للمحرّض سلطة قانونية أو فعلية على الغير فيستغلها لإقناع الغير بتنفيذ مشروعه الإجرامي. (المدير، الأب، الخادم)

5/التحايل : فالتحايل يقصد به أن يدخل المحرّض في روع المحرّض أمراً خلافاً للحقيقة، كأن يقول له إنّ المراد الاعتداء عليه هو من تسبّب في قتل والده، أو تسبّب في فصله من العمل.

6/التدليس الإجرامي: أما التدليس الإجرامي: يحمل معنى قريباً من التحايل إلا أنه قد يعزّز بأفعال مادية ومظاهر خارجية تسهم في إقناع الغير بانصياع إلى رغبة المحرّض.

ب/ أن يكون التحريض مباشراً: أي أن يقوم المحرّض بدفع المحرّض صراحة إلى ارتكاب الجريمة، فمثلاً لا يعد تحريضاً على القتل تحريض الغير على كراهية شخص معين بما يدفعه إلى قتل هذا الأخير.

ج/ أن يكون التحريض موجهاً: إلى شخص أو عدة أشخاص معينين لدفعهم إلى ارتكاب الجريمة، وتصدر الإشارة في هذا المقام إلى ضرورة التفرقة بين التحريض الشخصي المباشر، وبين جرائم التحريض العام المادة 100 ق ع ج.

د/ أن يكون التحريض منتجاً لأثره: يضيف معظم الفقهاء شرطاً رابعاً يتمثل في أن يكون التحريض منتجاً لأثره، وذلك بأن يرتكب المحرّض الجريمة أو يشرع فيها.

ولم يأخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط الذي كرّس استقلال مسؤولية المحرّض عن مسؤولية الفاعل (المحرّض)، فالمادة 46 من قانون ع، ج تنص على أنه: "إذا لم يرتكب الجريمة المزمع ارتكابها لمجرّد امتناع من كان ينوي ارتكابها بإرادته وحدها، فإن المحرّض عليها يعاقب رغم ذلك بالعقوبات المقرّرة لهذه الجريمة".¹⁸²

ثالثاً الفاعل المعنوي:

عرّفت المادة 45 ق ع ج التي سبقت الإشارة إليها الفاعل المعنوي: وهو كل من يُسخر شخصاً غير مسؤول جزائياً على ارتكاب الجريمة، ويستعمله أداة لتحقيقها.

ويلتقي الفاعل المعنوي مع المحرّض من حيث أن كليهما يدفع غيره لارتكاب الجريمة، بينما يختلفان في كون المحرّض يلجأ إلى شخص عادٍ. يعتد بإرادته لإقناعه بارتكاب الجريمة، بينما يلجأ الفاعل المعنوي إلى شخص غير مسؤول وصفه القانون أنه لا يخضع للعقوبة بسبب وضعه أو صفته الشخصية، وهذا يعني أن من يقوم بالتنفيذ في الجريمة يديرها الفاعل المعنوي هو شخص غير مسؤول جزائياً كأن يكون صغيراً غير مميزاً أو

¹⁸² أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 203

مجنوناً، فيكون هذا الشخص مجرد أداة في يد الفاعل المعنوي يسخره لتجسيد مشروعه الإجرامي كمن يعهد إلى طفل غير مميز لحمله على وضع متفجرات في مكان مزدحم بالناس.¹⁸³

-سؤال: هل تقتصر مسؤولية الفاعل المعنوي على النتائج المتوقعة أم تتعداها إلى النتائج المحتملة؟ كما هو الشأن في إحراق بيت به صبي صغير؟

قضية: الاشتراك في التحريض:

إذا اقتضت الجريمة على محرّض واحد ومنفذ واحد، فإن كليهما يعتبر فاعلاً أصلياً للجريمة، لكن هل تسمح طبيعة هذه الجريمة بوجود شريك مساهم تبعية؟ وما هي صورته؟

قضية: الشروع في التحريض:

يتوجه المحرّض للمحرّض لتحريضه على القيام بالجريمة، فإذا نجح في ذلك تكون جريمة التحريض تامة (تمت بخلق فكرة الجريمة من غير النظر إلى تجسيدها في أرض الواقع مادة 46 ق ع)

وهذا النص لم يضيف جديداً طالما أن المحرض فاعل أصلي مستقل بجريمته فلا مجال أن يستفيد من عدول من كان ينوي تنفيذها.

وتختلف صورة التحريض التام عن مجرد الشروع فيه، كما لو تقدم المحرّض إلى أحدهم لتحريضه على القيام بالجريمة فرفض المحرّض الفكرة مباشرة، فهنا نكون بصدد الشروع في جريمة التحريض (نتيجة التحريض هي خلق فكرة الجريمة ولكنها لم تتحقق بسبب رفض الشخص المحرّض)، إذ الشروع في التحريض يبدأ لحظة البدء بإتيان أعمال لا لبس فيها تؤدي إلى ارتكاب جريمة التحريض ← الأحكام العامة التي تحكم الشروع بوجه عام.¹⁸⁴

-سؤال:

هل حدد المشرع الوسائل التي يقوم بها الركن المادي لفعل الفاعل المعنوي؟ كما هو الشأن بالنسبة للتحريض (مادة 45). (لو أعطى أحدهم كبريتاً لصبي).

¹⁸³ أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق، ص 200-203، وعبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 197-209

¹⁸⁴ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 108

-وهل فيها وحدة الركن المعنوي في هذه الجريمة، حتى نقول بأننا بصدد مساهمة جنائية.

الجواب:

لسنا هنا بصدد مساهمة جنائية إذا انفرد الفاعل المعنوي بتنفيذ الجريمة بواسطة شخص آخر، لأن المنفذ لا يمكن عدّه فاعلاً أصلياً "مباشراً" ولا شريكاً. لأنه لم يكن إلاّ وسيلة لا تختلف من وجهة نظر القانون عن أي وسيلة أخرى، فسيان لدى القانون أن يستعين الجاني لتنفيذ جريمته بحيوان (كلاب مدرّبة) أو إنسان غير مميز، أو حتى بإنسان عادٍ بعد سلب إرادته بالإكراه أو التنويم المغناطيسي عند جانب من الفقه.

أي لا توافر الركن المعنوي: لا يمكن الحديث عن العلم بعناصر الجريمة من الصبي غير المميز، ولا إرادته في تحقيقها.

ويسأل الفاعل المعنوي عن النتائج المتوقعة لجريمته، وحتى المحتملة.

الشريك في الجريمة

I. تعريف الاشتراك في الجريمة:

الاشتراك في الجريمة شكل من أشكال المساهمة الجنائية، وقد تولت المادة 42 من ق ع ج تعريف الشريك على النحو الآتي: «يعتبر شريكاً من لم يشترك اشتراكاً مباشراً، ولكنه ساعد بكل الطرق وعاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأعمال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك».

واعتبر في حكم الشريك حسب ما ورد في المادة 43 «... من اعتاد أن يقدم مسكناً أو ملجأً أو مكاناً للاجتماع لواحدٍ أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص والأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي».

يتبين من هذين النصين أن الاشتراك في الجريمة نوع من المساهمة الجنائية، وتكون هذه المساهمة تبعية لا أصلية، إذ الشريك لا يساهم مساهمة مباشرة في ارتكاب الجريمة، وإنما يسهم فيها بصفة عرضية أو ثانوية.

والأصل في النشاط الذي يقوم به الشريك الإباحة، وإنما ينسحب لساحة التجريم لاتصاله بنشاط المساهم (الفاعل) الأصلي، فنشاط الشريك لا يعد أن يكون عملاً تحضيرياً أو مسهلاً لارتكاب الجريمة، وقد مر معنا أن القانون لا يعاقب على الأعمال التحضيرية للجريمة ويبقي على باب التوبة مفتوحاً فيها، ما لم يتم الشروع في تجسيم الركن المادي للجريمة.¹⁸⁵

II. أمثلة للاشتراك في الجريمة:

- 1- من يدل السارق على مكان وجود الشيء المراد سرقته.
- 2- من ينقل الجاني في سيارته إلى مكان ارتكاب السرقة.
- 3- من يراقب الطريق أثناء ارتكاب الجريمة.
- 4- من يكبر في صوت مذياعه وقت الجريمة حتى لا يسمع الجيران صيحة المجني عليه أو طلقة الرصاص على افتراض الجريمة جريمة قتل.

III. طبيعة مسؤولية الشريك: (نظرية الاستعارة- ونظرية التبعية)

انقسم الفقه حول مسألة الوضعية القانونية للشريك بالنسبة للفاعل إلى قسمين:

¹⁸⁵ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، 152

- فريق يقول باستقلال مسؤولية الشريك عن مسؤولية الفاعل.
- والآخر يقول بتبعية مسؤولية الشريك لمسؤولية الفاعل الأصلي.

1- استقلالية مسؤولية الشريك عن مسؤولية الفاعل:

يرى هذا الاتجاه أن الشريك مستقل في التجريم وفي الجزاء عن الفاعل الأصلي ويترتب على هذا النتائج الآتية:

- يسأل الشريك جزائياً بحسب مدى خطورته الخاصة بصرف النظر عن خطورة الفاعل الأصلي.
 - يسأل الشريك حسب قصده الخاص به ومدى انصرافه إلى ارتكاب جريمة معينة دون غيرها، وعليه فالشريك لا يتأثر بما قد يرتكبه الفاعل الأصلي من جرائم جديدة لم تكن في ذهن الشريك، كأن يتفق الشريك مع الفاعل الأصلي على ارتكاب سرقة، فيقترب هذا الأخير سرقة وقتلا.
 - لا يتأثر الشريك بموانع المسؤولية أو العقاب التي قد تلحق الفاعل الأصلي، ومن ثم لا يتأثر بالأحوال الشخصية المتصلة بالفاعل الأصلي، ولكنه يتأثر بالأحوال المادية بالسلوك الإجرامي.
 - يخضع الشريك للعقاب حتى ولو انقضت الدعوى العمومية عن الفاعل الأصلي بفعل العفو الشامل أو التقادم، أو تنازل المجني عليه في الجرائم التي تعلق المتابعة على شكوى المجني عليه، أو حتى بوفاة الفاعل الأصلي.
 - يعامل الشريك في المسؤولية المدنية بالتعويض معاملة مستقلة عن الفاعل الأصلي.
- وقد أخذت تشريعات إيطاليا والدايمرك والبرازيل بهذا الاتجاه.¹⁸⁶

2- تبعية مسؤولية الشريك لمسؤولية الفاعل الأصلي:

ومؤدّى هذا الاتجاه الذي أخذ به القانون الفرنسي أن عمل الشريك تابع ومرتبط بمصير سلوك الفاعل الأصلي من حيث التجريم ومن حيث الجزاء، ويأخذ هذا الاتجاه بنظام الاستعارة المطلقة فهناك مساهمة أصلية يقوم بها الفاعل، ومساهمة ثانوية تصدر عن الشريك، ومن ثم قيل إن الشريك يستعير إجرامه من الفاعل الأصلي يترتب على هذه التبعية النتائج الآتية:

- لا يسأل الشريك إلا في نطاق الخطورة الجرمية للفاعل الأصلي، وإذا امتنع الفاعل عن ارتكاب الجريمة فلا مسؤولية للشريك.

¹⁸⁶ بلعليان إبراهيم ، مرجع سابق، 86

- يسأل الشريك بحسب قصد الفاعل الأصلي، ومن ثمّ فهو يتأثر بما قد يرتكبه الفاعل الأصلي من جرائم جديدة لم تكن في ذهنه، ففي المثال السابق إذا تم الاتفاق بين الفاعل الأصلي وشريكه على ارتكاب جريمة سرقة، وارتكب الفاعل الأصلي جريمة السرقة والقتل معاً فإن الشريك يسأل عن الجريمتين معاً؟.
- يتأثر الشريك بموانع المسؤولية والعقاب التي يستفيد منها الفاعل الأصلي (سرقة مال الأب مثلاً).
- لا يخضع الشريك للعقاب لو انتفت الدعوى العمومية عن الفعل الأصلي.
- يعامل الشريك في المسؤولية المدنية بالتعويض مثلما يعامل الفاعل الأصلي.

3- موقف المشرع الجزائري:

يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بتبعيّة الشريك للفاعل الأصلي تبعيّة كاملة من حيث التجريم¹⁸⁷ وقال باستقلال المساهمين.

ومع ذلك يميز القانون الجزائري بين الفاعل والشريك ويبني هذا التمييز على أساس معيار موضوعي، فيعد فاعلاً أصلياً في التشريع الجزائري من تلتزم في شخصه كامل أركان الجريمة، وبالمقابل يعدّ شريكاً من لا تتحقق في شخصه أركان الجريمة وانحصر دوره في المعاونة بإتيان عمل مادي يختلف عن الركن المادي للجريمة عن قصد. والحقيقة أنه بسبب المساواة بين الفاعل والشريك في العقاب لم يعر القضاء أهمية كبرى للتمييز بينهما فلم يتقيّد كثيراً بالمعيار الموضوعي والمحكمة العليا ذاتها ترفض النقض عندما يخلط القضاء بين الفاعل والشريك متأثرةً بمحكمة النقض في فرنسا.¹⁸⁸

أهمية التمييز بين الفاعل والشريك:

وعلى الرغم مما سلف ذكره يمكن تجلية أهمية التمييز بين الشريك والفاعل الأصلي فيما يأتي:

- بينما يعاقب الفاعل الأصلي والمحرض على المخالفة لا يعاقب الشريك إلا في حالات استثنائية، كما في مخالفات الضرب، الجروح العمدية والمشاجرة، وأعمال العنف الأخرى (442-1-442 مكرر ق.ع).

¹⁸⁷ ينظر خلاف هذا: عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص: 227 و ص 223.

¹⁸⁸ بلعليات إبراهيم، مرجع سابق، ص ص 86-87

■ يتوقف وصف الجريمة على الصفة الشخصية للفاعل وليس على صفة الشريك، ومن ثمّ فإنّ تقدير الأركان المكوّنة للجريمة والظروف المشدّدة لها يتمّ اعتباراً للفاعلين الأصليين وليس للشركاء، وهكذا ففي جريمة السرقة مثلاً لا يعتد بالشريك في تحقيق ظرف التعدّد.¹⁸⁹

أركان جريمة الاشتراك:

لا بدّ لقيام الاشتراك من توافر أركان الجريمة الثلاث: "الشرعي-المادّي-المعنوي".

1- الركن الشرعي:

سبق وأن بيّنا أن الأصل في أفعال الشريك أنّها أعمال تحضيرية لا عقاب عليها لذاتها، وإنّما تدخل دائرة التجريم لكونها حلقة من حلقات المساهمة التبعية في ارتكاب الجريمة فلا عقاب على أفعال الشريك إلاّ إذا ارتكب الفاعل الأصلي الجريمة أو شرع فيها.

وعليه فلا قيام لجريمة الاشتراك عندما يقوم بشروع في الجرح التي لا عقاب على الشروع فيها، إذ يجب لقيام الاشتراك في مثل هذه الحالة أن تقع الجريمة تامّة. وتجدر الإشارة أن لا عقاب على الاشتراك في المخالفات.

2- الركن المادّي:

حدّدت المادتان 42 و43 الأفعال التي يعتد بها في الاشتراك "المساهمة التبعية" التي يأتيها الشريك وهي:

أ/ المساعدة أو المعاونة ب/الأعمال التي تأخذ حكم المساعدة(إيواء الأشرار).

أ/ المساعدة أو المعاونة:

ويقصد بذلك تقديم العون والمساعدة لمرتكب الجريمة على شرط أن تبقى هذه المساعدة في حدود الأعمال التبعية أو المسهلة أو المنفذة للجريمة، بحيث لا يمكن القول ببدء الشروع في تنفيذ الجريمة.

ولم يحدّد القانون الأعمال التي تعدّ من قبيل أعمال المساعدة، فهي أي عمل كان يرى المساهمون أنّه ضروري لتحقيق مآربهم، فالمساعدة تتم بكل الطرق دون حصر لها شريطة بقائها في دائرة الأعمال التحضيرية أو الأعمال المسهلة أو المنفذة للجريمة.

● الأعمال التحضيرية: (الاستعانة بمعيار نظرية الشروع)

¹⁸⁹ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص213-219

وتتمثل في جميع الأعمال التي تسبق مرحلة التنفيذ وتختلف باختلاف كل جريمة وما يراه المساهمون من ضرورة التحضير لها ومن أمثلتها: تقديم السلاح أو الآلات المستخدمة في تنفيذ الجريمة، أو أن يقوم الشريك بتدريب الفاعل على استعمال السلاح، أو تزويده بملابس خاصة تساعد على ارتكاب الجريمة أو تسهل له الفرار بعد ارتكابها، أو إرشاده إلى مكان الموجودات المرغوب سرقتها.

● الأعمال المسهلة للجريمة أو المنفذة لها:

- لا تقتصر أعمال المساعدة على الأعمال التي تسبق ارتكاب الجريمة، فقد تكون أعمال المساعدة معاصرة أحياناً لارتكاب الجريمة. وصورة ذلك أن يتدخل الشريك لتقديم يد المساعدة للفاعل الذي بدأ بتنفيذ الجريمة لتمكينه من الاستمرار فيها على النحو الذي يضمن تحقيق النتيجة الإجرامية التي يصبو إليها.¹⁹⁰

وأعمال المساعدة المعاصرة نوعان:

أعمال مسهلة: قد تقع مع بداية أعمال التنفيذ، وأعمال منفذة: وهي المصاحبة للخطوات الأخيرة في ارتكاب الجريمة.

سؤال: كيف نفرق بين الأعمال المعاصرة للجريمة التي تعد مساهمة أصلية، والأخرى التي تبقى في دائرة الأعمال المسهلة أو المنفذة والمشكلة للمساهمة التبعية (الاشتراك في الجريمة فقط)؟

-الأعمال المساعدة المعاصرة التي تجعل من صاحبها فاعلاً أصلياً هي المساعدة التي تحدث وقت ارتكاب الجريمة وفي مكان وقوعها أيضاً.¹⁹¹

مثال: «يقدم زيد لصديقه أثناء المشاجرة مع خالد سكيناً ليتمكن من قتله».

أما الأعمال المساعدة المعاصرة التي تخرج صاحبها من دائرة المساهمة الأصلية وتبقي به في دائرة المساعدة التبعية (الاشتراك) فهي التي تحدث وقت ارتكاب الجريمة لكن في غير مكان وقوعها، فمسرح الجريمة عند

¹⁹⁰ محمود نجيب حسني ، مرجع سابق، ص 456

¹⁹¹ عبد الله سليمان ، مرجع سابق، ص 215

جانب من الفقه هو الفيصل بين الأعمال المساعدة المعاصرة التي تعد مساهمة أصلية أو مجرد مساهمة تبعية.

مثال: يقوم أحد بتعطيل صاحب المنزل عن العودة إلى منزله حتى تتم السرقة.

-الأعمال المساعدة اللاحقة على ارتكاب الجريمة: 192-

يتفق الفقه على حصر أعمال المساعدة التي تجعل من صاحبها شريكاً في الأعمال التي تسبق ارتكاب الجريمة أو تعاصرها، أما أعمال المساعدة اللاحقة على ارتكاب الجريمة فليست من وسائل الاشتراك، غير أن ذلك لا يمنع المشرع للتدخل لتجريمها بصفتها جرائم خاصة (كإخفاء الأشياء المحصلة من جنابة أو جنحة المنصوص عليها بالمادة 387 ق ع، إخفاء الأشياء التي تستخدم في ارتكاب جريمة أو جنحة م (3/91).

-قضية:

قام زيد بتقديم بندقية صيد لقتل خالد، غير أن زميله استعمل السم وسيلة للقتل.

لا يكفي أن يقدم أحدهم مساعدة للفاعل حتى يعتبر شريكاً ما لم يثبت أن مساعدته كانت من العوامل التي ساهمت في ارتكاب الجريمة.

ب/ إيواء الأشرار ومساعدتهم:

يختلف إيواء الأشرار عن صورة المساعدة لأنه يتم بعد ارتكاب الجريمة، وقد ألحقها المشرع بالمساهمة التبعية (الاشتراك) حيث اعتبر من اعتاد تقديم المسكن أو الملجأ أو مكان لاجتماع المساهمين في الجريمة شريكاً في جرائمهم، واشترك المشرع أن يكون الشريك قد اعتاد تقديم المسكن أو الملجأ أو المكان للاجتماع، والاعتقاد يفيد التكرار.

¹⁹² عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 213-217

- وتفطن المشرع لإلحاق بعض صور المساعدة اللاحقة لارتكاب الجريمة غير تقديم المسكن، فجرّم بعض الأفعال اللاحقة على ارتكاب الجريمة في المادة 91 من قانون العقوبات الفقرة الثانية وهي قصر ذلك على الجرائم ضد أمن الدولة.

1. تزويد مرتكبي الجنايات والجنح ضد أمن الدولة بالمؤن أو وسائل المعيشة وتهيئة مساكن لهم أو أماكن لإختفائهم أو لتجمعهم، وذلك دون أن يكون قد وقع عليه إكراه ومع علمه بنواياهم.
2. حمل مراسلات مرتكبي هذه الجنايات وتلك الجنح وتسهيل الوصول إلى موضوع الجناية أو الجنحة أو إخفائه أو نقله أو توصيله، وذلك بأي طريقة كانت مع علمه بذلك.

- حصر الأعمال المساعدة في الأعمال الإيجابية:

لا مجال للقول بأن الامتناع يصلح سببًا للمشاركة (فمن رأى لصًا، أو من رأى أحدهم يعتدي على آخر ولم يمنعه لا يعد شريكًا، ولكن هذا لا يعني أنه لا عقاب على الممتنع في حالة الضرب).

*قضية: علم شخص بوجود جريمة ضد أمن الدولة، هل يمكن عدّه شريكًا إذا لم يبلغ عنها، وعلى أي أساس يمكن عقابه (مادة 182-91).

الرأي الراجح في الفقه يرى بأن الامتناع لا يصلح سببًا للاشتراك حتى ولو كان الممتنع ملزمًا بالعمل الذي امتنع عنه.

- الاشتراك في الاشتراك:

ما وضع خالد لو قدّم إلى زيد سلاحًا الذي قدّمه بدوره إلى سعيد ليقتل به غيره؟

الرأي الأول: «يستند إلى أن نص القانون صريحًا من عاون الفاعل» فخالد غريب

الرأي الثاني: العلاقة بين نشاط الشريك ودوره في الجريمة وهو الراجح.¹⁹³

2. الركن المعنوي:

¹⁹³ عبد الله سليمان ، مرجع سابق، ص 220

إجرام الشريك هو إجرام عمدي لا يتصور فيه الإهمال فالصورة الوحيدة التي يظهر عليها الركن المعنوي عند الشريك هي صورة القصد الجنائي، العلم والإرادة.

● العلم: من الواجب أن يعلم الشريك أن عمله ليس إلا حلقة من حلقات الجريمة فالذي سلّم شخصاً سلاحاً ليصطاد به، فقام بقتل غريمه به يعدّ شريكاً. أو الذي أعار سيارته لصديقه فاستعملها في السرقة دون قتله، والأمر نفسه بالنسبة لمن قدّم مأوى لمجموعة من الأشرار دون علمه بأعمالهم الإجرامية.

● الإرادة: زيادة على علمه (الشريك) وتوقعه للنتيجة يجب أن يكون مريدًا لها (الجريمة غاية له ومطلبًا حالة قيامه بالاشتراك).¹⁹⁴

مثال: صانع مفاتيح للص.

عقوبة المساهمة

● عقوبة الفاعل: تخضع لأحكام القسم الخاص، فالشريك في عقوبة القتل يعاقب بالعقوبات المقررة لعقوبة القتل، والشريك في السرقة يعاقب بالعقوبات المقررة لعقوبة السرقة.

● عقوبة الشريك: المادة 44: يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجنحة أو الجنحة.

فهل يعني هذا النص تطابقًا بين عقوبة الفاعل وشريكه في الجريمة؟

لا يعني تماثل بين عقوبة الفاعل الأصلي وشريكه، إذ حرية القاضي في تقدير العقوبة بين الحد الأدنى والأقصى - في غير الإعدام والمؤبد - لا يفرض أن يساوي بين عقوبة الفاعل مع عقوبة شريكه، فضلًا إلى استقلال كل من ساهم بظروفه الخاصة ستؤدي حتمًا إلى التمييز بينهما.

الظروف وأثرها على عقوبة المساهمين:

المادة 44 من قانون العقوبات تنص على أنه «لا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة لمن اتصلت به هذه الظروف».

- (صغر السن، العود إلى الجريمة، المال المسروق للوالد تنتفي معه المسؤولية الجنائية)

¹⁹⁴ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 172

-الظروف المادية (الموضوعية) تسري على الفاعل والشريك سواءً. بشرط أن يكون يعلم بها الشريك (حمل أحد المساهمين سلاحًا)¹⁹⁵

¹⁹⁵ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص ص 161-162

المبحث الرابع: الأفعال المبررة (الأسباب المبيحة للجريمة)

تمهيد:

يشترط في كون الفعل المخالف لشق الإلزام في النص الجنائي الموضوعي جريمة ألا يدخل في نطاق الأفعال التي نزع عنها المشرع اللامشروعية الجنائية، فأصبحت من الأفعال المشروعة استثناءً، وهذا ما يعرف بأسباب الإباحة، غير أن هذا الأفعال تظل جرائمًا إذا ارتكب في غير حالات الإباحة، وأهم ما يمثل به لأسباب الإباحة أن يقتل شخص آخر دفاعاً عن نفسه، أو يلقي شرطي القبض على سارق متلبس بالجريمة، أو يؤدب زوج زوجته، أو والد ولده.

المطلب الأول: ماهية أسباب الإباحة

1) أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري:

نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على أسباب الإباحة تحت عنوان:

«الأفعال المبررة» وذلك في المادتين 39 و40 على النحو الآتي:¹⁹⁶

المادة 39: « لاجريمة:

1. إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.
 2. إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس، أو عن الغير، أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامته الاعتداء.
- وفصلت المادة 40 من القانون نفسه على ما يمكن تسميته الحالات الممتازة للدفاع الشرعي.

المادة 40: يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

1. القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على الحياة الشخص أو سلامة جسمية أو لمنعه تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.
2. الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.

¹⁹⁶ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 165

(2) تكيف أسباب الإباحة:

اختلفت أنظار الفقهاء إلى موقع أسباب الإباحة في القانون الجزائري:

رد فريق أسباب الإباحة إلى موانع المسؤولية الجزائية على أساس أنها من الأسباب الموضوعية لانعدام المسؤولية الجزائية، وتقابلها الأسباب الشخصية أو الذاتية المتمثلة في الجنون، والإكراه، وصغر السن، وكل منهما يؤدي إلى عدم المساءلة الجزائية، وهذا مسلك بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أيضا.

بينما أحقها الرأي الراجح في الفقه بالركن الشرعي للجريمة، واعتبرها قيودا ترد على نص التجريم فتعطل مفعوله، لأنها تخرج الفعل من دائرة اللامشروعية الجنائية وتضفي عليه صورة المشروعية الجنائية الاستثنائية.

وتختلف المشروعية الاستثنائية عن المشروعية الأصلية في كون الأخيرة تستند إباحتها من مبدأ الأصل في الأشياء الإباحة. بينما المشروعية الاستثنائية هي استثناء من الأفعال المجرمة، وهو ما أخذوا المشروع الجزائري: « لا جريمة.....».

(3) مصادر الإباحة :

لا تنحصر مصادر الإباحة في قانون العقوبات، كما هو الشأن في خصوص التجريم والعقاب ففي نطاق الإباحة يجوز القياس وليس في ذلك تعطل لمبدأ الشرعية إذ لا يتعلق الأمر بتجريم فعل مباح.

غير أن ما ورد في قانون العقوبات الجزائري بصدد تحديد أسباب التبرير - سالف الذكر - يحمل على القول بأن أسباب الإباحة وردت على سبيل الحصر لا المثال، وعليه فلا يجوز إضافة أي سبب آخر لهذه الأسباب، فلا يجوز القول بان حالة الضرورة مثلا هي بسبب من أسباب الإباحة.¹⁹⁷

*** الحكمة من تقرير أسباب الإباحة :**

تختلف الحكمة من الإباحة باختلاف الفئة التي ينتمي إليها الفعل الذي تقررت إباحته بعد أن كان مجرما في حالات معينة:

* فإذا تعلق الأمر بما أمر به القانون أو أذن به، فإن الإثم مرتفع عن الفاعل مثل إذا تعلق الأمر بممارسة السلطة كما هو الشأن لرجل الضبط القضائي في أداء مهامهم في التفتيش والتحري عن الجرائم.

¹⁹⁷ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص 116-117

*وتكمن الحكمة في فئة أخرى من الأفعال المباحة في انتفاء الضرر الاجتماعي ومن أمثلتها مباشرة التطبيب
*ويمكن رد الحكمة في فئة قالته من الأفعال إلى صيانة الحق الأكثر جدارة بالصيانة، وإهدار « للحق الأقل
جدارة بها، ومن أمثلتها الدفاع الشرعي.¹⁹⁸

(5) الجهل بالإباحة:

لما كان الفعل الذي يندرج في نطاق أسباب التبرير مباحا ومشروعا فإنه يترتب على ذلك أن الجهل بالإباحة
لا يحول دون قيامها، ولا يحول دون إفادة الفاعل منها، باعتبار أن عمل من أسهم فيها باعتباره فاعلا أصليا
أو شريكا بريئا لأنه أقدم على فعل مشروع ومبرر. "محكمة النفض المصرية"
وعليه يمكن القول بأن أسباب الإباحة ظروف موضوعية تعطل في الفعل صفته الجرمية، وتتحصر في الظروف
المادية للفعل لا الظروف الشخصية للفاعل.

(6) الفرق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية:

عوارض المسؤولية الجنائية شخصية تعرض لإرادة الفاعل فتجردها من الإدراك، أو تسلبها حرية الاختيار،
وبالتالي تحول دون إسناد الركن المعنوي لمرتكب الجريمة .
بينما أسباب الإباحة تنفي عن الركن المادي للجريمة صفته الجرمية، وبالتالي يمكن القول بأن موانع المسؤولية
الجزائية تتعلق بالفاعل، في حين تختص أسباب الإباحة بالفعل.¹⁹⁹

(7) الفرق بين أسباب الإباحة وموانع العقاب:

موانع العقاب تتعلق بالحالة التي فيها مصلحة من ترك عقاب مقترف الجريمة رغم قيامها ونسبتها إليها
كما هو الشأن في الجاني الذي يقوم بالكشف للسلطات عن الاتفاق الجنائي قبل أي شروع في الجنائية
موضوع الجمعية أو الاتفاق وقبل البدء في التحقيق « المادة 179 ف، ع، ج- 52 ف، ع، ج ». وكذلك
إعفاء خاطف الأنثى "القاصر قيد أم لا"؟ إذ تزوجها مع الإشارة إلى أنه لا يمكن اتخاذ إجراءات المتابعة إلا
بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم إلا بعد القضاء بإبطاله
مادة 2/326 ق ع ج

¹⁹⁸ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 116-117

¹⁹⁹ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 161-175

والملاحظ أن موانع العقاب شخصية وأن الأفعال المرتكبة تبقى في دائرة اللاشريعة الجنائية إلا أن العقاب هو الذي يتخلف تحقيقا لمصلحة ما يراها المشرع.

تعليق: أي مصلحة ترجى من تخلف العقاب في حالة الخطف التي أشارت إليها المادة قبل تعديلها 2/329 ق.ع.ج.²⁰⁰

(8) تحليل أسباب الإباحة وشرحها:

سبق وأن بينا أن المشرع الجزائري حصر أسباب الإباحة في كل ما يأمر به القانون أو يأذن به ، وفي حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال وفيما يأتي تفصيل هذه الأسباب:

المطلب الثاني: الفعل المأمور به قانونا أو المأذون به

- أولا: الفعل المأمور به قانونا

أن الأفعال التي يأمر بها القانون تدخل في نطاق أسباب الإباحة ، فليس من المنطقي أن يأمر القانون بفعل معين ، ثم يضيف على المخاطب به في حالة امتثاله للأمر صفة المجرم. فالشاهد المطلوب منه الإدلاء بشهادته بموجب المادة 89 ق.ع.ج. لا يعد مرتكبا لجريمة إفشاء الأسرار أو القذف والسب يحق المتهم عن الإدلاء بشهادته.

وكذلك من علم بوجود مشروع إجرامي لارتكاب جرائم الخيانة والتجسس لا يعتبر مرتكب لجريمة إفشاء الأسرار إذا أبلغ الجهات المختصة بهذه الجرائم ، والأمر نفسه ينطبق على الطبيب الملزم عن مرض معد أو وباء ، علما أن الطبيب ملزم بحكم وظيفته الحفاظ على أسرار مهنته . مادة 301 ق.ع.ج ومثله مدير مؤسسة عقابية الذي يستلم شخصا ومحبسه تنفيذ الأمر إيداع أو أمر بالقبض.

* تنفيذ المر الصادر من سلطة مختصة:

يوجب القانون على الموظف المرؤوس طبقا للتدرج التسلسلي في الوظيف العمومي طاعة رئيسه في نطاق القانون . وعليه يلحق تنفيذ الأمر الصادر من السلطة المخولة بذلك قانون في الفعال التي يأمر بها القانون، وتملها دائرة أسباب الإباحة ، ومثال ذلك الموظف المختصر بتنفيذ حكم الإعدام بناء على أمر

²⁰⁰ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ص 161-175

السلطة المختصة قانونا. فلا يعد مرتكبا لجريمة القتل ، كما تنفيذ أحد أعوان القوة العمومية لأوامر قاضي التحقيق بإحضار المتهم جيرا أو القبض عليه .. لا يعتبر جريمة اعتداء على الحريات الفردية طبقا للمادة 291ق،ع،ج التي جاء فيها : « يعاقب بالسجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات كل من اختطف أو قبض أو حبس أو حجز أي شخص بدون أمر من السلطات المختصة وخارج الحالات التي يجيز أو يأمر فيها القانون بالقبض على الأفراد.

- مراعاة الشرعية الإجرائية في تنفيذ الأوامر الصادرة من سلطة مختصة :

مراعاة الشكل المطلوب قانونا في تنفيذا صدر عن السلطة المختصة أمر لازم لاعتبار الفعل مباحا، ومثال ذلك أن يتطلب القانون أن تصدر أوامر السلطة بشكليه معينة ، مثلما سمح به قانون الإجراءات الجزائية لقاضي التحقيق أمر بإحضار المتهم ، وإيداعه السجن على « يجوز لقاضي التحقيق حسبما تقتضي الحالة أن يصدر أمرا بإحضار المتهم أو إيداعه السجن أو إيداعه السجن أو بإلقاء القبض عليه .

ويتعين أن يذكر في كل أمر نوع التهمة ومواد القانون المطبقة مع إيضاح هوية المتهم ، ويؤرخ الأمر ويوقع عليه من القاضي الذي أصدره وبمهر بختمه وتكون الأوامر نافذة المفعول في جميع أنحاء الأراضي الجزائرية.....»

ويبلغ ذلك الأمر وينفذ بمعرفة أحد ضباط أو أعوان الضبط القضائي أو أحد أعوان القوة العمومية الذي يتعين عليه عرضه على المتهم وتسليمه نسخة منه».

- ومن أمثلة ذلك « لا يجوز..... أن يحبس شخصا دون أن يكون مسجونا. بأوامر حبس قانونية أو حكم يتضمن عقوبة نهائية ومسجل مسبقا في سجل المؤسسة «.....»

ثانيا: الفعل المأذون به قانونا

تدخل نطاق الأعمال المبررة الحالات التي يسمح القانون فيها بممارسة عمل كان بغياب هذا الإذن عملا مجرما.

وتأخذ من عبارة «ما يأذن به القانون» مدلولاً أوسع حيث يتفق القضاء الفرنسي والمصري على أنها لا تقتصر على القانون في حد ذاته بل تتعداه لتشمل العرف²⁰¹. وهذا يتفق مع الواقع في الجزائر فلا تقتصر كلمة قانون على قانون العقوبات فتتمدد لكل قاعدة قانونية بمعنى عام فيدخل ضمنه العرف والشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الأخرى.

الفرق بين ما يأمر به القانون وما يأذن به:

ويمكن الفرق بين ما أمر به القانون وما أذن به في أن الأول إلزامي يترتب على التقصير بالقيام به المسؤولية الجنائية، بينما يسمح للمخاطب في حالة الإذن بالفعل أن يقدر بين القيام بالعمل والامتناع عنه، فإذا أحجم عن الفعل فلا يعد مرتكباً لجريمة التقصير في القيام بعمل أذن به القانون، مثل ما نص عليه القانون في السماح لكل شخص أن يمسك بالمجرم في حالة التلبس بجناية أو جنحة ويقتاده إلى أقرب مأمور للضبط القضائي²⁰²

وتنوع الأعمال التي يأذن بها القانون ويمكن أن نردها إجمالاً إلى نوعين.

أولاً - الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطة تقديرية لمباشرة عمله.

ثانياً - الحالات التي أذن بها القانون لممارسة أحد الحقوق المقررة.

أولاً: الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستخدام السلطة التقديرية لمباشرة عمله

- يمتلك الموظف العام سلطة تقديرية لمباشرة بعض أعمال وظيفته، وعليه فإذا قام هذا الموظف بعمله في نطاق ما يأذن به القانون فإن عمله يدخل في دائرة الأعمال المباحة غير أنه يشترط في ممارسة هذه الرخصة الالتزام بالشروط التي حددها القانون وإلا اعتبر تجاوزها عملاً غير مشروع.

▪ **مثال 1/ إجراءات التفتيش الذي أجازه القانون لضابط الشرطة القضائية**

▪ **اشتراط فيه الإذن المكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق**

²⁰¹ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 167

²⁰² عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص 464

- اشتراط وجوب الاستظهار بأمر التفتيش قبل دخول المنزل والشروع في التفتيش
- اشتراط ضرورة حضور المشتبه فيه عملية التفتيش ، فإذا تعذر ذلك يعين ممثل له بالإلزام من ضابط الشرطة القضائية شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته.
- غلق الأشياء المضبوطة والحتم عليها ، وإلا وضعت في وعاء أو كيس ويحتم عليه.
- اشتراط أن يكون التفتيش بين 5 صباحا و8 مساء ، إلا جرائم المخدرات ، التحريض على الفسق والدعارة (في داخل الفنادق،.....).²⁰³
- مثال 2/ منع أي شخص من مغادرة مكان الجريمة القانون لمصلحة التحقيق.²⁰⁴
- فيجب أن يستعمل هذه السلطة بحسن نية ولا يتعسف فيها بما عن الغاية التي يبتغيها القانون منها ، كأن يجعل غرضها الانتقام من شخص تواجد في مكان الجريمة، فيصير هذا العمل غير مشروع.

▪ مثال 3/ التوقيف للنظر لمقتضيات التحقيق

- إذا رأى ضابط الشرطة القضائية لمقتضيات التحقيق أن يوقف شخصا أو أكثر ممن فعليه أن يطلع فورا وكيل الجمهورية ويقدم له تقريرا عن دواعي التوقيف للنظر.²⁰⁵

ثانيا : ثانيا – الحالات التي أذن بها القانون لممارسة أحد الحقوق المقررة. (استعمال الحق)

مصادر استعمال الحق:

لا تقتصر الحالات المقررة لممارسة أحد الحقوق المقررة على ما هو مقرر قانونا ، بل تتسع لتشمل ما تقرره الشريعة الإسلامية والعرف فتدخل نطاق الأعمال المبررة ، وأهم هذه الحقوق: حق التأديب ، حق الأعمال الطبية، حق ممارسة بعض الألعاب الرياضية ،²⁰⁶ ومن أمثلة أسباب الإباحة والتي ترجع لاستعمال الحق ومرددها العرف خرم الأم أذني ابنتها لتثبيت القرط ، ختان الأطفال(مصدره السنة).

الشروط العامة لاستعمال الحق:

²⁰³ يرجع المواد 75 وما بعدها من القانون رقم 25-14 المؤرخ في 030 أوت 2025 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الجديد

²⁰⁴ يرجع المواد 82 وما بعدها من القانون نفسه

²⁰⁵ يرجع المواد 83 وما بعدها من القانون نفسه

²⁰⁶ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 167

يشترط لإباحة استعمال الحق شروط ثلاثة ، أولها: وجود الحق وثانيها: أن يلتزم صاحبه في استعماله حدوده، وآخرها: أن يكون صاحب الحق حسن النية في استعماله.

(أ) وجود الحق و ثبوته: هل مجرد وجود حق شخصي لدائن قبل المدين يكفي لتبرير استلاء الدائن على مال معين من أموال المدين؟

هل يمكن للزوج أن يستعمل حقه في تأديب زوجته دون قيد (معلق بالنشوز)؟²⁰⁷

(ب) التزام حدود الحق: تأديب الزوجة الناشز التد رج ← الضرب غير المبرح؟

تطبيقات قضائية: قضت محكمة النقض المصرية (1943) أنه إذا كان الولي رأى في حمل ابنته القاصر على إطاعة أوامره لا ينبغي من ورائها إلى تهذيب أخلاقها أن يضع في رجلها قيذا من حديد في غيابه عن المنزل، ملاحظ في ذلك أنه ألا يمنعها القيد عن الحركة داخل المنزل ، وألا يؤلم بدنها ،فذلك لا تجاوز فيه لحدود التأديب المخولة!

وقضت في قضية أخرى بأن الوالد الذي أحكم رباط ابنته مما سبب لها مرضا أدى إلى وفاتها يسأل جنائيا.

(د) حسن النية: يشترط في مستعمله نية حسنة ، فالمعلم الذي يؤدب التلميذ انتقاما من أبيه ، والزوج الذي يؤدب زوجته انتقاما من أمها والطبيب الذي يبيح لمرضه استعمال المواد المخدرة في غير علاج كلهم لا تعتبر ممارستهم هذه استعمالا لحقوق مقررة قانونا.²⁰⁸

تطبيقات استعمال الحق:

من أهم تطبيقات استعمال الحق ، حق التأديب ،ومباشرة الأعمال الطبية وممارسة الألعاب الرياضية.

1. حق التأديب:

تأديب القاصر والزوجة بين استعمال الحق وتجريم الاعتداء:

قد يكون الإذن من الشريعة الإسلامية كحق التأديب الخفيف الذي يمارسه الوالد ضد ابنه القاصر .

²⁰⁷ أحسن بوسقيعة مرجع سابق، ص 166

²⁰⁸ عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص ص 464-468

غير إنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر أيضا للزوج حق التأديب بشروطه ومراحلته المقررة شرعا فإن المسألة محل نظر في ظل التوجهات الحديثة لقانون العقوبات (تجريم العنف المادي والمعنوي ضد المرأة) فإن مثل هذا الحق لا يمكن أن يتحجج به الزوج إذا قدمت زوجته شكوى ضده من أجل الضرب.²⁰⁹

• مصدر الإباحة: الشريعة الإسلامية «القرآن والسنة»

• موجب التأديب: النشوز

• حدود التأديب :

• تنبيه: «فلا تبغوا عليهن سبيلا»

• من الحكم إذا تجاوز الزوج حدود التأديب: شهادة مرضية ب 16 يوم عجز عن العمل؟

- تأديب الصغار:

- مصدر الإباحة: «مروا صبيانكم بالصلاة.....»

• حدود التأديب: مادية ومعنوية.

• صاحب الحق: الولي، المعلم من يقوم على تلقينه حرفة.....

2. مباشرة الأعمال الطبية :

تعريف الأعمال الطبية : هي نشاط يباشره طبيب وفقا للأصول العلمية والفنية السائدة في مجال الوقاية من الأمراض وتشخيصها وعلاجها، وهي أعمال لو باشرها غيره كان مسؤولا جنائيا، وإن كانت مباحة للأطباء لأنها لو استقلت عنهم عادة ما تشكل جرائم (هتك العرض-لمس العورة والاطلاع عليها-التخدير - الجراحة -إعداد على سلامة الجسم).

شروط مباشرة الأعمال الطبية

1- الترخيص القانوني بمزاولة الطب أو بعض أعمالها:

في ظل الفقه الإسلامي، قبل أن تنظم مهنة الطب على النحو المعاصر كان الفقهاء يشترطون في ممارسة التطبيب وأعمال الجراحة أن يكون طبيبا عافا، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم «من تطب ولم يعرف منه طب فهو ضامن».

²⁰⁹ أحسن بوسقيعة مرجع سابق، ص168

وتطبيق ذلك في وقتنا المعاصر ، أن يكون مباشر هذه الأعمال حائزا لإجازة علمية تؤهله لذلك ، فضلا على حصوله على ترخيص من الدولة حسب قوانين البلاد والمنظمة لمهنة الطب.

2- رضا المريض:

لا يجيز القانون للأطباء إجبار الأشخاص على التداوي احتراماً لما في جسم الإنسان من حصانة لكن إذا كان المريض به مرض يخشى منه على الصحة العامة ،فليس له أن يتمسك برفض التداوي فالمصلحة العامة أولى بالرعاية.

2- حسن نية الطبيب:

يشترط أن يمارس الطبيب عمله لتحقيق غاية وهي مداومة المريض، وبهذه الغاية ترتبط الإباحة فتنتفي الإباحة إذا كان غرض الطبيب من الكشف على المريضة مجرد الاطلاع على عورتها، أو كان غرضه إجراء عملية جراحية بدافع التجربة أو بتر أحد أصابع الأشخاص بدافع التهرب من التجنيد الإجباري.²¹⁰

3 - حكم خطأ الطبيب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟

3/ ممارسة الألعاب الرياضية

حفلت الشريعة الإسلامية بألعاب الفروسية والرماية والسباحة باعتبارها مقوية للأجسام، منشطة للعقول، وقد تحدث بعض الرياضات بعض الإصابات، وعلى الرغم من ذلك فهي مباحة إذا توفرت فيها شروط معينة ، لأن القانون يجيزها كما هو الشأن للملاكمة، والمصارعة، والكارتييه.

ويشترط أن يقع الفعل موضوع الإباحة أثناء ممارسة اللعبة الرياضية دون تجاوز قواعد اللعبة وقوانينها.²¹¹

²¹⁰ عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص ص 477-492

²¹¹ - عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 127

المطلب الثالث: الدفاع الشرعي

تمهيد

من المسلم به أنه من الخطر على النظام العام أن يتولى الأفراد الاقتصاص لأنفسهم دون الرجوع إلى السلطة العامة التي تنهض بإقامة العدل، وإنصاف المظلومين، لكن هل يتماشى هذا التسليم في الحالة التي يتعرض فيها الشخص لخطر محقق حال على نفسه أو ماله مما لا يسمح له بمراجعة السلطات العامة لدفع هذا الخطر على نفسه أو ماله؟

في مثل هذا الظروف أباح القانون رد العدوان قبل تحقق الجريمة صونا للأنفس وحفاظا على الأموال وهو ما يطلق عليه «الدفاع الشرعي» أحد أهم أسباب الإباحة الذي نصت عليه المادة 2/39 و40 سالفه الذكر،²¹² وتفصيله في النقاط الآتية:

1. تعريف الدفاع الشرعي:

يتمثل الدفاع الشرعي في دفع اعتداء وشيك الوقوع على شخص المعتدي عليه أو ماله أو على شخص غيره أو ماله وهو ما يطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية «دفع الصائل» والنظر لشروط الدفاع الشرعي التي يأتي بيانها لاحقا يمكن تعريف الدفاع الشرعي بأنه «رد بقوة لازمة ومناسبة على اعتداء غير مشروع وشيك الوقوع».

2. تكييف الدفاع الشرعي كان السائد في ظل القانون الروماني أن الدفاع الشرعي حق للمعتدى عليه سنده القانون الطبيعي الذي لا تتغير قواعده بتغير الزمان والمكان: حيث ابعده الرومان صوت القانون في معترك السلاح .

غير أن هذا التكييف تغيير قواعد في ظل سيطرة القانون الكنسي متأثرا بمسحة السماحة التي حض عليها المسيح عليه السلام فاعتبر مجرد عذر مقبول من غير ان ينزع للفعل صفته الجرمية، ومن آثار ذلك أن قانون العقوبات الفرنسي القديم اعتبر المدافع مذنبا لا يمكنه أن يكون بمنأى عن العقاب إلا بعد طلب العفو من الملك حاسرا الرأس حاثيا على ركبته.

²¹² - عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 129

وقد عدل قانون العقوبات عن هذا التكييف بعد الثورة الفرنسية (1810) واعتبر الدفاع الشرعي حقا.

وقد اختلف الفقه العربي حول تكييف الدفاع الشرعي بين من يعتبره حقا واتجاه يراه رخصة للدفاع عن واتجاه آخر يرجعه إلى أداء الواجب ولكن ليس لكل الواجب القانوني الذي تختلف القيام به ترتب عنه المساءلة الجزائية ، أما هو واجب الإسهام في الدفاع عن المجتمع ، وفعالية القانونية

3/ الأساس الفلسفي للدفاع الشرعي

تضاربت الآراء حول الحكمة إباحة الدفاع الشرعي ، فاستدر فريق إلى فكرة الإكراه المعنوي ، وذهب فريق برزه بان المدافع يمارس تفويضا قانونيا في رد الجريمة ومكافحتها ، وذهب فريق آخر إلى تأسيسه على فكرة مجازاة الشر بالشر .²¹³

غير أن الرأي الراجح هو الإسناد إلى فكرة المصالحة والموازنة بين المصالح المتعارضة ، بحيث التضحية بمصلحة في سبيل حماية مصلحة أولى منها بالحماية وهو ما ينطبق في حالة الدفاع الشرعي الذي تهدر فيه مصلحة الجاني ، لحماية المجني عليه (المعتدى عليه²¹⁴)

4/ نطاق الدفاع الشرعي

تتفق الشرائع عموما على ترك العقاب قي حالة التي يتواجد فيها الشخص في حالة دفاع شرعي ، غير أنها تختلف في تحديد فطاقه ، فمنها من تقصر الدفاع عن النفس ومنها من يوسع ذلك إلى المال وحتى العرض . ومنها من يقصرها على الشخص المدافع ، ومنها من يمددها إلى نفس الغير وماله .

وقد نص قانون العقوبات الجزائري على انه إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير ، أو عن مل مملوك للشخص أو للغير .

والملاحظ عند البعض أن المشرع الجزائري لم يحدد في هذا النص جرائم بعينها يجوز فيها الدفاع الشرعي ، بل وسع من نطاقها ، فهي تشمل فضلا عن الجرائم التي تقع على الأجسام (الضرب ، والجرح ،

²¹³ إبراهيم الشباسي ، مرجع سابق ، ص 171-172

²¹⁴ عبد الله سليمان ، مرجع سابق ، ص 127

القتل) جرائم الاعتداء على الأموال ، وجرائم الاعتداء على العرض؛ حيث يجوز الدفاع لرد جرائم هتك العرض والإخلال بالحياء، وجرائم الاعتداء على الحرية ، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار السب القذف سؤال : كيف يتصور الدفاع الشرعي في جرائم السب والقذف (تمزيق المنشور رقم...)

5/ شروط الدفاع الشرعي

يتطلب الدفاع الشرعي شروطا ترتبط بالاعتداء ، وأخرى تتصل بردة فمتمى توافرت هذه الشروط عد الشخص الذي رد العدوان في حالة دفاع شرعي

أ/ شروط الاعتداء²¹⁵

فعل من الجاني يهدد بخطر حقيقي ينبعث هذا الخطر عادة من سلوكات مادية توحى بما لا يدع مجالا للشك أنه وشيك الوقوع .واندفاع المجني عليه لازم لدفعه.

وفي الحالة التي يتحقق فيها الاعتداء كاملا يوقف فعل الدفاع الشرعي وذلك أن الدفاع المباح هو الدفاع الموجه إلى الخطر للحيلولة دون وقوع الاعتداء أو فعل أثناء تحقق جزء منه للحيلولة دون استمراره.

إشكال : إذا كان الشخص الذي أصدرت السلطة القضائية أمرا بالقبض لا يجوز له أن يتمسك بحالة الدفاع الشرعي في حالة مقاومتها لهذا الأمر لكن في حالة التي يتم القبض بصفة غير شرعية كأنه يقبض عليه بدون أمر قضائي.

يصدر الاعتداء من عديمي المسؤولية المجنون مثلا أو يصدر ممن يستفيد من عذر قانوني

- يجب أن يكون الخطر حالا حقيقيا (غير وهمي)

وهو المنصوص عليه في المادة 2/39 بعبارة الضرورة الحاله والمقصود بالخطر الحال: الخطر وشيك الوقوع الذي يتوقع حدوثه فورا حسب المجرى العادي للأمر وقد يقع الخطر وذلك بوقوع فعل الاعتداء الذي لم ينته بعد في مثل هذه الحالة لا يمكن تلافي هذا الخطر إلا بالدفاع الشرعي.

²¹⁵ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 129-130

ويرجع للقاضي تقدير الطابع الحال الدفاع، فإذا لم يكن الخطر حالا وإنما كان مستقبلا أو كان قد زال فلا يعد في هاتين الحالتين من يوجه إليه الخطر في حالة دفاع شرعي. ففي حالة الخطر المستقبل يكون الدفع وقائيا. وفي حالة انتهاء الاعتداء يأخذ رد الاعتداء وصف الانتقام .

- / أن يكون الاعتداء غير مشروع

في حالة أن يكون فيها الاعتداء مستند إلى حق يأمر القانون به، أو يأذن به أو كان طبقا للأوضاع التي يقرها القانون فإنه لا يجوز رد هذا الاعتداء إسنادا إلى حق الدفع الشرعي.

فالشخص الذي أصدرت في حقه السلطة القضائية أمر بالقبض أو ليقاوم تنفيذ هاذ الأمر لا يمكن باي حال من الأحوال الاحتجاج بحق الدفاع الشرعي يصدق الأمر ذاته على من يقاوم مواطنا يقوم بضبطه متلبسا بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس طبقا لأحكام القانون.²¹⁶

- / أن يكون الاعتداء يهدد النفس والمال

يشترط في كون الدفاع مشروعاً ألا يخرج عن نطاق الذي حدده المشرع والذي سيقت الإشارة إليه حسب ما اتجه إليه بعض شراح قانون العقوبات الجزائري.

ب. شروط الدفاع رد العدوان

إذا استكمل الاعتداء الشروط الذي سلف ذكرها ، ووجد المعتدى عليه نفسه أمام خطر حقيقي وحال، حق له رد العدوان ملتزما بشروط رد العدوان والمتمثلة أساسا قي شرطين أساسين هما :اللزوم، والتناسب.

- شرط لزوم الدفاع ضد الاعتداء غير المشروع:

مفاد هذا الشرط أن يكون رد الفعل المتمثل في رد العدوان لازما ، فإذا كان بإمكان المدافع رد الاعتداء بما من شأنه ألا يكون جريمة فليس له تمسك بأفعال مجرمة محتجا بالدفاع الشرعي ، كأن يكون بإمكان المدافع أن يجرد خصمه من سلاحه دون أن يعرض نفسه للخطر.

غير أن شرط اللزوم الذي يتمثل في كون فعل الدفاع هو الملجأ الوحيد أمام المدافع لدرء الخطر عن نفسه لا يعني أن يفرض على المدافع الاتصاف بالجبن الذي يتعارض مع الكرامة الإنسانية وذلك

²¹⁶ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 129-130

بإجباره على الهرب من المتعدي أن أمكنه ذلك وفقا لما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية (حالة المجنون - الدفاع ضد الوالدين)

- شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء:

يشترط في رد الفعل لدرء الخطر المحدق بالمعتدى عليه ألا يتجاوز القدر الذي من شأنه أن يوقف الاعتداء، أي يجب أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء، وألا يبالغ المدافع في رد الفعل حتى لا يختل شرط التناسب ويدخل رد الفعل هذا نطاق الأعمال المجرمة. فإذا تمكن المعتدي عليه من تجريد خصمه من آلة حديدية كان يود أن يقتله بها، ثم قتل بها المعتدي فإنه يعتبر متجاوزا لحالة الدفاع الشرعي بانتقامه من غريمه.²¹⁷

معيار التناسب²¹⁸:

يصعب تحديد المعيار السليم لتقدير التناسب بين جسامة الاعتداء والدفاع الشرعي، ويقترح جانب من الفقه الاستناد إلى معيار موضوعي أساسه «الرجل العادي المحاط بالظروف نفسها التي أحاطت بالمعتدي عليه، فإذا وجدنا أن المدافع تجاوز برد فعل ما كان يمكن أن يصدر من الرجل العادي الذي أحاطت به الظروف نفسها قد اعتبر متجاوزا»

والجدير بالذكر أن جسامة الاعتداء مسألة وقائع يفصل فيها القضاء بكل سيادة، ولا يشترط أن يكون الأذى الذي أصاب المدافع أخطر ما قد ينجر عن دفعه فالمرأة التي تقتل من حاول هتك عرضها تكون في حالة دفاع شرعي.²¹⁹

آثار الدفاع الشرعي وحكم تجاوزه:

إذا توافرت شروط الدفاع الشرعي على الشكل المقرر قانونا، تجعل الفعل المتمثل في رد العدوان أمرا مباحا، وبذلك ينمحي عن رد الفعل الصفة الجرمية، لأن من أسباب الموضوعية للإباحة استنادا إلى ما نص عليه قانون العقوبات الجزائري بقوله «لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه ضرورة الحالة.....».

²¹⁷ محمود نجيب، مرجع سابق، ص 199-206

²¹⁸ - ينظر في ذلك: أحكام محكمة النقض المصرية - المرصفاوي، ص 1004 وما بعدها.

²¹⁹ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 137

سؤال: ما حكم الشريك في الدفاع الشرعي؟ وما القول في المسؤولية المدنية؟

تجاوز الدفاع المشروع:²²⁰

- أما في الحالة التي يتجاوز فيها المعتدي عليه حقه في الدفاع الشرعي ، فإنه يدخل نطاق الأفعال المجرمة، وبالتالي قامت مسؤوليته الجنائية ، بيد أن الأمر يحتاج إلى تفصيل بين كون تجاوز مرده إلى تعمد المدافع ذلك ، أو أن يكون التجاوز مرده إلى خطأ في تقدير جسامة الاعتداء والرد عليه.

▪ في الحالة الأولى : يكون المدافع بصدد ارتكاب جريمة عمدية ، لأن رد فعله أقرب إلى الانتقام منه إلى الدفاع الشرعي ، ويسأل عن جريمة عمدية وللطرف الذي بدأ الاعتداء أن بدر عن نفسه العدوان المتجاوز فيه ليصبح في هذه الحالة في حالة الدفاع الشرعي.

▪ أما في الحالة الثانية : فإن المدافع لا يحاسب على جريمة عمدية فمسؤوليته تنحصر في حدود ارتكاب جريمة غير عمدية لأنه لم يعتمد الخروج عن مبدأ التناسب المشروط في حالة الدفاع.

وتجدر الإشارة إلى أن المدافع إذا استطاع أن ينفي خطأه مستندا لأسباب جدية دفعته لارتكاب فعل الدفاع في ظروف لا تسمح له بالتقدير السليم للتناسب تنتفي مسؤوليته، لاعتبار أن فعله مبرر ولكن أن فعله قد تجرد من الخطأ العمدي وغير العمدي أيضا.²²¹

الحالات الممتازة للدفاع الشرعي:

خص المشرع الجزائري في المادة 40 ق.ع.ج بعض حالات الدفاع الشرعي بقوله : يدخل ضمن حالات الضرورة الملحة للدفاع المشروع.

1/ القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه
2/ أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيئا منها أثناء الليل.

3/ الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.

²²⁰ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 185

²²¹ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 199—206

استنادا إلى نص هذه المادة فإنه في هذه الحالات يجوز الدفاع الشرعي دون التقييد بأحكام نظرية الدفاع الشرعي سالفه الذكر (اللزوم والتناسب)، فوجود المعتدي عليه في مثل هذه الحالات ينشأ قرينة قانونية للدفاع الشرعي من غير الاحتكام إلى ما هو مقرر في المادة 39 ق.ع.ج. ويكون المدافع في هذه الحالة في مركز ممتاز أقوى من مركز المدافع الذي يخضع لشروط المادة 39ق، ع، ج. 222.

قيمة القرينة القانونية للدفاع الشرعي في هذه الحالات:

يثور التساؤل في الفقه حول قيمة القرينة القانونية هل هي مطلقة لا يمكن إثبات عكسها أم أنها نسبية بحيث يكون للنيابة العامة والطرف المدني إثبات عكسها؛ وبالتالي إخراج فعل المدافع من دائرة الإباحة بتقديم البينة على أن مرتكب رد الفعل كان بإمكان تلافي الخطر من غير استعمال الدفاع الشرعي.

إن أخذ القضاء الفرنسي في بادئ الأمر بالطابع المطلق لقرينة الدفاع الشرعي ، وذلك من خلال أحكام البراءة التي أصدرتها المحاكم الجنائية في عدة مناسبات لصالح مرتكبي القتل والجرح الخطير ضد من دخلوا ليلا بواسطة تسلق الحيطان إلى ملكهم

في «قضية جوفوس Jeufosse، وقضية بوشو pochou» التي تتلخص وقائعهما في كون المجني عليه في كلتا القضيتين دخلا ليلا إلى ملك المتهمين بواسطة تسلق الجدران لإيداع كلمة غزل على نافذة ابنتيهما .

لكن الأخذ بالطابع المطلق لهذه القرينة يؤدي في بعض الحالات إلى نتائج تتجافى مع روح العدالة ، كما هو الشأن في حالة التي يستغل هذا المدافع هذا النص للقيام بفعل الدفاع الشرعي، بدون أي قيد إذا ثبت أنه كان على علم مسبق بفعل الغير، ولهذا أصبح القضاء الفرنسي يميل إلى الأخذ بالطابع النسبي لقرينة الدفاع المشروع حيث نصت محكمة النقض أن «القرينة القانونية التي جاءت بها المادة 329 ق، ع، ف- وتقابلها المادة 40 ق، ع، ج - لاكتسب طابعا مطلقا و إنما تقبل الدليل العكسي»

²²² إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 180

الفصل الثالث:

الركن المعنوي للجريمة وما يتعلق به

المبحث الأول: الركن المعنوي للجريمة

تمهيد:

لا قيام للجريمة إلا بتوافر أركانها الثلاثة متمثلة في: الركن الشرعي، والركن المادي والركن المعنوي. وبعد تفصيل القول في الركنين الشرعي والمادي للجريمة، نحاول بيان ماهية الركن المعنوي للجريمة من خلال الوقوف على المسائل الآتية:

1- تعريف الركن المعنوي:

لا يكفي لقيام جريمة ما ارتكاب عمل مادي مجرم، ينص القانون الجزائي عليه ويعاقب على اقترافه، بل لا بد أن يصدر هذا العمل المادي عن إرادة الجاني.

فالركن المعنوي للجريمة يشكل العلاقة النفسية التي تربط بين الفاعل والسلوك المادي المجرم، مما يحمل على القول بأن السلوك المادي المجرم لم يكن إلا نتيجة لإرادة الفاعل، ومن ثم تستكمل الجريمة ركنها المادي والمعنوي، ويمكن مساءلة مقترفها متى أمكن نسبتها إليه.

2- أهمية اشتراط الركن المعنوي لقيام الجريمة:

تكمن أهمية توافر الصلة أو الرابطة المعنوية «الأدبية» بين الفاعل وماديات الجريمة في ما يأتي:

أ/ التمييز بين الأفعال المجرمة التي تخضع لنطاق المساءلة الجزائية، والتي تكون خارج هذه الدائرة، لذا يميز القانون بين أفعال الإنسان، وبين ما قد يلحقه ما يصدر عن الحيوان أو الطبيعة من أعمال تكون مجرمة إذا صدرت عن الإنسان عن وعي وإرادة لقيام الرابطة النفسية.

ب/ ومن جانب آخر، يفرق القانون بين أفعال الإنسان التي ترجع إلى إرادته، وبين نظيرتها التي تخرج عن إرادته، ففي الأولى تقوم المسؤولية الجنائية بقيام الرابطة المعنوية، وتتخلف في الثانية لانعدامها ولا قيام للجريمة أصلاً ولو تحقق الضرر.

ج/ يعد اشتراط الركن المعنوي لقيام الجريمة تجسيدا لمتطلبات العدالة لأن توقيع العقوبة على شخص لا تربطه أي صلة نفسية لماديات الجريمة مما يتنافى وجوهر العدالة.

د/ لا مصلحة ترجى للجماعة من التمسك باستيفاء العقوبات بصورة جامدة من مقتضى الجرائم إذا لم تربطهم صلات معنوية بجرائمهم، بل إن المصلحة قد تتعين بترك المساءلة الجنائية، كما هو الشأن في حالة الدفاع الشرعي عن الذي يعتبر حقا كفه القانون دفعا للعدوان عن النفس أو المال.

3- صورة الركن المعنوي:

لا تخرج إرادة الفرد في اتجاهها لتحقيق الجريمة في القانون الوضعي عن إحدى الصورتين الهامتين، زيادة على صورة أخرى اختلف القول في شأن تصنيفها.

الأولى: صورة القصد الجنائي: وفيها تكون إرادة الفرد واعية قاصدة لتحقيق النتيجة الجرمية على النحو المجرم قانوناً وتسمى «القصد الجنائي».

الثانية: صورة الخطأ: وهي صورة الإرادة المهملة التي تقوم بالفعل فتقع النتيجة من غير قصد وتسمى «الخطأ».

ويتجلى الفرق بين الصورتين في أن القصد الجنائي تكون الصلة النفسية بين الفاعل وعمله المجرم قوية، في حين تكون الصلة ضعيفة في حالة الخطأ.

أما ما اختلف الفقه بشأنه فهو صورة أخرى: إلى جانب هاتين الصورتين وتتمثل في صورة الخطأ في الجرائم المتجاوزة القصد كما في الضرب المفضي إلى الموت، والخطأ في الجرائم المشددة بالنتيجة كما في حالة الحريق المفضي إلى قتل أحد الأشخاص.²²³

أولاً: القصد الجنائي

1- تعريف القصد الجنائي: يشكل القصد الجنائي الركن المعنوي في الجرائم العمدية، وهي الجنايات وغالبية الجنح، وبعض المخالفات، وهو: "انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بأركانها كما يتطلبها القانون" ⇔ القصد الجنائي = علم + إرادة.

2- الكشف عن توافر القصد الجنائي في الجريمة وعبء إثباته:

²²³ عبد الفتاح مصطفى الصفي، مرجع سابق، ص 289

لا يحتاج القاضي للتأكد من توافر العنصر المعنوي للجريمة للاسترسال بعيداً في التحليل البسيكولوجي، إذ يكفي لوجود الخطأ الجزائي أن يثبت الإرادة الواعية، ويستبعد الدوافع على ارتكاب الجريمة مثل الحقد، أو الانتقام أو الطمع، أو الشفقة أو الحب. فلا وجود لدافع ولو كان نبيلاً يبرر اقتراح الجريمة غير أن أنه يمكن اعتبار الدوافع سبباً مخففاً (السلطة التقديرية).

والأصل أن يقع عبء إثبات توافر الركن المعنوي للجريمة على النيابة العامة، غير أنه يمكن للقضاء استخلاص الركن المعنوي من مجرد معاينة الركن المادي للجريمة، كما هو الشأن مثلاً في جرائم تحريض القصر على الدعارة، وجرائم الشيكات، تزوير علامة الصنع.

3- تحليل عنصري القصد الجنائي: علم + إرادة.

أ/ العلم: هو إدراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع، ومن ثم ينبغي أن يعلم الجاني بأن أركان الجريمة متوافرة وأن القانون يعاقب عليها.

والعلم بالقانون هو علم مفترض لدى العامة، وعليه لا يمكن التعويل على الدّفْع بالجهل بالقانون، كما نص عليه الدستور الجزائري في المادة 60.

غير أن التشريعات الحديثة بدأت تتجه نحو نسبية قاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون، وهكذا نصت المادة 122-3 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد على انتفاء المسؤولية الجزائية في حالة ما إذا أثبت الجاني أنه تصرف إثر غلط في القانون ليس في وسعه تجنبه، خاصة إذا كان محل الغلط أو الجهل قانوناً آخر غير قانون العقوبات، وهكذا قضى في فرنسا بانتفاء المسؤولية الجزائية لدى أحد العمال الذي عثر على كنز أثناء عمله فأخذه لنفسه إذ كان يجهل حكم القانون المدني الفرنسي الذي يقضي بأن مكتشف الكنز له النصف فيه، ومالك الأرض له النصف الآخر.²²⁴

ب/ الإرادة: وهو توجه الإرادة (قوة نفسية) لتجسيم السلوك المكوّن للجريمة وتريد تحقيق نتيجة (نظرية الإرادة)، بينما تكتفي نظرية العلم بتعريف الإرادة على أنها توجه إرادة الجاني لتحقيق السلوك المكوّن للجريمة

²²⁴ (هناك تفصيل في الوقائع التي يعتد بالعلم فيها) علي سليمان، مرجع سابق ص 251-260.

مع علمه أو توقعه بالنتيجة، فإرادة النتيجة ليست من عناصر القصد الجنائي في هذه النظرية إذ يكفي أن يريد الفاعل الفعل ويتوقع النتيجة فحسب.²²⁵

4- صورة القصد الجنائي:

يتخذ القصد الجنائي في الجريمة عدّة صور أهمها، القصد العام، والقصد الخاص، والقصد المحدود والقصد غير المحدود، القصد المباشر والقصد غير المباشر وتفصيل هذا فيما يأتي:

أ- القصد العام والقصد الخاص:

- **القصد الجنائي العام** ينحصر القصد الجنائي العام في حدود تحقيق الغرض من الجريمة ولا يمتد لما بعده وآية ذلك هو أن يكتفي القانون بربط القصد الجنائي بالغرض الذي يسعى له الجاني بغض النظر عن الغاية أو الباعث الذي يدفعه للجريمة، وبهذا لا يختلف القصد العام بين جريمة وأخرى، وعليه يعول القانون، ويرتب عليه النتائج كونه يدخل في إطار الركن المعنوي للجريمة.
- **القصد الجنائي الخاص:** يتمثل في الغاية التي يقصدها الجاني من ارتكاب الجريمة فضلاً عن إرادته الواعية لمخالفة الإلزام في النص الجزائي، فغاية الجريمة هي الهدف من الغرض وتكون معرفتها بالجواب عن سبب الجريمة.

مثال: قام خالد بقتل زيد، فالغرض من القتل العمد لا يختلف بين جانٍ وآخر ويتمثل في إزهاق الرّوح، بينما قد يكون سبب القتل (غايته) مختلفة بين خالد وعلي، فخالد يقتل لإزاحة منافسه، وعلي يقتل للحصول على الأموال طمعا في الانفراد بالميراث)²²⁶

قد يشكل الباعث عذراً مخففاً للعقاب إلا أنه لا يمكن ينفي الجريمة (270 ق ع) يستفيد مرتكب القتل أو الجرح من الأعدار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو شريكه المتلبس بالزنا .

ب- القصد المحدود والقصد غير المحدود:

²²⁵ إبراهيم الشباسي ، مرجع سابق، ص 88

²²⁶ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 147

هو الذي يحدد فيه الجاني النتيجة التي يريدها، وقد يكون قصداً محددًا إذا أراد الجاني النتيجة حتى وإن كان لا يعرف الضحية. فمن صوّب بندقيته نحو زيد من الناس لقتله، يعتبر (قصد محدود)، وكذلك لو صوّب بندقيته نحو مجموعة من الناس ليقتلهم (قصد محدود).

● **القصد غير المحدود:** عند اتجاه الإرادة الجاني إلى ارتكاب أعمال إجرامية غير مبال بتتائجها، ولا بهوية ضحاياه (ضرب عدّة أشخاص، فيقتل أحدهم، ويفقد الآخر بصره،...) من يصبو بندقيته لتجمع من الناس ليقتل منهم ما أمكن قتله، أو وضع قنبلة في مكان مزدحم بالمارة.

قضية: صوب (أ) بندقيته نحو (ب) وسدّد نحوه معتقداً أنه (ج) الذي يريد قتله، فقتل (ب).

استقر القضاء الفرنسي على أن عدم تحديد الضحية (الخطأ في شخص الضحية لا يؤثر في قيام الجريمة، مستويًا بذلك بين القصد المحدد والقصد غير المحدد معلاً ذلك بتوافر إرادة تحقيق النتائج الضارة، وبهذا لا يختلف القصدان إذ كلاهما يقوم على عنصرين: الإرادة والعلم، والتفرقة بينهما تفرقة شكلية لا قانونية.)

ج- القصد المباشر والقصد الاحتمالي (غير المباشر):

● **القصد المباشر:** يكون القصد مباشرًا عندما تتوجه إرادة الفاعل لارتكاب الواقعة الإجرامية بكل عناصرها، بحيث لا يراوده شك بضرورة حدوث النتيجة التي يرغب في تحقيقها → نتيجة معينة (محددة) بعينها ستحقق.

● **القصد الاحتمالي:** ويكون في هذه الحالة التي يرد الاحتمال على تحقيق النتيجة مع توقعها حدوثها، ومثال ذلك التجاوز في منعطف خطير.

مثال: (أ) أراد أن يقتل (ب) فصبو نحوه وسدّد ← حدوث نتيجة مباشرة. لكن إذا أراد (أ) أن يقتل (ب) وكان (ج) واقفًا بجانبه، وعندما صوب (أ) نحو (ب) جال في ذهنه أنه يمكن أن يقتل (ج) فيمضي في مشروعه الإجرامي ويصيب (ج) ويرديه قتيلاً، وهذا قصد غير مباشر احتمالي.

- إشكالية القصد الاحتمالي في الفقه والقضاء:

يرفض بعض الفقهاء أن يعدّ القصد الاحتمالي صورة من صور القصد الجنائي، وحجتهم في ذلك أن الجاني لم يرد النتيجة مع وتوقعها لها وطالبوا بعد القصد الاحتمالي من قبل الخطأ. ويظهر ذلك في الأمثلة الآتية:

*مدير شركة طيران الذي يسمح لطائرة بالإقلاع وعلى متنها ركاب، وهو يعلم أنها غير صالحة للطيران....

*سائق سيارة يتجاوز سيارات في منعرج خطير، فيصدم سائق سيارة أخرى فيقتله، فهل يعدّ قتل عمد؟ غالبية الفقهاء يميلون إلى اعتبار هذه الحالات من القصد الاحتمالي مجرد خطأ لأنها تفتقر إلى العمد المطلوب في الجرائم العمدية.

- غير أن المشرع الفرنسي الجديد (1992) تدخل لتشديد العقوبة في حالي القتل والجرح الخطأ في حالة الإخلال عمداً بموجب الأمن والحذر، كما تشدّد في عقاب تعريض الغير للخطر عمداً، وحصرت محكمة النقض الفرنسية نطاق تعريض الغير للخطر بفرض التزام سابق خاص بالأمن والحذر.²²⁷

ثانياً: الخطأ الجزائي

1- تعريف الخطأ الجزائي:

هو أحد صورتين الركن المعنوي للجريمة، فالجرائم إما عمدية تقوم على توافر القصد الجنائي وإما غير عمدية تقوم بمجرد الخطأ الجزائي.

فالخطأ: هو إخلال الجاني بواجبات الحيطة والحذر التي تتطلبها الحياة الاجتماعية، وعليه من يفضي سلوكه إلى نتيجة إجرامية يكون مسؤولاً عنها إذا ثبت أن سلوكه يحمل معنى تجاوز واجبات الحيطة والحذر حتى إن ثبت أنه لم يتوقع النتيجة الإجرامية متى كان بوسعها أن يتوقعها.²²⁸

2- صورة الخطأ الجزائي غير العمدية:

²²⁷ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 147

²²⁸ المرجع نفسه، ص 152

نص قانون العقوبات في مواد مختلفة على صور الخطأ غير العمدي، وأهمها المادة 288 منه التي عالجت القتل الخطأ والجرح الخطأ بقولها: «كل من قتل خطأً أو تسبب في ذلك برعوثته، أو عدم احتياطه، أو إهماله، أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج». من خلال هذا النص يمكن حصر صور الخطأ الجزائي فيما يأتي:

- أ- الرعوثة: والمراد بها سوء التقدير «راعناً» أو نقص الدربة أو الطيش أو الخفة في عمل يتعين على فاعله أن يكون على علم به. وأمثلة ذلك:
- صياد يطلق النار على طائر في مكان أهل بالسكان ← سوء تقدير.
 - شخص يعتقد أنه قادر على سيطرة سيارة فيدير محركها غير عابئ ← نقص الدربة.
 - ربة منزل ترمي بجسم صلب من النافذة يصيب من يمر قرب المنزل
 - والدة تنقلب في سريرها على ولدها فتريده قتيلاً.
- ب- عدم الاحتياط: عدم التبصر بالعواقب في الحالة التي يقدم فيها الفاعل على عمل يدرك أنه قد يترتب عليه نتائج "ضارة". تجد هذه الصورة تطبيقاتها في مجال حوادث المرور.
- مثل من يسوق سيارته بسرعة فائقة في طريق مزدحم بالراجلين.
- ب- الإهمال وعدم الانتباه: وهي صورة معاكسة للأولى، لوقوف الفاعل موقفاً سلبياً بما كان يجب القيام به، وهذه الصورة تتسع إجمالاً لتشمل كافة معالم قلة الإدراك وقصر المعرفة وانعدام الخبرة والدراسة وانتفاء الحذر والتبصر والانتباه، وثبوت الإغفال.
- مثال: كمن يهمل وضع مصباح أو أية إشارة تنبه المارة إلى حفرة حفرها بجانب الطريق إذا أدى ذلك إلى وقوع أحد الأشخاص فيها.
- سائق لا يعطي الإشارة بتغيير وجه خط سيره، أو لا يضيء الأضواء الكاشفة عند الاقتضاء.
- ث- عدم مراعاة الأنظمة: وهو خطأ خاص ينص عليه القانون، ويرتب المسؤولية عمّا يقع بسببه من نتائج ضارة. ولو ثبت على مرتكبه أي نوع آخر من الخطأ.

ويتعين أخذ عبارة "الأنظمة" بمفهومها الواسع إذ أخفق المشرع في استعمال هذه العبارة لما تأسى بنظيره الفرنسي الذي عدل عن هذه العبارة إذ يمكن ألا تقتصر على الأنظمة، فيمتد ليشمل بعض القوانين (المرور، العمل، أخلاقيات المهن....).

مثال: سائق يتجاوز السرعة المسموح بها، وينشأ عند ذلك عمل ضار (نتيجة إجرامية غير عمدية) ← جريمتان ← وتطبيق العقوبة الأشد. ²²⁹

سؤال: هل وردت صور الخطأ على سبيل المثال أم على سبيل الحصر، وما موقف القاضي؟

- معيار تحديد الأعمال المخلة بواجبات الحيطة والحذر:

قد تكون معرفة الأعمال المخلة بواجبات الحيطة والحذر واضحة أحياناً، خاصة في حالة مخالفة الشخص للقانون مما ينجر حدوث عمل مجرم.

لكن المسألة على غير هذا الوضوح إذا تعلق الأمر بالوقائع المجرمة بفعل الإهمال أو عدم الاحتياط، أو عدم الانتباه، تتناول هذا الإشكال اتجاهان:

المعيار الشخصي: يجب بمقتضاه أن ينظر إلى الشخص المسند إليه الخطأ وإلى ظروفه الخاصة فإذا تبين أن سلوكه المفضي إلى الجريمة يمكن تلافيه نظراً لظروفه وصفاته الخاصة عدّ الفاعل مخطئاً.

نقد: ما يعد إهمالاً عند شخص لا يعد كذلك عند آخر إذ تختلف درجات الناس في هذا الإطار...

المعيار الموضوعي: يذهب هذا الاتجاه إلى وجوب المقارنة بين ما صدر من هذا الشخص المخطئ، وما كان يمكن أن يصدر من شخص آخر متوسط الحذر والاحتياط.... وهذا المعيار هو الأصح لأن الأخذ بالمعيار الشخصي قد يؤدي على مساءلة الشخص معتاد الحذر والانتباه على مجرد هفوة بسيطة، في حين يفلت معتاد التقصير بالنظر إلى أنهم اعتادوا التقصير، فلو تركوا وسجيتهم لكانوا بمنأى عن العقاب.

- مسألة: وحدة خطأ عدم الاحتياط الجزائي والمدني: بناءً على المادة 124 ق م ج سنة

²²⁹ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص ص 111-112

- جدير بالبيان أنه دعوى التعويض بناءً على نص 138 من ق م ج يمكن إقامتها في حالة انتفاء الخطأ الجزائي كما لو تعلق الأمر ضحايا حوادث المرور، "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير يعتبر مسؤولاً عند الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء»

- الجرائم متجاوزة القصد والجرائم المشددة بالنتيجة

أولاً: الجريمة متعدية القصد: هي التي يتعدى فيها الحدث (النتيجة) حدود القصد لتستقر عند نتيجة أشد جسامة لم ترم إليها إرادة الجاني أصلاً ← نتيجة مقصودة + نتيجة أخرى أشد جسامة وتجد الجرائم متجاوزة القصد تطبيقها في نص المادة 264 ق ع ج

قضية: ضرب زيد خالدًا بعصا غليظة، غير أن هذا الضرب أضفى إلى وفاة خالد وهي نتيجة لم يردها زيد أصلاً فأين تكمن حدود مسؤولية زيد؟

ثانياً: الجرائم المشددة بالنتيجة: هي التي يشدد المشرع عقوبتها نتيجة لحدوث نتيجة أشد جسامة لم يقصد الجاني. كأن يؤدي الإجهاض إلى الوفاة، أو حرق المنزل لوفاة من فيه، أو جريمة الخصاص المؤدية للوفاة.²³⁰

²³⁰ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 111-112

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية

تمهيد:

لا يكفي أن تتحقق أركان الجريمة - كما نص عليها القانون - ليعاقب مرتكبها ن بل لابد أن تتوفر في الجاني أهليه تجعله أهلا لتحمل المسؤولية الجزائية، فالمسؤولية الجزائية تشكل همزة وصل بين الجريمة والعقاب.

أركان المسؤولية الجزائية:

إن ارتكاب الركن المادي لجريمة ما لا يستلزم حتما توقيع العقوبة المقررة قانونا على مرتكبه إلا إذا ثبتت قضائيا مسؤوليته الجنائية لمقتطفه، ومن ثم يتبين أن المسؤولية الجزائية ليست ركنا من أركان الجريمة، وإنما هي أثرها ونتيجتها القانونية.

- وتقوم المسؤولية الجزائية على ركنين هما: " الخطأ " أو " الإذئاب - الإثم " و " الأهلية".

*الأهلية الجنائية: هي مجموعة الصفات الشخصية "النفسية والذهنية" اللازم توافرها في الشخص حق تنسب إليه الواقعة الإجرامية، فالأهلية لا تتحقق إلا إذا توافر العقل والرشد بحيث يكون الفرد قادرا على التمييز والإدراك ، فالمسؤول جزائيا - في الأصل - هو شخص عاقل مميز.

* الإثم أو الخطأ: هو اتيان سلوك يحظره القانون الجزائي ، ويعاقب عليه سواء كان ذلك عن قصد، أم نتيجة عدم مراعاة قواعد الحيطة والحذر التي تفرضها الحياة الجماعية.²³¹

تطور مفهوم المسؤولية الجنائية وأثره في ظهور فكرة الركن المعنوي للجريمة:

يقصد بالمسؤولية الجنائية تحمل الشخص تبعة عمله المجرّم، بخضوعه للجزاء المقرر لسلوكه في قانون العقوبات.

وهذه الفكرة خضعت في تطورها في القانون الوضعي إلى مخاض عسير قبل أن تستوي على سوقها، فقد اتخذت المسؤولية الجنائية في المجتمعات القديمة صورة آلية وموضوعية، إذ يكفي توافر السببية بين السلوك

²³¹ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 190

المجرّم والفاعل لقيام المسؤولية الجنائية بغض النظر عن توافر "الإثم" أو تخلفه، فعوقب العاقل والمجنون، والصغير والكبير، وحتى الحيوان والنبات. (حالة أوروبا حتى القرن 16م).

وفي تطور لاحق توسعت المسؤولية الجنائية لتشمل أشخاصاً لا علاقة لهم بالفعل المرتكب فأخذ البريء بجريمة المذنب (مسؤولية الأسرة، العشيرة).

وبعد ظهور الدولة وتدخلها في إقامة العدالة بدأت تظهر فكرة "الإثم" أو الخطأ «كأساس للمسؤولية الجزائية» ثم تبلورت بظهور المدارس الوضعية للعقاب حيث أخذت حيزاً واسعاً من أبحاث الفلاسفة، ومن ثمّ استقر في التشريعات المعاصرة أنه لا عقاب إلاّ في حالة توافر الركن المعنوي للجريمة²³²

المرحلة الأولى: الفعل المادي هو أساس المسؤولية الجزائية بغض النظر عن القصد الجنائي .

المرحلة الثانية: مرحلة المسؤولية الجماعية " تحمل الجماعة تبعات تصرفات أفرادها...."

المرحلة الثالثة: إقرار المسؤولية الجزائية الشخصية في الشريعة الإسلامية، " وأن ليس للإنسان إلا ما سعى " لا يؤخذ الرجل بجريمة أبيه ولا بجريمة أخيه ..."

المرحلة الرابعة : استقرار هذا المبدأ في التشريعات الوضعية وأثر المدرستين التقليدية والوضعية في إقراره،

وإشكالية ..هل المجرم مخير أم مسير، علما هذه الإشكالية نالت حظا وافرا من اهتمام علماء الكلام في الفكر الإسلامي قديما.²³³

سؤال: هل حمل العاقلة للدية خروج عن مبدأ شخصية العقوبة في الفقه الإسلامي.

موانع المسؤولية الجزائية

تمتنع المسؤولية الجزائية بتخلف أحد أركانها و هما: الخطأ الجنائي أو الأهلية الجنائية، لأن القانون الجزائي لا يعتد بالإرادة التي هي أساس الركن المعنوي للجريمة إلا إذا كانت سليمة و حرة الاختيار، فإذا تعلقت بالشخص بعض الأسباب الذاتية نص عليها قانون العقوبات (47-48-49)، انتفت مسؤوليته الجزائية، ولكن مع هذا لا يرتفع عن السلوك الذي اقترفه هذا الشخص الصفة الجرمية، مما قد يسمح في

²³² عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، ص 233

²³³ أحسن بوسقيعة مرجع سابق، ص 228-229

بعض الحالات تطبيق بعض التدابير الاحترازية "تدابير الأمن" على الفاعل بالرغم من امتناع مسؤولية الجزائية (47 و 21/فقرة اخيرة. و52) عقوبات جزائري.

وتنحصر موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري في انعدام الأهلية (بسبب الجنون أو صغر السن) وفي غياب الإرادة (بسبب الإكراه أو حالة الضرورة).

أولا الجنون:

تنص المادة 47 من ق.ع.ج على أنه: " لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة، وذلك دون الإخلال بأحكام الفقرة 2 من المادة 21، ويتعلق الأمر بالحجز القضائي في مؤسسة نفسية أو طبية قصد العلاج.

تعريف الجنون :

يقصد بالجنون اضطراب في القوى العقلية والنفسية ، يفقد المرء القدرة على التمييز والسيطرة على أعماله ، وقد يكون الجنون وراثيا أو مكتسبا إثر مرض كما قد يكون مستمرا أو منقطعا يأتي في فترات مختلفة تعقبها فترات إفاقة.

ما يلحق بالجنون : يدخل تحت مصطلح الجنون صورا أخرى من الأمراض العصبية والنفسية التي قد تجرد الإنسان من التمييز والإدراك وأهمها:

أ/ الصرع: نوبات عصبية يفقد المرء فيها رشده.

ب/ اليقظة النومية: يقوم المصاب بها من نومه ويأتي أفعالا لا يشعر بها.

د/ التنويم المغناطيسي: لا يدخل ضمن مفهوم الجنون؛ حيث لا تنتفي المسؤولية الجزائية عن الشخص الذي ارتكب جريمة تحت تنويم مغناطيسي إلا في الحالة التي يثبت فيها أن منومه قد سلب حريته وقت ارتكاب الفعل الجرمي وجعله مجرد وسيلة سلبية لإرادة الغير .

* سؤال: لقد اثبت التطور الذي شهدته العلوم الطبية وجود عدة حالات إلى جانب الجنون بمعناه الضيق تسلب المرء قدرته على التحكم في أفعاله، منها مثلا جنون السرقة، فهل يكون هذا الأخير سببا لانتفاء المسؤولية الجزائية؟

شروط الجنون المانع للمسؤولية الجزائية:

يشترط في الجنون الذي يعني من العقوبة إعفاء تاما توافر شرطين فيه هما:

1* معاصرة الجنون لزمن ارتكاب الجريمة: وهو ما يستشف من نص المادة: 47 ق.ع.ج سالفه الذكر فلا أثر للجنون في المسؤولية الجزائية إذا كان سابقا لارتكاب الجريمة أو تابعا لها، غير أن الجنون الطارئ بعد ارتكاب الجريمة له أثره فيما يتعلق بإجراءات المحاكمة فق التفصيل الآتي:

*** إذا طرأ الجنون بعد الجريمة وقبل المحاكمة:** يحول دون اتخاذ الإجراءات القانونية ومحاكمة المتهم، إذ لا يعقل محاكمة مجنون لا يتسنى له الدفاع عن نفسه على أن هذا الوقف لا يشمل جميع الإجراءات، فلا يحول وقف الدعوى العمومية دون اتخاذ إجراءات التحقيق التي يراها القاضي لازمة ومستعجلة " كالمعاينة، وندب الخبراء، والتفتيش، وسماع الشهود، واستجواب المتهمين الآخرين والشركاء في الجريمة".

إذا طرأ الجنون بعد الحكم بالإدانة: وجب تأجيل تنفيذ العقوبة حتى يتعافى المجرم من الجنون الذي أصابه.

2* كون يكون الجنون تاما: ومعنى ذلك أن يكون الاضطراب العقلي من الجسامة بحيث يعدم الشعور الشعور والاختيار كلية، وهذه مسألة موضوعية يرجح تقديرها لقضاة الموضوع استنادا إلى تقرير الخبرة الطبية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري تكلم عن انعدام الأهلية كلية التي تنتفي بها المسؤولية الجزائية، وأغفل الحديث عن حالة نقص الأهلية، فمن الناس من يصاب باضطراب عقلي ينقص من إدراكه فيكون شبه مجنون كالمصاب بالهستيريا، والأصم الأبكم، فمثل هؤلاء الأشخاص لا تنتفي عنهم المسؤولية الجزائية إلا أن القضاء يحكم بتخفيف مسؤوليتهم.²³⁴

- **قرار المحكمة العليا:** فيما يتعلق بمعاصرة الجنون لزمن ارتكاب الجريمة وتقرير الخبير: قضية رقم 101792 قرار 19-02-1993 .

²³⁴ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 311

" لا يجوز إعفاء المتهم بسبب الجنون إلا استنادا إلى تقرير خبير، ومن ثم فإن قضاة الموضوع الذين استبعدوا تقرير الخبير المعين من طرف قاضي التحقيق للحكم بإعفاء المتهم من العقوبة يكونون قد خالفوا القانون مادام التقرير المذكور يشير بوضوح أن - المتهم - كان مسؤولا كامل المسؤولية أثناء ارتكابه الجريمة"

وضع الجنون في الحجز القضائي وشروطه:

إذا ثبت جنون المتهم أو أي خلل عقلي يمنع مسؤوليته وقت ارتكاب الجريمة، أو يكون قد اعتراه هذا الخلل العقلي بعد ارتكابها، فإنه يجوز للقاضي أن يأمر بوضع هذا المتهم في الحجز القضائي كتدبير أمن وقائي، بموجب المادة 21 ق ع ج.

وتجدر الإشارة أنه يمكن أن يؤمر بوضع المتهم في الحجز القضائي سواء حكم بإدانته، أم بالعفو عنه، أم ببراءته، أم بعدم وجود أي وجه لإقامة الدعوى، غير أنه في الحالتين الأخيرتين لا يتسنى للقاضي أن يحكم بهذا الإجراء الاحترازي «الحجز القضائي» إلا إذا كانت مشاركته في الوقائع المادية للجريمة ثابتة.

ومن جهة أخرى وتحقيقا لمبدأ الشرعية أوجب القانون أن يخضع المتهم المراد وضعه في الحجز القضائي للفحص الطبي للتأكد من الخلل العقلي.

ثانيا صغر السن:

نصت المادة 49 من قانون العقوبات على أنه " لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية والتربية".

ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ، ويخضع القاصر الذي يبلغ سنة من 13-18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة".²³⁵

سؤال: في الدول الذي تأخذ بالعقوبات الشرعية ما هي السن القانونية للمسؤولية الجزائية؟

- مراحل المسؤولية الجزائية في القانون الجزائري:

²³⁵ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 311

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أغفل تحديد السن الأدنى للقاصر غير المميز - الذي حددته بعض التشريعات ب 7 سنوات - واكتفى بتحديد السن الأقصى للطفل غير المميز.

الطفولة" القاصر غير المميز" المراهقة" القاصر المميز" سن الرشد الجنائي

مرحلة انعدام الأهلية 13-18 سنة نقص الأهلية 18 سنة مرحلة الأهلية الكاملة

انعدام المسؤولية الجزائية مسؤولية مخففة مسؤولية تامة

تدابير الحماية أو التربية تدابير الحماية أو التربية أو عقوبات مخففة - عقوبات تامة

مقدار تخفيف العقوبة للقاصر المميز في التشريع الجزائري:

تخفيف عقاب القاصر المميز على النحو الآتي.

- إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم عليه بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة؟ لماذا استعمل مصطلح الحبس على الرغم من تجاوز مدته الخمس سنوات؟
- إذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم عليه بنصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغاً.²³⁶
- في مادة المخالفات يقضى على القاصر الذي يتراوح سنه (13-18) سنة إما بالتوبيخ أو بالغرامة.²³⁷

ثالثاً : الإكراه

عرف بعضهم الإكراه الذي تمتنع معه المسؤولية الجزائية: بأن يحمل إنسان إنساناً آخر مادياً أو معنوياً على تحقيق سلوك إجرامي معين.

وقد نصت على هذا المانع المادة 48 بقولها "لا عقوبة على من اضطر إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

²³⁶ المادة 50 من قانون العقوبات

²³⁷ المادة 51 من القانون نفسه

أنواع الإكراه:

من خلال ما سبق ذكره يمكن تقسيم الإكراه إلى قسمين: مادي ومعنوي.

الإكراه المادي: وهو أن يتعرض المرء لقوى مادية خارجية تعدم إرادته وتحمله على القيام بالجريمة ومثاله: قد يمسك بيد آخر ليقوع به على عقد مزور.

سؤال: ما القول في الحالة التي يغلب النعاس فيها شخصا فيحمله على تجاوز المسافة التي دفع ثمنها؟ يمكن اعتبار هذه قوة داخلية وتلحق بالإكراه المادي الذي تنتفي معه المسؤولية الجزائية حسب ما حكم به القضاء الفرنسي.

القوة القاهرة صورة للإكراه المادي: (أعمال الطبيعية أو أعمال الحيوان).

غالبا ما يكون مصدر الإكراه إنسانا يحمل غيره عن طريق ضغط نفسي أو مادي لإتيان سلوك مجرم. غير أنه يلحق بالإكراه المادي **القوة القاهرة** التي تعد عاملا طارئا لا دخل لإرادة الإنسان فيه، يعزى إلى "المصادفة"، وأيا كان مصدره حيوانا أو جمادا، فإنه يسلب الفاعل إرادته على نحو مادي مطلق لا يملك له دفعا ويلجئه إلى ايتان عمل لا يريد.

ومن أمثلة ذلك أن تضطر العاصفة الرسو في ميناء بدون رخصة أو الهبوط على مطار بدون رخصة، أو السيل الذي يقطع المواصلات على شاهد فيمنعه من التقدم إلى المحكمة لأداء الشهادة دعي إليها قانونا، أو عاصفة تلقى بإنسان على آخر فيقتله أو يجرحه، ومن أمثلتها كذلك ما يكون مصدره الحيوان، كفرس يجمع براكبه فلا يقوى عليه فيصيب إنسانا أثناء ركضه، أو تهب رياح عاتية فجأة فتذر ملابس شخص كان يستحم في البحر.

الإكراه المادي والحادث الفجائي:

اندفع طفل صغير فجأة في طريق سائق حذر. فلم يملك القدرة على تفاديه، ولم يكن باستطاعته ذلك؟ هل يعتبر السائق مرتكبا لجريمة القتل الخطأ (البحث عن الركن المعنوي)؟

يرى البعض أنه إذا كانت المسؤولية الجنائية تنتفي بالحادث الفجائي، فالمسؤولية المدنية لا تنتفي بهذا الحادث، وفي هذا يختلف الحادث الفجائي عن القوة القاهرة أو الإكراه المادي.

سؤال : ما الفرق بين الإكراه المادي والقوة القاهرة.

يرى الفقه أنه لا جدوى تذكر من التفرقة بينهما سوى القول بأن الإكراه المادي يتم بواسطة الإنسان في حين تتم القوة القاهرة بواسطة الحيوان أو الطبيعة، ولذا فإننا نجد في جريمة الإكراه المادي شخصا مسؤولا وهو المكره، في حين لا يمكن نسبة الجريمة للطبيعة أو الطبيعة في حالة القوة القاهرة.

الإكراه المعنوي:

يتوجه الإكراه المعنوي لإرادة المكره أو نفسه لحمله على ارتكاب الجريمة مرغما أو مقهورا (قوة معنوية تسلب الشخص إرادته وتعدمها).

ومثاله : التهديد بإنزال شر جسيم بنفس المهدد أو بماله إذا لم يرتكب فيرتكب الجريمة .

وتجدر الإشارة الى أن المهدد بالإكراه المعنوي يستطيع أن يخالف التهديد إذا فضل وقوع الخطر الجسيم المحقق به . وعليه فإن إرادة المكره لا تمنحي كليا، إذ يبقى لديه فسحة ولو ضيقه جدا من الاختيار، ولا يعتد بالإكراه المعنوي إلا إذا بلغ تأثيره الحد الذي يرغب الشخص المتوسط على سلوك سيل الجريمة "انعدام حرية الاختيار".

شروط الواجب توافرها في الإكراه:

يشترط لقيام الإكراه شرطان:

*- أن يكون القوة التي صدر عنها الإكراه غير متوقعة.

*- وأن تكون تلك القوة من القوى التي لا يمكن ردها.²³⁸

رابعا حالة الضرورة:

²³⁸ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 197

تعريف حالة الضرورة:

هي حالة من لا يستطيع أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شرا محققا به أو بغيره إلا بارتكابه جريمة بحق شخص آخر برئ، ويتضح من التعريف أن حالة الضرورة تتعلق بشخص ارتكب فعلا مجرما حسب الأصل لإنقاذ نفسه كأن يسرق شخص لسرقة الطعام لإنقاذ نفسه من الموت.

كما تتعلق بشخص يقدم على ارتكاب لإنقاذ غيره كما هو الشأن بالنسبة للطبيب الذي يجهد الطيب امرأة حال لإنقاذ حياتها (موازنة بين مصلحتين).

وعلى الرغم من الإجماع على أنه لا عقاب على الجاني في حالة الضرورة إلى أن الخلاف وقع في تكييفها هل هي من موانع المسؤولية أو من أسباب الإباحة.

حالة الضرورة في التشريع الجزائري:

أغفل المشرع الجزائري الحديث عن حالة الضرورة تأسيا بالمشرع الفرنسي في قانونه القديم قبل أن يعدل عن هذا التجاهل في حالة الضرورة بموجب قانون العقوبات الجديد الصادر في 1992.

وعدم النص على حالة الضرورة في قانون العقوبات الفرنسي القديم لم يمنع القضاء من الأخذ به وتكريسه كسبب من أسباب الإباحة، وعده قانون 92 من موانع المسؤولية.

كما أخذ المشرع المصري بحالة الضرورة وجعلها مانعا من موانع المسؤولية الجزائية. حيث نصت المادة 61 ق ع، مصري ((لا عقاب على من ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخل في حلوله، ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى)).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري على الرغم من أنه لم يقرر حالة الضرورة كسبب عام لانتفاء المسؤولية الجزائية، أو سبب للإباحة فقد نص على أنه: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة انقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية".

شروط حالة الضرورة:

تقوم حالة الضرورة بتوفر عنصرين:

- الخطر الذي يهدد الإنسان.

-رد الفعل على هذا الخطر.

شروط الخطر الذي يتهدد الإنسان:

- أن يكون الخطر موجودا.
- أن يكون الخطر جسيما.
- أن يكون الخطر حالا.
- ألا يلزم القانون الفاعل بتحميل الخطر: كما هو الشأن بالنسبة لرجال الشرطة ورجال الحماية المدنية إذ مقتضيات مثل هذه الوظائف تقوم على تحمل المخاطر.
- تشترط بعض القوانين ألا يكون الخطر ناتجا عن خطئه.
- اشترط قانون العقوبات المصري ألا يكون لإرادة الفاعل دخل في حلول الخطر المحدق به كمن يضرم النار عمدا في مكان ما.....

شروط رد الفعل على الخطر:

- يجب أن يكون رد الفعل ضروريا لدرء الخطر (الموازية بين المصلحة المضحي بها والمصلحة المحمية
- يجب أن يكون هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من الخطر.
- **حالة الضرورة والإكراه المعنوي:**
- أوجه التشابه:
- إرادة الفاعل لا تتمحي في الحالتين.
- تختلف حالة الضرورة عن الإكراه المعنوي.
- كون الإكراه المعنوي لا يكون إلا بفعل إنسان. في حين تكون حالة الضرورة بغير فعل الإنسان
- تهدف الجريمة التي تقع في حالة الإكراه المعنوي لدفع ضرر يتهدد الفاعل شخصياً، في حين الجريمة في حالة الضرورة تكون لدفع ضرر يتهدد الفاعل في نفسه أو في ماله أو في مال ونفس غيره²³⁹

²³⁹ أحسن بوسقيعة مرجع سابق، 186-190

- في حالة الإكراه المعنوي يحرص المهدد بالخطر الجرم الذي يجب أن يقوم به ليتجنب الخطر الذي يتوعدده، في حين في حالة الضرورة أمام الفاعل أكثر من مسلك يتخير منها المسلك الذي يتجنبه الخطر.

حالة الضرورة والدفاع الشرعي:

تتفقان في كونها أن الفاعل يقوم بجريمته لتوقي خطر حال على النفس أو المال وتختلفان في:

*الخطر في الدفاع الشرعي يصدر عن الإنسان في حين لا يكون مصدره. الإنسان في حالة الضرورة.

* يعد الخطر المنبعث عن إنسان في الدفاع الشرعي جريمة، أما الخطر المنبعث في حالة الضرورة لا يعد جريمة كالفيضانات أو الرياح العاتبة أو الزلازل،

*وفعل الضرورة يوجه للتخلص من هذا الخطر بالاعتداء على شخص بريء.

* لا دفاع ضد الدفاع الشرعي ويختلف الأمر في حالة الضرورة

* الدفاع الشرعي يمحو الجريمة فلا مطالبة بالتعويض المدني في حين يجوز المطالبة بالتعويض في حالة الضرورة التي تمنع المسؤولية الجزائية فقط.

الفصل الرابع:

الجزاء الجنائي

أولاً: التعريف الشكلي للعقوبة:

يتجاذب تعريف العقوبة اتجاهان رئيسان أحدهما شكلي، يعرف العقوبة على أسس قانونية، فينظر إلى العقوبة من زاوية كونها الجزاء المقرر لمخالفة شق الإلزام في القاعدة الجنائية، فعرفت بناء على هذا عند جانب من الفقه القانوني الوضعي بأنها: "جزاء يوقع باسم المجتمع تنفيذاً لحكم قضائي على من ثبتت مسؤوليته عن الجريمة".²⁴⁰

وفي هذا المسلك ذهب بعض المهتمين بالتشريع الجنائي الإسلامي إلى تعريف العقوبة بأنها: "الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع".²⁴¹

- ثانياً: التعريف الموضوعي للعقوبة:

يعيب أنصار الاتجاه الموضوعي في تعريف العقوبة على تعريفها القانوني إغفاله لجوهرها، وعناصرها، ويقترح تعريفاً لها من وجهة نظر علم العقاب،²⁴² فيقرر بأنها: "قدر مقصود من الألم يقرره المجتمع ممثلاً في مشرعه، ليوقع كرهاً على من يرتكب جريمة في القانون بمقتضى حكم يصدره القضاء".

- ثالثاً: شرح وتحليل: من خلال ما سبق يمكن تسجيل الملاحظات الآتية:

1- العقوبة وفقاً للتعريفين السابقين تختلف تماماً عن بعض الإجراءات القصصية التي يكون الإيلام

²⁴⁰ إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص: 230.

²⁴¹ عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص: (609/1).

²⁴² محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص: 215.

فيها غير مقصود، وإنما يتأتى عرضاً، ومن أمثلة هذه الإجراءات ما حوّله القانون في مرحلة التحقيق من اتخاذ إجراءات احتياطية بشروط خاصة وفي أحوال معينة؛ حيث يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بالقبض على المشتبه فيه إذا كان حاضراً، أو يأمر بضبطه وإحضاره إن كان غائباً، أو أن يأمر بحبس المتهم حبساً مؤقتاً على ذمة التحقيق، خوفاً من هربه، أو من تأثيره في الأدلة، وهذه الإجراءات مختلفة عن الحكم الذي يصدر بالعقوبة من المحكمة المختصة.²⁴³

2- كما يمكن القول أيضاً إن جوهر العقوبة في الفقه الإسلامي والوضعي هو الإيلام المقصود الذي ينزل بالجاني في سبيل تحقيق مصلحة المجتمع، وقد تبدو في ظاهرها ضرراً لمن توقع عليه، أو للجماعة في ذاتها، ولكن قانون الموازنة بين المصلحة والمفسدة يحتم إنزال العقاب بالجاني في الحالات التي لا يتأتى رفع أذاه عن المجتمع إلا بها،²⁴⁴ فألم العقوبة الذي قد يبدو في ظاهره مفسدة لمن نزل به أولاً، وبالمجتمع ثانياً الذي قد يتضرر بفقدان عنصر من عناصره، أو حبس فرد من أفرادها، ما هو في حقيقة الأمر عند النظر إلى مآله ونتائجه إلا مصلحة خالصة للجماعة، وهذا ما عبّر عنه سلطان العلماء العزّ بن عبد السلام بقوله: "ربما كانت أسباب المصالح مفسدة، فيؤمر بها أو تباح لا لكونها مفسدة بل لكونها مؤدبة إلى المصالح، وذلك كقطع الأيدي المتأكلة حفظاً للأرواح، وكالمخاطرة بالأرواح في الجهاد، وكذلك العقوبات الشرعية كلّها ليست مطلوبة لكونها مفسدة، بل لكون المصالح هي المقصودة من شرعها... وتسميتها بالمصالح من قبل المجاز بتسمية السبب باسم المسبب".

ولا غرو أنّ العقوبة لبنة في ظل نظام متكامل ترمي في أنبل تطبيقاتها إلى حماية المجتمع من أن تنتشر فيه الجريمة، ويعمّ فيه الفساد، فإذا تقاعست عن تحقيق أهدافها، أو وجد من البدائل ما ينهض بهذا الدور، فإن التمسك باستيفائها بصورة آلية وجامدة يصبح من قبيل التعسف المذموم شرعاً وطبعاً وفقاً للقاعدة الشرعية التي قررت بطلان كل تصرف تقاعس عن تحصيل غايته.

²⁴³ - إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص: 231.

²⁴⁴ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص: 6.

فإذا كانت تعريفات علم العقاب قد صرّحت بأنّ جوهر العقوبة هو الألم المقصود الذي يرمي إلى تحقيق مصلحة المجتمع، فإنّ تقارير الفقه الإسلامي التي وردت سالفًا بينت أنّ هذه الفكرة ليست غريبة عنه، بل هي من أصوله.

3- وحتىّ يُؤتي الإيلاء أثره في الظاهرة الإجرامية يتحتمّ أن يكون ثمة تناسب بين العقوبة والجريمة، فلا يكون هذا الإيلاء أكثر مما هو ضروري، ولا أقل مما هو لازم.²⁴⁵

ولتحديد هذا التناسب بين الإيلاء الذي يعدّ جوهر العقوبة والجريمة قد يعتمد على المعيار المادي المتمثل في تحديد مدى جسامته ماديًا للجريمة كما هو الشأن في الفقه الإسلامي الذي شدّد في عقوبات الحدود نظرًا لجسامتها.

كما يمكن الاعتماد على المعيار الشخصي الذي ينظر إلى إرادة الجاني للتمييز بين جرائم العمد وجرائم الخطأ، أو بالنظر إلى الباعث على الجريمة.²⁴⁶

كما يمكن الجمع بين المعيارين المادي والشخصي وفق خطة معيّنة من أجل التنسيق بينهما لتحقيق التوافق بين الإيلاء المقصود من العقوبة والجريمة.²⁴⁷

الفرع الثاني خصائص العقوبة.

تتميز العقوبة بجملة من الخصائص يمكن إجمالها فيما يأتي:

– أولاً: شرعية العقوبة:

²⁴⁵- عبد الفتاح مصطفى الصفي، مرجع سابق، ص: 485.
²⁴⁶- ينظر: المواد 288-290 من قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 08/07/1966. ويقارن بين المادتين 265 و279 من القانون نفسه.

²⁴⁷- ينظر تفصيل ذلك: محمود نجيب حسني، دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، مرجع سابق، ص: 225.

حفلت الدساتير والتشريعات الجنائية الوضعية بالنص على مبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات"، ومن بينها قانون العقوبات الجزائري في مادته الأولى الذي نصّ على أنه: «لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون»، ولا ريب أنّ هذا المبدأ من أهم الكفالات للحريات الفردية من أن تعصف بها أو تنال منها أهواء السلطات المستبدة.

ومفاد مبدأ "شرعية العقوبة" أن تكون محددة سلفاً بنص قانوني يبيّن نوعها، ويحدد مقدارها بحيث تنتفي عنها الجهالة، ويسبق تحديد العقوبة تحديد المشرّع للأفعال التي يأتيها المكلف وتعدّ جريمة، فيحدّد بذلك لكل جريمة أنموذجها القانوني، ويضمنه شقّ التكليف، وهذا ما اصطلح على تسميته "بمبدأ شرعية الجريمة".²⁴⁸

ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ليس غريباً عن الفقه الإسلامي، فقد حفلت به النصوص الصريحة من القرآن الكريم في غير مناسبة، منها قوله تعالى: ﴿لَلَّأ يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾،²⁴⁹ وقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى تَبْعَثَ رَسُولًا﴾،²⁵⁰ وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يُبْعَثَ فِي أُمَّهَا رَسُولًا يُلْقُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾.²⁵¹ فهذه نصوص قاطعة بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بعد بيان التكاليف الشرعية، وأن المولى -عز وجل- لا يأخذ الناس بعقاب دنيوي أو أخروي إلا بعد أن يبيّن لهم وينذرهم على لسان رسله.

²⁴⁸ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، حق الدولة في العقاب نشأته، فلسفته، اقتضاؤه وانقضاؤه، دار الهدى، الإسكندرية، ط: 2. 1985. ص

²⁴⁹ - سورة النساء، الآية: 165.

²⁵⁰ - سورة الإسراء، الآية: 15.

²⁵¹ - سورة القصص، الآية: 59.

ولئن كان البعض يفخر بأن هذا المبدأ قُرِّرَ في الشريعة الإسلامية منذ ما يربو عن أربعة عشر قرناً، في حين دخل التشريعات الوضعية مقحماً نتيجة استبداد السلطات الحاكمة في التجريم والعقاب؛ إذ ظهر لأول مرة في أعقاب الثورة الفرنسية أثناء إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1789،²⁵² فإنه مما يؤسف له أن الآثار الحميدة لهذا المبدأ تبدو أحسن حالاً في البلدان التي ولد فيها ميلاداً عسيراً - نتيجة الصراع الطويل مع الاستبداد- من الدول المسلمة التي كفاها القرآن الكريم البحث في هذا المبدأ فقرّر ذلك في نصوصه.

- ثانياً: قضائية العقوبة:

الجريمة واقعة جنائية منشئة لحقّ الدولة في العقاب، غير أن هذا الحقّ إذا نشأ بسببها لا يجوز تنفيذه مباشرة، حتى ولو أقرّ المتهم بارتكابه لها إقراراً يمكن الجزم معه بإدانتته لو عرض أمره على القضاء.

ولا يتسنى طبقاً لهذه الخاصية تنفيذ العقوبة على المتهم إلا بعد استصدار حكم قضائي نهائي من طرف السلطة المخولة بذلك قانوناً وهي القضاء؛ حيث يثبت في هذا الحكم نسبة الجريمة بأركانها المادية والمعنوية إلى مرتكبها، وتتحدد فيه العقوبة الملائمة كما وكيفاً لمرتكب الجريمة، وفقاً للمبدأ القائل: " لا عقوبة بدون حكم قضائي " .²⁵³

ويعد هذا المبدأ ضماناً أساسية للمتهم في الدفاع عن نفسه مما وجه إليه من اتهام، ففرصة المثول أمام قاض محايد يسمع وجوه دفاعه، ويمكّنه من مناقشة أدلة الاتهام المباشرة وتنفيذها، قد يقلل من فرضية عقاب المتهم لمجرد الشبهة، فلا يؤخذ المتهم بالعقاب إلا بعد أن تتبين السلطة القضائية من صحة الاتهام الموجه إليه.

²⁵² عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص: (218/1).

²⁵³ - عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص: 487.

أما الأوامر الجزائية، أو ما يعرف بالإجراءات الجنائية الموجزة التي يلجأ إليها المشرع في المخالفات بصفة عامة، فإنها ليست استثناء على مبدأ قضائية العقوبة، بل هي صورة من صور التصالح يصدر فيه الإيجاب من النيابة العامة، والقبول من المتهم لينقضي بذلك حقّ الدولة في العقاب.

وتتجلى أهمية هذه الإجراءات في التخفيف عن المحاكم حتى لا يشغلها النظر في الجرائم ذات العقوبات التافهة عن النظر في الجرائم الخطيرة، ومن جهة أخرى تعمل على تيسير الخضوع للعقوبة بالنسبة لمرتكبي هذا النوع من الجرائم. وعلى الرغم من هذا يحقّ للمخالف الذي أخطر بأنه مصّرح له بدفع مبلغ على سبيل غرامة صلح، أن يفعل ذلك طواعية فيخضع لعقوبة الغرامة فتتنقضي بذلك الدعوى العمومية، أما إذا اختار السير في إجراءات الدعوى العمومية حتى الفصل فيها، فما عليه إلا أن يمتنع عن دفع غرامة الصلح في المدة المحددة قانوناً.

وجدير بالبيان أنه ينبغي على المشرع ألاّ يسرف في الالتجاء إلى مثل هذه الإجراءات الجزائية الموجزة، حتى لا يفوّت على المتهم ضمانات أساسية من أهم الضمانات الإجرائية، المتمثلة في المثول أمام القضاء طواعية لا كرهاً من أجل مناقشة التهم الموجهة إليه، لاسيما إذا علمنا أن جانباً من التشريعات التي تتبنى هذا النوع من الإجراءات في تشريعاتها تميل إلى السماح، وحتى الإلزام بتشديد العقوبة في حالة اعتراض المتهم على الأمر الجزائي، واختياره السير في إجراءات الدعوى العمومية وفقاً للقواعد التي يحددها القانون؛ إذا ما أدين المتهم الذي فضّل عدم الخضوع للأمر الجنائي.²⁵⁴

يضاف إلى ذلك أن المتهم قد يؤثر الرضا بالأمر الجنائي على إجراءات التقاضي الطويلة فيخضع للعقوبة، رغم اعتقاده بأنه لم يرتكب الجريمة محل المساءلة الجنائية.²⁵⁵

– ثالثاً: مبدأ المساواة في العقوبة:

254 – عبد الفتاح مصطفى الصيفي، حقّ الدولة في العقاب، ص: 14-15.

255 – المرجع نفسه، ص: 12.

ومفاد ذلك أن العقوبة التي يحددها القانون لأي جريمة تسري على كل من ثبتت مسؤوليته الجنائية على خرق شق الإلزام في القاعدة الجنائية، دون تمييز بين محلّ بأحكام القانون الجنائي وآخر بسبب تباين مراكز الناس في المجتمع، وتفاوت درجاتهم، فهذا المبدأ يجعل الجميع سواسية عند الإخلال بالقاعدة الجنائية في تحمّل العقاب المحدد سلفاً لذلك.

غير أن مبدأ المساواة لا يحدّ من السلطة التقديرية التي يخوّنها القانون للقاضي في تحديد العقوبة من حيث الكم، والكيف، ضمن نطاقها المقرر قانوناً، وذلك تبعاً لظروف الجريمة، وحالة كل مجرم التي تبرر سلطة القاضي التقديرية في اختيار العقوبة المناسبة للمجرم.²⁵⁶

ولقد حفظ لنا التاريخ بأحرف خالدة أنبل تطبيقات هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية، من خلال قصة المخزومية التي كانت ذات مكانة في قومها، فلما سرقت قلادة لغيرها، كلم فيها أسامة بن زيد -رضي الله عنه- النبي ﷺ بإيعاز من قوم المرأة نظراً لمكانتها ومكانتهم، ليحول دون تطبيق حدّ السرقة عليها، فغضب النبي ﷺ غضباً شديداً، وقال قولته التي تعد تقريراً صريحاً لمبدأ المساواة في العقوبة في الشريعة الإسلامية: ﴿يا أيها الناس إنما أهلك الذين قبلكم، أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحدّ، وأيم الله، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها﴾.²⁵⁷

-رابعاً: شخصية العقوبة:

يشترط في إيلام العقوبة أن يكون خاصاً بالجاني دون سواه، سواء كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً، فالأصل أن العقوبة تصيب الجاني ولا تتعداه إلى غيره، فلا يسأل عن الجرم إلاّ فاعله، ولا توقع عقوبة على غير شخص الجاني الذي ثبتت مسؤوليته على الجريمة بأركانها المادية والمعنوية.

²⁵⁶ - أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص: 298.

²⁵⁷ - مسلم، ك: الحدود، ب: قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، ص: (114/5)، والبخاري، ك: الحدود، ب: إقامة الحدود على الشريف والوضيع، ص: (199/8).

شرعاً، فقال: " دية المقتول مال كثير والعاقلة إنما تحمل الخطأ، ولا تحمل العمد بالاتفاق.... والخطأ يعذر فيه الإنسان، فإيجاب الدية في ماله ضرر عظيم من غير ذنب تعمده، وإهدار دم المقتول من غير ضمان بالكلية فيه ضرر بأولاده وورثته، فلا بدّ من إيجاد بدله، فكان من محاسن الشريعة وقيامها بمصالح العباد أن أوجبت بدله على من عليه مولاة القاتل ونصرته، فأوجبت عليهم إعادته على ذلك... لأنه لم يتعمد سبب وجوبها".

المطلب الثاني: تصنيف العقوبات.

هناك تقسيمات كثيرة للعقوبة، وذلك لتعدد المعايير التي يحتكم إليها في تصنيفها، وسأقتصر على أهم التقسيمات التي تتعلق أساساً به، والمتمثلة في: التقسيمين الذاتي والمادي للعقوبة.

الفرع الأول: التقسيم الذاتي للعقوبة.

يقصد بالتقسيم الذاتي للعقوبة ذلك الذي يأخذ الرابطة القائمة بين العقوبات بعين الاعتبار، فتنقسم وفقاً لهذا المعيار إلى أربعة أقسام: عقوبات أصلية، وعقوبات تبعية، وعقوبات تكميلية، وعقوبات بديلة. وقد اقتصر المشرع الجزائري في قانون العقوبات على تقسيم العقوبات تقسيماً ثنائياً بعدما تراجع عن التقسيم الثلاثي لها، فبيّن العقوبات الأصلية، والعقوبات التكميلية. غير أنه أخذ بالعقوبات البديلة والعقوبات التبعية من الناحية العملية رغم إغفاله لها عند ذكره لتقسيم العقوبات.

وعلى هذا يمكن دراسة التقسيم الذاتي للعقوبة وفقاً للخطة التي انتهجها المشرع الجزائري التي تتلاقى مع التقسيمات الحديثة للعقوبة في الفقه الجنائي الإسلامي وفقاً للمنهج الآتي:²⁶²

- أولاً: العقوبات الأصلية:

²⁶²-عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص: (632/1).

تكون العقوبات أصلية- حسب منطوق المادة الرابعة في فقرتها الثانية من قانون العقوبات الجزائري- إذا صدر الحكم بها دون أن تلحق بها عقوبة أخرى، وتنقسم العقوبات الأصلية في التشريع الجزائري بحسب جسامتها أسوة بالتشريعات الوضعية المقارنة، إلى: جنائيات، وجنح، ومخالفات.

فالعقوبات الأصلية المصنّفة في دائرة الجنائيات التي حددها المادة الخامسة من قانون العقوبات الجزائري مرتبة وفقاً لجسامتها كما يأتي: الإعدام، السجن المؤبد، والسجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5 سنوات و30 سنة.

والعقوبات الأصلية المقررة في مادة الجنح هي: الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات عدا الحالات التي يقرر القانون فيها حدوداً أخرى، والغرامة التي تتجاوز 20000 دج.

أما العقوبات المقررة في مادة المخالفات فهي: الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر، والغرامة التي تتراوح قيمتها بين 2000 دج إلى 20000 دج.

يضاف إلى العقوبات الأصلية وفقاً للتعريف الذي انتهجه قانون العقوبات الجزائري، العقوبات المقررة للمجرمين الأحداث، التي تعد عقوبات أصلية لأنها يحكم بها دون غيرها، ولا ينفي عنها كونها كذلك لأنها تدابير حماية أو تربية،²⁶³ ومن أمثلتها تسليم الحدث لوالديه، أو لمن له حقّ الولاية على نفسه بالنسبة إلى الحدث الذي لم يكمل الثالث عشرة سنة، وغير ذلك. ممّا نص القانون. الإجراءات الجزائية الجزائري.²⁶⁴

ويتفق الفقه الجنائي الإسلامي مع التشريع الجزائري في تحديد مفهوم العقوبات الأصلية؛ حيث يعدّها كل ما: " نصّ عليها الشارع بصفة أصلية جزاء للجريمة ". إلا أنه يختلف معه اختلافاً بيناً في بيانها، فمن العقوبات الأصلية التي عرفها الفقه الإسلامي عقوبات الحدود التي نصت عليها نصوص الكتاب والسنة، كقطع يد السارق، وجلد الزاني غير المحصن، ورجم المحصن، وعقوبات القصاص متى استوفت

²⁶³- إبراهيم الشباسي، مرجع سابق ص: 333

²⁶⁴- ينظر المادة 49 من قانون العقوبات الجزائري.

شروطها في جرائم الاعتداء العمدي على النفس وما دونها، إضافة إلى كل العقوبات التعزيرية التي خوّلت الشريعة الإسلامية لوليّ أمر المسلمين تقديرها من حيث الكم والكيف على النحو الذي تتحقق به المصلحة العامة، والتي يحكم بها كجزاء أصلي في جرائم التعزير، وهي متنوعة ومختلفة في الفقه الإسلامي بحسب اختلاف الذنوب، واختلاف حال الجناة، وتتطور حسب جسامتها ابتداءً من عقوبة الوعظ لتصل في بعض الجرائم الخطيرة إلى عقوبة القتل تعزيراً عند بعض الفقهاء.²⁶⁵

- ثانياً: العقوبات التبعية:

وقد كان تعريفها وفقاً للمادة الرابعة في فقرتها الرابعة من قانون العقوبات الجزائري بأنها التي: " تترتب على عقوبة أصلية، ولا يصدر الحكم بها وإنما تطبق بقوة القانون"، وهي لا تتعلق إلا بعقوبة الجناية، وقد كانت تنحصر في الحجر القانوني، والحرمان من الحقوق الوطنية، وفيما يأتي تفصيل لها:

1. **الحجر القانوني:** هو: " حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه من مباشرة حقوقه المالية، وتكون إدارة أمواله طبقاً للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي".

2. **الحرمان من الحقوق الوطنية:** فيما يأتي ذكره:

أ- عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف والمناصب السامية في الدولة، وكذلك الخدمات التي لها علاقة بالجريمة.

ب- الحرمان من حق الانتخاب والترشح، وعلى العموم كافة الحقوق الوطنية والسياسية، ومن حمل أي وسام.

ج- عدم أهلية المحكوم عليه لأن يكون مساعداً أو محلفاً أو خبيراً أو شاهداً على أي عقد، أو أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال.

د- عدم أهلية المحكوم عليه لأن يكون وصياً، أو ناظراً مالم تكن الوصاية على أولاده.

²⁶⁵- ينظر تفصيلاً وافياً: عبد الفتاح مصطفى الصبفي، الأحكام العامة للنظام الجزائري، ص: 498-518.

هـ- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة، أو الاستخدام في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذاً أو مدرساً أو مراقباً.

ومفهوم العقوبات التبعية في الفقه الإسلامي ليس بعيداً عن نظيره في الفقه الوضعي؛ حيث يمكن تعريفها بأنها: "العقوبات التي تلحق المحكوم عليه حتماً، وبحكم الشرع كنتيجة لازمة لارتكابه الجرم، وهي تابعة للعقوبة الأصلية ولا يلزم الحكم بها".

ومن أمثلة العقوبات التبعية في الفقه الإسلامي حرمان القاتل من الميراث أو الوصية معاملة له بنقيض قصده؛ إذ من المقرر فقهاً أنه من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بالحرمان منه، فالحرمان من الميراث يترتب عن الحكم على القاتل بعقوبة القتل، ولا يشترط صدور حكم قضائي به.²⁶⁶

وكذلك انتفاء أهلية القاذف لتحمل الشهادة المقرر في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.²⁶⁷ فقد حدّدت هذه الآية الجلد عقوبة أصلية لجريمة القذف، ثم أردفت عقوبة تبعية تمثلت في عدم أهلية القاذف للشهادة، ولقد اتفق الفقهاء على أن القاذف تسقط شهادته ما لم يتب، واختلفوا في قبولها بعد ثبوت توبته.

– ثالثاً: العقوبات التكميلية:

كان مفهوم العقوبات التكميلية يتعلق بالعقوبات التي تحكم بها المحكمة على سبيل الخيار، بحسب الأحوال بالإضافة إلى العقوبة الأصلية، فلا يحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية.²⁶⁸

²⁶⁶ - عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص: (632/1).

²⁶⁷ - سورة النور، الآية: 4-5.

²⁶⁸ - ينظر: المادة 4/4 من قانون العقوبات الجزائري والتعديلات الطارئة عليها، وإبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص: 235.

والأصل أن العقوبات التكميلية جوازية ومع ذلك نص المشرع الجزائري على بعض الحالات تكون فيها العقوبات التكميلية وجوبية.²⁶⁹

ثم تغير مفهوم العقوبات التكميلية بعدما ألغى المشرع العقوبات التبعية؛ بحيث جمع المشرع هذه الأخيرة مع العقوبات التكميلية تحت عنوان الأخيرة وقسمها إلى قسمين: إجبارية (تبعية) أو جوازية (تكميلية)، وتشتركان في كونهما مرتبطتان بعقوبة أصلية إذ لا يجوز الحكم بهما مستقلة عن عقوبة أصلية طبقا لنص المادة 4 من قانون العقوبات الجزائري.

وتتفق العقوبات مع العقوبات التكميلية الجوازية في أن كل منهما مترتبة على حكم أصلي، أي تشتركان في كونها عقوبتين غير أصليتين، ولكنهما تختلفان في أن العقوبة التكميلية الإجبارية تأمر بها المحكمة وجوبا كما هو الشأن بالنسبة للحجر القانوني أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية في حالة الحكم بعقوبة الجنائية (المادة 9 مكرر ق ع ج) بينما تكون العقوبة التكميلية الجوازية اختيارية يجوز للمحكمة أن تحكم بها عند صدور حكم قضائي كما هو الشأن لما نصت عليه المادة 13 من قانون العقوبات بجواز الحكم بالمنع من الإقامة في حالة الإدانة بارتكاب جنائية أو جنحة طبقا لما نصت عليه المادة 13 من ق ع ج .

وقد كانت المادة التاسعة من قانون العقوبات الجزائري تحصر العقوبات التكميلية التي يمكن للقاضي أن يحكم بها إضافة إلى عقوبة أصلية في ست عقوبات فقط تمثلت في: تحديد الإقامة، والمنع منها، والحرمان من مباشرة بعض الحقوق الوطنية، والمصادرة الجزئية للأموال، وحلّ الشخص الاعتباري، ونشر الحكم، ثم حذف التعديل القانوني رقم 06-23 واحدة منها وهي حل الشخص المعنوي، وأضاف إليها سبع عقوبات أخرى واحدة منها كانت تبعية وهي الحجر القانوني، وبعضها كان تدابير أمن شخصية أو عينية ثم حولها إلى عقوبات تكميلية كما هو الشأن للمنع من ممارسة مهنة أو نشاط، وإغلاق المؤسسة نهائيا أو مؤقتا، وبعضها عقوبات مستحدثة كالحظر من إصدار شيك أو المنع من استعمال بطاقات الدفع والإقصاء

²⁶⁹ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 326.

من الصفقات العمومية، وسحب رخصة الساقاة أو توقيفها أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، وسحب جواز السفر، ليرتفع بذلك عدد العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي 12 عقوبة.²⁷⁰ وقد فصّلت في تعريفها المادة التاسعة مكرر من القانون نفسه، وما بعدها وفقا للمنهج الآتي:

1. الحجر القانوني: ويتمثل في حرمان المحكوم عليه بصورة وجوبية من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية في حالة الحكم بعقوبة جنائية (لا يكفي أن تكون الجريمة جنائية بل يتعين أن يكون الحكم بعقوبة جنائية، كما لا تطبق بقوة القانون كما هو الشأن للعقوبات التبعية قبل إلغائها بل يلزم أن يأمر بها الحكم القاضي بعقوبة جنائية) ، وتبعا لذلك تدار أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي.²⁷¹

2. تحديد الإقامة: ويتمثل في إلزام المحكوم عليه بأن يقيم في منطقة معيّنة بواسطة الحكم القضائي، ولا يجوز أن تتجاوز مدته خمس سنوات، ويبدأ تنفيذ تحديد الإقامة من يوم انقضاء العقوبة الأصلية، أو الإفراج عن المحكوم عليه، ويبلغ الحكم إلى وزارة الداخلية التي يمكن لها أن تصدر رخص انتقال مؤقتة داخل المنطقة، وفي حالة مخالفة الشخص لأحد تدابير تحديد الإقامة فإنه يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 25000 إلى 30000.²⁷²

3. المنع من الإقامة: وهو الحظر على المحكوم عليه أن يتواجد في بعض الأماكن، ولا يجوز أن تتجاوز مدته خمس سنوات في مواد الجنح، وعشر سنوات في مواد الجنايات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وآثار هذا المنع ومدته لا تبدأ إلا من اليوم الذي يفرج فيه عن المحكوم عليه، وبعد أن يكون قرار المنع قد بُلِّغ إليه، وفي الحالة التي يخالف الشخص الممنوع من الإقامة أحد تدابير منعها

²⁷⁰ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص326.

²⁷¹ المادة 09 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

²⁷² المادة 11 من القانون نفسه.

أو يتملص منها، فإنه يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة 25000 إلى 30000.²⁷³

وتجدر الإشارة إلى أنه متى تم حبس الشخص خلال منعه من الإقامة، فإن الفترة التي يقضيها في الحبس لا تطرح من مدة المنع من الإقامة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز دائماً أن يُقضى بعقوبة المنع من الإقامة عقوبة تكميلية في حالة الإدانة لارتكاب جناية، أو جنحه.²⁷⁴

4. الحرمان من ممارسة بعض الحقوق الوطنية: أجاز المشرع الجزائري للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية التي ورد ذكرها في المادة 9 مكرر من قانون العقوبات، وذلك لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

وتسري هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه²⁷⁵

5. المصادرة الجزئية للأموال: وهي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء.

وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما اعتبر بعض الأموال غير قابلة للمصادرة، وذلك لكونها لازمة لإعالة من تجب على المحكوم عليه نفقته وإيوائهم كمحل السكن، الذي يشترط فيه أن يكون مشغولاً فعلاً عند معاينة الجريمة، كما يشترط فيه أن يكون مكتسباً عن طريق مشروع، والدخل الضروري لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليه، وأصوله الذين يعيشون تحت كفالتة وبعض الأموال النصوص عليها في المادة 387 من قانون الإجراءات المدنية قبل إلغائه.²⁷⁶

²⁷³ - المادة 12 من القانون نفسه.

²⁷⁴ - ينظر: المادة 13 من القانون نفسه.

²⁷⁵ - ينظر: المادة 14 من القانون نفسه.

²⁷⁶ - ينظر: المادة 15 من القانون نفسه.

6. المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط

أما العقوبات التكميلية في الفقه الإسلامي فإنَّ التَّغْرِيبَ في حدِّ الزَّنا يعدُّ من أشهر أمثلتها؛ حيث ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يمكن لعقوبة التَّغْرِيبِ أن تكون إلا تكميلية، وأجاز للقاضي في نطاق سلطته التقديرية أن يصدر حكماً بتوقيعها إذا ارتأى مصلحة في ذلك.

بينما تقع عند الجمهور عقوبة تبعية لأنها لا تقتضي استصدار حكم قضائي بها، لكونها مترتبة على عقوبة الجلد الأصلية، ويحكم بها وجوباً من غير الحاجة لتقدير السلطة القضائية لها،²⁷⁷ استناداً إلى النصِّ الشرعي الذي قال فيه الرسول ﷺ للأعرابي: ﴿والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، أما الغنم والوليدة فرد عليك، وعلى ابنك جلدة مائة، وتغريب عام﴾.²⁷⁸

– رابعا: العقوبات البديلية:

يمكن القول بأن العقوبات البديلية هي تلك التي تحل محل العقوبات الأصلية إذا امتنع تطبيقها لمانع شرعي أو قانوني.²⁷⁹

وتعد الدية إذا سقط القصاص عن قاتل العمد من أهم أمثلتها في الفقه الإسلامي، إضافة إلى تعزير هذا القاتل بما يراه ولي الأمر كفيلاً بزجره، وردع أمثاله؛ إذ اختار بعض الفقهاء جلد مائة، وتغريبه عاماً.²⁸⁰ وقد أخذ المشرّع الجزائري بالعقوبات البديلية من الناحية العملية إذا امتنع تطبيق العقوبة الأصلية لمانع قانوني على الرغم أنه لم ينص عليها في تقسيمه للعقوبات، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 50

²⁷⁷ ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي الشهير بالحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. دار شريفة، الجزائر، 1992.

²⁷⁸ – البخاري، ك: الحدود، ب: من أمر غير الإمام بإقامة الحدِّ غائباً عنه، ص: (212/7)، ومسلم، ك: الحدود، ب: من اعترف على نفسه بالزنا، ص: (121/5).

²⁷⁹ – ينظر: عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص: (232/1).

²⁸⁰ – ابن رشد، مصدر سابق، ص: (396/02).

من قانون العقوبات الجزائري باستبدال العقوبات للقاصر الذي يتراوح سنه بين ثلاثة عشر وثمانية عشر عاما بعقوبات مخففة على النحو الآتي:

1. إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الإعدام، أو السجن المؤبد، فإنه يحكم عليه بعقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة.
 2. إذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت، فإنه يحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغاً.
- وقد أحسن المشرع الجزائري حين استبعد العقوبات البدلية من تصنيفه للعقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها، لأن العقوبات البدلية ليست إلا عقوبات أصلية في واقع الأمر؛ إذ القاضي يحكم بها على كونها عقوبات أصلية للجرائم المرتكبة، وإنما تعتبر بدلاً لما هو أشد منها غالباً لتعدّر تطبيق العقوبة الأشد، فسقوط العقوبة الأشدّ سواءً لمانع شرعي في الفقه الإسلامي، أم قانوني في التشريع الوضعي يؤهل العقوبة البدلية لأن تكون عقوبة أصلية. وقد يصدق الأمر نفسه مع التعديل القانوني لتقسيم العقوبات إلى أصلية وتكميلية وإغائه للعقوبات التبعية التي أدرجها في نطاق التكميلية التي قسمها عملياً إلى اختيارية ووجوبية.

الفرع الثاني: التقسيم الموضوعي للعقوبة.

التقسيم المادّي أو الموضوعي للعقوبة هو تقسيم فقهي وليس تشريعياً؛ وهو الذي يستند إلى المحل الذي تتجه العقوبة إلى إحداث أثرها فيه عن طريق الإيلام المقصود فيها، ويمكن تصنيف العقوبات وفقاً لهذا المعيار في الفقه إلى ما يأتي:

– **أولاً: عقوبات بدنية:** وهي التي تتجه إلى بدن الجاني لتؤثر فيه عن طريق ألمها المقصود،²⁸¹ وقد سادت في التشريعات الوضعية قديماً عقوبات بدنية متعددة منها إلى جانب عقوبتي الإعدام، والجلد، عقوبة النار

²⁸¹عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص: (633/1).

الحمراء، وعقوبة الإطّار، وعقوبة قطع الرأس، ويمكن القول إنّه لم يبق أثر للعقوبات البدنية في التشريعات الجنائية الوضعية اللهم عقوبة الإعدام، وعقوبة الجلد التي مازالت باقية في بعض التشريعات.²⁸²

وتعدّ عقوبة الإعدام أهم وأخطر العقوبات البدنية لتعلقها بحق الحياة، وهي محل جدل فقهي كبير في ضوء الاتجاهات المعاصرة للعقاب المنادية بإلغاء هذه العقوبة،²⁸³ وقد أخذ المشرّع الجزائري بها في عدد كبير من الجرائم منها جريمة الخيانة والتجسس،²⁸⁴ وكل الجرائم التي تستهدف المساس بسلطة الدولة، أو المساس بوحدة التراب الوطني،²⁸⁵ وغيرها من الجرائم.²⁸⁶ غير أن الناحية العملية شهدت تعطيل تنفيذ عقوبات الإعدام التي نطق بها القضاء ابتداء من سنة 1993، استجابة للحركات العالمية المناهضة لهذه العقوبة، ويبدو أن الجزائر ستستجيب لرغبة هذه التوجهات العالمية في إلغاء عقوبة الإعدام من قانون العقوبات متى حانت الفرصة السانحة لمناقشة جدوى هذه العقوبة.

وتعدّ العقوبات البدنية محور العقاب في الشريعة الإسلامية، حيث قرّرت الإعدام - بصور مختلفة في تنفيذه - عقوبة أصليّة لبعض الجرائم الخطيرة كالقتل العمد العدوان، وزنا المحصن، وفي الحراية، ويذهب بعض الفقهاء إلى تقرير عقوبة القتل تعزيرا في بعض الجرائم الخطيرة.²⁸⁷

وتعرف الشريعة الإسلامية في نطاق العقوبات البدنية عقوبة الصلب وقطع الأيدي والأرجل من خلاف في حدّ الحراية، وعقوبة قطع اليد في حدّ السرقة.

²⁸² - عبد الفتاح مصطفى الصبفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص: 22-23، وإبراهيم الشباسي، مرجع سابق ص: 240.

²⁸³ - عبد الفتاح مصطفى الصبفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص: 512.

²⁸⁴ - ينظر: المادة 61 من قانون العقوبات الجزائري.

²⁸⁵ - ينظر: المادة 77 من القانون نفسه.

²⁸⁶ - ينظر مثلا: المواد 80، 81، 84، 86، (7/119)، (5/148)، 261، 263، 272، (2/274)، 293، 293 مكرر،

295، 296 مكرر، 403، 419، (2/432) من القانون نفسه. وينظر: الأمر رقم 95-11 المؤرخ في 25/02/1995 المتضمن

قانون مكافحة الإرهاب والتخريب.

²⁸⁷ عبد الفتاح مصطفى الصبفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص: 510

كما يعد الجلد في الشريعة الإسلامية عقوبة أصلية في جرائم زنا البكر، والقذف، وشرب الخمر، ويمكن تقريرها في نطاق العقوبات التعزيرية حسب ما يحقق المصلحة العامة؛ حيث يعد ما درج عليه الفقهاء من إطلاق مصطلح الضرب على الجلد في غير الحد دليلاً على مكانة هذا الصنف من العقاب في دائرة التعزير.

- **ثانياً: عقوبات سالبة أو مقيدة للحرية:** وتتمثل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري في الحبس والسجن بنوعيه المؤبد والمؤقت، وتعد العقوبات السالبة للحرية محور العقاب في النظم الجنائية الوضعية. أما أهم العقوبات المقيدة للحرية في التشريع الجزائري فتتجسد في تحديد إقامة المتهم أو حظرها في مكان معين، مع العلم أنها لا يجوز أن تزيد عن مدة معينة كما مر معنا سلفاً.

ولئن عرفت الشريعة الإسلامية نظام الحبس كإجراء تحفظي ضد المتهم الذي لم تثبت إدانته، وهو ما يعرف في التشريعات الحديثة " بالحبس المؤقت " لما ثبت عن النبي ﷺ أنه حبس رجلاً في تهمته ثم خلى سبيله،²⁸⁸ فإن الأمر يعد محلّ جدل فقهي قديماً وحديثاً حين يتعلق بالحبس جزاء على جريمة، وصفوة القول إن الذين ذهبوا إلى تقرير عقوبة الحبس، اشترطوا أن يكون عقوبة ثانوية غير محورية في النظام العقابي الإسلامي من خلال عقوبات التعزير.²⁸⁹

- **ثالثاً: عقوبات نفسية:** وهي التي يتجه الإيلام فيها إلى شعور الجاني ليحدث أثره فيه، ولا يتعداه إلى ترك أي أثر مادي عليه، ومن أمثلتها في الشريعة الإسلامية عقوبات التوبيخ، والتهديد، والهجر، والتشهير.

²⁸⁸-عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص: 508، والحديث أخرجه: النسائي، ك:قطع السارق، ب:امتحان السارق بالضرب والحبس، ص:(438/8)، وأبو داود، ك:الأقضية، ب: الحبس في الدين، ص:(314/3).

²⁸⁹-ينظر: عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص: (695/1).

وقد أخذ المشرع الجزائري بجانب من هذه العقوبات النفسية المتمثلة في عقوبة التشهير حيث أجاز القانون للمحكمة أن تأمر بتشهير الحكم،²⁹⁰ إضافة إلى عقوبة التوبيخ للقاصر في مواد المخالفات في حالات وفقا للشروط المحددة قانونا. ولنا أن نتساءل عن شرعية الألم النفسي للمحكوم عليه بالإعدام نظير تعطيل تنفيذه والذي أوجد بعض المحكوم عليهم بالإعدام في رواق الموت لمدة تجاوزت 15 سنة.

– رابعا: عقوبات مالية: وهي التي تتخذ من مال المجرم الذي ثبتت إدانته هدفا مباشرا فتصيبه فيه أو في جزء منه، وتتجسد في التشريع الجزائري في عقوبيتي الغرامة والمصادرة.²⁹¹

أما في الفقه الإسلامي فقد اختلف الفقهاء حول مشروعية التعزير بأخذ المال، فذهب بعضهم إلى عدم جواز التعزير بهذه العقوبات، واعتبروا هذا النوع من العقوبات منسوخا بعد ما كان مقررا في صدر الإسلام، ورأوا أنه لا يجوز أخذ مال المسلم إلا بسبب شرعي؛ إذ في هذا المسلك سدّ للذريعة أمام حكام السوء، حتى لا يصادروا أموال الناس بالباطل.

أما الفقهاء الذين أجازوا التعزير بالعقوبات المالية، فقد اعتبروا أن ما استند إليه الفريق الأول ليس فيه ما يكفي لتبرير المنع بعد أن ثبتت الإباحة بفعل الرسول ﷺ وأصحابه من بعده. إضافة إلى أن الذين أجازوا هذه العقوبة يرون أن الجريمة سبب شرعي لأخذ المال عقوبة، وقد ثبت جواز أخذ المال غراماً أو إتلافاً لمال مملوك للجاني فمن باب أولى جواز مصادرته، كما أنه ليس من خوف تذرع الحاكم بهذه العقوبة إلى أخذ مال الناس بالباطل، فالأصل أن ضوابط التجريم والعقاب في الفقه الإسلامي تحول دون الظلم والتعسف.²⁹²

²⁹⁰ – ينظر: المادة 18 من قانون العقوبات الجزائري.

²⁹¹ – إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص: 241.

²⁹² محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص: 276.

خاتمة

نخلص للقول في ختام دراسة النظرية العامة للجريمة في القانون الجزائري أنّها تمثل الإطار الأساسي لفهم الظاهرة الإجرامية في أبعادها القانونية والاجتماعية، إذ لا يقتصر دورها على تحديد أركان الجريمة وأنواعها، وإنما يمتد إلى الكشف عن فلسفة التجريم والعقاب، وما يعكسه ذلك من قيم تحكم النظام القانوني وتسعى إلى حماية المجتمع وضمان استقراره. كما تُبرز هذه النظرية التوازن الدقيق بين حقوق الفرد وضرورات حماية المصلحة العامة، من خلال ضبط السلوكيات المجرّمة وفق مبادئ الشرعية والمسؤولية الجنائية. ومن ثمّ، فإنّ استيعاب هذه النظرية لا يُعدّ مجرد معرفة أكاديمية، بل هو خطوة أساسية لفهم السياسات الجنائية وصياغة تشريعات فعّالة تُسهم في الوقاية من الجريمة ومكافحتها بطرقٍ تراعي العدل والإنصاف. بذلك يغدو النظر إلى الجريمة ليس باعتبارها سلوكاً منحرفاً فحسب، بل كظاهرة مركبة تتطلب معالجة شاملة ومتعددة الأبعاد .

كما يتضح لنا أن دراسة هذا الموضوع لا تقتصر على الجانب النظري فحسب، بل تمثل الركيزة الأساسية لفهم البنية العامة للقانون الجنائي برمته. فالجريمة ليست مجرد واقعة اجتماعية تستدعي التجريم والعقاب، بل هي بناء قانوني دقيق يتشكل من أركان وعناصر يجب توافرها حتى تُسند المسؤولية الجنائية إلى مرتكبها. ومن خلال التعمق في مباحث الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي، إضافة إلى صور المساهمة الجنائية والشروع، يصبح الطالب قادراً على إدراك التوازن الذي يسعى المشرّع الجزائري إلى تحقيقه بين حماية المجتمع وضمان حقوق وحرّيات الأفراد.

إن هذه المحاضرات قد بيّنت بجلاء كيف يسعى المشرّع الجزائري إلى التوفيق بين المبادئ العامة للقانون الجنائي ومقتضيات العدالة الاجتماعية، من خلال تجريم الأفعال التي تهدد النظام العام والأمن الاجتماعي، مع الحرص على أن يظل التجريم والاستثناء هو الأصل، والعقاب وسيلة لتحقيق الردع العام والخاص. وهكذا، فإن دراسة النظرية العامة للجريمة تمنح الطالب قاعدة معرفية صلبة، تمهّد لفهم أعمق للتطبيقات العملية في فروع القانون الجنائي الخاصة، وتفتح أمامه آفاقاً واسعة للبحث والتحليل في القضايا الجنائية.

وبذلك، يمكن القول إن استيعاب هذه النظرية ليس هدفاً أكاديمياً فحسب، بل هو أداة لفهم فلسفة التجريم والعقاب، ورؤية دور القانون كوسيلة لضبط السلوك الإنساني وحماية القيم الجوهرية في المجتمع الجزائري للإسهام في بناء إنسان الحضارة الذي يعيش مسؤولاً خادماً لوطنه وللإنسانية جمعاء.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرعان الكرم

الحديث الشريف

أولاً: مراجع القانون الجنائي الوضعي:

أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية للطباعة والنشر

عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، المبادئ الأساسية في القانون الجنائي، القسم العام، دار النهضة العربية القاهرة، 1996

عبد الفتاح مصطفى، حق الدولة في العقاب نشأته، فلسفته، اقتضاؤه وانقضاؤه، دار الهدى، الإسكندرية، ط:2، 1985

عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام الجزء الأول النظرية العامة للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط08، 2016.

محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط05، 1982:

ر، غارو، موز الحقوق الجزائية المبادئ العامة في قانون الجزاء ترجمة فائز الخوري،

صبري محمود الراعي ورضا السيد عبد العاطي، الشرح والتعليق على قنون العقوبات فقها وقضاء، دار مصر للموسوعات القانونية، 2006.

أحسن بوسقيعة أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، ط13، 2013.

إبراهيم الشباسي، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، دار الكتاب اللبناني بيروت.

محمد نجيب حسني، دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، مصر، 1988.

ثانيا: مراجع التشريع الجنائي الإسلامي

عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت ط:6، 1985.

عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة لنظام الجزائي، جامعة الملك سعود الرياض، 1995
عبد الفتاح حضر، الجريمة أحكامها في الاتجاهات المعاصرة والفقهاء الإسلامي، 1985،
احميدة بن زيطة، طرق الوقاية من الجريمة في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الجزائري، دار ابن حزم
ط:01، 200

عبد العزيز، التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:4

أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث
العربي، بيروت، ط:2، 1966،

أبو بكر علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - تحقيق علي محمد معوض
وعادل أحمد عبد الموجود - دار الكتب العلمية، بيروت ط:1، 1997،

محمد أبو زهرة: العقوبة، دار الفكر العربي

شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين للنووي، دار الفكر،
أبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، دار الفكر،
محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي العوا: دراسة مقارنة - دار المعارف، القاهرة، ط:6،
1986.

عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الزهراء، الجزائر، ط:1، 1990

عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، ط:7، 1998

أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر،
بيروت، ط:3، 1992،

محمد أبو العلا عقيدة، تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي في مصر، دراسة تحليلية وتأصيلية لمشروع قانون العقوبات الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:1، 1988.

أبو العباس تقي الدين أحمد بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرعاية، الجزائر، ط:2، 1994،

محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار ابن حزم، بيروت، ط:1، 2000

أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط-تصنيف: خليل الميس - دار المعرفة، بيروت، ط:2، 1986.

محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الدار التونسية للتوزيع، 1984،

فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مكاتب عكاز، السعودية، ط: 1، 1982.

أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي - دراسة مقارنة- مؤسسة دار التعاون، مصر، 1986.

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي الشهير بالحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. دار شريفة، الجزائر، 1992.

¹ - أبوبكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن - تحقيق: محمد الصادق قمجاوي - دار المصحف، القاهرة، ط:2.

ثالثا: المعاجم

ابن منظور، لسان العرب، طبعة دار المعارف، القاهرة،

مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر العربي،

رابعا: المقالات والرسائل العلمية

عبد الجليل بن محفوظ درارجة، العفو عن العقوبة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، 2005

إيناس عباس: «عقوبة الحراة بين التنويع والتخير"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، السنة الثامنة، عدد: 21، ديسمبر 1993، ص: 237-291.

خامسا: التشريع

الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمكمل
الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الملغى
القانون رقم 25-14 المؤرخ في 30 أوت 2025 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الجديد

فهرس المواضيع

3	مقدمة
6	فصل تمهيدي: مدخل مفاهيمي لقانون العقوبات والجريمة
7	المبحث الأول: مدخل مفاهيمي لقانون العقوبات وتقسيماته
17	المبحث الثاني: الجريمة وتقسيماتها
53	الفصل الأول: الركن الشرعي للجريمة وما يتعلق به
54	المحور الثاني شرعية القاعدة الجنائية
62	حدود تطبيق القاعدة الجنائية
86	الفصل الثاني: الركن المادي للجريمة وما يتعلق به
87	الركن المادي للجريمة
99	الشروع في الجريمة
117	الموضوع: المساهمة الجنائية
135	المبحث الرابع: الأفعال المبررة (الأسباب المبيحة للجريمة)
135	المطلب الأول: ماهية أسباب الإباحة
138	المطلب الثاني: الفعل المأمور به قانونا أو المأذون به
145	المطلب الثالث: الدفاع الشرعي
152	الفصل الثالث: الركن المعنوي للجريمة وما يتعلق به
153	المبحث الأول: الركن المعنوي للجريمة

162	المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية.....
173	الفصل الرابع: الجزاء الجنائي.....
174	أولا: التعريف الشكلي للعقوبة:.....
176	الفرع الثاني خصائص العقوبة.
182	المطلب الثاني: تصنيف العقوبات.
182	الفرع الأول: التقسيم الذاتي للعقوبة.
184	- ثانيا: العقوبات التبعية:
186	- ثالثا: العقوبات التكميلية:
190	الفرع الثاني: التقسيم الموضوعي للعقوبة.
194	خاتمة.....
196	قائمة المصادر والمراجع